

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- O potrzebie curo-nowelizacji Konstytucji RP
- Normatywne modele sankcji nieważności bezwzględnej a nieistniejąca czynność prawna
- Regulacja prawna timesharingu w Hiszpanii
- Kierunki zmian szwajcarskiego prawa spadkowego
- Postępowanie dowodowe na rozprawie apelacyjnej w sprawach karnych

1(183)
2010

WARSZAWA 2010

WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2010



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomińska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel, Maciej Zieliński*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – reaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr hab. Jarosław Szymanek

Uniwersytet Warszawski

O POTRZEBIE EURO-NOWELIZACJI KONSTYTUCJI RP	5
Wprowadzenie: Globalizacja, integracja, europeizacja	
– współzależność procesów	5
„Otwarcie” Konstytucji RP na prawo unijne. Euro-nowelizacja sensu largo	12
Konstytucjonalizacja uczestnictwa Polski w Unii Gospodarczo-Walutowej. Euro-nowelizacja sensu stricto	21
Podsumowanie: Wieloaspektowość euro-nowelizacji Konstytucji	28
ABOUT THE NEED OF EURO-AMENDMENT TO THE CONSTITUTION OF POLAND	30

mgr Piotr Skorupa

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

NORMATYWNE MODELE SANKCJI NIEWAŻNOŚCI BEZWZGLĘDNEJ A NIEISTNIEJĄCA CZYNNOŚĆ PRAWNA	31
1. Uwagi wstępne	31
2. Uwagi ogólne o pojęciu sankcji nieważności bezwzględnej oraz nieważności czynności prawnej	32
3. Sankcja nieważności bezwzględnej jako model sankcji wadliwej czynności prawnej (oświadczenia woli)	37
4. Podstawowe modele sankcji nieważności bezwzględnej	39
5. Uwagi prawnoporównawcze	44
6. Stanowisko prawa polskiego	59
7. Nieistniejąca czynność prawna w świetle tendencji do tworzenia alternatyw dla sankcji nieważności bezwzględnej	71
8. Sankcja „nieistnienia” czynności prawnej a dany model sankcji nieważności bezwzględnej	77
9. <i>Negotium non existens</i> w świetle art. 98 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2008 r.	83
NORMATIVE MODELS OF SANCTIONS OF ABSOLUTE NULLITY AND NON-EXISTENT JURIDICAL ACT	85

mgr Magdalena Dziedzic

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

REGULACJA PRAWNA TIMESHARINGU W HISZPANII	87
Wprowadzenie	87
Historia tworzenia się instytucji timesharingu w Hiszpanii	90
Ustawa 42/98 o prawie do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym i zasadach opodatkowania	94

Porównanie rozwiązań przyjętych w polskiej ustawie i ustawie hiszpańskiej	106
Dyrektywa 2008/122 Parlamentu Europejskiego i Rady	109
TIMESHARE REGULATION IN SPAIN	112

mgr Joanna Łukaszyk

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

KIERUNKI ZMIAN SZWAJCARSKIEGO PRAWA SPADKOWEGO	115
1. Wstęp	115
2. Założenia systemowe szwajcarskiego prawa spadkowego	115
3. Rozwój uprawnień spadkowych wybranych spadkobierców ustawowych	119
4. Rozwój umownych rozporządzeń <i>mortis causa</i>	131
5. Społeczno-gospodarcze konsekwencje funkcjonowania zjawiska łowców spadków (<i>Erbschleicherei</i>)	138
6. Podsumowanie	140
DIRECTIONS SWISS-INHERITANCE LAW-CHANGES	143

dr Piotr Rogoziński

Uniwersytet Gdański

POSTĘPOWANIE DOWODOWE NA ROZPRAWIE APELACYJNEJ W SPRAWACH KARNYCH	145
TAKING OF EVIDENCE AT THE HEARING OF APPEAL IN CRIMINAL CASES	183
Informacje dla Autorów	185

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Jarosław Szymanek ■

O POTRZEBIE EURO-NOWELIZACJI KONSTYTUCJI RP

Wprowadzenie:

Globalizacja, integracja, europeizacja – współzależność procesów

Akcesja każdego państwa w struktury Unii Europejskiej wymaga, w krótszej bądź dłuższej perspektywie czasowej, rewizji obowiązujących postanowień konstytucyjnych¹. Uczestnictwo państwa w Unii, obejmującej swoim zasięgiem coraz więcej sfer życia społeczno-gospodarczo-politycznego wymaga bowiem również i ingerencji w tekst ustawy zasadniczej, choć oczywiście ingerencja ta nie musi się odbyć w jakimś jednym, określonym momencie, ani też przybierać jakiegoś zuniformizowanego, homogenicznego kształtu. Mimo wszystko jednak postępująca sukcesywnie i konsekwentnie integracja, a w rezultacie utworzenie wspólnego organizmu unijnego, stawia na porządku dziennym konieczność dostosowania wcześniej czy później prawa krajowego, w tym również tego mającego postać konstytucji do wymagań wspólnotowych (unijnych). Wieloaspektowość, a zarazem coraz dalej posunięta detalizacja zasad partycypacji państwa w Unii Europejskiej²

¹ Por. L. Garlicki, *Kilka uwag o konstytucyjnych aspektach przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 57 i nast.

² Czego egzemplifikacją mogą być coraz bardziej szczegółowe, a jednocześnie obszerne akty z dziedziny tzw. prawa pierwotnego, których finałem było początkowo podpisanie traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, a obecnie jest traktat reformujący odpisany w Lizbonie.

z jednej strony, z drugiej zaś przybierająca coraz więcej form Unia, która dawno temu przestała już być jedynie gremium współpracy gospodarczej³, prowadzi bowiem do objęcia gorsetem regulacji normatywnej również i tej sfery, która do tej pory była zarezerwowana wyłącznie dla ustawodawcy krajowego działającego w kwalifikowanej formie ustrojodawcy. Stąd *notabene* bierze się formułowana czasami teza, której autorem są zwłaszcza środowiska tzw. eurosceptyków, że uczestnictwo państwa w tworze o charakterze supranarodowym, jakim bez wątpienia jest Unia, stwarza realne zagrożenie dla suwerenności państwowej, której tradycyjnym emblematem pozostawała do tej pory właśnie konstytucja jako akt odporny na wszelkie zewnętrzne presje i oddziaływania⁴. Tymczasem konsolidacja dotychczasowych Wspólnot i powstanie w ich miejsce Unii, która ewidentnie wychodzi poza dotychczasowe schematy mechanizmów integracyjnych właściwych dla Europy Zachodniej⁵, przybiera obecnie taką postać, która musi znaleźć swoje odzwierciedlenie w sformułowaniach krajowego prawa konstytucyjnego poszczególnych państw członkowskich⁶. Nie chodzi tutaj przy tym o sam jedynie, rudymmentarny zresztą problem wzajemnej relacji prawa konstytucyjnego (a co za tym idzie i krajowego) do prawa wspólnotowego, który to problem można przecież rozwiązać w drodze odpowiednich zabiegów wykładniczych, ale o konstytucyjne ujęcie zupełnie nowych sfer i zadań organów państwowych, które na skutek integracji zmieniły tradycyjny obraz połączeń poszczególnych władz, ich funkcji, wzajemnych interakcji oraz – *last but not least* – przebiegających między nimi procesów decyzyjnych⁷. Dlatego z całą świadomością można powiedzieć, że swoście pojmowana europeizacja⁸ konstytucji jest dzisiaj faktem bezdyskusyjnym, jak najbardziej oczywistym wymogiem efektywnego uczestnictwa państwa w Unii Europejskiej⁹. Jednak ta sama europeizacja konstytucji jest jednocześnie, z jednej

³ W ramach poszczególnych wspólnot, m.in. EWG.

⁴ Por. K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji europejskiej*, [w:] *Spór o suwerenność*, red. W. J. Wołpiuk, 2001, s. 156 i nast. Zob. również A. Raczyńska, *Reinterpretacja pojęcia suwerenności wobec członkostwa w Unii Europejskiej*, *Przegląd Europejski* 2001, nr 1, s. 95 i nast.

⁵ J. Kranz, *Wspólnoty i Unia: ponadnarodowość, federalizm, subsydiarność i suwerenność*, [w:] *Drogi do Europy*, red. J. Kranz, J. Reiter, Warszawa 1998, s. 14 i nast.

⁶ Por. C. Banasiński, *Prawokonstytucyjne problemy uczestnictwa państwa we Wspólnotach Europejskich*, *Państwo i Prawo* 1993, nr 11/12, s. 84 i nast.

⁷ Por. M. Kruk, *Tryb przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i konsekwencje członkostwa dla funkcjonowania organów państwowych*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 137 i nast.

⁸ Przy czym samo pojęcie europeizacji ma dużo większy zasięg. Por. S. Sulowski, *Państwo narody w procesie integracji narodowej*, *Przegląd Europejski* 2003, nr 2, s. 25 i nast.

⁹ Co potwierdzają wszystkie zmiany konstytucyjne przeprowadzone w państwach członkowskich, m.in. Austrii, Francji czy Niemczech.

strony, najpoważniejszym wyzwaniem dla prawa konstytucyjnego, z drugiej zaś pewnym zagrożeniem, rozumianym jako poddanie w wątpliwość utrwalonych, konwencjonalnych schematów myślenia o konstytucji jako normie podstawowej tworzonej w samodzielny i niczym nieskrępowany sposób przez samo państwo¹⁰.

Owo zagrożenie patrząc jedynie *prima facie* ma, jak się wydaje, dwa podstawowe wymiary czy też aspekty¹¹. Pierwszym jest ewidentne ograniczenie swobody ustrojodawcy krajowego, który projektując konstytucję traci dawną swobodę w konstruowaniu jej treści w coraz większym stopniu będąc determinowanym czymś, co można nazwać uniwersalnym standardem konstytucji¹². Od razu jednak należy powiedzieć, że standard taki, jeśli oczywiście istnieje, jest nie tyle funkcją postępujących procesów integracyjnych, co raczej produktem epoki globalizacji i uniformizacji, w związku z czym nie jest bynajmniej prostym efektem integracji europejskiej, ale procesów o wiele bardziej złożonych, a przede wszystkim odbywających się w o wiele większej skali¹³. Drugim z kolei wyzwaniem, bezpośrednio już związanym z członkostwem państwa w Unii Europejskiej, jest konieczność zapewnienia konwergencji prawnej pomiędzy normami prawa krajowego, w tym również i konstytucyjnego, a wymogami skutecznego i funkcjonalnego uczestnictwa państwa w strukturach o charakterze ponadnarodowym. O ile więc pierwsze z ograniczeń ma charakter raczej pewnego uniwersalnego nurtu i w związku z tym nie rodzi bezwzględneho obowiązku harmonizacji regulacji konstytucyjnych, o tyle drugie, jako warunek efektywnego członkostwa, obliuguje już ustawodawcę do podjęcia konkretnych zabiegów normodawczych, których skutkiem będzie uspołnienie przepisów konstytucyjnych z wymogami prawa wspólnotowego.

Coraz silniej przebiegający, a w dodatku odbywający się na coraz większej ilości płaszczyzn proces integracji w obrębie Unii wymusza bowiem konieczność dostosowania przepisów prawa krajowego, w tym także tego mającego rangę konstytucji, do zmienionej architektury ustroju politycznego państwa, która musi adaptować m.in. zmianę procesów podejmowania decyzji, relacji między organami państwa oraz systematyki źródeł prawa, którą modyfikuje wprowadzenie na

¹⁰ Co było zawsze elementarnym, w znaczeniu najważniejszym i obligatoryjnym, przymiotem suwerenności. Por. J. Kranz, *Państwo i jego suwerenność*, Państwo i Prawo 1996, nr 7, s. 3 i nast.

¹¹ Szerzej na ten temat zob. J. Kranz, *Tło prawne dyskusji nad reformą ustrojową Unii Europejskiej*, Kraków – Warszawa 2007.

¹² Por. J. Galster, *Standard w prawie konstytucyjnym*, [w:] *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gileasa*, red. C. Mik, Toruń 1997, s. 103 i nast.

¹³ Por. J. Szymanek, *Standaryzacja konstytucji w dobie globalizacji*, [w:] *Megatrendy we współczesnym świecie*, red. M. Lipiec-Zajchowska, Warszawa 2006, s. 120 i nast.

wielką skalę tzw. prawa europejskiego jako równorzędnego, *ergo* konkurencyjnego wobec prawa wewnątrz krajowego. W konsekwencji współczesny ustawodawca konstytucyjny musi się liczyć ze swoistym „otwarcie” konstytucji na prawo międzynarodowe i prosta tego konsekwencją, jaką jest wyraźnie zauważalna internacjonalizacja ustawy zasadniczej¹⁴. O ile jednak ogólne procesy globalizacji internacjonalizują konstytucję niekoniecznie wprost, raczej dyskretnie wpływając na przyjmowane w niej treści, przede wszystkim zaś naczelne zasady ustrojowe, których katalog ulega dzisiaj widocznej uniformizacji, o tyle procesy integracyjne stawiają już otwarcie i zdecydowanie pytanie dotyczące potrzeby nowelizacji ustawy zasadniczej i jej wpasowania w ramy udziału państwa w niezwykle oryginalnym, a jednocześnie nowatorskim tworze supranarodowym, jakim jest Unia. Akcesja w strukturę Unii powoduje wszak efekt w postaci zmiany zasad działania niemal całej infrastruktury instytucjonalnej państwa, włącznie z modyfikacją funkcji poszczególnych organów, utworzeniem nowych, zarówno wertykalnych, jak i horyzontalnych mechanizmów podejmowania decyzji, a niekiedy także redukcją dotychczasowej *pouvoir* tradycyjnych, konstytucyjnych segmentów aparatu państwowego¹⁵. Skutku tego nie wywołuje z pewnością proste otwarcie prawa krajowego na prawo międzynarodowe, które wymaga jedynie stworzenia odpowiednio drożnych mechanizmów introdukowania norm o charakterze międzynarodowym do wewnętrznego obrotu prawa krajowego. Wydaje się jednak, że obu procesów nie należy bynajmniej jednoznacznie i kategorycznie rozłącznie traktować, tym bardziej jeśli Unię Europejską traktuje się nie tylko w kategoriach tworu *stricte* gospodarczego, ale również jako syntezę tego wszystkiego, co określa się mianem fenomenu europejskiej tożsamości kulturowo-politycznej¹⁶. Jeśli bowiem na Unię spojrzeć przez pryzmat tego, co stanowi jej rudymet aksjologiczny, czyli wszystkich norm, zasad i wartości kojarzonych z ideą demokracji oraz procesem jej daleko posuniętej proliferacji, to obowiązujący dziś standard konstytucji jest integralnym wręcz elementem procesów konsolidacyjnych przebiegających w obrębie Unii, będąc zarazem na swój sposób ich fundamentem. Tworzenie zrębów zjednoczonej Europy było wszak zawsze uzasadniane, a jednocześnie warunkowane wspólnotą uniwersalnych, zarazem jednak endemicznie europejskich wartości, które miały przeciwstawić się partykularyzmowi ustrojowych rozwiązań praktykowanych

¹⁴ Por. A. Bałaban, *Krajowe, porównawcze i unijne prawo konstytucyjne*, [w:] *Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego*, red. Z. Ofiarski, Szczecin 2004, s. 201 i nast.

¹⁵ Por. J. Galster, *O potrzebie internacjonalizacji konstytucji*, [w:] *Demokratyczne modele ustrojowe w rozwiązaniach konstytucyjnych*, red. S. Gebethner, R. Chruściak, Warszawa 1997, s. 204 i nast.

¹⁶ Por. P. Manent, *Racja narodów. Refleksje na temat demokracji w Europie*, Elbląg 2008.

dotychczas na starym kontynencie¹⁷. Akceptacja tych zasad, ich wpisanie do konstytucji i respektowanie było wobec tego, przynajmniej w pewnym sensie, warunkiem wstępnym podjęcia kolejnych kroków, których finałem było ustanowienie Unii. Dlatego wytworzenie się pewnego standardu konstytucyjnego, choć w pierwszym i najważniejszym swoim skutku jest wynikiem przyspieszonych procesów globalizacyjnych¹⁸, które przebiegają na innych płaszczyznach aniżeli sama integracja w obszarze europejskim, to jednocześnie jest zarazem wynikiem procesów integracyjnych odbywających się pod auspicjami Unii. Europeizacja, pojmowana jako konsolidacja we wspólnym obszarze Unii Europejskiej, jest więc również następstwem globalizacji, będąc w pewnym sensie jej szczególnym przejawem, a nawet kwalifikowaną formą, co powoduje, że *prima facie* dwa tak odrębne i różne procesy, tj. globalizacji i integracji (europeizacji) mają jeden, wspólny mianownik. I jest to oczywiste, gdyż trudno byłoby sobie wyobrazić procesy integracyjne mające miejsce w Europie bez paralelnych wobec nich procesów globalizacyjnych. Integracja europejska, sfinalizowana w postaci Unii, która przecież nie jest wcale strukturą *constans*¹⁹, jest więc jednym z efektów globalizacji, jej bodajże najbardziej widoczną, a równocześnie „zaawansowaną” konsekwencją²⁰. Choć więc różne są zakresy obu tych zjawisk, choć różna jest siła ich natężenia, geograficzne oraz polityczne granice czy wreszcie tempo, to oba są względem siebie wyraźnie współzależne, wzajemnie się dopełniające i warunkujące²¹. Pokazuje to zresztą ich swoście pojmowana „zdolność oddziaływania konstytucyjnego”, rozumiana jako konieczność, a przynajmniej potrzeba ingerencji w tekst konstytucji. Globalizacja i będący jej efektem standard konstytucyjny, który w odniesieniu do wielu zasad i wartości konstytucyjnych powoduje prawdziwą „makdonaldyzację” konstytucji, będącą synonimem uspoijnienia i jednolitości, wymusza dopasowanie do pewnych stałych, uniwersalnych, czyli właśnie globalnych wzorców, które kojarzą się nieodmiennie z demokratyczną postacią reżimu politycznego²².

¹⁷ Tworzenie zrębów Wspólnot było však silnie akcentowane potrzebą znalezienia jakiegoś wspólnego klucza wartości, ustrojowych fundamentów, które staną się kanwą unifikacji państw. Szerzej na ten temat zob. F. Gołębski, *Kulturowe uwarunkowania procesu jednoczenia Europy*, Przegląd Europejski 2003, nr 2, s. 7 i nast.

¹⁸ Por. J. Wawrzyniak, *Globalizacja a problemy konstytucjonalizmu*, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie: doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. M. Kruk, J. Trzcinski, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002, s. 221 i nast.

¹⁹ Por. *Debata nad przyszłością integracji europejskiej*, red. J. Miecznikowska, S. Sulowski, Warszawa 2007.

²⁰ Por. S. Sulowski, *Państwo narodowe...*, s. 28, 29.

²¹ Por. J. Kranz, *Tło prawne dyskusji...*, s. 71 i nast.

²² Por. J. Szymanek, *Recepcja konstytucji*, Przegląd Legislacyjny 2006, nr 4, s. 35 i nast.

Te silnie ingerujące w treść unormowań konstytucyjnych wzorce międzynarodalne znowu najbardziej widoczne są w obszarze europejskiej kultury prawno-politycznej, gdzie szczególnie w obszarze praw i wolności jednostki, szeroko zresztą pojmowanych, występuje daleko idąca konwergencja. Ich adaptacja na gruncie poszczególnych krajowych porządków prawnych nie musi być przy tym wprost stawianym wymogiem, ani wynikać z uczestnictwa w jakimś jednym organizmie politycznym (*vide* Unia Europejska), a jedynie być skutkiem uznania ich skuteczności, słuszności, prawidłowości *etc.* Inaczej mówiąc, tworzenie konstytucji w ramach demokratycznego *entourage* narzuca konieczność wpisania do niej określonych rozwiązań w zakresie wartości, zasad naczelnych czy statusu prawnego jednostki i to właśnie stanowi puentę tych wszystkich procesów, zjawisk i oddziaływań, które utożsamiamy z globalizacją i jej efektem konstytucyjnym, jakim jest internacjonalizacja ustawy zasadniczej. W obszarze Unii Europejskiej te same, uniwersalne standardy konstytucyjne (takie jak demokratyzm, państwo prawa, poszanowanie praw jednostki, pluralizm polityczno-światopoglądowy) są ponadto warunkiem uczestnictwa państwa w Unii, z czego wynika prosty wniosek, że akceptacja owych swoiście pojmowanych wzorców konstytucyjnych, jest w ogóle niezbędna i stanowi „pierwszy krok” związania się każdego państwa ze strukturami unijnymi. Dlatego z całą świadomością można powiedzieć, że perspektywa członkostwa w Unii zawsze wymaga ingerencji w tekst konstytucji, chociażby na poziomie jej wartości i zasad naczelnych, o ile oczywiście we wcześniejszym stanie prawnym kolidują one z powszechnie akceptowanym standardem praw obligatoryjnie inkorporowanych do tekstu ustawy zasadniczej. Ten „poziom” europeizacji (równoważny względem wobec o wiele szerszego zjawiska globalizacji) można więc potraktować jako euro-nowelizację ustawy zasadniczej pojmowanej w najszerszym z możliwych znaczeń. Nie można przecież przyjąć jakiegokolwiek państwa w struktury integrującej się Europy, o ile nie respektuje ono owego *minimum minimorum* aksjologicznych wartości kojarzonych najogólniej rzecz ujmując z demokratyczną postacią systemu politycznego. Jednak sama tylko akceptacja owych zasad i ich konstytucyjne wyartykułowanie nie są wcale tożsame z akcesją państwa do Unii Europejskiej. Są one raczej konieczną przesłanką przynależności państwa do rodziny demokratycznych ustrojów państwowych, aprobujących to wszystko, co składa się na ów standard konstytucyjny, kojarzony z właściwie pojmowanym konstytucjonalizmem²³. Prawny proces akcesji do Unii wymaga bowiem „ciągu dalszego” konstytucyjnego wyartykułowania już nie tylko ogólnych zasad, wartości i pewnych ideałów, kojarzonych z demokratycznym porządkiem

²³ Por. A. Pułło, *Zasada konstytucjonalizmu (prolegomena)*, [w:] *Przeobrażenia we współczesnym prawie konstytucyjnym*, red. K. Działocha, Wrocław 1995, s. 59 i nast.

ustrojowym, ale precyzyjnego określenia mechanizmu uczestnictwa państwa w strukturach unijnych. Występująca dzisiaj europeizacja konstytucji, pojmowana w bardzo dosłowny sposób, tzn. oznaczająca jakiś konstytucyjny sposób odniesienia się ustawy zasadniczej do „problematyki europejskiej (unijnej)”, nie jest więc efektem przynależności państwa „w ogóle” do kręgu kultury europejskiej, ale konsekwencją coraz silniejszego oddziaływania prawa europejskiego na system prawny państwa członkowskiego, względnie (co także ma swoje niebagatelne znaczenie) państwa aspirującego do Unii. Samo zaś powstanie Unii, traktowanej nie tylko jako zbiór praw i reguł, ale także – jeśli nie przede wszystkim – jako konglomeratu szczególnie relewantnych wartości jest skutkiem uruchomionych i wciąż mających charakter *in statu nascendi* procesów globalizacyjnych²⁴.

Dlatego przez pojęcie euro-nowelizacji należy rozumieć procesy ingerowania w tekst konstytucji wynikające z samego już przystąpienia państwa do organizmu unijnego, jako swego rodzaju odpowiedź na potrzebę zreorganizowania schematu powiązań pomiędzy władzami, które w warunkach uczestnictwa państwa w Unii, przynajmniej w niektórych sferach swojej działalności, zaczynają działać inaczej albo w ogóle uzyskują nowe, do tej pory nieznane obszary swojej aktywności. Stąd właśnie w grupie państw członkowskich dochodziło bardzo często (np. Austria, Francja, Niemcy, Szwecja, Cypr, Estonia) do korekty konstytucyjnych mechanizmów działania aparatu państwowego wywołanych akcesją do Unii Europejskiej, choć oczywiście korekta ta miała niejednakowy charakter. W niektórych państwach konstytucyjne dopasowanie miało wymiar wyraźnie ograniczony i sprowadzony jedynie do zmian koniecznych, co oznacza, że najczęściej wiązało się z wymogiem dostosowania konstytucji do będących w fazie ratyfikacji traktatów reformujących, które kolidowały z wzorcem konstytucyjnym²⁵. W tych państwach euro-nowelizacja była zatem jedynie poszukiwaniem jakiejś minimalnej zgodności między prawem pierwotnym Unii a prawem wewnętrzkrajowym, bez której to zgodności niemożliwe by było albo dalsze uczestnictwo państwa w Unii, albo kontynuowanie procesów adaptacji i akomodacji Unii (Wspólnot). Z kolei w niektórych innych państwach nastąpiło o wiele dalsze

²⁴ Por. J. Galster, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wobec postępów integracji europejskiej. Diagnoza stanu europeizacji ustawy zasadniczej*, [w:] *Dziesięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. E. Gdulewicz, H. Zięba-Załużka, Rzeszów 2007, s. 55.

²⁵ Często tego typu zmiany poprzedzane były orzecznictwem sądów konstytucyjnych, które uzależniały rektyfikację traktatów reformujących od wcześniejszego zmienienia konstytucji w takim zakresie, w jakim popadała ona w konflikt z prawem wspólnotowym. Szerzej na ten temat zob. L. Garlicki, *Francuska Rada Konstytucyjna a Traktat z Maastricht*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciniński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 359 i nast.

i głębsze otwarcie ustawy zasadniczej na kwestie europejskie (unijne), co oznacza, że niejako przy okazji poszukiwania minimalnych wymogów zgodności prawa krajowego z unijnym, uregulowano na poziomie konstytucyjnym także i inne zagadnienia „okołounijne” albo takie, które w większym bądź mniejszym stopniu zostały wywołane przez Unię. Zaliczyć można do nich zwłaszcza skomplikowany i wieloaspektowy mechanizm partycypacji państwa w Unii (obejmujący problemy prawne, organizacyjne, funkcjonalne i proceduralne).

O ile przy tym pierwszy sposób „otwarcia” konstytucji na prawo wspólnotowe jest właściwie warunkiem wstępnym uczestnictwa państwa w Unii i jej coraz bardziej złożonym obrocie prawnym, o tyle drugi jest już wynikiem uznania, że akcesja do Unii powoduje trwałe i daleko idące skutki dla sfery wewnątrz krajowej, odnoszone zarówno do problematyki *stricto* instytucjonalnej, jak i społecznej, politycznej czy gospodarczej. Wskazanie tych skutków, jak się zaznacza, musi więc znaleźć swoje odzwierciedlenie w odpowiedniej korekcie przepisów konstytucyjnych. Jasną jest przy tym rzeczą, że skala oddziaływania „bloku spraw unijnych” na konstytucje poszczególnych państw członkowskich nie jest jednolita. Oddziaływanie to będzie tym mniejsze, im mniejszy i skromniejszy będzie zasięg przedmiotowy regulacji konstytucyjnej²⁶. Tam natomiast, gdzie konstytucje podejmują więcej zagadnień i czynią to z większym stopniem szczegółowości, tam potrzeba zmiany konstytucji automatycznie będzie wzrastać. Prawie zawsze jednak, niezależnie od zakresu materii podjętej przez konstytucję, zagadnienia ewokowane uczestnictwem państwa w Unii Europejskiej znajdują swoje unormowanie na poziomie ustawy zasadniczej, stając się w ten sposób istotnym punktem odniesienia dla podejmowanych wszelkich procesów rewizji postanowień konstytucyjnych.

„Otwarcie” Konstytucji RP na prawo unijne. Euro-nowelizacja sensu largo

W Polsce, jak do tej pory, nie mieliśmy do czynienia z tak rozumianą euro-nowelizacją konstytucji²⁷. Oznacza to, że kwestia unijnego określenia zasad dotyczących członkostwa Polski w Unii Europejskiej i związanych z tym różnorakich

²⁶ Por. R. Małajny, *Konstytucjonalizm a przedmiotowy zakres konstytucji*, [w:] *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, red. P. Sarnecki, Warszawa 1997, s. 96 i nast.

²⁷ O potrzebie takiej nowelizacji, ale jednocześnie wszystkich problemach z tego wynikających (w tym zwłaszcza politycznych, a dopiero później prawnych) zob. np.: M. Safjan, *Konstytucja a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, *Państwo i Prawo* 2001, nr 1, s. 3 i nast.; J. Barcz, *Członkostwo w Unii Europejskiej a konstytucja z 1997 r.*, [w:] *Czy zmieniać*

mechanizmów, np. kooperacji rządu z parlamentem, jest przedmiotem regulacji jedynie podkonstytucyjnej, w tym zwłaszcza ustawowej oraz regulaminowej (w uchwałach regulaminowych poszczególnych izb, tj. Regulaminie Sejmu i Regulaminie Senatu). Taki stan rzeczy, choć dopuszczalny, powoduje niestety szereg negatywnych skutków, na czele z brakiem, oczywiście poza art. 90 Konstytucji RP, tego co nazywamy opcją integracyjną czy szerzej zasadą konstytucyjnej przychylności wobec Unii Europejskiej²⁸. Zasada ta oznacza przecież nie tylko samą procedurę akcesji do Unii Europejskiej, bo tę określa szczegółowo „klauszula europejska”²⁹, ale szersze mechanizmy działania państwa w obrębie struktur unijnych i zmian, jakie wywołuje uczestnictwo w Unii dla funkcjonowania całego aparatu państwowego, w tym zwłaszcza jego struktury i procesu decyzyjnego³⁰. Stąd właśnie konstytucje niektórych przynajmniej państw członkowskich zawierają stosowne postanowienia, często wyodrębnione w osobne części czy rozdziały, które tworzą zręby zasad i procedur określających podstawy uczestnictwa państwa w tworach o charakterze ponadnarodowym. Postanowienia takie, zwłaszcza w momencie zacieśniającej się współpracy międzynarodowej, wydają się być zresztą niezbędne

Konstytucję RP? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do unii Europejskiej, red. J. Barcz, Warszawa 2002, s. 13 i nast.; S. Biernat, *Czy konieczne są zmiany w Konstytucji przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej?*, [w:] *Czy zmieniać Konstytucję RP...*, s. 41 i nast.; K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Warszawa 2000, s. 155 i nast.; M. Kruk, *Konstytucja narodowa a prawo europejskie: czy Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wymaga zmiany?*, [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy...*, s. 175 i nast.; P. Winczorek, *Kilka uwag w kwestii dostosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej do wymogów prawa europejskiego*, [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy...*, s. 187 i nast.; S. Biernat, *Ustrojowe podstawy przyszłego członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, [w:] *Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr hab. Januszowi Łętowskiemu*, Warszawa 1999, s. 35 i nast.; J. Jaskiernia, *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a problem nowelizacji Konstytucji RP*, Warszawa 2004, s. 25 i nast.

²⁸ Por. J. Galster, *Tzw. opcja integracyjna konstytucji państw członkowskich a przychylność polskiego ustawodawcy konstytucyjnego wobec przystąpienia do Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 135 i nast.

²⁹ W tym akurat fragmencie „spraw unijnych” konstytucja zawiera niezbędne regulacje (tj. art. 90). Por. M. Masternak-Kubiak, *Konstytucyjnoprawne podstawy procedury przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 5, s. 43 i nast. Na temat tego, że art. 90 od samego początku miał się odnosić do procesu integracji europejskiej szerzej zob. R. Chruściak, *Procedury przystąpienia do Unii Europejskiej w pracach nad Konstytucją*, Państwo i Prawo 2003, nr 5, s. 44 i nast.

³⁰ Por. R. Mojak, *Konstytucyjne podstawy integracji Polski z Unią Europejską (zarys problematyki)*, [w:] *Konstytucyjny ustrój państwa. Księga jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, Lublin 2000, s. 165 i nast.

i na dłuższą metę nieuniknione³¹. Reorganizacja działania państwa; postępujący wciąż proces zacieśniania się samej Unii; nowe schematy działania organów unijnych, a także organów krajowych w obszarze wspólnotowym; wreszcie coraz dalej sięgająca ingerencja prawa wspólnotowego w prawo krajowe, wszystko to razem wzięte wymaga od państwa odpowiedniego oprządkowania, na które m.in. składa się korekta konstytucyjnych wyznaczników organizacji i funkcjonowania tradycyjnie ujmowanego organizmu państwowego. Dlatego, jak się wydaje, konstytucjonalizacja zagadnień unijnych, w tym także, jeśli nie przede wszystkim, roli izb parlamentarnych w procedurach kooperacji i koordynacji z rządem w szeroko pojmowanym obszarze unijnym oraz wpisania w to wszystko uprawnień prezydenckich, a także ścisłego wskazania prawa wspólnotowego jako powszechnie obowiązującego w krajowym porządku prawnym, jest prędzej czy później konieczna³². Po pierwsze i chyba najważniejsze ze względów symbolicznych. Konstytucyjne umocowanie działania państwa w Unii potwierdza zasięg zmian wynikających z akcesji, a zarazem dowodzi „nowej jakości” Unii jako takiej, której przecież nie da się porównać z żadną inną organizacją międzynarodową. Poza tym konstytucjonalizacja działań izb parlamentarnych (które spośród wszystkich organów państwowych w największym bodajże stopniu doznają zmiany swojej dotychczasowej pozycji ustrojowej³³) w obrębie spraw europejskich podkreśla znaczenie tych zadań, a jednocześnie stanowi wyraz pewnej rekompensaty z tytułu strat spowodowanych utratą części prerogatyw legislatur krajowych na rzecz organów Unii, co najlepiej pokazuje skalę oddziaływania organizmu unijnego na tradycyjnie pojmowany model państwa. Po drugie, konstytucyjne ujęcie problematyki unijnej, w tym zwłaszcza europejskich zadań parlamentu, ze względu na swoją wagę pozwoliłoby *explicite* wyodrębnić nową, tzw. „funkcję europejską” parlamentu, co likwidowałoby wszelkie spory na temat tego, czy europejskie zaangażowanie parlamentu mieścić się w funkcji kontrolnej czy ustawodawczej, a może nawet i – choć w mniejszym

³¹ Co wynika m.in. z ograniczenia suwerenności państwowej, jaka jest nieuchronna w momencie przystąpienia do Unii, a następnie postępującej integracji europejskiej. Szerzej na ten temat zob. A. Wasilkowski, *Uczestnictwo w strukturach europejskich a suwerenność państwa*, Państwo i Prawo 1996, nr 4/5, s. 20, 21.

³² Choć oczywiście można założyć, iż nie będzie przeprowadzona, a wówczas europejska rola izb i w ogóle organów państwa, jak i państwa jako takiego, będzie wynikiem odpowiedniego odczytania konstytucji. Szerzej na ten temat zob. K. Działocha, *Podstawy prounijnej wykładni Konstytucji RP*, Państwo i Prawo 2004, nr 11, s. 28 i nast.

³³ Por. J. Jaskiernia, *Parlament a procesy integracyjne*, [w:] *Parlament. Model konstytucyjny a praktyka ustrojowa*, red. Z. Jarosz, Warszawa 2006, s. 175 i nast.; J. Szymanek, *Parlamenty narodowe w procesie integracji europejskiej*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2008, nr 1, s. 39 i nast.

zakresie – kreacyjnej³⁴. Po trzecie, konstytucjonalizacja problematyki unijnej musiałaby z pewnością wykraczać poza jedynie „europejską funkcję parlamentu”. Oznaczałoby to zatem dużo obszerniejszą konstytucjonalizację unijnych zadań organów państwowych, co ze zrozumiałych powodów miałoby (a przynajmniej powinno mieć) szerszy zasięg i obejmować również określenie wzajemnych relacji i uprawnień dualistycznej egzekutywy, likwidując w ten sposób pojawiające się w praktyce różnice zdań, zawsze przecież grożące dysfunkcjonalnością mechanizmów partycypacji państwa w Unii. Oczywiście w istniejącym stanie *de lege lata* możliwe jest również wypracowanie odpowiednich schematów działania, a co za tym idzie właściwego zinterpretowania postanowień ustawy zasadniczej, zawsze jednak wpisanie *in extenso* do tekstu konstytucji odnośnych regulacji redukcjonalności taką okazjonalną, a często też i niejednoznaczną, a niekiedy wręcz rozbieżną wykładnię, likwidując jednocześnie zarzewie potencjalnych (i jak uczy doświadczenie, jak najbardziej realnych³⁵) sporów i konfliktów. Po czwarte, konstytucyjne ujęcie europejskiej funkcji parlamentu oraz jakiegoś modelu związków Rady Ministrów z prezydentem nadałoby tej funkcji (i procedurom w niej zawartym) i tym związkom tak bardzo potrzebne poczucie pewności i stabilności, co dla każdego porządku prawnego jest wartością samą w sobie³⁶. Po piąte wreszcie, europejskie znowelizowanie konstytucji, zwłaszcza jeśli miałoby przybrać dość rozbudowaną redakcyjnie formę, jednoznacznie potwierdziłoby fakt zasadniczej strukturalno-funkcjonalnej reorientacji Unii Europejskiej i jej swoiste przejście z tworu przypominającego organizację międzynarodową w kierunku tworu *sui generis*, tworu supranarodowego (skonfederowanego)³⁷. Oznaczałoby to jednocześnie, że tradycyjne państwo narodowe ze swoją „przestrzenią konstytucyjną” nie może już dłużej pozostawać bierne względem rozwijania się, poszerzania i pogłębiania integracji przebiegającej w obrębie Unii i że integracja ta, w porównaniu do wszelkich innych form aktywności międzynarodowej, ma skalę wcześniej niespotykaną, a współcześnie właściwie w żaden sposób i żadną miarą nieporównywalną.

³⁴ Szerzej na temat kontrowersji w tym względzie zob. W. Sokolewicz, *Formy oddziaływania parlamentu polskiego na prawodawstwo Unii Europejskiej*, Państwo i Prawo 2004, nr 8, s. 4 i nast.

³⁵ Por. P. Winczorek, *Reprezentacja Polski w Radzie Europejskiej*, Państwo i Prawo 2008, nr 12, s. 32 i nast.; A. Wyrozumska, *Reprezentacja Polski w Radzie Europejskiej*, Państwo i Prawo 2008, nr 12, s. 35 i nast.

³⁶ Por. J. Szymanek, „Funkcja europejska” Sejmu i Senatu jako ustrojowy efekt członkostwa w Unii Europejskiej, [w:] *Polska w Unii Europejskiej*, red. M. Kruk, J. Wawrzyniak, Kraków 2005, s. 351.

³⁷ Por. J. Kranz, *Tło prawne dyskusji...*, s. 19 i nast.

Niemniej nawet przy braku „europejskiego dopasowania” konstytucji zdaje się obowiązywać nakaz prounijnej wykładni ustawy zasadniczej³⁸, wymagający m.in. maksymalnego włączenia parlamentu w europejskie procesy integracyjne, czy też wiernego respektowania prawotwórstwa unijnego z równoczesnym przyznaniem mu statusu pierwszeństwa względem kolidującego z nim prawodawstwa krajowego, co wynika z unijnego standardu nakazującego przychylną³⁹ względem europejskiego zaangażowania parlamentów narodowych. Dyrektywa „prounijnej wykładni konstytucji” jest więc dzisiaj, przy braku szerszego europejskiego dopasowania ustawy zasadniczej, swoistym paradygmatem tworzenia oraz interpretacji wszelkich regulacji unijnych w krajowym porządku prawnym, w tym także tym o charakterze konstytucyjnym, a dotyczącym włączenia Sejmu i Senatu w procedury uzgodnieniowe dotyczące spraw z zakresu członkostwa Polski w Unii Europejskiej oraz udziału obu organów władzy wykonawczej w wykonywaniu praw członkowskich⁴⁰. W przypadku zaś organów pozaparlamentarnych (tj. przede wszystkim Rady Ministrów i prezydenta) powinno się stosować ogóle dyrektywy ustawy zasadniczej, które pozwalają „odkodować” zawarty w konstytucji schemat wzajemnych powiązań, porządkujący rolę organów egzekutywy w szerokim bloku spraw unijnych.

Zawsze jednak nieuwzględnienie kontekstu europejskiego (unijnego) w regulacji mającej moc prawną konstytucji rodzić może trudności w prawidłowym jej stosowaniu, co przecież w każdym przypadku jest dysfunkcyjne z punktu widzenia stabilności i efektywności całości systemu politycznego. Jednak oportunizm wobec ingerowania w tekst konstytucji w celu jego dostosowania do warunków uczestnictwa państwa w Unii Europejskiej wynikać może, poza oczywiście samą niechęcią dokonywania zmian konstytucyjnych⁴¹, z uznania jej najwyższej mocy prawnej i biorącej się stąd obawy, że ewentualna zmiana zainspirowana czy wręcz wymuszona udziałem państwa w tworze o charakterze supranarodowym zakwestionować może ten tradycyjny atrybut konstytucji jako ustawy zasadniczej⁴².

³⁸ Por. K. Działocha, *Uwagi dotyczące pytań przygotowanych przez Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu w związku z projektem ustawy o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej*, opinia prawna sporządzona na zlecenie Biura Informacji i Dokumentacji Kancelarii Senatu, Warszawa, dnia 18 lutego 2004 r., s. 2.

³⁹ Por. J. Szymanek, *Parlamenty narodowe w procesie integracji...*, s. 39 i nast.

⁴⁰ Por. M. Grzybowski, *Władza wykonawcza w Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach członkostwa w Unii Europejskiej (wybrane zagadnienia)*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej...*, s. 17 i nast.

⁴¹ Uwzględniwszy, że samą trwałość, w znaczeniu nienaruszalności konstytucji, traktuje się jako wartość *per se*.

⁴² Por. L. Galster, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wobec...*, s. 55.

Dokonujące się jednak przekształcenia w obszarze Unii, jej coraz silniej rysująca się instytucjonalizacja i ewoluowanie w kierunku tworzenia wyraźnie *quasi*-państwowego wcześniej czy później będą wymagały dokonania ingerencji również i w tekst ustawy zasadniczej. Potwierdzają to zresztą liczne przypadki państw członkowskich, które choć w niejednakowym stopniu i zakresie, to jednak „otwierały” swoje ustawy zasadnicze na problematykę ich udziału w Unii Europejskiej (por. Austria, Niemcy, Francja, Hiszpania, Portugalia, Szwecja⁴³). Dlatego wprowadzenie zmian także i do Konstytucji RP wydaje się być konieczne, nie przesądzając oczywiście perspektywy czasowej ich przeprowadzenia. Można przy tym, w charakterze pewnej egzemplifikacji, podać materie wymagające takiej euro-nowelizacji, albo przynajmniej materie, wobec których postulat takiej euro-nowelizacji jest uzasadniony. Przede wszystkim chodziłoby tu o wyraźne stwierdzenie zakresu praw wyborczych, które przecież, w przypadku wyborów samorządowych oraz wyborów do Parlamentu Europejskiego, straciły już charakter praw przysługujących wyłącznie obywatelom polskim. W obecnym stanie *de lege lata* prawa te co prawda są przyznane innym obywatelom państw Unii Europejskiej, ale jedynie na podstawie regulacji ustawowej i można by było postulować ich konstytucjonalizację, tym bardziej, że kwestia określenia destynatariusza praw wyborczych (zarówno czynnego, jak i biernego) jest już tradycyjną materią zarezerwowaną dla konstytucji. Innym obszarem, który mógłby być (powinien być) ujęty wprost w konstytucji, jest wyraźne nazwanie organizacji międzynarodowej, której – na podstawie dyspozycji art. 90 Konstytucji⁴⁴ – Rzeczpospolita przekazuje „kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”. Powinno to nastąpić tym bardziej, że organizacja międzynarodowa, jakiej Rzeczpospolita przekazała kompetencje, odeszła już od schematu właściwego dla typowej organizacji międzynarodowej i stała się właściwie tworem *sui generis*⁴⁵. Dlatego mimo, że art. 90 od początku był traktowany jako konstytucyjna (ustrojowa) podstawa integracji Polski z Unią Europejską, to jednak powinno się w nim wprost zadekretować, że organizacją, na rzecz której państwo polskie dokonuje przekazania kompetencji, jest Unia. Swojego wyraźnego, dokonanego *explicite* wyartykułowania na poziomie

⁴³ Por. K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji...*, s. 169 i nast.

⁴⁴ Czyli artykułu, który w istniejącym stanie prawnym pełni funkcję klauzuli europejskiej. Szerzej na ten temat zob. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007.

⁴⁵ Potwierdzają to zresztą znakomicie próby ustanowienia „Konstytucji Europejskiej”. Por. M. Kruk, *Uwagi o projekcie Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy (prawno-konstytucyjny punkt widzenia)*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 2, s. 37 i nast.; K. Wójtowicz, *Projekt traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy: podstawa ustroju i porządku prawnego Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 2, s. 13 i nast.

ustawy zasadniczej powinny również doczekać się akty prawa wspólnotowego (unijnego), które przecież nie mieszczą się w ciasnym gorsecie „prawa międzynarodowego”, ani nawet „prawa stanowionego przez organizację międzynarodową”⁴⁶. Dlatego określenie źródeł prawa unijnego i ich relacji do aktów prawodawstwa krajowego wydaje się być ze wszech miar porządne, zwłaszcza, że obecna regulacja konstytucyjna dość szczegółowo normuje zagadnienie źródeł prawa, w dodatku prawa powszechnie obowiązującego, a tym w coraz większym stopniu stają się prawa ustanowione na szczeblu unijnym⁴⁷. Zagadnieniem wymagającym konstytucyjnej reglamentacji (w razie kiedy zostanie ona przeprowadzona i to w postaci dość obszernej, np. osobnego rozdziału konstytucji poświęconego Unii) jest również określenie stosunku organów krajowych do organów wspólnotowych oraz mechanizmu kooperacji organów krajowych w zakresie ustalania tzw. mandatu negocjacyjnego⁴⁸. Chodziłoby tutaj w szczególności o wskazanie bilateralnych relacji w obrębie parlamentu (Sejmu i Senatu) oraz wskazanie zadań Rady Ministrów i jej związków z drugim członem dualistycznej egzekutywy, tj. prezydentem, wreszcie określenie schematu kontroli Rady Ministrów w dziedzinie spraw unijnych⁴⁹. W obszarze modyfikacji uprawnień organów państwowych wywołanej akcesją pozostaje również zgłaszana *de lege ferenda* kwestia jednoznacznego stwierdzenia, że sądy w swojej działalności orzeczniczej zobowiązane są do przestrzegania nie tylko prawa krajowego (polskiego), ale również unijnego⁵⁰, które to prawo do tej pory jest w działalności organów orzekających wyraźnie marginalizowane i traktowane jako drugorzędne⁵¹. Jak z tego, przykładowego tylko zestawienia widać,

⁴⁶ Por. art. 91 ust. 3 Konstytucji.

⁴⁷ Por. P. Sarnecki, *Konstytucyjny system źródeł prawa o charakterze powszechnym*, [w:] *Dziesięć lat Konstytucji...*, s. 254 i nast.

⁴⁸ Zwłaszcza, że ten obszar jest obszarem w największym bodajże stopniu modyfikującym postanowienia konstytucyjne wszystkich państw członkowskich. Por. E. Popławska, *Organy i procedura stanowienia prawa wspólnotowego oraz udział w niej państwa narodowych*, [w:] *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, red. M. Kruk, Warszawa 1997, s. 182 i nast.

⁴⁹ Por. R. Grzeszczak, *Parlamente państw członkowskich w Unii Europejskiej*, Wrocław 2004, s. 75 i nast.; J. Szymanek, *Koncepcja europejskiego zaangażowania Senatu RP jako drugiej izby parlamentu*, *Studia Prawnicze* 2006, nr 3, s. 37 i nast.; J. Barcz, *Wyzwania stojące przed Sejmem RP w związku z członkostwem Polski w Unii Europejskiej*, *Przegląd Sejmowy* 2004, nr 2, s. 61 i nast.; J. Barcz, *Parlament polski w procesie decyzyjnym w sprawach integracyjnych*. *Wnioski de lege ferenda*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2002, nr 3, s. 7 i nast.

⁵⁰ Por. J. Galster, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wobec...*, s. 61.

⁵¹ Por. L. Garlicki, M. Masternak-Kubiak, *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe...*, s. 165 i nast.; A. Wróbel, *Stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej przez sądy RP*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe...*, s. 207 i nast.

materia potencjalnej euro-nowelizacji jest stosunkowo obszerna, ale zarazem – co potwierdza najlepiej praktyka i związany z nią brak dotychczasowej nowelizacji konstytucji w tym względzie – jedynie pożądana i postulowana, ale nie bezwzględnie wymagana. Dowodzi tego dotychczasowe funkcjonowanie Polski w strukturach Unii Europejskiej odbywające się bez odpowiedniej modyfikacji postanowień konstytucyjnych. Udział naszego państwa w Unii jest więc prawnie reglamentowany jedynie na poziomie podkonstytucyjnym, a w zakresie konstytucji jedynie interpretowany⁵², co jednak w niczym nie dezaktualizuje postulatu takiej ambitnej euro-nowelizacji, obejmującej swoim zasięgiem cały „pakiet spraw europejskich”.

Euro-nowelizacja, jeśli potraktować ją jako „otwarcie” tekstu konstytucji na cały kompleks spraw ewokowanych członkostwem Polski w Unii, pozostaje więc sprawą odległą, determinowaną przede wszystkim stanowiskiem podmiotów zaangażowanych w proceduralny mechanizm inkorporowania zmian do tekstu obowiązującej konstytucji⁵³. W pierwszym rzędzie jednak decyzja o tak szerokiej ingerencji w tekst konstytucji, uwzględniającej przynajmniej większość kwestii zorientowanych akcesją do Unii Europejskiej, jest sprawą polityczną, która do tej pory nie została podjęta i w dającej się przewidzieć perspektywie czasowej chyba nie zostanie podjęta. Widać bowiem zdecydowany opór przeciwko „masterygowaniu” w tekście konstytucji, tym bardziej gdyby miało być ono wywołane tematyką „unijną”. Ciągłe bowiem da się zauważyć dominację ortodoksyjnego nurtu, stojącego konsekwentnie na stanowisku, że sprzeciw wobec zmian konstytucji broni w najlepszy z możliwych sposobów jej najwyższej mocy prawnej (art. 8 ust. 1 Konstytucji)⁵⁴.

Dodatkowo uznaje się czasami, że jak najbardziej do pogodzenia jest akceptacja obecności w Unii bez równoczesnego ingerowania w tekst konstytucji. Jak się bowiem zaznacza zarówno w praktyce, jak i w doktrynie w pełni respektowana jest konieczność przychylniej wobec Unii wykładni konstytucji, jej otwartości na prawo unijne czy wreszcie tzw. prounijnej interpretacji, co z kolei jest niczym innym, jak tylko konsekwencją respektowania konstytucyjnej zasady przestrzegania prawa międzynarodowego (art. 9)⁵⁵. Norma z art. 9 Konstytucji jest więc pewną meta-normą, za pośrednictwem której da się pogodzić zasady członkostwa w Unii Europejskiej, bez uszczegóławiania ich w tekście konsty-

⁵² Por. M. Safjan, *Konstytucja a członkostwo Polski w Unii...*, s. 5.

⁵³ Por. B. Banaszak, M. Jabłoński, *Determinanty zmiany konstytucji*, [w:] *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa konstytucyjnego*, red. B. Banaszak, M. Bernaczyk, Wrocław 2006, s. 41 i nast.

⁵⁴ Por. M. Gierycz, *Oblicza eurosceptycyzmu*, *Przegląd Europejski* 2003, nr 2, s. 115 i nast.

⁵⁵ Por. A. Wasilkowski, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP)*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe...*, s. 9 i nast.

tucji⁵⁶. Oznacza to, że brak euro-nowelizacji ustawy zasadniczej nie może być powodem ignorowania czy tylko omijania zobowiązań członkowskich i w każdym przypadku, w razie ewentualnej kolizji, norm, należy się pierwszeństwo zobowiązaniom o charakterze międzynarodowym (w tym w szczególności wspólnotowym)⁵⁷. Co więcej (i jest to stanowisko najdalej idące), kolizja, jaka może wystąpić na poziomie konstytucyjnym – o ile oczywiście chce się konsekwentnie respektować normy prawa międzynarodowego – winna doprowadzić do konwalidacji konstytucji w takim zakresie, w jakim nie odpowiada ona zobowiązaniom międzynarodowym. Dlatego sytuacja potencjalnej sprzeczności konstytucji z prawem międzynarodowym (bez renegocjowania tego prawa albo wręcz wariantu skrajnego, jakim jest wystąpienie z organizacji międzynarodowej, np. Unii) obliuguje ustrojodawcę krajowego do zmiany konstytucji i jej dopasowania do stanu zgodności z prawem zewnętrznym (międzynarodowym, wspólnotowym)⁵⁸. Potwierdza to zresztą bardzo dobrze przykład nowelizacji art. 55 Konstytucji w związku z europejskim nakazem aresztowania, który wymusił nowelizację konstytucji i zmianę jej przepisów wyłącznie z wyeliminowaniem zadekretowanego w niej zakazu ekstradycji obywatela polskiego. *Notabene* wskazany *casus* nowelizacji art. 55 Konstytucji przedstawiany jest czasami jako przykład swoistej cichej czy też dyskretnej euro-nowelizacji konstytucji⁵⁹, gdyż zmianę w redakcji przepisu art. 55 wymusiło zobowiązanie podjęte wobec pozostałych państw członkowskich wprowadzających instytucję europejskiego nakazu aresztowania⁶⁰. Oczywiście wspomniana euro-nowelizacja miała „minimalny” wymiar i ograniczyła się jedynie do uspoźnienia normy konsty-

⁵⁶ A zarazem gwarantuje ona pełną skuteczność zobowiązań międzynarodowych. Na przykładzie innych państw por. T. Wasilewski, *Skuteczność umów międzynarodowych w systemach prawa krajowego wybranych państw Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy 2005, nr 1, s. 9 i nast.

⁵⁷ Więcej nawet, można chyba zaryzykować stwierdzenie, że zasada przychylności wobec prawa międzynarodowego (wspólnotowego) jest dzisiaj swoistym standardem konstytucyjnym. Szerzej na ten temat zob. J. Galster, *Zasada przychylności wobec prawa międzynarodowego Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec*, Toruń 1995.

⁵⁸ Por. J. Galster, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wobec...*, s. 56. *Notabene* ta właśnie teza, dzisiaj potwierdzona licznymi orzeczeniami europejskich sądów konstytucyjnych (np. Francji i Niemiec) powoduje kwestionowanie dalszych postępów integracji i uznanie, że stanowią one zagrożenie dla suwerenności państwowej poszczególnych państw członkowskich, gdyż w sumie wymuszają na nich zmiany konstytucyjne. Por. J. Menkes, *Konstytucja, suwerenność, integracja: spóźniona (?) polemika*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo...*, s. 89 i nast.

⁵⁹ Por. J. Galster, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wobec...*, s. 59, 60.

⁶⁰ Szerzej na ten temat zob. J. Barcz, *Europejski nakaz aresztowania: konsekwencje braku transpozycji lub wadliwej transpozycji decyzji ramowej w prawie członkowskim UE*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 1, s. 15 i nast.

tucyjnej z normą międzynarodową, wymuszonego zresztą orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, który orzekając o rozbieżności obu regulacji nakazał ich konwergencję⁶¹. Przykład ten pokazuje jednak, że nawet stanowisko zakładające generalną przychylność wobec prawa wspólnotowego, wynikającą z nakazu respektowania zobowiązań międzynarodowych, może – w razie dojścia do sprzeczności norm – wymusić zmianę konstytucji, mimo że sama technika wykładni konstytucji w zgodzie z regulacjami traktatowymi była pomyślana jako forma swoistego obejścia uruchamiania procedury zmiany konstytucji. Trzeba bowiem pamiętać, że każda ingerencja w tekst konstytucji, zwłaszcza ewokowana, rozbieżnością przepisów funkcjonujących na różnych poziomach w hierarchii źródeł prawa, jest pewną ostatecznością, często oczywiście jak najbardziej pożądaną, ale równie często zupełnie niekonieczną. Problemy wynikające z ewentualnej kolizji norm można wszak prawie zawsze rozstrzygnąć w drodze właściwej interpretacji. Dzisiaj zaś taką właściwą, odpowiadającą generalnym trendom integracji, europeizacji i globalizacji, interpretacją jest wykładnia prawa (ustaw i konstytucji) zgodnie z zasadą przychylności wobec prawa międzynarodowego, a w szczególności wspólnotowego.

Przypadek nowelizacji konstytucji z 8 IX 2006 roku⁶², choć formalnie rzecz biorąc odpowiada zjawisku euro-nowelizacji, pojmowanemu jako dostosowanie przepisu rangi konstytucyjnej do zobowiązań członkowskich w Unii Europejskiej, z uwagi na minimalizm przeprowadzonych zmian można jednak pominąć, co nadal pozwala utrzymać generalne stwierdzenie o braku euro-nowelizacji Konstytucji RP. Nie doszło do niej, ponieważ zasady udziału państwa we Wspólnotach (Unii) nie stały się przedmiotem unormowania w osobnej jednostce redakcyjnej konstytucji, a cały proces związania się Polski zobowiązaniami unijnymi jest „zawieszony” na dyspozycji klauzuli europejskiej zawartej w dyspozycji przepisu art. 90⁶³.

Konstytucjonalizacja uczestnictwa Polski w Unii Gospodarczo-Walutowej. Euro-nowelizacja *sensu stricto*

Pojęcie euro-nowelizacji konstytucji można jednak rozumieć w jeszcze jednym, tym razem wziętym już *sensu stricto* znaczeniu. Będzie nim potrzeba dostosowania unormowań konstytucyjnych do zasad uczestnictwa państwa w Unii

⁶¹ Warto przy tym zwrócić uwagę, że z takim uspoźnieniem regulacji konstytucyjnej i umownej wymuszonym orzeczeniem sądu konstytucyjnego mieliśmy do czynienia również w Niemczech.

⁶² Dotyczący europejskiego nakazu aresztowania.

⁶³ Por. M. Masternak-Kubiak, *Konstytucyjnoprawne podstawy procedury...*, s. 43 i nast.

Gospodarczej i Walutowej. Inaczej mówiąc, przystąpienie Polski do strefy „euro”, a co za tym idzie rezygnacja z krajowej waluty (złotego), będzie wymagała stosownej modyfikacji postanowień ustawy zasadniczej. Tym razem więc euro-nowelizacja konstytucji zdeterminowana będzie przyjęciem nowej waluty „euro”, a nie jedynie ogólnymi zasadami udziału państwa w Unii Europejskiej, w której jak pokazuje dotychczasowy przykład Polski, można funkcjonować bez odpowiednich ingerencji w pierwotny tekst konstytucji (tj. przyjęty jeszcze przed akcesją). Trzeba jednak od razu powiedzieć⁶⁴, że choć konieczność stosownej zmiany konstytucji jest powszechnie wyrażana⁶⁴, to jednak można również spotkać i opinie, które choć oczywiście nie sprzeciwiają się ewentualnej nowelizacji konstytucji, to wskazują, że nie jest ona wcale koniecznością, ani tym bardziej obowiązkiem ustrojodawcy, który musiałby doprowadzić do stanu zgodności konstytucji, tzn. zmienić konstytucję przed przystąpieniem do strefy „euro”. Zaznacza się bowiem, że decyzja w sprawie przyjęcia waluty „euro” została już podjęta w momencie przystąpienia do Unii Europejskiej, a tzw. derogacja z art. 5 Aktu Przystąpienia do Unii Europejskiej oddala jedynie w czasie wprowadzenie „euro” w Polsce, ale przecież w żadnym razie go nie eliminuje. Co więcej, na mocy klauzuli derogacyjnej Polska (a obok niej również i inne państwa objęte derogacją), zobowiązane są dołożyć należytych (wszelkich) starań, aby spełnić wszystkie postawione kryteria udziału w unii monetarnej, a w konsekwencji przyjąć walutę „euro”⁶⁵. Nie jest więc podany termin wprowadzenia europejskiej (unijnej) waluty w Polsce, ale zarazem ciąży na nas obowiązek wypełniania kryteriów udziału w unii monetarnej, a docelowo wprowadzenia waluty „euro”⁶⁶. Z punktu widzenia praw akcesji w Unii Europejskiej, której – jak wiadomo – integralnym elementem jest Unia Gospodarczo-Walutowa, kwestią dyskusyjną nie jest więc sam fakt ewentualnego przystąpienia do unii monetarnej i związanego z tym przyjęcia waluty „euro”, ale horyzont czasowy, w jakim działać będzie zasada derogacji z art. 5 zwalniająca okresowo Polskę z obowiązku wprowadzenia „euro”⁶⁷. Dlatego argumentuje się

⁶⁴ Por. S. Biernat, *Prawo Unii Europejskiej a Konstytucja RP i prawo polskie: kilka refleksji*, Państwo i Prawo 2004, nr 11, s. 25 i nast.; P. Winczorek, *Konstytucja RP a prawo wspólnotowe*, 2004, nr 11, s. 14 i nast.; A. Bałaban, *Konstytucyjna pozycja NBP a unia monetarna*, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie...*, s. 340 i nast.

⁶⁵ Por. G. Wójtowicz, *Wejście do strefy euro – konsekwencje dla banków*, Prawo Bankowe 2005, nr 10, s. 101 i nast.

⁶⁶ Por. M. Siemaszko, M. Żogała, *Proceduralne i prawne aspekty wprowadzenia euro w Polsce*, „Prawo Bankowe” 2005, nr 9, s. 72. Por. P. Albiński, *Unia Gospodarcza i Walutowa a perspektywa integracji monetarnej Polski*, Przegląd Europejski 2004, nr 2, s. 57 i nast.

⁶⁷ Por. P. Zientara, *«Za» i «przeciw» wczesnemu wejściu Polski do strefy euro*, Wspólnoty Europejskie 2006, nr 11, s. 3.

czasami, że ostateczne odejście od klauzuli derogacyjnej z art. 5 aktu akcesyjnego nie wymaga ingerencji w tekst konstytucji, gdyż zostało ono przesądzone już w momencie „przekazania kompetencji” na podstawie art. 90, który stanowił prawną przesłankę związania się traktatem akcesyjnym. Co więcej, można twierdzić, że wprowadzenie waluty „euro”, zmieniającej również i zadania Narodowego Banku Polskiego ujęte w przepisie art. 227 Konstytucji mogą być potraktowane jako „przekazanie organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach” (art. 90 ust. 1 Konstytucji). Jeśli tak jest w rzeczywistości, to z kolei można uznać, że cesja uprawnień Narodowego Banku Polskiego na rzecz Europejskiego Banku Centralnego⁶⁸ jest *explicite* przewidziana przez konstytucję, w związku z czym nie wymaga jakiegokolwiek zmiany stanu *de lege fundamentalis lata*, gdyż art. 90 dopuszcza na poziomie konstytucyjnym również modyfikację uprawnień NBP zawartych w art. 227⁶⁹. W ten sposób można by było ominąć wymóg zmiany konstytucji, gdyż art. 90 byłby artykułem na swój sposób „otwierającym” każdą transpozycję uprawnień organów krajowych, stanowiąc maksymalistyczną wersję życzliwej wobec procesów integracyjnych interpretacji konstytucji⁷⁰. Wydaje się jednak, że zaprezentowane stanowisko jako właśnie maksymalistyczne idzie stanowczo za daleko. Owszem, w warunkach nieprzeprowadzonej do tej pory euro-nowelizacji obowiązuje nakaz prounijnej wykładni konstytucji⁷¹, ale powinien on być stosowany tam wszędzie, gdzie regulacje ustawy zasadniczej są nieprecyzyjne bądź w ogóle ich nie ma. Tam natomiast, gdzie istnieje ewidentna, *expressis verbis* występująca kolizja unormowań konstytucyjnych z unormowaniami unijnymi, tam wszędzie powinno dojść do ingerencji ustrojodawcy w celu sanacji stanu sprzeczności norm⁷². Dlatego też uznaje się raczej powszechnie, że przystąpienie Polski do Unii Gospodarczo-Walutowej, choć jest „naturalną” konsekwencją wstąpienia do struktur unijnych, wymaga zmian konstytucyjnych w tych wszystkich partiach materiału konstytucyjnego, w których popadają one w sprzeczność z zasadami udziału państwa w Unii (i jej poszczególnych filarach).

⁶⁸ Szerzej na ten temat zob. S. Pawłowski, *Europejski Bank Centralny – wybrane zagadnienia*, Gdańskie Studia Prawnicze 2007, t. XVI, s. 695 i nast.

⁶⁹ Por. K. Wojtyczek, *Konstytucyjno-prawne aspekty członkostwa w Unii i Wspólnotach Europejskich*, [w:] *Akcesja do Unii Europejskiej a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. H. Zięba-Załużka, M. Kijowski, Rzeszów 2002, s. 98.

⁷⁰ Por. S. Biernat, *Czy konieczne są zmiany w Konstytucji...*, s. 59.

⁷¹ Por. K. Działocha, *Podstawy prounijnej wykładni Konstytucji...*, s. 28 i nast.

⁷² Co zresztą potwierdzają wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego podjęte na tle europejskiego nakazu aresztowania, który zobowiązał Sejm i Senat do przeprowadzenia stosowanych zmian konstytucyjnych właśnie na skutek ich kolizji z regulacjami międzynarodowymi.

Dlatego zmiana konstytucji, zwłaszcza w zakresie dyspozycji art. 227, wydaje się być niezbędna⁷³. Wspomniany artykuł stanowi m.in., że „centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski” i że z tego tytułu „przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej”. Ponadto w przepisie art. 227 ust. 1 *in fine* na Narodowy Bank Polski został nałożony obowiązek odpowiadania „za wartość polskiego pieniądza”. W zdecydowanej większości opinii przepisy te wyraźnie kolidują z warunkami przystąpienia Polski do unii walutowej i wynikającego z tego faktu wprowadzenia jako obowiązującej waluty w Polsce „euro”⁷⁴. W efekcie można zaryzykować stwierdzenie, że to nadmierna kazuistyka konstytucji w rozdziale X (Finanse publiczne) i w ogóle objęcie gorsetem regulacji konstytucyjnej dziedziny finansów, która do tej pory pozostawała *ad extra* unormowania konstytucyjnego⁷⁵, jest przeszkodą we wprowadzeniu waluty „euro”, którą do obiegu walutowego w Polsce można będzie dopuścić dopiero po uprzednim zmienieniu stosownych postanowień ustawy zasadniczej. Dlatego włączenie do obiegu pieniężnego „euro” jako wspólnego pieniądza Unii Europejskiej musi być poprzedzone wcześniejszą zmianą redakcji art. 227 Konstytucji RP⁷⁶.

