

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Test ogólnej kontroli dla umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego oraz określenia statusu ofiar w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Zbrodni w b. Jugosławii
- Dobro dziecka a stosowanie procedur wspomaganej medycznie prokreacji w prawie francuskim i prawie polskim
- Reprywatyzacja w Strasburgu? Kilka refleksji na temat aktualnych tendencji w orzecznictwie ETPCz w sprawach polskich rozstrzyganych na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 do EKPCz
- Roszczenie współwłaściciela o zwrot wydatków poniesionych w związku z rzeczą wspólną
- Przetwarzanie danych biometrycznych pracowników w świetle orzeczenia NSA z dnia 1 grudnia 2009r. (I OSK 249/09)
- System prawa ochrony zwierząt w Niemczech (zagadnienia ogólne)

1(187)
2011

WARSZAWA 2011
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(187) 2011

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2011



KOMITET REDAKCYJNY:

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

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 Agnieszka Szpak

Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK

TEST OGÓLNEJ KONTROLI DLA UMIEJZYNARODOWIENIA KONFLIKTU ZBROJNEGO ORAZ OKREŚLENIA STATUSU OFIAR W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO DS. ZBRODNI W B. JUGOSŁAWII.....	7
1. Powołanie Trybunału i jego jurysdykcja	7
2. Test ogólnej kontroli w wybranych orzeczeniach MTKJ	9
2.1. Sprawa Tadicia i sprawa militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui (MTS)	9
2.2. Stanowisko wybranych przedstawicieli doktryny	17
2.3. Sprawy Aleksowskiego, Blaskicia oraz Kordicia i Cerkeza	19
2.4. Sprawa zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze, MTS)	21
3. Status osób chronionych w wybranych orzeczeniach MTKJ ...	22
3.1. Sprawa Tadicia	22
3.2. Sprawa Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo	24
3.3. Sprawa Aleksovskiego	29
3.4. Sprawa Blaskicia	29
3.5. Sprawa Kordicia i Cerkeza	30
4. Podsumowanie	30
OVERALL CONTROL TEST TO INTERNATIONALIZE AN ARMED CONFLICT	32

dr Anna Grabinski

Instytut IODE (Institut de l'Oust Droit et Europe) przy Uniwersytecie w Rennes

dr Joanna Haberk

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

DOBRO DZIECKA A STOSOWANIE PROCEDUR WSPOMAGANEJ MEDYCZNIE PROKREACJI W PRAWIE FRANCUSKIM I PRAWIE POLSKIM	33
1. Uwagi wprowadzające	33
2. Dobro dziecka poczętego w wyniku wspomaganej medycznie prokreacji: sytuacja we Francji.....	35
3. Stanowisko in abstracto ustawodawcy francuskiego w sprawie dobra mogącego się począć i narodzić dziecka.....	37
4. Stanowisko in concreto ustawodawcy francuskiego w sprawie dobra mającego się począć i narodzić dziecka	44
4.1. Ocena dobra dziecka przez wielodyscyplinarny	

zespół lekarzy	44
4.2. Ocena dobra dziecka przez sąd – przekazanie embrionu innej parze	47
5. Dobro dziecka poczętego w wyniku wspomaganej medycznie prokreacji: sytuacja w Polsce	47
6. Wnioski końcowe	59
THE CHILD'S INTEREST IN MEDICALLY ASSISTED PROCREATION ACCORDING TO FRENCH AND POLISH LAW	61

dr Aleksandra Mężykowska

Uczelnia Łazarskiego w Warszawie

**REPRYWATYZACJA W STRASBURGU? KILKA REFLEKSJI NA TEMAT
AKTUALNYCH TENDENCJI W ORZECZNICTWIE ETPCz
W SPRAWACH POLSKICH ROZSTRZYGANYCH NA GRUNCIE**

ART. 1 PROTOKOŁU NR 1 DO EKPCz	63
Wstęp	63
2. Jurysdykcja czasowa Trybunału	65
3. Zakres prawa do poszanowania mienia w orzecznictwie Trybunału ..	67
4. Zastosowanie zasad ogólnych do sytuacji faktycznych, które stanowią podstawę kierowania skarg przeciwko Polsce	71
4.1. Sprawy dotyczące ingerencji w mienie istniejące	71
4.2. Sytuacja utraty mienia	80
5. Wnioski	89