Oczywiście dla udzielenia rzetelnej odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście istnieje potrzeba euro-nowelizacji konstytucji, jako wymogu konwergencji prawnej⁷⁷ koniecznej dla wprowadzenia waluty „euro” w Polsce, kluczowe znaczenie ma to, jak właściwie należy rozumieć zakres przedmiotowy prawa emisji pieniądza, o którym mowa w art. 227 ust. 1 Konstytucji. Inaczej mówiąc chodzi o to, jak należy rozumieć zakres znaczeniowy pojęcia pieniądza, tzn. czy chodzi tu tylko o pieniądź polski („złoty”), czy też może o pieniądź „jako taki”, a zatem każdy pieniądź dopuszczony przez władze państwa polskiego do obrotu na terytorium tego państwa. Dopiero od odpowiedzi na to pytanie uzależniony jest stopień i zakres dezaktualizacji przepisu art. 227 ust. 1 po ewentualnym przystąpieniu Polski do Unii Gospodarczo-Walutowej (strefy „euro”). Przepis ten i zawarte w nim pojęcie pieniądza albo bowiem będzie musiał być uznany za sprzeczny z unijnym

⁷³ Por. W. Sokolewicz, *Uwaga 16 do art. 227*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, t. V, s. 27.

⁷⁴ Por. C. Kosikowski, *Prawne aspekty wejścia Polski do strefy euro*, Państwo i Prawo 2008, nr 12, s. 27, 28.

⁷⁵ I w zdecydowanej większości przypadków państw członkowskich jest pozostawiona regulacji o charakterze podkonstytucyjnym.

⁷⁶ Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 423.

⁷⁷ Wymóg konwergencji prawnej oraz ekonomicznej jest warunkiem wprowadzenia Unii Gospodarczo-Walutowej i mówi o niej wprost art. 109 TWE.

porządkiem prawnym i w związku z tym wyeliminowany z systemu prawa polskiego, albo „tylko” uznany za niespójny z prawem unijnym w momencie, kiedy zakres znaczeniowy pojęcia pieniądza zostanie ograniczony do polskiej, narodowej waluty (złotego)⁷⁸. Zauważmy przy tym, że w sumie w każdym przypadku, tj. zarówno niezgodności, jak i niespójności, dyspozycja zawarta w przepisie art. 227 będzie wymagała ingerencji ze strony ustrojodawcy i doprowadzenia do stanu konwergencji prawnej z prawodawstwem wspólnotowym, co potwierdza, że euro-nowelizacja konstytucji ewokowana wprowadzeniem waluty „euro” jest obligatoryjna⁷⁹, a nie – jak w pozostałych przypadkach – fakultatywna. Jeśli bowiem uznamy, że w art. 227 mowa „w ogóle” o pieniądzu bez przesądzania jego każdorazowej postaci, to w razie wprowadzenia w Polsce „euro” będzie on niezgodny (sprzeczny) z regułami unii monetarnej, gdzie prawo emisji pieniądza („euro”) ma wyłącznie Europejski Bank Centralny⁸⁰. Jeśli natomiast przez pieniądź w art. 227 będziemy rozumieć polski pieniądź, czyli „złoty”, to sformułowanie jednostki redakcyjnej art. 227 ust. 1 będzie niespójne, w tym sensie, że nieaktualne, gdyż pieniądź ten zostanie po prostu wyeliminowany i zastąpiony inną jednostką walutową, tzn. „euro”. Wydaje się przy tym, że właśnie tak należy interpretować sens określenia „pieniądz” z art. 227, tym bardziej, że w zdaniu *in fine* art. 227 ust. 1 mowa jest wyraźnie o „wartości polskiego pieniądza”. Trudno by było zresztą przyjmować, że Narodowy Bank Polski ma wyłączne prawo emisji pieniądza „jako takiego”, pieniądza „w ogóle”, natomiast odpowiedzialność ponosiłby tylko za wartość pieniądza w ścisłym znaczeniu, tj. polskiego (złotego). Dlatego sformułowanie z art. 227 ust. 1, wedle którego Narodowemu Bankowi Polskiemu „przysługuje wyłączne prawo emisji pieniądza”, należy rozumieć jako prawo emisji polskiego pieniądza („złotego”), a nie emisji „jakiegokolwiek” albo „każdego” pieniądza. Przyjęcie interpretacji zakładającej „wąskie” znaczenie pieniądza, ograniczone do waluty narodowej (złotego) oznacza, że po wejściu Polski do strefy „euro” cytowany przepis będzie niespójny z uregulowaniami wspólnotowymi, w tym znaczeniu, że straci on po prostu swoją aktualność. Jego utrzymanie w konstytucji będzie zatem niczym innym jak tylko utrzymaniem stanu pewnej fikcji, a sama konstytucja w tym fragmencie stanie się antykwarycznym przeżytkiem. Z kolei przyjęcie interpretacji ekstensywnej, szeroko traktującej pojęcie pieniądza

⁷⁸ Por. W. Sokolewicz, *Uwaga 16 do art. 227...*, s. 26.

⁷⁹ Por. C. Kosikowski, *Prawne aspekty wejścia...*, s. 27.

⁸⁰ W tym zakresie dałoby się (chyba) jednak bronić tezy, że zadania NBP wskazane w art. 227 zostały, w myśl art. 90, przekazane EBC, co mogłoby skutkować brakiem zmiany treści art. 227 ust. 1, w myśl tezy, że zmiana ta skonsumowana została zastosowaniem art. 90 przy okazji akcesji do Unii Europejskiej.

spowoduje sprzeczność wskazanego przepisu, gdyż bankiem emisyjnym takiego ogólnego pieniądza nie będzie, ze zrozumiałych przyczyn, Narodowy Bank Polski. Niezależnie od przyjęcia jednej bądź drugiej interpretacji pojęcia „pieniądz” konstytucja we fragmencie dotyczącym funkcji NBP powinna być zmieniona. Nawet bowiem najbardziej życzliwa i przychylna wobec procesów integracyjnych wykładnia konstytucji nie jest w stanie usunąć czy to sprzeczności (wariant pierwszej, szerokiej interpretacji), czy tylko niespójności (wąski wariant interpretacji) tego przepisu z sytuacją określoną prawem wspólnotowym po wejściu Polski do strefy „euro”⁸¹.

Należy przy tym zaznaczyć, że niezbędność przeprowadzenia zmian w związku z wprowadzeniem „euro” nie wynika jedynie z wyraźnie zadekretowanego w ustawie zasadniczej prawa NBP emisji polskiego pieniądza „złotego”, który w razie wprowadzenia „euro” zostanie po prostu wyeliminowany z obiegu pieniężnego. Pozycja i formy działalności NBP jako centralnego banku państwa, jak i cała konstrukcja jego funkcji i kompetencji po przystąpieniu Polski do Unii Gospodarczo-Walutowej będą wymagały generalnej rekonstrukcji, i to zarówno na poziomie regulacji konstytucyjnej, jak i ustawowej⁸². Modyfikacji wymagać będzie m.in. określenie prawne wszystkich funkcji NBP odpowiednio do ich nowego charakteru i znaczenia⁸³. W tym sensie jedna z konstytucyjnie zdefiniowanych funkcji banku centralnego, tj. „ustalanie i realizowanie polityki pieniężnej” zostanie powierzona Europejskiemu Bankowi Centralnemu jako podmiotowi mającemu prawo emisji pieniądza „euro”. Trzeba się bowiem liczyć i z tym, że wejście do unii monetarnej przyniesie Polsce nie tylko wymierne korzyści ekonomiczne, ale również utratę autonomii w ustalaniu i realizowaniu polityki pieniężnej, co zresztą ma swoje mocne, konstytucyjne podstawy w ogólnej klauzuli przekazywania kompetencji zawartej w dyspozycji art. 90⁸⁴. Warto nadmienić, że ten aspekt, tzn. niezbędnej zmiany przepisu art. 227 w zakresie, w jakim ustanawia on NBP bankiem emisyjnym, a dodatkowo wyposaża go w prawo ustalania i realizowania polityki pieniężnej, był od samego początku wymieniany jako wymagający bezwzględnej zmiany w momencie, kiedy akcesja Polski do Unii Europejskiej obejmie swoim zasięgiem unię monetarną⁸⁵. W efekcie spośród wszystkich przepisów

⁸¹ Por. A. Bałaban, *Konstytucyjna pozycja NBP...*, s. 345.

⁸² Por. M. Zubik, *Narodowy Bank Polski (analiza konstytucyjnoustrojowa)*, Państwo i Prawo 2001, nr 6, s. 35 i nast.

⁸³ Por. W. Sokolewicz, *Uwaga 16 do art. 227...*, s. 27.

⁸⁴ Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa...*, s. 99 i nast.

⁸⁵ Por. C. Mik, *Przekazanie kompetencji przez Rzeczpospolitą Polską na rzecz Unii Europejskiej i jego następstwa prawne (uwagi na tle art. 90 ust. 1 Konstytucji)*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski...*, s. 157–158.

Konstytucji RP z 1997 roku to właśnie art. 227 w jego obecnym kształcie, oczywiście w razie przystąpienia Polski do strefy „euro”, wymaga bezwzględnie zmiany, a co za tym idzie dostosowania do wymogów prawnych kształtujących mechanizm działania Unii Gospodarczo-Walutowej⁸⁶.

Zasięg koniecznych zmian obejmuje przy tym dwie kwestie podstawowe, mianowicie sformułowania z art. 227 dotyczącego waluty, którą po przystąpieniu do unii walutowej przestanie być „złotówka” i zastąpi „euro”; oraz sformułowania określającego pozycję ustrojową NBP i jego zadań⁸⁷. Oczywiście nie oznacza to, że pozostałe sformułowania zawarte w treści art. 227 mogą pozostać w swojej dotychczasowej formie. Bezwzględna konieczność modyfikacji postanowień art. 227 ust. 1 powinna bowiem pociągnąć za sobą o wiele szerszy zabieg dostosawczy, gdyż także i pozostałe przepisy art. 227 mogą budzić wątpliwości z punktu widzenia spełnienia kryterium konwergencji prawnej. Otóż powinien zostać zmieniony, być może nawet w ogóle wyeliminowany, przepis dotyczący Rady Polityki Pieniężnej. Organy tego typu są bowiem najczęściej usytuowane poza strukturą banku centralnego i pełnią wobec niego funkcje opiniotawczo-doradcze. Jeśli ten model RPP miałby być w Polsce utrzymany, to musiałoby się to wiązać z pozbawieniem prezesa NBP prawa zasiadania w Radzie, a tym bardziej jej przewodniczenia. Utrzymanie dotychczasowej postaci RPP kłóci się też z włączeniem (w momencie akcesji do strefy „euro”) NBP do Europejskiego Systemu Banków Centralnych, w którym rolę analogiczną do polskiej RPP odgrywa Rada Prezesów EBC. Kwestia zachowania RPP jest tym bardziej aktualna, że po wejściu Polski do Unii Gospodarczo-Walutowej zdezaktualizuje się również przepis art. 227 ust. 6, który wprowadza jako podstawową funkcję Rady ustalanie założeń polityki pieniężnej. Te zaś zadania – jak już wskazano – przejdą na poziom Europejskiego Banku Centralnego, co oznacza, że zadanie scedowane na RPP w art. 227 ust. 6 stanie się po prostu nieaktualne. W związku z powyższym, w zakresie nowego określenia konstytucyjnej pozycji RPP, należy raczej rozważyć nie tylko zmiany redakcyjne odpowiednich przepisów (tj. art. 227 ust. 2 i ust. 6), ale dużo szersze zmiany ustrojowe i być może nawet dekonstytucjonalizację Rady, która jako organ doradczy, pozbawiony swojej dotychczasowej, najważniejszej funkcji mógłby z powodzeniem funkcjonować w oparciu o podstawę jedynie ustawową⁸⁸.

Przepisem konstytucyjnym, który wchodzić będzie w kolizję z wymogami partycypacji państwa w unii monetarnej, będzie również przepis art. 203 ust. 1, gdyż po ewentualnej akcesji do strefy „euro” Najwyższa Izba Kontroli nie będzie

⁸⁶ Por. K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii...*, s. 173.

⁸⁷ Por. M. Kruk, *Konstytucja narodowa a prawo europejskie...*, s. 183.

⁸⁸ Por. C. Kosikowski, *Prawne aspekty wejścia...*, s. 28.

już mogła kontrolować działalności NBP w zakresie związanym z jego uczestnictwem w Europejskim Systemie Banków Centralnych⁸⁹, a ponadto Narodowy Bank Polski będzie musiał być kontrolowany z poszanowaniem jego niezależności, przy zachowaniu tajemnicy służbowej i bez kolizji z uprawnieniami rewidenta, o których mowa w art. 27 ust. 1 Statutu ESBC i EBC⁹⁰.

Przepisem kolidującym z wymogami ustalającymi pozycję ESBC i EBC jest również norma art. 198 ust. 1 przewidująca odpowiedzialność konstytucyjną Prezesa NBP przed Trybunałem Stanu. Kolizyjność, jaka ma tu miejsce, nie wynika przy tym z samego faktu możliwości odwołania Prezesa NBP orzeczeniem Trybunału Stanu, gdyż ewentualny delikt konstytucyjny popełniony przez Prezesa NBP będący zarazem podstawą uruchomienia odpowiedzialności konstytucyjnej, można „podciągnąć” pod dyspozycję art. 14 ust. 2 Statutu ESBC i EBC, przewidującą możliwość zwolnienia prezesa krajowego banku centralnego wówczas, gdy nie spełnia on warunków koniecznych do wykonywania swych funkcji lub dopuścił się poważnego uchybienia. Popełnienie deliktu konstytucyjnego, potwierdzone orzeczeniem Trybunału Stanu odpowiada więc przesłance „poważnego uchybienia” i w tym zakresie występuje pełna zgodność między regulacją polską a unijną. Jednak – i tutaj zachodzi kolizja – na mocy postanowień Statutu ESBC i EBC decyzja taka może być zaskarżona przez prezesa krajowego banku centralnego lub Radę Prezesów EBC do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tymczasem – jak wiadomo – ani z konstytucji, ani z ustawy o Trybunale Stanu nie wynika takie prawo i w tym zakresie dochodzi do kolizji norm krajowych z unijnymi.

Podsumowanie:

Wieloaspektowość euro-nowelizacji Konstytucji

Jak z powyższego zestawienia widać, nowelizacja konstytucji spowodowana przystąpieniem Polski do Unii Gospodarczo-Walutowej staje się koniecznością. Nie można bowiem wyobrazić sobie wejścia polskiego systemu pieniężnego do strefy „euro” bez wcześniejszych zmian, przynajmniej jeśli chodzi o art. 227 Konstytucji i określenie w nim pozycji NBP oraz warunków emisji pieniądza. W efekcie euro-nowelizacja konstytucji, rozumiana ściśle i dosłownie jako dostosowanie konstytucji do wymogów prawnej konwergencji warunkującej przyjęcie waluty „euro”, jest niezbędna i musi antycypować przystąpienie naszego kraju do unii

⁸⁹ Por. A. Bałaban, *Konstytucyjna pozycja NBP...*, s. 341, 342.

⁹⁰ Por. C. Kosikowski, *Prawne aspekty wejścia...*, s. 27.

monetarnej. Oczywiście pamiętać trzeba, że euro-nowelizacja konstytucji może być rozumiana również *sensu largo*. Wtedy chodzić będzie o ogólne dostosowanie regulacji konstytucyjnej do warunków członkostwa RP w Unii Europejskiej, które przecież modyfikuje dotychczasowymi funkcjami poszczególnych organów państwowych, ich wzajemnymi powiązaniem oraz przyjętymi mechanizmami decyzyjnymi. Jednak ta nowelizacja (czy może raczej ten poziom nowelizacji), w przeciwieństwie do euro-nowelizacji będącej prawnym efektem przystąpienia do systemu „euro”, nie jest obligatoryjna, gdyż jak pokazuje praktyka można sobie wyobrazić unijne umocowanie zadań organów państwowych wyłącznie na poziomie podkonstytucyjnym, przy jednoczesnym pełnym respektowaniu zasady prounijnej wykładni ustawy zasadniczej. Wykładnię taką *notabene* prezentuje konsekwentnie polski Trybunał Konstytucyjny, który niejednokrotnie już podejmował w swoim orzecznictwie tematykę unijną (europejską)⁹¹.

Wreszcie nie można zapominać o tym, że przez euro-nowelizację konstytucji można również rozumieć najszerszy i najogólniejszy proces wprowadzania do tekstu konstytucji pewnych treści uniwersalnych, będących standardami konstytucyjnymi, które określają demokratyczną orientację ustroju zbudowanego na bazie konstytucji. Nie można bowiem zapominać o tym, że tworzenie zintegrowanego organizmu Unii Europejskiej, bez względu na detalizację zasad szczegółowych działania samej Unii, opiera się na pewnych rudymenarnych wartościach, które są warunkiem *sine qua non* udziału państwa w Unii Europejskiej. Bez uwzględnienia tych wartości, bez utworzenia swoiście pojmowanej europejskiej przestrzeni prawa konstytucyjnego nie da się budować tworów o charakterze supranarodowym. Z kolei twory te bardzo często wyprzedzają zmiany prawa i zmiany w prawie. Trudno zresztą, żeby było inaczej, skoro proces przechodzenia od państwa narodowego do nowej formuły ustrojowej, jaką jest Unia, jest w swej treści wypadkową różnych narodowych interesów i wizji politycznych, które nie dają się wtłoczyć w uporządkowaną logicznie formę prawną⁹². Dlatego potrzeba euro-nowelizacji konstytucji będzie występowała tak długo, jak długo posuwać się będzie naprzód proces europejskiej integracji i instytucjonalizacji. Tworzenie wspólnych ram uczestnictwa w Unii będzie bowiem przebiegało zawsze z inną prędkością aniżeli dostosowywanie się ustawodawcy krajowego do zmienionej architektury ustrojowej, w wielu punktach odrzucającej przecież tradycyjne, konwencjonalne schematy.

⁹¹ Szerzej na ten temat zob. D. Lis-Staranowicz, M. Dobrowolski, *Podstawowe zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w europejskich orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 1, s. 9 i nast.

⁹² Por. K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji...*, s. 156.

ABOUT THE NEED OF EURO-AMENDMENT TO THE CONSTITUTION OF POLAND

Today, the necessity of adapting the constitution to certain general standards or models is clear. No constitution, including the Constitution of Poland, is a fully independent and autonomous act separate from a broader background. At the present moment, such background is created by e.g. the international models and general rules, and solutions applied in a democratic constitutional state. Every constitution creator wishes to form a truly modern act that will be adequate to the need of the moments and, at the same time, properly (democratically) legitimized, which must respect certain, at least the minimum requirements in the scope of defining the catalogue of principal rules or rights and freedoms of an individual. The so-called standard in constitutional law is an unquestionable fact.

This general standard, being the effect of globalization and European integration, can be called a form of Euro-amendment to the Constitution in the broadest possible sense of this expression. Every country must respect it, if it wishes to participate in the family of democratic countries. However, the proper Euro-amendment has a much more modest reach and it covers the part of constitutional matter which pertains to the participation of a state in the European Union directly. The Euro-amendment understood in this way can be divided into the widely understood Euro-amendment (*sensu largo*), which will contain procedures, e.g. of a country accession to the Union and enforcement of its rights and the narrow Euro-amendment (*sensu stricto*), which should be understood as adaptation of the constitution to the mechanism of a country's accession to the Economic and Monetary Union and, in consequence, replacement of the national currency with Euro. In Poland, proper Euro-amendment has not been introduced in the wide or in the narrow sense. It seems, however, that it is more and more necessary not only owing to the deepening participation of Poland in the European Union structures but, most of all, owing to the willingness (and the need resulting from the accession treaty) to accept the Euro currency.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Piotr Skorupa ■

NORMATYWNE MODELE SANKCJI NIEWAŻNOŚCI BEZWZGLĘDNEJ A NIEISTNIEJĄCA CZYNNOŚĆ PRAWNA

1. Uwagi wstępne

Zagadnienie *negotium non existens* stanowi refleks znacznie szerszego problemu, jakim jest oddziaływanie w danym systemie prawa przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej, tj. ogólnie ujmując, instrumentu prawnego powodującego, że w wyniku dokonania czynności prawnej (złożenia oświadczenia woli) nie doszło do wywołania żadnych zamierzonych skutków prawnych.

Z perspektywy konstruowania instrumentów powodujących z mocy prawa, że czynność prawna nie wywoła żadnych zamierzonych skutków prawnych, a już powstałe skutki prawne są nieważne (tj. sankcji nieważności bezwzględnej), można sformułować pewną uwagę ogólną, że poglądy na temat *negotium non existens* (jako szczególnej odmiany wadliwej czynności prawnej), są z reguły reakcją na pewne niedoskonałości normatywnego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Szczególnie w aspekcie pewnych formalnych ograniczeń możliwości stosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Przypisanie czynności prawnej cechy „nieistnienia” – odmiennego od nieważności – może być także pewnym remedium na problem z wykładnią norm sankcjonowanych nieważnością bezwzględną, w szczególności brakiem możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, pomimo np. sprzeczności z prawem stanowionym danej czynności prawnej.

Koncepcja tzw. „nieistniejących” czynności prawnych może być niekiedy przedmiotem kodyfikacji, w tym także odrębnej od sankcji nieważności bezwzględnej.

Prawo polskie dokonało jej dość szczególnej odmiany. Nastąpiło to na obszarze wadliwości uchwał osób prawnych.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przede wszystkim normatywny aspekt problematyki tzw. „nieistniejących” czynności prawnych i miejsce tej koncepcji wśród różnych modeli sankcji nieważności bezwzględnej. W szczególności rozważenie, czy w obecnym stanie prawnym oraz przy uwzględnieniu stosowanych modeli tzw. nieważności z mocy prawa (sankcji nieważności bezwzględnej), możliwa jest obrona koncepcji nieistniejącej czynności prawnej. Powstaje ponadto pytanie, czy zagadnienie to powinno być w ogóle przedmiotem regulacji: pozytywnej lub negatywnej. Kolejną kwestią jest wpływ tego problemu na dobór danego modelu cech sankcji nieważności bezwzględnej (normy prawnej sankcjonującej nieważnością z mocy prawa). To ostatnie zagadnienie ma znaczenie również wobec przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej w projekcie Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2008 r., który wydaje się być argumentem za odrzuceniem tzw. „nieistniejących” czynności prawnych.

2. Uwagi ogólne o pojęciu sankcji nieważności bezwzględnej oraz nieważności czynności prawnej

Doktryna tzw. „nieistniejących” czynności prawnych wymaga odniesienia do innych terminów związanych z omawianą problematyką, w szczególności głównych założeń, co do przyjętego rozumienia instytucji sankcji nieważności bezwzględnej. Pełne przedstawienie powyższej problematyki nie jest możliwe w ramach niniejszego artykułu¹. Pozostaje więc jedynie skrótowe przesądzenie tej kontrowersyjnej kwestii z perspektywy normatywnej (bez szerszego odniesienia do pewnych aspektów charakterystyki nieważności w prawie prywatnym, wynikającej z dorobku ogólnej teorii prawa).

Termin nieważność w systematyce sankcji, inaczej mówiąc typów wadliwych czynności prawnych i oświadczeń woli, jest określeniem wieloznacznym. W ogólnym jedynie ujęciu nieważność w prawie prywatnym może być rozumiana w kategoriach normatywnych (zdefiniowanych) oraz ontologicznych (synonim braku, nieistnienia)². Można tutaj przytoczyć wypowiedź T. Zielińskiego, który trafnie wyjaśnił, że termin „nieważność” jest abstrakcyjnym wytworem języka

¹ Por., zamiast wielu, M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 392 i nast.

² Por. szerzej, w szczególności w kontekście teorii faktów instytucjonalnych, T. Pietrzykowski, *Negotium non existens*, Rejent 2008, nr 12, s. 113 i nast.

prawniczego, a treścią i funkcją takiej wypowiedzi nie jest opis rzeczywistości. Znaczenie tego terminu to przede wszystkim wskazanie na fakt zaistnienia braku mocy prawnej – brak doniosłości prawnej danej czynności prawnej. Autor podkreślał, że uznanie czynności nieważnej, jako czynności nieistniejącej w sensie prawnym, opiera się na fikcyjnym założeniu, że czynność faktycznie dokonana nie istnieje – „w tym sensie, że pewne zdarzenia nie są przez prawo uznane”.³ W powyższym ujęciu widoczny jest wpływ naturalnego sposobu rozumienia słowa nieważność na dogmatykę prawa prywatnego i jego bliskość znaczenia z określeniem „nieistnienie”⁴.

W przepisach polskiego kodeksu cywilnego nie dodaje się do tego terminu przydawki „bezwzględna”. Niemniej jednak panuje niemal powszechna zgodność poglądów, doznająca tylko niekiedy wyłomów, że każdorazowe użycie w przepisie słowa „nieważność” oznacza normę prawną, która powoduje nieważność *ipso iure* skutków prawnych, wynikających (por. art. 56 k.c.) ze złożenia oświadczenia woli lub dokonania czynności prawnej. Czasem prowadzi to do nieporozumień i wyraźnego zawężenia pojęcia nieważności do sankcji nieważności bezwzględnej, co może mieć także doniosłe znaczenie praktyczne.⁵ Nieważność może być bowiem rozumiana w podwójny sposób, jako tzw. nieważność bezwzględna lub konsekwencja zastosowania innych sankcji wadliwej czynności prawnej.⁶ Powoduje to również utożsamianie sankcji nieważności bezwzględnej z następstwem jej zastosowania i obowiązywania.

Zważywszy na ten dwoisty charakter nieważności, można również przyjąć m.in. podział na nieważność *sensu largo* i *sensu stricte*. Jednocześnie należy zauważyć, że takie rozróżnienie nie jest niczym nowym w nauce. W ramach przykładu można tutaj przywołać podział na nieważność dokonaną i niedokonaną, jaki

³ T. Zieliński, *Znaczenie terminu nieważność w języku prawniczym*, Krakowskie Studia Prawnicze, 1970, t. III, s. 60–61. Autor także trafnie wskazuje, że głównym założeniem tej odmiany fikcji prawnej jest fakt, że stwierdzenie „czynność prawna nieważna wyznacza regułę postępowania”, wedle której należy czynność traktować jako niebyłą.

⁴ Por. także T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 118–119. Autor, wyjaśniając znaczenie naruszenia danych reguł dokonywania czynności prawnej (czyli faktu instytucjonalnego), trafnie stwierdza, że ich niedochowanie powoduje, że nie doszło w ogóle do dokonania czynności prawnej.

⁵ M. Grochowski, *Wadliwość umów konsumenckich (w świetle przepisów o nieuczciwych praktykach rynkowych)*, Państwo i Prawo 2009, nr 7, s. 62, 64. Autor ten trafnie ujmując – choć wynika to jedynie pośrednio z treści całego omawianego zagadnienia – nieważność w jednolitej konwencji skutku zastosowania (obowiązywania normy prawnej) sankcji nieważności względnej lub bezwzględnej.

⁶ Por. także J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983, s. 11.

zastosował F. C. von Savigny.⁷ Na gruncie wadliwości aktów prawnych H. Kelsen podobnie przyjmował, że nieważność względna, inaczej tzw. wzruszalność, to tylko warunkowa nieważność.⁸

W związku z tym ostatnim zagadnieniem, należy wyjaśnić relację zakresów znaczeniowych takich pojęć jak:

- sankcja nieważności bezwzględnej,
- nieważność – efekt zastosowania ww. sankcji.

W celu uniknięcia niejasności można nieważność w tym ostatnim znaczeniu określać np. jako stan nieważności.

Nieważność bezwzględna oraz inne odmiany sankcji (typów, postaci) wadliwych czynności prawnych (oświadczenia woli) jest jednym z mechanizmów wykluczających lub osłabiających skuteczność czynności prawnej. Dla uproszczenia, pomijając tryb stosowania sankcji nieważności bezwzględnej w prawie polskim, można przyjąć spojrzenie unifikujące wszystkie przyczyny wadliwości oraz ich następstwo, którym jest brak zamierzonych skutków prawnych czynności prawnej – czyli ich tzw. nieważność. Tak rozumiana nieważność jest synonimem bezskuteczności, nieistnienia, innymi słowy: fikcji prawnej braku zamierzonych skutków prawnych.⁹

Patrząc na moment wystąpienia stanu nieważności jako fundamentalną cechę sankcji nieważności bezwzględnej, która polega na wystąpieniu – co do zasady – stanu nieważności *ex lege* i *ab initio*, można dojść do wniosku, że rozróżnienie takie jest nazbyt sztuczne. Z perspektywy normatywnej można przyjąć, że istnieje jednak mocne oparcie dla takiego podejścia, np. ograniczenie terminem prawa do zastosowania sankcji nieważności absolutnej (tzw. dochodzenia nieważności) w niektórych systemach prawnych, np. prawie francuskim. W prawie polskim taki przypadek przewidziano np. w odniesieniu do testamentu – art. 945 k.c. oraz sprzecznych z ustawą uchwał spółek kapitałowych (art. 252 i 425 k.s.h.). Możliwe jest więc takie skonstruowanie modelu nieważności, że dopiero w drodze wytoczenia powództwa doprowadzić można do eliminacji zamierzonych skutków prawnych (tzw. nieważności czynności prawnej).

W tym miejscu można przywołać postulat nauki, gdzie zwraca się uwagę, że mówienie o nieważności *ab initio* czy też powstałej po unieważnieniu ma sens,

⁷ Był to tylko jeden podziałów stosowanych przez tego Autora – por. szerzej R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz. Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen – Mohr Siebeck 1998, s. 57–58.

⁸ M. Kamiński, *Nieważność decyzji administracyjnej. Studium teoretyczne*, Wolters Kluwer/Zakamycze 2006, s. 90.

⁹ W przypadku terminu bezskuteczność należy zastrzec, że nie można stosować tych pojęć zamiennie, ponieważ słowo „bezskuteczność” ma poszerzony – można rzecz, normatywnie zagwarantowany – zakres znaczeniowy, obejmujący przypadki niezwiązane z wadami.

gdy taka dystynkcja dotyczyć ma *ratio legis* normy sankcjonowanej, a dokładniej tam, gdzie mowa jest o kategorii podmiotów chronionych nieważnością.¹⁰

Wsparciem dla przyjęcia odrębności sankcji nieważności bezwzględnej od stanu nieważności jest również wzgląd na dorobek ogólnej teorii prawa (w szczególności związany z teorią faktów instytucjonalnych – czynności konwencjonalnych).

W nauce prawa cywilnego sformułowany został trafny pogląd odrzucający możliwość klasyfikacji czynności prawnej nieważnej jako czynności prawnej¹¹. Należy równolegle uwzględnić fakt, że przedmiotem normy sankcjonującej tzw. nieważnością bezwzględną są skutki prawne, jakie podmiot zamierza wywołać. Za wyłącznie pewien skrót terminologiczny należy zatem uznać mówienie o nieważnych czynnościach prawnych. Nieważność dotyka bowiem zamierzone skutki prawne. Czynność prawna w stanie nieważności nie umożliwia realizacji danych zamierzeń w obrocie prawnym.¹²

Wydaje się, że z powyższych przyczyn widzenia należy mówić o czynności prawnej podlegającej danej normie sankcjonującej, na mocy której następuje eliminacja częściowa lub całkowita skutków prawnych. Jednak już po zastosowaniu sankcji, można jedynie mówić o stanie nieważności czynności prawnej. Sytuacja prawna uczestników czynności prawnej jest w takim przypadku regulowana przede wszystkim zasadami przywrócenia stanu poprzedniego. Nie wynika ona z czynności prawnej, a ze stanu jej nieważności (rozumianego jako brak zamierzonych skutków prawnych).¹³ Nieważność czynności prawnej jest w takim ujęciu

¹⁰ M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality)*, [w:] *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag: Zum Siebzigsten Geburtstag*, J. Basedow, U. Drobnig, K. J. Hopt, H. Kötz (red.), Mohr Siebeck 1998, s. 202.

¹¹ Nieważności nie rozpatruje w kategoriach sankcji wadliwej czynności prawnej Z. Radwański. Autor wyjaśnia, że tzw. bezwzględnie nieważne czynności prawne nie należą do klasy czynności prawnych prawa cywilnego i nie powinno się ich rozpatrywać jako odmiany wadliwych czynności prawnych. Autor przyjmuje, że o wadliwych czynnościach prawnych można mówić tylko wtedy, gdy wywołują przynajmniej niepełne skutki prawne – por. szerzej Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, wyd. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 448. Z. Radwański stwierdza, że takie podejście do terminu nieważności jest sprzeczne z jednorodnym pojęciem nieważności, które przyjmuje ogólna teoria czynności konwencjonalnych – Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 9, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 338.

¹² Należy zasygnalizować ponadto, że samo pojęcie czynności prawnej jest jedynie pewnym abstrakcyjnym uogólnieniem, które pojawiło się znacznie później niż zagadnienie tzw. nieważności aktów prawnych, tj. różnych ograniczeń ich skutków prawnych.

¹³ Por. szerzej Z. Radwański, *Jeszcze w sprawie bezwzględnie nieważnych czynności prawnych*, Państwo i Prawo 1986, nr 6, s. 95; tenże [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 448. Autor przypomina, że ogólna teoria czynności konwencjonalnych, wypracowana na modelach gier, gdzie zachowania graczy mogą być jedynie uwzględniane, jeżeli odpowiadają

synonimem stanu nieważności, braku lub nieistnienia oraz nie byłaby rozumiana jako sankcja wadliwości, a wynik jej zastosowania (obowiązywania normy sankcjonującej brakiem zamierzonych skutków prawnych).

Takie rozróżnienie tylko pozornie jest mniej istotne w przypadku, gdy zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej i jej fundamentalne następstwo – całkowity brak zamierzonych skutków prawnych – wynika *ex lege*. Nie jest często możliwe uchwycenie widocznej i praktycznej różnicy pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a jej następstwem – stanem nieważności, choć zależy to od np. innych cech tego modelu sankcji – np. wspomniane ograniczenia terminem¹⁴. W przypadku pozostałych odmian wadliwości możliwe jest, że oświadczenie woli (czynność prawna) zachowa swą ważność w następstwie wystąpienia określonych okoliczności, np. wpływ czasu przewidzianego do unieważnienia danej czynności prawnej, wyrażenie zgody (potwierdzenie) dokonane przez osobę trzecią.¹⁵ Sens praktyczny odróżnienia typów wadliwych czynności prawnych – od skutków prawnych zastosowania sankcji wadliwości – można zilustrować również tym, że często jeżeli w przepisie prawnym pojawia się termin nieważność, dopiero w wyniku wykładni rozstrzyga się, czy mamy do czynienia z sankcją nieważności bezwzględnej czy też z innym przypadkiem wadliwej czynności prawnej.¹⁶

regułom gry, posługuje się jednorodnym pojęciem nieważności w przypadku działań nieefektywnych i sprzecznych z ustalonymi regułami. Autor przypomina równocześnie, że prawo cywilne posługuje się różnymi pojęciami nieważności, które służą dla określenia różnych ograniczeń efektywności czynności prawnej.

¹⁴ Zagadnienie to ma ponadto znaczenie w przypadku, gdy takie instytucje, jak: nieważność częściowa, konwersja i konwalidacja uznamy za sposób na wykluczenie zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej, nie zaś za wyłom od tzw. definitywnego skutku nieważności.

¹⁵ Należy doprecyzować, że w pewnych przypadkach skutek nieważności – w znaczeniu brak zamierzonych skutków prawnych – dotyczyć może jedynie określonej grupy podmiotów, np. bezskuteczność względna.

¹⁶ Np. spór dotyczący wykładni normy sankcjonującej *ex art.* 17 Kodeksu spółek handlowych, jako sankcji nieważności bezwzględnej albo bezskuteczności zawieszanej. Sankcję bezskuteczności zawieszanej przyjęto m.in. w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2007 r. (III CZP 31/07, publ. OSNC 2008/2/14, Biul. SN 2007/9, Lex 298667) lub w wyroku z dnia 19 stycznia 2007 r., III CSK 360/06, publ. LEX nr 270867, Biuletyn SN 2007, nr 6, s. 13. Unormowanie art. 17 § 1 Kodeksu spółek handlowych uznano za przypadek nieważności bezwzględnej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 859/2004, publ. LexPolonica nr 412022. Literatura na tle rozumienia art. 17 Kodeksu spółek handlowych jest dość bogata. Za bezskutecznością zawieszoną opowiada się np. Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 441–442, R. Pabis, *Skutki wadliwości czynności prawnych w świetle art. 17 § 1 i 2 k.s.h.*, Przegląd Prawa Handlowego 2001/6, s. 20–22. Por. także np. P. Antoszek, *Charakter prawny aktu głosowania współnika spółki kapitałowej*, Prawo Spółek 2005, nr 9, s. 2 i nast. Bliższe przedstawienie poglądów nie jest możliwe. Generalnie

Doniosłość wyróżniania różnych odmian sankcji nieważności można zilustrować argumentem odwołującym się do art. 2033 *Louisiana Civil Code*, w którym wyraźnie podkreśla się, że ostatecznym skutkiem zastosowania (obowiązywania) obu sankcji wadliwości (nieważności absolutnej lub relatywnej), jest przede wszystkim przyjęcie fikcji prawnej, że umowa nigdy nie istniała. Sformułowanie tego przepisu pokazuje również, że istota sankcji nieważności bezwzględnej, jako dolegliwości dla podmiotu zamierzającego wywołać skutki prawne, polega przede wszystkim na eliminacji możliwości powstania zamierzonych skutków prawnych.

3. Sankcja nieważności bezwzględnej jako model sankcji wadliwej czynności prawnej (oświadczenia woli)

Przydatność odróżnienia nieważności jako skutku od normy sankcjonującej, która do niego prowadzi, nie wydaje się być jedynie podyktowana poprawnością teoretyczną. Związana jest z możliwością konstruowania różnych modeli normatywnych sankcji nieważności bezwzględnej. W szczególności tzw. nieważności *sui generis*, tj. norm prawnych powodujących nieważność (brak) zamierzonych skutków prawnych z jednoczesną modyfikacją trybu wywołania takiego efektu oraz jego następstw – w prawie pracy, w prawie spółek prawa handlowego, itd.

W ujęciu klasycznym, sankcja ta z mocy prawa prowadzi do prawnego braku zamierzonych skutków prawnych¹⁷ (nieważności skutków prawnych) przez podjęcie czynności prawnej (złożenie oświadczenia woli); od początku (*ab initio*). Osadzenie wszystkich sankcji wadliwości na tym samym poziomie funkcjonalnym – środki prawne prowadzące do nieważności (braku) skutków prawnych, powoduje, że różnice pomiędzy poszczególnymi typami tzw. sankcji wadliwości sprowadzać się będą do:

można nadmienić, zwolennicy stosowania sankcji nieważności bezwzględnej opierają swe poglądy przede wszystkim na słowie „nieważny”, zawartym w art. 17 Kodeksu spółek handlowych oraz instytucji konwalidacji tzw. nieważnej czynności prawnej – tak np. A. Szumański [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Komentarz do kodeksu spółek handlowych*, t. I, Warszawa 2002, s. 201–202, A. Koch, *Następstwa przekroczenia przez zarządy spółek kapitałowych ograniczeń do dokonywania czynności prawnych na tle kodeksu handlowego i projektu prawa spółek handlowych*, Przegląd Prawa Handlowego 2000/6, s. 8–9. Poglądy o sankcji nieważności bezwzględnej często nietrafnie odnoszą się do słów, bez zważenia na okoliczność, że w art. 17 Kodeksu spółek handlowych mowa jest o stanie nieważności, który jest także skutkiem ziszczenia się sankcji bezskuteczności zawieszanej. W świetle najnowsze-
go orzecznictwa SN wypada stwierdzić, że rozumienie art. 17 Kodeksu spółek handlowych nie powinno prowadzić do kolejnych sporów.

¹⁷ Z uwzględnieniem skutków prawnych, powstających w oparciu o art. 56 k.c.

- kręgu podmiotów uprawnionych do doprowadzenia czynności prawnej do ostatecznej i definitywnej nieważności (braku zamierzonych skutków prawnych),
- przypadków nałożenia na sąd obowiązku stosowania sankcji wadliwości z urzędu,
- możliwości ograniczenia realizacji sankcji terminem zawitym,
- dodatkowo w przypadku sankcji względnej bezskuteczności, nieważność skutków prawnych będzie uwzględniana wyłącznie na korzyść osoby uprawnionej.

Natomiast cechą wspólną jest ostateczny efekt, jaki następuje wskutek zastosowania danej sankcji – stan nieważności – brak zamierzonych skutków prawnych, który niekiedy (np. ochrona osób działających w dobrej wierze) może podlegać znaczącym wyjątkom.

Możliwość uzasadnienia powyższego stanowiska nie wyklucza ta okoliczność, że sankcja nieważności bezwzględnej a stan definitywnej nieważności czynności prawnej w prawie polskim w zasadzie nie będą się różnić pod względem trybu wystąpienia (choć np. wadliwość uchwał w spółkach kapitałowych pozwala na obronę twierdzenia o konieczności uzyskania sądowego potwierdzenia, że wystąpił stan nieważności). Można wskazać, że w praktyce w większości przypadków sytuacje sporne powodują jednak, że stwierdzenie nieważności wymagać będzie – *de facto*, nie *de iure* – wytoczenia powództwa. Różnica pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a efektem jej zastosowania będzie wynikać tutaj – wedle prawa cywilnego formalnego – z konieczności wykazania interesu prawnego (art. 189 k.p.c.), np. z wykazania naruszenia danej normy sankcjonowanej nieważnością *ex lege* (np. jeżeli będzie dotyczyło niemoralności umowy).

W nauce zwraca się na pewną iluzoryczność mówienia o różnych typach nieważności pod względem czasu ich wystąpienia (*ab initio*, czy na mocy np. orzeczenia sądu), gdy ostatecznie po zakończeniu procesu sądowego występuje ten sam skutek prawny.¹⁸

Można ponadto zwrócić uwagę, że pomimo braku regulacji kodeksowej, w prawie polskim w charakterystyce sankcji bezskuteczności zawieszanej lub wzruszalności (tzw. względnej nieważności), widoczna jest tendencja do używania sformułowania, że np. brak potwierdzenia czynności „w końcowym efekcie prowadzi do nieważności bezwzględnej”¹⁹. Założenia dla odróżnienia stanu nieważności

¹⁸ Tak M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity*... s. 202.

¹⁹ Tak, w odniesieniu do bezskuteczności zawieszanej, M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 121, Również np. K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 879, stwierdza, że „bezwzględnie nieważna” jest również czynność prawna dotknięta początkowo sankcją bezskuteczności zawieszanej.

czynności prawnej od sankcji nieważności bezwzględnej można również wesprzeć wypowiedziami judykatury, w których to następuje wskazanie na zbieżność konsekwencji obu tych sankcji wadliwości.²⁰

4. Podstawowe modele sankcji nieważności bezwzględnej

Zagadnienie nieistnienia czynności prawnej jest emanacją problemów dotyczących ogólnej nauki o nieważności czynności prawnej (oświadczenia woli). Przede wszystkim łączy się z obowiązującym modelem sankcji, która powoduje stan nieważności skutków prawnych z mocy prawa oraz zakresem norm sankcjonowanych takim brakiem zamierzonych skutków prawnych. W kategoriach ontologicznych *negotium non existens* jest synonimem braku zamierzonych skutków prawnych, który ma miejsce w wyniku zastosowania normy sankcjonującej nieważnością bezwzględną. W kategoriach normatywnych czynność nieistniejąca może być oddzielona od zagadnienia stanu nieważności z mocy prawa i podlegać odrębnej kodyfikacji. Trafność i przydatność dla prawa prywatnego tej ostatniej formy regulacji wymaga oceny z perspektywy podstawowych modeli normatywnych sankcji nieważności bezwzględnej.

Z normatywnego punktu widzenia możliwe jest obowiązywanie w systemie prawnym dwóch norm sankcjonujących: nieważność z mocy prawa oraz nieistnienie czynności prawnej. Wówczas kwestia skutków prawnych zastosowania (obowiązywania) danej normy sankcjonującej może być przedmiotem odmiennej regulacji, np. zróżnicowanie cech obu sankcji co do terminów dla ich stosowania i kręgu osób uprawnionych do powołania się na nie (chronionych jej obowiązywaniem). Takie podejście można jednak uznać za niepożądane, ponieważ przy określonym unormowaniu cech nieważności bezwzględnej brak będzie miejsca dla doszukiwania się przypadków tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, czyli „jeszcze bardziej wadliwych” – niż nieważne czynności prawne (oświadczenia woli). Kolejnym problemem jest obecność innych – porównywalnych w następstwach – przypadków norm sankcjonujących, mówiących o uznaniu czynności prawnej za niedokonaną lub jej normatywnej części (np. warunku) za niezastrzeżoną.

²⁰ Np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30.06.2004 r., I ACa 1404/03, OSA 2005/11/43, publ. Lex 150926, wyraźnie zaznaczono, że bez względu na to, jak zostanie zakwalifikowany skutek odmowy potwierdzenia czynności zawartej z przekroczeniem umocowania, czy jako bezskuteczność umowy, czy też nieważność, to stwierdzenie nieważności umowy unicestwia jej byt prawny ze skutkiem *ex tunc*.

Scharakteryzowanie podstawowych modeli sankcji nieważności bezwzględnej jest zadaniem narażonym na problem zbyt uogólnień i uproszczeń. Jednak pewien podział podstawowych modeli normatywnych niezbędny jest dla przedstawienia problemu nieistniejącej czynności prawnej.

Oceniając ogólnie podejście prawa prywatnego do nieważności jako sankcji wadliwej czynności prawnej (w szczególności wyboru określonego modelu regulacji skutków prawnych jej zastosowania, terminologii oraz przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej, tj. norm sankcjonowanych), należy wskazać, że w zasadzie brak jest zgody w zakresie wypracowania jednego modelu regulacji. Różnice dotyczą zarówno samych cech nieważności bezwzględnej oraz kręgu przypadków, kiedy dane naruszenie uzasadnia zastosowanie takiej sankcji – tj. zróżnicowania skutków naruszeń norm prawnych sankcjonowanych, wyrażających określone nakazy lub zakazy (tzw. przesłanek nieważności).

Dodatkowo można wskazać na różnice w typologii wadliwych czynności prawnej, wyrażające się w zróżnicowanym katalogu odmian (sankcji) wadliwości. Istotne jest także zjawisko przenikania się cech norm sankcjonujących (np. relatywna nieważność w prawie austriackim²¹) definitywnym brakiem zamierzonych skutków prawnych, a także wypracowywania różnych rodzajów nieważności czy bezskuteczności.

Główne odrębności dotyczą zakresu skutków prawnych, jako następstw zastosowania tej odmiany sankcji nieważności. Ponadto klasyczne skutki wad – opatrywanych nieważnością *ipso iure* – ustępują niekiedy na rzecz zastosowania silniejszej ingerencji w skuteczność czynności prawnej, która polega na przyjęciu braku jakichkolwiek roszczeń związanych z dokonaniem czynności prawnej, w tym wykluczeniu wzajemnych rozliczeń stron (w myśl maksymy *nemo auditur turpitudinem suam allegans*). Ten ostatni problem łączy się przede wszystkim z problemem nielegalnych lub niemoralnych umów.

Powyższe rozbieżności wynikają przede wszystkim z różnic w systemach krajowych, gdzie np. tradycja francuska koncentruje się bliżej na określeniu kręgu podmiotów uprawnionych do powołania się na nieważność, zakładając przy tym wyłącznie sądowy tryb stwierdzenia nieważności, łącznie z przedawnieniem roszczenia o tak skonstruowane *de facto* unieważnienie czynności prawnej. Natomiast podejście systemów opartych na stanowisku prawa niemieckiego przyjmuje prymat określenia, kiedy nieważność ma miejsce *ab initio*, a kiedy wymagane jest unieważnienie czynności prawnej²². Rozwiązania systemów *common law*

²¹ Por. P. Bydlinski, *Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil*, wyd. 4, Wien 2007, s. 143–145, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 91 i nast.

²² Tak M. E. Storme, *Harmonization of the law on (substantive) validity...*, s. 203.

cehuje większa koncentracja przy badaniu skutków wystąpienia danego naruszenia (wadliwości) na płaszczyźnie dostępności roszczeń umownych lub restytucyjnych. Jedynie pośrednie znaczenie ma fakt wystąpienia nieważności *ab initio*. Sam fakt wystąpienia stanu nieważności umowy nie determinuje jeszcze praw stron związanych z ewentualnym przywróceniem stanu poprzedniego. W szczególności naruszenie ustawy, zasad porządku publicznego lub norm moralnych zasadniczo prowadzi do niedostępności roszczeń restytucyjnych.²³

Ponadto dominuje sytuacja, gdzie konkretne modele normatywne nie eksponują oddzielenia stanu nieważności – braku zamierzonych skutków prawnych, od trybu, w jakim stan ten został osiągnięty, tj. danego rodzaju wadliwości.

Przy powyższym zastrzeżeniu konieczności pewnego uogólnienia należy wskazać na obecność dwóch zasadniczych modeli normatywnych nieważności czy też szerzej, typologii sankcji wadliwości czynności prawnej w kontekście pojęcia nieważność czynności prawnej (oświadczenia woli).

- Pierwszym podejściem do nieważności jest unormowanie, gdzie przewidywany jest jeden rodzaj nieważności, a inne odmiany sankcji wadliwej czynności prawnej mogą jedynie prowadzić do wystąpienia nieważności w określonym trybie (np. poprzez unieważnienie, odmowę zatwierdzenia czynności prawnej). Najczęściej w tym przypadku stosowana jest abstrakcyjna formuła normowania nieważności w prawie prywatnym. Przepisy odwołują się bowiem wyłącznie do terminu nieważność. Nie reguluje się, jakimi cechami formalnymi i materialnymi charakteryzuje się model nieważności.

- W drugim przypadku następuje ustawowe zdefiniowanie różnych odmian nieważności (względnej, bezwzględnej), często połączone z określeniem cech formalnych tak rozumianych odmian sankcji nieważności. Cechy te określają, w jakim trybie oraz od którego momentu następuje eliminacja zamierzonych skutków prawnych. Model ten można określić podejściem opisowym do nieważności. Zastosowana formuła kodyfikacji, poprzez definicje kodeksowych odmian nieważności, ma również tę zaletę, że wskazuje mocniej na ostateczny efekt sankcji nieważności – brak zamierzonych skutków prawnych (tj. stan nieważności).

Dodatkowo, w ramach konstrukcji sankcji nieważności bezwzględnej (i jej odpowiedników), można wyodrębnić dwa sposoby regulowania trybu stosowania tej normy sankcjonującej:

²³ Należy nadmienić, że taka wadliwość jest w systemach prawnych *common law* najczęściej rozpatrywana na gruncie kompleksowej instytucji *illegality*, wedle której ocenia się reakcję na określoną wadliwość, przede wszystkim od strony roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Ogólnie ujmując, sankcja w takim przypadku polega na odpadnięciu możliwości egzekucji roszczeń kontraktowych i niedostępności roszczeń restytucyjnych (*unenforceable contracts*).

- wedle kryterium podmiotów uprawnionych do wytoczenia powództwa o sądowe stwierdzenie nieważności bezwzględnej oraz
- wedle kryterium źródła i chwili wystąpienia braku skutków prawnych (stanu nieważności): *ab initio* i *ex lege*, czy też jednak w wyniku sądowego unieważnienia czynności prawnej.

Kolejną kwestią jest fakt, że zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej łączy się z ogólnym problemem braku ważności oświadczenia woli lub czynności prawnej oraz etapie, na jakim następuje stwierdzenie, że oświadczenie woli lub czynność prawna nie jest ważna *ab initio*.

Kwestia ta w pewnym uproszczeniu może zostać sprowadzona do konieczności badania wpływu określonych wad oświadczenia woli (czynności prawnej) w zależności od chwili i kontekstu ich wystąpienia.

W nauce trafnie dość skomplikowany stan prawny sprowadza się do zagadnienia:

- określenia przesłanek wiążącej mocy oświadczenia woli,
- wad oświadczenia woli,
- tzw. nielegalności lub niemoralności umowy (czynności prawnej)²⁴.

Można zwrócić przy tym uwagę, że model sankcji nieważności bezwzględnej może najczęściej nie być dopasowany do problemów związanych z zagadnieniem wiążącej mocy oświadczenia woli. Zagadnienie to łączy się z procesem wyrażania oświadczenia woli i tzw. formowaniem czynności prawnej (umowy). Głównie na tym pierwszym etapie pojawia się trend do wyodrębnienia kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych (np. wypowiedzi o braku oświadczenia woli jednej ze stron umowy, jako przykładu *negotium non existens*). W tym przypadku najczęściej jest możliwe wystąpienie sytuacji, gdy nie doszło do zgodnego złożenia oświadczeń woli albo brak jest zamiaru wywołania skutków prawnych. Nie jest również możliwe przyjęcie żadnych skutków prawnych nawet w świetle tzw. okoliczności towarzyszących. Ponadto należy stwierdzić, że gdy dany model sankcji nieważności bezwzględnej (lub jej odpowiedników w różnych systemach krajowych) ograniczony jest terminami przedawnienia (zawitymi) w jej stosowaniu, wówczas może dojść do sytuacji, gdzie pojawi się trudność w stwierdzeniu nieważności. Możliwe jest bowiem zaistnienie sytuacji zbyt wąskiego określenia przypadków sankcjonowania nieważnością bezwzględną wad w procesie składania oświadczenia woli lub zawierania umów (ogólnie dokonywania czynności prawnej).

²⁴ U. Drobnig, *General Principles of European Contract Law*, [w:] *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, P. Sarcevic & P. Volken (red.), Oceana 1986, (publ. na <http://www.cisg.law.pace.edu>), s. 313–137.

Opierając się na tym fakcie, że w prawie prywatnym nieważność jest pojęciem normatywnym nie zaś ontologicznym – w systemie przyjmuje się jej szczególne rozumienie, nie wydaje się celowe odwoływanie się do tych argumentów, że nieważność zachodzi wyłącznie w jednym układzie, a alternatywą może być tzw. „nieistniejąca” czynność prawna.

Tym samym można wyodrębnić klasyczny model sankcji nieważności bezwzględnej oraz jego podstawowe modyfikacje:

[Cechy formalne sankcji nieważności bezwzględnej *in abstracto*]

1. [*ex lege/ipsa iure*] tryb realizacji sankcji z mocy prawa, z całkowitym wyłączeniem kompetencji uczestników obrotu i sądu w odrzuceniu zastosowania sankcji,
2. [*ex tunc/ab initio*] brak oświadczenia woli i czynności prawnej w obrocie prawnym od momentu podjęcia – konieczność przywrócenia stanu poprzedniego oraz ewentualnie zapłaty odszkodowania,
3. [*erga omnes*] możliwość zastosowania sankcji przez każdego oraz w każdym czasie (brak przedawnienia lub terminów zawitych),
4. [*ex officio*] konieczność zastosowania sankcji przez organ rozpoznający spór z urzędu.

[Kierunki modyfikacji konstrukcji ogólnej]

1. konieczność orzeczenia stanu nieważności przez sąd, tj. brak tzw. nieważności z mocy prawa,
2. stan nieważności (brak) skutków prawnych na przyszłość lub od momentu orzeczonego przez sąd (np. częściowe przywrócenie stanu poprzedniego i odszkodowanie uzupełniające), ewentualnie także z urzędu, ale wyłącznie na korzyść osoby chronionej normą sankcjonowaną,
3. zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej wyłącznie przez osobę chronioną normą sankcjonowaną (tzw. nieważność relatywna, względna *ab initio*), z pozbawieniem drugiej strony możliwości powołania się na konieczność jej zastosowania, łącznie z pozbawieniem sądu możliwości uwzględnienia jej z urzędu,
4. konwalidacja – tj. utrzymanie pewnej części lub całości skutków prawnych w mocy – wyłączenie możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej wskutek:
 - a) wykonania czynności prawnej,
 - b) upływu czasu (termin zawity do dochodzenia stwierdzenia nieważności lub przedawnienie roszczeń wynikających ze stanu nieważności)
 - c) ochrony osób działających w dobrej wierze.

Należy wyjaśnić, że modyfikacja cech modelowych sankcji nieważności bezwzględnej może także być realizowana w aspekcie materialnego zasięgu tej normy sankcjonującej. Kwestia ta wydaje się w mniejszym stopniu korespondować z koncepcją *negotium non existens*, za wyjątkiem przypadku braku norm prawnych o zasięgu ogólnym, sankcjonujących nieważnością bezwzględną szczególnie rażące przypadki wadliwości (np. brak zdolności do czynnościach prawnych, brak wymaganej formy oświadczenia woli, niezgodność z ustawą lub normami moralnymi). Aktualność powyższych przypadków można jedynie zasygnalizować od strony teoretycznej, choć znaczenie ograniczenia zasięgu materialnego nieważności bezwzględnej jest widoczne na przykładzie np. francuskiej koncepcji *negotium non existens*.

Przy tak ogólnie zakreślonym punkcie odniesienia, należy przywołać główne założenia dotyczące możliwości wyodrębnienia kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych w prawie porównawczym. Koncepcja nieistniejących czynności prawnych jest różnie przyjmowana w systemach prawnych *common law* i *ius civile*.

5. Uwagi prawnoporównawcze

5.1. *Common law*

Generalnie w tradycji *common law* nie wyróżnia się tak rozumianego typu (sankcji) wadliwej czynności prawnej. Należy tutaj jednak zawrzeć dość istotne zastrzeżenie, związane z rozumieniem terminu nieważność umowy (*void*) – w znaczeniu zbieżnym z przyjętym w prawie polskim określeniem „nieważność bezwzględna”. Dla objaśniania tego pojęcia często używa się stwierdzenia, że nieważność umowy oznacza jej nieistnienie, a sąd stwierdza tak rozumianą nieważność umowy.²⁵ Można nadmienić, że np. w doktrynie francuskiej uznaje się amerykańskie rozumienie terminu *void* za porównywalne do kategorii „nieistniejącej umowy”.²⁶ Niekiedy wspomniana dwoistość znaczeniowa słowa nieważność –

²⁵ Tak np. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, praca zbiorowa Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française & Société de Législation Compare, *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (red.), Sellier. European Law Publishers, Monachium 2008, s. 375, R. Halson, *Contract Law*, Pearson Education 2001, s. 40. W nauce angielskiej termin *void* objaśnia się niekiedy jako prawny brak istnienia umowy – J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, wyd. 27, Cambridge 1998, s. 83.

²⁶ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356.

związki z zakresem pojęciowym terminu nieistnienie – powoduje, że kodyfikuje się połączenie tych terminów, np. w kodeksie cywilnym Republiki Filipin.²⁷

Tym samym z punktu widzenia relacji do *negotium non existens* interesujące jest samo w sobie rozumienie instytucji nieważności umowy w tradycji *common law*.

W doktrynie amerykańskiej trafnie zwraca się uwagę, że określenie „nieważna umowa” jest wewnętrznym sprzeczne, ponieważ pojęcie „umowa” obejmuje zawsze pewien element egzekwowalności (*enforceability*). Podkreśla się przy tym, że taki problem nie zachodzi w sytuacji określenia „nieważne porozumienie”. W tym przypadku z tej przyczyny, że porozumienie nie zakłada dojścia do skutku stosunku prawnego, a jedynie łączy się ze złożeniem oferty i jej przyjęciem. Tak samo dopuszcza się użycie określenia nieważne oświadczenie woli (*void promise*). W tym ostatnim przypadku określenie *void promise* ma jedynie wskazać na zamiar wywołania skutku prawnego (bez implikacji co do tego, czy oświadczenie to będzie prawnie wiążące lub w inny sposób prawnie doniosłe).²⁸ Ponadto możliwa jest sytuacja rozbieżności pomiędzy ofertą i jej przyjęciem, wówczas nie jest to zarówno umowa ani porozumienie, jedynie są to oświadczenia woli. Podkreśla się jednak, że indywidualne oświadczenia woli stron nie są całkowicie pozbawione skutków prawnych, każde z nich może być bowiem prawnie skuteczne wobec stworzenia dla drugiej strony możliwości akceptacji.²⁹

Problem wspomnianej niekonsekwencji wynika z definicji umowy wskazanej w § 1 *Restatement (Second) of Contracts*, a także charakterystyki nieważności umowy przyjętej w komentarzu do § 7 *Restatement (Second) of Contracts*³⁰. Wyjaśnia się w nim, że w przypadku naruszenia umowy (zobowiązania), gdy prawo nie przyznaje środków ochrony prawnej lub w inny sposób nie wprowadza obowiązku świadczenia przez dłużnika, często stosowane jest określenie „nieważna umowa”. Zgodnie jednak z § 1 *Restatement (Second) of Contracts*, takie zobowiązanie nie jest umową; jest to oświadczenie woli lub porozumienie, które jest pozbawione skutków prawnych. Dalej stwierdza się, że jeśli słowo

²⁷ Ten system prawny jest w zasadzie połączeniem tradycji prawnej opierającej się na prawie hiszpańskim oraz wpływach tradycji *common law*. Rozdział 9 tego kodeksu nosi tytuł: *Void and Inexistent Contracts*. Przypadki umów nieważnych i nieistniejących określa art. 1409.

²⁸ Tak A. Corbin, *Corbin on Contracts*, J. M. Perillo (red.); J. E. Murray et al., Matthew Bender & Company, Inc., LexisNexis Group, Albany 2007, § 1.7, s. 22.

²⁹ Por. szerzej A. Corbin, *Corbin on...*, § 1.7, s. 22. Autor zwraca m.in. uwagę, że oświadczenie woli lub porozumienie, które całkowicie nie wywołuje żadnych zmian w stosunkach prawnych, łącznie z takimi następstwami jak np. *estoppel*, może być poprawnie nazwane *void promise* / *void agreement*.

³⁰ *The Restatement (Second) of Contracts* (1981); por. § 1 oraz komentarz a) do § 7 *The Restatement (Second) of Contracts*.

„umowa” zostało zdefiniowane w odniesieniu do czynności stron – bez względu na skutki prawne ich czynności, to umowa może zostać, „bez popadania w niekonsekwencję”, określona jako „nieważna”.

Formułowanie powyższych poglądów wywiera wpływ na praktykę i powoduje, że dość często w przypadku wystąpienia nieważności umów określenie „nieistniejąca umowa” stosowane jest jako synonim.³¹

Nie jest to jednak powszechne podejście do relacji tych terminów. W prawie amerykańskim można również spotkać się z wypowiedziami sądów, odróżniających pojęcie umów „nieistniejących” od nieważnych. Przyjmuje się nawet praktyczne konsekwencje związane z ustaleniem, że umowa nie może być uznana za nieważną, a jej wadliwość nakazuje uznać jej nieistnienie. Sytuacja taka została szczegółowo umówiona np. w orzeczeniu sądu apelacyjnego stanu Oregon z 2008 r. w sprawie *Dess Properties, LLC v. Sheridan Truck & Heavy Equipment, LLC*.³² W tej sprawie powództwo m.in. o zasądzenie honorarium adwokackiego i innych kosztów, uregulowane umową na wypadek ewentualnego sporu sądowego, zostało oddalone. Zgodnie z prawem stanu Oregon, możliwe było przyznanie stronie takiego honorarium wyjątkowo w sytuacji sankcji nieważności bezwzględnej (lub wzruszalności) umowy³³. Natomiast możliwość taka nie zachodziła w razie ustalenia nieistnienia umowy. Sąd za taki przypadek uznał sytuację, gdy nie doszło do zawarcia umowy, a jedynie strony uzgodniły sam jej projekt.

³¹ Tak np. w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego USA z 1.10.2001 r. *Beverly Burden, et al. v. Check into Cash of Kentucky, Llc, et al.* (United States Court Of Appeals for The Sixth Circuit, publ. m.in. www.openjurist.org) Takie podejście zostało ocenione krytycznie – choć raczej na tle pewnych implikacji tego orzeczenia, m.in. odrzucenia możliwości sankcji nieważności ograniczonej do części umowy, w sprawie *Match-E-Be-Nash-She-Wish Band of Pottawatomis Indians v. Kean-Argovitz Resorts Llc* (United States Court of Appeals, Sixth Circuit z 8.06.2004 r., publ. m.in. www.openjurist.org). Podobnie o nieistnieniu umowy wypowiada się orzecznictwo sądów na tle umów naruszających zasady wolnej konkurencji – por. szerzej np. B. M. Malsberger, *Covenants Not to Compete. A State-By-State Survey*, wyd. 5, vol. 1, BNA Books 2006, s. 16, 34. Na zamieszanie terminologiczne pod tym względem w prawie USA zwracają także uwagę J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356–357.

³² Publ. m.in. www.publications.ojd.state.or.us.

³³ Podobnie orzeczono w sprawie *Golden Pisces, Inc. v. Fred Wahl Marine Construction, Inc.*, 2007 (Sąd Apelacyjny USA, 9 Okręg, sprawa nr 05-3547, publ. na <http://www.ca9.uscourts.gov/>), opierając się, poprzez zastosowanie § 163 *Restatement (Second) of Contracts*, na uznaniu nieważności umowy, a tym samym, że w ogóle nie była to umowa. Taka sytuacja powoduje, że nie jest możliwe uznanie częściowej ważności umowy (w zakresie uzgodnionych kosztów adwokackich w razie spraw sądowych z umowy) – por. również omówienie tego orzeczenia w: A. Corbin, *Corbin on...*, suplement do § 1.7, s. 102.

W uzasadnieniu podkreślono, że określenie nieważna umowa ma ustawowe znaczenie i nie obejmuje przypadku *nonexistent contracts*.³⁴

W powyższym przypadku ten typ wadliwości związany jest z rażącym naruszeniem procesu zawierania umowy. Można przyjąć, że powyższe rozumiane jest raczej jako przypadek tzw. niedojścia umowy do skutku (por. w prawie polskim art. 76 k.c.). Taki wniosek można zilustrować odwołaniem się do unormowań § 163 lub § 174 *Restatement (Second) of Contracts*³⁵, gdzie punktem wspólnym wyodrębnienia tzw. „nieistniejących” umów jest wystąpienie wadliwości skutkującej brakiem uformowania umowy (np. przymus fizyczny).

W prawie amerykańskim problem praktycznego znaczenia kategorii nieistniejących umów widoczny jest np. na kanwie sporów co do możliwości żądania postępowania arbitrażowego w przypadku niektórych przyczyn nieważności klauzuli arbitrażowej lub nieważności umowy, w której znajduje się zapis na taki sąd.³⁶

Należy nadmienić, że w uzasadnieniu orzeczeniu Sądu Najwyższego USA *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r. (przypis nr 1 uzasadnienia) zostało użyte dość kontrowersyjne stwierdzenie, że zagadnienie ważności umowy

³⁴ W uzasadnieniu oparto się na przywołanym komentarzu do § 7 *Restatement (Second) of Contracts* oraz wypowiedzi A. Corbina. Sąd ten jednocześnie krytycznie ocenił definicję nieważnej umowy, o której mowa w Black's Law Dictionary, wedle której określenie nieważna umowa jest synonimem pojęcia nieistniejącej umowy. W uzasadnieniu powołano dalsze orzecznictwo, gdzie także oddziela się sytuację nieważności od nieistnienia umowy.

³⁵ § 163 *Restatement (Second) of Contracts*: [When a Misrepresentation Prevents Formation of a Contract]: *If a misrepresentation as to the character or essential terms of a proposed contract induces conduct that appears to be a manifestation of assent by one who neither knows nor has reasonable opportunity to know of the character or essential terms of the proposed contract, his conduct is not effective as a manifestation of assent.*

§ 174 *Restatement (Second) of Contracts*: [When Duress by Physical Compulsion Prevents Formation of a Contract]: *If conduct that appears to be a manifestation of assent by a party who does not intend to engage in that conduct is physically compelled by duress, the conduct is not effective as a manifestation of assent.*

³⁶ Por. bliżej orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, z 1967 publ. m.in. na <http://lp.findlaw.com/> lub <http://supreme.justia.com> oraz *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r. (546 U.S. 440 publ. m.in. na <http://lp.findlaw.com/>). Por. także szerzej, wraz z dalszym orzecznictwem i doktryną na ten temat, A. S. Rau, *Separability in the United States Supreme Court*, publ. na www.ssrn.com/abstract=893601, s. 17, 31). Z nowszych orzeczeń por. np. wyrok Sądu Najwyższego stanu Texas z 15.10.2008 r., w sprawie *Morgan Stanley & Co., Inc.*, nr 07-0665, publ. m.in. na <http://www.supreme.courts.state.tx.us>, wraz z dokonany tam przegląd innych rozstrzygnięć sądów. Zagadnienie to związane jest także z doktryną *separability*, tj. tzw. nieważności częściowej – por. szerzej, S. J. Ware, *Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, Nevada Law Journal, Vol. 8, nr 107 z 2007, (publ. także na <http://ssrn.com/abstract=1018526>).

(klauzuli o arbitrażu) należy odróżnić od tej kwestii, czy jakakolwiek umowa została zawarta, czy też w ogóle było możliwe jej zawarcie przez określoną osobę; np. brak podpisania umowy, brak umocowania do działania w cudzym imieniu, czy wreszcie istnienie zdolności psychicznej do złożenia oświadczenia woli. Tych okoliczności nie rozpatruje się z perspektywy ważności umowy, a jej istnienia. Takie podejście zostało poddane krytyce w piśmiennictwie, w szczególności za nadmierne skoncentrowanie się na sposobie sformułowania żądania pozwu, a tym samym nazbyt wąskie rozumienie określonych kategorii wadliwości³⁷. Podkreśla się, że takie stanowisko implikuje zachodzenie różnicy pomiędzy nieważnością a nieistnieniem³⁸. Zważywszy na istotę przyczyn wadliwości umowy trafnie została zwrócona uwaga, że w sytuacji szczególnie poważnych przypadków wad (np. sfałszowanie podpisu strony umowy, działanie bez umocowania w cudzym imieniu, brak zdolności do czynności prawnych, zawarcie umowy z osobą psychicznie chorą lub małoletnim), należy uznać, że jakkolwiek sformułowany jest zarzut pod adresem ważności umowy, w istocie zawiera on jednocześnie zarzut braku porozumienia o arbitrażu (klauzuli umownej). Stwierdza się, że w takich przypadkach nie można kierować zarzutów przeciwko klauzuli o arbitrażu bez jednoczesnego odnoszenia się do ważności całej umowy.³⁹ W kwestii przydatności powyższego rozróżnienia braku (nieistnienia) umowy od jej nieważności podkreśla się, że jest to zagadnienie ugruntowane w tradycji kontynentalnej i nie ma przydatności na gruncie dopuszczalności rozstrzygania sporów o ważność klauzul arbitrażowych.⁴⁰

5.2. *Ius civile*

Wpływ przyjętego modelu sankcji nieważności bezwzględnej na wyodrębnienie *negotium non existens* najbardziej widoczny jest w systemach tradycji *ius civile*. Wstępnie należy podkreślić, że stanowiska różnych systemów praw krajowych są mocno zróżnicowane, choć z rysującą się przewagą odrzucenia takiej kategorii sankcji czy też odmiany wadliwej czynności prawnej.

W prawie niemieckim za nieistniejącą czynność prawną najczęściej uznaje się umowę, która nie została zawarta lub oświadczenie złożone bez zamiaru

³⁷ Por. szerzej S. J. Ware, *Arbitration Law's Separability...*, s. 111.

³⁸ Por. w szczególności A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 14 i nast.

³⁹ A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 14–15.

⁴⁰ Por. szerzej A. S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 18–22. Autor na tle niektórych z wypowiedzi nauki francuskiej, stosunku zakresu pojęciowego nieważności i nieistnienia umowy, podkreśla bezużyteczność oraz trudność w logicznym uzasadnieniu poszczególnych przykładów „nieistniejących” umów.

związania się.⁴¹ Formułowane są jednak wypowiedzi krytykujące mówienie o takim rodzaju wadliwości. Przede wszystkim w niemieckim prawie przeważająca większość poglądów wyróżnia zbiorczą kategorię, nadrzędną wobec terminu „nieważność”, wadliwych czynności prawnych (*fehlerhaftes Rechtsgeschäft*). Termin ten odnoszony jest do ukończonej, tj. dokonanej, ale dotkniętej określonymi wadami czynności prawnej. Wadliwa czynność prawna jest odróżniana od nieistniejącej czynności prawnej (*Nicht-Rechtsgeschäft*) oraz tzw. czynności prawnej „niedoszłej do skutku” (*nicht zustande gekommene*) lub „niekompletnej” (*unvollständige Rechtsgeschäft*). Podkreśla się, że te dwa ostatnie terminy są porównywalne swym zakresem znaczeniowym, jeżeli przesłanki stanu faktycznego czynności prawnej nie zostały urzeczywistnione. Innymi słowy – tzw. „obiektywny stan faktyczny” nie został w przypadkach tak wadliwych czynności prawnych zrealizowany.⁴² Zwraca się także uwagę na sytuację, gdzie strony umowy nie doszły do porozumienia w sprawie istotnych części postanowień uzgadnianej umowy, wówczas nie istnieją elementy stanu faktycznego czynności prawnej.⁴³

Powyższe zapatrywania są niekiedy kwestionowane. Tytułem przykładu można wskazać na argumentację odwołującą się do treści § 154 ust. 1 BGB, który stanowi o „niezawartej” umowie. W tym przypadku wyjaśnia się w nauce niemieckiej, że lepszym rozwiązaniem jest stosowanie określenia o „niezawartej” lub „niedoszłej do skutku” czynności prawnej, bez odwoływania się do pojęcia „nieistniejącej czynności prawnej”.⁴⁴ Na uzasadnienie podnosi się także, że praktyczna różnica pomiędzy czynnością prawną nieważną a niedoszlą do skutku polega głównie na tym, że § 141 BGB (o potwierdzeniu czynności prawnej nieważnej) nie znajduje zastosowania do niedoszłej do skutku czynności prawnej.⁴⁵ Natomiast w odniesieniu do

⁴¹ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379, por. ponadto, wraz z dalszym piśmiennictwem, M. Kamiński, *Nieważność decyzji...*, s. 153–154. W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft: Bd. 2*, Berlin-Heilderberg-New York 1979, s. 550, za tzw. „nieistniejącą” uznaje umowę sprzedaży pozbawioną oznaczenia ceny lub podstaw do jej określenia. Autor ten przyznaje przy tym, że praktyczne znaczenie takiego rozróżnienia jest niewielkie, choć z drugiej strony wskazuje, że nieistniejąca czynność prawna nie podlega konwersji (§ 140 BGB) ani nie może zostać potwierdzona.

⁴² W poglądach tych istotne znaczenie ma dość zgodnie przyjęta definicja czynności prawnej jako stanu faktycznego, składającego się z oświadczenia woli, z którym system prawny wiąże skutki prawne – por. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, s. 23, 24, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, wyd. 6, München 1983, s. 302–303.

⁴³ Por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 15–16.

⁴⁴ Por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 15.

⁴⁵ R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 16.

zakresu zastosowania terminu „nieważność”, przypomina się, że poza przypadkiem braku realizacji wszystkich elementów stanu faktycznego, doktryna niemiecka za przykład niedoszłej do skutku czynności prawnej podaje brak oświadczenia woli, które jest niezbędne do dokonania czynności prawnej. Warto nadmienić, że ten przypadek niemiecka doktryna uznaje za dowód funkcjonowania problemu płynnej granicy nieważnej czynności prawnej, szczególnie, gdy rozpatruje się ustawowo uregulowane przypadki wad oświadczenia woli. Regulacja normatywna takich wad oświadczenia woli jak zastrzeżenie potajemne (§ 116 zd. 2 BGB), czynność pozorna (§ 117 ust. 1 BGB) i oświadczenie nie na serio (§ 118 BGB) uznawana jest niekiedy za dowód na okoliczność poprawności w stosowaniu terminu „nieważność” oświadczenia woli zamiast „nieistnienie” lub „niedokonanie”⁴⁶.

W prawie holenderskim koncepcja czynności nieistniejącej nie odgrywa istotnej roli. W doktrynie wskazuje się, że holenderski Najwyższy Sąd (*Hoge Raad*) odwołał się do tej koncepcji np. w celu odrzucania ważności małżeństwa, wadliwego w poważnym stopniu. Zwraca się tutaj uwagę na racje słusznościowe, jakie głównie stały za takim podejściem, ponieważ nie ma w prawie holenderskim, zarówno pod rządem starego kodeksu, jak i nowego, nieważności małżeństwa *ipso iure*. Przewidziana jest jedynie możliwość jego unieważnienia. Należy jednak nadmienić, że w holenderskiej nauce sygnalizuje się, że potrzeba podobnych decyzji może pojawić się w przypadku naruszenia zasad tworzenia osób prawnych, gdzie także nie przewiduje się nieważności z mocy prawa (czyli sankcji nieważności bezwzględnej). Jednocześnie uznaje się, że poza ww. przypadkami koncepcja nieistniejących czynności prawnych „nie ma nic więcej do zaoferowania” względem tego, co zapewnia instytucja nieważności *ipso iure*.⁴⁷

Największe znaczenie koncepcja tzw. „nieistniejących” czynności prawnych zdobyła w prawie francuskim. Stan ten dopiero przy okazji reformy Kodeksu Napoleona – wedle aktualnego projektu Catala, ma ulec zmianie.

W prawie francuskim sankcja nieistnienia, inaczej mówiąc, kategoria nieistniejących umów, została wypracowana w XIX w. Początkowo stosowana była w prawie rodzinnym, następnie pojecie to zostało wykorzystane w innych gałęziach prawa. Już od początku stosowania tej kategorii wadliwości borykano się z problemem oddzielenia obszaru objętego nieważnością od nieistnienia czynności prawnej.⁴⁸

⁴⁶ Por. R. M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz...*, s. 16–17. Warto podkreślić, że Autor ten zastrzega, że poprawność w mówieniu o nieważności oświadczenia woli występuje „w każdym razie zgodnie z treścią ustawy”.

⁴⁷ Tak A. S. Hartkamp [w:] *Introduction to Dutch Law*, J. M. J. Chorus, P. H. M. Gerver, E. H. Hondius (red.), Kluwer Law International 2006, s. 154.

⁴⁸ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 375.

Następnie zastosowanie kategorii nieistnienia uległo tak znacznemu poszerzeniu, że pojawił się problem, czy celowe jest jeszcze utrzymanie instytucji nieważności absolutnej. Nieistnienie na początku XX w. stało się w pełni opracowaną koncepcją wadliwości, a za cechę główną przyjmowano założenie, że nieistnienie wynika ze znacznie poważniejszych wad niż w przypadku sankcji nieważności. Zaczęto tym samym w nauce francuskiej przyjmować trójpodział sankcji (norm sankcjonujących), opierający się na założeniu, że brak skutków prawnych czynności prawnej wynika z sankcji:⁴⁹

- nieistnienia,
- nieważności absolutnej,
- nieważności relatywnej.⁵⁰

W tym miejscu należy jedynie wskazać na możliwość pewnego uproszczenia, że sankcja „nieistnienia” będzie bliższa tradycyjnemu w nauce polskiej rozumieniu sankcji nieważności bezwzględnej. Tylko taka „nieważność” nie wymaga orzeczenia sądu dla swego obowiązywania.⁵¹

W piśmiennictwie wyjaśnia się, że w prawie francuskim pochodzenie różnienia pomiędzy stanem nieistnienia czynności prawnej a nieważnością można także objaśniać obowiązaniem zasady, że sąd nie może stwierdzić nieważności, jeżeli nie ma wyraźnego przepisu ustawowego, który to umożliwia (zasada *pas de nullité sans texte*). Norma ta usprawiedliwiona była postulatem legalizmu, by sankcja nieważności była stosowana jedynie w ramach ustawowo wytyczonych granic. Ograniczenie takie, np. w przypadku małżeństwa, które nie może zostać unieważnione, prowadziło do niepożądanych rezultatów, jeżeli np. zachodziłaby okoliczność, wedle której oczywiste jest, że małżeństwo nie mogło być zawarte i utrzymane w mocy. Dla pogodzenia zasady, dopuszczającej sankcję nieważności tylko w przypadkach przewidzianych w przepisach, zostało zaproponowane pojęcie czynności nieistniejącej. Na jej podstawie umowa w każdym przypadku, kiedy nie mogła być uznana za ważną

⁴⁹ Również inne systemy prawne skodyfikowały trójpodział sankcji braków lub wad dotyczących procesu formowania umowy, oparty na nieistnieniu, nieważności absolutnej oraz nieważności relatywnej – np. prawo cywilne Libanu, gdzie nie zachodzi konieczność stwierdzenia sądowego tej wadliwości i nie ma terminu przedawnienia w razie wystąpienia do sądu o takie ustalenie – por. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379.

⁵⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁵¹ Por. W. van Gerven, *The Doctrine of Nullity Refined*, [w:] *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, t. II, E. von Caemmerer, M. Rheinstein, S. Mentschikoff, K. Zweigert (red.), *Mohr Siebeck* 1969, s. 506–507.

i obowiązującą, a przepisy nie wprowadzały możliwości jej unieważnienia, uznawana była za nieistniejącą.⁵²

Koncepcja ta budzi, podobnie jak w prawie polskim, kontrowersje ze względu na jej częstą beзуżyteczność i nielogiczne założenia oraz brak możliwości jasnego oddzielenia przypadku tzw. nieistnienia od sankcji nieważności.⁵³ Trafnie zauważa się, że rozróżnienie to dotyczy jedynie podstawy prawnej, na mocy której wykluczone zostaną skutki prawne zamierzone przez strony, ponieważ zarówno czynność nieistniejąca, jak i nieważna ze względu na sankcję nieważności bezwzględnej lub nieważności relatywnej, nie wywiera żadnych skutków prawnych.⁵⁴ Rozróżnienie pomiędzy czynnościami nieistniejącymi uznawane jest dzięki temu za mało praktyczne.

W przypadku tego ostatniego stwierdzenia W. van Gerven zwraca jednak uwagę również na zalety takiego podejścia do następstw danej wadliwości,⁵⁵ którego raczej brak w przypadku francuskiego modelu nieważności absolutnej i relatywnej. Jak wynika z zastrzeżeń Autora pod adresem możliwości oddzielenia od siebie nieważności absolutnej i relatywnej, koncepcja *negotium non existens* mogłaby być sposobem dla wypracowania sankcji, jakiej cechy odpowiadałyby klasycznemu modelowi sankcji nieważności bezwzględnej: brak przedawnienia albo możliwości potwierdzenia przez strony, zastosowanie sankcji nieistnienia bez konieczności uzyskania orzeczenia sądu, przez każdego kto ma interes prawny. Przeciwnym modelem sankcji byłaby wzruszalność – zastosowanie sankcji wyłącznie przez osobę uprawnioną.⁵⁶ Autor ten zastrzega jednak, że mimo takich, dość swoistych przewag, koncepcja czynności prawnej nieistniejącej nie wytrzymuje próby praktyki, a rozróżnienie pomiędzy czynnością nieistniejącą a wzruszalną jest mało uchwytne. Nawet w takiej sytuacji, zawsze jest przejaw dokonanej transakcji, która to sankcja wymaga w razie sporu orzeczenia sądu. W. van Gerven trafnie skonstatował, że czynienie dystynkcji, że sąd potwierdza nieistnienie czynności prawnej, a nie dokonuje jej unieważnienia (stwierdzenia nieważności) jest w efekcie kwestią raczej akademicką.⁵⁷

Należy nadmienić, że w nauce polskiej także zwrócono uwagę, że dążenie do identyfikacji tzw. czynności nieistniejących wynikało właśnie ze szczególnej

⁵² Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 506–507.

⁵³ J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁵⁴ Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 507.

⁵⁵ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

⁵⁶ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 507.

⁵⁷ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

konstrukcji Kodeksu Napoleona, który nie zawiera na wzór innych systemów prawnych tradycji *iuris civilis* ogólnej podstawy dla nieważności czynności prawnych naruszających zakaz ustawowy.⁵⁸

Z tych przyczyn postuluje się porzucenie tej koncepcji na rzecz poprawnie zdefiniowanych zakresów obu odmian sankcji nieważności oraz sprecyzowania przesłanek ich stosowania (tj. norm sankcjonowanych).⁵⁹

Cechy nieistnienia czynności prawnej, jako odmiany sankcji wadliwości, próbowano wypracować w orzecznictwie. Francuski Sąd Kasacyjny stwierdził m.in., że roszczenie o stwierdzenie nieistnienia czynności prawnej jest nieprzedawnialne, jeżeli dotyczy umowy pozbawionej jednego z jej koniecznych elementów.⁶⁰ Właśnie tutaj najbardziej widoczna jest różnica względem obu rodzajów norm sankcjonujących nieważnością (absolutną i relatywną), które nie mogą być zastosowane po upływie terminu przedawnienia.⁶¹

Również w kwestii braku przedawnienia ujawniły się różnice poglądów. Niektórzy autorzy zaproponowali jednak przedawnienie w terminie 30 lat (stosowany w przypadku zastosowania sankcji nieważności absolutnej)⁶². Większa zgodność poglądów panuje w zakresie przyjęcia, że nieistnienia nie można ratyfikować ani potwierdzić (np. w przypadku braku ceny w umowie sprzedaży).⁶³

Od strony różnic materialnych, względem modeli sankcji nieważności w prawie francuskim, w myśl tzw. teorii organicznej, „nieistnienie” przyjmuje się w przypadku braku przesłanek niezbędnych do zawarcia umowy (brak zgodnych oświadczeń woli stron, przedmiotu umowy, *causae* lub formy). Tylko takie wady powodują, że uznaje się czynność prawną za odpowiadającą tzw. czynności prawnej nieważnej *ipso iure* (*nul de plein droit*). Natomiast naruszenia w zakresie zdolności do czynności prawnych lub oświadczeń woli są sankcjonowane nieważnością relatywną, a czynność prawna istnieje do czasu jej unieważnienia.⁶⁴

⁵⁸ J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 125. Autorka podkreśliła, że art. 1108 Kodeksu Napoleona pozwala na wytyczne granicy pomiędzy czynnościami nieistniejącymi a czynnościami nieważnymi.

⁵⁹ Por. W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 508.

⁶⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376.

⁶¹ Por. J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 376–377.

⁶² Obecnie termin przedawnienia roszczenia o stwierdzenie nieważności absolutnej wynosi 10 lat – por. I. Kluska-Żak, M. Żak, *Kierunki proponowanych zmian francuskiego prawa zobowiązań*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, z. 4, s. 1075.

⁶³ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 378.

⁶⁴ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 506–508.

W prawie francuskim wypracowano także podziały związane z tzw. nieistnieniem umowy. Materialne nieistnienie obejmuje przypadki całkowitego braku materialnego aktu (zachowania), np. w razie braku ceremonii małżeństwa. Prawne nieistnienie obejmuje przypadki, kiedy nie zostaną zachowane prawne przesłanki ważności czynności prawnej (przewidziane *ad validatem*). Jednak tutaj następuje odwołanie do pierwszego rodzaju nieistnienia, ponieważ naruszenie prawnych przesłanek powinno być tak doniosłe, by było porównywalne z całkowitym – materialnym brakiem czynności prawnej.⁶⁵

W projekcie reformy francuskiego kodeksu cywilnego, odrzucono dosyć wyraźnie możliwość stosowania tej odmiany sankcji wadliwości⁶⁶. Kontekst zmiany i ich uzasadnienie ma duże znaczenie dla oceny problematyki doboru modeli sankcji nieważności, także z perspektywy tendencji do tworzenia wyjątków od klasycznego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Warto podkreślić, że głównym uzasadnieniem dla przyjęcia powyższej regulacji była przede wszystkim potrzeba wprowadzenia jednolitej systematyki sankcji wadliwości, tj. zastosowanie sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej.

W oficjalnym uzasadnieniu nowych przepisów o sankcjach nieważności kładzie się nacisk na kwestię promowania tzw. nowoczesnej koncepcji sankcji nieważności. Kontrastuje ona ze wspomnianymi, tzw. teoriami organicznymi, rozwijanymi od XIX wieku, a które przeważają do chwili obecnej w niektórych przypadkach, np. w razie braku kauzy.

Przy okazji zmiany regulacji przesłanek przewidzianych dla ważności umowy projektowane zmiany wyraźnie blokują możliwość odwołania się do koncepcji

⁶⁵ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materiale...* s. 377–378. Jako przykład podaje się m.in. brak oświadczenia woli (za wyjątkiem braku zdolności do czynności prawnych – wówczas stosuje się relatywną nieważność). Kolejnym przypadkiem jest fikcyjna osoba prawna, w szczególności brak *affectio societatis*. Jednak tutaj ujawniły się próby różnicowania poszczególnych przykładów wadliwości osoby prawnej – por. bliżej J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 378.

⁶⁶ P. Catala, *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, Angielskie tłumaczenie J. Cartwright i S. Whittaker, s. 9–14. W wersji oryginalnej: *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis par Pierre Catala – Avant-Projet De Reforme Du Droit Des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Et Du Droit De La Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, publ. <http://www.justice.gouv.fr>. Co do ogólnego zarysu zmian francuskiego Kodeksu cywilnego, por., wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, E. Hondius, *The Two Faces of the Catala Project – Towards a New General Part of the French Law of Obligations*, publ. *European Review of Private Law* 2007, nr 6, Kluwer Law International BV lub <http://igitur-archive.library.uu.nl>, s. 835 i nast., I Kluska-Żak, M. Żak, *Kierunki proponowanych zmian...*, s. 1071 i nast.

sankcji nieistnienia czynności prawnej (umowy) w razie braku zgody na zawarcie umowy (braku oświadczenia woli). Brak taki może wynikać z niemożliwości przejawienia woli przez osobę, która posiada zdolność do czynności prawnych, jednakże nie może jej wyrazić z przyczyn umysłowych (psychicznych), istniejących w czasie dokonywania czynności prawnej (art. 1109 projektu *Catala*). Kolejnym przypadkiem jest złożenie przez strony oświadczeń woli, które nie zawierają uzgodnionych *essentialia negotii* umowy.

Powyższe naruszenia przesłanek do zawarcia umowy nie są sankcjonowane tzw. nieistnieniem umowy. W ich przypadku przyjęto, że zastosowanie ma sankcja nieważności relatywnej – art. 1109-2 projektu *Catala* (*nullité relative*). W komentarzu podkreśla się, że ta odmiana sankcji nieważności wpisuje się w nowoczesną koncepcję nieważności. Zastosowanie tej sankcji uzasadnione jest także potrzebą harmonizacji skutków wystąpienia powyższych nieprawidłowości w podejmowaniu czynności prawnej, poprzez zastosowanie sankcji tej samej, jak w przypadku innych wad oświadczeń woli. Przywołuje się tutaj postulat natury doktrynalnej, tj. konieczność usunięcia niepewności związanej z pojęciem nieistnienia umowy, a tym samym poprzez regulację ustawową zakończenie sporu w tym zakresie.⁶⁷

Warto wspomnieć, że planowany w projekcie *Catala* sposób skodyfikowania sankcji wadliwych czynności prawnych odwołuje się do ugruntowanych w prawie francuskim odmian nieważności: absolutnej i relatywnej. Zgodnie z art. 1129 projektu *Catala*, przesłanka zastosowania powyższych sankcji nieważności polega na naruszeniu przesłanek wymaganych do ważności umowy. Przepis ten ma także walor normy porządkującej, a określenie nieważność w tym przepisie obejmuje oba rodzaje sankcji nieważności⁶⁸.

Warunki wymagane do ważności umowy, to wedle art. 1108 projektu *Catala*:

- zgoda (oświadczenia woli) umawiających się stron,
- ich zdolność do kontraktowania (czynności prawnych),
- przedmiot przedsięwzięcia,
- oraz przyczyna, która uzasadnia przedsięwzięcie.

W przypadku czynności prawnej dokonywanej przez pełnomocnika, obok powyższych musi być także umocowanie do działania w cudzym imieniu. Znaczenie formy dla ważności umowy określają art. 1127 i nast. projektu *Catala*, który to przepis odsyła jednak dalej, wskazując, że rygor niezachowania wymaganej formy każdorazowo jest określany albo wprost w przepisie, albo determinowany charakterem interesu chronionego wymogiem zachowania formy szczególnej.

⁶⁷ Y. Lequette, G. Loiseau, Yves-Marie Serinet [w:] P. *Catala, Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription*, tłumaczenie J. Cartwright i S. Whittaker, s. 29.

⁶⁸ Art. 1129: *La convention qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nulle.*

Problemy terminologiczne w zakresie rozumienia różnych rodzajów nieważności twórcy projektu akcentują w rozwiązaniu przyjętym w art. 1129-1. Przepis ten definiuje oba rodzaje sankcji nieważności.⁶⁹

W innym systemie opartym na tradycji romańskiej, prawie belgijskim, początkowo (orzeczenie belgijskiego Sądu Kasacyjnego z 9.01.1936 r.) przyjęto koncepcję nieistniejących czynności prawnych, która została odrzucona w orzeczeniu Sądu Kasacyjnego z 21.10.1971 r. Sprawilo to, że w doktrynie przykłady nieistniejących czynności prawnych zostały przeniesione na obszar stosowania sankcji nieważności absolutnej.⁷⁰

Na zakończenie powyższych uwag należy wskazać również, że na koncepcję tzw. „nieistniejących” czynności prawnych można natrafić w doktrynie włoskiej. Taki rodzaj wadliwości jest definiowany jako kategoria społeczna, przydatna dla objaśnienia niektórych luk prawnych w sankcjonowaniu szczególnych postaci wadliwości, jeżeli ich uregulowanie jest nazbyt sztywne. Podkreśla się, że nie zachodzi żadna różnica pomiędzy nieistnieniem a nieważnością, jedynie można takiej doszukać się w stopniu wadliwości dotyczącej umowę.⁷¹

5.3. *Negotium non existens* na tle międzynarodowych prac nad unifikacją prawa umów (prawa prywatnego)

Koncepcja nieistniejącej czynności prawnej nie została wykorzystana szerzej przy pracach nad projektami unifikacji prawa umów, np. reguły modelowe *Common Frame of Reference* lub *Principles of European Contract Law* zupełnie pomijają ten problem. Pomimo jednak braku unormowania pozytywnego wydaje się, że nie jest możliwe uznanie, że istnieje przestrzeń dla obrony tej anachronicznej koncepcji. W przypadku *Draft Common Frame of Reference* (wersja 2009 r.), w definicjach sankcji wadliwych czynności prawnej, podanych w załączniku do tych zasad, przesądza się, że zakres znaczeniowy stosowanych terminów obejmować powinien każdą odmianę wady. Nieważność bezwzględna (*void*) łączy się zarówno z pojęciem czynności prawnej, jak i stosunku prawnego. Tym samym mówienie

⁶⁹ Art. 1129-1 projektu Catala: *La nullité est dite absolue ou d'ordre public lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde de l'intérêt général.*

Elle est dite relative ou de protection lorsque la règle violée est ordonnée à la sauvegarde d'un intérêt privé. Toutefois, lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu.

⁷⁰ J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 375.

⁷¹ Tak J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 379.

o poważniejszym przypadku wadliwości – od tej skutkującej nieważnością bezwzględną – nie będzie zgodne z definicją tej sankcji wadliwości.⁷²

Jedynym wyjątkiem jest uregulowanie sankcji nieistnienia umowy w European Contract Code (dalej ECC lub projekt *Gandolfiego*).⁷³ W kodeksie została przyjęta i skodyfikowana koncepcja nieistnienia umowy (ang. *non-existence*, niem. *Nichtbestehen des Vertrages*, fr. *inexistence*) w dość oryginalnej formule, jako jedna z sankcji wadliwości. Wydaje się, że jest to pewna ilustracja zapatrywań włoskiej nauki na temat cech nieistniejącej umowy. Odnośnie do sposobu sankcjonowania takiej wadliwości, opiera się on zasadniczo na przesłance braku społecznego pojęcia porozumienia. W art. 137 ECC przyjmuje się, że umowa nie istnieje w razie braku faktu, zachowania, oświadczenia lub sytuacji, którą zewnętrznym można rozpoznać i odnieść do społecznego pojęcia porozumienia⁷⁴. Przepis ten nie definiuje jednocześnie „nieistnienia”, a podaje jedynie przykłady sytuacji, gdzie brak jest „społecznego pojęcia porozumienia”. Zgodnie z art. 137 § 2 pkt a) ECC, w szczególności przyjmuje się, że nie istnieje żadna umowa, jeżeli nie ma adresata lub osoby zdolnej do akceptacji oferty (oświadczenia woli) i nie istnieje potencjalna osoba (np. poczęte dziecko, spółka przed rejestracją), która w przyszłości mogłaby być adresatem⁷⁵. Natomiast pkt b) tego przepisu wskazuje, jako kolejny przykład nieistnienia umowy, brak przedmiotu oferty lub oświadczenia złożonego w celu dokonania czynności prawnej (dokonania „aktu autonomii prywatnej”)⁷⁶.

⁷² Por. definicje sankcji nieważności bezwzględnej (*void*), wzruszalności (*voidable*) oraz – jak się wydaje – stanu nieważności (*invalid*) wedle Draft Common Frame of Reference (DCFR) – “*Void*”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is automatically of no effect from the beginning; “*Voidable*”, in relation to a juridical act or legal relationship, means that the act or relationship is subject to a defect which renders it liable to be avoided and hence rendered retrospectively of no effect; “*Invalid*” in relation to a juridical act or legal relationship means that the act or relationship is void or has been avoided.

⁷³ Jest to jeden z prywatnych projektów kodyfikacyjnych, tzw. projekt *Gandolfiego* (inne nazwy spotykane w literaturze: *Code Europeen Des Contrats*, *PAVIA Project*, *Projekt Pavia Academy of European Private Lawyers*, *Europejski Kodeks Umów*). Projekt ten był opracowywany w latach 1990–1999; jego poprawiona wersja opublikowana w latach 2002 i 2004 r. Informację o historii projektu oraz jego uczestnikach dostępne są na <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>.

⁷⁴ Art. 137 § 1: *In the absence of a fact, an act, a declaration, a situation which can be externally recognized and referred to the social notion of agreement, no contract shall exist.*

⁷⁵ Art. 137 § 2 pkt a): *unless and until such time as there is an addressee or person capable of accepting the offer or declaration which is intended to qualify as an act of private autonomy or unless there exists a potential future person such as a conceived child or a company before registration;*

⁷⁶ Art. 137 § 2 pkt b): *unless there exists an object of the offer or declaration made in order to carry out an act of private autonomy;*

Kolejna grupa przyczyn nieistnienia umowy, zgodnie z postanowieniami art. 137 § 2 pkt c) i d) ECC, obejmuje przypadki, gdzie przyjęcie oferty istnieje, nie może jednak wywołać skutków prawnych – spowodować powstania stosunku prawnego⁷⁷. Zgodnie z pkt c) tego przepisu w sytuacji, gdy przyjęcie oferty nie odpowiada treści oferty z powodu jej dwuznacznej natury, przyjmuje się, że umowa nie istnieje. Wyjątkiem jest przypadek akceptacji oferty niezgodnie z jej treścią, co pociąga za sobą domniemanie odrzucenia oferty i złożenia nowej – por. art. 16 § 6 ECC. Również gdy przyjęcie oferty zawiera klauzule umowne różniące się od oferty, ale nie różniące się w sposób istotny, wówczas jeżeli oferent nie sprzeciwia się niezwłocznie modyfikacjom, umowa jest zawarta zgodnie z treścią przyjęcia oferty (art. 16 § 7 ECC)⁷⁸. Unormowanie art. 137 § 2 pkt d) obejmuje przypadki, gdzie zaistniały fakty, zachowanie, oświadczenie albo sytuacja, jednak są do tego stopnia niekompletne, że nie mogą być prawnie ważne i uznane za odmienny lub zredukowany projekt umowy, albo w stosunku do których to nie można oczekiwać, że inne elementy są następczo możliwe do uzupełnienia obok nich⁷⁹.

Zakres wyliczenia przesłanek sankcji nieistnienia może budzić wątpliwości, co dostrzegli Autorzy tego kodeksu, wprowadzając swoiste domniemanie stosowania sankcji nieważności w razie wątpliwości, czy uznać umowę za nieistniejącą (art. 137 § 3 ECC).⁸⁰ Zgodnie z art. 138 § 1 ECC, następstwa nieistnienia powodują:

- absolutny brak jakichkolwiek skutków wynikających z umowy, za wyjątkiem:
- zobowiązania do przywrócenia stanu poprzedniego oraz
- odpowiedzialności z tytułu szkód wyrządzonych osobom trzecim w zakresie, o którym mowa w art. 161 ECC (negatywny interes).

Na treść tego przepisu warto zwrócić uwagę także z tej przyczyny, że zakłada on wyrażnie, że do skutków takiej wadliwości należy powstanie powyższych zobowiązań. W art. 138 § 2 ECC podkreśla się, że następstwa nieistnienia zachodzą z mocy samego faktu wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 137 § 1 i 2 ECC. Nie jest możliwe dokonanie żadnego unormowania ani korekty takiej umowy i każdy kto ma interes prawny może się powołać bez ograniczenia czasem

⁷⁷ Tak J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 338.

⁷⁸ Art. 137 § 2 pkt c): *if the acceptance – apart from what is stated in Art. 16 paras. 6 and 7 – does not correspond with the offer because of the equivocal nature of the latter;*

⁷⁹ Art. 137 § 2 pkt d): *if the fact, act, declaration, or situation, while existing, are incomplete to such a point that they cannot be legally valid either as a different and reduced contractual scheme or in expectation of other elements that may possibly supervene.*

⁸⁰ Art. 137 § 3: *If there is doubt, the contract shall be considered null rather than non-existent.*

na taką wadliwość. Powołanie się na sankcję nieistnienia umowy następuje w dwóch trybach: zainteresowany może powiadomić drugą stronę o sytuacji nieistnienia umowy poprzez złożenie stosownego oświadczenia pisemnego, które zawiera niezbędne okoliczności dotyczące przyczyn tej wadliwości. Może także zostać skierowane do sądu powództwo o sądowe ustalenie po terminie 6 (3) miesięcy po otrzymaniu zawiadomienia o nieistnieniu umowy, ponieważ ten czas zostaje pozostawiony stronom dla ewentualnego pozasądowego uregulowania sporu (por. art. 172 ECC).

6. Stanowisko prawa polskiego

W prawie polskim zarówno nauka, jak i judykatura wyróżnia obok czynności nieważnych bezwzględnie, tzw. czynności nieistniejące (*negotium non existens*). Zagadnienie to nabrało w ostatnich latach istotnego znaczenia w zasadzie wyłącznie w związku z problematyką wadliwości uchwał zgromadzeń wspólników (walnych zgromadzeń) spółek kapitałowych. Problem ten wywołał ogromne kontrowersje w nauce i judykaturze.⁸¹

W ostatnich latach prawo polskie na obszarze wadliwości uchwał w pewnym zakresie dokonało kodyfikacji tej koncepcji „nieistnienia”. Pominięta została jednak kwestia określenia cech takiej sankcji oraz wyjaśnienie trybu jej zastosowania. Należy jednocześnie zauważyć, że sposób kodyfikacji opiera się na unormowaniu zagadnień procesowych, z których pośrednio wynika, że w systemie identyfikuje się uchwały nieistniejące. Zmiana stanu prawnego jest istotna wobec dość powszechnego kwalifikowania pewnej kategorii uchwał jako odmiany czynności prawnej, w tym planowanego unormowania w nowym Kodeksie cywilnym, że uchwała ma charakter czynności prawnej, jeżeli określa skutki prawne.⁸²

Najszerze z możliwych zastosowań, odnośnie do wadliwości uchwał, ma art. 17 pkt 4²) Kodeksu postępowania cywilnego, który stanowi, że do właściwości

⁸¹ Z nowszych wypowiedzi na temat nieistniejących uchwał prawnych w prawie polskim, wraz z przytoczoną tam dalszą literaturą i orzecznictwem, por. np. D. Kulgawczuk, *Uchwały nieistniejące – ujęcie systemowe (cz. 1)*, Prawo Spółek 2009, nr 9, s. 6 i nast.; tenże: *Uchwały nieistniejące – ujęcie systemowe (cz. 2)*, Prawo Spółek 2009, nr 10, s. 41 i nast.

⁸² Por. art. 81–art. 83 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego z 2008 r. wraz z uzasadnieniem - Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008 r., publ. m.in. <http://www.ms.gov.pl/projekty>, s. 94–95. Propozycja projektu – w wymiarze normatywnym – przesądza, że określona grupa uchwał poddana będzie w pewnym zakresie przepisom przewidzianym dla czynności prawnych. Można nadmienić, że również przy okazji reformy Kodeksu Napoleona, w art. 1101-1 tzw. projektu *Catala*, uchwały zdefiniowane są jako tzw. kolektywna czynność prawna.

sądów okręgowych należą sprawy o uchylenie, stwierdzenie nieważności albo o ustalenie nieistnienia uchwał organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną⁸³. W przypadku spółdzielni o nieistnieniu mowa w art. 42 § 9 Prawa spółdzielczego. Unormowanie tej wadliwości nastąpiło w sposób odbiegający od całej konstrukcji tego przepisu. Przepis art. 42 – w § 2 oraz § 3 określa przesłanki sankcji nieważności bezwzględnej lub wzruszalności uchwał. Natomiast w § 9 tego artykułu stanowi się, że orzeczenie sądu ustalające nieistnienie albo nieważność uchwały walnego zgromadzenia bądź uchylające uchwałę ma moc prawną względem wszystkich członków spółdzielni oraz wszystkich jej organów. Oprócz dość lakonicznego wzmiankowania o możliwości wystąpienia przypadków nieistnienia uchwały – w kontekście tzw. poszerzonej prawomocności orzeczenia unieważniającego uchwałę – brak jest dalszych unormowań na temat cech tego rodzaju sankcji wadliwości.

Podobna technika legislacyjna występuje w ustawie o spółdzielni europejskiej z 22.07.2006 r.⁸⁴, gdzie w art. 3 stanowi się, że sąd rejestrowy może wydać zaświadczenie, o którym mowa w art. 29 ust. 2 rozporządzenia⁸⁵, mimo wytoczenia powództwa o uchylenie albo o ustalenie nieważności, albo o ustalenie nieistnienia uchwały o połączeniu, jeżeli zostanie uprawdopodobnione, że powództwo to jest oczywiście bezzasadne. W przypadku gdy po wydaniu zaświadczenia sąd prawomocnym orzeczeniem stwierdza nieważność albo nieistnienie uchwały o połączeniu albo ją uchyli, członek spółdzielni uczestniczącej w połączeniu, który poniósł szkodę w wyniku dokonania wpisów na podstawie uchwały uznanej za nieważną, nieistniejącą albo uchylonej, może dochodzić jej naprawienia od SCE bez względu na winę członków jej organów.

Możliwość identyfikacji wadliwości polegającej na nieistnieniu czynności prawnej zdaje się także zachodzić aktualnie w prawie polskim w przypadku umów. Wynika to z rozporządzenia z dnia 11 lipca 2007 r., dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”)⁸⁶. Zgodnie z art. 10 istnienie

⁸³ Można nadmienić, że w świetle powyższych przepisów pozostaje problem oceny, jaki jest wpływ na prawo materialnego zmiany stanu prawnego. W przypadku np. zaskarżania uchwał naruszających ustawę spółek kapitałowych, przepisy art. 252 § 1 (i art. 425 § 1), stanowią, że art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego nie stosuje do powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia sprzecznej z ustawą. Tym samym powstaje problem podstawy prawnej żądania uznania uchwały spółki kapitałowej za „nieistniejącą”.

⁸⁴ Dz.U. z 2006, nr 149, poz. 1077.

⁸⁵ Rozporządzenie w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE) (1435/2003/WE); Dz.Urz.UE L.2003.207.1.

⁸⁶ Dz.U.UE L.07.199.40.

i ważność umowy lub jednego z jej postanowień ocenia się według prawa, które zgodnie z niniejszym rozporządzeniem byłoby dla niej właściwe, gdyby umowa lub jej postanowienie były ważne. W przepisie tym wyodrębnia się zatem problem samego istnienia, jednocześnie łącznie z zagadnieniem ważności. Z podobnych przyczyn wypada także wskazać na analogiczne rozwiązanie Konwencji rzymskiej, która w art. 8 reguluje prawo właściwe do oceny istnienia i ważności umowy. W odniesieniu do skutków nieistnienia lub nieważności zrównuje się je, choć ze wskazaniem, że rozróżnienie ma znaczenie terminologiczne. M. Wojewoda, komentując ten przepis, wyjaśnia, że przesądzenie, że mamy do czynienia z umową nieistniejącą eliminuje konieczność badania jej ważności⁸⁷. Autor wyjaśnia, że analiza istnienia umowy koncentruje się na tym, czy w ogóle została ona dokonana. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy doszło do złożenia oświadczenia woli w świetle okoliczności towarzyszących i obowiązujących przepisów. Następnie trzeba badać, czy oświadczenie woli jest niewadliwe (w sensie normatywnym) oraz złożone na serio, tj. w celu wywołania rzeczywistych skutków prawnych. Kolejnym krokiem jest ustalenie, czy oświadczenia woli zostały złożone przez wszystkie strony umowy, w szczególności, czy nastąpiło przyjęcie oferty.⁸⁸ W przypadku stwierdzenia, że nie doszło do zawarcia umowy, wówczas zasady rozliczeń stron powinny być poddane takiemu samemu reżimowi jak przy jej nieważności.⁸⁹

W ramach przeglądu głównych wypowiedzi nauki i orzecznictwa na temat nieistniejącej czynności prawnej można wskazać na obecność dwóch głównych problemów:

- ustalenie kryteriów odróżnienia tzw. nieistniejącej czynności prawnej od tzw. nieważnej czynności prawnej (w stanie nieważności), np. katalogu wad sankcjonowanych nieistnieniem;
- określenie praktycznych następstw nieistnienia, w kontekście różnic z czynnościami prawnymi w stanie nieważności, w szczególności dotyczących sytuacji prawnej stron umowy, np. na płaszczyźnie rozliczeń restytucyjnych.⁹⁰

⁸⁷ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, Wolters Kluwer 2007, s. 233, 234.

⁸⁸ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego...*, s. 234, 239–250.

⁸⁹ M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego...*, s. 247, 401.

⁹⁰ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, P. Księżak, *Komentarz do art. 58 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009, uw. pkt III 9, stwierdza, że po spełnieniu świadczenia w wykonaniu nieistniejącej czynności prawnej zobowiązującej, *solvensowi* przysługuje *condictio indebiti*, natomiast w razie wykonania nieważnej czynności prawnej – *condictio sine causa* (art. 410 § 2 k.c.). W tym pierwszym wypadku nie można żądać zwrotu, jeśli świadczący wiedział, że do świadczenia nie był zobowiązany,

Kwestią o mniej doniosłym znaczeniu jest poprawność teoretyczna identyfikacji tego typu wadliwej czynności prawnej. Wydaje się, że pod tym względem problem ten należy rozstrzygnąć na niekorzyść zwolenników tej kategorii i uznać *negotium non existens* za synonim stanu nieważności.⁹¹ Z problemem właściwej konstrukcji modelu sankcji nieważności bezwzględnej związana jest, wskazana w ogólnej nauce prawa okoliczność, że przede wszystkim mówienie o nieistnieniu czynności prawnej łączy się z dokonywaniem pewnej gradacji ważności czynności prawnej.⁹² W tym przypadku powstaje pewien paradoks, że czynności prawnej w stanie nieważności nie uznaje się za jedną z postaci wadliwych czynności prawnych, a miejsce to zajmuje kategoria najpoważniejszych przypadków naruszeń norm sankcjonowanych. T. Pietrzykowski zwraca uwagę, że od strony teoretycznej, głównym tłem sporu o wyodrębnienie tzw. „nieistniejących” czynności prawnych jest koncepcja tzw. faktów instytucjonalnych; w prawie polskim szerzej rozwinięta jako nauka o czynnościach konwencjonalnych, w tym regułach konstytutywnych.⁹³

Z punktu widzenia omawianej problematyki istotna jest w sumie jedna konstatacja, że istnienie faktów instytucjonalnych jest wynikiem przyjęcia przez człowieka określonej konwencji (reguł), na mocy której pewne zachowania uzyskują pewien sens (znaczenie). T. Pietrzykowski podkreśla, że naruszenie danych reguł postępowania powoduje, że nie powstaje dany fakt instytucjonalny (np. czynność prawna). Innymi słowy, zaistnienie czynności prawnej może nastąpić w wyniku jej ważnego dokonania, tj. zgodnie z odpowiednimi regułami.⁹⁴ Można również podkreślić, że sformułowanie o zaistnieniu czynności prawnej dotyczy w istocie wywołania skutków prawnych, jakie należy łączyć z czynnością prawną. Wadliwość danego zachowania spowoduje bowiem, że skutki prawne będą

natomiast w razie *negotium non existens* nie ma takiego wyłączenia (art. 411 pkt 1 k.c.). Ponadto Autor podkreśla, że jeśli czynność nieistniejąca miała stanowić świadczenie (np. przelew wierzytelności), nie ma możliwości orzeczenia przepadku takiego świadczenia – możliwość taka powstaje przy czynnościach nieważnych. Należy nadmienić, że Autor ten stoi na stanowisku, że od czynności nieważnej należy odróżnić czynność nieistniejącą, np. w przypadku podjęcia działań zmierzających do dokonania czynności prawnej, które ostatecznie nie doprowadziły do uformowania aktu prawnego ze względu na brak jego materialnych składników, tj., jak wyjaśnia Autor, przede wszystkim nie doszło w ogóle do złożenia oświadczenia woli.

⁹¹ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, trafną analizę problemu nieistniejących czynności prawnych dokonaną przez T. Pietrzykowskiego (T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 109 i nast.).

⁹² Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 109 i nast.

⁹³ Por. szerzej T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 113.

⁹⁴ T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 117–118.

niedopuszczalne, co można skrótowo określić mianem nieważności czynności prawnej. Również na tym tle ujawnia się problem wieloznaczności terminu „nieważność” i konieczności normatywnego (tj. konwencyjnego) rozstrzygnięcia tego zagadnienia.

Wracając na chwilę do wskazanej uprzednio konwencji terminologicznej, wydaje się, że także z tej przyczyny nieważności nie można łączyć z abstrakcyjnym pojęciem czynności prawnej, ponieważ nieważność dotyczy skutków prawnych, ich braku, jeżeli przy podjęciu czynności prawnej naruszono reguły ważnego dokonania czynności prawnej. Trudno jest inaczej rozumieć pojęcie nieważności czynności prawnej niż jako mówienie, raczej mało precyzyjne, o nieważności (braku) zamierzonych skutków prawnych.

W ogólnej nauce prawa formułowane są także wypowiedzi podkreślające, że np. koncepcja reguł konstytutywnych (w tzw. wersji konotacyjnej) może pozwalać jednak na „bardziej klarowne” niż uprzednio, wyjaśnienie różnic pomiędzy czynnościami nieważnymi a nieistniejącymi.⁹⁵ Należy wskazać na stwierdzenie S. Czepity, który podkreśla, że każde naruszenie reguły konstruującej czynność prawną, jeżeli obwarowane jest sankcją nieważności, powoduje, że postępowanie niezgodne z tego rodzaju regułą nie jest czynnością prawną. Tym samym nie ma żadnej różnicy pomiędzy czynnościami nieważnymi a nieistniejącymi.⁹⁶

W piśmiennictwie potrzebę wyodrębnienia tego rodzaju wadliwości najczęściej uzasadnia się tym, że w odróżnieniu od tzw. „czynności prawnych nieważnych bezwzględnie”, są to czynności „daleko bardziej wadliwe” i głównie z tej przyczyny wywodzi się zasadność identyfikacji tego rodzaju sankcji⁹⁷ lub kategorii „czynności”. Przeważnie wśród wad uzasadniających wyodrębnienie czynności prawnej nieistniejącej wskazuje się w literaturze i orzecznictwie na pominięcie w czynności prawnej jej konstytutywnych elementów, takich jak brak oświadczeń woli, gdy nie uzgodniono *essentialia negotii*, a ponadto stwierdza się ogólnie, że przy tego typu czynnościach nie występuje w ogóle zewnętrzny stan faktyczny czynności,

⁹⁵ Por. szerzej S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 192, 193. Autor zwraca jednak uwagę na problem metodologii: rozróżnianie tego typu czynności zależy od tego, jaka zostanie przyjęta wersja konotacyjna koncepcji reguł konstytutywnych.

⁹⁶ S. Czepita, *Reguły konstytutywne...*, s. 193–194. Autor wyjaśnia, że przyjęcie globalnej wersji koncepcji reguł konstytutywnych powoduje, że różnica ustaje pomiędzy ww. czynnościami i jak to określa: „w aspekcie analitycznym” brak jest możliwości wykazania różnic pomiędzy nieważnością bezwzględną a *negotium non existens*.

⁹⁷ Należy wyjaśnić, że koncepcja nieistniejących czynności prawnych zdaje się mówić o normie sankcjonującej nieistnienie czynności prawnej. Słowa sankcja jednak się w tym kontekście nie używa w prawie polskim.

np. oświadczenia woli nie na serio.⁹⁸ Innymi słowy, że jest to przypadek wadliwości poważniejszej niż ta, która sankcjonowana jest nieważnością *ex lege*, co powoduje, że należy przyjąć, że w ogóle nie zaszła dana czynność prawna.⁹⁹

Doktryna, jako jedną z podstawowych różnic względem czynności prawnej, która podlega sankcji nieważności bezwzględnej, niemal tradycyjnie wskazuje, że w przypadku czynności *non existens* – brak jakiegokolwiek przejawu czynności prawnej, zewnętrznego stanu faktycznego. Ponadto brak ten powoduje niemożliwość zastosowania konstrukcji konwalidacji lub konwersji.¹⁰⁰ Pod dość niejasnym pojęciem „zewnętrzny stan faktyczny” czynności prawnej w piśmiennictwie rozumie się sam fakt dokonania „czynności nieważnej”. Powoduje to, że uczestnicy czynności prawnej identyfikują ją mimo wszystko jako czynność prawną danego rodzaju. Takiego pozoru czynności prawnej nie można natomiast doszukać się w sytuacji czynności nieistniejącej.¹⁰¹

W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r.¹⁰², zastosowano sankcję „nieistnienia” w oparciu o art. 72 § 1 k.c. Sąd Najwyższy przypomniał, że przepis ten nakazuje uznawać umowę za zawartą dopiero z chwilą, z którą strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. W ocenie Sądu Najwyższego, jeżeli strony w ogóle nie powzięły jakiegokolwiek woli co do kwestii będącej jednym z istotnych postanowień umowy, w konsekwencji nie można uznać, że umowa pomiędzy stronami była zawarta, ale z uwagi na brak wymaganej formy nie była ważna. Takie rzekome porozumienie należy uznać za czynność prawną nieistniejącą (*negotium non existens*).¹⁰³ W ramach krótkiego komentarza należy stwierdzić, że nie powinno się sytuacji, gdzie nie zostaje zawarta umowa, zrównywać w skutkach z wadliwością. Istotą wadliwości, w największym skrócie, jest działanie niezgodne z wymogami nałożonymi przez system prawa lub normy moralne – naruszenie przesłanek ważności obowiązujących przy podejmowaniu czynności prawnej (składaniu oświadczenia woli) albo wadliwe określanie treści lub celu czynności prawnej, a które to naruszenia sankcjonowane jest brakiem zamierzonych skutków prawnych (tzw. nieważnością).

⁹⁸ K. Gandor, *Konwersja nieważnych czynności prawnych*, Studia Cywilistyczne 1963, t. IV, s. 59.

⁹⁹ T. Pietrzykowski, *Negotium...*, s. 110–111.

¹⁰⁰ Tak np. M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 176, K. Gandor, *Konwersja nieważnych...*, s. 59.

¹⁰¹ Por. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 105.

¹⁰² II CSK 327/2006, publ. LexPolonica nr 1034660.

¹⁰³ Tak również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r. II CSK 327/2006; publ. LexPolonica nr 1034660. Podobnie wypowiada się S. Wyszogrodzka, *Dyssens w polskim prawie cywilnym*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, nr 4, s. 959.

Ponadto przyjmuje się omawianą konstrukcję, jeżeli jedna ze stron umowy podawała się przy jej zawarciu za inną osobę, wówczas ze względu na oszustwo nie można mówić o skutecznym zawarciu umowy, ale o jej nieistnieniu (braku umowy).¹⁰⁴

Formułowane są niekiedy również poglądy dzielące, na zasadzie podziału logicznego, czynności prawne na czynności prawne istniejące i nieistniejące. Do tej ostatniej kategorii prawnej mają być zakwalifikowane wszystkie zdarzenia prawne, które nie są objęte definicją czynności prawnej.¹⁰⁵

Identyczny skutek przypisuje się w niektórych wypowiedziach naruszeniu zasad reprezentacji osoby prawnej. Argumentacja koncentruje się tutaj na okoliczności, że do czasu złożenia wymaganej liczby oświadczeń woli, wola osoby prawnej w ogóle nie zostaje wyrażona. Dzięki temu strony są zobowiązane do zwrotu drugiej stronie otrzymanych świadczeń na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a umowę należy uznać za nieistniejącą, nie zaś nieważną.¹⁰⁶

Brak jest jednak w ww. przypadku zgodności poglądów. W sytuacji, gdy wymagana jest łączna reprezentacja dwóch piastunów organu osoby prawnej, a czynność prawna zostaje dokonana bez oświadczenia woli drugiego członka zarządu czy prokurenta, przyjmuje się w literaturze również sankcję bezwzględnej nieważności. Dodatkowo postulując przy tym, że taką sankcję należy wyłącznie przyjąć, jeżeli bezsporne jest, że brakujące oświadczenie woli nie zostanie złożone albo będzie odmienne od już złożonego.¹⁰⁷ W przypadku, gdy nie jest możliwe

¹⁰⁴ S. Rudnicki, *Glosa do wyroku SN z 24.09.2003 r., III CKN 356/01*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2004, nr 10, s. 520. Autor zaznacza także skutek uznania danego zachowania za *negotium non existens*, który polega na tym, że nie można do takiej czynności stosować żadnych sankcji, np. art. 58 k.c. Podobnie K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności prawnych nieistniejących (głos w dyskusji)*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Tom II, Wolters Kluwer 2008, s. 110.

¹⁰⁵ K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności...*, s. 108 i nast. W przypadku takiego podziału, można przywołać stwierdzenie T. Pietrzykowskiego, *Negotium...*, s. 111, który trafnie zauważa, że w konsekwencji np. picie kawy byłoby *negotium non existens*.

¹⁰⁶ Por. K. Osajda, *Jeszcze o istnieniu czynności...*, s. 110, P. Bączek, *Skutki czynności prawnych dokonanych z naruszeniem zasady łącznej reprezentacji w spółkach kapitałowych*, Prawo Spółek 2004, nr 11, s. 16.

Podobnie w uchwale z dnia 5 kwietnia 2007 r. (IPZP 3/2007; OSNP 2007, nr 21–22 poz. 308), Sąd Najwyższy wskazał, że skutki niezgodnej z prawem czynności powodującej ustanie stosunku pracy podlegają ocenie na drodze postępowania sądowego, oraz że wyjątkowo jedynie przyjmuje się, że czynność rozwiązująca stosunek pracy w ogóle nie została podjęta (jest czynnością *non existens*) z uwagi na to, że dokonała jej osoba nieuprawniona do podejmowania tego typu czynności w imieniu pracodawcy, a pracodawca tej czynności nie potwierdził.

¹⁰⁷ R. Szczęsny, *Zakres prokury a zasady reprezentacji spółek handlowych*, Prawo Spółek 2006, nr 2, s. 23–24.

przyjęcie takiego założenia, stwierdza się, że ważność czynności prawnej jest zawieszona, analogicznie do art. 63 k.c.¹⁰⁸

Z. Radwański zwraca uwagę na praktyczną nieprzydatność takiej konstrukcji oraz jej sprzeczność z definicją czynności prawnej. Autor stwierdza, że określenie „czynność nieistniejąca” można jedynie utrzymać w przypadku sytuacji, gdy zachowanie podmiotu nie może zostać zakwalifikowane jako tzw. materialny substrat dla oświadczenia woli (np. oświadczenia nie na serio). Ponadto gdy dla dokonania czynności konieczne jest więcej niż jedno oświadczenie woli i nie zostały złożone wszystkie wymagane oświadczenia (np. brak dostatecznej ilości głosów dla podjęcia uchwały lub brak odpowiedzi na ofertę).¹⁰⁹

Jako podstawową różnicę względem nieważnej czynności prawnej wskazuje się, że czynności nieistniejące nie wywołują żadnych skutków prawnych, natomiast nieważna czynność prawna nie jest czymś niebyłym i może wywołać skutki prawne, które nie odpowiadają treści oświadczenia woli, lecz wynikają z faktu samego dokonania czynności prawnej. W takim przypadku istnieje zewnętrzny stan faktyczny, z którym prawo przedmiotowe łączy niekiedy skutki prawne, tzw. skutki pośrednie, tj. konwalidację oraz, jak się to określa, skutek natury funkcjonalnej – konwersję.¹¹⁰

Należy zgłosić zastrzeżenie, że zagadnienie czynności prawnej *non existens* nie pozostaje w bezpośrednim związku z konwalidacją i konwersją.¹¹¹ W przypadku najpoważniejszych wad oświadczenia woli (czynności prawnej) następuje utrata możliwości zastosowania mechanizmów ograniczających lub wykluczających działanie sankcji nieważności bezwzględnej z przyczyn ogólnych, niezwią-

¹⁰⁸ Tak R. Szczyński, *Zakres prokury...*, s. 23. Autor nadmienia, że można przychylić się do sankcji nieważności bezwzględnej i rozważać skutek konwalidacji nieważnej czynności prawnej, następującej z chwilą złożenia brakującego oświadczenia woli. Autor odrzuca sankcję bezskuteczności zawieszoną, ponieważ nie można uznać prokurenta za osobę trzecią wobec spółki. Natomiast W. Pyziół [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo Spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2002, s. 48, przyjmując, że prokura łączna nie wymaga łącznego działania prokurentów, uznaje, że w przypadku złożenia oświadczenia tylko przez jednego prokurenta, mamy do czynienia z czynnością niezupełną (art. 63 k.c.) do czasu jej potwierdzenia przez drugiego prokurenta łącznego.

¹⁰⁹ Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, s. 428; tenże [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 577. Autor tym terminem określa również ogólną sytuację, gdy oświadczenie woli, które ma być złożone drugiej osobie, nie doszło do niej w taki sposób, by mogła się zapoznać z jego treścią. Tym samym nie nastąpiło dokonanie czynności prawnej.

¹¹⁰ J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 104. Podobnie na przykładzie konwalidacji wypowiada się M. Kruszyński, *Uchwały nieistniejące*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 7, s. 44–46, z powołaniem się na dalszą literaturę.

¹¹¹ Podobnie, w odniesieniu do konwersji, M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 68.

zanych z konstrukcją *negotium non existens*. Warto nadmienić, że instytucje te dotyczą możliwości uniknięcia braku skutków prawnych (stanu nieważności) dzięki zaistnieniu przesłanki umożliwiającej dokonanie odstąpienia od zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Dzięki temu dopuszczalne jest zachowanie w mocy skutków prawnych, wynikających ze złożenia oświadczenia woli (dokonania czynności prawnej), w części lub wyjątkowo w całości (np. konwalidacja wskutek wykonania).

Bez przybliżania instytucji konwalidacji i konwersji, można wskazać, że wystąpienie tak poważnych wad, jakie kwalifikują zwolennicy wyróżniania *negotium non existens*, wyklucza zastosowanie konwalidacji, ponieważ brak jest:

- prawnie doniosłego wykonania czynności prawnej (lub realizacji innej prawem przewidzianej alternatywnej przesłanki ważnego podjęcia czynności prawnej).¹¹² Dla konwalidacji wymagana jest wyraźna podstawa prawna. Wówczas czynność pierwotnie wadliwa – sankcjonowana nieważnością bezwzględną – ulega konwalidacji z powodu ustania lub eliminacji przyczyn, jakie zostały uwzględnione przy wprowadzeniu normy prawnej sankcjonowanej nieważnością bezwzględną – tj. ostatecznie nie następuje naruszenie normy sankcjonowanej.
- albo woli stron co do dokonania innej niewadliwej czynności prawnej (w przypadku konwersji) i brak możliwości jej ustalenia w trybie redukcyjnego wniosku. Warto nadmienić, że np. w nauce niemieckiej podkreśla się, że hipotetyczna wola stron nie występuje, jeżeli w ogóle nie doszło do złożenia oświadczenia woli jednej ze stron¹¹³.

¹¹² Warto wspomnieć, że w holenderskim kodeksie cywilnym przewidziana jest ogólna podstawa dla konwalidacji. Na mocy art. 3:58 holenderskiego kodeksu cywilnego (*Burgerlijk Wetboek*), nieważna czynność prawa może ex post stać się ważna (ulec ratyfikacji), jeżeli prawny warunek do jej ważności został wypełniony już po dokonaniu czynności prawnej. Konwalidacja nie obejmuje, zgodnie z ust. 2 tego przepisu, braku zdolności do czynności prawnej oraz, zgodnie z ust. 3, nie może naruszać praw osób trzecich nabytych do momentu konwalidacji. Tytułem przykładu holenderska doktryna podaje przypadek, gdy przeniesienie własności nie będzie nieważne z powodu braku prawa własności, jeżeli jednak nastąpi nabycie tego prawa – por. A. S. Hartkamp [w:] *Introduction to Dutch...*, s. 155. Regulacja ta jest raczej wyjątkowa na tle innych systemów prawnych, najczęściej występują tylko szczególne podstawy do odstąpienia od zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej. Niekiedy stosuje się także koncepcję prawnej doniosłości wykonania zobowiązania – np. doktryna part performance w tradycji common law. Bliżej na ten temat – por. G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London 1987, s. 144 i nast., G. C. Cheshire, C. H. Fifoot & M. Furmston's, *Law of Contract*, wyd. 11, London 1986, s. 206–215, P. Richards, *Law of Contract*, Pearson Education 2005, s. 100–101, J. Corrin Care, *Contract Law in the South Pacific*, Routledge Cavendish 2001, s. 157 i nast.

¹¹³ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, s. 550.

Wśród instytucji, które wprowadzają brak możliwości zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (tzw. konwalidacji nieważnej czynności prawnej), doniosłą rolę może pełnić również zastrzeżenie terminu zawitego do dochodzenia roszczeń o stwierdzenie nieważności bezwzględnej. Instrument ten na gruncie prawa polskiego został wykorzystany w konstrukcji sankcji wadliwości testamentu lub sankcji za naruszenie ustawy przez uchwałę spółki kapitałowej. Nie jest to zatem skutek funkcjonowania w prawie prywatnym pojęcia *negotium non existens* i podłoże dla dokonania rozróżnienia względem sankcji nieważności bezwzględnej.

Kolejną kwestią jest fakt, że wspomniane skutki prawne nie wynikają z czynności prawnej znajdującej się w stanie nieważności, a wynikają ze istoty stanu nieważności – braku zamierzonych skutków prawnych (przede wszystkim przywrócenie stanu poprzedniego) albo z zachowania będącego źródłem naruszenia danej normy sankcjonowanej nieważnością bezwzględną (np. odszkodowanie).

Kolejnym z praktycznych aspektów wyodrębnienia *negotium non existens* jest wskazywana w niektórych poglądach doktryny niemożliwość zastosowania przepisów o skutkach sankcji nieważności bezwzględnej, np. art. 497 k.c. w zw. z art. 496 k.c., gdyż te „nie mają zastosowania do umów nieistniejących”.¹¹⁴ Poglądy takie są raczej nietrafne. Uzasadniałoby się w ten sposób arbitralne odrzucanie ww. przepisów, z powołaniem się na nieznanie do tej pory kodeksowi cywilnemu następstwa wadliwości. Takie zapatrywania można uznać za swoisty dowód, niejako natury empirycznej, na okoliczność przydatności odrzucenia konstrukcji nieistniejących czynności prawnych ze względu na jej ryzyko dla uczestników obrotu.