REPRIVATISATION IN STRASBOURG? – A FEW REMARKS ON THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR ON THE BASIS OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 1 IN CASES AGAINST POLAND	92
---	----

dr Adam Borowicz

Sędzia Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi

ROSZCZENIE WSPÓŁWŁAŚCICIELA O ZWROT WYDATKÓW PONIESIONYCH W ZWIĄZKU Z RZECZĄ WSPÓLNĄ	95
1. Podstawa prawna roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną	95
2. Przesłanki roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną	100
3. Treść roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną ..	109
4. Krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych	119
5. Data powstania i wymagalności oraz termin przedawnienia roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną	122
CLAIM OF CO-OWNER FOR REIMBURSEMENT OF EXPENSES ASSOCIATED WITH COMMON PROPERTY	124

mgr Magdalena Korga

Uniwersytet Śląski w Katowicach

**PRZETWARZANIE DANYCH BIOMETRYCZNYCH PRACOWNIKÓW
W ŚWIELE ORZECZENIA NSA Z DNIA 1 GRUDNIA 2009R.**

(I OSK 249/09)	125
1. Wstęp.....	125
2. Przetwarzanie i ochrona danych osobowych pracowników	126
3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 grudnia 2009r. oraz jego wpływ na praktykę	129
4. Zasada adekwatności przy przetwarzaniu biometrycznych danych osobowych	135
5. Podsumowanie	137
PROCESSING OF BIOMETRIC INFORMATION OF EMPLOYEES IN THE LIGHT OF THE DECISION OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT DATED DECEMBER 1, 2009 (I OSK 249/09)	141

dr Andrzej Majewski

Elbląska Uczelnia Humanistyczno-Ekonomiczna

**SYSTEM PRAWA OCHRONY ZWIERZĄT W NIEMCZECH
(ZAGADNIENIA OGÓLNE)**

143	
SYSTEM OF LEGAL PROTECTION OF ANIMALS IN GERMANY (BASIC ISSUES)	181

Informacje dla autorów	183
------------------------------	-----

Agnieszka Szpak ■

TEST OGÓLNEJ KONTROLI DLA UMIEDZYNARODOWIENIA KONFLIKTU ZBROJNEGO ORAZ OKREŚLENIA STATUSU OFIAR W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO DS. ZBRODNI W B. JUGOSŁAWII

1. Powołanie Trybunału i jego jurysdykcja

Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w b. Jugosławii (MTKJ) został powołany do życia rezolucją Rady Bezpieczeństwa nr 827 (1993)¹. Odnosnie MTKJ zamiar powołania Trybunału został wyrażony już w rezolucji nr 808 (1993)². MTKJ został powołany dla osiągnięcia bardzo ważnych prawnych i politycznych celów: ukarania sprawców poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego popełnionych w byłej Jugosławii od 1991 r.; zapobieżenia kolejnym zbrodniom; usprawnienia procesu osiągania pokoju oraz służenia jako test na potrzeby przyszłego, stałego międzynarodowego trybunału karnego³.

¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 827 (1993) jest dostępna na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>.

² Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 808 (1993) jest dostępna na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement>.

³ I. Josipović, *Implementing legislation for the application of the law on the international criminal tribunal for the former Yugoslavia and criteria for its evaluation*, „The Yearbook of International Humanitarian Law” 1998, nr 1, ss. 35-36.

Zgodnie ze Statutem MTKJ z 25 maja 1993 r. Trybunał ma prawo sądenia osób odpowiedzialnych za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. Następnie artykuły 2-5 wyliczają zbrodnie podlegające jurysdykcji Trybunału. Art. 2 dotyczy ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 1949 r. i stanowi on, że Trybunał ma prawo do sądenia osób, „które popełniły lub wydały rozkaz popełnienia ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., a mianowicie następujących czynów skierowanych przeciwko osobom lub dobrom chronionym na podstawie przepisów Konwencji genewskich:

- a. umyślne zabójstwo;
- b. torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to doświadczenia biologiczne;
- c. umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenie ciała lub zdrowia;
- d. niszczenie i przywłaszczanie majątku nie usprawiedliwione koniecznością wojskową i dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny;
- e. zmuszanie jeńca wojennego lub osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego;
- f. umyślne pozbawianie jeńca wojennego lub osoby cywilnej prawa do tego, by byli sądzeni w sposób słuszny i bezstronny;
- g. branie osób cywilnych jako zakładników.

Art. 3 dotyczący naruszeń praw i zwyczajów wojennych wymienia następujące czyny (nie jest to katalog enumeratywny): używanie broni zatrutej lub innej broni mogącej zadawać zbyteczne cierpienia; umyślne niszczenie miast, miejscowości lub wsi, albo ich pustoszenie nie uzasadnione koniecznością wojenną; atakowanie lub bombardowanie, w jakikolwiek sposób, bezbronnych miast, wsi, domów mieszkalnych lub budowli; zajmowanie, niszczenie lub umyślne uszkodzanie instytucji kościelnych, dobroczynnych i wychowawczych, artystycznych i naukowych, pomników historycznych i dzieł sztuki oraz nauki; grabież własności publicznej lub prywatnej.

Art. 4 penalizuje ludobójstwo oraz znowę w celu jego popełnienia, bezpośrednie i publiczne podżeganie do jego popełnienia, usiłowanie oraz współudział w ludobójstwie. Samo ludobójstwo zostało zdefiniowane identycznie jak w Konwencji o zapobieganiu i karaniu ludobójstwa z 1948 r. Ludobójstwem jest zatem którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich:

- a) zabójstwo członków grupy;

- b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy;
- c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego;
- d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy;
- e) przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy.

Wreszcie art. 5 dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości wylicza następujące zbrodnie, jeżeli zostały one popełnione przeciwko jakiejkolwiek ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny:

- a. zabójstwo;
- b. eksterminacja;
- c. niewolnictwo;
- d. deportacja;
- e. uwięzienie;
- f. torturowanie;
- g. zgwałcenie;
- h. prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych;
- i. inne czyny nieludzkie⁴.

2. Test ogólnej kontroli w wybranych orzeczeniach MTKJ

2.1. Sprawa *Tadicia* i sprawa militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui (MTS)

W sprawie *Tadicia* Trybunał badał poszczególne postanowienia Statutu MTKJ i źródła międzynarodowego prawa zwyczajowego, aby stwierdzić, czy działania oskarżonego naruszyły te postanowienia⁵. Izba Orzekająca MTKJ potwierdziła, że art. 2 Statutu dotyczący ciężkich naruszeń Konwencji genewskich odzwierciedla prawo zwyczajowe i znajduje zastosowanie

⁴ Statut MTKJ jest dostępny [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełnienie i redakcja M. Gąska E. Mikos-Skuzza), Warszawa 2003, s. 522-530.

⁵ Orzeczenie jest dostępne na stronie internetowej MTKJ: <http://www.icty.org/> (dostęp: 01.03.11). W dalszej części artykułu powołując się na kolejne orzeczenia autora korzystała z tej strony internetowej. *Prokurator przeciwko D. Tadicowi, Izba Orzekająca 1997*, § 576.

w omawianej sprawie *Tadicia*⁶. Izba uznała więc, że Konwencje genewskie są źródłem międzynarodowego prawa zwyczajowego (odzwierciedlają to prawo), a ich zastosowanie nie narusza zasady *nullum crimen sine lege*. Zastosowanie art. 2 Statutu jest jednak ograniczone do zbrodni przeciwko osobom chronionym lub chronionej własności. W omawianej sprawie każda z ofiar zarzucanych zbrodni była osobą cywilną ujętą w trakcie konfliktu zbrojnego w Bośni i Hercegowinie. Ich status prawny był regulowany przez art. 4 IV Konwencji genewskiej o ochronie ludności cywilnej w czasie wojny. Przepis ten definiuje osoby cywilne znajdujące się pod ochroną Konwencji („osoby chronione”) jako: „Osoby, które kiedykolwiek i w jakikolwiek sposób znalazły się w razie konfliktu lub okupacji we władzy jednej ze Stron w konflikcie lub Mocarstwa okupacyjnego, których nie są obywatelami”. Kluczową jest odpowiedź na pytanie, czy ofiary przez cały istotny czas (maj-lipiec 1992 r.) znajdowały się w rękach strony konfliktu lub mocarstwa okupacyjnego, których nie były obywatelami. W sformułowaniu art. 4 IV Konwencji genewskiej zawarte są trzy wymogi. Pierwsze dwa obejmują konieczność znajdowania się ofiar „we władzy” „strony konfliktu lub Mocarstwa okupacyjnego”. Po trzecie, osoba cywilna nie może być obywatelem strony konfliktu lub Mocarstwa okupacyjnego, we władzy których się znajduje⁷.