Generalnie przeciwko *negotium non existens* zarzuca się trudności w zdefiniowaniu tego rodzaju wadliwości i wskazuje na wątpliwą granicę pomiędzy nieważnością a nieistnieniem czynności.¹¹⁵ Podkreśla się m.in. brak możliwości wytyczenia takiego odstępstwa od wymagań ustawowych dotyczących danej czynności prawnej, jakie skutkować powinno nieistnieniem czynności prawnej.¹¹⁶ Wskazuje się ponadto na argument natury normatywnej, gdzie w aktualnie obowiązujących przepisach prawa cywilnego brak jest tego typu sankcji wadliwości.¹¹⁷ Ten argument nie wydaje się jednak do obrony na gruncie aktualnej typologii wadliwości

¹¹⁴ Por. szerzej P. Bączek, *Skutki czynności prawnych...*, s. 16–17.

¹¹⁵ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska wprost stwierdza, że trudno uzasadnić sens konstrukcji, która oznacza po prostu, że czynności prawnej nie ma (por. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska [w:] *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, red. S. Grzybowski, wyd. II, Ossolineum 1985, s. 705–706). Por. również S. Sołtyński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2006, nr 1, s. 8–9.

¹¹⁶ Tak np. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 107.

¹¹⁷ Tak. T. Gilbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach...*, s. 80.

uchwał w powyżej przywołanych przepisach. Przeciwnicy koncepcji czynności prawnej nieistniejącej trafnie podkreślają, że pomimo tego, że czynności takie naruszają w sposób oczywisty wymagania ustawowe dla danego rodzaju czynności, „dużo bardziej niż czynności nieważne bezwzględnie”, to jednak brak jest możliwości przeprowadzenia wyraźnej dystynkcji między obu rodzajami wadliwości, czy też określenia stopnia odstępstwa, kwalifikującego czynność z określoną wadą za nieistniejącą.¹¹⁸

S. Sołtysiński, kwestionując dopuszczalność wyróżniania *negotium non existens*, z zastosowaniem koncepcji reguł konstytutywnych, wskazał m.in. na słabość definicji tego pojęcia, jaką przyjmuje ogólna teoria prawa.¹¹⁹ S. Sołtysiński podkreślił, że sięganie do tej koncepcji jest możliwe wyłącznie, gdy termin ten obowiązuje w prawie stanowionym.¹²⁰

M. Gutowski przeciwko konstrukcji czynności prawnej nieistniejącej trafnie wskazuje na podstawowy problem – sprzeczność logiczną¹²¹. Kwestia ta jednak, jak zaznacza Autor, może być usprawiedliwiona tym, że zakłada się nieistnienie w sensie normatywnym. M. Gutowski podkreśla, że pojęcie czynności nieistniejącej jest nieprzydatne dla rozważań prawniczych i należy postulować stosowanie terminu nieważność bezwzględna, dla uniknięcia tworzenia „odrębnej kategorii pojęciowej”.¹²² Jednocześnie, zdaniem Autora, tylko praktyka w wyniku, której pojęcie czynności nieistniejących funkcjonuje w języku prawniczym, mogłaby przemawiać za tym, by w sposób ostrożny zaakceptować pojęcie *negotium non existens*, jako służące do określenia skrajnej, tzw. „brzegowej postaci wadliwości”.¹²³ Ten rodzaj wadliwości należy, zdaniem Autora, odnieść wyłącznie do najpoważniejszych naruszeń reguł konstrukcji czynności prawnych, a granica pomiędzy

¹¹⁸ T. Gilbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach...*, s. 80.

¹¹⁹ Por. szerzej S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych i nieistniejących czynnościach prawnych ze szczególnym uwzględnieniem uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni*, [w:] *W Kierunku Europeizacji Prawa Prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi J. Rajskiemu*, Warszawa, 2007, s. 316. Autor jednocześnie tytułem przykładu wskazuje na odmienne poglądy w doktrynie, formułowane na gruncie pozorności lub braku świadomości i swobody, gdzie np. B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej [w:] *System prawa cywilnego...*, t. 1, s. 656 i 659) oraz Z. Radwański przyjmują, że nie doszło do złożenia oświadczenia woli (Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, s. 383). J. Preussner-Zamorska (*Nieważność czynności...*, s. 44) oraz T. Zieliński (*Znaczenie terminu...*, s. 67), stoją na stanowisku, że argumenty wynikające z art. 82 i 83 § 1 k.c. wskazują wyraźnie na to, że jednak dochodzi do złożenia wadliwego oświadczenia woli.

¹²⁰ Por. szerzej S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych...*, s. 311, 317.

¹²¹ Podobnie K. Mularski, *Pozorność oświadczenia woli. Zarys problematyki semiotycznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007, z. 3, s. 626.

¹²² M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70–72.

¹²³ M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70, 73.

czynnością nieważną a *negotium non existens* mogłaby polegać na braku oświadczenia woli, tj. sytuacji, gdy zachowanie podmiotu nie może być zakwalifikowane jako oświadczenie woli i nie może być za takie uznane.¹²⁴

Należy obok powyższych argumentów wspomnieć, że odrzucenie koncepcji nieistniejących czynności uzasadnia się także trafnym zarzutem braku podstawy normatywnej do wyodrębnienia takiej sankcji, kategorii wadliwości.¹²⁵

W nowszym orzecznictwie można zaobserwować główne przyjęcie koncepcji czynności nieistniejącej również w sytuacji zachowań, w których nie można rozpoznać oświadczenia woli.¹²⁶

W świetle powyższych wypowiedzi wydaje się, że rysuje się pewna zgodność co do tego, że tzw. nieistnienie powinno odnosić się jedynie do przypadku, gdy w czynności prawnej brak jest koniecznego do jej dokonania składnika, jakim jest oświadczenie woli, które to dla istnienia czynności prawnej może być nawet wadliwe, powinno zostać jednak złożone zgodnie z warunkami jego skuteczności prawnej.¹²⁷

Tym samym problem czynności nieistniejącej można powiązać ponadto z kwestią relacji pojęć: czynność prawna a oświadczenie woli, tj. czy czynność prawną można sprowadzić jedynie do oświadczenia woli, czy też ujmować ją jako stan faktyczny, który zawiera także inne jeszcze elementy. Zajęcie określonego stanowiska w tej sprawie prowadzi do istotnej konsekwencji praktycznej. Przyjmując, że czynność prawna składa się dodatkowo z innych elementów, zachodzi konieczność uznania – w braku któregoś z tych dalszych elementów – że czynność prawna nie istnieje. Nie jest to więc w ogóle czynność prawna wadliwa.¹²⁸

Stwierdzenie to nie jest jednak powszechnie akceptowane w nauce. J. Gwiazdomorski, na gruncie omawiania instytucji czynności prawnych podejmowanych pod wpływem błędu, zwraca uwagę, że czynność taka jest ważna oraz w pełni

¹²⁴ Por. szerzej M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 70. Autor ponadto wskazuje na oświadczenia nie na serio, ruchy spowodowane przemusem fizycznym oraz sytuacje, w których nie zostało złożone oświadczenie woli, na które składa się kilka zachowań (zbyt mała liczba głosów w głosowaniu).

¹²⁵ M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, 7, s. 58.

¹²⁶ Tak uchwała SN z dnia 14 września 2007 r. III CZP 31/07, publ. OSNC 2008/2/14, Biul. SN 2007/9, Lex 298667. Sąd Najwyższy odrzucił natomiast konstrukcję *negotium non existens* w przypadku czynności dokonanej w imieniu osoby prawnej bez kompetencji do działania w charakterze jej organu.

¹²⁷ Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 września 2003 r. (PK 336/2002; OSNP 2004/18 poz. 314) stwierdził, że „czynność prawna nieistniejąca” to sytuacja, gdy ktoś nie zachował się w sposób, który uzasadniałby zakwalifikowanie tego zachowania jako oświadczenia woli.

¹²⁸ Por. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności...*, s. 46.

skuteczna i tylko osoba, która podjęła taką czynność prawną, może doprowadzić do jej unieważnienia poprzez oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych.¹²⁹ Tym samym, jeżeli nastąpi wyeliminowanie jednego z dwóch oświadczeń woli wymaganych do zawarcia umowy, nie przyjmuje się skutku nieistnienia umowy.

W ramach podsumowania należy podkreślić, że stanowisko prawa polskiego nie stanowi większego wyłomu od ogólnych problemów związanych z identyfikacją nieistniejących czynności prawnych, pomimo dokonania kodyfikacji tej koncepcji w zakresie uchwał osób prawnych i tzw. ułomnych (ustawowych) osób prawnych.

7. Nieistniejąca czynność prawna w świetle tendencji do tworzenia alternatyw dla sankcji nieważności bezwzględnej

Przed przejściem do dalszych uwag, należy skrótowo odnieść się do przypadków wytworzenia innych odmian wadliwości, jakie mogą wynikać z danego modelu sankcji nieważności bezwzględnej. Stanowią one próbę odejścia od problemów wynikających z różnorodnych koncepcji na temat nieważności i bezskuteczności w prawie prywatnym. Wydaje się, że pojawia się tutaj pewna zależność, oparta na precyzji normatywnego modelu sankcji nieważności bezwzględnej, która objawia się w szerszym korzystaniu z takich alternatyw w danym systemie prawa.

7.1. „Niedojście” czynności prawnej do skutku jako szczególna sankcja za naruszenie wymaganej formy

W prawie polskim przewidziana jest w art. 76 k.c. sankcja za naruszenie *pactum de forma* poprzez odwołanie się do terminologii pomijającej termin nieważność. Konstrukcja wynikająca z art. 76 k.c. ma znaczenie ze względu na możliwość wyodrębnienia typu wadliwości, gdzie wystąpienie danej przesłanki ważności (tutaj formy) wymagane jest, by czynność prawna doszła do skutku.

Taką konwencję terminologiczną zachowuje się w projekcie *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r. Zgodnie z art. 109 projektu, jeżeli ustawa lub porozumienie stron uzależniają ważność czynności prawnej od daty pewnej, czynność taka dochodzi do skutku z chwilą poświadczenia daty przez notariusza. W uzasadnieniu wyjaśnia się, że art. 109 projektu reguluje sytuację, gdy data pewna zastrzeżona została pod sankcją nieważności czynności prawnej. Jednocześnie – promując potrzeby obrotu – dopuszcza się możliwość poświadczenia daty w terminie

¹²⁹ Por. szerzej J. Gwiazdomorski, *Próba korektury pojęcia czynności prawnej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1971, z. 1, s. 62–63.

późniejszym. W takim przypadku uważa się, że czynność prawna została dokonana w chwili poświadczenia daty przez notariusza.¹³⁰ Przesądzono więc trafnie, że w miejsce rozstrzygania problemu doboru sankcji za naruszenie normy sankcjonowanej, celowe jest proste określenie, kiedy zaistnieją zamierzone skutki prawne.

Z perspektywy problematyki nieistniejącej czynności prawnej istotne jest, że na tle obecnego sformułowania art. 76 k.c. występuje pewien spór, jak rozumieć tak sformułowaną sankcję za naruszenie umówionej formy. W nauce, przyjmując zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej, na uzasadnienie wskazuje się, że wymagana forma ma charakter konstytutywny, jej spełnienie stanowi niezbędną przesłankę oświadczeń woli kontrahentów, czynność prawna dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu umówionej formy.¹³¹

Zwolennicy odmiennego podejścia stwierdzają, że rygor niezachowania umówionej formy szczególnej czynności prawnej jest przykładem odwołania się do koncepcji nieistniejącej czynności prawnej¹³². Podkreśla się przy tym, że nie jest to sankcja nieważności bezwzględnej, ponieważ wadliwość formy dotyczy naruszenia umowy o formie, a nie przepisu ustawy. Jedynie w przypadku niezgodności z normą prawną możliwe byłoby przyjęcie sankcji nieważności bezwzględnej. Sankcją za naruszenie wymogu umówionej formy, jeżeli zaznaczono wyraźnie jej niezbędność, ma być tzw. niedojście czynności prawnej do skutku.¹³³

Na tle takiego odróżnienia skutków sankcji nieważności bezwzględnej od przypadku uznania, że nie została zawarta umowa ujawnia się pewien problem oderwania się znaczenia sankcji nieważności bezwzględnej od przypadków, dla których miało takie abstrakcyjne uogólnienie być wprowadzone. Innymi słowy – jaki zakres ograniczenia skuteczności prawnej miał nastąpić oraz w jakim trybie takie ograniczenie lub całkowita eliminacja zamierzonych skutków prawnych jest realizowana.

Sformułowanie zastosowane w art. 76 k.c. dotyczy identycznej w swym zakresie i skutkach, bezpośrednich oraz pośrednich, sytuacji prawnej, jak ta, którą

¹³⁰ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego, Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2008 r., publ. m.in. www.ms.gov.pl/projekty, s. 121. Szerzej na temat propozycji projektu por. J. Gołaczyński, *Propozycje zmian formy czynności prawnych w nowym kodeksie cywilnym*, Rejent 2008, nr 2, s. 74 i nast.

¹³¹ Tak A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2002, s. 238. Podobnie sankcję nieważności bezwzględnej przyjmuje np. A. Jedliński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I Część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX 2009, komentarz do art. 76 kodeksu cywilnego oraz W. Robaczyński [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX, 2009, uw. nr 4 do art. 76.

¹³² Tak J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, CH Beck, Warszawa 2006, publ. Legalis, komentarz do art. 76 k.c., nb. 3.

¹³³ Tak Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego...*, t. 2, wyd. 2, s. 144.

powoduje sankcja nieważności bezwzględnej. Pogląd przeciwny można wyłączenie wspierać argumentem, że zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej nie jest zgodne z terminologią art. 76 k.c., który literalnie rozstrzyga, że czynność prawna nie dochodzi do skutku. Wniosek ten potwierdza ponadto przywołane powyżej uzasadnienie dla ww. art. 109 projektu Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego. Świadczy to zatem o ugruntowanym zamierzeniu ustawodawcy. Niemniej jednak nie może być tutaj przyjęty przypadek uznający „niedojście do skutku” umowy za nieistniejącą czynność prawną. Jeżeli czynność prawna nie dochodzi do skutku, wówczas jest to sytuacja, gdy czynność prawna nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych (jest to więc stan nieważności czynności prawnej *ex lege*).

Dla zilustrowania różnicy w modelach nieważności oraz porównywalnych unormowaniach należy sięgnąć do historii redakcji tego przepisu. Regulacja art. 76 k.c. przeszła ewolucję w prawie polskim, ponieważ w kodeksie zobowiązań posłużono się terminem nieważność.¹³⁴ Polski art. 76 k.c. jest bardzo zbliżony w swej terminologii do prawa austriackiego, gdzie art. 884 ABGB stanowi: *jeżeli strony zobowiązały się do zawarcia umowy w formie szczególnej, wówczas umowę bez zachowania tej formy nie uważa za zawartą*.¹³⁵ Terminologia ta jest zgodna z ogólną koncepcją kodyfikacyjną w prawie austriackim, wyrażającą się w braku generalnej podstawy prawnej do zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej za nie dochowanie wymaganej formy.¹³⁶ Można więc uznać, że powstaje pytanie, czy norma prawna – wynikająca art. 76 k.c. – nie została ujęta jedynie w odmienną (od reszty przypadków sankcji nieważności bezwzględnej) terminologię. Można to stwierdzenie uzasadnić tym, że w prawie polskim zastrzeżona jest globalna podstawa prawna dla sankcji nieważności bezwzględnej w razie naruszenia przepisów o wymaganej formie (art. 73 § 1 k.c.). Tytułem dalszego przykładu można wskazać na podobne rozwiązanie prawa niemieckiego, gdzie § 125 zd. 2 BGB stanowi – z zastosowaniem terminologii podobnej do polskiej, że brak formy,

¹³⁴ Por art. 109 k.z.: § 1. *Ważność oświadczenia woli zależna jest od zachowania szczególnej formy tylko w przypadkach, w których ustawa lub umowa wyraźnie wymaga zachowania pewnej formy pod rygorem nieważności. § 2. Jeżeli według woli stron zawarcie umowy ma nastąpić w pewnej formie, domniemywa się, że strony zastrzegły zachowanie umówionej formy pod rygorem nieważności.* Podobnie skutek naruszenia *pactum de forma* regulował art. 64 Przepisów ogólnych prawa cywilnego: *jeżeli strony zastrzegły w umowie, że czynność prawna między nimi ma być dokonana w określonej formie, niezachowanie zastrzeżonej formy pociąga za sobą nieważność tej czynności.* Por. także np. orzeczenie SN z 29.09.1952 r. (C 2036/52; OSNCK 1953/4/110) na tle ww. przepisu.

¹³⁵ Art. 884 ABGB: *Haben die Parteien für einen Vertrag die Anwendung einer bestimmten Form vorbehalten, so wird vermutet, daß sie vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen.*

¹³⁶ Por. szerzej na ten temat H. Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung*, Mohr Siebeck 1999, s. 19–21.

określonej przez czynność prawną, w razie wątpliwości pociąga za sobą nieważność czynności prawnej.¹³⁷

Należy podkreślić, że pominięcie odwoływania się do sankcji nieważności bezwzględnej i bezpośrednie nawiązanie do sankcji polegającej na braku czynności prawnej jest rozwiązaniem, które w warunkach polskiego rozumienia terminu nieważność (jako synonimu sankcji nieważności bezwzględnej) nie ma znaczenia praktycznego. Jedyny wyjątek zachodziłby w przypadku rozpatrywania problemu ewentualnych rozliczeń stron, jeżeli należałoby rozpatrywać rozliczenia innej umowy, jako czynności prawnej objętej *pactum de forma*. Jak zostało wskazane powyżej, niekiedy zwolennicy identyfikacji kategorii nieistniejącej czynności prawnej, w ujęciu skrajnym tej koncepcji, dostrzegają możliwość różnicowania sytuacji prawnej stron umowy nieważnej a nieistniejącej. Należy także nadmienić, że prawo polskie nie łączy bezpośrednio z modelem sankcji nieważności bezwzględnej problemu skutków prawnych nielegalnych lub niemoralnych czynności prawnych (głównie umów), dotyczącego uznania jako zasady niedostępności roszczeń związanych z przywróceniem stanu poprzedniego. Zagadnienie to związane jest z tzw. świadczeniem niegodziwym. Także z tej przyczyny nie istnieje aspekt praktyczny, opierający się na cechach *negotium non existens*.

7.2. Sankcja uznania postanowień umownych za niezastrzeżone

Problem ten łączy się z modelem sankcji nieważności bezwzględnej i *negotium non existens* w tym miejscu, że stosowanie rozwiązania odwołującego się do terminu „niezastrzeżone postanowienie” pozwala unikać dwuznaczności terminologicznej wynikającej ze słowa nieważność lub „czynność dochodzi do skutku”, a jest to jednocześnie objaśnienie cech takiej sankcji.

Pochodzenia tej sankcji upatruje się jeszcze w prawie rzymskim, w przepisach kodeksu Justyniana o prawie spadkowym.¹³⁸

Odwołanie do sankcji uznania klauzuli umownej za niezastrzeżoną w prawie polskim jest sporadyczne. Kodeks cywilny używa tej konwencji terminologicznej jedynie w art. 94 oraz 962 k.c. (w tym ostatnim przypadku słowo „niezastrzeżony” zastąpione jest słowem nieistniejący). Szerzej w użyciu jest konwencja

¹³⁷ Szczegółowo na temat niemieckiej doktryny i orzecznictwa dotyczącego wadliwości czynności prawnej ze względu na naruszenie wymaganej formy – por. H. Heiss, *Formmängel...*, s. 9 i nast.

¹³⁸ Por. szerzej J.-B. Racine, L. Sauton-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 381–382, wraz z dalszą literaturą. Autorzy wskazują, że w oryginalnym brzmieniu Kodeksu Napoleona jedynie art. 900 odwoływał się do pojęcia klauzuli niezastrzeżonej. Obecnie takie sformułowanie jest dość szeroko stosowane w prawie francuskim.

terminologiczna odwołująca się do sankcji nieważności bezwzględnej względem klauzuli umownej (art. 311, 473 § 2, 586 § 3, 647¹ § 6, 709⁸, 709¹², 760¹ § 2, 760² § 4, 761³ § 3, 761⁴, 761⁵ § 1 i 2, 807 § 1, 855 § 2, 869 § 2, 957). Stosowana jest także szczególna odmiana, polegająca na bezskuteczności postanowienia umownego w odniesieniu do określonej osoby (art. 600 § 1 zd. 2 *in fine*, art. 832 § 1 k.c.).

W innych systemach prawnych różnie wygląda podejście do tej odmiany wadliwości.

Prawo włoskie nie odwołuje się do konstrukcji sankcji „niezastrzeżenia” klauzuli umownej, co wyjaśnia się elastycznym podejściem do przypadków nieskuteczności umowy.¹³⁹

Natomiast w prawie francuskim termin „niezastrzeżona klauzula” (*réputé non écrit*) objaśnia się na tle pojęcia nieważności, gdzie sankcję taką uznaje się niekiedy za szczególny przypadek nieważności częściowej. W orzeczeniu francuskiego Sądu Kasacyjnego z dnia 7.03.2006 r. zwraca się jednak uwagę na niewłaściwość stosowania takiego porównania, ponieważ francuskie rozumienie sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej opiera się na domniemaniu ważności do czasu stwierdzenia nieważności przez sąd. Natomiast klauzulę „niezastrzeżoną” uznaje się za nieważną *ab initio*. Tym samym inny jest cel takiej sankcji.¹⁴⁰

W nauce francuskiej wyjaśnia się, że analiza historyczna tego terminu pozwala na sprecyzowanie trzech podstawowych cech takiej sankcji:

- potrzeba pozbawienia klauzuli jej wiążącej mocy,
- utrzymanie ważności całej pozostałej części czynności prawnej,
- podkreślenie braku znaczenia takiego spornego postanowienia dla stron, które je zastosowały.

W prawie francuskim sankcję taką stosuje się w ramach odmowy nadania wykonalności postanowieniom umowy, które uznaje się za niezastrzeżone. Sąd, w przeciwieństwie do sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej, jest uprawniony do zastosowania tej sankcji z urzędu. Orzecznictwo i nauka przyjmuje, że roszczenie o stwierdzenie, że klauzula umowna powinna być uznana za niezastrzeżoną, nie podlega przedawnieniu.¹⁴¹ Widoczny jest więc w tym przypadku trend, by pewne właściwości sankcji tzw. nieistnienia odnieść do normatywnej części czynności prawnej (czyli do niedopuszczalnych skutków prawnych). Jest to zrozumiałe, jeśli uwzględni się francuskie podejście do obu rodzajów sankcji nieważności.

¹³⁹ Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 380.

¹⁴⁰ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 382.

¹⁴¹ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 383.

Szwajcarski kodeks cywilny posługuje się tym terminem w art. 483, a kodeks zobowiązań używa tego terminu znacznie częściej (art. 995, 999, 1002, 1226, 1104, 1109, 1110, 1115). Stosowana jest także odmiana tej sankcji, odwołująca się do terminologii „klauzula uważana za nieważną” (art. 1123, 1125 Szwajcarskiego Kodeksu zobowiązań). Warto nadmienić, że np. z punktu widzenia prawa francuskiego uznaje się taką konwencję terminologiczną za wprowadzającą możliwość wystąpienia potencjalnych nieporozumień.¹⁴²

Ponadto ten rodzaj sankcji stosowany jest także w prawie belgijskim, kodeksie cywilnym Quebecu, czy w § 211¹⁴³ amerykańskich *Restatement (Second) of Contracts*¹⁴⁴.

W prawie niemieckim wyróżnia się dwa rodzaje sankcji odnoszących się do wadliwości klauzuli umownej:

- klauzule nieuwzględniane w umowie (nie podlegające inkorporowaniu do stosunku prawnego, *Nichteinbeziehung*). W tym przypadku postanowienia takie nie tworzą części umowy (§ 305 ust. 2, § 305c BGB).¹⁴⁵
- oraz klauzule bezskuteczne (*Unwirksamkeit*), ponieważ są uznane za abuzywne (§ 307–309 BGB). W tym przypadku postanowienia takie nie wywołują skutków prawnych.

W nauce stwierdza się, że aspekt praktyczny sprowadza się do tego, że nie wywierają one żadnych skutków prawnych, a umowa obowiązuje w pozostałym zakresie (§ 306 BGB), natomiast terminologia jest zastosowana z 2 przyczyn:

- sankcja „braku inkorporacji do umowy” opiera się na całokształcie okoliczności związanej z zawieraniem umowy, nie tylko na samej treści klauzuli – dotyczy jedynie specyficznych stanów faktycznych,
- sankcja bezskuteczności wynika z wadliwości treści umowy.¹⁴⁶

¹⁴² Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 384.

¹⁴³ § 211 *Restatement (Second) of Contracts* dotyczy sankcji za naruszenie przesłanek uznania ogólnych warunków umów za część umowy – por. szerzej na ten temat, wraz z dalszym piśmiennictwem, np. W. D. Slawson, *Binding promises: the late 20th century reformation of contract law*, Princeton University Press 1996, s. 54–56.

¹⁴⁴ J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 383–385.

¹⁴⁵ M. Coester [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin Sellier – de Gruyter 2008, s. 182.

¹⁴⁶ Tak J.-B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 386–387.

8. Sankcja „nieistnienia” czynności prawnej a dany model sankcji nieważności bezwzględnej

Spojrzenie na problem *negotium non existens* z perspektywy nieważności bezwzględnej odślania szereg problemów, których przesądzenie możliwe jest w zasadzie wyłącznie w prawie stanowionym, poprzez przepisy określające cechy modelowe sankcji nieważności bezwzględnej. Ogólnie ujmując, często dokonanie określonego wyboru modelu tej sankcji może skutkować znacznym usztywnieniem sposobu reagowania na określone naruszenia norm prawnych sankcjonowanych. Automatyczne powodowanie stanu nieważności nie zawsze pozwala na rozwiązania odzwierciedlające postulaty słuszności i sprawiedliwości. Ilustracją tej uwagi jest aktualna tendencja do wprowadzenia kryterium proporcjonalności w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej, np. tzw. ograniczona sankcja sędziowska (*structured discretion*), przyjęta w *Draft Common Frame of Reference* w sytuacji niezgodności z *leges imperfectae* (art. II-7:302 § 2 i § 3 DCFR). Ta ostatnia sytuacja wynika z niejako naturalnej skłonności do wyszukiwania rozwiązań elastycznych dla uniknięcia pewnych skrajnych i paradoksalnych następstw nieważności czynności prawnej. Niekiedy jednak dochodzi do sytuacji odwrotnej. Przyznanie prymatu zasadzie bezpieczeństwa obrotu (najczęściej przez eliminację możliwości stosowania sankcji nieważności bezwzględnej w każdym czasie albo poprzez wprowadzenie takiego prawa wyłącznie dla osoby chronionej daną normą sankcjonowaną) powoduje, że następuje dążenie odwrotne w celu wyszukania alternatywy dla sankcji nieważności bezwzględnej i eliminacji czynności prawnej z obrotu. Wynika to z tej przyczyny, że z danej perspektywy aksjologicznej nie jest możliwe zaakceptowanie ostatecznej ważności skutków prawnych wynikających z dokonania czynności prawnej. Kwestia wyróżniania czynności nieistniejących łączy się także ze wspomnianym problemem natury ogólniejszej, jaką jest sytuacja, gdy przepisy prawa nie pozwalają na usunięcie wszystkich nieprawidłowości związanych z dokonywaniem czynności prawnych (oświadczenia woli).

Z perspektywy porównawczej wynika, że dążenie do wyodrębnienia pojęcia nieistniejącej umowy (czynności prawnej) jest najczęściej skutkiem wprowadzania ograniczeń co do możliwości stwierdzenia, że czynność prawna jest w stanie nieważności (podlegała sankcji nieważności bezwzględnej). Podstawowym ograniczeniem jest tutaj wspomniane zastosowanie dawności (termin zawity, przedawnienie). Brak możliwości stwierdzenia stanu nieważności powoduje, że wypracowywany jest alternatywny tryb dla osiągnięcia tego samego efektu – stanu nieważności, poprzez uznanie, że dana czynność w istocie jest nieistniejąca.

Ograniczenie skargi o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał walnych zgromadzeń terminami zawitymi, posiadające przecież swoją aksjologię,

powoduje, że nie zawsze uzyskane w ten sposób efekty, utrzymanie w mocy pewnych uchwał, mimo że *prima facie* są one wadliwe, można ocenić jako prawidłowe (np. problem rejestracji sfałszowanej uchwały w sądzie). Jednocześnie różnie można oceniać trafność obecnej formuły kodyfikacji nieistniejących uchwał poprzez pozostawienie judykaturze i doktrynie stworzenie kryteriów ich identyfikacji. Wydaje się, że nie będzie możliwe osiągnięcie zadowalającej zgodności poglądów w tej materii. W szczególności nie przekonują argumenty o przydatności takich kryteriów, jak tzw. rażące naruszenia proceduralne, czy też ogólnie naruszenia prawa poważniejsze niż w sytuacji podlegania sankcji nieważności bezwzględnej. Ta ostatnia okoliczność ma praktycznie zawsze zabarwienie aksjologiczne, ponieważ – pomimo niedopuszczalności zastosowania normy sankcjonującej nieważnością bezwzględną – w danym przypadku celowe jest uznanie czynności prawnej jako niedokonanej, niebyłej, nieistniejącej w sensie prawnym. Przywoływaną na uzasadnienie argumentację niektórych poglądów należy uznać wyraz dla poszukiwania rozwiązań słusznościowych i unikanie naruszenia poczucia sprawiedliwości. Na tym głównie tle np. pojawiła się potrzeba wypracowana w niemieckiej nauce koncepcji nieistniejących wyroków¹⁴⁷. Wynikała ona z praktycznej potrzeby zapobieżenia przypadkom, kiedy nie można było przyjąć nieważności bezwzględnej orzeczenia.¹⁴⁸ Jednocześnie, postulat słuszności może nie być aktualny we wszystkich przypadkach poglądów o uchwałach nieistniejących. W prawie polskim poglądy w tej materii – pod rządem kompleksowej regulacji sankcji wadliwości uchwał w spółkach kapitałowych – były uznawane także za sposób do obchodzenia tych przepisów¹⁴⁹. Obecnie zarzut ten wydaje się tracić aktualność ze względu na zmianę Kodeksu postępowania cywilnego.

Zważywszy na to, że przeważnie podstawowym kryterium rozróżnienia czynności nieważnych i nieistniejących jest brak oświadczenia woli, należy zwrócić uwagę, że jest to pierwszy etap na którym możliwe jest naruszenie reguł ważnego złożenia oświadczenia woli i dokonania czynności prawnej. Istotne w tym przypadku, dla uniknięcia mówienia o nieistniejących czynnościach prawnych,

¹⁴⁷ Na temat uzasadnienia podważenia mocy obowiązującej aktów prawnych z wykorzystaniem koncepcji nieistnienia por. także J. Forystek, *Nieakt (actum non existens) w demokratycznym państwie prawa*, TPP 2001, nr 2, s. 75 i nast.

¹⁴⁸ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem – M. Kamiński, *Nieważność decyzji...*, s. 151 i nast. Kategoria nieistniejących aktów prawnych jest niekiedy rozpatrywana na tle wadliwości aktów prawnych UE, również w sytuacji poważniejszych naruszeń niż nieważność – por. P. Bogdanowicz, *Czy w prawie wspólnotowym istnieje kategoria tzw. Aktów nieistniejących?*, Rzeczypospolita z dnia 28.05.2008 r., 2008 nr 123, s. C8.

¹⁴⁹ Tak m.in. M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 68, M. S. Tofel, *Uchwały nieistniejące na gruncie kodeksu spółek handlowych*, Państwo i Prawo 2007, nr 4, s. 76–77.

jest zwrócenie uwagi na szeroki zakres rozumienia wadliwości polegającej na naruszeniu ustawy. Uzasadnieniem powyższego stwierdzenia może być wadliwa umowa, również w stopniu najbardziej rażącym – np. brak zgodnych oświadczeń woli, *essentialia negotii*, sfałszowanie podpisów. Przypadki takie należy uznać za podlegające sankcji nieważności bezwzględnej. Każde z takich naruszeń może być uznane za sprzeczność z ustawą albo normami moralnymi, a więc objęte dyspozycją art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.¹⁵⁰ Należy podkreślić, że brak składników przedmiotowo istotnych umowy jest naruszeniem przepisów ustawy, normujących dany typ czynności prawnej. Przy umowach nienazwanych możliwe jest odwołanie się do ogólnych zasad zawierania umów poprzez zarzut niezgodności z naturą (właściwością) stosunku prawnego.

Identyczny zarzut można kierować pod adresem braku oświadczenia woli jednej ze stron umowy (np. brak podpisania umowy). Brak oświadczenia woli wydawałby się na tyle obiektywnym czynnikiem, że może stanowić dystynkcję pomiędzy czynnościami nieważnymi, co podważyłoby argument o nieczytelnej granicy między stanem nieważności czynności a czynnościami *non existens*. Nie jest to jednak argument zawsze trafny. Trudno bowiem pominąć pytanie o przykład praktyczny, gdzie powstanie spór na tle braku oświadczeń woli. Jeżeli oświadczenie będzie w stanie nieważności – wskutek zastosowania danej sankcji wadliwości, wciąż będzie to oświadczenie woli, podlegające normie sankcjonującej nieważnością. Jeżeli w ogóle nie zostałyby złożone, ale zaistniało z jakiejś raczej mało realnej przyczyny w obrocie, to również wystarczające jest powództwo o ustalenie z art. 189 k.p.c., że nie istnieje określony stosunek prawny lub prawo, będący skutkiem ważnego oświadczenia woli lub czynności prawnej. Wydaje się również, że problem wyróżniania czynności nieistniejących na tej płaszczyźnie wynikać może z braku uwzględnienia okoliczności, jaka np. wyjaśniona była w art. 50 § 1 k.z., zgodnie z którym czynność prawna powstawała przez zgodne oświadczenia woli dwóch stron.

Normatywne podejście do koncepcji czynności prawnej ilustruje także przykład z prawa niemieckiego, gdzie np. oświadczenia woli nie na serio, czyli brak oświadczenia woli, jest odrębnie opatrzony sankcją nieważności bezwzględnej. Warto przypomnieć tutaj także art. 33 k.z., który podobnie stanowił, że nieważne jest oświadczenie woli, ujawniające, że względu na okoliczności, w których złożone zostało, brak zamiaru wywołania skutków prawnych. Kolejnym problemem jest nadanie pojęciu czynności prawnej kształtu pozanormatywnego i opieranie

¹⁵⁰ W przypadku art. 353¹ k.c. można zauważyć, że ten trafnie krytykowany przez naukę prawa prywatnego przepis jest w sposób raczej niezamierzony, m.in. globalną podstawą do postawienia zarzutu naruszenia ustawy w każdym przypadku wadliwości umowy w prawie polskim.

się przy określonych poglądach na definicji czynności prawnej. Można zwrócić uwagę, że brak oświadczenia woli w czynności prawnej mówi o naruszeniu reguł jej ważnego dokonywania, nie zaś skutku nieistnienia czynności prawnej. Warto przypomnieć, że w początkowym okresie wypracowywania pojęcia czynność prawna była ona rozumiana jako synonim terminu oświadczenia woli.¹⁵¹

Ponadto trzeba podkreślić, że przeciwko tej konstrukcji, poza zarzutem braku precyzji i pominięcia obowiązywania w polskim prawie szerokiego ujęcia przesłanek sankcji nieważności bezwzględnej, można wskazać na wybiórczą kwalifikację wad. Jako przykład należy przywołać umyślne zobowiązanie się do świadczenia pierwotnie i obiektywnie niemożliwego, tj. również bez zamiaru wywołania umówionego skutku prawnego. Jest to szczególny przypadek oświadczenia nie na serio, sankcjonowany obok nieważności bezwzględnej także odpowiedzialnością odszkodowawczą (art. 387 § 2 k.c.)¹⁵². Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku sankcjonowania pozorności absolutnej, gdzie również brak jest zamiaru wywołania skutków prawnych. Jednocześnie w ramach przyjętej konwencji ustawowej zastrzega się w takim przypadku zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej, nie pozostawiając miejsca dla koncepcji *negotium non existens*.¹⁵³

Jednocześnie należy dostrzec, że od strony określonej koncepcji kodyfikacyjnej nie istnieje przeszkoda, by zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej zastrzec dla wad dotyczących treści lub celu czynności prawnej (por. art. 58 k.c.). Natomiast pewne naruszenia na etapie formowania czynności prawnej – tzw. naruszenia reguł ważnego dokonywania czynności prawnej, obejmować sankcją nieistnienia (czy też mówieniem o braku skutków prawnych, albo że czynność prawna nie doszła do skutku).

¹⁵¹ Kontekst historyczny rozwoju pojęcia czynności prawnej przedstawia w polskim piśmiennictwie m.in. A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu czynności prawnej*, Państwo i Prawo 1974, nr 12, s. 6–7.

¹⁵² W tym miejscu należy nadmienić, że instytucja pierwotnej niemożliwości świadczenia jest wynikiem pewnej pomyłki w zastosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej – por. szerzej R. Zimmermann, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Centro Di Studi e Ricerche Di Diritto Comparato e Straniero (red.), Saggi, Conferenze e Seminari, nr 48, Roma 2002, s. 30; tenże: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, s. 687 i nast. W aktualnych projektach unifikacyjnych nastąpiło odejście od tej doktryny – por. np. art. 7:102 *Draft Common Frame of Reference* wraz z uzasadnieniem *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Ch. Von Bar, E. Clive (red.), Tom I, 2009, s. 454.

¹⁵³ W nowych wypowiedziach nauki postuluje się *de lege ferenda* rezygnację z odrębnego sankcjonowania pozorności absolutnej nieważnością bezwzględną – por. szerzej K. Mularski, *Pozorność oświadczenia woli...*, s. 625–627.

Trzeba jednak pamiętać, że byłoby to nietrafne od strony pragmatycznej. W świetle koncepcji reguł konstytutywnych (faktów instytucjonalnych) należy ponadto przyjąć, że czynność prawna jest albo ważna albo znajduje się w stanie nieważności, wobec zastosowania normy sankcjonującej wystąpieniem stanu nieważności. Definitywna nieważność – stan nieważności – oznacza to samo, co nieistnienie w kategoriach ontologicznych. Brak jest widocznej przesłanki kodyfikacyjnej do takiego swoistego podzielenia nieważności na dwa jej rodzaje.

Również aktualny model sankcji nieważności bezwzględnej nie wymusza poszukiwania podstawy prawnej dla *negotium non existens*. Należy podkreślić, że prawo polskie nie zakłada zastosowania dawności (przedawnienia lub wygaśnięcia roszczenia) przy ustaleniu stanu nieważności czynności prawnej (oświadczenia woli), za powyższym wyjątkiem dotyczącym testamentu albo – złagodzonego możliwością podniesienia zarzutu – przypadku naruszających ustawę uchwał osób prawnych. Nie nastąpiło także ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do sądowego stwierdzenia, że dana czynność znajduje się w stanie nieważności (zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej). Ponadto, pomimo pewnych postulatów nauki prawa oraz niektórych wypowiedzi sądów, panuje niemal powszechna zgodność co do obowiązku stosowania sankcji nieważności bezwzględnej przez sąd z urzędu¹⁵⁴.

Trudno zatem wyodrębnić pole praktyczne dla uzasadnienia funkcjonalności tego pojęcia oraz uzasadnienie takiej rozbudowy systemu sankcji wadliwych czynności prawnych.

Pewnym problemem są wypowiedzi piśmiennictwa o różnym statusie w przypadku restytucyjnych rozliczeń w związku z przywróceniem stanu poprzedniego

¹⁵⁴ Należy jednak podkreślić, że M. Gutowski (M. Gutowski, *Nieważność czynności...*, s. 447) oraz S. Sołtysiński, (S. Sołtysiński, *Rozważania o nieważnych...*, s. 310), stoją na stanowisku, że wskutek zamian w Kodeksie postępowania cywilnego *de lege lata* „nieważność podlega uwzględnieniu zgodnie z zasadami obowiązującymi w postępowaniu cywilnym.”

W judykaturze poglądy na ten temat nie są do końca jednoznaczne – np. uchwała SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CZP 26/05, OSNC 2006 nr 4, poz. 63, postanowienie Sądu Najwyższego z 15.05.2007 r., V CSK 37/07, publ. LEX nr 442585, w której stwierdza się, że obowiązek uwzględnienia nieważności czynności prawnej spoczywa na sądzie w każdym stanie sprawy, jednakże możliwość zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej z urzędu dopuszczalna jest tylko na podstawie materiału zgromadzonego, zgodnie z regułami wskazanymi w art. 479[12] § 1 i art. 381 Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/2007, publ. LexPolonica nr 1811245, OSNC 2008/6 poz. 55, przypomniał, że sąd drugiej instancji „rozpoznaje sprawę”, a nie sam środek odwoławczy, co ma miejsce w wypadku skargi kasacyjnej (art. 398¹³ § 1 k.p.c.). W takim ujęciu zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej nie dotyczyłoby jedynie Sądu Najwyższego. Można zauważyć, że tego typu problemy są domeną abstrakcyjnego modelu normatywnego sankcji nieważności bezwzględnej, który może być zachwiany, np. jak w powyższym przypadku, wskutek wpływu formalnego prawa cywilnego.

w razie stanu nieważności a nieistnienia czynności prawnej. Wydaje się to stanowić dowód na znaczenie, jakie wywiera na problem *negotium non existens* dany model sankcji nieważności bezwzględnej. Tendencja do formułowania takich tez świadczy o potrzebie wykorzystania w prawie pozytywnym, np. normy porządkującej, że niezależnie od powagi wady, oświadczenia woli (czynności prawne) mogą wyłącznie znajdować się w stanie nieważności ich skutków prawnych.

Z tą ostatnią kwestią łączy się tym samym ingerencja w ustawowy model sankcji nieważności bezwzględnej, zarówno od strony jego cech formalnych, jak i materialnego zasięgu zastosowania tej odmiany normy sankcjonującej. Kodyfikacja związana z rozwiązaniem problemu *negotium non existens* może polegać na pozytywnym uregulowaniu, tj. wprowadzeniu instytucji prawnej, regulującej taką kategorię sankcji wadliwości. Pomijając fakt, że od strony dorobku ogólnej nauki prawa byłby to zabieg raczej nieprawidłowy i mało przydatny, należałoby wówczas przyjąć, że doszłoby w ten sposób do wyodrębnienia pewnych kategorii wadliwości, należących bez takiej interwencji ustawowej do przypadków sankcjonowanych nieważnością bezwzględną.

Negatywne unormowanie tego zagadnienia może polegać na wprowadzeniu normy prawnej wykluczającej konstrukcję *negotium non existens*, o charakterze zamykającym krąg wszelkiego rodzaju wadliwości w zbiorze przypadków sankcjonowanych wyłącznie tzw. nieważnością z mocy prawa (bezwzględną) lub względną, np. na wzór projektowanej reformy Kodeksu Napoleona.

Można również zwrócić uwagę na inny sposób regulacji, związany z definiowaniem różnych sankcji nieważności, można rzec – opisowym modelem sankcji nieważności bezwzględnej, gdzie stanowi się, że ostatecznym skutkiem zastosowania (obowiązywania) obu sankcji nieważności (art. 2033 Louisiana Civil Code) jest przyjęcie fikcji prawnej, że umowa nigdy nie istniała. Z tej perspektywy mówienie o *negotium non existens* byłoby sprzeczne z materiałem normatywnym. Podobnie wygląda kształt modelu sankcji nieważności w Civil Code of Québec. Unieważnienie umowy (w wyniku zastosowania sankcji nieważności absolutnej lub relatywnej) wywołuje klasyczne następstwa, które określone są w art. 1422 Civil Code of Québec: umowa uważana jest jakby nigdy nie istniała, każda ze stron jest zobowiązana zwrócić świadczenie, jakie otrzymała od drugiej strony;¹⁵⁵ a także może zostać przyznane odszkodowanie.

Poza stanowiskiem powyższych tzw. mieszanych systemów prawa, istnieje także rozwiązanie odwołujące się do określenia sankcji za naruszenia na pierwszym etapie formowania czynności prawnej, tj. naruszenia tzw. reguł ważnego

¹⁵⁵ Art. 1422 Civil Code of Québec: *A contract that is null is deemed never to have existed. In such a case, each party is bound to restore to the other the prestations he has received.*

wyrażenia oświadczenia woli (dokonania czynności prawnej). To ostatnie rozwiązanie można wyszukać w przepisie art. 98 projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r.

9. *Negotium non existens* w świetle art. 98 projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego* z 2008 r.

W ramach uwag końcowych należy odnieść się do projektu *Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego*, który przepisy o sankcji nieważności bezwzględnej czynności prawnej wyodrębnia w osobnym dziale, zatytułowanym: „Nieważność czynności prawnej”.

Ogólną cechą sankcji nieważności – zachowując terminologię projektu – jest utrzymanie dotychczasowego podejścia do modelu regulacji sankcji nieważności bezwzględnej i pozostawienie od strony formalnej abstrakcyjnej formuły kodyfikacji tej normy sankcjonującej. Podobnie jak w obecnym art. 58 k.c. nie następuje bowiem bliższe sprecyzowanie pojęcia nieważności w kontekście skutków prawnych naruszenia norm sankcjonowanych oraz procedury określania tychże skutków prawnych. W aspekcie materialnym wprowadza się szereg zmian w zakresie zastosowania tej sankcji w przypadku poszczególnych naruszeń norm sankcjonowanych (np. art. 99 i 100 projektu).

W uzasadnieniu ww. projektu wskazuje się, że zmiany mają na względzie uelastycznienie stosowanych sankcji, tak by były one proporcjonalne i wpływały na dokonywaną czynność prawną tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne z punktu widzenia chronionych interesów.¹⁵⁶ Jedno z naczelných założeń kodyfikacyjnych nawiązuje wyraźnie do kryterium proporcjonalności w określaniu skutków wystąpienia wadliwości czynności prawnej oraz do kryterium chronionych interesów. Kryterium proporcjonalności jest obecnie założeniem fundamentalnym przepisów o nieważności *Common Frame of Reference*.

W przypadku naruszenia ustawy lub moralności, zgodnie z odpowiednikiem obecnego art. 58 k.c. – art. 98 § 1 projektu, czynność prawna, której treść lub cel sprzeciwia się ustawie, jest nieważna, chyba że co innego wynika z treści lub celu ustawy.

Uzasadnienie projektu wyjaśnia ponadto, że w art. 98 odróżnia się przypadki, w których z ustawą lub dobrymi obyczajami sprzeczna jest treść lub cel czynności prawnej, od sytuacji, w których wadliwość dotyczącej innych aspektów dokonania czynności, a w szczególności procedury jej dokonania: trybu, obowiązków

¹⁵⁶ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 106.

informacyjnych, miejsca, czasu, ponieważ wyraźne rozstrzygnięcie tej kwestii jest pożądane z punktu widzenia pewności prawa¹⁵⁷.

Ten punkt widzenia powoduje, że wyraźnie zostało zaakcentowane, że naruszenie reguł dokonywania czynności prawnej powoduje nieważność czynności prawnej, wyłącznie, gdy wynika to z ustawy lub z jej celu albo z dobrych obyczajów (art. 98 § 3 projektu). Pojęcie reguł nie jest zdefiniowane, w uzasadnieniu podane jest wyliczenie przykładowe¹⁵⁸.

W ramach krótkiego komentarza można tym samym wskazać, że problem *negotium non existens* powinien stracić na znaczeniu, ponieważ ta odmiana wadliwości dotyczy wyłącznie pierwszego etapu formowania czynności prawnej. W razie wadliwości treści lub celu czynności prawnej co do zasady nie postuluje się identyfikacji *negotium non existens*. Prawidłowe rozumienie projektowanego modelu sankcji nieważności bezwzględnej powinno więc uwzględniać, że każde naruszenie reguł dokonywania czynności prawnych jest objęte globalną normą sankcjonującą. Nie można wytyczyć pola zastosowania dla kategorii tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, nawet w przypadku braku oświadczenia woli. Należy wyrazić nadzieję, że obecna propozycja utrzyma się w toku dalszych prac, pomimo braku unormowania pojęcia reguł. Wydaje się, że ugruntowane rozumienie reguł ważnego podejmowania czynności prawnej powinno pozwolić na eliminację koncepcji *negotium non existens* w przypadku czynności prawnych. Pomijając tę okoliczność, należałoby rozważyć mocniejsze podkreślenie niedopuszczalności identyfikacji tzw. „nieistniejących” czynności prawnych, niż to jakie zdaje się wynikać z aktualnego brzmienia art. 98 projektu, ze względu na wspomniane unormowanie tzw. nieistniejących uchwał w cywilnym prawie formalnym.

¹⁵⁷ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 106.

¹⁵⁸ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Księga pierwsza...*, s. 107.

NORMATIVE MODELS OF SANCTIONS OF ABSOLUTE NULLITY AND NON-EXISTENT JURIDICAL ACT

The article discusses the concept of the so-called *negotium non existens* (non-existent juridical act, especially contract) from the point of view of various normative models of absolute nullity i.e. this type of nullity which makes an juridical act automatically legally ineffective (in *common law* an equivalent of *void* contracts). The main objective of the article is to justify a thesis that in the light of the general model features of sanctions of absolute nullity and invalidity features, the rejection of this structure should be postulated. The basic argument is a contradiction between the concept of invalidity and the difficulties to specify criteria of differentiating between the sanction of non-existence and the sanction of absolute nullity. Both void and non-existent juridical acts are treated by the law as if they had never existed or happened and can not be enforced.

The scope of the article covers Polish law and also main occurrences of non-existent juridical acts presented in some legal systems of *ius civile* and the *common law* tradition. There is no consistent approach as to where defects make contract non-existent or “only” void – e.g. in the contracting process. Special attention was paid to the French legal viewpoint, where the concept of non-existent contracts has gained a particularly strong position and was widely accepted as a result of, *inter alia*, the operation of the *pas de nullité sans texte* principle. According to the reform in the realm of the law of obligation (the so-called *Catala’s* draft) the drafters proposed that the concept of non-existent contracts (juridical acts) should be rejected by law. The article also takes into account the standpoints expressed in the so-called private projects of contract law unification with regard to the concept of non-existent juridical acts, where only the *Gandolfi* draft contract code has codified this concept as an alternative to void contracts.

The distinguishing of the category of the so-called non-existent juridical act refers to a reflection of a much wider problem, namely the impact of the adopted model of the sanction of absolute nullity upon a given system of private law. In this context, the article presents one of the basic aspects of the *negotium non existens* concept, which is an influence of certain imperfections of the normative model of nullity upon the distinguishing of such invalid juridical acts. The concept of the so-called “non-existent” juridical act may even be an object of codification, as a separate remedy to invalidate juridical acts.

Due to significant variations in understanding the notion of nullity in the area of private law, especially contract law, the article also discusses basic features of nullity as a sanction – i.e. a sanctioning norm which means that a juridical act does not produce any intended legal effects. This article held that a distinction

should be made between invalidity and the sanction of nullity. For invalidity is presented as a final effect of application of different sanctions of defective juridical acts, including a consequence of a sanction of absolute nullity. Meanwhile, the article defines absolute nullity as one of the sanctions of invalidity which, as a principle, makes a juridical act null and void from the beginning and no intervention of a court is needed. At the same time, it is not possible to talk about a uniform model of formal features of this sanction, which is confirmed by a comparative review of different kinds of nullity. Depending on a given norm, a model of absolute nullity (or analogous type of nullity) may be subject to modifications. With reference to such modifications of statutory (normative) models of sanctions of absolute nullity, a question may arise with finding legal grounds to avoid defective juridical acts. In such cases, the concept of *negotium non existens* is applied to justify the legal grounds on which a juridical act is void from the beginning, if, due to certain reasons, for instance a limitation period, it is not possible to apply this sanction of nullity.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Magdalena Dziedzic ■

REGULACJA PRAWNA TIMESHARINGU W HISZPANII

Wprowadzenie

Timesharing, który jest instytucją bardzo rozpowszechnioną, w tym w Hiszpanii, stanowi zarazem oryginalną konstrukcję prawną dotyczącą korzystania z rzeczy (głównie nieruchomości). W drodze umowy timesharingu, określony podmiot (nabywca) uzyskuje prawo do korzystania z rzeczy w oznaczonym czasie w każdym roku oraz zobowiązuje się w zamian do zapłaty wynagrodzenia. Jest to uprawnienie o charakterze okresowym, polega ono na korzystaniu z nieruchomości w ciągu stosunkowo krótkich odcinków czasu w roku przez wiele lat, szczególnie często dotyczy ono nieruchomości położonych w atrakcyjnych miejscowościach turystycznych.¹

¹ B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, str. 33 i nast.; B. Fuchs, *Timesharing w prawie prywatnym międzynarodowym*, [w:] *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Profesora Kazimierza Kruczałaka*, GSP 1999, t. V, s. 99 i nast.; B. Fuchs, *Timesharing w prawie polskim (uwagi na tle ustawy z dnia 13 lipca 2000 r.)*, Rej. 2001, nr 4, s. 40 i nast.; B. Fuchs, *Timesharing w obrocie międzynarodowym (aspekty kolizyjno-prawne)*, Rej. 2001, nr 7–8, s. 49 i nast.; J. Gołaczyński, *Timesharing – zagadnienia kolizyjno-prawne*, Rej. 2001, nr 7–8, s. 60 i nast.; M. Nestorowicz, *Wprowadzenie [do Dyrektywy 94/47 z 16.04.1994 r. o ochronie nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów o nabyciu prawa do korzystania z nieruchomości na podstawie czasowego udziału]*, KPP 1997, nr 3, s. 593; K. Zaradkiewicz, *Ochrona nabywców timesharingu w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, Przegląd Legislacyjny 2000, nr 1, s. 22–58; L. Stecki, *Timesharing*, Toruń 2002, s. 24; J. Gospodarek, *Prawo Turystyczne w zarysie*, Bydgoszcz-Warszawa 2003, s. 199 i nast.; M. Nestorowicz, *Prawo Turystyczne*, Warszawa 2009, J. Biernat, *Timesharing*, [w:] *Europejskie prawo*

Umowa taka zawierana jest na dłuższy okres, od kilku do kilkudziesięciu lat. Instytucja ta jest wykorzystywana szczególnie w sytuacjach, gdy uprawniony nie jest zainteresowany nabyciem własności rzeczy, ale zależy mu na korzystaniu z niej w regularnych i stosunkowo krótkich odcinkach czasu.² Uprawniony do korzystania z rzeczy ma możliwość uczestniczenia w tzw. giełdzie wymiany, w ramach której może on zamieniać nieruchomość, w stosunku do której nabył prawo timesharingu na inną w innej miejscowości wypoczynkowej, wymienia się on swoim prawem do korzystania z nieruchomości.³ Mówiąc o tej instytucji nie należy zapominać, iż na omawianą atrakcyjność tego prawa wpływ mają również usługi świadczone w trakcie pobytu wypoczynkowego.⁴ Uprawniony może korzystać z pełnej obsługi podobnej do tej świadczonej przez hotele oraz dodatkowych urządzeń (basen, sauna).⁵

Historia instytucji timesharingu jest raczej krótka i sięga przełomu lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych. Chociaż nie dysponujemy odpowiednią dokumentacją na potwierdzenie tej tezy, przyjmuje się, że sama koncepcja powstała w Europie na początku lat sześćdziesiątych, natomiast swą nazwę konstrukcja ta uzyskała w Stanach Zjednoczonych. W Europie prawo do czasowego korzystania z nieruchomości pojawiło się w 1957 r. wraz z utworzeniem sieci hoteli Eurotel, które umożliwiały swoim klientom nabycie prawa do wyłącznego korzystania z pokoju w celach wakacyjnych. Klient, który nabył taki „czas” w Eurotel, dostawał jednocześnie prawo do wyłącznego korzystania z tej nieruchomości przez określony czas każdego roku, przez określoną ilość lat.⁶ Jednak prawdziwy rozwój tej koncepcji miał miejsce w Alpach francuskich w 1968 r., kiedy to właściciele

konsumenckie a prawo polskie, Zakamycze 2005, s. 341 i nast.; J. Preussner-Zamorska, E. Traple, *Timesharing – nowa instytucja prawa polskiego, uwagi na marginesie projektu ustawy*, KPP 1998, nr 3, s. 537 i nast.; P. Pogódek, *Użytkowanie timesharingowe w prawie polskim*, Rej. 2002, nr 10, s. 83 i nast.; J. Loranc, *Timesharing w prawie polskim*, Rej. 2002, nr 11, s. 68 i nast.

² B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, s. 33 i nast.

³ K. Zaradkiewicz, *Ochrona nabywców timesharingu w projekcie ustawy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, Przegląd Legislacyjny 2000, nr 1, s. 22 i nast.

⁴ B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, s. 33 i nast.

⁵ *Travel Vac SL v. Manuel Jose Anhelm Sanchis*, C-423/97 z 22.04.1999 r. (w uzasadnieniu wskazano, iż timesharing to nie tylko uprawnienie do korzystania z nieruchomości, ale instytucja ta obejmuje również świadczenie pewnych usług, których wartość może przewyższać wartość samego uprawnienia do korzystania).

⁶ C. J. Berger, *Timesharing in the United States*, *American Journal of Comparative Law* 1990, vol. 38, s. 131; Burlingame, *An Introduction to Timesharing*, 1982; M. L. Savage, C. M. Lancaster i N. C. Bougopoulos, *Time Share Regulation: the Wisconsin Model*, *Marquette Law Review* 1994, vol. 77 s. 720–722; E. H. Pollack, *Time-sharing, or Time Is Money But Will It Sell?*, 10 *Real Estate Law Journal* 1982.

hoteli zaczęli oferować osobom, które przyjechały na urlop, możliwość nabycia takiego prawa do korzystania z nieruchomości w powtarzających się odstępach czasowych każdego roku przez kilka lat.⁷ W latach siedemdziesiątych idea timesharingu trafiła do Stanów Zjednoczonych Ameryki, co spowodowane było recesją panującą w Stanach w tym czasie. Instytucja ta okazała się doskonałym rozwiązaniem dla deweloperów, którzy w związku z kryzysem na rynku, nie byli w stanie sprzedać swoich nieruchomości.⁸ Następnie rozwijała się ze szczególną intensywnością w stanach, w których dobrze funkcjonowała branża turystyczna, głównie na Florydzie.⁹ W latach osiemdziesiątych instytucja ta stała się już popularna na całym świecie.

Ważną kwestią pozostaje scharakteryzowanie tego, co nazywa się prawem timesharingowym, sama dyrektywa nie precyzuje bowiem charakteru prawnego tej instytucji.¹⁰ Timesharing nie ma sobie właściwej „istoty prawnej” lub konstrukcji.¹¹ Kreowany stosunek timesharingu może uzyskać elementy obligacyjne lub związane z ograniczonym prawem rzeczowym (użytkowaniem, służebnością osobistą lub ciężarem realnym). Należy tu zwrócić uwagę, że jest to prawo wieloelementowe. Obejmuje ono zarówno uprawnienia odnoszące się do głównego przedmiotu umowy, jak i pewne inne uprawnienia odnoszące się do przedmiotów akcesoryjnych (tj. różne urządzenia techniczne służące wspólnemu używaniu przez nabywców prawa timesharingowego).¹² Najczęściej strony zawierające umowę timesharingu powołują do życia prawo obligacyjne, które daje uprawnionemu roszczenie o udostępnienie mu corocznie oznaczonego „mieszkania wakacyjnego” – *ius ad rem*. W przypadku umowy timesharingowej o charakterze obligacyjnym umowa ta stanowi kompilację umów najmu, umowy o dzieło oraz umowy o świadczenie określonych usług, połączonych z elementami ciągłości stosunku prawnego.¹³ Strony mogą też ustanowić prawo rzeczowe na rzeczy – *ius in rem*.

⁷ M. L. Savage, C. M. Lancaster i N. C. Bougopoulos, *Time Share Regulation: the Wisconsin Model*, Marquette Law Review 1994, vol. 77, s. 721–722; E. Potter, *Time-shares: An Expanding Travel Market*, Hous. Chron., 1992.

⁸ M. L. Savage, C. M. Lancaster i N. C. Bougopoulos, *Time Share Regulation: the Wisconsin Model*, Marquette Law Review 1994, vol. 77, s. 721–722; E. H. Pollack, *Time-sharing, or Time Is Money But Will It Sell?*, 10 Real Estate Law Journal 1982; Y. C. Mendez, *Timesharing and Realty Interests under the Martin Act: Consumer or Investor Protection?* Fordham Urb. Law Journal 505, 1989.

⁹ L. Stecki, *Timesharing*, Toruń, 2002, s. 42.

¹⁰ H. Schulte – Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Uniwersytet Bielefeld, luty 2008, s. 456.

¹¹ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 352.

¹² L. Stecki, *Timesharing*, Toruń, 2002, s. 42.

¹³ B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, s. 44.

W przypadku prawa rzeczowego swoboda stron jest jednak bardzo ograniczona w tym zakresie, gdyż powołując się na autonomię woli strony nie mogą ukształtować nowego rodzaju prawa rzeczowego. W kwestii tej obowiązuje zasada *numerus clausus* praw rzeczowych.¹⁴ Dodatkowo strony mogą utworzyć spółkę osobową, w której nabywca uzyskuje prawo do „mieszkania wakacyjnego”, a ma to miejsce poprzez spółkę osobową, w której uczestniczy, wnosząc wkład najczęściej w miesięcznych ratach.¹⁵ Jeszcze inną koncepcją jest tzw. konstrukcja powiernicza (trustowa).¹⁶ W konstrukcji tej zbywca przenosi na rzecz klienta prawo do wakacyjnego pobytu i zamieszkiwania określonej nieruchomości, nieruchomość ta nie stanowi już jednak jego własności, ale przysługuje mu prawo do korzystania z niej. Właścicielem jest podmiot trzeci, który zobowiązał się do powierniczego zarządzania tą nieruchomością.¹⁷ Zauważyć należy, iż instytucję timesharingu normuje się raczej jako zjawisko gospodarcze, wieloelementowe od strony konstrukcji prawnej, natomiast próby nadania mu konkretnego reżimu prawnego mają na celu bardziej ochronę konsumenta, niż stworzenie jakiejś całościowej i jednolitej jego konstrukcji.¹⁸

Historia tworzenia się instytucji *timesharingu* w Hiszpanii

Hiszpania jest krajem, w którym proces kształtowania się instytucji timesharingu przebiegał dość intensywnie. Miało to miejsce oczywiście z uwagi na atrakcyjne geograficzne położenie tego kraju (najdłuższa w Europie linia atrakcyjnych wybrzeży). Hiszpania ma obecnie największą w Europie liczbę ośrodków działających w ramach tej figury prawnej.¹⁹ W Hiszpanii znajduje się obecnie około 500 ośrodków, z czego połowa leży na Wyspach Kanaryjskich, Balearach oraz na wybrzeżu Costa del Sol. Około 1,5 mln turystów wypoczywa w Hiszpanii każdego roku w tym systemie.²⁰ W samej Unii Europejskiej funkcjonuje obecnie ok. 1 500 kompleksów w systemie timesharingu (36% w samej Hiszpanii), które generują rocznie ok. 85 000 lokali, wzrost roczny utrzymuje się na poziomie ok. 2%, tworzy się w ten sposób ok. 200 000 miejsc pracy, a dochód tej branży kształtuje się

¹⁴ Tamże, s. 44.

¹⁵ B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, s. 44.

¹⁶ M. Zacharasiewicz, *Trust w praktyce polskich sądów i notariatu*, Rej. 2004, nr 3–4, s. 234 i nast.

¹⁷ B. Fuchs, *Timesharing*, Rej. 1997, nr 4, s. 44.

¹⁸ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 351.

¹⁹ L. Stecki, *Timesharing*, Toruń, 2002, s. 44.

²⁰ www.entusiasmo.net.

na poziomie ok. 10 500 000 Euro, z czego 4 200 000 Euro wypracowywanych jest w samej Hiszpanii.²¹

W związku z dużą atrakcyjnością Hiszpanii wśród osób zainteresowanych nabyciem prawa do korzystania z takiego „wakacyjnego mieszkania” miało miejsce wiele oszustw (do 2003 r. w Hiszpanii wydanych zostało 47 orzeczeń dotyczących tzw. „współwłasności” czy nabycia prawa do korzystania z nieruchomości).²² Oferenci wykorzystywali niedoświadczenie tych osób, ich łatwowierność oraz brak wiedzy prawniczej, nieumiejętność zrozumienia treści umowy, czy też poszczególnych jej klauzul. Nabywca prawa do korzystania z takiego mieszkania wakacyjnego nie do końca zdawał sobie sprawę z kosztów korzystania z tej nieruchomości, jej utrzymania, różnego rodzaju opłat czy dopłat. Umowa nie przewidywała możliwości odstąpienia od niej, albo było to możliwe po zapłaceniu wysokiej kary umownej, bądź też wkład nabywcy przepadał na rzecz strony, która mu zbyła to prawo.²³ W Hiszpanii bardzo często dochodziło do wprowadzania w błąd potencjalnych nabywców, gdyż zbywcy starali się przedstawić swoją ofertę jako bardziej atrakcyjną. Wiele osób, również w Polsce, zafascynowanych możliwością stania się współwłaścicielem apartamentu w Hiszpanii, na Wyspach Kanaryjskich, Costa del Sol, czy też Majorce, wpłacało wysokie koszty udziału, licząc w przyszłości na tanie wakacje.²⁴

Sytuacja w Hiszpanii miała bardzo duży wpływ na wydanie przez Parlament Europejski i Radę EWG Dyrektywy 94/47 w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów o nabycie prawa do czasowego korzystania z nieruchomości.²⁵

W początkowej fazie funkcjonowania tej figury prawnej w Hiszpanii, jeszcze przed wdrożeniem Dyrektywy 94/47, odwoływano się w drodze analogii do instytucji kodeksu cywilnego.²⁶ Dotyczyło to szczególnie wad oświadczeń woli oraz czynności zmierzających do unieważnienia umowy i odstąpienia od niej.²⁷ Dodatkowo, zastosowanie mogła również mieć Ustawa 26/1984 z 19 lipca 1984 r. o ochronie konsumenta, a następnie Ustawa 1/2007 z dnia 16 listopada 2007 r.