Analizując poszczególne wymogi, Trybunał odwołał się do *Komentarza MKCK do IV Konwencji genewskiej*, który zawiera szeroką definicję terminu „we władzy”. Nie oznacza on tylko znajdowania się bezpośrednio w rękach wroga, na takiej zasadzie jak więzień w zakładzie karnym. Sam fakt przebywania na terytorium strony konfliktu lub na terytorium okupowanym wskazuje na podleganie takiej władzy. Innymi słowy, termin „we władzy” niekoniecznie musi być rozumiany w sensie dosłownym – fizycznego pozostawania „we władzy”. Oznacza to jedynie, że dana osoba znajduje się na terytorium kontrolowanym przez jedną ze stron konfliktu zbrojnego; tę, której obywatelstwa nie posiada⁸.

Jeśli chodzi o wymóg nieposiadania obywatelstwa strony, we władzy której ofiary się znajdowały, to Trybunał stwierdził, że Republika Serbska i jej siły zbrojne były – przynajmniej od dnia 19 maja 1992 r. (dnia wycofania się wojsk Federalnej Republiki Jugosławii) – oddziałami odrębnymi od Federalnej Republiki Jugosławii (Serbii i Czarnogóry) i jej sił zbrojnych. Jednak stosownie do prawa zwyczajowego, również działania osób, grup lub organizacji mogą być przypisane państwu, pod warunkiem, że działają one jako *de facto* organy tego państwa⁹. Nie jest to jedyny możliwy przypadek przypisania działań państwu. Należy

⁶ *Ibidem*, § 577.

⁷ *Ibidem*, § 578.

⁸ *Ibidem*, § 579.

⁹ *Ibidem*, § 584.

w tym miejscu przypomnieć regułę atrybucji zawartą w art. 5 projektu KPM Konwencji o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne, zgodnie z którym państwo odpowiada za działania osób i instytucji, które mimo że nie są organami państwa, to jednak wykonują elementy władzy państwowej pod warunkiem, że działają w wykonaniu tej kompetencji w momencie dokonania aktu niedozwolonego oraz z art. 8, stosownie do którego państwo jest także odpowiedzialne za działania osób lub grup osób kierowanych lub kontrolowanych przez to państwo. W opinii Trybunału jugosłowiańskiego, po dniu 19 maja 1992 r. siły zbrojne Republiki Serbskiej nie mogły być jednak uważane za *de facto* organy Federalnej Republiki Jugosławii, ponieważ wojska tej ostatniej wycofały się z Bośni i Hercegowiny, a tym samym ich kontrola ustała. Izba Orzekająca uznała, że ofiary zarzucanych oskarżonemu zbrodni (tj. bośniaccy Muzułmanie) posiadały obywatelstwo strony konfliktu, w której władzy się znajdowały (tj. bośniackich Serbów). Dlatego też, każda z ofiar korzystała tylko z ochrony wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 mającego zastosowanie do wszystkich rodzajów konfliktów zbrojnych, a nie ochrony przepisów zabraniających popełniania ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z art. 2 Statutu¹⁰. Konsekwencją tego wniosku jest stwierdzenie, że skoro art. 2 Statutu stosuje się tylko do czynów popełnionych przeciwko osobom chronionym w znaczeniu Konwencji genewskiej i skoro żadna z ofiar-osób cywilnych nie była we władzy strony konfliktu, której obywatelstwa nie miała, oskarżony musi zostać uznany niewinnym zarzutów, które opierają się na tym artykule¹¹.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zagadnienie przypisania działań państwu było poruszane przez MTS w orzeczeniu w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* z 1986 r. Podczas gdy sprawa *Nikaragui* dotyczyła odpowiedzialności państwa za naruszenie *inter alia* międzynarodowego prawa humanitarnego, to sprawa *Tadicia* ma inny wymiar – dotyczy odpowiedzialności jednostki za naruszenie prawa humanitarnego. W sprawie *Nikaragui* MTS stwierdził, że udział USA, nawet jeśli dominujący bądź decydujący w finansowaniu, organizowaniu, szkoleniu, materialnym wspieraniu i wyposażaniu *contras*, wybór ich militarnych bądź paramilitarnych celów oraz planowanie całości ich operacji jest nadal sam w sobie niewystarczający do uznania działań *contras* za przypisywalne USA; tym samym, USA nie ponoszą odpowiedzialności za działania *contras*. Wszystkie formy, jakie przybrało amerykańskie uczestnictwo w działaniach w Nikaragui bez dalszych dowodów nie oznaczają, że USA kierowały lub popełniały czyny naruszające prawa człowieka bądź międzynarodowe prawo