²¹ M. I. Rey, *La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE*, Negocios nr 222, marzec 2009, s. 19 i nast.

²² www.entusiasmo.net.

²³ M. Nestorowicz, *Prawo Turystyczne*, Warszawa 2009, s. 99 i nast.

²⁴ Tamże, s. 99 i nast.

²⁵ OJ L 280 z 29.10.1994 r., zwana dalej Dyrektywą 94/47.

²⁶ L. Stecki, *Timesharing*, Toruń, 2002, s. 44.

²⁷ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., Hiszpański Kodeks Cywilny.

ją zmieniająca,²⁸ oraz w zakresie obowiązku informacyjnego Dekret królewski 515/1989 o sprzedaży i najmie nieruchomości.²⁹ Miały również miejsce przypadki, w których hiszpańskie sądy stosowały postanowienia dyrektywy, jeszcze przed jej transpozycją do hiszpańskiego systemu prawnego w celu dokonania wykładni zgodnej z duchem dyrektywy.³⁰

Ostatecznie parlament hiszpański uchwalił Ustawę 42/98 z 15 grudnia 1998 dotyczącą prawa do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym oraz zasad opodatkowania, zwaną dalej Ustawą 42/98,³¹ która obejmuje 20 artykułów. Ustawodawca posłużył się w tytule ustawy wyrażeniem: prawo do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym. Jednak posługiwanie się tym terminem okazuje się w praktyce kłopotliwe, dlatego w Hiszpanii bardzo często na określenie tego prawa potocznie używa się terminu *multipropiedad* (co jest prawnie zabronione, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu). Wobec powyższego, aby uniknąć konieczności stosowania tego obszernego tłumaczenia, w dalszej części artykułu będę posługiwać się również określeniem *timesharing*.

Ustawa hiszpańska spotkała się z dużym uznaniem w wielu krajach zachodnioeuropejskich. Jest ona nawet traktowana jako unormowanie wzorcowe.³² W kwietniu 1999 r. odbyło się w Brukseli posiedzenie przedstawicieli Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España z członkami Parlamentu Europejskiego, w toku którego spotkania dokonano szczegółowej analizy treści hiszpańskiej ustawy timesharingowej i uzyskała ona bardzo dobre oceny ze strony wszystkich podmiotów biorących udział w debacie.³³ Należy również wspomnieć

²⁸ Ley 26/1984, z dnia 19 lipca 1984 r., General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników – zastąpiona przez – Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

²⁹ El Decreto Real 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., sobre protección de los consumidores en cuanto a la Información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de Viviendas – Dekret królewski o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach najmu i sprzedaży nieruchomości.

³⁰ Orzeczenie CA Castellón z 4 maja 2001 r. w sprawie Fernando R. M. i Jacinta F. P. przeciwko 'Mundivac S. A.' i 'Aqualandia S. A.', oraz orzeczenie CA Valencia z dnia 16 lipca 2001 r., w sprawie Hermann T. i Ingrid T. przeciwko 'Olivia Beach Title Limited' i 'Amapola Holiday Marketing Ltd.'.

³¹ Boletín Oficial del Estado 1998, nr 300, s. 42.076, Ley no 42/98 de 15.12.1998 sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias – Ustawa o prawie do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym i zasady opodatkowania, zwana dalej Ustawą 42/98.

³² L. Stecki, *Timesharing*, Toruń, 2002, s. 44.

³³ Tamże, s. 43.

o fakcie, iż na Wyspach Kanaryjskich, posiadających bardzo dużą autonomię polityczną, funkcjonuje odrębna ustawa turystyczna nr 7/1995, z dnia 6 kwietnia 1995 r.³⁴ oraz dekret 272/1997 o korzystaniu z nieruchomości na podstawie czasowego udziału.³⁵ Podobnie, szczególne unormowanie tej figury jurystycznej okazało się potrzebne na autonomicznej grupie wysp hiszpańskich na Morzu Śródziemnym nazywanej Balearami, obejmującej wyspy: Majorkę, Ibizę i Minorę. Instytucja timesharingu została tam uregulowana w drodze rozporządzenia rządowego nr 117/1997, z dnia 6 września 1997 r.³⁶

Ustawa 42/98 o prawie do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym i zasadach opodatkowania transponowała do hiszpańskiego systemu prawnego Dyrektywę 94/47 o ochronie nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów o nabyciu prawa do korzystania z nieruchomości na podstawie czasowego udziału. Intencją hiszpańskiego ustawodawcy było wyeliminowanie praktyk abuzywnych, które często miały miejsce w obrocie prawem do korzystania z nieruchomości, w Hiszpanii bardzo często błędnie nazywanej „własność zbiorowa” lub „współwłasność” (*multipropiedad*). Celem dyrektywy, a następnie ustawy jest ochrona konsumenta, przede wszystkim w fazie przedkontraktowej, konsumenta którego pozycję dodatkowo osłabia fakt, iż jest on turystą, a więc rzadko posługuje się językiem kraju, w którym przebywa.³⁷

Jedno z najczęstszych nadużyć w tej materii ma miejsce już na etapie przedkontraktowym i dotyczy sytuacji pozyskania samego konsumenta. Są to praktyki nierzadko bardzo agresywne; konsument może nie dysponować wszystkimi informacjami koniecznymi do podjęcia decyzji o nabyciu prawa do korzystania z nieruchomości; dodatkowo, wiele formularzy pisanych jest małą czcionką, w języku niezrozumiałym dla nabywcy, często w zamian za podpisanie umowy nabywcy obiecuje się różnego rodzaju podarunki. Oznacza to, iż oświadczenie woli złożone w tego typu sytuacji już obciążone jest wadą (*error invalidante, casi dolo*). Hiszpańska ustawa próbuje przeciwdziałać tym nadużyciom, poprzez wprowadzenie

³⁴ Ley 7/1995, z dnia 6 kwietnia 1995 r., de Ordenación del Turismo de Canarias – Ustawa turystyczna Wysp Kanaryjskich.

³⁵ El Decreto 272/1997, z dnia 27 listopada 1997 r., sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido – Dekret w sprawie korzystania z nieruchomości na podstawie czasowego udziału.

³⁶ El Decreto 117/1997, z dnia 6 września 1997 r., del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles – Dekret w sprawie korzystania z nieruchomości na podstawie czasowego udziału.

³⁷ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, s.1222.

pewnych mechanizmów ochrony konsumenta, które polegają głównie na rozbudowanym obowiązku informacyjnym, nałożonym na zbywcę prawa do korzystania z nieruchomości; tym samym brak równowagi stron rekompensowany jest przyznaniem nabywcy / konsumentowi pewnych uprawnień.³⁸

Ustawa 42/98 o prawie do korzystania z nieruchomości o charakterze turystycznym i zasadach opodatkowania

Charakterystyka prawna

Definicja legalna prawa do korzystania z nieruchomości zawarta jest w art. 1 ustawy i brzmi ona następująco: *prawo to przyznaje nabywcy uprawnienie do wyłącznego korzystania, w określonym czasie każdego roku z lokalu mieszkalnego posiadającego odrębne wyjście na drogę publiczną lub na część wspólną budynku, w którym się znajduje, i który posiada stałe wyposażenie, jak również obejmuje prawo do świadczenia usług dodatkowych.*³⁹

Nabywcą prawa timeshare zgodnie z ustawą jest konsument, przy czym w ustawie 42/98 brak jest jego definicji. Zgodnie z linią orzecniczą zastosowanie ma tu definicja z Ustawy 27/1984 z dnia 19 lipca 1984 r. o ochronie konsumenta,⁴⁰ zgodnie z którą konsumentem może być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna. Ustawa 42/98 w art. 1 ust. 5 precyzuje natomiast zbywcę tego prawa i określa, iż jest to właściciel, deweloper lub jakakolwiek inna osoba fizyczna lub prawna, która zajmuje się zawodowo przenoszeniem praw do czasowego korzystania z nieruchomości.⁴¹

Przy przenoszeniu prawa timeshare prawo hiszpańskie zabrania posługiwania się terminem własność (*propiedad*) lub własność zbiorowa (*multipropiedad*)

³⁸ Tamże, s. 1223.

³⁹ Ustawa 42/98, art. 1 ust. 1 *‘este derecho atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios’.*

⁴⁰ Ley 26/1984, z dnia 19 lipca 1984 r., General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników – zastąpiona przez – Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

⁴¹ Ustawa 42/98, art. 1 ust. 5: *‘Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno’.*

lub też jakimkolwiek innym słowem kojarzącym się z instytucją własności. Dla określenia tego prawa dopuszczalne jest stosowanie jakiegokolwiek innego terminu, pod warunkiem, iż nie wprowadza ono w błąd nabywcy, co do charakteru nabywanego prawa.⁴²

Prawo hiszpańskie przewiduje dwa reżimy prawne, w jakich może zostać ustanowione prawo do korzystania z nieruchomości:

- ograniczone prawo rzeczowe (*derecho real limitado*)⁴³
- umowa najmu (*contrato de arrendamiento*)⁴⁴ – (dotyczy to umów zawartych na czas określony trwający minimum 3, a maksimum 50 lat, które przewidują opłaty roczne za to korzystanie, określają konkretny turnus i konkretną nieruchomość oraz lokal, który będzie przedmiotem tego prawa).

Pod rygorem nieważności umowy zabronione jest ustanawianie i przeniesienie jakiegokolwiek innego prawa, o charakterze rzeczowym czy osobistym, na okres powyżej 3 lat, które polegać będzie na korzystaniu z jednej lub więcej nieruchomości w terminach oznaczonych każdego roku z obejściem niniejszej ustawy. W takim przypadku nabywca ma prawo do zwrotu zapłaconych kwot oraz do odszkodowania za poniesione straty.⁴⁵

Czas trwania instytucji timesharingu zdefiniowany został przez ustawodawcę hiszpańskiego na okres od lat 3 do lat 50, od daty wpisu do rejestru tej instytucji prawnej, lub od daty ukończenia budowy, w przypadku gdy instytucja timesharingu została już ustanowiona wcześniej. Po upływie okresu, na jaki umowa została zawarta, nabywca nie ma prawa do żadnego odszkodowania.⁴⁶ Problem pojawia się w przypadku, gdy umowa zawierana jest na okres poniżej 3 lat, co może mieć na celu obejście ustawy. Jest to traktowane przez sądy hiszpańskie jako domniemane obejście prawa i nie wyklucza to zastosowania do tych umów Ustawy 42/98.⁴⁷

Czas trwania jednego turnusu nie może być krótszy niż 7 dni rocznie, a w ramach tego samego reżimu wszystkie turnusy muszą mieć tę samą długość.⁴⁸

⁴² Tamże, art. 1 ust. 4.

⁴³ Tamże, art. 1 ust. 1.

⁴⁴ Tamże, art. 1 ust. 1 i 6.

⁴⁵ Tamże, art. 1 ust. 7; orzeczenie SSAP Santa Cruz, Teneryfa (JUR 2002, 162056), z dnia 11 marca 2001 r., oraz orzeczenie SSAP Malaga, (AC 2004, 779), z dnia 24 lutego 2004 r.

⁴⁶ Ustawa 42/98, art. 3.

⁴⁷ Orzeczenie sądu SSTS Santa Cruz, Teneryfa (AC 2002, 2342), z dnia 16 września 2002 r., oraz dwa inne orzeczenia tego samego sądu (JUR 2002, 162056), z dnia 11 marca 2002 r., i (JUR 2003, 73899), z dnia 10 grudnia 2002 r.

⁴⁸ Ustawa 42/98, art. 3.

Ponadto właściciel nieruchomości zobowiązany jest do zarezerwowania minimum 7 następujących po sobie dni rocznie, na wszelkie naprawy, konserwację, sprzątanie,⁴⁹ lub inne cele wspólne, na każdy lokal, który funkcjonuje w systemie timesharingu.

Ubezpieczenie

Hiszpańska Ustawa 42/98 ustanawia szereg wymogów, które muszą zostać spełnione, aby na nieruchomości mogło być ustanowione prawo timeshare (art. 4 ust. 1b). Właściciel musi otrzymać od odpowiednich organów wymaganą prawem licencję turystyczną, pozwolenie na użytkowanie nieruchomości, itd. Musi podpisać umowę na świadczenie usług dodatkowych z firmą, która jest zarejestrowana na terytorium Hiszpanii (art. 4 ust. 1c).⁵⁰ Zgodnie z art. 7, przed ustanowieniem reżimu prawa do korzystania z nieruchomości, właściciel musi zawrzeć umowę ubezpieczenia, która do czasu przeniesienia całości praw stanowić będzie zabezpieczenie dla roszczeń osób trzecich w stosunku do niego za ewentualne szkody i straty spowodowane przez niego lub osoby od niego zależne. Dodatkowo jest on zobowiązany do zawarcia polisy ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnej w stosunku do osób przebywających w lokalach, które będą przedmiotem umów do korzystania z nieruchomości, jak również odpowiedzialności od ognia i innych zdarzeń losowych.⁵¹ W przypadku, gdy nieruchomość jest w trakcie budowy, właściciel, dodatkowo, powinien ustanowić gwarancję bankową na rzecz przyszłych nabywców prawa do korzystania z nieruchomości, lub zabezpieczenie w celu zagwarantowania zwrotu kwot wpłaconych przez tych nabywców.⁵² Dla ustanowienia reżimu timesharingu konieczny jest wpis do Rejestru Własności (*el Registro de la Propiedad*).⁵³ Wpis ten powinien zawierać wszystkie informacje, które zostały enumeratywnie wyliczone w art. 5 Ustawy 42/98.

Reklama i prospekt informacyjny

W procesie dostosowywania prawa hiszpańskiego do standardów UE hiszpański ustawodawca ustanowił przepisy chroniące nabywcę prawa do czasowego korzystania z nieruchomości poprzez wprowadzenie wymogów informacyjnych po stronie zbywcy tego prawa. System ochrony konsumenta w prawie wspólnotowym oparty jest na fundamentalnej zasadzie ochrony przez informację. Dobrze poinformowany konsument, przygotowany do właściwego odbioru komunikacji handlowej powinien dokonywać racjonalnych i suwerennych decyzji rynkowych,

⁴⁹ Ustawa 42/98, art. 3.

⁵⁰ Tamże, art. 4 ust. 1.

⁵¹ Tamże, art. 7.

⁵² Tamże, art. 4 ust. 2.

⁵³ Tamże, art. 4 ust. 3.

a więc samodzielnie podejmować decyzje dotyczące swoich zachowań konsumpcyjnych.⁵⁴ Dyrektywa 94/47, a co za tym idzie Ustawa 42/98 regulują w sposób bardzo szczegółowy wymogi informacyjne obowiązujące przy zawieraniu tego typu umów i jest to ingerencja idąca dalej niż w przypadku jakichkolwiek innych umów z zakresu prawa konsumenckiego.

Ustawa 42/98 reguluje w sposób przejrzysty wymogi informacyjne i reklamowe w stosunku do przenoszenia praw do korzystania z nieruchomości, dotyczy to w szczególności praktyk handlowych, które nierzadko potrafiły być bardzo agresywne, a celem regulacji jest przede wszystkim ochrona nabywcy / konsumenta.⁵⁵ Wymogami tymi w stosunku do figury prawnej timesharingu zajął się sąd w Vizcaya w swoim orzeczeniu z dnia 30 czerwca 2004 r.⁵⁶ Przepisy ustawy nie są jedynymi, które mają zastosowanie do zdefiniowania obowiązków informacyjnych i kwestii reklamy, ponieważ zastosowanie może mieć również art. 60 Ustawy o ochronie konsumentów⁵⁷, jak również Dekret królewski 515/1989 o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach najmu i sprzedaży nieruchomości.⁵⁸ Przepisy te mają zastosowanie w szczególności do umów przenoszących prawo do korzystania z nieruchomości zawartych przed wejściem w życie Ustawy 42/98.

Obowiązki informacyjne przy zawieraniu umowy o czasowe korzystanie z nieruchomości zostały wyszczególnione w art. 8 Ustawy 42/98.⁵⁹ Zgodnie z art. 8 ust. 1, przy przenoszeniu prawa do czasowego korzystania z nieruchomości obowiązuje w Hiszpanii całkowity zakaz posługiwania się pojęciem *własność* (po hiszp. *propiedad*) lub „własność zbiorowa” (po hiszp. *multipropiedad*).⁶⁰

⁵⁴ R. Stefanicki, *Informacje jako środek ochrony słabszej strony umowy w prawie wspólnotowym*,⁵⁵ Studia Prawnicze, Warszawa 2008, nr 1, s. 65.

⁵⁵ *Reclamaciones de Consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, s. 1227.

⁵⁶ Orzeczenie sądu SJPI, Viscaya (AC 2004, 994), z dnia 30 czerwca 2004 r.

⁵⁷ Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

⁵⁸ El Decreto Real 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., sobre protección de los consumidores en cuanto a la Información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de Viviendas – Dekret królewski o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach najmu i sprzedaży nieruchomości; 3 orzeczenia sądu SSAP Baleares (AC 1997, 2084), z dnia 9 października 1997 r., (JUR 2001, 64982), z dnia 11 grudnia 2001 r., oraz (JUR 2004, 83499), z dnia 23 lutego 2004 r.

⁵⁹ Ustawa 42/98, art. 8.

⁶⁰ Tamże, art. 8 ust. 1: '*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la presente Ley, está prohibida la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o cualquier otra que contenga la palabra propiedad*'.

Zbywca (organizator timesharingu, czyli właściciel, deweloper lub jakakolwiek inna osoba fizyczna lub prawna, która zajmuje się zawodowo przenoszeniem praw do czasowego korzystania z nieruchomości), powinna opublikować prospekt informacyjny o charakterze wiążącym, wydawany stronom zainteresowanym bezpłatnie. Ustawa enumeratywnie wymienia informacje, które taki prospekt powinien zawierać:

- 1) tożsamość i adres zbywcy prawa do czasowego korzystania z nieruchomości;
- 2) określenie charakteru prawa, które kreuje umowa, czy jest to prawo o charakterze rzeczowym (ograniczone prawo rzeczowe), czy osobistym (najem), z określeniem daty wygaśnięcia tego prawa;
- 3) w przypadku, gdy nieruchomość nie jest jeszcze wybudowana, datę ostateczną ukończenia budowy;
- 4) dokładne określenie nieruchomości, w stosunku do której kreowane jest prawo do czasowego korzystania, jej położenie, oraz fakt, czy nieruchomość ta została już wybudowana;
- 5) wskazanie usług dodatkowych, z których nabywca prawa może korzystać, oraz warunki, na jakich to się będzie odbywać;
- 6) określenie urządzeń wspólnych, z których nabywca ma prawo korzystać, oraz warunków korzystania z nich wraz z określeniem opłaty bądź też sposobu jej obliczenia;
- 7) wskazanie firmy, która będzie zajmowała się administracją tej nieruchomości;
- 8) wskazanie średniej ceny za korzystanie oraz podanie wysokości pierwszej opłaty rocznej za korzystanie z urządzeń i usług, dodatkowo podać należy podstawę obliczania tych opłat w przyszłości;
- 9) podanie ilości lokali, w stosunku do których możliwe jest wykonywanie prawa do czasowego korzystania z nieruchomości, wraz z ilością turnusów, w stosunku do poszczególnego lokalu;
- 10) informację o prawie do unieważnienia umowy (odstąpienia od niej), ze wskazaniem czasu, jakim dysponuje na wykonanie tego prawa, faktu, iż nie będzie to pociągało za sobą żadnych kosztów, wskazaniem adresata tego oświadczenia. Jeżeli nieruchomość jest w trakcie budowy, prawnego zabezpieczenia zakończenia prac budowlanych oraz zwrotu należności nabywcy, gdy prace budowlane nie zostaną ukończone, ze wskazaniem warunków dotyczących wykonania zabezpieczenia;
- 11) wskazanie, czy można uczestniczyć w systemie wymiany; w przypadku istnienia takiej możliwości wymaga się podania dokładnej nazwy trzeciej strony, która będzie świadczyła tę usługę, oraz dokument, który

ta trzecia strona corocznie wystawia w celu potwierdzenia prawa do uczestnictwa w tym systemie wymiany; dokument taki podpisany przez osobę umocowaną do tego potwierdza zawarcie umowy uczestnictwa w systemie wymiany i jest niezależny od umowy łączącej nabywcę prawa do czasowego korzystania z nieruchomości ze zbywcą (np. deweloperem); dokument ten powinien również stwierdzać jednostki uczestnictwa przypadające na uczestnika takiego programu wymiany, ze wskazaniem jednostek przypadających na tę konkretną osobę, całkowitą liczbę uczestników tego systemu, ogólny opis dotyczący funkcjonowania systemu oraz zasady uczestnictwa; dokument ten stanowi następnie integralną część prospektu informacyjnego.

Dodatkowo, prospekt informacyjny oraz inne materiały reklamowe powinny zawierać dane znajdujące się w Rejestrze Własności (el Registro de la Propiedad), w tym tytuł prawny oraz ewentualne obciążenia.⁶¹

Zgodnie z art. 8 ust. 4 Ustawy 42/98, zbywca (organizator timesharingu, czyli właściciel, deweloper lub jakakolwiek inna osoba fizyczna lub prawna, która zajmuje się zawodowo przenoszeniem praw do czasowego korzystania z nieruchomości) powinien posiadać w swojej dyspozycji opis lokalu, który zawiera wszystkie meble, instalacje oraz sprzęt domowy, znajdujące się tam, które potencjalny nabywca może otrzymać, i który stanowi integralną część umowy.⁶²

Umowa o czasowe korzystanie z nieruchomości powinna być stwierdzona na piśmie. W przypadku niedochowania formy pisemnej, nabywca ma prawo do unieważnienia tej umowy⁶³ (uprawnienie analogiczne jak wynikające z art. 102 Ustawy 1/2007 o ochronie konsumenta⁶⁴). Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że można tutaj również mówić o nieważności bezwzględnej tej umowy z powodu uchybienia formy, inni twierdzą, że zastosowanie mogą mieć tutaj art. 1.279 i 1.280 k.c. dotyczące ważności umów.⁶⁵ Zastosowanie może mieć również art. 10 ust. 2 Ustawy 42/98 o czasowym korzystaniu z nieruchomości,⁶⁶ o którym jest mowa w dalszej części. Zgodnie z art. 14 nabycie i przeniesienie prawa

⁶¹ Ustawa 42/98, art. 8 ust. 4.

⁶² Tamże, art. 8 ust. 4.

⁶³ *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, s. 1230.

⁶⁴ Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

⁶⁵ *Reclamaciones de consumo, Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor 2008, s. 1230.

⁶⁶ Ustawa 42/98, art. 10 ust. 2.

do czasowego korzystania z nieruchomości może zostać wpisane do Rejestru Własności, pod warunkiem, iż umowa została zawarta w formie aktu notarialnego.⁶⁷

Art. 9 ust. 3 reguluje kwestie związane z językiem. Umowa i prospekt informacyjny muszą zostać sporządzone zgodnie z wolą osoby zainteresowanej, w języku (lub językach) urzędowym Unii Europejskiej, wybranym przez nabywcę, w którym osoba ta ma miejsce zamieszkania lub którego jest obywatelem.⁶⁸ Dodatkowo, zbywca zobowiązany jest do dostarczenia nabywcy tłumaczenia umowy na język kraju, w którym znajduje się nieruchomość.⁶⁹

W artykule 9 Ustawy 42/98 następuje enumeratywne wyliczenie informacji, które obowiązkowo muszą się znaleźć w umowie o nabyciu praw do czasowego korzystania z nieruchomości. Ustawodawca hiszpański wymaga, by umowa o nabycie prawa do czasowego korzystania z nieruchomości zawierała określone elementy. Ustawodawca co do zasady nie ma tutaj jednak na myśli tzw. elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*), gdyż brak któregoś z tych elementów sprawiałby, że w konkretnym przypadku nie mielibyśmy do czynienia z umową uregulowaną w omawianej ustawie. Celem tego wyszczególnienia było raczej stworzenie pewnego katalogu wymagań, który powinna spełniać umowa, by możliwe stało się zagwarantowanie nabywcy należytej mu ochrony.⁷⁰ Umowa taka, jak została to już wcześniej wspomniane, musi być stwierdzona na piśmie.⁷¹

1. data, notariusz sporządzający tę czynność, numer protokołu, data wpisu do rejestru własności;
2. informacja dotycząca charakteru prawa, który kreuje umowa, czy jest to prawo rzeczowe, czy osobiste, wraz z datą wygaśnięcia tego prawa;
3. dokładny opis nieruchomości, jej położenia, określenie lokalu, którego dotyczy umowa, dane z rejestru, oraz turnus, którego dotyczyć będzie ta umowa, ze wskazaniem daty i godziny rozpoczęcia i zakończenia turnusu;
4. wskazanie, czy nieruchomość już została zbudowana, czy ma być dopiero zbudowana; w przypadku, gdy nieruchomość ma zostać dopiero zbudowana, należy wskazać fazę zaawansowania budowy, termin ukończenia, wysokości gwarancji lub ubezpieczenia, wraz z danymi dotyczącymi

⁶⁷ Tamże, art. 14.

⁶⁸ Ustawa 42/98, art. 9 ust. 3.

⁶⁹ Tamże, art. 9 ust. 3.

⁷⁰ B. Fuchs, *Timesharing w prawie polskim (uwagi na tle ustawy z dnia 13 lipca 2000 r.)*, Rej. 2001, nr 4, s. 40 i nast.

⁷¹ Ustawa 42/98, art. 9 ust. 1.

- podmiotów udzielających gwarancji lub z którymi została zawarta umowa ubezpieczenia, na które nabywca prawa do czasowego korzystania z nieruchomości może się powołać;
5. wskazanie ceny, jaką nabywca ma zapłacić za nabycie tego prawa, opłaty coroczne z tym związane;
 6. podatki należne do opłacenia, oraz pozostałe opłaty notarialne lub rejestracyjne;
 7. zakaz zaliczek i zapłat z góry;
 8. możliwość odstąpienia od umowy;
 9. możliwość unieważnienia (odstąpienia) od umowy kredytowej;
 10. określenie urządzeń wspólnych, z których nabywca ma prawo korzystać, oraz warunki, na jakich będzie się to odbywać;
 11. czy istnieje możliwość uczestnictwa w systemie wymiany, ewentualne koszty tego uczestnictwa oraz dokument potwierdzający takie uczestnictwo;
 12. nazwa oraz dane znajdujące się w rejestrze handlowym dotyczące:
 - właściciela lub dewelopera;
 - zbywcy, ze wskazaniem jego stosunku prawnego z właścicielem lub deweloperem w chwili zawierania umowy;
 - nabywcy;
 - firmy świadczącej usługi dodatkowe;
 - strony trzeciej, która zajmować się będzie systemem wymiany; strona ta, jeżeli jest to osoba prawna, powinna mieć przedstawicielstwo w Hiszpanii;
 13. czas trwania, na jaki kreowane jest to prawo;
 14. prawo, jakie przysługuje nabywcy w zakresie możliwości sprawdzenia tytułu prawnego i obciążeń ciążących na danej nieruchomości, wymóg ujawnienia tego prawa oraz wpisu tego prawa do rejestru własności;
 15. data i miejsce podpisania umowy.⁷²

Brak którejkolwiek z tych informacji może skutkować nieważnością umowy, zgodnie z art. 1261 k.c. hiszpańskiego⁷³ w przypadku gdy brak tej informacji nie pozwala na określenie samego przedmiotu umowy.⁷⁴ W myśl bowiem art. 1261 ust. 2 k.c. hiszpańskiego „*nie ma umowy, gdy brak jest konkretnego (określenia)*

⁷² Ustawa 42/98, art. 9 ust. 1.

⁷³ Código Civil, z dnia 25 lipca 1889 r., Hiszpański Kodeks Cywilny.

⁷⁴ Orzeczenie sądu SAP w Madrycie (AC 2004, 834), z dnia 28 października 2004 r.

przedmiotu, który stanowi podstawę tejże umowy.”⁷⁵ W przypadku natomiast, gdy brak dotyczy informacji, które nie stanowią istotnych elementów umowy, wtedy nabywcy przysługuje prawo do rozwiązania umowy zgodnie z art. 10 Ustawy 42/98.⁷⁶ Ponadto, integralną część umowy stanowią inwentarz, warunki ogólne nie zawarte w umowie, jak również wszelkie postanowienia statutowe.⁷⁷ Integralną część umowy stanowi również prospekt informacyjny.⁷⁸

Prawa nabywcy

Zgodnie z art. 2 Ustawy 42/98 nieważne są postanowienia umowy, na mocy których nabywca zrzuca się praw, które przyznaje mu niniejsza ustawa.⁷⁹ Normy te mają co do zasady charakter imperatywny, z pewnymi wyjątkami, na które wskazuje sama ustawa. Nieważność klauzul, w których nabywca zrzuca się przysługujących mu praw, powoduje, iż wiele klauzul w umowach timesharingowych staje się nieważnych, szczególnie tych, które przewidują zwolnienie zbywcy z odpowiedzialności. W myśl art. 2 ust. 2 nieważne są postanowienia umowy, w następstwie których zbywca (organizator timesharingu, czyli właściciel, deweloper lub jakakolwiek inna osoba fizyczna lub prawna, która zajmuje się zawodowo przenoszeniem praw do czasowego korzystania z nieruchomości) zostaje zwolniony z obowiązków, które nakłada na niego ta ustawa.⁸⁰

Możliwość odstąpienia od umowy

W związku z faktem, iż na rynku usług timeshare dominowały bardzo agresywne techniki sprzedaży, ustawodawca zdecydował się przyznać stronie słabszej, czyli nabywcy uprawnienie do jednostronnego wycofania się z umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny. Uprawnienie to posiada tylko nabywca prawa do czasowego korzystania z nieruchomości. Jak to ujął sąd w Alicante w swoim orzeczeniu z dnia 17 października 2000 r., odnosząc się do organizatorów timesharingu: „*Ta forma zawierania umów, wskutek bardzo agresywnych technik sprzedaży niewątpliwie nie pozwala nabywcy podjąć rozsądnej i przemyślanej decyzji i prawidłowej*

⁷⁵ Art. 1261 KC hiszpańskiego: ‘No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

⁷⁶ Ustawa 42/98, art. 10.

⁷⁷ Orzeczenie sądu SAP w Cantabrii (AC 2004, 869), z dnia 24 maja 2004 r.

⁷⁸ Ustawa 42/98, art. 8.

⁷⁹ Tamże, art. 2.

⁸⁰ Tamże, art. 2 ust. 2.

oceny warunków tej umowy, dlatego też zapewnienie słabszej stronie prawa odstąpienia od umowy pozwoli jej na spokojną ocenę dokonanego wyboru i na ewentualne wycofanie się z tego stosunku zobowiązaniowego. Presja sprzedawcy, pośpiech, obietnice nagród, odizolowanie, naleganie na szybkie podpisanie dokumentów mogą zniekształcić obraz rzeczywistości i spowodować, iż zgoda udzielona w takich okolicznościach obciążona będzie wadą oświadczenia woli.”⁸¹ W efekcie, zgodnie z art. 10 Ustawy 42/98 nabywcy przysługuje prawo do odstąpienia od umowy bez podania przyczyny w ciągu 10 dni od jej podpisania przez obie strony, bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów. Termin dziesięciodniowy na odstąpienie (*tempus ad deliberandum*) wiąże się ściśle z prawem do informacji i jest instytucją charakterystyczną dla współczesnego prawa konsumenta. Pozwala konsumentowi na zastanowienie się nad zawartą umową, na ponowne przeanalizowanie jej treści i ewentualne wycofanie się z transakcji bez ponoszenia negatywnych konsekwencji. W razie skorzystania przez nabywcę ze swojego uprawnienia, umowa jest uważana za niezawartą, a nabywca nie ponosi odpowiedzialności względem zbywcy.⁸² W przypadku, gdy umowa nie zawierała danych, o których mowa w art. 9, oraz gdy obowiązki informacyjne wynikające z art. 8 dotyczące prospektu informacyjnego nie zostały spełnione oraz gdy prospekt wręczony nabywcy nie pokrywał się z tym archiwizowanym w rejestrze własnościowym⁸³, w takich przypadkach nabywcy przysługuje prawo do rozwiązania (*derecho de resolución*) umowy w ciągu 3 miesięcy od daty jej podpisania, bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów.⁸⁴ Jest to uprawnienie odmienne od prawa do odstąpienia (*derecho de desistimiento*), ale również od powództwa o unieważnienie umowy (*acción de nulidad*), przysługuje ono bowiem tylko nabywcy i warunkiem skorzystania z niego jest niedopełnienie obowiązku informacyjnego po stronie zbywcy, który to obowiązek zgodnie z ustawą na nim spoczywa.⁸⁵

Dodatkowo, w przypadku nieprawdziwości informacji przekazanej nabywcy, może on, oprócz odpowiedzialności karnej zbywcy i z zastrzeżeniem możliwości odstąpienia od umowy w ciągu 3 miesięcy, żądać unieważnienia umowy zgodnie z art. 1.300 w zw. z 1.261 KC hiszpańskiego, zgodnie z którym *w przypadku, gdy brak jest zgody stron, konkretnego przedmiotu, który stanowi przedmiot umowy lub brak jest*

⁸¹ Orzeczenie sądu SAP w Alicante (AC 2000, 2409), z dnia 17 października 2000 r.;

⁸² J. Loranc, *Timesharing w prawie polskim*, Rej. 2002, nr 11, s. 68 i nast.

⁸³ Orzeczenia sądu SSAP w Santa Cruz de Tenerife (JUR 2002, 18472), z dnia 23 września 2002 r., oraz (AC 1999, 4118), z dnia 13 lutego 1999 r.

⁸⁴ Ustawa 42/98, art. 10.

⁸⁵ Orzeczenia sądu SAP w Almería (AC 2004, 442), z dnia 5 lutego 2004 r., sądu SSAP w León (JUR 2004, 106618), z dnia 10 marca 2004 r., sądu w Burgos (AC 2007, 1634), z dnia 13 kwietnia 2007 r., oraz sądu w Madrycie (JUR 2007, 325698), z dnia 17 września 2007 r.

kauzy, umowa taka może zostać unieważniona, nawet w przypadku, gdy strony tej umowy nie poniosły szkody, pod warunkiem, iż oświadczenie dotknięte jest wadą oświadczenia woli, która pozwala unieważnić tę umowę zgodnie z prawem.⁸⁶

W kwestii odstąpienia od umowy hiszpańskie prawo nie przewiduje żadnych formalnych wymogów, niemniej jednak nabywca musi posiadać dowód dostarczenia tej informacji zbywcy, wraz z potwierdzeniem odbioru i datą wysłania.⁸⁷ W przypadku, gdy umowa sporządzona została przed notariuszem, odstąpienie również powinno zostać złożone z zachowaniem formy notarialnej.⁸⁸

Zakaz zaliczek

Zgodnie z art. 11 Ustawy 42/98 zakazane jest żądanie zapłaty z góry lub zaliczek od nabywcy przed upływem dziesięciodniowego *tempus ad deliberandum*, a także trzymiesięcznego terminu na odstąpienie od umowy z powodu uchybienia obowiązkom informacyjnym. U podstaw tego przepisu leży przekonanie, iż nabywca, który dokonał jakiegokolwiek płatności, ma większe trudności ze skorzystania ze swojego uprawnienia do odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania, niż gdyby takiej płatności nie dokonał.⁸⁹ Zakazane jest przyjmowanie jakiegokolwiek zaliczki, niezależnie od jej charakteru (*naturaleza*), czy też pochodzenia (*origen*). W orzecznictwie niejednokrotnie wskazuje się na fakt, iż stanowi naruszenie art. 11 Ustawy 42/98 zobowiązanie nabywcy w trakcie tego okresu do podpisania umowy kredytowej w celu sfinansowania nabycia prawa do czasowego korzystania z nieruchomości.⁹⁰ Niemniej jednak nie oznacza to, iż zbywca nie może sobie zastrzec w umowie gwarancji zapłaty ceny, pod warunkiem iż zastrzeżenie to nie będzie sprzeczne z zakazem wynikającym z art. 11, oznacza to np. że nie może to być rodzaj świadczenia wzajemnego.⁹¹ Naruszenie zakazu wynikającego z art. 11

⁸⁶ Art. 1.300. KC stanowi: 'Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.'

⁸⁷ Ustawa 42/98, art. 10 ust. 3: 'El desistimiento o resolución del contrato deberá notificarse al propietario o promotor en el domicilio que a estos efectos figure necesariamente en el contrato. La notificación podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como la fecha de su envío.'; Orzeczenia sądu SSAP Alicante (JUR 2002, 248623), z dnia 24 lipca 2002 r., sądu Las Palmas (JUR 2002, 261367), z dnia 13 lipca 2002 r., oraz tego samego sądu (JUR 2002, 259189), z dnia 27 maja 2002 r.

⁸⁸ Orzeczenie sądu SAP Castellón (AC 2002, 1065), z dnia 20 maja 2002 r.

⁸⁹ Orzeczenie sądu SAP w Valladolid (JUR 2003, 35404), z dnia 31 grudnia 2002 r.

⁹⁰ Orzeczenia sądu SAP w Valladolid (JUR 2003, 35404), z dnia 31 grudnia 2002 r., sądu w Castellón (AC 2002, 1065), z dnia 20 maja 2002 r., sądu w Cantabria (AC 2004, 869), z dnia 24 maja 2004 r., sądu w Barcelonie (JUR 2007, 330957), z dnia 3 września 2007 r.

⁹¹ Orzeczenie sądu SAP w Las Palmas, (AC 2003, 1928), z dnia 22 listopada 2003 r.

ust. 1 Ustawy 42/98 nie pociąga za sobą nieważności umowy, ale zastosowanie ma wówczas art. 11 ust. 2, zgodnie z którym, w przypadku gdy nabywca dokonał jakiegokolwiek płatności, przysługuje mu prawo do żądania zwrotu tej kwoty w podwójnej wysokości, mając możliwość wyboru pomiędzy rozwiązaniem umowy w ciągu kolejnych 3 miesięcy albo żądaniem jej wykonania. Jak zostało to wskazane przez sąd w Las Palmas, w orzeczeniu (AC 2003, 1928) z dnia 22 listopada 2003 r., sankcją w tym przypadku, podobnie jak w sytuacji uchybienia w zakresie obowiązku informacji nie może być nieważność bezwzględna umowy. Byłoby to sprzeczne z celem ochronnym tych uregulowań, gdyż nabywca byłby tylko chroniony przepisami ustawy w sytuacji zawarcia umowy ważnej, natomiast w sytuacji niedopełnienia obowiązków po stronie zbywcy umowa byłaby nieważna z mocy prawa, nawet gdyby sam nabywca tego nie żądał.⁹²

Bardzo często zdarza się tak, że umowa o nabycie prawa do czasowego korzystania z nieruchomości jest powiązana z umową kredytową (kredytu udzielonego przez organizatora timesharingu, czy przyrzeczonego nabywcy na mocy porozumienia między organizatorem timesharingu a osobą trzecią). Umowy te tworzą *unctim* w ten sposób, iż skorzystanie z prawa odstąpienia od umowy o nabycie prawa do czasowego korzystania z nieruchomości powoduje taki sam skutek w zakresie umowy kredytu, na nabywcy nie mogą wynikać żadne obciążenia z tego tytułu.⁹³ Kwestię tę w prawie hiszpańskim reguluje art. 12 Ustawy 42/98.⁹⁴

Uprawnienie właściciela

Należy wspomnieć również o uprawnieniu właściciela nieruchomości wynikającym z art. 13 Ustawy 42/98⁹⁵ Zgodnie z tym artykułem właściciel uprawniony jest do rozwiązania umowy w przypadku, gdy uprawniony do korzystania z nieruchomości zalega z opłatami z tytułu świadczonych usług co najmniej 1 rok, pomimo wezwania go do dokonania tej płatności.

Prawo właściwe

Zgodnie z dyspozycją drugą przepisy Ustawy 42/98⁹⁶ stosuje się do umów o nabycie prawa do czasowego korzystania z jednej lub więcej nieruchomości położonych na terenie Hiszpanii w oznaczonym czasie każdego roku, niezależnie od miejsca i daty podpisania umowy.⁹⁷ Dotyczy to sytuacji, gdy umowa kreuje

⁹² Orzeczenie sądu SAP w Las Palmas, (AC 2003, 1928), z dnia 22 listopada 2003 r.

⁹³ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 351.

⁹⁴ Ustawa 42/98, art. 12.

⁹⁵ Tamże, art. 13.

⁹⁶ Ustawa 42/98, disposición segunda.

⁹⁷ Tamże, disposición segunda.

ograniczone prawo rzeczowe (*derecho real limitado*), gdyż zastosowanie ma wówczas łącznik *lex rei sitae*.⁹⁸ Natomiast w przypadku, gdy umowa tworzy stosunek obligacyjny między stronami, czyli jest to umowa najmu, do tego stosunku prawnego zastosowanie może mieć art. 16 Konwencji z Lugano, który reguluje kwestie dotyczące jurysdykcji wyłącznej i zgodnie z którym, niezależnie od miejsca zamieszkania stron, w sprawach, których przedmiotem są prawa rzeczowe oraz najem (...) – jurysdykcję sprawują sądy Umawiającego się Państwa, w którym nieruchomość jest położona.⁹⁹ W sytuacji umowy najmu dodatkowo zastosowanie może również mieć art. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych, który dotyczy kwestii swobody wyboru prawa właściwego przez strony. Zgodnie z punktem 1 tego artykułu, umowa podlega prawu wybranemu przez strony.¹⁰⁰ Większość przedstawicieli środowisk prawniczych w Hiszpanii skłania się jednak ku pogładowi, iż jurysdykcję w przypadkach umowy najmu również będzie miał sąd miejsca położenia nieruchomości, czyli w przypadku, gdy przedmiot umowy najmu będzie nieruchomość położona na terytorium Hiszpanii, będzie to sąd hiszpański.¹⁰¹

Przepisy końcowe

Zgodnie z postanowieniem drugim przepisów przejściowych ustawy 42/98 ma ona moc wsteczną, poddając strony umowy timesharingowej reżimowi tej ustawy, niezależnie od daty podpisania umowy. Ponadto, stosunki prawne powstałe na bazie przepisów obowiązujących przed dniem wejścia w życie przedmiotowej ustawy należy zmodyfikować w ten sposób, aby ich treść nie pozostawała w sprzeczności z normami zawartymi w niej.

⁹⁸ G. A. García, *La protección de los consumidores respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio*, El Consultor Inmobiliario, nr 92, 2008, s. 31.

⁹⁹ Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, sporządzona w Lugano z dnia 16 września 1988 r. (Dz. U. z dnia 18 lutego 2000 r.) art. 16: „Niezależnie od miejsca zamieszkania jurysdykcję wyłączną mają: 1.a) w sprawach, których przedmiotem są prawa rzeczowe na nieruchomościach oraz najem lub dzierżawa nieruchomości – sądy Umawiającego się Państwa, w którym nieruchomość jest położona”.

¹⁰⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) art. 3: „Swoboda wyboru prawa, 1. Umowa podlega prawu wybranemu przez strony. Wybór prawa jest dokonany wyraźnie lub w sposób jednoznaczny wynika z postanowień umowy lub okoliczności sprawy. Strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla całej umowy lub tylko dla jej części.”

¹⁰¹ G. A. García, *La protección de los consumidores respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio*, El Consultor Inmobiliario, nr 92, 2008, s. 31.

Porównanie rozwiązań przyjętych w polskiej ustawie i ustawie hiszpańskiej

W okresie poprzedzającym transpozycję dyrektywy 94/47, zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii zastosowanie do tego typu umów miały ogólne zasady prawa umów, określone w kodeksie cywilnym polskim i hiszpańskim, szczególnie w zakresie wad oświadczenia woli oraz czynności zmierzających do unieważnienia umowy i odstąpienia od niej. Dodatkowo, w przypadku Hiszpanii zastosowanie mogła również mieć Ustawa nr 26/1984 z 19 lipca 1984 r. o ochronie konsumenta, a następnie Ustawa 1/2007 z dnia 16 listopada 2007 r., ją zmieniająca,¹⁰² oraz w zakresie obowiązku informacyjnego Dekret królewski 515/1989 o sprzedaży i najmie nieruchomości.¹⁰³ Po wdrożeniu przepisów dyrektywy, w Polsce umowy timesharingowe reguluje ustawa z dnia 13 lipca 2000 r.,¹⁰⁴ w Hiszpanii natomiast Ustawa 42/98.

Zakres zastosowania

W przypadku ustawy polskiej mowa jest o nabywcy, przez co rozumie się osobę fizyczną, zawierającą umowę poza zakresem prowadzonej działalności gospodarczej. W przypadku ustawy hiszpańskiej, jest mowa o konsumencie, przy czym w Ustawie brak jest jego definicji. Zgodnie z linią orzecniczą zastosowanie ma tu definicja z ustawy 26/1984 z dnia 19 lipca 1984 r. o ochronie konsumenta, zgodnie z którą konsumentem może być zarówno osoba fizyczna, jak i prawna. Dyrektywa 94/47 mówi również o zbywcy prawa timeshare, w tym przypadku polska ustawa posługuje się pojęciem przedsiębiorcy. Ustawa hiszpańska precyzuje natomiast zbywcę tego prawa i określa, iż jest to właściciel, deweloper lub

¹⁰² Ley 26/1984, z dnia 19 lipca 1984 r., General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników – zastąpiona przez – Ley TRLGDCU – Real Decreto Legislativo 1/2007, z dnia 16 listopada 2007 r., la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias – Ustawa o ochronie konsumentów i użytkowników oraz inne przepisy uzupełniające.

¹⁰³ El Decreto Real 515/1989, z dnia 21 kwietnia 1989 r., sobre protección de los consumidores en cuanto a la Información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de Viviendas – Dekret królewski o ochronie konsumenta w zakresie obowiązku informacyjnego w umowach najmu i sprzedaży nieruchomości.

¹⁰⁴ Ustawa z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustawy Kodeks Cywilny, kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2000 r., Nr 74, poz. 855).

jakakolwiek inna osoba fizyczna lub prawna, która zajmuje się zawodowo przenoszeniem praw do czasowego korzystania z nieruchomości.¹⁰⁵

Odnosnie charakteru prawnego przenoszonego prawa, jak zostało to już wspomniane na wstępie, sama dyrektywa tego nie precyzuje. Zgodnie z ustawą hiszpańską, prawo to może przybrać formę ograniczonego prawa rzeczowego, lub może mieć charakter obligacyjny i stanowić umowę najmu. Prawo polskie nadaje takiemu prawu postać prawa osobistego, w tym wierzytelności, albo prawa rzeczowego, w szczególności użytkowania.

Polska ustawa nie precyzuje minimalnego okresu w trakcie roku, na jaki takie prawo może zostać ustanowione, w przypadku Hiszpanii mowa jest o co najmniej 7 dniach.

Instrumenty ochrony konsumenta

Zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii na zbywcy prawa timeshare ciąży obowiązek dostarczenia prospektu informacyjnego, z enumeratywnie wyszczególnionymi w ustawach informacjami, który to prospekt następnie stanowi integralną część umowy. Umowa o nabycie prawa timeshare powinna być stwierdzona na piśmie, zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii, dodatkowo w Polsce może być zastrzeżona inna forma szczególna. Sankcją za niedochowanie obowiązku zawarcia umowy na piśmie jest nieważność umowy w Polsce, w Hiszpanii w tego typu sytuacji nabywca nie jest związany umową i może ją rozwiązać lub w określonym terminie od niej odstąpić. W obu krajach umowa powinna być sporządzona, zgodnie z wolą nabywcy, w języku urzędowym państwa, w którym osoba ta ma miejsce zamieszkania lub którego jest obywatelem, dodatkowo w Hiszpanii, nabywca, który nie jest obywatelem tego kraju, może żądać tłumaczenia w języku innego dowolnego państwa Unii Europejskiej. W przypadku, gdy umowa nie została sporządzona w języku właściwym, zgodnie z polską ustawą nabywca ma prawo do odstąpienia od umowy w terminie 3 miesięcy od doręczenia mu dokumentu umowy, podobne uprawnienie ma nabywca w Hiszpanii.¹⁰⁶

Zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii, nabywca może odstąpić od umowy bez podania przyczyny w terminie 10 dni, w Polsce termin ten jest liczony od doręczenia mu dokumentu umowy, w Hiszpanii od daty podpisania umowy. W obu krajach sankcją za niedochowanie obowiązku informacyjnego jest przedłużenie terminu dla nabywcy na skorzystanie ze swojego prawa do odstąpienia od umowy.

¹⁰⁵ H. Schulte – Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Uniwersytet Bielefeld, luty 2008, s. 478.

¹⁰⁶ Tamże, s. 479.

W przypadku braku doręczenia nabywcy na piśmie uzupełnienia zawierającego brakujące dane i informacje, termin 10 dni ulega przedłużeniu o trzy miesiące, dotyczy to zarówno Polski, jak i Hiszpanii.

W Polsce formalnym wymogiem na skorzystanie ze swojego prawa do odstąpienia jest wysłanie na wskazany adres oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy i musi to mieć miejsce przed upływem tego terminu. W Hiszpanii nie ma żadnych formalnych wymogów, niemniej jednak nabywca musi posiadać dowód dostarczenia tej informacji zbywcy, wraz z potwierdzeniem odbioru i datą wysłania.

W obu krajach zbywca nie może przyjmować od nabywcy żadnych świadczeń określonych w umowie przed terminem do odstąpienia od umowy. W Hiszpanii strony dodatkowo mogą porozumieć się co do ustanowienia gwarancji, iż płatność ta zostanie dokonana.

Przepisy zarówno ustawy hiszpańskiej, jak i polskiej stanowią, iż w przypadku, gdy wynagrodzenie dla zbywcy ma zostać spełnione z wykorzystaniem kredytu, bądź to udzielanego przez zbywcę, albo na podstawie porozumienia kredytowego z nim, odstąpienie od umowy jest skuteczne także wobec umowy kredytu zawartej przez nabywcę.

Dyrektywa 2008/122 Parlamentu Europejskiego i Rady

W Hiszpanii trwają już prace nad zmianą obecnej Ustawy 42/98,¹⁰⁷ co jest spowodowane obowiązkiem transpozycji nowej dyrektywy 2008/122 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 stycznia 2009 r.,¹⁰⁸ która będzie obowiązywać we wszystkich krajach Unii Europejskiej od dnia 23 lutego 2011 r. Prace nad nową dyrektywą zostały podjęte, gdyż w opinii Parlamentu Europejskiego w obecnie obowiązującej dyrektywie są luki prawne oraz na rynku funkcjonują produkty podobne w swym zakresie do umów timesharingowych, których nabywca nie może

¹⁰⁷ P.A. Bernat, *Studio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona 2009, nr 10, s. 1 i nast.; M. I. Rey, *La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE*, Negocios nr 222, marzec 2009.

¹⁰⁸ Dyrektywa 2008/122 Parlamentu Europejskiego i Rady, z dnia 14 stycznia 2009 r., w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany, Dz. U. UE. L. 09.33.10 (zwana dalej Dyrektywą 2008/122).

jednak korzystać z ochrony przewidzianej w obecnej dyrektywie, gdyż przepisy nie obejmują tego typu umów.¹⁰⁹

Dyrektywa 2008/122 rozszerza obowiązujące dotychczas przepisy i wprowadza nowe pojęcia, takie jak:

- „umowa timeshare” – jest to umowa zawarta na ponad rok, na podstawie której nabywca odpłatnie uzyskuje prawo do korzystania z co najmniej jednego noclegowego miejsca zakwaterowania przez ponad jeden okres korzystania;
- „umowa o długoterminowy produkt wakacyjny” – umowa zawarta na ponad rok, na podstawie której nabywca za opłatą uzyskuje prawo głównie do otrzymywania zniżek lub innych korzyści związanych z zakwaterowaniem wraz z usługami związanymi z podróżą lub innymi usługami lub bez takich usług;
- „umowa odsprzedaży” – obejmuje sytuacje, gdy zbywca za opłatą udziela nabywcy pomocy w sprzedaży lub kupnie prawa z umowy timeshare lub długoterminowego produktu wakacyjnego;
- „umowa wymiany” – umowa, na mocy której nabywca za opłatą przystępuje do systemu wymiany, który umożliwia mu dostęp do noclegowego miejsca zakwaterowania lub innych usług w zamian za udzielenie innym osobom czasowego dostępu do korzyści dotyczących praw wynikających z jego umowy timeshare.¹¹⁰

Dyrektywa 2008/122/WE wprowadza także możliwość wymiany i odsprzedaży praw w ramach timeshare i skraca minimalny czas trwania umowy z 3 lat do przynajmniej 1 roku. Po stronie przedsiębiorcy powstał obowiązek dostarczenia na piśmie pełnej informacji na temat oferty jeszcze przed podpisaniem umowy. Natomiast sama umowa powinna zawierać standardowy formularz informacyjny oraz formularz odstąpienia od umowy.¹¹¹

Dyrektywa 2008/122 wydłuża do 14 dni kalendarzowych termin do odstąpienia od umowy i termin ten będzie jednolity we wszystkich krajach Unii Europejskiej. Termin odstąpienia od umowy biegnie natomiast od dnia zawarcia

¹⁰⁹ P.A. Bernat, *Studio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona 2009, nr 10, s. 1 i nast.

¹¹⁰ P.A. Bernat, *Studio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona 2009, nr 10, s. 1 i nast.

¹¹¹ Tamże, s. 44.

umowy lub wiążącej umowy przedwstępnej, lub od dnia, w którym nabywca otrzymał umowę lub wiążącą umowę przedwstępną, jeśli dzień ten nastąpił po dniu zawarcia umowy lub wiążącej umowy przedwstępnej.¹¹²

Termin odstąpienia upływa natomiast po 1 roku i 14 dniach kalendarzowych od dnia zawarcia umowy lub wiążącej umowy przedwstępnej, jeśli osobny standardowy formularz odstąpienia od umowy nie zostanie wypełniony przez zbywcę i dostarczony nabywcy na piśmie, w formie papierowej lub na innym trwałym nośniku, lub po 3 miesiącach i 14 dniach kalendarzowych od dnia zawarcia umowy lub wiążącej umowy przedwstępnej, jeżeli informacje wymagane w części 3 standardowego formularza informacyjnego, w tym sam standardowy formularz informacyjny, nie zostały dostarczone nabywcy na piśmie, w formie papierowej lub na innym trwałym nośniku.¹¹³

Wprowadzony został również zakaz pobierania wszelkich zaliczek, udzielania gwarancji, blokady środków pieniężnych na rachunku czy wyraźnego uznawania długu nabywcy na rzecz zbywcy przed upływem terminu do odstąpienia od umowy. Przy umowach o długoterminowy produkt wakacyjny zapłata dokonywana jest w systemie ratalnym. Jakakolwiek forma płatności ceny określonej w umowie inna niż system ratalny jest zakazana. Wszelkie opłaty dzielone są na roczne raty o równej wartości (pisemne wezwanie do zapłaty, na papierze lub innym trwałym nośniku, przynajmniej 14 dni kalendarzowych przed każdym terminem płatności). Począwszy od drugiej raty, nabywca może rozwiązać umowę bez jakichkolwiek sankcji za wypowiedzeniem złożonym zbywcy w terminie 14 dni kalendarzowych od otrzymania wezwania do zapłaty danej raty. Prawo to pozostaje bez wpływu na prawo do rozwiązania umowy określone w obowiązującym prawodawstwie krajowym.¹¹⁴

Celem ustawodawcy europejskiego było zwiększenie zaufania do tego typu usług oraz zapewnienie równie wysokiego poziomu ochrony konsumenta we wszystkich krajach Unii Europejskiej.¹¹⁵ Nowa dyrektywa ma na celu zwiększenie ochrony konsumentów na rynku umów timesharingowych oraz umów o długoterminowy produkt wakacyjny, nakładając tym samym równe obowiązki po stronie sprzedawców obu tych usług.¹¹⁶

¹¹² Tamże, s. 48.

¹¹³ P.A. Bernat, *Studio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona 2009, nr 10, s. 35.

¹¹⁴ Tamże, s. 38.

¹¹⁵ Tamże, s. 46.

¹¹⁶ M. I. Rey, *La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE*, Negocios nr 222, marzec 2009, s. 19.

TIMESHARE REGULATION IN SPAIN

Timeshare purchasing has become an increasingly popular method of holiday planning. Timesharing is generally described and understood by lay purchasers as the purchase of a week or more stay in a recreational or resort property. The purchaser of such a right is entitled to use, occupy and possess the property during those weeks and for the corresponding weeks in subsequent years.

Notwithstanding this general understanding of timeshare right by lay purchasers, timesharing presents some unique and interesting problems. This legal and business problems arise because timesharing is a relatively new industry and focuses mainly on time. Timeshare right intends to convert time into a tangible marketable commodity – a commodity sold in fifty-two week slices.¹

This form of holiday planning appeals both to developers and vacationers because of the steady demand for vacation housing and the flexibility offered by this institution. This flexibility can be achieved because purchasers of such a timeshare right may exchange blocks of time with other timeshare purchasers – not only within their own resort, but also with timeshare holiday makers from resorts in other areas and even countries.

As the timeshare industry has developed, some particular problems have been identified. Deceptive sales practices, inept management, and a shortage of buyer protection instruments have destroyed the industry's image and encouraged the public pressure for increased regulation in many European countries and on the European level.

As a result, the European Parliament and the Council put forward Directive 94/47/EC of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis. Directive 94/47 has been transposed in Spain with Law 42/98 of December 15, on timesharing rights on immovable goods for tourist use and taxation norms.

The aim of this article is to present Spanish Law 42/98 of December 15, on timesharing rights on immovable goods for tourist use and taxation norms.

The article begins with the reference to the scope of application, the description of the purchaser and the vendor, and the legislative techniques to introduce them. Next, there is a definition of the contracts falling into the scope of Law 42/98 and the basic assumptions of them (the length of time, the payment

¹ M. L. Savage, C. M. Lancaster i N. C. Bougopoulos, *Time Share Regulation: the Wisconsin Model*, Marquette Law Review 1994, vol. 77 s. 721–722.

of a certain global price, a real property right or any other right relating to the use of one or more immovable properties for a specified or specifiable period of the year.) Spanish law differs on one essential point: it establishes two ways of creating the right: a right *in rem*, or as rent of a house for some seasons under some special conditions.

The next part focuses on the consumer protection instruments. Firstly, they are information duties with the information document. The vendor must be required to provide any person asking for information with a document, which contains a general description of the immovable property along with at least brief and accurate information on certain details listed in Law 42/98. Secondly, there are also some obligatory items which the contract must include. Thirdly, reference is made to the requirements with regard to form and language of the information document and the contract, together with the sanctions for non-compliance of them. Fourthly, the right of withdrawal is discussed, that the contract must include information on the right to withdraw from the contract, on the withdrawal period and formal requirements for exercising this right. Fifthly, the issue of prohibition of advance payments before the end of the withdrawal period is addressed. The article also provides some information with regard to private international law.

Finally, there is a comparison of the legal solutions adapted in Polish Law transposing directive 94/47 with the solutions offered by Spanish Law.

The last part of the article gives an overview of the new directive 2008/122 replacing the directive 94/47 and explains how the new directive differs from the old one.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Joanna Łukaszyk ■

KIERUNKI ZMIAN SZWAJCARSKIEGO PRAWA SPADKOWEGO

1. Wstęp

Dokonująca się w Polsce reforma prawa cywilnego obejmująca nawet prace nad stworzeniem nowego kodeksu cywilnego poddała niezbędnym zmianom także prawo spadkowe (poszerzono krąg spadkobierców ustawowych o dziadków spadkodawcy oraz pasierbów). Przemiany wynikły przede wszystkim z potrzeby rewizji założeń nie tylko prawa spadkowego, ale i całego prawa cywilnego, nierozzerwalnie związanych ze zmianą ustroju społeczno-gospodarczego. Nadmienić należy, że prawo spadkowe przechodziło ewolucję również w państwach zachodnich. Jednym z takich państw jest Szwajcaria, której kodeks cywilny stał się wzorcem dla wielu innych ustawodawstw. Z tego też względu warto przyjrzeć się, w jakim kierunku podążały zmiany szwajcarskiego prawa spadkowego.

2. Założenia systemowe szwajcarskiego prawa spadkowego

Szwajcarskie prawo spadkowe stanowi trzecią część kodeksu cywilnego. Szwajcarski kodeks cywilny uchwalony w 1907 r. (a obowiązujący od 1912 r.)¹ szczyty się mianem kodyfikacji modelowej, stanowiącej wzorzec dla wielu systemów prawa cywilnego i jest ostatnim kodeksem tzw. wielkich kodyfikacji. O popularności

¹ Ustawa z dnia 10.10.1907 r. (AS 24 233), dalej ZGB.

i adekwatności tego aktu do ówczesnych rozwiązań prawnych świadczy zakres jego ekspansji, obowiązywał nie tylko na terytorium Szwajcarii, lecz został recypowany przez Turcję w 1927 r. i stał się wzorem m.in. dla Austrii, Szwecji, Czechosłowacji i Polski²; również projekt francusko-włoskiego kodeksu zobowiązań z 1927 r. opierał się na założeniach przyjętych w szwajcarskim kodeksie cywilnym. ZGB obejmował swoim zakresem całe prawo cywilne (z pewnymi odrębnościami – rolę części ogólnej pełni prawo osobowe, poza kodeksem znalazło się natomiast prawo zobowiązań; zakresem regulacji objęto zatem: prawo osobowe, prawo rodzinne, prawo spadkowe oraz prawo rzeczowe), a w zakresie prawa spadkowego zawierał wiele regulacji odnoszących się do dziedziczenia umownego. Dokonane w stosunku do pierwotnego brzmienia kodeksu zmiany dotyczyły m.in. zrównania praw zstępnych w dziedziczeniu (30.06.1972, AS 1972 2819 oraz 25.06.1976, AS 1977 237), zmiany w zakresie dziedziczenia przez małżonka (5.10.1984, AS 1986 122), prawa małżeńskiego, obowiązków z tytułu opieki wobec krewnych (26.06.1998, AS 1999 1118), środków ochrony dziecka przy adopcji międzynarodowej (22.06.2001, AS 2002 3988), prawa dziedziczenia żyjącego małżonka (5.10.2001, AS 2002 269), rejestrowanych partnerów tej samej płci (18.06.2004, AS 2005 5685).

Jedną z cech kodeksu jest jego lakoniczność, która wydaje się być celowym zabiegiem legislacyjnym wynikającym z intencji ustawodawcy powierzenia zadania uzupełnienia ewentualnych luk organom orzeczniczym zgodnie z zasadami pandektystyki i szkoły wolnego prawa. Przyjęcie takiego rozwiązania umożliwiłoby sędziemu uzupełnianie treści kodeksu, tak jakby był ustawodawcą (art. 1A ZGB)³. Wykładnia dokonywana przez szwajcarski Sąd Najwyższy⁴ ma w związku z tym specyficzny charakter, gdyż opiera się nie tylko na analizie obowiązujących norm prawnych, ale również w pewnym stopniu na tezach z piśmiennictwa.

Ochrona dziedziczenia uregulowana jest w trzeciej części szwajcarskiego kodeksu cywilnego (ZGB). Należy podkreślić, że prawo spadkowe stanowi bardzo ważną część szwajcarskiego porządku prawnego – głównie z uwagi na fakt, że Szwajcaria jest bardzo popularnym terytorium alokacji kapitału. Niesie to ze sobą konieczność prawnych rozwiązań losów majątku w przypadku śmierci właściciela-obcokrajowca.

Doniosłą zasadą szwajcarskiego prawa spadkowego jest swoboda dokonywania rozporządzeń. Jest ona charakterystyczna dla systemów prawa spadkowego przewidujących obok tradycyjnych porządków dziedziczenia (ustawowego

² M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, PWN, Warszawa 1994, s. 415.

³ Szwajcarski kodeks cywilny zmierza w pewnym stopniu w stronę systemów *common law* (z uwagi na prawotwórczą rolę orzeczeń sędziowskich).

⁴ Schweizerisches Bundesgericht, dalej BGer.

i testamentowego) także i dziedziczenie umowne, jest zasadą o szerszym zakresie niż tylko zasada swobody testowania z jednej strony lub tylko zasada swobody umów – z drugiej. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że szwajcarskie prawo spadkowe przewiduje powołanie do dziedziczenia, po pierwsze, na podstawie ustawy (*gesetzliche Erbfolge*), oraz po drugie – świadomie wyrażonej woli (*gewillkürte Erbfolge*); ta druga kategoria obejmuje zarówno powołanie na podstawie testamentu, jak i umowy.

Szwajcarskie prawo spadkowe opiera się na systemie rezerwy, która determinuje charakter całego prawa spadkowego w tym kraju. Funkcjonowanie systemu części obowiązkowej nie oznacza ograniczenia jej jedynie do roszczeń przysługujących w przypadku wyłączenia od dziedziczenia spadkobierców ustawowych, lecz stanowi granicę dopuszczalnej swobody spadkodawcy, polegającą na wyłączeniu z góry możliwość dysponowania przez niego *częścią obowiązkową* (*nierozporządzalną*) spadku. W ten sposób swoboda dokonywania rozporządzeń w prawie szwajcarskim ma charakter warunkowy, uzależniony od istnienia spadkobierców koniecznych. System części obowiązkowej kreuje w sposób pełniejszy niż np. system zachowku sytuację prawną uprawnionych, którzy po pierwsze, posiadają status spadkobierców (koniecznych), a nie tylko uprawnionych do otrzymania określonej części majątku spadkowego. Po drugie, rezerwa jest roszczeniem o udział w spadku – a nie, jak w przypadku zachowku, roszczeniem pieniężnym obliczanym na podstawie udziału spadkowego, który przysługiwałby przy dziedziczeniu ustawowym. Należy jednak zwrócić uwagę, iż przyjęcie systemu części obowiązkowej niesie ze sobą pewne ograniczenia, i to nie tylko w zakresie swobody dokonywania rozporządzeń, o czym już wyżej wspomniano, ale również z uwagi na rozdrabnianie majątków na skutek podziału spadku między spadkobierców koniecznych.

Biorąc pod uwagę kryterium sposobu powołania do dziedziczenia, dziedziczenie w ramach systemu części obowiązkowej (np. rezerwy szwajcarskiej) określane jest niekiedy jako trzeci sposób powołania do dziedziczenia⁵. Pogląd ten został jednak odrzucony głównie ze względu na to, że prawo do części obowiązkowej nie przekłada się na żaden określony udział spadkowy (pomijając oczywiście przypadki, w których spadkobierca konieczny powołany zostaje do dziedziczenia na podstawie ustawy lub rozporządzenia spadkodawcy). W tym przypadku mówić można jedynie o gwarantowanym konstytucyjnie abstrakcyjnym prawie dziedziczenia, w żadnym wypadku nie powstaje konkretne prawo dziedziczenia określonych podmiotów. To abstrakcyjne prawo dziedziczenia jest oparte na konstrukcji pewnego „oczekiwania prawnego” (ekspektatywy prawa podmiotowego).

⁵ Berner Kommentar, P. Weimar (red.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht*, Stampfli Verlag AG, Bern 2000, s. 9.

Jednocześnie stanowi – w określonych okolicznościach – podstawę do wniesienia powództwa konstytutywnego (*Gestaltungsklagerecht* z art. 522 ZGB) w postaci roszczenia o obniżenie wysokości dokonanych rozporządzeń (*Herabsetzungsklage*). Roszczenie przyznane jest przez ustawodawcę spadkobiercom koniecznym, a zatem uprawnionym do otrzymania określonej części spadku bez względu na dyspozycje podjęte przez spadkodawcę. Jego celem jest zagwarantowanie spadkobiercom udziałów w ustalonej wysokości na wypadek, gdyby rozporządzenie spadkodawcy na wypadek śmierci zawierało przysporzenia dla kilku uprawnionych, a których wykonanie mogłoby zagrozić przekroczeniem zakresu swobodnej dyspozycji spadkodawcy, a zatem prowadziłoby do naruszenia części nie podlegającej rozrządzeniom. W takim przypadku spadkobiercy konieczni mogą żądać obniżenia przysporzeń w taki sposób, aby zostały im zagwarantowane udziały odpowiadające części obowiązkowej. Jeśli natomiast przysporzenia naruszające część rozporządzalną spadku zostałyby dokonane na rzecz uprawnionych do zachowku spadkobierców (a zatem spadkobierców koniecznych), obniżeniu podlegają dokonane przysporzenia w jednakowym stopniu (o ile spadkodawca nie zarządzi inaczej) i dotyczą kwot, które przekraczają wartość ich zachowków (tak art. 522, 523 ZGB).

Zmniejszeniu podlegają przede wszystkim rozporządzenia na wypadek śmierci, dopiero w następnej kolejności innego rodzaju przysporzenia *inter vivos* dokonane przez spadkodawcę:

1. przysporzenia podlegające zaliczeniu na udział spadkowy (jak np. prezenty ślubne), o ile nie podlegają wyrównaniu,
2. odszkodowania pełniące rolę odstępnego w przypadku zbycia udziału spadkowego,
3. darowizny podlegające odwołaniu przez spadkodawcę lub dokonane podczas ostatnich pięciu lat przed śmiercią spadkodawcy (z wyjątkiem prezentów okolicznościowych),
4. zbycie składników majątku dokonane przez spadkodawcę w celu obejścia ograniczeń w dysponowaniu majątkiem.

Zmniejszeniu podlegają również roszczenia wynikające z ubezpieczenia na wypadek śmierci spadkodawcy, a także prawa użytkowania spadku lub renta (obciążająca spadek).

Roszczenie o zmniejszenie⁶ przedawnia się z upływem roku od dnia, w którym spadkobiercy dowiedzieli się o naruszeniu ich praw (a w każdym przypadku

⁶ Podobne roszczenie funkcjonuje również w polskim prawie cywilnym – w przypadku obciążenia spadkobiercy obowiązane do zaspokojenia roszczeń z tytułu zachowku zapisami lub poleceniami, spadkobierca może domagać się odpowiedniego zmniejszenia zapisów i poleceń (art. 1003 k.c.).

z upływem dziesięciu lat od chwili otwarcia spadku – przy rozporządzeniach ostatniej woli lub od chwili śmierci spadkodawcy – przy innych przysporzeniach). Przyjęcie dziesięcioletniego okresu przedawnienia powoduje w tym wypadku stan obawy co do sytuacji prawnej majątków znajdujących się w obrocie cywilnoprawnym.

Kolejną zasadą, na której – obok swobody dokonywania rozporządzeń – opiera się prawo spadkowe, jest zasada uprzywilejowania rodziny w dziedziczeniu (*die Erbberchtigung der Familie*). Stanowi ona główne kryterium doboru kręgu spadkobierców ustawowych, w obrębie których następuje dziedziczenie (małżonek, zstępni, wstępni oraz zstępni wstępnych). Zasada uprzywilejowania rodziny wyklucza od dziedziczenia dalszych krewnych spadkodawcy.

3. Rozwój uprawnień spadkowych wybranych spadkobierców ustawowych

3.1. Zstępni spadkodawcy

Zstępni spadkodawcy są najważniejszą grupą dziedziczących krewnych. Obowiązki zasady uprzywilejowania rodziny przy dziedziczeniu nie oznacza jednak, że uprawnieniami prawno-spadkowymi objęte były w jednakowym zakresie wszystkie podmioty zaliczane do kategorii zstępnych. W prawie szwajcarskim nierówność praw zstępnych w dziedziczeniu przewidywał nieobowiązujący obecnie art. 461 ZGB. Reforma prawa rodzinnego (w zakresie praw dziecka) przyniosła ze sobą zmiany prawa spadkowego w zakresie traktowania dzieci nie pochodzących z małżeństwa⁷. Po spadkodawcy, który zmarł przed 1 stycznia 1978 r., dziedziczyło dziecko, jeśli było uznane przez ojca lub jeśli ojcostwo było potwierdzone sądownie. Nawet w takiej sytuacji dziecko pozamałżeńskie otrzymywało dziedzicząc w zbiegu ze zstępnymi spadkodawcy pochodzącymi z małżeństwa tylko połowę udziału. Jeśli spadkodawca zmarł po dniu 1 stycznia 1978 r., to z mocy ustawy między nim a dzieckiem pozamałżeńskim istnieje pełne i wzajemne prawo dziedziczenia⁸.

Podobna nierówność utrzymywała się przez długi okres w odniesieniu do przysposobionych. Dziedziczenie zstępnych przysposobionych było możliwe

⁷ Ustawa z dnia 25 czerwca 1976 r. o zmianie ustawy Kodeks Cywilny (BG ueber die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches); AS 1977 237, BBl. 1974 II. Podobna nierówność utrzymywała się również w innych systemach prawnych, np. prawie niemieckim i austriackim.

⁸ *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch II. Art. 457–977 ZGB*, Helbing&Lichtenhahn, Basel 2003, s. 30.

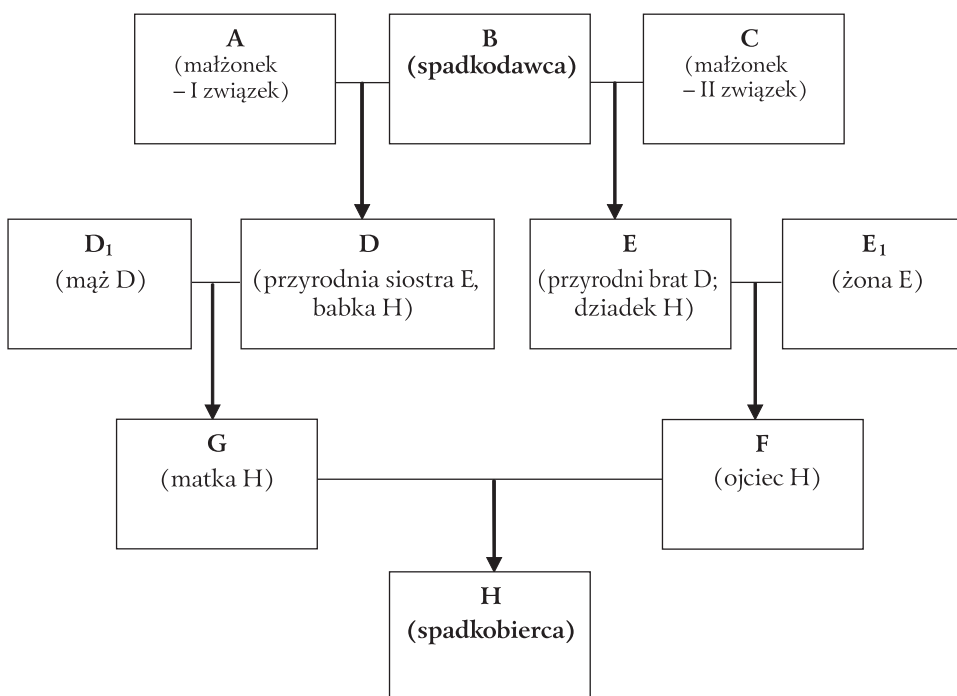
do lat 70-tych XX w. w pełnym zakresie tylko w przypadku, gdy zstępnych i wstępnych łączyła więź biologiczna. W prawie szwajcarskim nierówność dotyczyła dzieci przysposobionych do dnia 1 kwietnia 1973 r.⁹ Adopcja dokonana po tej dacie skutkowała istnieniem między przysposobionym a przysposabiającym pełnego prawa dziedziczenia. W poprzednim stanie prawnym przysposobiony dziedziczył jedynie po przysposabiającym (bez możliwości dziedziczenia po krewnych tego ostatniego), natomiast przysposabiający nie dziedziczył po przysposobionym. Podkreślić należy, że obecny stan prawny wyraźnie uprzywilejowuje zstępnych spadkodawcy w porównaniu do rozwiązań obowiązujących przed dniem 1 stycznia 1988 r. Poprzednio prawo dziedziczenia zstępnych było ograniczone udziałem małżonka – który mógł otrzymać albo własność 1/4 spadku albo prawo użytkowania połowy spadku.

Należy również zwrócić uwagę na rozwiązania obowiązujące w zakresie powstawania stosunku rodzicielstwa w odniesieniu do męża matki. ZGB przyjmuje domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki, o ile urodzenie nastąpi podczas trwania związku małżeńskiego, jeśli małżeństwo zostaje rozwiązane przez śmierć męża matki, a urodzenie nastąpi w ciągu 300 dni od chwili śmierci męża matki (art. 252–255 ZGB). Jeżeli jednak urodzenie nastąpi po rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód, nie domniemywa się pochodzenia dziecka od męża matki (bez względu na to, jaki okres czasu upłynął od orzeczenia rozwodu).

Dla spadkowych uprawnień zstępnych istotne znaczenie ma możliwość zwiększenia wysokości udziału spadkowego. Podobnie jak małżonek spadkodawcy, zstępni mogą „kumulować” udziały spadkowe. Możliwość ta, zachodząca w przypadku powołania do dziedziczenia z różnych tytułów, stanowi wyjątek od zasady równych udziałów dla zstępnych spadkodawcy¹⁰. Dzieje się tak w przypadku, gdy spadkobierca (H) pochodzi od dwóch zstępnych (F i G) spadkodawcy (B), np. jeśli spadkobierca (H) pochodzi ze związku małżeńskiego zawartego przez zstępnych (F i G) przyrodniego rodzeństwa (D i E). Spadkobierca taki (H) dziedziczy po pradziadku (B) zarówno z linii dziadka (E) po ojcu (F), jak i z linii babki (D) po matce (G). Powyższą „kumulację” udziałów spadkowych prezentuje poniższy rysunek.

⁹ Ustawa z dnia 30.06.1972 r. o zmianie ustawy Kodeks Cywilny (BG ueber die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches); AS 1972 2819.

¹⁰ W granicach określonych przez art. 95 ZGB: „Zawarcie małżeństwa między krewnymi w linii prostej, jak również między rodzeństwem lub rodzeństwem przyrodnim jest zakazane, bez względu na fakt, czy pokrewieństwo wynika ze wspólnego pochodzenia czy z przysposobienia”.



Rys. 1. Kumulacja udziałów spadkowych w prawie szwajcarskim

3.2. Ewolucja udziału spadkowego małżonka spadkodawcy

Historia prawno-spadkowej pozycji małżonka spadkodawcy wskazuje, że nie od zawsze przysługiwał mu określony udział spadkowy. Powszechny był pogląd, że zawarcie związku małżeńskiego nie powinno mieć konsekwencji w sferze prawa spadkowego. Do tej pory funkcjonują systemy prawne, które nie przewidują udziału spadkowego dla małżonka, jeśli żyją zstępni spadkodawcy (np. prawo francuskie – art. 765 Kodeksu Napoleona). Inaczej rzecz się miała z pewnymi przysporzeniami na rzecz małżonka spadkodawcy (darowizny, prawo użytkowania spadku lub jego części, kwarta biednej wdowy).

Niewątpliwie duży wpływ na kształt uprawnień małżonka spadkodawcy w prawie szwajcarskim ma późne wprowadzenie małżonka do grupy podmiotów uprzywilejowanych przy dziedziczeniu. W zasadzie do 1988 r. udział spadkowy małżonka powiązany był z prawem użytkowania spadku¹¹. Małżonkowi przysłu-

¹¹ Nowelizacja ZGB w zakresie prawa małżeńskiego z 5.10.1984 r. z mocą prawną od 1.01.1988 r. (AS 1986 122).

giwało prawo wyboru między udziałem spadkowym (1/4) a prawem dożywotniego użytkowania spadku (1/2) w przypadku dziedziczenia w zbiegu ze zstępnymi spadkodawcy. Przy dziedziczeniu z innymi grupami spadkobierców udziały te kształtowały się następująco: udział w wysokości 1/4 spadku lub 3/4 spadku do użytkowania w dziedziczeniu z rodzicami spadkodawcy oraz udział w wysokości 1/2 spadku lub użytkowanie 1/2 spadku w przypadku dziedziczenia z dziadkami spadkodawcy (z możliwością żądania rocznej renty w miejsce prawa użytkowania). Dopiero w braku dziadków spadkodawcy małżonek otrzymywał cały spadek (art. 462 ZGB). Prawo użytkowania spadku określano jako rodzaj zapisu windykacyjnego¹².

Regulacja kształtująca prawo użytkowania spadku przez małżonka prowadziła jednak do powstawania specyficznych, skomplikowanych stosunków majątkowych między małżonkiem a spadkobiercami, których majątek obciążony był prawem użytkowania. Taka sytuacja była źródłem potencjalnych sporów na tle majątkowym. Należy przy tym zaznaczyć, iż układ stosunków majątkowych powstający na skutek wyboru przez małżonka prawa użytkowania spadku był niekorzystny dla obu stron. Z jednej strony małżonek wybiera pomiędzy udziałem spadkowym a prawem korzystania ze spadku dającym mu dożywotni udział w większej jednak części majątku, niż sam „oferowany” udział spadkowy. Uwzględnić jednak należy, że prawo małżonka nie odzwierciedla jego przypuszczalnych starań podejmowanych wspólnie ze spadkodawcą w ramach tworzenia majątku. Z drugiej strony udziały spadkowe zstępnym obciążone są dożywotnim prawem użytkowania spadku, co w znaczny sposób ogranicza możliwość rozporządzania majątkiem. Spadkowa pozycja małżonka uległa zdecydowanemu polepszeniu dopiero po wspomnianej nowelizacji prawa małżeńskiego z 5 października 1984 r. Z dniem 1 stycznia 1988 r. małżonek otrzymuje konkretny udział spadkowy uzależniony od tego, z kim dziedziczy – a nie, jak to miało miejsce wcześniej – prawo użytkowania określonej części spadku¹³. To ostatnie rozwiązanie może jednak nadal funkcjonować w ramach rozporządzeń testamentowych (art. 473 ZGB ust. 1 i 2 – spadkodawca może w drodze dyspozycji na wypadek śmierci powierzyć pozostałemu przy życiu małżonkowi użytkowanie przysługujących zstępnym udziałów spadkowych w miejsce przysługującemu małżonkowi udziału spadkowego). Poprzez tego typu rozporządzenie spadkodawcy, małżonek dysponuje spadkiem w pełnym zakresie, dożywotnio lub do momentu zawarcia kolejnego

¹² Berner Kommentar, P. Weimar (red.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht*, Stampfli Verlag AG, Bern 2000, s. 68.

¹³ 1/2 spadku przy dziedziczeniu w zbiegu ze zstępnymi, 3/4 spadku w zbiegu z rodzicami spadkodawcy; cały spadek – w braku zstępnym lub rodziców spadkodawcy.

związku małżeńskiego. Małżonek może jednak odstąpić od takiej dyspozycji spadkodawcy i zażądać swojej części obowiązkowej¹⁴.

Obecnie ZGB przewiduje dla małżonka – obok udziału spadkowego – także inne uprawnienia spadkowe. Małżonek może nie tylko żądać zamiany prawa użytkowania spadku na rentę (art. 463 ZGB) w odpowiedniej wysokości, ale jest również podmiotem, do którego kierowane są uprawnienia związane z przedmiotami urządzenia domowego, prawem własności domu lub mieszkania (w którym mieszkał razem ze spadkodawcą) oraz prawa użytkowania takiego lokalu. Na tle występującego w niektórych systemach prawnych¹⁵ uznania wszystkich lub niektórych wymienionych rzeczy i praw za przedmiot zapisu naddziałowego, pojawia się pytanie o ich prawną kwalifikację w prawie szwajcarskim. Podkreślić należy, że prawo szwajcarskie nie przewiduje *expressis verbis* możliwości przysporzenia małżonkowi spadkodawcy przedmiotów gospodarstwa domowego, własności lub prawa użytkowania domu (mieszkania) w formie zapisu naddziałowego – *Zuweisung der Wohnung und des Hausrates*. Przepisy ZGB mające za przedmiot przysporzenie małżonkowi spadkodawcy wymienionych rzeczy i praw nie są umiejscowione wśród przepisów dotyczących dziedziczenia ustawowego, lecz udziału spadku, i przyznają małżonkowi uprawnienie do żądania zaliczenia na jego udział spadkowy własności mieszkania/domu i przedmiotów gospodarstwa domowego (art. 612a w zw. z art. 219 i 244 ZGB). Podkreślić należy, że małżonek może żądać zaliczenia mu własności tych przedmiotów lub praw, o ile należą do majątku wspólnego. Rozwiązanie to funkcjonuje jedynie przy ustroju ustawowym (*Errungenschaftsbeteiligung* – art. 181 ZGB) oraz umownym ustroju wspólności majątkowej (*Guetergemeinschaft* – art. 244 ZGB).

Celem wyrażonego w art. 612a ZGB uprawnienia jest – analogicznie jak przy zapisie naddziałowym – przyznanie małżonkowi prawa dalszego korzystania po śmierci spadkodawcy z mieszkania (domu) w dotychczasowym zakresie. Wspomnieć należy, że takie uprawnienie małżonka jest stosunkowo „młodym” rozwiązaniem prawnym (obowiązuje od dnia 1 stycznia 1998 r.¹⁶).

¹⁴ Podobnego typu rozporządzenia mogą być wprowadzone na podstawie § 1255 ABGB (austriackiego k.c.), umożliwiającym ustanowienie prawa użytkowania majątku spadkodawcy na wypadek „przeżycia” przez drugiego małżonka (*Fruchtnießung auf den Todesfall*); w przypadku skorzystania przez małżonka z powyższego uprawnienia nie przysługuje mu udział spadkowy. Uprawnienie funkcjonuje do chwili zawarcia przez pozostałego przy życiu małżonka ponownego związku małżeńskiego – z tą chwilą dzieciom zmarłego małżonka przysługuje prawo żądania przeniesienia prawa użytkowania majątku (w zamian za zapłatę rocznej renty).

¹⁵ Art. 939 k.c. w prawie polskim, § 1932 BGB w prawie niemieckim, § 758 ABGB w prawie austriackim.

¹⁶ Ustawa z dnia 5.10.1984 r. (AS 1986 122, BBl 1979 II 1191).

Mimo wyraźnej regulacji w zakresie charakteru prawnego wymienionych przysporzeń (art. 612a ZGB – a zatem zarządzenie podziałowe, o ile spadkodawca nie postanowi inaczej), kwestia kwalifikacji prawnej wyżej wymienionych przedmiotów – między zapisem naddziałowym a zarządzeniem działowym stała się przedmiotem opinii wyrażonej przez szwajcarski BGer w wyroku z dnia 28 listopada 1974 r.¹⁷ BGer uznał dyspozycje określonymi składnikami majątku spadkowego zawarte w rozporządzeniu na wypadek śmierci za zapis naddziałowy, stwierdzając ponadto, że zapis tego typu może nastąpić również na rzecz innego spadkobiercy niż małżonek spadkodawcy (wyłącznie taki adresat instytucji zapisu naddziałowego występuje w prawie polskim). Powołany wyrok miał bardzo duże znaczenie praktyczne, gdyż uznanie – zgodnie z wolą spadkodawcy – określonych przedmiotów majątkowych za naddział oznaczało wyłączenie tej części spadku od podziału. W tym konkretnym przypadku spadkodawca uzasadnił wolę przyznania zapisu naddziałowego właśnie jednemu ze spadkobierców (córcę) faktem długotrwałego prowadzenia przez nią gospodarstwa domowego po śmierci żony spadkodawcy i zapewnienia spadkodawcy takiego samego poziomu życia, jakie prowadził przed śmiercią współmałżonka. Z tego względu życzeniem spadkodawcy było, aby jedna z jego spadkobierczyń (wyżej wymieniona) miała zapewnione warunki egzystencji na analogicznym poziomie, co umożliwić miały odpowiednie dyspozycje testamentowe, w tym własność nieruchomości. Powraca jednak postawione wyżej pytanie o charakter przedmiotowej dyspozycji testamentowej, którą można – przynajmniej teoretycznie – traktować dwojako: jako zapis naddziałowy lub jako dyspozycję dotyczącą podziału spadku. W tym drugim przypadku spadkobiercy, który otrzymał w wyniku podziału określoną rodzajowo część spadku, czyli nieruchomość (wskazaną przez spadkodawcę) nie przysługiwałby udział w pozostałej części spadku tego rodzaju¹⁸. Sąd I instancji – dążąc zapewne do pełnego urzeczywistnienia woli spadkodawcy – uznał zapis tych nieruchomości za naddział (z czego wynikała jeszcze możliwość udziału spadkobierczyni w pozostałej części spadku).

W opinii wspomnianego sądu szwajcarskiego każdy zapis dokonany na rzecz spadkobiercy jest zapisem naddziałowym (o ile spadkodawca nie nakłada na spadkobiercę obowiązku zaliczenia go na swój udział spadkowy) i, niezależnie od faktu otrzymania takiego zapisu, spadkobierca posiada analogiczne uprawnienia przy podziale spadku, jak pozostali spadkobiercy. Ponieważ przedmiotem zapisu, w tym zapisu naddziałowego, może być każdego rodzaju korzyść majątkowa, przysporzenie w testamencie określonych nieruchomości na rzecz spadkobiercy nie wyłącza

¹⁷ Sygn.: 100 II 440.

¹⁸ A. Beck, *Schweizerisches Erbrecht*, s. 153.

możliwości uznania go za naddział i w związku z tym przyznania spadkobiercy możliwości udziału w podziale pozostałych składników masy spadkowej. Można by więc stwierdzić, że istotą instytucji zapisu naddziałowego w prawie szwajcarskim nie jest ograniczenie go do małżonka spadkodawcy, lecz przyjęcie założenia, że zapisem naddziałowym jest *k a ż d y* zapis dokonany na rzecz jakiegokolwiek spadkobiercy. BGer wypowiedział się jednak w tej kwestii odmiennie uznając, że przysporzenie jednemu ze spadkobierców określonego przedmiotu majątkowego nie jest zapisem naddziałowym, lecz szczegółowym zarządzeniem podziałowym i rodzi po stronie owego spadkobiercy roszczenie o przysporzenie tego przedmiotu w ramach dokonywanego podziału spadku (zgodnie z art. 608 ust. 3 ZGB). Powyższe stanowisko nie znajduje zastosowania, jeśli spadkodawca zarządzi, że dany przedmiot majątkowy jest zapisem naddziałowym. W piśmiennictwie¹⁹ podkreśla się przy tym, że zapis naddziałowy może stanowić jedynie pewna różnica wartości zapisanego przedmiotu majątkowego. Dotyczy to przypadku, gdy wartość majątkowa przedmiotu określona przez spadkodawcę jest niższa od „czystej” wartości darowanego przedmiotu, wynikającej z dokonanej przez rzeczoznawców wyceny – z reguły w chwili otwarcia spadku. Różnica obu wartości stanowi zapis naddziałowy. Również zastrzeżenie przez spadkodawcę, że spadkobierca otrzymuje określony przedmiot majątkowy w określonej wartości majątkowej, oznacza zatem, że przysporzenie takie ma charakter zapisu naddziałowego (łącznego z zarządzeniem podziałowym)²⁰.

Dodatkowym uprawnieniem małżonka w prawie szwajcarskim może być prawo do określonej części spadku (majątku) powstające na skutek wyrównania dorobków w ustroju wspólności z wyrównaniem dorobków (*Errungenschaftbeteiligung*). Z chwilą ustania ustroju każdemu z małżonków przysługuje tzw. *Vorschlag* (art. 215 ZGB), czyli prawo żądania połowy dorobku (analogiczne roszczenie w stosunku do żyjącego małżonka przysługuje spadkobiercom spadkodawcy). Oba roszczenia mogą zostać skompensowane. Zaznaczyć przy tym należy, że inne ustalenia mogą zostać przyjęte w drodze umowy majątkowej małżeńskiej. Ustawodawca szwajcarski wyraźnie uprzywilejowuje małżonka spadkodawcy przyznając mu uprawnienia w zakresie możliwości żądania przesunięcia terminu spłaty zobowiązań z tytułu wyrównania, jeśli natychmiastowa regulacja tych zobowiązań spowodowałaby poważne trudności dla małżonka. Warto zaznaczyć, że analogiczne uprawnienia nie przysługują spadkobiercom.

Prawno-spadkową pozycję małżonka spadkodawcy mogą polepszyć uprawnienia (funkcjonujące również w odniesieniu do zstępnych spadkodawcy), które

¹⁹ G. Tour, V. Piconi, *Berner Kommentar*, Bern 1974, N. 14 do art. 608 ZGB.

²⁰ A. Escher, *Zürcher Kommentar*, Zurich 1960, N. 1 do art. 608 ZGB.

określić można jako „kumulowanie” udziałów spadkowych (z różnych tytułów powołania do dziedziczenia) – np. w przypadku małżeństw zawieranych między bliskimi krewnymi – małżonek dziedziczy po spadkodawcy z tytułu małżeństwa i z tytułu pokrewieństwa. Uprawnienie powyższe wynika z art. 750 ZGB. Granicę możliwości takiej „kumulacji” udziałów stanowi wspomniany wyżej art. 95 ZGB²¹, nie wprowadzający jednak przeszkód ku temu, aby żyjący małżonek spadkodawcy był jego bratankiem (bratanicą) lub siostrzeńcem (siostrzenicą). Dodać należy, że podobne uprawnienie występuje w niemieckim prawie spadkowym (§ 1934 BGB). Niemieckie uprawnienie adresowane jest do małżonka, o ile jest on jednocześnie spokrewniony ze spadkodawcą (w granicach dopuszczalnych przez normy BGB), w takim przypadku udział ustawowy ulega podwyższeniu o udział należny na podstawie pokrewieństwa.

Możliwość dziedziczenia z dwóch różnych tytułów powołania wywołuje jeszcze inne skutki prawne. Małżonek, który jest jednocześnie kuzynem (wujem) spadkodawcy, po odrzuceniu udziału przysługującego mu jako małżonkowi, może dziedziczyć z tytułu pokrewieństwa (art. 462 ust. 3 i 459 ZGB)²².

Wspomniana wyżej nowelizacja ZGB z 1984 r. przyniosła wiele zmian w zakresie pozycji małżonka, działających nie tylko na jego korzyść, ale również kierowanych w stronę pozostałych spadkobierców ustawowych. Od 1988 r. pozostali (obok małżonka) spadkobiercy ustawowi muszą otrzymać odpowiednie zabezpieczenie na wypadek ponownego małżeństwa (art. 464 ZGB) lub zagrożenia własności pozostałych spadkobierców. Zawarcie ponownego związku małżeńskiego przez małżonka spadkodawcy niesie ze sobą ryzyko zarządzania określonymi przedmiotami majątkowymi przez nowego małżonka, natomiast zagrożenie prawa własności pozostałych spadkobierców nastąpić może np. w przypadku, gdy małżonek wykorzystuje przedmioty majątkowe objęte prawem użytkowania spadku do opłacenia własnych długów. W literaturze podkreśla się, że do podniesienia żądania przez spadkobierców wystarczający jest stan obiektywnego zagrożenia przyszłej własności spadkobierców. Rolę zabezpieczenia pełnią najczęściej: umowa poręczenia (art. 492 i n. szwajcarskiego prawa zobowiązań), umowa gwarancyjna (art. 111 szwajcarskiego prawa zobowiązań), prawo zastawu na ruchomościach i nieruchomościach (art. 793 szwajcarskiego prawa zobowiązań), wstąpienie w prawa wierzyciela dla zabezpieczenia (art. 164 i n. szwajcarskiego prawa zobowiązań). Norma art. 464 ZGB zdecydowanie wzmacnia

²¹ Wprowadzający zakaz zawierania małżeństwa między krewnymi w linii prostej oraz między rodzeństwem (również przyrodnim) bez względu na okoliczność, czy pokrewieństwo wynika z pochodzenia od innych osób, czy z przysposobienia.

²² *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 47.

pozycję pozostałych spadkobierców względem małżonka; małżonek jest zobowiązany do dokonania odpowiedniego zabezpieczenia pozostałych spadkobierców na ich żądanie. Co więcej, obowiązek małżonka nie może zostać ani zniesiony, ani ograniczony dyspozycjami na wypadek śmierci.

Uzasadnieniem reformy wprowadzającej nowe uprawnienia spadkowe adresowane do małżonka były m.in. prawne problemy wynikające z poddania części spadku odrębnemu reżimowi (użytkowaniu)²³. Nie bez znaczenia była również istotna z etycznego punktu widzenia konieczność uwzględnienia wpływu małżonka na tworzenie majątku wspólnego. Regulacja z 1984 r. – jeszcze na etapie projektu – poddana została krytyce skoncentrowanej głównie na charakterze stosunków majątkowych między małżonkiem, jako użytkownikiem spadku a spadkobiercami, jako właścicielami. Z jednej strony podkreślano, że prawo użytkowania nie jest nową instytucją, lecz posiada ugruntowaną pozycję w ZGB. Z drugiej jednak strony przyznano, że skierowanie uprawnień małżonka i pozostałych spadkobierców na te same przedmioty majątkowe (należące do spadku) oznacza niemożliwość obrotu masą spadkową.

Krytyce poddano również postulat zgodnego z zasadami sprawiedliwości społecznej uznania wpływu małżonka na tworzenie majątku małżonków i prawo do czerpania z niego korzyści. Ewentualne uwzględnienie przyczynienia się małżonka do tworzenia majątku wspólnego nie jest – jak podkreślano w piśmiennictwie²⁴ – przedmiotem regulacji prawa spadkowego, lecz znajduje swój wyraz w odpowiednich normach prawa osobowego. Powstały w wyniku reformy stan prawny w zakresie pozycji małżonka określano jako zbyt daleko idący, z uwagi na nadmierne wzmocnienie małżonka – poprzez stworzenie spadkodawcy możliwości przyznania małżonkowi udziału spadkowego, ewentualnego wyrównania wartości dorobków przy ustroju *Errungenschaftsbeteiligung* (zwłaszcza jeśli małżonkowie skorzystali z uprawnienia do wyłączenia udziału spadkobierców w wyrównaniu), lub następujące mocą rozporządzenia *mortis causa*, przysporzenie małżonkowi prawa użytkowania całości spadku przypadającej wspólnym zstępnym spadkodawcy i małżonka obok 1/4 spadku przypadającej małżonkowi (w ramach tzw. *Maximalbegünstigung* wynikające z art. 473 ZGB). W literaturze podnoszono, że taka regulacja powodować może liczne konflikty między pozostałym przy życiu małżonkiem z jednej strony a zstępnymi – z drugiej. Zaprezentowana sytuacja była źródłem konfliktów przed nowelizacją szwajcarskiego prawa spadkowego z 5.10.2001 r., kiedy to małżonkowi mogło być przyznane prawo użytkowania

²³ Berner Kommentar, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 16.

²⁴ Jw.

spadku należącego także do zstępnych pochodzących tylko od spadkodawcy (a nie, jak obecnie, wspólnych zstępnych). Łatwe do wyobrażenia są potencjalne spory na tle majątkowym między małżonkiem spadkodawcy użytkującym część spadku należącą formalnie do zstępnych spadkodawcy a tymi zstepnymi. Ograniczenie powyższych uprawnień małżonka jedynie do wspólnych zstępnych w wyniku wspomnianej nowelizacji zdecydowanie bardziej odpowiada powszechnym oczekiwaniom społecznym.

Kolejna nowelizacja prawa spadkowego w zakresie uprawnień małżonków²⁵ przyniosła zmiany krytykowanych aspektów pozycji małżonka (wynikających z art. 473 ZGB). Maksymalne przysporzenie na rzecz małżonka w formie prawa użytkowania spadku przypadającego zstepnym ograniczono do wspólnych zstepnych spadkodawcy. Zmianie podlegał także sposób rozliczania przyznanego małżonkowi w ramach art. 473 ZGB prawa użytkowania części spadku przypadającej zstepnym. Do 2002 r. niejasności w tym względzie wyjaśniane były w drodze orzecznictwa BGer. Część autorów sugerowała, że spadkodawca ma prawo wyboru między przypadającą małżonkowi częścią obowiązkową spadku (art. 470 ZGB) a zadysponowaniem na jego rzecz prawa użytkowania spadku przypadającego zstepnym (art. 473 ZGB)²⁶. Dyskusyjna pozostawała również możliwość zaliczenia prawa użytkowania spadku na część rozporządzalną przez spadkodawcę. Na skutek wspomnianej nowelizacji prawa spadkowego z 2001 r. doszło do rozstrzygnięcia tej kwestii; wprowadzono zasadę, zgodnie z którą przyznanie przez spadkodawcę małżonkowi prawa użytkowania spadku następuje wprawdzie w miejsce przysługującego małżonkowi udziału spadkowego, ale obok tego prawa użytkowania rozporządzalna część spadku wynosi 1/4. Oznacza to, że małżonek spadkodawcy może być adresatem innych dyspozycji spadkodawcy, o ile ich wysokość nie przekracza 1/4 spadku. Jest to w istocie zmniejszenie przysługującej małżonkowi części spadku (część obowiązkowa w stosunku do małżonka wynosi połowę spadku – art. 470 ZGB, podobnie udział spadkowy przy dziedziczeniu w zbiegu ze zstepnymi – art. 462 ZGB). Pamiętać jednak należy, że udział spadkowy małżonka zastąpiony zostaje prawem użytkowania spadku, a owa 1/4 spadku stanowi górny granicę ewentualnych przysporzeń na rzecz małżonka, chociaż jest widoczna tendencja ustawodawcy do nieograniczania swobody dokonywania rozporządzeń przez spadkodawcę. Prawo użytkowania spadku przyznane małżonkowi oznacza w istocie przesunięcie momentu działu spadku do chwili śmierci drugiego małżonka. Można by je zatem zakwalifikować jako czynność prawną

²⁵ Ustawa z dnia 5.10.2001 r. (AS 2002 269, BBl 2011 2111), obowiązująca od dnia 1.03.2002 r.

²⁶ A. Escher, *Zürcher Kommentar*, Zurich 1960, N. 13 do art. 473 ZGB.

mortis causa z ustanowieniem spadkobierców „następczych”, dziedziczących w chwili śmierci pierwszego ze spadkobierców. Ważną funkcją tego typu dyspozycji jest również uniknięcie podwójnego opodatkowania.

3.3. Zarejestrowani partnerzy

Partnerzy „pojawiili się” w szwajcarskim prawie spadkowym w 2007 r.²⁷ Należy zwrócić uwagę na długie, niemal 2,5-letnie *vacatio legis* ustawy wprowadzającej to uregulowanie. Ustawa odnosi się do osób tej samej płci pozostających we wspólnocie życiowej. Nabycie przewidzianych przez ustawę praw i obowiązków uwarunkowane jest uprzednią rejestracją związku. Należy przy tym dokonać niezbędnego rozróżnienia między partnerem a konkubentem. Określenie „związek konkubencki” odnosi się do niezarejestrowanego związku dwóch osób (kobiety i mężczyzny), nie wywołującego żadnych skutków prawnych (w sferze prawa rodzinnego, cywilnego itd.). „Partnerzy” definiowani są natomiast w prawie szwajcarskim jako dwie osoby tej samej płci mogące zarejestrować związek partnerski²⁸. W systemach prawnych dopuszczających rejestrowanie związków partnerskich funkcjonują zatem także związki niezarejestrowane – konkubencje. W związku z tym określone uprawnienia mogą być adresowane zarówno do partnera, jak i do konkubenta. W zależności od tego, w jakim związku funkcjonuje dana osoba, kształtuje się jej sytuacja prawna, także w ramach prawa spadkowego.

Do czasu uchwalenia przedmiotowej ustawy partnerzy mieli jedynie status konkubentów. Jako tacy mogli być stronami tylko tzw. umowy konkubenckiej funkcjonującej w praktyce szwajcarskiej. Przedmiotem umowy, dopuszczalnej w ramach zasady swobody umów (bez wyraźnej regulacji prawnej), są wzajemne zobowiązania finansowe konkubentów, np. do zapewnienia środków utrzymania, sposobu ponoszenia kosztów wspólnego mieszkania, kwestii własności nabywanych przedmiotów majątkowych. Uregulowanie tego typu zobowiązań jest szczególnie istotne w tych związkach, w których jedna strona jest uzależniona finansowo od drugiej. Ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich (LPartnG) przyznaje partnerom katalog uprawnień wynikających z funkcjonowania w społeczeństwie jako komórki społecznej, uprawnienia te są analogiczne do uprawnień przysługujących małżonkom. Identycznie sytuacja wygląda w prawie spadkowym; partnerom przyznane są takie same udziały spadkowe (także prawo użytkowania spadku w ramach art. 473 ZGB) oraz inne uprawnienia spadkowe, jakie mają małżonkowie.

²⁷ Ustawa z dnia 18.06.2004 o zarejestrowanym partnerstwie (über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare; Partnerschaftsgesetz), dalej LPartnG, opubl. 211.231.

²⁸ Art. 2 ust. 1 LPartnG.

3.4. Inne zmiany

Nowelizacją ZGB z dnia 25.06.1976 r. (obowiązującą od dnia 1.01.1978 r.) wprowadzono równouprawnienie dzieci pozamażeńskich z małżeńskimi. Tym samym zniesiona została wcześniejsza ich nierówność; dotychczas dziecko pozamażeńskie dziedziczyło po matce. Przed zmianą prawa dziecko pozamażeńskie dziedziczyło po ojcu tylko 1/2 udziału przysługującego dziecku pochodzącemu ze związku małżeńskiego. Dodać należy, że długotrwała dyskryminacja dzieci „pozamażeńskich” miała miejsce również w innych systemach prawnych (np. niemieckim, polskim, austriackim).

Nowelizacja z 5.10.1984 r. doprowadziła również do odsunięcia od dziedziczenia pradiadków spadkodawcy. Ustawodawca szwajcarski wprowadził zasadę, zgodnie z którą dziadkowie spadkodawcy stanowią ostatnią linię krewnych uprawnionych do dziedziczenia. Podkreślić przy tym należy, że na mocy wspomnianej nowelizacji do końca 1987 r. pradiadkom (oraz rodzeństwu dziadków) spadkodawcy przysługiwało prawo użytkowania spadku²⁹. Wyłączenie pradiadków spadkodawcy od dziedziczenia daje obecnie wyraz tendencji do przekazywania majątku zstępnym, a zatem z reguły osobom młodym. Podkreśla się jednak, że wbrew społecznym oczekiwaniom i jednej z przyjętych w wielu systemach prawnych funkcji przekazywania dorobku życia młodszemu pokoleniu, w Szwajcarii coraz częściej dziedziczą osoby starsze³⁰. Jest to z pewnością konsekwencja starzenia się społeczeństwa, co ma swoje skutki także w prawie spadkowym, prowadzi bowiem do sytuacji, w której cel dziedziczenia – przekazanie dorobku młodszemu pokoleniu – staje się niemożliwy do osiągnięcia. Ograniczeniu dziedziczenia przez osoby starsze, zwłaszcza nie pozostające w bliskim pokrewieństwie ze spadkodawcą, służyć ma odpowiedni dobór spadkobierców dziedziczących z ustawy. Określenie kręgu spadkobierców ustawowych musi uwzględniać funkcjonowanie społecznego problemu potencjalnego dziedziczenia nie tylko osób starszych, ale także osób, które łączy ze spadkodawcą bardzo odległe pokrewieństwo, które nawet często nie znały spadkodawcy (tzw. *lachende Erben*)³¹. Podkreślić przy tym należy, że problem nie istnieje od dzisiaj. Jego geneza sięga – w każdym systemie prawnym – pierwszych prób doboru kręgu spadkobierców ustawowych (i jej ewolucji). Dopuszczenie do dziedziczenia osób, które łączy ze spadkodawcą dalekie

²⁹ Ta grupa bliskich spadkodawcy określana jest w literaturze szwajcarskiej jako tzw. ustawowi zapisobiercy: *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 40.

³⁰ W Szwajcarii dziedziczą przede wszystkim osoby powyżej 55-go roku życia: S. Lutgen, *Lachende Erben? Nicht immer*, *Basler Zeitung*, 23.09.2008, s. 5.

³¹ S. Lutgen, *Lachende Erben? Nicht immer*, *Basler Zeitung*, 23.09.2008, s. 5; *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 39.

pokrewieństwo, niemal powszechnie uznawano za nieodpowiadające szeroko rozumianej sprawiedliwości społecznej. Abstrahując od możliwości dokonywania przez spadkodawcę dyspozycji na rzecz tych osób, stwierdzić należy, że ustawodawca ingeruje w możliwość dziedziczenia przez te osoby, wyraźnie odsuwając je od sukcesji, przyznając w tym względzie pierwszeństwo instytucjom publiczno-prawnym (dziedziczenie gminy). W prawie szwajcarskim ustawodawca wyraził *expressis verbis* niedopuszczalność dziedziczenia przez osoby spokrewnione ze spadkodawcą w dalszym stopniu niż dziadkowie (art. 460 ZGB). Przyjęta regulacja ustawowa wyraźnie zmierza do stworzenia właśnie zstępnym spadkodawcy możliwości kontynuowania dorobku wstępnym poprzez wstąpienie w drodze sukcesji w ich prawa majątkowe.

Kolejna zmiana prawa spadkowego stanowi odpowiedź ustawodawcy na potrzeby praktyki w zakresie obdarowywania majątkiem określonych podmiotów. Takim szczególnym adresatem, w stosunku do którego istnieje możliwość dokonania dyspozycji na wypadek śmierci, jest w prawie szwajcarskim zwierzę. Nie może być ono spadkobiercą, wobec czego rozporządzenie dotyczące zwierzęcia przybiera w prawie szwajcarskim formę polecenia w zakresie sprawowania opieki nad zwierzęciem. Rozwiązanie powyższe funkcjonuje w prawie szwajcarskim od dnia 1.04.2003 r.³² jako prawna podstawa licznych przysporzeń niemających często spadków kierowanych w stronę ulubionego zwierzęcia.

Konfigurację uprawnień spadkowych bliskich spadkodawcy należących obecnie (lub w przeszłości) do kręgu spadkobierców ustawowych ukształtowaną na skutek kolejnych nowelizacji szwajcarskiego prawa spadkowego prezentuje tab. 1. (patrz str. 132).

4. Rozwój umownych rozporządzeń *mortis causa*

Funkcjonowanie umów dziedziczenia w ramach zasady swobody dokonywania rozporządzeń jest cechą szwajcarskiego prawa spadkowego od chwili jego ukształtowania się. Prawną podstawę dopuszczalności rozporządzania majątkiem na wypadek śmierci w formie dwustronnych czynności prawnych w prawie szwajcarskim wprowadza art. 494 ZGB. Spadkodawca działający w ramach swobody dokonywania rozporządzeń (na wypadek śmierci) może nie tylko rozporządzić majątkiem poprzez jednostronne oświadczenie na wypadek śmierci, ale także być stroną umowy mającej za przedmiot dysponowanie majątkiem na wypadek śmierci.

³² Nowelizacja ZGB z dnia 4.10.2002 r. (AS 2003 463 466; BBl 2002 4164 5806).

Tab. 1. Uprawnieni do dziedziczenia w szwajcarskim prawie spadkowym

UPRAWNIONY	UDZIAŁ SPADKOWY
Małżonek/ Ehegatte	1. Wysokość udziału spadkowego: w zbiegu ze zstępnyymi 1/2 spadku; w zbiegu z rodzicami spadkodawcy 3/4 spadku; cały spadek – w braku zstępnych lub rodziców spadkodawcy (lub dziedziczącego w ich miejsce rodzeństwa spadkodawcy – art. 462 ZGB); 2. Prawo żądania przeniesienia własności domu/mieszkania lub jego użytkowania, o ile małżonkowie w nim mieszkali razem (art. 612a ZGB).
Partner/ eingetragener Partner	1. Wysokość udziału spadkowego: w zbiegu ze zstępnyymi 1/2 spadku; w zbiegu z rodzicami spadkodawcy 3/4 spadku; cały spadek – w braku zstępnych lub rodziców spadkodawcy (lub dziedziczącego w ich miejsce rodzeństwa spadkodawcy – art. 462 ZGB); 2. Prawo żądania przeniesienia własności domu/mieszkania lub jego użytkowania, o ile partnerzy w nim mieszkali razem (art. 612a ZGB).
Zstępni/ Nachkommen	1. Równe udziały w przypadku dziedziczenia bez małżonka/partnera (art. 457 ZGB); 2. W dziedziczeniu w zbiegu z małżonkiem spadkodawcy udział zstępnych wynosi 1/2 spadku (art. 462 ZGB).
Nasciturus/ das Kind vor der Geburt	Udział spadkowy taki, jak pozostałych zstępnych (art. 544 ZGB), pod warunkiem, że urodzi się żywy.
Rodzice spadkodawcy i ich zstępni/ Elterlicher Stamm	1. W braku małżonka i zstępnych spadkodawcy dziedziczą cały spadek (art. 458 ZGB). 2. W dziedziczeniu w zbiegu z małżonkiem dziedziczą 1/4 spadku (art. 462 ZGB).
Dziadkowie spadkodawcy i ich zstępni/ Grosserlterlicher Stamm	Dziadkowie dziedziczą w częściach równych, każdy z dziadków 1/4 spadku – w braku małżonka, zstępnych oraz krewnych linii rodziców (art. 459 ZGB).
Pradziadkowie spadkodawcy i ich zstępni/ Urgrosseltern	Brak udziału spadkowego (art. 460 ZGB).
Instytucje publicznoprawne/ Gemeinwesen	Dziedziczenie w braku spadkobierców ustawowych (art. 466 ZGB).

Spadkodawca szwajcarski może zawrzeć umowę o ustanowienie dziedziczenia lub umowę o zapis (*Erbeinsetzungsvertrag* – art. 494 ZGB, *Vermaechtnisvertrag* – art. 494 ZGB), w której zobowiąże się wobec drugiej strony umowy lub osoby trzeciej do ustanowienia ich spadkobiercami lub zapisobiercami.

Szwajcarskie umowy dziedziczenia (podobnie jak inne czynności prawne *mortis causa*) mogą zawierać postanowienia, które nie mają charakteru rozporządzeń na wypadek śmierci, np. uznanie dziecka, darowizny. Umowa dziedziczenia może zawierać również zobowiązanie jednej ze stron do określonego świadczenia (w przypadku, gdy umowa dziedziczenia jest umową odpłatną), zobowiązanie spadkobiercy do zrzeczenia się dziedziczenia (tzw. „*Erbsauskauf*”), zobowiązanie spadkodawcy do niedysponowania określonymi przedmiotami majątkowymi lub do niedokonywania darowizn, ustalenia dotyczące umów małżeńskich, „zamówienie” prawa pierwokupu wykonywalnego po śmierci spadkodawcy³³.

Umowa dziedziczenia w prawie szwajcarskim może mieć charakter jedno- lub dwustronnie przysparzający albo zupełnie nieodpłatny. W przypadku umów nieodpłatnych następuje połączenie elementów umowy darowizny oraz rozporządzeń na wypadek śmierci. Wzajemność świadczeń umów dziedziczenia jest co najmniej dyskusyjna; należy zwrócić uwagę, że nie są to umowy wzajemne w rozumieniu prawa zobowiązań. Trudno wychwycić w takim stosunku prawnym przedmiot świadczenia przyszłego spadkobiercy. W takim stosunku prawnym również przyszły spadkodawca nie zobowiązuje się do żadnych świadczeń; może on wprawdzie dokonać określonych dyspozycji na wypadek śmierci, są one jednak skuteczne dopiero w chwili otwarcia spadku. Z tego względu druga strona tej czynności prawnej nie nabywa z chwilą zawarcia umowy żadnych uprawnień. Rozbudowaną regulację poszczególnych umów dziedziczenia zawiera prawo szwajcarskie, co wskazuje jednak na znaczenie tego typu rozporządzeń na wypadek śmierci w tym systemie prawnym. W przypadku umów zwłaszcza jednostronnie zobowiązujących bardzo częste jest występowanie klauzul przyznających zstępny prawa do części obowiązkowej spadku przypadającej z chwilą śmierci jednego z małżonków oraz dożywotniego użytkowania spadku np. jednego ze zstępnych przez dziedziczącego małżonka. Takie rozwiązanie jest często niekorzystne dla zstępnych, gdyż do czasu uzyskania przez nich udziału spadkowego, majątek może ulec znacznemu zmniejszeniu.

Należy przy tym podkreślić, że bardzo często dochodzić będzie do wzajemnego przenikania się takich cech umów dziedziczenia, jak jedno- lub dwustronność przysporzeń z jednej strony oraz odpłatność z drugiej (np. w przypadku

³³ Berner Kommentar, P. Weimar (red.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht*, Stampfli Verlag AG, Bern 2000, s. 89.

Erbauskauf – art. 495, będącego modyfikacją umowy o zrzeczenie się dziedziczenia o element odpłatności). Taka umowa dziedziczenia określana bywa jako podwójny stosunek prawny (tzw. *Doppelgeschaef*)³⁴, zawierający z jednej strony umowę o zrzeczenie się dziedziczenia (czynność prawną *mortis causa*), z drugiej natomiast umowę, której treścią jest „wykupienie” udziału spadkowego spadkobiercy ustawowego (czynność prawną *inter vivos*).

Bardzo często przyczyną zawarcia umowy dziedziczenia ze strony spadkodawcy jest chęć wynagrodzenia drugiej stronie umowy sprawowanej dotychczas lub obiecaną do sprawowania w przyszłości opieki lub pomocy udzielanej przyszlęmu spadkodawcy³⁵. Podkreśla się jednakże, że odpłatność świadczenia drugiej strony polega w tym przypadku nie na konkretnym przysporzeniu majątkowym, lecz najczęściej na ustanowieniu spadkobiercy (powołaniu drugiej strony umowy do dziedziczenia). Z tego też względu omówiony stosunek prawny powinno raczej określić się mianem „umowno-spadkowego” wynagrodzenia niż „odpłatnej umowy dziedziczenia”. Druga strona umowy jest bardzo często zobowiązana do świadczeń na innej podstawie prawnej, z tego też tytułu przysługują jej określone uprawnienia względem spadku (np. uprawnienie do zachowku). Rola umowy sprowadza się w tym wypadku do wyjaśnienia – i bardzo często doprecyzowania – obowiązków związanych z zapewnieniem opieki (lub pielęgnacji) oraz ewentualnego ostudzenia zamiarów przyszlęgo spadkodawcy co do dyspozycji na wypadek śmierci wobec innych osób. U podstaw tego typu stosunku prawnego leży pewne oszacowanie odnoszące się do wartości spadku. Natomiast w przypadku umowy jednostronnie zobowiązującej, tylko jedna strona umowy, np. przyszlę spadkodawca dokonuje dyspozycji na wypadek śmierci (na rzecz drugiej strony umowy lub osoby trzeciej). W tym ostatnim przypadku można by traktować takie rozporządzenie jako umowę na korzyść osoby trzeciej. Tego rodzaju umowa jest jednocześnie umową nieodpłatną i nosi wyraźne cechy darowizny.

Odpłatne umowy dziedziczenia łączą w sobie cechy jednostronnie zobowiązującej czynności prawnej *inter vivos* oraz dyspozycję na wypadek śmierci jednej ze stron umowy. Jednostronnie zobowiązującą czynnością prawną może być umowa zawierająca zobowiązanie do zapewnienia pielęgnacji i opieki lub umowa o rentę³⁶. Należy zwrócić uwagę, że nieodpłatna umowa dziedziczenia wymaga precyzyjnej analizy postanowień z tego względu, że łączy ze sobą dwa odmienne typy stosunków prawnych, sięgające do różnych części prawa cywilnego (zobowiązań oraz spadków). Poza tym dochodzi do wzajemnego przenikania się dwóch

³⁴ BGE 90 II 75.

³⁵ *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 93.

³⁶ *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar...*, s. 91.

płaszczyzn tego specyficznego stosunku prawnego – czynności prawnej między żyjącymi z jednej strony oraz czynności na wypadek śmierci z drugiej. Z tego też względu aktualna staje się próba określenia nieodpłatnej umowy dziedziczenia mianem podwójnego stosunku prawnego.

W szwajcarskim prawie spadkowym następuje swoiste połączenie umów dziedziczenia mających za przedmiot dyspozycję majątkiem spadkodawcy z umowami lub elementami umów majątkowych wprowadzających odrębny od ustawowego reżim majątkowy w stosunkach między małżonkami³⁷. Podkreślić przy tym należy odmienny charakter obu czynności prawnych wywierających skutki prawne albo między żyjącymi (umowy majątkowe małżeńskie) albo, przeciwnie, na wypadek śmierci (umowy dziedziczenia).

Małżeńskie umowy majątkowe regulują stosunki między małżonkami na czas trwania związku małżeńskiego (*inter vivos*)³⁸. Zawierając umowę majątkową małżonkowie wprowadzają odstępstwa od ustroju podstawowego, którym jest w prawie szwajcarskim *Errungenschaftsbeteiligung* (ustrój partycypacji w majątku dorobkowym)³⁹. Regulacja tego ustroju opiera się na założeniu, że na majątek małżonków składają się ich majątki osobiste oraz majątki pochodzące z osiągniętych przez każdego małżonka zysków, np. dochody ze stosunku pracy (istnieją zatem cztery odrębne masy majątkowe).

Z chwilą śmierci spadkodawcy następuje rozwiązanie funkcjonującego ustroju majątkowego. W ustroju podstawowym dochodzi do specyficznego wyrównania, tzn. rozliczenia udziału małżonka we wzroście wartości majątku drugiego małżonka, czyli dorobku (tzw. *Vorschlag*)⁴⁰. Małżonkowi spadkodawcy przysługuje z mocy ustawy prawo do połowy dorobku zmarłego małżonka (art. 215 ZGB), w skład spadku wchodzi natomiast majątek odrębny i majątek dorobkowy spadkodawcy (druga połowa dorobku). Majątek ten podlega dziedziczeniu przez jego spadkobierców. Małżonkowie mogą jednak na podstawie art. 216 ZGB ustalić tę kwestię inaczej w umowie małżeńskiej (np. przyznać

³⁷ Podobnie kwestia ta prezentuje się w austriackim prawie spadkowym, z tą jednak różnicą, że w prawie austriackim jedyną możliwością dziedziczenia w drodze umowy jest zawarcie rozporządzeń *mortis causa* w umowie małżeńskiej (§ 533 ABGB, § 602 ABGB). Austriacka umowa majątkowa małżeńska mająca za przedmiot ustrój majątkowy dotyczyć może tylko i wyłącznie ustroju wspólności majątkowej powstającej na wypadek śmierci. W takiej sytuacji żyjący małżonek otrzymuje prawo do połowy majątku podlegającego wspólności majątkowej.

³⁸ Prawo szwajcarskie przewiduje dwa ustroje umowne: ustrój wspólności majątkowej – *Guetergemeinschaft* oraz ustrój rozdzielności majątkowej – *Guetertrennung*.

³⁹ Art. 181 ZGB.

⁴⁰ *Berner Kommentar*, P. Weimar (red.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht*, Stampfli Verlag AG, Bern 2000, s. 55.

małżonkowi całość udziału). Poprzez taką dyspozycję w umowie majątkowej małżeńskiej następuje rozciągnięcie skutków prawnych umowy majątkowej także na moment śmierci (spadkodawcy). W ten sposób umowa majątkowa przejmuje pewne funkcje umowy dziedziczenia.

Realizacja umów majątkowych przyznających małżonkowi całkowitą wartość wyrównania dorobków przy ustroju podstawowym może nieść ze sobą ryzyko podniesienia przez spadkobierców zarzutu nadużycia prawa podmiotowego (art. 2 ust. 2 ZGB). W orzeczeniu z dnia 15.02.1973 r. BGer dokonał analizy umowy majątkowej zawierającej niekorzystne dla spadkobierców dyspozycje⁴¹.

Stan faktyczny przedstawiał się następująco: umowa małżeńska zawierała dyspozycję dodaną bezpośrednio przed śmiercią spadkodawcy przyznającą małżonkowi spadkodawcy całkowitą wartość wyrównania dorobków. Przedmiotowa dyspozycja w umowie małżeńskiej umożliwiała pozostałemu przy życiu małżonkowi nabycie całego majątku wspólnego (zgodnie z normą art. 226 ust. 1 ZGB).

BGer badał, czy umowa zawarta przez małżonków miała na celu pokrzywdzenie spadkobierców. Spadkobiercy twierdzili, jakoby małżonkowie – mając świadomość bliskiej śmierci spadkodawcy – działali z zamiarem pokrzywdzenia pozostałych spadkobierców. Sąd stwierdził, że spadkodawca modyfikując umowę dziedziczenia nie był poinformowany o swoim stanie zdrowia, nie działał więc w okolicznościach obawy rychłej śmierci i w potencjalnym zamiarze wzbogacenia współmałżonka, co mogłoby nastąpić kosztem pozostałych spadkobierców. Dyspozycja została zatem zawarta na wypadek przeżycia jednego z małżonków, a nie w celu pokrzywdzenia innych spadkobierców (w tym dzieci, których jednak spadkodawca nie posiadał). Sąd wziął pod uwagę takie okoliczności, jak wkład małżonka spadkodawcy w tworzenie majątku wspólnego oraz wcześniejszy zamiar odmiennej od ustawowej regulacji stosunków majątkowych. Podkreślić należy, iż zarzut nadużycia prawa podmiotowego był często oddalany, zwłaszcza jeśli wykonanie umowy dziedziczenia nie prowadziło do pokrzywdzenia dzieci spadkodawcy⁴². Inaczej wygląda sytuacja w przypadku zawarcia przez małżonków umowy dziedziczenia w „oczekiwaniu” na rozwiązanie ustroju majątkowego na skutek śmierci jednego z małżonków. Taka regulacja mająca na celu jedynie ustalenie innych skutków ekonomicznych rozwiązania ustroju małżeńskiego i skutkująca pokrzywdzeniem pozostałych spadkobierców potraktowana została przez BGer,

⁴¹ Wyrok BGer z dnia 15.02.1973 r., BGE 99 II 9.

⁴² Wyrok BGer z dnia 29.09.1955 r., BGE 81 II 422; wyrok BGer z dnia 13.09.1956 r., BGE 82 II 491.

jako nadużycie prawa podmiotowego. W żadnym razie celem umowy majątkowej nie może być zamiar wzbogacenia pozostałego przy życiu małżonka. Taki kontrakt wywołuje skutki jedynie *inter vivos*. W takim przypadku kryterium oceny umowy majątkowej jest chwila jej zawarcia, a zawarcie umowy konstruującej nowy ustrój majątkowy między małżonkami w perspektywie rychłej śmierci uznane będzie za nadużycie prawa podmiotowego⁴³.

Dyspozycje na wypadek śmierci zawarte w szwajcarskiej umowie dziedziczenia mogą być wzajemnie ze sobą powiązane, podobnie jak w niemieckich testamentach wzajemnych, zwłaszcza berlińskich, np. dyspozycje małżonków, wprowadzające odmienne od ustawowych zasady rozdziału wartości pochodzącej z wyrównania dorobków (*Vorschlag*). Szwajcarska umowa dziedziczenia wydaje się zatem bliska testamentom korespektywnym, pamiętać jednak należy, że prawo szwajcarskie takiej formy testamentu nie dopuszcza⁴⁴. Cel stojący przed umowami dziedziczenia nie mógłby w prawie szwajcarskim zostać osiągnięty poprzez dwa odrębne testamenty, w których każdy ze spadkobierców niezależnie od drugiego ustanawia drugiego spadkobiercę, ponieważ takie rozporządzenie musiałoby zostać ograniczone tylko do majątku spadkodawcy, a nie łącznego majątku obu spadkodawców (jak w umowie dziedziczenia)⁴⁵. W innym wyroku podkreśla się, że tam, gdzie dopuszczalny jest testament korespektywny (ze wskazaniem na niemiecki system prawny), jest on tylko jednostronnie odwoalny⁴⁶. Tym ograniczeniem swobody testowania tłumaczyć można zakaz funkcjonujący w systemie szwajcarskim.

Dla umownych rozporządzeń *mortis causa* w prawie szwajcarskim istotne znaczenie ma nie tylko regulacja zawarta w ZGB, ale i orzecznictwo BGer konkretyzujące niejednokrotnie treść norm prawa spadkowego. Normy ZGB stwarzają spadkodawcom możliwość modyfikacji rozwiązań ustawowych w zakresie dziedziczenia, z której bardzo często – jak wskazuje orzecznictwo BGer – korzystają małżonkowie. BGer ocenia jednak nie tylko zgodność umów dziedziczenia z brzmieniem norm prawa spadkowego, ale również – jak wyżej wspomniano – i motywy zawierania umów majątkowych *mortis causa*.

⁴³ Wyrok BGer z dnia 29.09.1955 r., BGE 81 II 423.

⁴⁴ Wyrok BGer z dnia 26.09.1963 r., BGE 89 II 285.

⁴⁵ Wyrok BGer z dnia 9.07.1970 r.; 96 II 273.

⁴⁶ Jw.

5. Społeczno-gospodarcze konsekwencje funkcjonowania zjawiska łowców spadków (*Erbschleicherei*)

Proces dziedziczenia niesie ze sobą ryzyko wstąpienia w prawa spadkobiercy przez osoby nieuprawnione. Problem ten nabiera szczególnej mocy w odniesieniu do przypadków tzw. *Erbschleicherei*. Określenie to odnosi się w praktyce szwajcarskiej do każdego, kto w nieuczciwy lub niemoralny sposób próbuje „wejść” w posiadanie spadku⁴⁷. Zjawisko to stało się również przedmiotem analizy dokonanej przez BGer⁴⁸. W powołanym stanie faktycznym pozwany-spadkobierca będący jednocześnie pełnomocnikiem spadkodawczyni zaniedbał obowiązki informacyjne, nie powiadamiając swojej klientki o możliwości zasięgnięcia opinii innego adwokata, nadużywając zaufanie klientki oraz doprowadzając do powstania stosunku zależności między adwokatem a klientką-spadkodawczynią, przyjmując prezenty od klientki, zyskując jej przyjaźń i przychylność. W ten sposób pozwany zapobiegł sporządzeniu przez spadkodawczynię rozporządzenia na wypadek śmierci o innej treści (lub odwołania poprzedniego). Będąc w zasadzie jedyną zaufaną osobą spadkodawczyni, wywołał u niej błędne przekonanie, że jego usługi wynikają z przyjaźni. Pozwany – w ocenie sądu – wypełnił przesłanki niegodności dziedziczenia, przeszkadzając w sporządzeniu oświadczenia woli na wypadek śmierci w ten sposób, że zaniechał obciążających go obowiązków informacyjnych i dopuścił do sporządzenia przez spadkobierczynię rozporządzenia na wypadek śmierci, któremu powinien przeciwdziałać. Pozwany powinien przynajmniej wskazać klientce zachodzący konflikt interesów.

Erbschleicherei w orzecznictwie nie jest uznawany ani za przesłankę nieważności testamentu (art. 519 ZGB), ani też w sposób wyraźny za przesłankę niegodności dziedziczenia z art. 540 ZGB⁴⁹. Jak wynika z powołanego stanu faktycznego, między instytucją niegodności oraz unieważnienia mogą jednak zachodzić określone związki. Między uznaniem nieważności tak sporządzonego oświadczenia woli oraz uznaniem wystąpienia przesłanki niegodności dziedziczenia nie zachodzi żadna sprzeczność; ewentualna nieważność dotyczy fazy sporządzania oświadczenia woli, natomiast niegodność dotyczy zapobieżeniu odwołania poprzedniego albo sporządzenia nowego testamentu. W tym zakresie niegodność dziedziczenia uzupełnia żądanie unieważnienia testamentu.

W pewnych okolicznościach postępowanie noszące znamiona *Erbschleicherei* zakwalifikować można jako wypełnienie stanu faktycznego z art. 540 ust. 1 pkt 3

⁴⁷ H. Metzger, *Schweizerisches juristisches Wörterbuch*, Basel 2005, s. 178.

⁴⁸ Wyrok BGer z dnia 6.02.2006 r., BGE 132 III 305.

⁴⁹ Jw.

ZGB (zastosowanie groźby lub przymusu w stosunku do spadkodawcy jako jedna z przyczyn niegodności dziedziczenia). Takie potencjalne zachowanie jest w zasadzie „ciężkim” przypadkiem *Erbschleicherei*. Zastanowić by się należało, czy postępowanie noszące znamiona *Erbschleicherei* nie powinno podlegać dodatkowej penalizacji. O ile jednak działanie, polegające np. na zastosowaniu groźby w stosunku do przyszłego spadkodawcy, nie nastęrcza dodatkowych trudności w określeniu jego charakteru i skutków prawnych, o tyle inaczej sytuacja prezentuje się w odniesieniu do „lżejszych” przypadków *Erbschleicherei*, mających często wymiar oddziaływania psychologicznego. W takim przypadku pojawia się pytanie o kwalifikację prawną tego zjawiska, rozważać można w zasadzie między niegodnością dziedziczenia a przesłankami wydziedziczenia. Podkreślić w tym miejscu należy, że niegodność dziedziczenia wykazuje wyraźne związki z wydziedziczeniem w zakresie większości przesłanek niegodności. Zasadnicza różnica między wymienionymi instytucjami polega jednak na tym, że niegodność następuje z mocy ustawy, pozostałe sankcje natomiast jedynie w przypadku odpowiednich działań spadkodawcy. Działania wypełniających *Erbschleicherei* nie można jednak zakwalifikować jako wydziedziczenia, nie mieszczą się one bowiem ani w kategoriach ciężkiego czynu karalnego, ani też zaniedbania obowiązków rodzinnych wobec spadkodawcy. *Erbschleicherei* nie ma zatem odpowiednika w przesłankach wydziedziczenia, chociaż nie było tak zawsze (projekt ZGB z 1895 r. – art. 432). Nie stanowią również żadnej z przesłanek niegodności dziedziczenia (spowodowanie lub dążenie do spowodowania śmierci spadkodawcy, wywołanie u spadkodawcy stanu trwałej niezdolności do sporządzenia oświadczenia woli, zapobieżenie sporządzeniu lub odwołaniu oświadczenia woli, zniszczenie lub unieważnienie rozporządzenia w okolicznościach uniemożliwiających spadkodawcy odtworzenie treści rozporządzenia). Z reguły *Erbschleicherei* prowadzi do skutków prawnych określonych w art. 469 ZGB (nieważność oświadczenia woli sporządzonego np. pod wpływem groźby, przymusu, ale i błędu; najczęściej będzie to działanie pod wpływem błędu). Ryzyko przywłaszczenia spadków, zwłaszcza po spadkodawcach będących osobami starszymi i samotnymi, jest bardzo duże, a przy tym tak społecznie, jak i gospodarczo niepożądane. Potrzeba rozważenia postulatu regulacji tego typu zagadnień wynika nie tylko z abstrakcyjnej analizy norm prawa spadkowego, ale ujawnia się również w praktyce orzeczniczej BGer oraz podkreślana jest przez praktyków⁵⁰. W dalszym ciągu brakuje bowiem wyraźnego określenia skutków prawnych dopuszczenia się takiego czynu.

⁵⁰ D. Abt, *Problematische Erbschleicherei*, Basler Zeitung, 16.03.2009, s. 28.

6. Podsumowanie

Nieustanna ewolucja i dostosowywanie prawa spadkowego do zmian zachodzących w społeczeństwie wpisane są w istotę tej dziedziny prawa cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że wiele instytucji szwajcarskiego prawa spadkowego pojawia się i w innych systemach prawnych, co wynika ze zbieżnych oczekiwań społecznych wobec prawa spadkowego. W każdym niemal systemie prawnym zakłada się podobne funkcje gospodarcze, ale i społeczne spadkobrania – zachowanie (i kontynuacja) zastanych struktur społecznych, przekazywanie majątków młodszemu pokoleniu. Nie dziwi zatem, że część przyjętych w szwajcarskim prawie spadkowym rozwiązań była przedmiotem analizy przy projektach zmian polskiego prawa spadkowego. Odnieść się w tym miejscu należy do postulatów w zakresie kształtu dziedziczenia ustawowego podniesionych w *Zielonej Księdze*⁵¹. Wśród proponowanych w *Zielonej Księdze* kierunków zmian znalazły się postulaty dotyczące kręgu spadkobierców ustawowych (m.in. poszerzenia ich o dziadków spadkodawcy oraz o pasierbów lub inne osoby połączone ze spadkodawcą stosunkiem faktycznym, a także większe uprzywilejowanie rodziców niż rodzeństwa spadkodawcy)⁵². Wychodząc od podkreślenia tradycyjnie silnych związków (i celów regulacji) prawa rodzinnego z prawem spadkowym, autorzy *Zielonej Księgi* akcentują bezpośredni wpływ więzi rodzinnych na dobór kryteriów decydujących choćby o kręgu spadkobierców ustawowych (ale także np. swobody dysponowania majątkiem). Regulacja prawna – także w obszarze prawa spadkowego – nie może funkcjonować w oderwaniu do realiów społeczno-gospodarczych. Także w uzasadnieniu projektu zmian Kodeksu Cywilnego z dnia 14 marca 2007 r. podkreślano fakt niedostosowania obowiązujących przepisów prawa spadkowego do funkcji prawa spadkowego uwzględniającej również cele norm prawa rodzinnego, w tym zwłaszcza potrzebę kontynuacji stosunków majątkowych, których stroną był spadkodawca. Funkcje te nie mogą zrealizować instytucje publiczno-prawne, jak gmina czy Skarb Państwa.

Autorzy *Księgi* postulowali również, jak już wyżej wspomniano, uprzywilejować rodziców kosztem rodzeństwa spadkodawcy, poprzez wprowadzenie dziedziczenia przed, a nie w zbiegu z rodzeństwem. Taki porządek dziedziczenia – występujący m.in. w prawie szwajcarskim – oznaczałby uznanie, że to rodzice są grupą wymagającą większej ochrony niż młodsze od nich rodzeństwo spadkodawcy.

⁵¹ *Zielona Księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Oficyna Wydawnicza Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2006, s. 186–188.

⁵² Podkreślić należy, że pasierbowie nie dziedziczą z ustawy w prawie szwajcarskim.

Uznano by tym samym zasługi rodziców w wychowaniu i wykształceniu dziecka, a przez to ich pośredniego wpływu na powstanie majątku spadkowego. Poza dyskusją pozostaje przy tym postulat ograniczonych możliwości zarobkowych rodziców spadkodawcy w chwili dziedziczenia. Wszystkie te postulaty znalazły wyraz w nowelizacji kodeksu cywilnego dokonanej w kwietniu 2009 r.⁵³ Poza nowelizacją pozostały takie kwestie poruszana w *Zielonej Księdze*, jak np. propozycja zmiany pozycji małżonka, czy dziedziczenie innych osób połączonych ze spadkodawcą stosunkiem faktycznym, jak np. tzw. wychowawcy.

Nie należy raczej oczekiwać, że śladem regulacji szwajcarskiej do polskiego prawa wprowadzone zostaną instytucje umożliwiające dziedziczenie przez osoby tej samej płci. Podkreślić jednak należy, że próba regulacji tej sfery stosunków społecznych została podjęta już w 2004 r.⁵⁴ Projekt zakłada rejestrację związków tworzonych przez osoby tej samej płci poprzez wpis w odpowiednim rejestrze oraz konstrukcję ustroju majątkowego opartego na umownej wspólności majątkowej z licznymi konsekwencjami w prawie cywilnym, w tym spadkowym, np. w zakresie art. 691 k.c., 923 k.c., 931–932 k.c. Tematykę podlegającego rejestracji partnerstwa podjęła już w 2000 r. Rada Europy (Rekomendacja nr 1474 z dnia 26 września 2000 r. w sprawie sytuacji związków homoseksualnych w państwach członkowskich RE), formułując m.in. zalecenie w zakresie tworzenia ustawodawstwa legalizującego związki partnerskie; ważnym postulatem zawartym w rekomendacji był również zakaz dyskryminacji obywateli z uwagi na kryterium orientacji seksualnej. O ile ten drugi postulat jest zawarty w Konstytucji RP (art. 32), o tyle podkreśla się często, iż realizację pierwszego uniemożliwia art. 18 Konstytucji RP. Zauważyć jednak należy, że projekty i omówione ustawodawstwo dotyczące związków partnerskich nie tworzą analogii do związku małżeńskiego, a przynajmniej nie jest to analogia zupełna. Rozumieć przez to należy, że osobom uczestniczącym w związku partnerskim nie może zostać przyznane prawo do adopcji dzieci. W gestii projektów leży raczej regulacja stosunków o charakterze majątkowym, w tym majątkowo-spadkowym.

Zastanówić by się można, czy z regulacji szwajcarskich płynie jakiś wniosek dla polskiego ustawodawcy. Pamiętając o odmiennych uwarunkowaniach historycznych, o odrębnościach związanych z oczekiwaniami innych przecież społeczeństw, wreszcie o odmiennym od polskiego systemie prawa spadkowego, zgodzić się należy, że zarówno polski, jak i szwajcarski obywatel ma prawo do szeroko

⁵³ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks Cywilny (Dz. U. Nr 79, poz. 662).

⁵⁴ Senacki projekt uchwały o rejestrowanych związkach między osobami tej samej płci (druk sejmowy nr 3664).

rozumianego prawa dziedziczenia. To prawo dziedziczenia odnosi się zarówno do potencjalnego spadkobiercy, dla którego nie bez znaczenia pozostaje porządek dziedziczenia i dobór osób dziedziczących z ustawy, jak i do potencjalnego spadkodawcy, dysponującego typową dla danego systemu prawnego swobodą dokonywania rozporządzeń. Ostatecznie polski ustawodawca zadecyduje o tym, jak szeroka będzie swoboda dokonywania tych rozporządzeń w prawie polskim – czy odnosić się będzie tylko do testamentów, czy obejmie również umowne rozporządzenia na wypadek śmierci, tak jak jest to obecnie dopuszczalne w prawie szwajcarskim, ale również m.in. w niemieckim, austriackim i francuskim.

DIRECTIONS SWISS-INHERITANCE LAW-CHANGES

Article Directions Swiss-inheritance law-changes deals with the issues of the wider rights of inheritance law in force in Switzerland.

Given that the close ties of Polish law with European law are not without influence on the Polish civil law, including inheritance laws, there is an attempt to analyze the wording of the standards of modern Swiss inheritance law and jurisprudence BGer exegesis in this regard.

Not to mention the role of the Swiss Civil Code, which became the model for many other laws, including the Polish legislation. In the era of draft amendments to Polish law of inheritance may have a value of retrospective look at the evolution of a European legal systems.

The article is thus an attempt to describe the influence of the most significant revision of choices in Swiss inheritance law (including those relating to the following : equal rights for descendants of heredity, changes in the inheritance by a spouse, inheritance rights of a surviving spouse, registered same-sex partners) at present condition of inheritance law in this country. Analysis of the above solutions allowed to reply the question: what conditions underlay the choice of orders of succession operating in Switzerland, and what conditions determine a wide selection of the class of persons appointed to inherit.

The specific practices of legal succession in force in that legal system based on different assumptions of succession (the reserve system, the conventional inheritance) were also taken into account. There were analyzed the following: development of succession rights of selected groups of relatives of the deceased, including above all the deceased spouse and descendants, but also registered partners. Attention was paid to include

Such a solution – not found in the Polish legal system – was also indicated, i.e. the accumulation of shares of succession and vested right to use the inheritance by a spouse in force until 1988. Significant practical importance can have also the discussed in the article *Erbschleicherei* phenomenon concerning all the legal systems, which have had a risk of fraudulent acquisition of inheritance by third parties.

The analysis of the descendant rights vested in those connected with the testator only by factual relations, and also detailed arrangements within contractual orders of succession, where a wide choice – after decades of application – is found in Swiss law, may provide a clue to the Polish legislature as to the possible future legislative changes.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(183) 2010
Warszawa 2010

Piotr Rogoziński ■

POSTĘPOWANIE DOWODOWE NA ROZPRAWIE APELACYJNEJ W SPRAWACH KARNYCH

Obraz postępowania dowodowego w odwoławczym stadium procesu karnego uzależniony jest ściśle od przyjętego w danym systemie procesowym modelu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych. Generalnie rzecz biorąc, w odniesieniu do polskich doświadczeń, można mówić w tym zakresie o modelach apelacyjnym i rewizyjnym. W klasycznej postaci system kontroli apelacyjnej obejmuje uchybienia zarówno w zakresie prawa, błędną ocenę okoliczności faktycznych, jak również błędy przy wymiarze sankcji karnej. W tej modelowej postaci sąd apelacyjny jest sądem ponownie przeprowadzającym dowody; w postępowaniu apelacyjnym wydaje się powtórnie orzeczenie, bez możliwości uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji.¹ Tok procesu karnego jest w takim wypadku z reguły trójinstancyjny, a od wyroków sądu drugiej instancji przysługuje stronom kasacja do Sądu Najwyższego. Można wskazać szereg wad opisywanego modelu, a zwłaszcza: wydłużenie czasu trwania procesów, naruszanie zasady bezpośredniości przez to, że sąd apelacyjny orzekał w znacznej mierze również na podstawie dowodów przeprowadzonych przez sąd *a quo*, które nie były następnie ponawiane, możliwość

¹ Por. K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny w polskim procesie karnym*, [w:] *Węzłowe zagadnienia procedury karnej. Księga ku czci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, pod red. P. Kruszyńskiego, Warszawa 1997, s. 164–165; tenże [w:] *Proces karny. Przebieg postępowania*, pod red. K. Marszała, Katowice 2008, s. 188–189.

zmniejszenia poczucia odpowiedzialności sędziego pierwszoinstancyjnego, skoro wie on, iż poczynione przez niego ustalenia faktyczne mogą być ponownie dowodowo badane w instancji apelacyjnej.² Rewizyjny model kontroli odwoławczej wprowadzono w polskim prawie krótko po zakończeniu drugiej wojny światowej, w okresie stalinowskiej reformy procedury karnej z lat 1949–1950.³ Abstrahując od politycznych motywów wprowadzanych zmian, sprowadzających się do zwiększenia efektywności represji karnej, podjęto się realizacji postulatu postępowania dwuinstancyjnego, zapewniającego merytoryczne osądzenie sprawy w pierwszej instancji oraz przydającego postępowaniu odwoławczemu charakter wyłącznie kontrolny. System rewizyjny charakteryzuje się ogólnie rzecz biorąc: dwuinstancyjnością postępowania, możliwością żądania kontroli wyroku zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym, niezwiązaniem sądu odwoławczego granicami apelacji, gdy zachodzi potrzeba zreformowania wyroku na korzyść oskarżonego, możliwością wydania odmiennego merytorycznie wyroku niż w pierwszej instancji w pełnym zakresie na korzyść oskarżonego i w bardzo ograniczonym zakresie na jego niekorzyść. Jeżeli chodzi o postępowanie dowodowe przed sądem *ad quem* w systemie rewizyjnym, to zasadą jest nieprzeprowadzanie postępowania dowodowego przez ten sąd, a ograniczenie się w zakresie poznania do treści akt sprawy.⁴ Opowiedzenie się za modelem rewizyjnym postępowania odwoławczego zapewnia wszechstronność kontroli wyroku sądu pierwszoinstancyjnego, znaczne odformalizowanie i przyspieszenie postępowania odwoławczego. Jednakże i ten model postępowania odwoławczego wykazuje wcale istotne wady, do których należy zaliczyć: rozdźwięk pomiędzy prawem sądu *ad quem* do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy a możliwością po stronie tego sądu bezpośredniego poznania faktów stanowiących podstawę tego rozstrzygnięcia, konieczność powtarzania w zasadzie całego postępowania w pierwszej instancji w wypadku zaistnienia potrzeby przeprowadzenia na nowo tylko jednego lub kilku dowodów, ryzyko niepełnej kontroli orzeczenia wiążące się z systemem dwuinstancyjnym oraz brak realnej możliwości permanentnego nadzoru judykacyjnego Sądu Najwyższego w konkretnych sprawach.⁵

² Por. bliżej: S. Śliwiński: *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Przebieg procesu i postępowanie wykonawcze*, Warszawa 1948, s. 119–122; K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny...*, s. 164–165.

³ Odnośnie do historycznego kontekstu wprowadzenia tego systemu por. A. Machnikowska, *Wymiar sprawiedliwości w Polsce w latach 1944–1950*, Gdańsk 2008, s. 327–330.

⁴ W zakresie cech systemu rewizyjnego por. zwłaszcza S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 537–539.

⁵ Por. tamże, s. 539.

Jak z powyższego wynika, obydwa modele postępowania odwoławczego różnią się w sposób zasadniczy, jeżeli chodzi o funkcje i zakres postępowania dowodowego przed sądem *ad quem*. Różnice te wiążą się nieodłącznie z założeniami konstrukcyjnymi przyświecającymi przyjęciu określonego systemu w ustawodawstwie procesowym poszczególnych krajów. Dlatego też w modelu apelacyjnym, w toku którego wydaje się powtórnie orzeczenie, bez możliwości uchylenia zaskarżonego wyroku, nieodzowne jest przeprowadzenie w znacznym zakresie, czy nawet w całości, postępowania dowodowego przed sądem rozpoznającym apelację;⁶ zaś w modelu rewizyjnym, opartym na założeniu wyłącznie kontrolnego charakteru postępowania odwoławczego, przeprowadzenie dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej następuje wyjątkowo.⁷

Powyższe różnice uwidaczniają się z całą wyrazistością na tle postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Zadaniem, przed którym stoi ten sąd, jest określenie, czy istnieją podstawy, a jeżeli tak – to jaki jest zakres, odpowiedzialności prawnej (karnej i ewentualnie również cywilnej) oskarżonego za zarzucany mu czyn zabroniony. Pomijając konieczne uproszczenia dowodowe orzekania co do zasadniczego przedmiotu procesu na posiedzeniu,⁸ realizacja tego zadania na rozprawie głównej wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego, i to w warunkach dowodu ścisłego. Zatem sąd pierwszej instancji jest zobowiązany, celem zadośćuczynienia prawdzie materialnej, do dowodowego zbadania sprawy i niezależnie od zakresu tego badania (tu dopuszczalne są ograniczenia związane ze stopniem wyjaśnienia okoliczności sprawy i postawą stron⁹) to na tym właśnie sądzie spoczywa główny ciężar przeprowadzenia dowodów w procesie. Jest tak siłą rzeczy bez względu na to, który model rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych został przyjęty w ustawodawstwie karnym danego państwa. Wynika stąd, że postępowanie dowodowe (w znaczeniu przeprowadzania dowodów ścisłych) na rozprawie przed sądem drugiej instancji będzie w porównaniu do rozprawy pierwszoinstancyjnej akcesoryjne, uzupełniające, a w skrajnym wypadku (klasyczne pełne postępowanie apelacyjne) co najwyżej

⁶ Por. K. Marszał, *System apelacyjno-kasacyjny...*, s. 164–165; S. Śliwiński, op. cit., s. 119; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1933, s. 692, 721–725; K. Angerman, J. Nowotny, J. Przeworski, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1930, s. 418–419.

⁷ Por. przykładowo Z. Z. Muras, *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym. Artykuły 425–467 KPK. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 320–322.

⁸ Blżej R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu w procesie karnym. Prawnodowodowa problematyka orzekania poza rozprawą*, Lublin 1993, s. 8 i nast.

⁹ W zakresie postępowania dowodowego prowadzonego na rozprawie chodzi o przepisy art. 387 i 388 k.p.k.

powtarzające czynności dowodowe działane przed sądem *a quo*. Głównym celem postępowania odwoławczego, niezależnie od przyjętego modelu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych, jest weryfikacja trafności orzeczenia pierwszoinstancyjnego.¹⁰ Zmierząc do osiągnięcia tego celu, ustawodawcy przyjmują rozmaite rozwiązania służące przeprowadzaniu przez sąd w postępowaniu apelacyjnym dowodów ścisłych niezbędnych do dokonania tej weryfikacji.¹¹ Wydaje się bowiem, że zapewnienie możliwości przeprowadzania tych dowodów w instancji odwoławczej nie powinno budzić wątpliwości. Jest ono niezbędne do sprawnego i operatywnego toku postępowania w drugiej instancji oraz tym samym uniknięcia niepotrzebnego uchylania orzeczeń pierwszoinstancyjnych i przekazywania spraw do ponownego rozpoznania.¹² Konieczność taka istnieje zarówno w wypadku przyjęcia modelu apelacyjnego, jak i rewizyjnego, w odniesieniu do poszczególnych modeli należy tylko rozważyć zakres takiego uprawnienia sądu odwoławczego.

Jak wspomniano, w systemie polskiego prawa procesowego przyjęty został rewizyjny model rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych. System rewizyjny wprowadzono do Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. w wyniku reformy z lat 1949–1950 i od tego czasu funkcjonuje niezmiennie, również pod rządami kodeksów z 1969 r. i z 1997 r. Nie mają przy tym znaczenia dla rewizyjnego charakteru postępowania odwoławczego kwestie różnego nazewnictwa odpowiednich środków odwoławczych – od 1949 r. do 1995 r. była to „rewizja”, zaś od 1996 r. „apelacja”. Pomimo tych zmian, w szczególności nazwania tego środka „apelacją”, nie można mówić o odmienności systemu rozpoznawania zwyczajnych środków odwoławczych, jak również obecna apelacja i postępowanie apelacyjne nie ma wiele wspólnego z instytucją funkcjonującą pod tą nazwą w pierwotnej regulacji Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. Przyjęcie w polskim prawie

¹⁰ Por. także A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 319–320.

¹¹ Np. w prawie procesowym niemieckim w postępowaniu apelacyjnym obowiązują w szczególności następujące zasady: wolno przeprowadzać nowe dowody (§ 323 ust. 3 StPO), można wszakże pominąć przesłuchanych w pierwszej instancji świadków i biegłych, jeżeli ich ponowne przesłuchanie nie jest konieczne (§ 323 ust. 2 StPO), dopuszcza się odczytywanie dokumentów, a protokoły zeznań świadków i opinie biegłych złożone w postępowaniu pierwszoinstancyjnym nie mogą być odczytywane bez zgody prokuratora i oskarżonego, chyba że danej osoby nie wezwano, względnie nie złożono wniosku o jej wezwanie (§325 StPO). Bliżej na ten temat np. L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung. Kommentar*, München 2003, s. 1071–1072, 1074–1076. Por. również zestawienie prawnoporównawcze W. Hermelińskiego i B. Nity (*Orzekanie reformatoryjne na podstawie nowych ustaleń faktycznych w postępowaniu karnym*, Państwo i Prawo 2009, nr 4, s. 65–66).

¹² Wiąże się ono bezpośrednio z koniecznością weryfikacji przez sąd drugiej instancji prawidłowości postępowania dowodowego przeprowadzonego przez sąd *a quo* oraz prawa stron do wskazywania w środku odwoławczym nowych dowodów (art. 427 § 3 k.p.k.).

systemu rewizyjnego spowodowało, że postępowanie odwoławcze nabrało charakteru wyłącznie kontrolnego w odniesieniu do orzeczenia sądu pierwszoinstancyjnego, a zakres postępowania dowodowego przed sądem *ad quem* musiał zostać z tego względu zredukowany i dostosowany do sprawnej realizacji zadań stojących przed tym sądem w ramach przyjętego modelu zaskarżenia.¹³

Z uwagi na rozległość materii, w dalszym ciągu rozważań zainteresowanie skupi się na najważniejszym forum rozpoznania sprawy w drugiej instancji – postępowaniu dowodowym prowadzonym na rozprawie, pomijając zagadnienia związane z dowodami przeprowadzanymi na posiedzeniu.¹⁴ Traktując o postępowaniu dowodowym, ma się tu na myśli najogólniejsze określenie, a mianowicie „rodzaj procesu poznawczego warunkującego subsumcję, który zmierza do ustalenia faktu istotnego za pomocą dowodów”.¹⁵ Z formalno-konstrukcyjnego punktu widzenia postępowanie dowodowe na rozprawie przed sądem odwoławczym można podzielić następująco:

- I. postępowanie dowodowe co do istoty sprawy w postaci dowodu swobodnego (art. 437 § 1 i 2 k.p.k.);
 - 1) w wyniku którego nie następuje zmiana ustaleń faktycznych,
 - 2) w wyniku którego następuje zmiana ustaleń faktycznych;
- II. postępowanie dowodowe co do istoty sprawy w postaci dowodu ścisłego (art. 452 k.p.k.):
 - 1) w wyniku którego nie następuje zmiana ustaleń faktycznych,
 - 2) w wyniku którego następuje zmiana ustaleń faktycznych;
- III. postępowanie dowodowe co do okoliczności znajdujących się poza istotą sprawy:
 - 1) w postaci dowodu swobodnego,
 - 2) w postaci dowodu ścisłego.

Wskazany tu podział wymaga przedstawienia kilku uwag odnośnie do przyjętych kryteriów. Odrzucono dychotomiczne rozróżnienie ustaleń, którym mają służyć dowody przeprowadzane w instancji odwoławczej, na: ustalenia co do istoty sprawy oraz ustalenia dotyczące uchybień popełnionych przez sąd pierwszej

¹³ W tym zakresie por. M. Rogacka-Rzewnicka, *Apelacyjny model kontroli odwoławczej*, [w:] *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, pod red. P. Krużyńskiego, Warszawa 1999, s. 364 i nast.; K. Marszał, op. cit., s. 166; D. Świecki, *Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 118.

¹⁴ W tym przedmiocie szczegółowe rozważania można znaleźć w pracy R. Kmiecika, *Posiedzenie sądu ...*, zwłaszcza s. 8–22, 94–105.

¹⁵ R. Kmiecik [w:] *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, pod red. R. Kmiecika, Warszawa 2008, s. 21. Należy także wskazać, że określenie to nawiązuje do węższego znaczenia „postępowania dowodowego”, w ujęciu tegoż Autora (tamże, s. 22).

instancji, których dokonać musi sąd odwoławczy badający prawidłowość zaskarżonego orzeczenia.¹⁶ Rozróżnienie to nie wyczerpuje całego zakresu możliwych do dokonania przez sąd drugoinstancyjny ustaleń faktycznych (pomija ustalenia w kwestiach incydentalnych) i nie ma wyraźnego oparcia w treści art. 452 k.p.k., gdyż ustalenia co do istoty sprawy i ustalenia dotyczące wskazanych uchybień nie stanowią zbioru rozłącznego, uchybienia te mogą odnosić się do istoty sprawy lub też nie.¹⁷ Uchybienia popełnione przez sąd pierwszej instancji w ogóle nie powinny wyznaczać osobnej kategorii postępowania dowodowego, gdyż dotyczą lub nie istoty sprawy i w zależności od tego mogą być badane w formie dowodu ścisłego albo dowodu swobodnego. W świetle art. 452 k.p.k. jako kryterium podziału jawi się alternatywa, czy ewentualny dowód odnosi się do istoty sprawy, czy też nie, i w zależności od tego – jeżeli podejmuje się decyzję o jego przeprowadzeniu celem uzupełnienia postępowania – czyni się to w formie dowodu ścisłego albo dowodu swobodnego.¹⁸ Ważne jest również rozróżnienie postępowania dowodowego, w wyniku którego następuje lub nie zmiana ustaleń faktycznych. Zgłaszano bowiem wątpliwości na temat dopuszczalności orzekania przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennie przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k.

Doprecyzowania wymaga również kwestia, co podlega dowodzeniu w postępowaniu odwoławczym, czyli co jest przedmiotem dowodu w tym postępowaniu. Spotkać się można bowiem ze stanowiskiem, wedle którego przedmiotem dowodu na rozprawie przed sądem *ad quem* jest sprawdzenie zasadności środka odwoławczego wskazującego na istnienie nowych faktów i dowodów, nie zaś

¹⁶ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków 2010, s. 78–79; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 343. Podobnie W. Kociubiński (*Własne ustalenia faktyczne sądu odwoławczego i ich wpływ na treść rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym*, Przegląd Sądowy 2003, nr 7–8, s. 140) wyróżnia: ustalenia dotyczące prawidłowości postępowania sądu pierwszej instancji, wpływające na ocenę treści zaskarżonego orzeczenia oraz ustalenia „co do istoty”. Z kolei M. Klejnowska (*Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia*, Rzeszów 2008, s. 448–449) wyróżnia w tym zakresie trzy rodzaje ustaleń faktycznych dokonywanych w trakcie kontroli odwoławczej: ustalenia faktyczne co do istoty sprawy, ustalenia dotyczące prawidłowości postępowania sądu niższej instancji, wpływające na ocenę trafności zaskarżonego rozstrzygnięcia oraz jako trzeci rodzaj – ustalenia faktyczne, które, choć wprost nie dotyczą znamion zarzucanego czynu zabronionego, to stanowią element szeroko rozumianej podstawy rozstrzygnięcia w sprawie.

¹⁷ Tak też wyraźnie Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 343.

¹⁸ Por. również K. Sychta, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06*, Przegląd Sądowy 2009, nr 3, s. 138.

dokonanie w związku z wniesionym środkiem ustaleń faktycznych.¹⁹ Ujęcie to nie wydaje się słuszne. Przedmiotem dowodu, niezależnie od tego, o jaki etap albo rodzaj postępowania chodzi, jest określona okoliczność, której istnienie lub nieistnienie ma być wykazane w procesie dowodzenia. Przy tym przez „okoliczność” wypada rozumieć w sensie szerokim – zdarzenie faktyczne (również w postaci negatywnej) albo tylko fragment, nawet czasem niesamodzielny, jakiegoś zdarzenia.²⁰ Zatem dowodzeniu podlegają okoliczności (które mogą dotyczyć nie tylko istoty sprawy, lecz także przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji czy kwestii incydentalnych: zasadności zastosowania środka zapobiegawczego, ukarania świadka karą porządkową, usprawiedliwienia niestawiennictwa oskarżonego itd.); natomiast środek odwoławczy stanowi wniosek zmierzający do wywołania procesowej kontroli decyzji, może on przy tym (i najczęściej tak jest w praktyce) wskazywać na określone twierdzenia jego autora dotyczące tych okoliczności. Dowodzeniu podlegają przeto jedynie okoliczności, zaś do specyfiki postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym należy ograniczenie możliwości oparcia swego orzeczenia co do istoty sprawy o samodzielnie dokonywane ustalenia faktyczne odmienne od pierwszoinstancyjnych.

Należy teraz nieco uwagi poświęcić roli dowodzenia swobodnego i ścisłego na rozprawie przed sądem odwoławczym. Precyzując kwestie terminologiczne, dowodzenie ścisłe (formalne) to sposób przeprowadzania dowodu polegający na wykorzystaniu dowodu z zachowaniem przewidzianego przez ustawę procesową kontrydiktoryjnego trybu i form postępowania respektującego zasadę bezpośredniości i dopuszczalne od tych zasad wyjątki. W pozostałych sytuacjach przeprowadzanie dowodu bez zachowania wskazanych wyżej trybu i form następuje w ramach dowodu swobodnego (nieformalnego).²¹ Wydaje się

¹⁹ S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III*, pod red. Z. Gościńskiego, Warszawa 2004, s. 273; G. Artymiak [w:] *Proces karny. Część szczególna*, pod red. G. Artymiak, M. Rogalskiego i Z. Sobolewskiego, Warszawa 2007, s. 148; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego orzeczenia sądu odwoławczego – wybrane zagadnienia*, Przegląd Sądowy 2001, nr 7–8, s. 105; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II AKA 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34.

²⁰ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 415.

²¹ R. Kmiecik [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 122. Należy zwrócić uwagę, że tenże Autor wyróżnił pięć rodzajów przeprowadzania dowodów wyodrębnionych z punktu widzenia formy wykorzystania środka dowodowego, jej obligatoryjności i stosunku do przedmiotu dowodzenia. Jednocześnie w związku z tym podziałem wskazał on, iż zakres pojęć „dowód ścisły – dowód swobodny” nie pokrywa się z zakresem pojęć „dowód formalny – dowód nieformalny”. Por. R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 55–56.

przy tym, że dowodu swobodnego nie można wprost identyfikować z uprawdopodobnieniem faktu.²²

Zgodzić się należy z zapatrywaniem, wedle którego art. 452 § 2 k.p.k. reguluje dowodzenie ścisłe co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej. Natomiast jeżeli sąd *ad quem* nie korzysta z tej możliwości i poprzestaje na „lekturze akt sprawy”, wówczas przeprowadza co do istoty sprawy dowodzenie swobodne.²³ Z kolei poza zakresem „istoty sprawy” w tym rozumieniu znajdują się kwestie dotyczące wyłącznie prawidłowości procedowania sądu *a quo* oraz incydentalne występujące przed sądem drugiej instancji. W odniesieniu do tych kwestii ustawa procesowa nie wypowiada się co do rodzaju dowodzenia. Wynika stąd, że możliwe jest przeprowadzenie dowodzenia swobodnego albo ścisłego. W sytuacjach, w których jest to wystarczające, można poprzestać na dowodzeniu swobodnym. Chodzi o wypadki, gdy wyniki dowodzenia swobodnego okażą się jednoznaczne, chyba że ujawni się przyczyna poddająca te wyniki w wątpliwość i zarazem pociągająca za sobą potrzebę przeprowadzenia dowodu ścisłego, jako zdatnego do rozwiania tej wątpliwości.²⁴ Dowód ścisły, jako zasadniczo dający pełniejsze możliwości poznania prawdy materialnej, powinien być zawsze przeprowadzony w odniesieniu do tych kwestii, jeżeli dowodzenie swobodne będzie niewystarczające i nie zapewni dokonania prawdziwych ustaleń.²⁵ Z uwagi na to, że dowodzenie

²² Poprzez dowodzenie swobodne można zarówno dokonywać ustaleń w postaci udowodnienia, np. na rozprawie w postępowaniu odwoławczym co do istoty sprawy bez przeprowadzania postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k., jak i uprawdopodobnienia, np. wykazania na posiedzeniu w sprawie zastosowania tymczasowego aresztowania istnienia przesłanki ogólnej – dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez podejrzanego. Por. R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu ścisłego i swobodnego w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 1, s. 17–19; odmiennie D. Karczmarska [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 225–226.

²³ Tak R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 240–243.

²⁴ Por. również: tamże, s. 27; M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

²⁵ Znaczenie tego kierunku rozumowania podkreśla również M. Klejnowska. Trzeba podzielić zapatrywanie tej Autorki, że z jednej strony nie należy na siłę wprowadzać do postępowania odwoławczego dowodów ścisłych, gdyż w wielu wypadkach dowodzenie swobodne wystarczy; jednak tam, gdzie dowodzenie ścisłe jest konieczne, nie można go unikać, byle tylko respektowało unormowania art. 452 k.p.k. Z drugiej zaś strony M. Klejnowska zasadnie wskazuje na sytuacje, w których konieczne będzie przeprowadzenie dowodu ścisłego poza ramami wyznaczonymi przez art. 452 k.p.k. W konsekwencji zaaprobować należy umotywowane stanowisko Autorki wyrażone w polemice z poglądem R. Kmiecika, dotyczącej kwestii konieczności poprzestania na dowodzie swobodnym w wypadku badania przez sąd drugiej instancji zarzutu zaniechania odebrania przyrzeczenia od świadka w warunkach bezzasadnego powołania się na treść art. 189 pkt 3 k.p.k. Por. bliżej M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

ściśle charakteryzuje się sformalizowanym przebiegiem oraz jest nakazane w określonych przez ustawę sytuacjach, powstaje pytanie o podstawę prawną zastosowania dowodzenia formalnego w kwestiach leżących poza zakresem unormowania art. 452 § 2 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, że dowodzenie ściśle w bardziej niezawodny sposób oraz przy zachowaniu pełniejszych gwarancji procesowych stron, zwłaszcza oskarżonego, pozwala na dokonanie ustaleń faktycznych w sprawie. Z tego względu przyjmuje się, że jedynie na wynikach tego rodzaju dowodzenia musi być oparte rozstrzygnięcie na rozprawie kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego.²⁶ Przesądżają o tym zresztą jednoznacznie przepisy ustawy procesowej, zwłaszcza art. 389, 391–396 k.p.k. W pozostałych kwestiach ustawodawca nie wypowiada się co do sposobu dowodzenia, można zatem poprzestać na dowodzeniu swobodnym. Jednakże w razie zaistnienia opisanej wyżej potrzeby, przepisy dotyczące dowodzenia ściśłego na rozprawie sądowej co do istoty sprawy należy stosować również w odniesieniu do innych kwestii w myśl reguły *a maiore ad minus*. Skoro bowiem ustawa nakazuje dowodzić okoliczności odnoszące się do przedmiotu odpowiedzialności prawnej oskarżonego w sposób sformalizowany i kwalifikowany (w zamyśle – lepiej zabezpieczający dotarcie do prawdy), to z punktu widzenia celów procesu i gwarancji praw jego uczestników nie ma żadnych przeszkód do dowodzenia w ten sam sposób innych okoliczności, o ile zajdzie tego rzeczowa potrzeba. Z punktu widzenia celów procesu, w postaci dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych, jest to wprost pożądane. Zawsze jednak przeprowadzenie dowodu ściśłego w takich wypadkach będzie wyjątkiem, a nie regułą.

Kolejną istotną dla niniejszych rozważań kwestią, wymagającą doprecyzowania, jest określenie w art. 452 § 1 k.p.k. „istoty sprawy” jako zbiorczej kategorii przedmiotu dowodu w postępowaniu odwoławczym. W tym zakresie przychylić się wypada do poglądu, wedle którego „istotę sprawy” stanowią okoliczności dotyczące odpowiedzialności prawnej oskarżonego (karnej i cywilnej), w szczególności popełnienia zarzucanego czynu, zawinienia, kwalifikacji prawnej czynu oraz okoliczności związanych z wymierzeniem sankcji karnych.²⁷ Należy zaznaczyć,

²⁶ Tak np., R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 46; tenże [w:] *Prawo dowodowe...*, s. 123; A. Gaberle, op. cit., s. 46; S. Waltoś: op. cit., s. 356–357.

²⁷ A. Kryże (w:) A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, *Kodeks postępowania karnego. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2001, s. 833; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 336, 343; A. Gaberle, op. cit., s. 78; D. Świecki, op. cit., s. 125; K. Sychta, op. cit., s. 139; P. Pojnar: *Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu – rozważania de lege lata i de lege ferenda* (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwania współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, pod red. J. Czapskiej, A. Gaberle,

że chodzi tu zarówno o okoliczności bezpośrednio, jak i pośrednio dotyczące tej odpowiedzialności. Do pierwszej grupy należą te, które wprost stanowią podstawę określenia tej odpowiedzialności co do jej zasady i rozmiarów, np. przebieg zarzucanego czynu, postać zamiaru, motywacja sprawcy, jego dotychczasowa karalność, zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, sytuacja rodzinna i majątkowa (te ostatnie oczywiście w odniesieniu do określenia i wymiaru sankcji karnej). Do drugiej zaś grupy zaliczyć trzeba takie inne okoliczności, które wprost mają wpływ na ustalenia faktyczne dokonywane w ramach pierwszej grupy. Chodzi tu o okoliczności rzutujące na wiarygodność dowodów służących do dokonania ustaleń co do odpowiedzialności prawnej oskarżonego, np. wiarygodność świadka zeznającego w kwestii tej odpowiedzialności, prawdziwość treści i okoliczności wydania dokumentu dotyczącego sytuacji rodzinnej oskarżonego czy jego dotychczasowej karalności.²⁸ I tak, dowodem co do „istoty sprawy” przeprowadzanym przez sąd drugiej instancji będą zarówno zeznania świadka przesłuchanego przed tym sądem na okoliczność przebiegu inkryminowanego zdarzenia, jak też na okoliczność ewentualnych przyczyn mogących osłabiać zaufanie do relacji innego naocznego świadka.

Poza zaś „istotą sprawy” (kategoria oznaczona powyżej – pkt III) znajdują się wszystkie pozostałe okoliczności podlegające dowodzeniu na rozprawie w drugiej instancji, zresztą nieraz nie mniej ważne z punktu widzenia prawidłowości rozstrzygnięcia sądu *ad quem*. Można je z również podzielić na podstawie kryterium rzeczowego na:

- 1) dotyczące przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji (np. co do prawidłowości wyboru trybu postępowania, właściwości sądu, uchybień merytorycznych i formalnych protokołów, naruszenia powagi rzeczy osądzonej, zdolności do orzekania członka składu orzekającego),
- 2) dotyczące kwestii incydentalnych odnoszących się do postępowania w drugiej instancji (np. nałożenia kary porządkowej, zastosowania środka

A. Światłowskiego i A. Zolla, Warszawa 2000, s. 711. Odmiennie M. Klejnowska (op. cit., s. 400–401), która rozszerza pojęcie „istoty sprawy” również na kwestie formalne, będące przedmiotem rozpoznania sądu odwoławczego. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, OSNKW 2007, z. 7–8, poz. 57.

²⁸ Można przy tym skonstatować, że okoliczności z omawianej grupy w znacznej mierze pokrywają się z powodami dopuszczania dowodów pochodnych w procesie: potrzebą sprawdzenia w ten sposób wiarygodności dowodu pierwotnego oraz częściowo z sytuacją, gdy dowodów pierwotnych faktycznie lub praktycznie nie ma. Jedynie sytuacja, w której dopuszcza się dowód dlatego, iż ze swej istoty ma charakter pochodny, nie pokrywa się z okolicznościami z grupy drugiej, a odnosi się do tych wskazanych w grupie pierwszej. Szczegółowo na temat powodów dopuszczania dowodów pośrednich por. M. Cieślak, op. cit., s. 330–331.

zapobiegawczego, przeprowadzenia obserwacji w zakładzie leczniczym, usprawiedliwienia niestawiennictwa uczestnika, zasadności odroczenia rozprawy).

Wypada zauważyć, że powyższej klasyfikacji można dokonać niezależnie od tej opartej na rodzaju dowodzenia, przedstawionej powyżej w pkt III. Ponadto obydwie te klasyfikacje nie pokrywają się zakresowo, oparte są na różnych kryteriach – tak więc okoliczności dotyczące przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji oraz te, dotyczące kwestii incydentalnych odnoszących się do postępowania w drugiej instancji, mogą być przedmiotem zarówno dowodzenia swobodnego, jak i ścisłego.²⁹

Istotne jest również wskazanie na tle podziału opartego na kryterium rzeczowym na, wynikającą zarówno z przesłanek prawnych, jak i metodologicznych, konieczną chronologię postępowania dowodowego przy rozpoznawaniu apelacji przez sąd drugiej instancji. Pominąć przy tym należy ze względów oczywistych postępowanie dowodowe dotyczące kwestii incydentalnych w drugiej instancji, albowiem jest ono dość luźno związane z zarzutami apelacji oraz aktualizuje się jedynie w razie zaistnienia określonych zdarzeń na rozprawie apelacyjnej. Wówczas, jak już wskazano, w tych kwestiach zasadniczo korzysta się z dowodzenia swobodnego. W ten sposób dowodzi się np. okoliczności dotyczących stanu zdrowia oskarżonego przy rozstrzyganiu zagadnienia usprawiedliwienia jego nieobecności, zastosowania środka zapobiegawczego czy przeprowadzenia jego obserwacji w zakładzie leczniczym.³⁰ W tym zakresie można uznać za wystarczające w szczególności: pisemne lub ustne oświadczenia uczestników postępowania, zaświadczenia lekarskie, notatki urzędowe. Jeżeli jednak wyniki dowodzenia swobodnego nie okażą się niewątpliwe i jednoznaczne oraz ujawni się przyczyna pociągająca za sobą potrzebę przeprowadzenia dowodu ścisłego, jako zdatnego do rozwiania tej wątpliwości, należy skorzystać z tego ostatniego dowodu. Wówczas, aby zapewnić maksymalne zbliżenie ustaleń w tym zakresie do prawdy materialnej, trzeba przeprowadzić dowód ścisły, np. przesłuchując świadków, dopuszczając dowód z opinii biegłego lub biegłych psychiatrów na okoliczność stanu zdrowia oskarżonego.

²⁹ Wydaje się, że podobnie rzecz ujmuje M. Klejnowska, op. cit., s. 396–398.

³⁰ Tak też trafnie R. Kmiecik, który wskazał, że zasadniczo należy poprzestać na dowodzie swobodnym (o ile brak jest szczególnych względów przemawiających za przeprowadzeniem dowodzenia ścisłego), gdy przedmiotem dowodzenia są okoliczności nieistotne dla określenia odpowiedzialności karnej oskarżonego, stanowiące podstawę rozstrzygnięć ściśle procesowych. Jest tak również wówczas, gdy chodzi o kwestię ustalenia stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, nie musi to następować poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów. W tym zakresie Autor słusznie skrytykował odmienną linię orzecznictwa Sądu Najwyższego. Por. bliżej R. Kmiecik, *Posiedzenie sądu...*, s. 16–18.

Wracając do chronologii postępowania dowodowego przy rozpoznawaniu apelacji, należy dla uniknięcia nieporozumień silnie zaakcentować kategoryczną różnicę pomiędzy okolicznościami podlegającymi dowodzeniu a zarzutami środka odwoławczego. Te ostatnie są twierdzeniami autora środka odwoławczego wskazującymi na uchybienia prawne, którymi – wedle tych twierdzeń – dotknięta jest zaskarżona decyzja.³¹ Zarzuty te mogą dotyczyć prawidłowości: ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd pierwszej instancji, postępowania sądu *a quo*, zastosowania prawa materialnego (art. 438, 439 k.p.k.). Okoliczności podlegające dowodzeniu przed sądem drugiej instancji dzielą się zaś, jak powiedziano, na odnoszące się co do istoty sprawy i znajdujące się poza istotą sprawy (w tym dotyczące przebiegu postępowania przed sądem pierwszej instancji); są to kategorie rozłączne.³² Natomiast przedstawiony podział materii, do której mogą się odnosić zarzuty, nie jest rozłączny w odniesieniu do ustaleń faktycznych i postępowania sądu pierwszej instancji. Otóż, najogólniej rzecz ujmując, błąd w ustaleniach faktycznych, choć w doktrynie wyraźnie delimitowany od przyczyny odwoławczej z art. 438 pkt 2 k.p.k., jest niewątpliwie wynikiem naruszenia przez sąd *a quo* prawa procesowego *sensu largo*.³³ Wyodrębnienie przyczyny odwoławczej błędu w ustaleniach faktycznych z ogólnej kategorii naruszenia prawa procesowego jest spowodowane wyłącznie potrzebami ukształtowania właściwego systemu kontroli odwoławczej.³⁴ Tak więc zarzuty co do prawidłowości postępowania w pierwszej instancji mogą być tożsame z zakwestionowaniem ustaleń faktycznych.³⁵ Stąd też wynika jasno, że będące przedmiotem dowodowego badania okoliczności co do istoty sprawy (art. 452 § 1 i 2 k.p.k.) nie będą jednocześnie

³¹ M. Cieślak, op. cit., s. 386.

³² Stanowią on razem łącznie kategorię dowodów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, OSNKW 2007, z. 7-8, poz. 57 oraz K. Sychta, op. cit., s. 138–139.

³³ Przyczyną błędu w ustaleniach faktycznych sądu mogą być bowiem: a) niewłaściwy stosunek do wiarygodności źródła dowodowego lub b) nieprawidłowe wnioskowanie sądu. Por. S. Paweła, *Względne przyczyny odwoławcze*, Warszawa 1970, s. 124–125; W. Kociubiński, *Własne ustalenia...*, s. 144–145; inaczej Z. Doda, A. Gaberle: op. cit., s. 129; M. Klejnowska, op. cit., s. 103 (co jedynie zamazuje granicę pomiędzy tymi dwoma rodzajami zarzutów). Organ procesowy musi jednak zawsze czynić ustalenia faktyczne nie dowolnie, lecz w trybie i na zasadach określonych w ustawie procesowej i w konsekwencji obydwie przyczyny spowodują się do naruszenia w określonym zakresie art. 7 k.p.k.

³⁴ W odniesieniu do charakterystyki tej przyczyny odwoławczej i jej odgraniczenia od naruszenia prawa procesowego (w pozostałym zakresie) por. S. Paweła, op. cit., s. 116–123, 132–139.

³⁵ Por. np. S. Paweła, op. cit., s. 137–139; M. Klejnowska, op. cit., s. 103; Z. Z. Muras, op. cit., s. 151.

okolicznościami dotyczącymi przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji, natomiast zarzuty dotyczące prawidłowości postępowania sądu *a quo* mogą być jednocześnie (choć nie muszą) również zarzutami co do prawidłowości ustaleń faktycznych w zakresie istoty sprawy.

Jak z powyższego widać, zarzuty środka odwoławczego mogą dotyczyć istoty sprawy lub przebiegu i sposobu procedowania w sądzie *a quo*. W pierwszej kolejności badaniu podlegają zarzuty proceduralne. Jeżeli bowiem uzasadniony (tzn. w stopniu wymagającym uchylecia wyroku) okazałby się zarzut tego typu, wówczas dokonane w warunkach istotnego naruszenia reguł procesowych ustalenia faktyczne dotyczące oskarżonego i zarzucanego mu czynu nie mogłyby być przedmiotem kontroli,³⁶ jako dotknięte w tym układzie procesowym swoistym nieusuwalnym domniemaniem wadliwości. Taki jest bowiem sens wprowadzenia dokonywania ustaleń w zakresie odpowiedzialności prawnej oskarżonego obligatoryjnie w oparciu o dowody ścisłe; ujmując rzecz lapidarnie, prawidłowość formy otwiera drogę do badania treści. W warstwie normatywnej tę metodologiczną dyrektywę wyraża treść art. 436 k.p.k.³⁷ Zasadność zarzutów dotyczących przebiegu i sposobu procedowania w pierwszej instancji może być badana – w uzależnieniu od tego, czy dotyczy jednocześnie istoty sprawy – już to z uwzględnieniem wymogów art. 452 § 2 k.p.k., już to bez ich uwzględnienia.³⁸ Tak więc jeżeli zarzut natury procesowej odnosi się jednocześnie do istoty sprawy (np. bezzasadnie oddalono wniosek dowodowy o przesłuchanie naocznego świadka zdarzenia), po zbadaniu pierwszoinstancyjnego materiału dowodowego przy zastosowaniu dowodzenia swobodnego (po „lekturze akt sprawy”), można dopuścić dowody ścisłe tylko po spełnieniu warunków i na zasadach określonych w art. 452 § 2 k.p.k., w przeciwnym wypadku w razie wniesienia uzasadnionego środka odwoławczego trzeba wydać rozstrzygnięcie o charakterze kasacyjnym. Jeżeli natomiast zarzut natury procesowej nie odnosi się jednocześnie do istoty sprawy (np. członek składu orzekającego nie był obecny na całej rozprawie), wówczas zasadniczo stosuje się dowodzenie swobodne („lektura akt sprawy”), jednakże jeżeli okaże

³⁶ Por. W. Kociubiński, op. cit., s. 140–141.

³⁷ Na tę funkcję normy kreowanej przez art. 436 k.p.k. zwracają uwagę w szczególności: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2007, s. 648; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 93; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Kraków 2010, s. 63; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 223. Logiki tej kolejności nie zmienia fakt, że – co zgodnie podkreślają Autorzy – ograniczone rozpoznanie środka odwoławczego jest wedle treści tego przepisu fakultatywne.

³⁸ Podobnie W. Kociubiński, op. cit., s. 141; M. Klejnowska: op. cit., s. 396–398. Por. również R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu...*, s. 29–30.

się ono niewystarczające, w razie zaistnienia takiej potrzeby i w celu pełniejszego urzeczywistnienia zasady prawdy materialnej, można przeprowadzić dowodzenie ścisłe bez ograniczeń wynikających z art. 452 § 2 k.p.k.

Gdy zarzuty środka odwoławczego dotyczą wyłącznie istoty sprawy (np. błędnego opisu przypisanego oskarżonemu czynu, bezzasadnego odstąpienia od wymierzenia kary), ustosunkowanie się do nich następuje po rozpoznaniu i stwierdzeniu w wyżej opisanych warunkach niezasadności (w stopniu wymagającym uchylenia wyroku) zarzutów dotyczących przebiegu i sposobu postępowania w pierwszej instancji oraz braku uchybień podlegających uwzględnieniu z urzędu, powodujących taki sam skutek procesowy. Wówczas, przy zachowaniu tej kolejności, zarzuty wyłącznie co do istoty sprawy podlegają rozważeniu w drodze dowodzenia swobodnego, a jeżeli zajdzie taka potrzeba – dowodzenia ścisłego, z zachowaniem ograniczeń dowodowych, o których mowa w art. 452 § 2 k.p.k.

Istotne znaczenie dla określenia zakresu dopuszczalności prowadzenia postępowania dowodowego na rozprawie przed sądem odwoławczym ma prawidłowa wykładnia art. 452 § 1 k.p.k. Zgodnie z nim sąd odwoławczy nie może przeprowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że zarówno przepisy tego, jak i drugiego paragrafu art. 452 k.p.k. dotyczą jedynie dowodzenia ścisłego, nie zaś swobodnego.³⁹ Przyjęcie przeciwniej tezy sprowadzałoby rzecz do zupełnego absurdu – wykluczyłoby bowiem oparcie się sądu odwoławczego przy wyrokowaniu na jakichkolwiek dowodach. Skoro każdy wyrok sądu, w tym i odwoławczego, ma być oparty na określonej podstawie faktycznej, to sąd zawsze musi przeprowadzić postępowanie dowodowe co do istoty sprawy celem uzyskania tej podstawy. Przybiera ono w odniesieniu do sądu drugiej instancji postać dowodzenia swobodnego („lektury akt sprawy”); wyjątkowo tylko, z zachowaniem warunków art. 452 § 1 i 2 k.p.k., sąd ten może przeprowadzić co do istoty sprawy dowody ścisłe. Kolejną kwestią jest zakres pojęcia „postępowanie dowodowe” w ujęciu tego przepisu. Art. 452 § 1 k.p.k. zakazuje przeprowadzania w drugiej instancji „postępowania dowodowego” co do istoty sprawy jako funkcjonalnie wyodrębnionego typu czynności,⁴⁰ nie zabrania zaś przeprowadzania w określonej sytuacji procesowej konkretnych dowodów

³⁹ Por. D. Świecki, op. cit., s. 124 i tam wskazaną literaturę.

⁴⁰ W przepisie tym jest mowa o „postępowaniu” jako funkcjonalnie wyodrębnionym typie czynności, czyli „postępowaniu dowodowym”, co nie jest równoznaczne z poszczególnymi czynnościami dowodowymi przeprowadzanymi przez organ procesowy. Por. M. Cieślak, op. cit., s. 12.

co do istoty sprawy, o czym upewnia wprost jednoznaczne brzmienie § 2 tego artykułu.⁴¹ Tych kategorii pojęciowych nie można utożsamiać, wszak ustawodawca nie bez powodu używa w każdym z paragrafów odmiennych określeń. Obydwie jednostki redakcyjne w art. 452 k.p.k. należy interpretować we wzajemnym powiązaniu, za czym przemawiają reguły wykładni systemowej. Wskazany tu pogląd koresponduje ponadto z treścią art. 427 § 3 k.p.k., zezwalającego odwołującemu się na wskazanie w środku odwoławczym lub w instancji odwoławczej nowych faktów lub dowodów – a chodzi przede wszystkim o te, które odnoszą się do istoty sprawy. Z uwagi na powyższe nie zasługuje na podzielenie pogląd, wedle którego ujawnienie w postępowaniu odwoławczym nowego dowodu co do istoty sprawy, wskazującego na błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych przez sąd pierwszej instancji, który mógł mieć wpływ na treść orzeczenia, skutkować musi zawsze uchYLENIEM zaskarżonego orzeczenia i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, nigdy zaś orzeczeniem reformatoryjnym, skoro dowód taki nie może być przeprowadzony na rozprawie odwoławczej i tym samym nie może stanowić podstawy dokonania ustaleń faktycznych przez sąd odwoławczy. Wyjątek miałby być dopuszczalny jedynie dla chęci zapoznania się przez sąd *ad quem* z dowodem co do istoty sprawy, ale „wyłącznie po to, żeby lepiej, z wykorzystaniem własnej wiedzy płynącej z zasady bezpośredniości, ocenić stanowisko sądu pierwszej instancji, wyrażone wobec tego dowodu w zaskarżonym orzeczeniu”.⁴² Prezentowane zapatrywanie znacząco odbiega bowiem od treści art. 452 § 1 i 2 k.p.k. Jest oczywiste w odniesieniu do dowodzenia ścisłego, że sąd drugiej instancji z jednej strony nie powinien przeprowadzać postępowania dowodowego co do istoty sprawy, gdyż nie powinien „wcielać się” w rolę sądu *a quo*, a jego postępowanie służy kontroli zaskarżonego orzeczenia,⁴³ z drugiej zaś strony możliwość przeprowadzania w instancji odwoławczej dowodów co do istoty sprawy bywa wręcz nieodzowna dla prawidłowego rozpoznania apelacji.⁴⁴ W konsekwencji za T. Grzegorzcykiem należy skonkludować, że przepis art. 452 § 1 k.p.k. nie zabrania przeprowadzania dowodów co

⁴¹ Tak również wyraźnie T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 974; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833. Odmiennie zwłaszcza W. Kociubiński, op. cit., s. 150–151.

⁴² W. Kociubiński, op. cit., s. 149.

⁴³ Por. A. Gaberle, op. cit., s. 82–83; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 337–340.

⁴⁴ Por. S. Waltoś, op. cit., s. 537–539; K. Marszał (w:) *Proces karny...*, s. 234; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; J. Korczyński, *Problematyka postępowania dowodowego przed sądem karno-rewizyjnym*, Bydgoskie Towarzystwo Naukowe. Prace Wydziału Nauk Humanistycznych 1981, nr 14, s. 86.

do istoty sprawy w instancji odwoławczej, a jedynie zakazuje przeprowadzania postępowania dowodowego co do istoty sprawy w zakresie wykraczającym poza granice określone w jego § 2.⁴⁵

Z powyższego wynika, że art. 452 § 2 k.p.k. wyznacza granice prawnie dopuszczalnego przeprowadzania dowodów ścisłych co do istoty sprawy na rozprawie przed sądem odwoławczym. Skoro zaś stanowi on wyjątek od ogólnego zakazu z § 1, przeto zasadnie podnosi się w doktrynie, iż przy jego interpretacji w myśl zasady *exceptiones non sunt extendae* nie wolno stosować wykładni rozszerzającej.⁴⁶ Zasadą w postępowaniu odwoławczym jest zatem zakaz przeprowadzania postępowania dowodowego i zarazem dowodów co do istoty sprawy. Zakaz ten w odniesieniu do postępowania dowodowego jest zakazem bezwzględnym, natomiast w zakresie przeprowadzania dowodów znajduje wyjątek w postaci regulacji § 2 art. 452 k.p.k.

W pierwszym rzędzie, przed przystąpieniem do omawiania regulacji art. 452 § 2 k.p.k., należy ustosunkować się do często spotykanego w doktrynie i orzecznictwie stwierdzenia, wedle którego dowód (lub dowody) przeprowadzany w trybie tego przepisu jest dowodem uzupełniającym. Problem bowiem w tym, że sformułowania tego używa się w różnych znaczeniach. Niektórzy łączą je z uzupełnianiem materiału dowodowego w celu weryfikacji w ten sposób przez sąd drugiej instancji zasadności środka odwoławczego i zarzutów tam podniesionych,⁴⁷ inni zaś twierdzą, iż pod tym określeniem należy rozumieć uzupełnienie dotychczas przeprowadzonego postępowania dowodowego (w zakresie dowodzenia ścisłego) w sprawie.⁴⁸ Jest to kwestia natury terminologicznej; autorzy, którzy sądzą, że dowodzenie ściśle w sądzie odwoławczym ma na celu jedynie weryfikację zasadności środka odwoławczego – tak też rozumieją znaczenie „dowodu uzupełniającego”. Ci, którzy twierdzą, że w ten sposób można wprost uzupełniać materiał dowodowy przeprowadzony podczas przewodu sądowego przez sąd *meriti*, będą termin ten utożsamiać z poszerzeniem podstawy dowodowej, na której

⁴⁵ T. Grzegorzcyk, op. cit., s. 974.

⁴⁶ D. Świecki, op. cit., s. 126.

⁴⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 765–766; S. Zabłocki, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1034–1035; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II AKa 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34.

⁴⁸ D. Świecki, op. cit., s. 126–127; J. Korczyński, op. cit., s. 70.

łącznie oprze się wyrokując sąd odwoławczy. W niniejszych rozważaniach przyjęto to ostatnie rozumienie tego terminu jako zgodne z zaprezentowaną tu wykładnią art. 452 § 2 k.p.k. oraz odczuciem semantycznym, płynącym z faktu, że uzupełnianie jest w drugiej instancji postępowanie dowodowe przed sądem *a quo*, a sąd odwoławczy orzeka na podstawie całości zgromadzonego w obu instancjach materiału dowodowego (art. 437 § 1 i 2 k.p.k.). Z uwagi na możliwość przyjęcia odmiennych konwencji terminologicznych, posługiwanie się koncepcją „dowodu uzupełniającego” jako samodzielnym argumentem przemawiającym za określonym kierunkiem wykładni art. 452 § 2 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. jest chybiające.

Nie ma jednolitości poglądów w odniesieniu do wyodrębnienia przesłanek przeprowadzenia dowodu przez sąd odwoławczy w trybie art. 452 § 2 k.p.k. Generalnie rzecz biorąc, zarysowały się w tej mierze trzy stanowiska. Wedle pierwszego z nich, należy mówić na tle tego przepisu o czterech przesłankach – dwóch ogólnych i dwóch szczególnych. Przesłanki ogólne generalnie określają warunki dopuszczenia dowodu w postępowaniu odwoławczym; są to: zajście wyjątkowego wypadku oraz potrzeby uzupełnienia przewodu sądowego. Przesłanki szczególne dotyczą oceny dopuszczalności przeprowadzenia konkretnego dowodu w postępowaniu odwoławczym – pierwsza, o charakterze pozytywnym, wymaga, by przeprowadzenie dowodu przyczyniło się do przyspieszenia postępowania; druga, o charakterze negatywnym, polega na tym, aby nie było konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości lub w znacznej części.⁴⁹ Z kolei drugi pogląd, nacechowany notabene dużą kreatywnością interpretacyjną, zakłada istnienie trzech przesłanek – dwie z nich pokrywają się z przesłankami szczególnymi w podanym wyżej znaczeniu, trzecią jest wyjątkowość sytuacji procesowej. Ową „wyjątkowość” należy pojmować w ten sposób, że podejmowane czynności dowodowe nie mogą prowadzić do ukształtowania w postępowaniu odwoławczym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, odmiennej od uznanej za udowodnioną przez sąd pierwszej instancji.⁵⁰ Wreszcie trzecie stanowisko wyodrębnia jedynie dwie przesłanki – wymaganie, by przeprowadzenie dowodu przyczyniło

⁴⁹ D. Świecki, op. cit., s. 126–127; M. Klejnowska, op. cit., s. 399.

⁵⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07, OSNKW 2008, z. 8, poz. 61. Por. krytykę przyjętego w tym judykacie rozumienia „wyjątkowości” sytuacji procesowej, przeprowadzoną przez P. Rogozińskiego, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07*, Przegląd Sądowy 2010, nr 5, s. 114–126. Częściowo krytyczną głosę do tego postanowienia ogłosił także R. Kmiecik (*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2009, nr 1, poz. 9), podnosząc, że zachodzi istotna różnica, czy w wyniku ukształtowania w postępowaniu odwoławczym odmiennej podstawy faktycznej dochodzi do pogorszenia sytuacji procesowej oskarżonego, czy też nie (tamże, s. 53–54).

się do przyspieszenia postępowania, oraz brak konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości lub w znacznej części.⁵¹

Analizując powyższe zapatrywania, wypada opowiedzieć się za trzecim z nich, które zresztą podzielane jest przez zdecydowaną większość doktryny. Łączy się to z zanegowaniem celowości wyodrębnienia dwóch przesłanek ogólnych, proponowanego przez D. Świeckiego. Wydaje się bowiem, że stanowią one swoiste *superfluum* w odniesieniu do dwóch pozostałych, zasadniczych przesłanek. Nie kreują odrębnych warunków ustawowych przeprowadzenia dowodu, lecz dookreślają zastosowanie dwóch przesłanek szczególnych. I tak, potrzeba uzupełnienia przewodu sądowego jest równoznaczna z zaistnieniem podstaw do dopuszczenia dowodu (art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*), otwierających – w uzależnieniu od wystąpienia dwóch zasadniczych przesłanek z art. 452 § 2 k.p.k. – możliwość przeprowadzenia tego dowodu już to w postępowaniu odwoławczym, już to, po uchyleniu zaskarżonego orzeczenia, w ponownym postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Konkretyzując, w postępowaniu apelacyjnym potrzeba uzupełnienia przewodu sądowego może się zaktualizować w razie wystąpienia przynajmniej jednej z następujących dwóch sytuacji: 1) gdy po wydaniu wyroku sądu *a quo* ujawnią się nowe okoliczności lub nowe dowody, 2) gdy należy dokonać weryfikacji dotychczas przeprowadzonych dowodów.⁵² Jeżeli zaś chodzi o „uzupełnienie przewodu sądowego”, to niewątpliwie odnosi się ono do przewodu sądowego uprzednio przeprowadzonego w pierwszej instancji, z tym, że w drodze wykładni funkcjonalnej należy je odnieść również do postępowania dowodowego na posiedzeniu w pierwszej instancji, jeżeli apelacja została wywiedziona od wyroku wydanego na tym posiedzeniu.⁵³ Z kolei pojęciu „wyjątkowego wypadku”, przy powszechnej

⁵¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 815; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2008, s. 319; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 234; T. Nowak [w:] T. Nowak, S. Stachowiak, *Prawo karne procesowe. Dynamika postępowania*, Bydgoszcz 2000, s. 142; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 475–476; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, op. cit., s. 1036; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KK 90/02, LEX nr 54391; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2004 r., V KK 228/04, LEX nr 133458.

⁵² Nieco inaczej: D. Świecki, op. cit., s. 127; H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. M. Mazura, Warszawa 1976, s. 619–620 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1973 r., V KRn 449/73, OSNKW 1974, z. 5, poz. 99 z uwagami M. Cieślaka i Z. Dody, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1974 roku)*, „Palestra” 1975, nr 3, s. 67–68.

⁵³ Tak trafnie J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 133–134; odmiennie D. Świecki, op. cit., s. 127.

doktrynalnej aprobacie, odbiera się znaczenie odrębnego, różnego od iloczynu logicznego dwu zasadniczych przesłanek, warunku prawnego dopuszczenia dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej. Jest to pogląd słuszny, albowiem w tym ujęciu na tle komentowanego przepisu „wyjątkowość” nie niesie ze sobą żadnych, wykraczających poza zakres tego iloczynu logicznego, treści.⁵⁴ Wedle niego „wyjątkowy wypadek” zachodzi wówczas, gdy kumulatywnie spełnione są obydwie przesłanki wymienione w tym przepisie: przeprowadzenie dowodu przez sąd odwoławczy przyczyni się do przyspieszenia postępowania oraz nie jest konieczne przeprowadzenie przewodu sądowego w całości lub w znacznej części.⁵⁵ Natomiast owa „wyjątkowość” ma dodatkowo podkreślać uprawnienie, a nie obowiązki, podjęcia decyzji o przeprowadzeniu dowodu w instancji odwoławczej⁵⁶ oraz nakazywać raczej ścieśniającą wykładnię tego przepisu – jako wyjątku od zasady prowadzenia postępowania dowodowego wyłącznie przez sąd pierwszej instancji. Drugi wskazany powyżej pogląd, przewidujący istnienie trzech przesłanek, nie może być zaakceptowany ze względu na przyjęte w jego uzasadnieniu rozumienie „wyjątkowości”. Otóż uznać je trzeba za dowolne, albowiem nie opiera się ono ani na wykładni językowej przepisu, ani też logicznie nie wynika z brzmienia innych unormowań postępowania odwoławczego. Przyjęto po prostu w przedstawionej interpretacji pojęcia „wyjątkowości” arbitralne stanowisko, wedle którego orzekanie przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennie przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k., jest niedopuszczalne. Po pierwsze jednak, prawdziwość tego twierdzenia jest wcale często poddawana krytyce w doktrynie i orzecznictwie,⁵⁷ po drugie, nie ma żadnych merytorycznych powodów, by twierdzić, że ustawodawca pragnął łączyć dopuszczalność orzekania na podstawie zmienionych ustaleń faktycznych z kwestią „wyjątkowego wypadku” w rozumieniu art. 452 § 2 k.p.k., po trzecie wreszcie, byłoby to swoiste antycypowanie wyniku przeprowadzenia dowodu, którego dopuszczenie jest dopiero

⁵⁴ Wynika to również z ujęcia D. Świeckiego (op. cit., s. 126).

⁵⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 815; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 475; K. Marszał [w:] *Proces karny...*, s. 234; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; P. Rogoziński, op. cit., s. 124.

⁵⁶ Por. również D. Świecki, op. cit., s. 129; P. Rogoziński, op. cit., s. 124 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2004 r., III KK 90/04, OSNwSK 2004, poz. 2231.

⁵⁷ Por. D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 815–816; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389.

przedmiotem rozważań. Takie rozumienie „wyjątkowości” byłoby zatem zupełnie dowolne i stanowiłoby równocześnie przejaw „prawotwórstwa orzeczniczego” lub przynajmniej „kreatywnej wykładni”.

W konkluzji stwierdzić należy, że art. 452 § 2 k.p.k. statuuje dwie przesłanki przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej. Są to mianowicie: przyczynienie się tego dowodu do przyspieszenia postępowania oraz brak konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości lub w znacznej części.

Pierwsza przesłanka ma charakter pozytywny i odwołuje się do dyrektywy szybkości postępowania i ekonomii procesowej. U jej podstaw leży uzasadniony postulat ograniczenia do niezbędnego minimum rozstrzygnięć o charakterze kasacyjnym i w ich konsekwencji przekazywania spraw do ponownego rozpoznania przez sąd *a quo*.⁵⁸ W związku z powyższym można sformułować dyrektywę, wedle której zasadniczo przeprowadzenie każdego dowodu co do istoty sprawy w instancji odwoławczej przyczyni się do przyspieszenia postępowania, o ile oczywiście zachodzą podstawy dopuszczenia takiego dowodu (art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*).⁵⁹ Rzecz jasna, nie przesądza to jeszcze, czy w wyniku przeprowadzenia takiego dowodu zostanie wydane rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, czy też o charakterze kasacyjnym. Wyjątkiem od tej reguły jest sytuacja, gdy – niezależnie od kwestii zaistnienia podstaw dopuszczenia dowodu – nie ulega wątpliwości, że bez względu na to, czy dowód zostanie dopuszczony, czy też nie, wyrok sądu pierwszej instancji, z uwagi na już stwierdzone uchybienia, podlegać będzie uchyleniu (zwłaszcza sytuacja określona w art. 436 k.p.k.). Przykładowo, jeżeli apelacja zarzuci błąd w ustaleniach faktycznych i zasadnie podniesie konieczność przesłuchania nowego świadka co do przebiegu inkryminowanego zdarzenia, a sąd odwoławczy stwierdzi fakt nienależytej obsady sądu *a quo*, wówczas nie będzie przeprowadzał dowodu z przesłuchania tego świadka i uchyli wyrok do ponownego rozpoznania, a dowód ten zostanie dopuszczony w toku późniejszego procedowania w pierwszej instancji. Wydaje się również, że wyjątek od reguły, zgodnie z którą przeprowadzenie każdego dowodu co do istoty sprawy w instancji odwoławczej przyczyni się do przyspieszenia postępowania, i w konsekwencji odstąpienie od przeprowadzenia dowodu, może mieć miejsce także w sytuacji,

⁵⁸ Por. J. Korczyński, op. cit., s. 82; D. Świecki, op. cit., s. 128.

⁵⁹ Odmiennie J. Korczyński, op. cit., s. 71, który proponuje dokonywanie każdorazowo oceny *in casu* danego wypadku, uwzględniając m. in. możliwości skrócenia bezpośredniego postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, sytuację kadrową w obydwu sądach czy odległość miejsca zamieszkania świadków, biegłych i oskarżonych od sądów obydwu instancji.

w której z uwagi na stwierdzoną negatywną przesłankę procesową, przesądzającą o umorzeniu postępowania, zapoznanie się z danym dowodem co do istoty sprawy jest niecelowe. Ważne jest przy tym zastrzeżenie, że przeprowadzenie dowodu (dowodów) w trybie art. 452 § 2 k.p.k., z uwagi na stan i kompletność dotychczas zebranego materiału dowodowego, nie miałoby znaczenia w odniesieniu do możliwości wydania w instancji odwoławczej jeszcze korzystniejszego rozstrzygnięcia dla oskarżonego, np. umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości albo uniewinnienia.⁶⁰ Przykładowo, jeżeli sąd drugiej instancji stwierdzi, że nastąpiło przedawnienie karalności i w związku z tym postępowanie należy umorzyć, wówczas może dopuścić dowód co do istoty sprawy na okoliczność popełnienia przestępstwa w trybie art. 452 § 2 k.p.k. tylko wówczas, gdy otwarta jest możliwość wydania orzeczenia korzystniejszego dla oskarżonego. Jeżeli zaś zebrany w pierwszej instancji materiał dowodowy zawiera braki bądź został on wadliwie przeprowadzony, w stopniu uzasadniającym uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania, dopuszczanie w instancji odwoławczej dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. jest bezcelowe i sąd ten powinien umorzyć postępowanie karne.

Druga przesłanka dopuszczenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy na rozprawie odwoławczej ma charakter negatywny i wymaga stwierdzenia braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości lub w znacznej części. Trafnie wskazuje się w doktrynie, że uzasadnieniem tego ograniczenia w przeprowadzaniu dowodów w instancji odwoławczej jest dążenie do tego, by sąd ten nie wcielał się w rolę organu procesowego pierwszej instancji, którego podstawowym zadaniem jest zebranie kompletnego materiału dowodowego w sprawie.⁶¹ Dodać również można, że rozwiązanie takie jest zgodne z przyjętym w naszym prawie procesowym rewizyjnym modelem postępowania odwoławczego, w którym sąd drugiej instancji jest organem kontrolującym orzeczenie i w przeciwieństwie do modelu apelacyjnego nie przeprowadza ponownego postępowania dowodowego co do istoty sprawy. Nadto, co ważne, takie ograniczenie przeprowadzania dowodów co do istoty sprawy w drugiej instancji harmonizuje z zasadą kontroli (instancyjności), przez to, że otwiera w możliwie szerokim zakresie perspektywę

⁶⁰ Por. w przedmiocie zbiegu procesowej przesłanki formalnej lub przedawnienia z materialnym warunkiem odpowiedzialności karnej S. Steinborn [w:] *Prawo karne procesowe – część ogólna*, pod red. J. Grajewskiego, Warszawa 2009, s. 188 i tam wskazane poglądy doktryny oraz orzecznictwo.

⁶¹ Por.: Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; D. Świecki, op. cit., s. 128; M. Klejnowska, op. cit., s. 400; W. Grzeszczyk, *Postępowanie dowodowe na rozprawie odwoławczej*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 3, s. 17.

instancyjnej weryfikacji ustaleń faktycznych. Należy jednak stanowczo zaznaczyć, iż przewidziane ustawą węższe lub szersze możliwości przeprowadzania w drugiej instancji dowodów co do istoty sprawy oraz czynienia na ich podstawie ustaleń faktycznych nie mogą być przez to uznane za sprzeczne z zasadą kontroli w znaczeniu konkretnym, o czym dalej. Przechodząc do analizy określenia tej przesłanki, stwierdzić należy, że konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości będzie zachodziła wówczas, gdy trzeba by było w drugiej instancji ponownie przeprowadzić wszystkie dowody ścisłe, na podstawie których sąd ma merytorycznie orzekać w sprawie, z jednoczesnym wyłączeniem zastąpienia możliwych do przeprowadzenia w drugiej instancji dowodów dowodami ścisłymi przeprowadzonymi uprzednio przed sądem *a quo*. W praktyce określenie takiej sytuacji nie powinno spowodować trudności interpretacyjnych. Inaczej jest pod tym względem ze stwierdzeniem braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w znacznej części. „Znaczna część” to bowiem pojęcie nieostre, wysoce ocenne. W doktrynie trafnie postuluje się, aby interpretować je w sposób zawężający.⁶² Przy wykładni tego pojęcia należy wziąć pod uwagę dwa czynniki, które powinny występować łącznie.⁶³ Po pierwsze, chodzi o stosunek ilościowy, arytmetyczny pomiędzy wszystkimi dowodami ścisłymi co do istoty sprawy przeprowadzonymi w postępowaniu pierwszoinstancyjnym a tymi, które powinny zostać przeprowadzone w postępowaniu odwoławczym (należy brać pod uwagę zarówno źródła dowodowe już wcześniej dopuszczone, jak i nowe).⁶⁴ Wydaje się, że jeżeli ilość dowodów do przeprowadzenia w postępowaniu odwoławczym miałaby przekroczyć połowę, z reguły powinno to stanowić przeszkodę do skorzystania z trybu art. 452 § 2 k.p.k. Po wtóre, trzeba ocenić również wagę dowodów, z którymi należałoby się zapoznać w postępowaniu odwoławczym, dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.⁶⁵ Nie chodzi przy tej ocenie o to, by kwestionować możliwość przeprowadzenia dowodu ścisłego na rozprawie odwoławczej, wówczas gdy jest to dowód o zasadniczym znaczeniu dla istoty sprawy, w szczególności dla przypisania oskarżonemu popełnienia przestępstwa. Taka wykładnia

⁶² A. Kulemba, E. Prętki, *Uzupełnienie dowodów w postępowaniu rewizyjnym*, Zeszyty problemowo-analityczne Ministerstwa Sprawiedliwości 1966, nr 4, s. 76.

⁶³ W odniesieniu do określenia tych czynników zgodnie w doktrynie i w orzecnictwie: T. Grzegorzczak, op. cit., s. 975; D. Świecki, op. cit., s. 128; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; A. Gaberle, op. cit., s. 82–83; M. Klejnowska, op. cit., s. 400; J. Korczyński, op. cit., s. 70; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 18–19; Z. Z. Muras, op. cit., s. 322; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2007 r., V KK 229/06; LEX nr 260685.

⁶⁴ Tak również: D. Świecki, op. cit., s. 128; Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 340; H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 619.

⁶⁵ Nieco inaczej w szczegółach D. Świecki, op. cit., s. 128–129.

słaby niewątpliwie za daleko, ograniczając w istocie wykorzystanie trybu z art. 452 § 2 k.p.k. do dowodów o małym znaczeniu, dotyczących pobocznych okoliczności związanych z zakresem odpowiedzialności prawnej oskarżonego.⁶⁶ Wydaje się raczej, że z punktu widzenia wagi przeprowadzanych dowodów negatywna przesłanka z art. 452 § 2 k.p.k. zasłaby, gdyby przed sądem odwoławczym miałby być dopuszczony jedyny dowód lub większość dowodów o zasadniczym znaczeniu dla istoty sprawy, a przy tym przesądzający lub przesądzająca o przypisaniu sprawstwa przestępstwa oskarżonemu (np. jedyny naoczny świadek, większość naocznych świadków). Dodatkowym warunkiem winno być także to, że dowody te nie były przeprowadzone uprzednio przed sądem *a quo*. Nie powinno być bowiem objęte negatywną przesłanką, np. przesłuchanie przez sąd odwoławczy jedynego naocznego świadka, który składał zeznania przed sądem pierwszej instancji, celem zweryfikowania jego wiarygodności, sposobu składania zeznań czy doprecyzowania szczegółów uprzedniej relacji.⁶⁷ Jeżeli natomiast taki jedyny naoczny świadek zostałby ujawniony dopiero po wydaniu wyroku, zwłaszcza w procesie poszlakowym, w pierwszej instancji, waga tego dowodu oraz – co za tym idzie – konieczność skonfrontowania go z pozostałymi dowodami, z reguły pośrednimi, wymagałaby przeprowadzenia ponownego pełnego postępowania przed sądem pierwszej instancji. W sytuacji, gdy dowodów przesądzających o sprawstwie jest więcej, np. kilku naocznych świadków, objęte negatywną przesłanką winno być wyjście na jaw większości takich dowodów dopiero po wydaniu wyroku pierwszoinstancyjnego. Nie powinno bowiem nic stać na przeszkodzie, aby przykładowo przesłuchać na rozprawie odwoławczej ujawnionego kolejnego naocznego świadka zdarzenia, który nie był znany sądowi pierwszej instancji. Może on z jednej strony potwierdzić zgodne zeznania innych naocznych świadków, z drugiej zaś – w wyniku jego zeznań mogą powstać wątpliwości powodujące konieczność uchylenia wyroku. Ze względu na wagę dowodów, które należałoby przeprowadzić w postępowaniu odwoławczym, dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy stwierdzić należy negatywną przesłankę zastosowania trybu z art. 452 § 2 k.p.k. również w razie oczywistych zaniedbań dowodowych w sądzie *meriti*,

⁶⁶ Por. J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 134. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 maja 1970 r., IV KR 26/70, OSNKW 1970, z. 10, poz. 131, wyraźnie wskazał, że ujawnienie się po wydaniu przez sąd pierwszej instancji wyroku skazującego nowych faktów lub dowodów nieznanymi temu sądowi, a wskazujących na to, iż skazany jest niewinny lub został skazany za przestępstwo zagrożone karą surowszą niż to, które popełnił, obliżyje sąd odwoławczy do przeprowadzenia tych dowodów przede wszystkim w trybie art. 452 § 2 k.p.k.

⁶⁷ Tak też F. Prusak, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego. Tom 2*, Warszawa 1999, s. 1275 oraz wskazane tam orzecznictwo.

które z góry przesądzą o konieczności uchYLENIA wyroku z uwagi na zaniechanie wszechstronnego zbadania sprawy,⁶⁸ np. nieprzeprowadzenia konfrontacji, eksperymentu procesowego, wizji lokalnej, w wielu wypadkach także opinii biegłego. Zatem niemożność dopuszczenia dowodu na rozprawie odwoławczej z uwagi na dużą jego wagę dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy powinna następować w sytuacjach, kiedy z góry wiadomo, że niezbędne będzie, ze względu właśnie na wagę dowodu lub dowodów, uchYLENIE zaskarżonego wyroku i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania. W pozostałych wypadkach dopiero po przeprowadzeniu dowodu w postępowaniu odwoławczym należy zdecydować, czy można wydać orzeczenie co do istoty sprawy, czy też konieczne będzie rozstrzygnięcie o charakterze kasacyjnym. Obydwa wymienione czynniki, składające się na przesłankę stwierdzenia braku konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w znacznej części, powinny występować łącznie, to znaczy z tego punktu widzenia w postępowaniu odwoławczym dowód ścisły co do istoty sprawy może być przeprowadzony tylko wówczas, gdy zarówno względy ilościowe, jak i waga dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy nie stoją temu na przeszkodzie.

Spoglądając na stylizację art. 452 § 2 k.p.k., nasuwa się pytanie, czy przeprowadzenie dowodu lub dowodów w trybie tego przepisu jest – w wypadku zaistnienia przesłanek jego zastosowania – obligatoryjne czy też fakultatywne. Sformułowanie zdania w modalności aleicznej i użycie przez ustawodawcę funktora „może” sugerowałoby fakultatywność przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty sprawy przed sądem odwoławczym. Jednak należy stanąć na stanowisku, że w razie zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 452 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy jest zobligowany do przeprowadzenia dowodu lub dowodów uzupełniających.⁶⁹ Przemawia za tym w sposób jednoznaczny konieczność respektowania w drugiej instancji zasad prawdy materialnej oraz ekonomii procesowej (szybkości i koncentracji procesu). Pozostawienie decyzji w tym względzie do swobodnego uznania sądu odwoławczego nie miałoby rzeczowego uzasadnienia, a w praktyce nierzadko odstępianie od przeprowadzenia dowodu mogłoby być podyktowane swoistym wygodnictwem.⁷⁰ W każdym zaś razie o braku takiej swobody świadczy trafne

⁶⁸ W znaczeniu, o które chodzi w art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom IV. Aktualizacje*, Warszawa 2008, s. 182–183.

⁶⁹ M. Klejnowska, op. cit., s. 399; odmiennie D. Świecki, op. cit., s. 129.

⁷⁰ Zwrócić tu należy uwagę na, wydane na tle art. 386 § 2 i 4 k.p.c., lecz *mutatis mutandis* znajdujące zastosowanie do procedury karnej, orzeczenia Sądu Najwyższego, który stwierdził, że nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w drugiej instancji – wbrew przesłankom kodeksowym – i będące tego następstwem niezasadne uchYLENIE wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji może uzasadniać stwierdzenie

zapatrywanie wyrażone w judykaturze, wedle którego decyzja sądu odwoławczego o zaniechaniu prowadzenia postępowania dowodowego stosownie do treści art. 452 k.p.k. powinna być poprzedzona szczegółową analizą, a w razie potrzeby wcześniejszą weryfikacją przesłanek leżących u podstaw tej decyzji.⁷¹

Przepis art. 452 § 2 k.p.k. nie różnicuje środków dowodowych, które mogą być dopuszczone w tym trybie w postępowaniu odwoławczym. Nie ma również znaczenia, czy dowody te były już przeprowadzane w pierwszej instancji, czy też nie.⁷² Oznacza to, że nie ma w tym względzie żadnych formalnych ograniczeń i mogą to być wszystkie dowody ścisłe, osobowe bądź rzeczowe, tak jak przed sądem pierwszej instancji.⁷³ Jednak z punktu widzenia układu przesłanek dowodzenia ścisłego na rozprawie odwoławczej do rzadkości będzie należało przeprowadzenie dowodu zwłaszcza z: eksperymentu procesowego, wizji lokalnej, niektórych rodzajów oględzin i opinii biegłego. „Przeprowadzenie dowodu”, w rozumieniu komentowanego artykułu, oczywiście nie oznacza zastrzeżenia, by sąd drugiej instancji musiał ograniczyć się do jednego dowodu. Przy zachowaniu wskazanych wyżej przesłanek zastosowania art. 452 § 2 k.p.k. dowodów tych może być więcej, nie sposób z góry określić ich maksymalnej liczby.⁷⁴ Należy pamiętać wszakże

przewlekłości postępowania w trybie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. Nr 179, poz. 1843). Por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 29 listopada 2004 r., III SPP 48/04, OSNP 2005, z. 5, poz. 75; z dnia 27 października 2005 r., III SPP 142/05, OSNP 2006, z. 9–10, poz. 167.

⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., II KK 388/03, OSNKW 2004, z. 11–12, poz. 103. Por. również uwagi K. Woźniewskiego zamieszczone w glosie do tego wyroku (Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 157 i nast.).

⁷² Por. H. Kempisty [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 619; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2007, s. 768; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; D. Świecki, op. cit., s. 128; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 272; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 834; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 18; F. Prusak, op. cit., s. 1275. Szerzej również M. Klejnowska, op. cit., s. 402. Por. także J. Korczyński (op. cit., s. 76–79), który relacjonuje wątpliwości wyrażane w tym zakresie w dawniejszej literaturze.

⁷³ Por. D. Świecki, op. cit., s. 143–147; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 768; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 272; M. Klejnowska, op. cit., s. 402; J. Korczyński, op. cit., s. 66.

⁷⁴ Nie wydaje się w związku z tym trafne stanowisko A. Kaftala, postulujące – niezależnie od realiów konkretnej sprawy i liczby wszystkich dopuszczonych w pierwszej instancji dowodów – ograniczenie ilości przeprowadzanych w trybie art. 452 § 2 k.p.k. dowodów (osobowych i rzeczowych) do co najwyżej kilku. Por. A. Kaftal, *System środków odwoławczych w polskim procesie karnym (Rozważania modelowe)*, Warszawa 1972, s. 197. Jeszcze bardziej restrykcyjne stanowisko zajmuje J. Korczyński (op. cit., s. 70), ograniczając tę możliwość w zasadzie tylko do jednego dowodu.

o tym, by z uwagi na szeroki zakres dowodzenia na rozprawie apelacyjnej postępowanie to nie nabrało charakteru przede wszystkim rozpoznawczego, właściwego postępowaniu pierwszoinstancyjnemu, zatracając przez to swą funkcję kontrolną.⁷⁵ Liczba tych dowodów powinna być zatem ograniczona i raczej niezbyt duża.⁷⁵ Podobnie jak w odniesieniu do postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, poszczególne dowody przeprowadzane w trybie art. 452 § 2 k.p.k. mogą być dopuszczane na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 k.p.k. albo z urzędu (art. 167 k.p.k.). Z uwagi na wymogi zasady prawdy materialnej i uwarunkowany nimi brak prekluzji dowodowej, wnioski o przeprowadzenie danego dowodu mogą być składane po raz pierwszy, bez względu na przyczynę, również w postępowaniu odwoławczym.⁷⁶ Niezależnie od regulacji art. 427 § 3 k.p.k., wnioski o przeprowadzenie dowodu mogą składać wszystkie uprawnione podmioty, do czasu ogłoszenia wyroku w sądzie odwoławczym, nie ma przy tym znaczenia, czy wnioskujący wniósł apelację, czy też nie.⁷⁷ Podzielić należy zapatrywanie, że w postępowaniu odwoławczym nie tylko decyzje procesowe o oddaleniu wniosku dowodowego (art. 170 § 3 k.p.k.), ale również decyzje o dopuszczeniu dowodu podejmuje wyłącznie sąd w formie postanowienia.⁷⁸ Postanowienia pozytywnie rozstrzygające wniosek powinny zapadać co do zasady na posiedzeniu (art. 452 § 2 zdanie drugie k.p.k.), co sprzyja szybkości i koncentracji procesu, chyba że nie jest to możliwe, w szczególności z uwagi na zbyt późne zgłoszenie wniosku.⁷⁹ W odniesieniu do relacji pomiędzy przesłankami dopuszczenia dowodu w postępowaniu karnym (art. 167 k.p.k., art. 170 § 1 k.p.k. *a contrario*, art. 193 § 1 k.p.k., art. 201 k.p.k.), obowiązującymi również w stadium odwoławczym, a przesłankami przeprowadzenia dowodu ścisłego co do istoty na rozprawie apelacyjnej warto podnieść, że ich analizę należy rozpocząć od tych pierwszych, a drugie podlegają rozważeniu w dalszej kolejności, w uzależnieniu od pozytywnego przesądzenia potrzeby dopuszczenia dowodu.⁸⁰ I tak, jeżeli wystąpi przesłanka oddalenia wniosku

⁷⁵ Podobnie D. Świecki, op. cit., s. 128–129.

⁷⁶ Por. M. Klejnowska, op. cit., s. 402; D. Świecki, op. cit., s. 130–131; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 834; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 19–20.

⁷⁷ Por. W. Grzeszczyk, op. cit., s. 19.

⁷⁸ Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 133–134.

⁷⁹ Por. D. Świecki, op. cit., s. 132; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 976; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 276; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 769; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 20; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2004 r., V KK 228/04, LEX nr 133458; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2005 r., V KK 307/04, LEX nr 148200.

⁸⁰ Por. również D. Świecki, op. cit., s. 134–135; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 769.

dowodowego, to sąd odwoławczy winien ten wniosek oddalić i nie ma w ogóle powodu do analizy warunków z art. 452 § 2 k.p.k. Natomiast, gdy należy dany dowód w świetle przepisów ogólnych dopuścić, wówczas, po podjęciu decyzji w tym przedmiocie, rozważyć trzeba przesłanki przeprowadzenia dowodu na rozprawie odwoławczej i – w razie ich zaistnienia – dowód ów przeprowadzić albo też – gdyby nie zostały spełnione – uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania, a w zupełnie wyjątkowych wypadkach również umorzyć postępowanie w sprawie.⁸¹ Zgodzić się w całej pełni wypada przy tym ze sformułowaniem w doktrynie stanowiskiem, wedle którego w sytuacji merytorycznej zasadności przeprowadzenia określonego dowodu w postępowaniu odwoławczym (zasadności wniosku dowodowego), lecz w braku wystąpienia przesłanek zastosowania trybu z art. 452 § 2 k.p.k., nie powinno się wydawać postanowienia o dopuszczeniu dowodu i niemożności przeprowadzenia go w postępowaniu apelacyjnym, gdyż stanowiłoby to swoisty „przedsąd”. Wystarczy, by przewodniczący poinformował, że decyzja w tej sprawie zostanie podjęta podczas narady nad wyrokiem, a zalecenie przeprowadzenia dowodu, zamieszczone w uzasadnieniu wyroku uchylającego wyrok sądu pierwszej instancji, będzie dla tego ostatniego w dalszym postępowaniu wiążące.⁸² Podkreślić też silnie należy, iż § 1 i 2 art. 452 k.p.k. nie zawierają żadnego zakazu dowodowego ani zakazu dowodzenia, w konsekwencji nie mogą stanowić też podstawy do oddalenia wniosku dowodowego.⁸³

Sąd drugiej instancji przeprowadza dowód ścisły w trybie art. 452 § 2 k.p.k. w taki sam sposób, jak czyni to sąd *a quo*. Należy tu zwrócić uwagę na art. 458 k.p.k., nakazujący odpowiednie stosowanie przed sądem odwoławczym przepisów dotyczących postępowania przed sądem pierwszej instancji, jeżeli przepisy o postępowaniu apelacyjnym nie stanowią inaczej. Podstawowym forum zapoznania się z dowodem są zatem czynności podejmowane na rozprawie (przesłuchanie oskarżonego, świadka, odczytanie dokumentu, zapoznanie się z dowodem rzeczowym itd.), ale nie ma też przeszkód do przeprowadzenia dowodu ścisłego poza rozprawą, jeżeli ustawa procesowa taką możliwość przewiduje. Chodzi tu więc w szczególności o oględziny przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 § 1 k.p.k.),

⁸¹ Por. wyżej wypowiedziane uwagi dotyczące sytuacji, w której następuje zbieg procesowej przesłanki formalnej lub przedawnienia z materialnym warunkiem odpowiedzialności karnej oraz źródła powołane w przypisie 60.

⁸² Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 137.

⁸³ Bliżej w tym przedmiocie por. D. Świecki, op. cit., s. 134–135; a nadto: T. Grzegorzczak, op. cit., s. 975; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 766; K. Sychta, op. cit., s. 136. Por. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2004 r., II KK 388/03, OSNKW 2004, z. 11–12, poz. 103 z głosem K. Woźniewskiego, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 157 i nast.

przesłuchanie świadka przez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 § 2 k.p.k.) czy czynności z zakresu zagranicznej pomocy prawnej (art. 585 k.p.k.).⁸⁴ W doktrynie przyjmuje się też, że sąd odwoławczy w razie stwierdzenia istotnych braków postępowania przygotowawczego może zastosować instytucję zobowiązania oskarżyciela publicznego do przedstawienia dowodów z art. 397 k.p.k.⁸⁵ Warunkiem jej zastosowania w konkretnym wypadku jest jednak także zgodność z przesłankami dopuszczenia dowodu, określonymi w art. 452 § 2 k.p.k., tak więc będą to ramy zdecydowanie węższe niż na rozprawie przed sądem pierwszej instancji.⁸⁶

Pamiętać przy tym należy, że przeprowadzenie dowodów przez sąd odwoławczy z naruszeniem art. 452 § 2 k.p.k. ma ten skutek, iż materiał dowodowy z niego wynikający nie może być uwzględniony przy ocenie skargi apelacyjnej. O jej zasadności (niezasadności) musi zadecydować ocena dowodów przeprowadzonych w sądzie pierwszej instancji. Dowody bowiem uzyskane sprzecznie z przepisami ustawy procesowej nie mogą stanowić przedmiotu ocen, a następnie być użyte do czynienia ustaleń w sprawie. Korzystanie z dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w dalszym postępowaniu nie jest już dopuszczalne, ani przez sąd odwoławczy, ani przez sąd pierwszoinstancyjny. Usunięcie bowiem wadliwych czynności dowodowych możliwe jest jedynie przez ich ponowienie.⁸⁷

Jeżeli chodzi o kwestię przeprowadzania dowodu na rozprawie w postępowaniu apelacyjnym, to należy jeszcze ustosunkować się do zakresu materiału dowodowego, który jest przedmiotem oceny tego sądu – i to zarówno, gdy wydanie wyroku w drugiej instancji poprzedza wyłącznie dowodzenie swobodne, jak również gdy sąd ten przeprowadza na rozprawie dowód ścisły. Otóż ocenie nie podlega całość materiału dowodowego zawarta w aktach sprawy, lecz tylko dowody przeprowadzone w toku przewodu sądowego na rozprawie głównej (art. 410 k.p.k.), uzupełnione o ewentualnie przeprowadzone dowody

⁸⁴ Por.: D. Świecki: op. cit., s. 138; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1978 r., Rw 408/78, OSNKW 1979, z. 3, poz. 30. Na marginesie zwrócić należy uwagę na brzmienie art. 402 § 2 k.p.k. z 1969 r., który przewidywał „bezpośrednie” przeprowadzenie dowodu na rozprawie, co wywoływało ówczesnie w doktrynie spory w odniesieniu do dopuszczalności skorzystania przez sąd odwoławczy z pomocy prawnej w tym trybie.

⁸⁵ Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 655; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 927–928; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 808; D. Świecki, op. cit., s. 139; M. Klejnowska: op. cit., s. 402. Zastrzeżenia do powyższego poglądu zgłosił J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 68–69. Autor ten wskazał, że powołanie art. 397 k.p.k. w obecnym brzmieniu w treści art. 437 § 2 k.p.k. należy uznać za przeoczenie nowelizatora.

⁸⁶ Tak słusznie P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 655.

⁸⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1999 r., IV KKN 484/99, Prokuratura i Prawo 2000, nr 5, poz. 11 (wkładka).

ściśle w trybie art. 452 § 2 k.p.k.⁸⁸ Tak więc nawet jeżeli sąd *ad quem* dokona zmiany ustaleń faktycznych sprawy po podjęciu dowodzenia swobodnego, musi oprzeć się jedynie na tych dowodach. Pozostałe materiały mogą stanowić co najwyżej tzw. informację o dowodzie, którą sąd odwoławczy może uwzględnić w ramach zarzutu niewyjaśnienia okoliczności sprawy przez sąd pierwszej instancji i nieprzeprowadzenia przez ten sąd znanych mu i potencjalnie dostępnych dowodów. W tym zakresie sąd drugiej instancji może na podstawie art. 452 § 2 k.p.k. sam przeprowadzić w sposób ścisły dowód, w odniesieniu do którego informacje zawarte są w aktach sprawy, a w razie braku ku temu przesłanek – uchylić zaskarżony wyrok oraz przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Powstaje również problem – tym razem tylko w wypadku przeprowadzenia dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. – przy przesłuchaniu oskarżonego, świadka lub biegłego, dopuszczalności odczytania, w razie zaistnienia ku temu warunków prawnych (art. 389 § 1, 391 § 1, 393 § 1 k.p.k.), protokołów uprzednio złożonych przez nich zeznań, wyjaśnień czy opinii. Należy w tym zakresie udzielić odpowiedzi pozytywnej, i to niezależnie od tego, czy odnośne protokoły i opinie były również ujawniane w tym trybie w toku przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji. Sąd odwoławczy, jeżeli już dopuszcza dowód ścisły, jest zobowiązany do jego wnikliwego przeprowadzenia i w razie ujawnienia się konieczności skonfrontowania relacji przesłuchiowanych osób z ich wcześniejszymi wypowiedziami utrwalonymi w formie pisemnej, obowiązkiem sądu statuowanym w odnośnych przepisach jest uczynienie tego.⁸⁹ Sąd drugiej instancji może w ten sposób naprawić błąd sądu *a quo*, który, przesłuchując tę osobę wcześniej, wbrew stanowisku ustawy nie ujawnił protokołu uprzednio składanych przez nią wyjaśnień (zeznań, opinii). Wówczas ujawnione protokoły (lub opinia) wejdą w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia. Możliwe jest również, że sąd pierwszej instancji, przesłuchując daną osobę wcześniej, nie miał potrzeby ujawnienia treści protokołu lub opinii, bo np. świadek zeznawał identycznie jak w postępowaniu przygotowawczym. Natomiast przesłuchany na rozprawie odwoławczej w trybie art. 452 § 2 k.p.k. tenże sam świadek mógł wiele okoliczności nie pamiętać, co obliuguje sąd drugiej instancji do ujawnienia w odpowiednim zakresie w trybie art. 391 § 1 k.p.k. protokołów zeznań tego świadka składanych w postępowaniu przygotowawczym, które również przez

⁸⁸ Por. A. Murzynowski, op. cit., s. 319. Autor ten trafnie zauważa, że w istocie sąd drugiej instancji opiera się w swych orzeczeniach – jeżeli sam nie przeprowadza dowodu ścisłego – na protokole rozprawy głównej i na dokumentach zaliczonych w poczet materiałów dowodowych przez sąd pierwszej instancji.

⁸⁹ Por. A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, op. cit., s. 1036.

to wejdą w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia (zeznania złożone w toku przewodu sądowego w pierwszej instancji zawsze w takim wypadku będą stanowiły tę podstawę, bez procesowej potrzeby ich odczytywania). Wreszcie i w drugiej instancji, tak jak w pierwszej, może nie być potrzeby ujawniania protokołów przesłuchania oskarżonego i świadków z postępowania przygotowawczego, a wówczas definitywnie nie wejdą one w skład dowodowej podstawy rozstrzygnięcia. Sąd odwoławczy – jeżeli przeprowadza na rozprawie dowód ścisły – ma w zakresie ujawniania protokołów przesłuchania i odczytywania opinii biegłych takie same uprawnienia i obowiązki, jak sąd pierwszej instancji.⁹⁰ Ewentualnie ujawnione protokoły i opinie podlegają ocenie sądu odwoławczego zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów na równi z innymi dowodami, w szczególności mogą być podstawą wydania wyroku co do istoty sprawy lub o charakterze kasacyjnym.⁹¹

Należy podkreślić w zakresie poruszanej tu tematyki, że podjęcie przez sąd odwoławczy w trybie art. 451 k.p.k. decyzji o sprowadzeniu na rozprawę apelacyjną oskarżonego pozbawionego wolności musi być uzasadnione okolicznościami sprawy, a nie może być dowolne. W szczególności, co od dawna silnie podkreślano w doktrynie⁹² i orzecznictwie,⁹³ należy zarządzić sprowadzenie takiego oskarżonego, gdy sąd zamierza uzupełnić przewód sądowy poprzez przeprowadzenie dowodu zgodnie z art. 452 § 2 k.p.k. Stanowisko takie zostało także zaprezentowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.⁹⁴

Pozostaje jeszcze rozważyć kwestię dopuszczalności zmiany ustaleń faktycznych przez sąd drugiej instancji bez przeprowadzania i po przeprowadzeniu

⁹⁰ Tak też M. Cieślak, *Proces karny. Część III*, Kraków 1953, s. 146; A. Sakowicz [w:] K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny: op. cit., s. 1036.

⁹¹ Zakwestionować w znacznym stopniu należy zatem zastrzeżenia R. Kmiecika (*Z problematyki dowodu...*, s. 22–24), który wyszedł z co najmniej wątpliwego założenia, wedle którego sąd drugiej instancji mógł rozporządzać pełną swobodą wykorzystywania danych dowodowych w przypadku nieskorzystania z art. 452 § 2 k.p.k., dysponując wówczas wszelkimi protokołami zawartymi w aktach sprawy. Otóż w rzeczywistości owa pełna swoboda ogranicza się do dowodów ścisłych przeprowadzonych w toku pierwszoinstancyjnego przewodu sądowego.

⁹² Por. przykładowo: J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 131–132; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 761–752; T. Grzegorzczuk, op. cit., s. 972; S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 268, 277; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 835.

⁹³ Por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 października 1997 r., II KKN 261/96, OSNKW 1998, z. 1–2, poz. 9; z dnia 3 września 2002 r., III KKN 414/99; LEX nr 55529; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 stycznia 2001 r., II AKa 1/01, Prokuratura i Prawo 2001, nr 12, poz. 27 (wkładka).

⁹⁴ Por. zwłaszcza wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 25 marca 1998 r., 47/1997/829/1035, w sprawie *Belziuk v. Polska*.

dowodów ścisłych na rozprawie odwoławczej, w szczególności zaś wpływu tych dowodów na zmianę ustaleń. Często można napotkać pogląd, według którego podejmowane w trybie art. 452 § 2 k.p.k. czynności dowodowe nie mogą prowadzić do ukształtowania w postępowaniu odwoławczym podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, odmiennej od uznanej za udowodnioną przez sąd pierwszej instancji. Ten kierunek interpretacyjny został uzasadniony możliwością naruszenia zasady kontroli (instancyjności), z uwagi na to, że ukształtowanie w postępowaniu odwoławczym odmiennej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia co do istoty sprawy niż przed sądem pierwszej instancji z reguły przemawia za podjęciem orzeczenia reformatoryjnego. Nadto, wedle tego poglądu, wydanie przez sąd drugiej instancji wyroku kończącego postępowanie co do istoty sprawy, po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k. i zmianie ustaleń faktycznych sprawy przez ten sąd, wiodłoby również do naruszenia samej istoty postępowania odwoławczego jako realizującego zasadę kontroli procesu. Wysuwane są też zastrzeżenia w zakresie zgodności takiego rozwiązania z zasadą bezpośredniości.⁹⁵ Poglądy te jednak mogą budzić wątpliwości.

Ustawa procesowa nie przewiduje generalnego zakazu orzekania co do istoty sprawy (utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku albo jego zmiany) przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy. W doktrynie i orzecznictwie panuje zgodność, że sąd odwoławczy ma prawo w tym zakresie orzec odmiennie na podstawie dowodów przeprowadzonych w pierwszej instancji.⁹⁶ Nie ma również zasadniczych rozbieżności

⁹⁵ Por. S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit., s. 130; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 765; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; idem: *Własne ustalenia...*, s. 151; P. Pojnar, op. cit., s. 710 i n.; G. Artymiak [w:] *Proces karny...*, s. 148; Z. Z. Muras, op. cit., s. 321–322; W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2008 r., III KK 404/07, LEX nr 359593; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2008 r., V KK 389/07, OSNKW 2008, z. 8, poz. 61; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2008 r., V KK 111/08, LEX nr 468650; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2006 r., II KK 284/05, LEX nr 176040; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2005 r., III KK 276/04, OSNKW 2005, z. 6, poz. 55; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2004 r., III KK 90/04, OSNwSK 2004, poz. 2231, z. 6, poz. 55; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 marca 2006 r., II AKa 160/05, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2007, nr 1, poz. 34. Odmiennie, D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczuk, op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczuk, J. Tylman, op. cit., s. 816; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania...*, s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedziela, K. Petryna, T. E. Wirzman, op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389.

⁹⁶ Por. D. Świecki, op. cit., s. 119 oraz tam wskazane pozycje literatury oraz orzeczenia Sądu Najwyższego.

co do tego, że takie prawo sądu odwoławczego powinno mieć charakter wyjątkowy i być ograniczone do sytuacji, w których stwierdzono ewidentny błąd sądu pierwszej instancji. Należy je przy tym stosować z daleko posuniętą ostrożnością i tylko wtedy, gdy zebrane dowody mają jednoznaczną wymowę, a ich ocena dokonana przez sąd pierwszej instancji jest oczywiście błędna.⁹⁷ Natomiast kontrowersyjne jest orzekanie przez sąd *ad quem* co do istoty sprawy na podstawie odmiennej przez siebie ustalonego stanu faktycznego, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania dowodowego w trybie art. 452 § 2 k.p.k. Niektórzy autorzy wyłączają taką możliwość, wskazując, że naruszałoby to zasady bezpośredniości oraz kontroli, a użyty w art. 437 § 2 k.p.k. zwrot „jeżeli pozwalają na to zebrane dowody” odnosi się do dowodów zebranych i przeprowadzonych przed sądem pierwszej instancji. Wedle tego poglądu dowody, które na podstawie art. 452 § 2 k.p.k. może wyjątkowo przeprowadzić sąd odwoławczy, nie mogą samodzielnie doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku i odmiennego orzeczenia co do istoty sprawy.⁹⁸

Wyjątkowo restryktywne stanowisko zajął w tym zakresie W. Kociubiński, wedle którego zmiana orzeczenia sądu pierwszej instancji jest możliwa tylko wtedy, gdy podstawy do takiego orzekania wynikają z już przeprowadzonych w pierwszej instancji dowodów i są efektem błędu, który zostanie potwierdzony przez dowody przeprowadzone przed sądem odwoławczym. Jeśli natomiast dowody przeprowadzone przed sądem odwoławczym będą takie, że dopiero na ich podstawie będzie można kwestionować ustalone przez pierwszą instancję fakty przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia, to trzeba orzeczenie uchylić i sprawę przekazać do ponownego rozpoznania, ponieważ w innym wypadku dojdzie do kolizji z zasadą bezpośredniości.⁹⁹

⁹⁷ Por. np. A. Gaberle, *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe)* [w:] *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Zbigniewa Dody*, pod red. A. Gaberle i S. Waltosia, Kraków 2000, s. 28–29; P. Pojnar, op. cit., s. 716 i nast.; Z. Świda-Łagiewska, *Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym*, Wrocław 1983, s. 322 i n.; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; tenże: *Własne ustalenia...*, s. 150; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 grudnia 1973 r., V KRN 449/73, OSNKW 1974, z. 5, poz. 99; z dnia 19 lutego 2003 r., V KK 119/02, LEX nr 76996; z dnia 8 lutego 2007 r., III KK 281/06, LEX nr 249209; z dnia 3 października 2007 r., II KK 198/07, Prokuratura i Prawo – dodatek Orzecznictwo 2008, nr 5, poz. 16.

⁹⁸ Tak twierdzą w szczególności: S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 273–274; W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 105; tenże: *Własne ustalenia...*, s. 151; P. Pojnar, op. cit., s. 710 i n.

⁹⁹ W. Kociubiński, *Możliwości reformacyjnego...*, s. 103–106. Podobnie tenże: *Własne ustalenia...*, s. 150–151. Stanowisko to zostało poddane trafnej krytyce przez M. Klejnowską, wedle której prowadzi ono do nieuzasadnionego w świetle ustawy „wartościowania” błędów

Zapatorywania te nie wydają się słuszne. Trafnie podkreślono w doktrynie, że ustawodawca, gdy chce pozbawić sąd drugiej instancji możliwości orzekania merytorycznego w oparciu o odmienne ustalenia faktyczne, wskazuje wyraźnie takie wypadki. Są to: zakaz *reformationis in peius* (art. 434 § 1 k.p.k.), reguły *ne peius* (art. 454 § 1 i 2 k.p.k.), poprawienie kwalifikacji prawnej czynu (art. 455 k.p.k.).¹⁰⁰ Wymienione ograniczenia w zakresie zmiany ustaleń faktycznych obejmują zarówno ustalenia oparte na dowodach przeprowadzonych przez sąd pierwszej instancji, jak i tych dopuszczonych w instancji odwoławczej. W ustawie brak jest zaś podobnych ograniczeń odnoszących się do orzekania na korzyść oskarżonego. Uprawnione jawi się zatem w tych warunkach przyjęcie, że skoro ustawodawca uregulował przypadki, w których następuje wyłączenie możliwości dokonania odmiennych ustaleń faktycznych, to poza nimi dopuszcza ewentualność merytorycznego orzekania przez sąd odwoławczy – i to *lege non distinguente* również na podstawie dowodów przeprowadzonych w tym ostatnim postępowaniu.¹⁰¹ Wyrażenie wskazuje na to treść przepisów art. 437 k.p.k., z których § 1 mówi o rozpoznaniu środka odwoławczego przez sąd drugiej instancji, a więc również po dopuszczeniu dowodu przed tym sądem, natomiast § 2 – zezwala na orzeczenie „co do istoty sprawy”, jeżeli pozwalają na to zebrane (w sprawie, czyli przed sądami obydwu instancji) dowody. Nadto – jak już wspomniano – istotne jest, że art. 452 § 1 k.p.k. zakazuje przeprowadzania w drugiej instancji postępowania dowodowego „co do istoty sprawy” jako funkcjonalnie wyodrębnionego typu czynności. Wskazany tu pogląd koresponduje ponadto z treścią art. 427 § 3 k.p.k., zezwalającego odwołującemu się na wskazanie w środku odwoławczym lub w instancji odwoławczej nowych faktów lub dowodów. Z powyższego wynika w konkluzji, iż z punktu widzenia normatywnej regulacji ustawy procesowej uzasadnione jest przyjęcie możliwości orzekania merytorycznego (utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku albo jego zmiany) przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed

popęlnionych w pierwszej instancji i uzależnienia prawa do zmiany zaskarżonego orzeczenia od tego, by błąd był „oczywisty”, tzn. wynikł z przeprowadzonych dowodów i jeszcze został potwierdzony w postępowaniu dowodowym przed sądem odwoławczym. Kodeks postępowania karnego nie uzależnia zaś odwoławczego orzeczenia reformacyjnego od istotności czy ważności błędu popełnionego w niższej instancji. Nawet najpoważniejszy błąd może być podstawą do zmiany zaskarżonego orzeczenia, o ile pozwalają na to zebrane dowody. Por. M. Klejnowska: op. cit., s. 453.

¹⁰⁰ D. Świecki, op. cit., s. 120–121; por. również Z. Świda, *Ustalenia faktyczne sądu I i II instancji w świetle nowego k.p.k.* [w:] *Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, pod red. E. Skrętowicza, Kraków 1998, s. 298–299; W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 69–70.

¹⁰¹ Tak trafnie D. Świecki, op. cit., s. 121. Por. także R. Kmiecik, *Z problematyki dowodu...*, s. 21; tenże: *Glosa...*, s. 55.

sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy, w tym również wskutek przeprowadzonego dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k.¹⁰² Inną kwestią jest, w jaki sposób z takiej możliwości należałoby korzystać, o czym niżej.

To, że określone teoretyczne rozwiązanie kwestii prawnej zdaje się znajdować potwierdzenie w brzmieniu przepisów tekstu ustawy procesowej, nie musi oznaczać wcale, iż jest przez to częścią danego systemu prawnego. Może ono bowiem pozostawać w sprzeczności z innymi elementami współokreślającymi stan prawny w określonej dziedzinie, również posiadającymi znaczenie normatywne, zwłaszcza zasadami danej gałęzi prawa czy regulacjami prawa konstytucyjnego i międzynarodowego. W odniesieniu do omawianego zagadnienia należałoby ustosunkować się do kwestii zgodności postępowania odwoławczego z zasadami kontroli i bezpośredniości, gdyż najczęściej te dwie zasady wskazywane są jako stojące na przeszkodzie orzekaniu w drugiej instancji na podstawie odmiennie niż przed sądem *a quo* ustalonego stanu faktycznego sprawy.

Wedle zasady kontroli (instancyjności)¹⁰³ działalność uczestników procesu i jej rezultaty, w szczególności w postaci decyzji procesowych, podlega weryfikacji.¹⁰⁴ Chodzi w niniejszych rozważaniach o kontrolę instancyjną (ściśle procesową), więc też tylko do niej ograniczone zostaną kolejne uwagi. Zasadnicze znaczenie mają tu dwa przepisy Konstytucji: art. 78, wedle którego z wyjątkami przewidzianymi w ustawie każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, i art. 176 ust. 1, który stanowi, iż postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Również wiążące Polskę unormowania prawa międzynarodowego odnoszą się do zasady kontroli – prawo osoby skazanej za przestępstwo odwołania się do sądu wyższej instancji celem ponownego zbadania winy i kary zgodnie z ustawą statuującą art. 2 Protokołu dodatkowego Nr 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC) oraz art. 14 ust. 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych

¹⁰² Tak też: D. Świecki, op. cit., s. 120–122; T. Grzegorzczak: op. cit., s. 974; tenże [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 816; W. Grzeszczyk, op. cit., s. 476; A. Kryże [w:] A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. E. Wirzman: op. cit., s. 833–834; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2002 r., IV KKN 391/98, LEX nr 54389. Taki pogląd przyjmuje również M. Klejnowska, obszernie i przekonująco go argumentując (op. cit., s. 455–457); nadto Autorka ta wskazuje, że wszystkie rodzaje rozstrzygnięć określone w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. są równorzędne, ustawodawca nie preferuje żadnego, uzależniając wybór spośród nich od wyłączenia od stanu postępowania dowodowego i dokonanych w drugiej instancji ustaleń (op. cit., s. 4502453).

¹⁰³ W odniesieniu do kwestii terminologicznych por. J. Grajewski [w:] *Prawo karne...*, s. 128.

¹⁰⁴ Por. bliżej M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 376 i nast.

(MPPOP). Z powyższych unormowań wynika, że zasada instancyjności rozumiana być musi jako prawo zaskarżenia orzeczenia organu orzekającego w pierwszej instancji do instancji odwoławczej.¹⁰⁵ Z konieczności zapewnienia kontroli instancyjnej orzeczenia nie można jednak wprost wnioskować o charakterze prawnym orzeczeń zapadających w wyniku tej kontroli.¹⁰⁶ Trafnie w doktrynie podkreślono, że sąd odwoławczy, wydając odmienne orzeczenie co do istoty sprawy, przejmuje z woli ustawodawcy uprawnienia sądu pierwszej instancji, właśnie w wyniku realizacji zasady kontroli. W takiej sytuacji orzeczenie sądu odwoławczego nie podlega już dalszej kontroli w toku zwykłych środków odwoławczych, lecz pomimo tego jest to rozstrzygnięcie sądu drugiej instancji, uprawnionego do takiego orzekania przez ustawodawcę.¹⁰⁷ Ten kierunek rozumienia zasady kontroli potwierdził również Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że orzeczenie sądu *ad quem* oparte na odmiennych ustaleniach od ustaleń sądu pierwszej instancji nie jest z tego powodu orzeczeniem pierwszoinstancyjnym. Z kolei przyjęcie, iż sąd apelacyjny staje się – choćby w pewnym zakresie – sądem pierwszej instancji, powodowałoby swego rodzaju trójinstancyjność postępowania, bowiem od jego orzeczenia musiałby służyć jakiś środek zaskarżenia, czyli swoista apelacja od wyroku sądu apelacyjnego.¹⁰⁸

¹⁰⁵ K. Marszał, *Instancyjność postępowania karnego w świetle artykułu 176 ustęp 1 Konstytucji Rzeczypospolitej*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, pod red. J. Czapskiej, A. Gaberle, A. Świątłowskiego i A. Zolla, Warszawa 2000, s. 703–704; A. Murzynowski: op. cit., s. 204. Por. także: J. Grajewski [w:] *Prawo karne...*, s. 128–129; S. Waltoś, op. cit., s. 327; Z. Świda [w:] Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 44; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 70–71; R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 78; M. Rogalski [w:] *Proces karny...*, s. 58; A. Murzynowski, op. cit., s. 204; F. Prusak, *Postępowanie karne. Wprowadzenie. Zasady procesu karnego*, Warszawa 2001, s. 319–320.

¹⁰⁶ Odmienne W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67, którzy wskazują, że treścią gwarancji dwuinstancyjności postępowania jest takie uregulowanie procedury, która zapewni dwukrotną ocenę stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz kontrolę stanowiska sądu pierwszej instancji. Por. też wywody tych Autorów na marginesie uzasadnienia postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 czerwca 2008 r., SK 48/07, o umorzeniu postępowania zainicjowanego skargą konstytucyjną, który przyjął, że w procesie karnym z uwagi na gwarancje prawa do obrony oraz prawa do rzetelnego procesu niezbędne jest poddanie kontroli instancyjnej rozumowania sądu prowadzącego do skazania (tamże, s. 63).

¹⁰⁷ D. Świecki, op. cit., s. 122; P. Hofmański, *Zmiany w kodeksie postępowania karnego w świetle poglądów sędziów i prokuratorów*, Państwo i Prawo 2006, nr 1, s. 6–7; M. Klejnowska, op. cit., s. 453.

¹⁰⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2003 r., SK 8/02, OTK-A 2003, z. 3, poz. 20.

Należy też podkreślić, że nawet zwolennicy poglądu o sprzeczności z zasadą kontroli orzekania przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennych ustaleń faktycznych sprawy po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w tejże instancji, dopuszczają jednocześnie bez zastrzeżeń takie orzekanie w kierunku na korzyść oskarżonego.¹⁰⁹ Ale przecież oczywiste jest, że w wypadku takiego rozumienia zasady kontroli (instancyjności) również orzekanie na tej podstawie w kierunku na korzyść oskarżonego byłoby z nią sprzeczne. Oskarżyciel nie mógłby bowiem w takiej sytuacji wnieść środka zaskarżenia od rozstrzygnięcia zapadłego w wyniku odmiennych ustaleń sądu odwoławczego.¹¹⁰ Widać stąd jasno, że kwestię dopuszczalności orzekania przez sąd drugiej instancji na podstawie odmiennej oceny stanu faktycznego należy łączyć z zasadą obrony,¹¹¹ a nie z zasadą kontroli.

Orzekanie przez sąd odwoławczy co do istoty sprawy na podstawie odmienne ustalonego stanu faktycznego, i to niezależnie od tego, czy przeprowadzono dowody w trybie art. 452 § 2 k.p.k., nie może być również uznane za sprzeczne z zasadą bezpośredniości, oczywiście w ujęciu konkretnym, obowiązującym w polskim procesie karnym.¹¹² Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania ustaleń faktycznych na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie przed sądem odwoławczym zasada bezpośredniości jest w pełni zachowana. Jeżeli zaś chodzi o odmienną ocenę przez sąd *ad quem* dowodów dopuszczonych przed sądem pierwszej instancji, to stanowi ona odstępstwo od zasady bezpośredniości w sensie abstrakcyjnym, przewidziane wyraźnie w art. 437 § 2 k.p.k.¹¹³ Taka jest bowiem natura postępowania odwoławczego, wynikająca z istoty i z praktycznych warunków kontroli procesowej, która wymaga oparcia się na materiałach zawartych w aktach sprawy.¹¹⁴ Niezależnie zatem od tego, czy sąd drugiej instancji od-

¹⁰⁹ Por. uwagi: D. Świeckiego (op. cit., s. 122–123) i K. Marszałę [w:] *Proces karny...*, s. 234. Tak np. W. Kociubiński, *Własne ustalenia...*, s. 147.

¹¹⁰ Dostrzegają to także: Z. Doda, A. Gaberle, op. cit., s. 338; W. Grzeszczyk, *Postępowanie dowodowe...*, s. 18. Por. również trafne uwagi R. Kmiecika, *Glosa...*, s. 54.

¹¹¹ Por. również P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 408 i n.; R. Kmiecik, op. cit., s. 54. Odmienne W. Hermeliński, B. Nita, op. cit., s. 67.

¹¹² W odniesieniu do zasad procesowych w sensie abstrakcyjnym i w sensie konkretnym, por. M. Cieślak, op. cit., s. 196–197.

¹¹³ Tamże, s. 336; D. Świecki, op. cit., s. 122.

¹¹⁴ M. Cieślak, op. cit., s. 336. Odmienne, ciekawą z teoretycznego punktu widzenia, lecz w literaturze raczej osobiście, koncepcję zaprezentował R. Kmiecik. Według tego Autora, przepis art. 437 § 2 k.p.k. (art. 386 § 2 k.p.k. z 1969 r.) nie przewiduje możliwości przeprowadzenia przez sąd drugiej instancji dowodu nieformalnego, a więc odmiennej oceny zebranego przed sądem *a quo* materiału dowodowego, bez przeprowadzania na rozprawie apelacyjnej postępowania dowodowego. Autor ten zaprezentował pogląd, wedle którego

miennie oceni zebrane przez sąd *a quo* dowody, czy też nie, postępowanie przed nim będzie stanowiło wyłom od abstrakcyjnie ujętej zasady bezpośredniości.¹¹⁵

Niezwyczajnie ważne jest uświadomienie, że z faktu, iż prawnie możliwe jest orzekanie przez sąd drugiej instancji co do istoty sprawy po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k., na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego, nie wynika wcale, żeby w każdej takiej sytuacji należało w ten sposób czynić. Zasadnie zwrócono uwagę, że przeprowadzenie owych pojedynczych dowodów, w granicach wskazanych w § 2 art. 452 k.p.k., których wymowa mogłaby przemawiać za odmienną oceną ustaleń faktycznych, spowodować może również np. konieczność podjęcia dodatkowych czynności dowodowych, chociażby konfrontacji, ponowienia niektórych dowodów, bądź wręcz powołania nowych źródeł dowodowych itd. Ta sfera działania wykracza jednak poza uprawnienia sądu odwoławczego, wynikające z art. 452 § 2 k.p.k., wymaga zatem uchylenia wyroku, ale z zabezpieczonym już procesowo dowodem, i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.¹¹⁶ Również zasadny jest kierunkowy postulat, podyktowany treścią zasady prawa do obrony, wedle którego generalnie sąd odwoławczy powinien unikać czynienia całkowicie nowych, niekorzystnych dla oskarżonego ustaleń na podstawie przeprowadzonych dowodów w instancji odwoławczej. Trafna jest także dyrektywa, że celem postępowania dowodowego przed sądem odwoławczym jest przede wszystkim weryfikacja zarzutów podniesionych w środku odwoławczym, a nie czynienie własnych ustaleń faktycznych. Nie budzi ponadto wątpliwości co do swej prawidłowości wskazanie, iż postępowanie dowodowe powinno mieć charakter pomocniczy w stosunku do przeprowadzonej kontroli zaskarżonego orzeczenia, dokonywanie zaś własnych ustaleń przez sąd odwoławczy może dotyczyć uchybień popełnionych przez sąd

przepis art. 437 § 2 k.p.k. można odczytać jako dyrektywę, która nie wyłącza prawa sądu odwoławczego do dokonywania ustaleń merytorycznie doniosłych, nawet niekorzystnych dla oskarżonego, ale tylko w wyjątkowych warunkach – gdy sąd drugiej instancji skorzysta z przeprowadzenia dowodów w sposób ścisły, czyli w trybie art. 452 § 2 k.p.k. (art. 402 § 2 i 3 k.p.k. z 1969 r.) – i ustali w tym trybie istotną okoliczność, pominiętą przez sąd *a quo*. Autor ten konkludował, że w innych wypadkach, wskazanych w art. 452 § 1 k.p.k. (art. 402 § 1 k.p.k. z 1969 r.), gdy dowodzenie ścisłe jest wyłączone, ustalanie faktów w oparciu o „zebrane dowody” nie może przekroczyć ram zakreślonych dla dowodzenia nieformalnego. W oparciu o „zebrane dowody” sąd odwoławczy może więc zmienić ustalenia faktyczne „co do istoty”, ale tylko w kierunku korzystnym dla oskarżonego. Por. bliżej R. Kmiecik, *Dowód ścisły...*, s. 240–245.

¹¹⁵ Por. także wnikliwe rozważania T. Nowaka (*Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 193–196).

¹¹⁶ T. Grzegorzcyk, op. cit., s. 974–975.

pierwszej instancji oraz stwierdzenia faktów koniecznych do oceny poczynionych przez ten sąd ustaleń faktycznych.¹¹⁷ Powyższe dyrektywy czynią uzasadnionym zapatrywanie, że przepisy prawne umożliwiające orzekanie przez sąd drugiej instancji co do istoty sprawy po przeprowadzeniu dowodu w trybie art. 452 § 2 k.p.k., na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego, należy wyklądać w sposób ścieśniający i w razie zaistnienia wątpliwości preferować wydanie orzeczenia o charakterze kasacyjnym. Ową wykładnię ścieśniającą, podyktowaną – jak wskazano – przede wszystkim zasadą prawa do obrony, trzeba przyjąć zatem w odniesieniu do zmiany ustaleń faktycznych na niekorzyść oskarżonego. Skoro argument dotyczący prawa do obrony odpada przy zmianie ustaleń na jego korzyść (lub też w sposób niedający się z tego punktu widzenia określić), w tych wypadkach należy postulować wykładnię literalną.

Rozważając zagadnienie w płaszczyźnie *de lege ferenda* można zastanawiać się, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest słuszne. Wypada zwrócić uwagę w tym zakresie na dwa elementy. Po pierwsze, nie wydaje się racjonalne wyeliminowanie z naszego porządku prawnego możliwości przeprowadzenia – pod pewnymi warunkami – uzupełniającego dowodu lub dowodów na rozprawie odwoławczej. Takie rozwiązanie umożliwia bowiem uniknięcie zbędnych przypadków uchylania wyroków pierwszej instancji i przekazywania spraw do ponownego rozpoznania.¹¹⁸ Po drugie, jeżeli ustawodawca zdecydowałby się już na wprowadzenie braku możliwości orzekania co do istoty sprawy przez sąd odwoławczy na podstawie odmiennie ustalonego stanu faktycznego po przeprowadzeniu dowodu uzupełniającego przez ten sąd (ale zarówno w kierunku na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego), to powinien ową niemożność uzależnić nie od tego, czy tenże dowód uzupełniający został w drugiej instancji przeprowadzony, ale od tego, czy to właśnie w wyniku przeprowadzenia tego dowodu nastąpiła zmiana ustaleń faktycznych przez sąd *ad quem*, czy też nie.

¹¹⁷ Por. D. Świecki, op. cit., s. 123 oraz wskazana tamże literatura i orzecznictwo.

¹¹⁸ Por. S. Waltoś, op. cit., s. 539.

TAKING OF EVIDENCE AT THE HEARING OF APPEAL IN CRIMINAL CASES

The subject of this study is to present the evidence collecting proceedings at the hearing of appeal in criminal matters. The key considerations in this regard have been preceded by a presentation of the Polish model of appeal proceedings, which can be described as a revisory.

At the further stage of the study one can find the presentation of the classification of the means of conducting evidence by a judicial body in the form of the free and strict proof. Bearing in mind the extent of matter, in the further course of the consideration the focus is placed on the proceedings carried out at the hearing of evidence, with no look taken into the evidence issues carried out at the meeting. From the formal and structural point of view, the hearing of evidence at the trial before the court of appeal can be divided as follows:

- I. Taking of evidence on the merits as the free proof (Article 437 Paragraphs 1 and 2 of Code of Criminal Procedure)
 - 1) which resulted in the non-change of facts
 - 2) which resulted in the change of facts
- II. Taking of evidence on the merits in the form of the strict proof (Article 452 Code of Criminal Procedure):
 - 1) which resulted in the non-change of facts
 - 2) which resulted in the change of facts
- III. Taking of evidence as to the circumstances which are outside the essence of the matter:
 - 1) in the form of the free proof
 - 2) as the strict proof

The rest of the study aims at clarifying the issue what is the subject of proof in the appeal proceedings. In this regard, it was assumed that the subject of proof, regardless of what stage or type of case it is referred to, is the fact of the existence or nonexistence of a certain circumstance which is to be demonstrated in the chain of the evidence proving. Article 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure governs the strict proving process of the merit substance at the appeal hearing. However, if the court of higher instance does not utilize this possibility and merely reads the files, the free proving process on the merit substance is conducted as a result. In turn, beyond the “merit substance” in this sense are issues referring only to correctness of carrying out penal proceedings of the court a quo and the incidentally occurring issues taking shape before the court of higher instance. In relation to these issues, the Process Act does not express the type of proving, which means that both the strict and free chain of proving can be con-

ducted. It should be noted that the “merit substance” as a collective category of the item of evidence on appeal, covers the circumstances surrounding the defendant’s legal liability (criminal and civil), in particular, to commit the offense, culpability, the legal act and the circumstances surrounding the imposition of criminal sanctions. Art 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure designates a legally acceptable limit on the taking of evidence as to the strict merits of the case at the hearing before the court of appeal. It provides for an exception to this general prohibition of Paragraph 1, and therefore, in its explanation the intensive interpretation shall not be carried out.

Further on the content discusses the conditions in the taking of evidence by the court of appeal in accordance with Art 452 Paragraph 2 of Code of Criminal Procedure.

Another issue that needed to be considered was whether the taking of evidence or evidences under this provision is – in the event of use of its circumstances – mandatory or optional.

The study comes to an end with reflections on the changes regarding the admissibility of factual findings by the court of second instance without any evidence, and after close review at the hearing, in particular the impact of that evidence to alter the findings.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stornie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.