¹⁰ *Ibidem*, § 607.

¹¹ *Ibidem*, § 608.

humanitarne. Aby można było te działania przypisać USA, a tym samym pociągnąć je do odpowiedzialności, należałoby udowodnić, że USA sprawowały „efektywną kontrolę” (*effective control*) nad militarnymi i paramilitarnymi działaniami, w czasie których doszło do naruszenia prawa¹². Jednakże, fakty sprawy w przypadku Nikaragui były różne od tych w omawianej sprawie *Tadicia*¹³.

Sędzia G. McDonald w swojej opinii odrębnej do orzeczenia w sprawie *Tadicia* nie zgodziła się z wnioskiem MTKJ o niemożności zastosowania art. 2 Statutu MTKJ. W jej opinii konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy, a Izba Orzekająca MTKJ błędnie zastosowała test efektywnej kontroli z orzeczenia MTS w sprawie *Nikaragui*, który wymaga zastosowania wspomnianego testu tylko w przypadku, gdy nie jest możliwe spełnienie tzw. warunku związku funkcjonariusza państwowego z państwem (*agency relationship*), który powoduje, że państwo ponosi odpowiedzialność za zachowanie takiego funkcjonariusza. W sprawie *Tadicia* – zdaniem sędzi McDonald – warunek związku funkcjonariusza państwowego z państwem został spełniony, gdyż siły serbskie działały na rzecz Federalnej Republiki Jugosławii¹⁴. Izba Orzekająca nie powinna była w ogóle stosować testu z orzeczenia MTS, przede wszystkim z powodu zupełnie różnego stanu faktycznego (odpowiedzialność państwa a określenie charakteru konfliktu zbrojnego).

Najważniejsze zarzuty odnośnie do wyroku Izby Orzekającej w sprawie *Tadicia* wysunęła Prokuratura. Jako pierwszy zarzut Prokuratura podniosła, że ustalenie przez Izbę Orzekającą, że ofiary nie były „osobami chronionymi” stosownie do art. 2 Statutu MTKJ było błędne. Zdaniem Prokuratury, kryteria z art. 2 zostały spełnione, a w konsekwencji Izba Orzekająca wydała błędne orzeczenie, opierając się tylko na teście efektywnej kontroli znanym z orzeczenia MTS w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* w celu ustalenia zastosowalności przepisów Konwencji genewskich dotyczących ciężkich naruszeń. W opinii Prokuratury, Izba Orzekająca powinna była zastosować przepisy Konwencji genewskich i istotne zasady międzynarodowego prawa humanitarnego w oparciu o test „widocznego powiązania” (*demonstrable link*), a nie efektywnej kontroli¹⁵. Test „widocznego powiązania” wydaje się mniej rygorystyczny niż efektywnej kontroli i wymaga wykazania istnienia faktycznego związku między sprawcą a stroną konfliktu zbrojnego. Nie jest konieczna np. wyraźna auto-

¹² Orzeczenie MTS w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* (Nikaragua przeciwko USA) 1986, § 115.

¹³ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Orzekająca 1997, § 585-587.

¹⁴ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Orzekająca 1997, opinia odrębna A. McDonald (*The Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) effectively controlled VRS*).

¹⁵ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Apelacyjna 1999, § 68-69.

ryzacja dla sił nieregularnych, w skład których wchodzi sprawca od strony w konflikcie¹⁶, choć byłby to najbardziej oczywisty dowód takiego powiązania. Jednak sytuacje tego typu bardzo rzadko zdarzają się w praktyce. O powiązaniu faktycznym świadczyć może materialna i/ lub militarna pomoc od strony w konflikcie. Stanowi to swoistą autoryzację dorozumianą (*implicite*).

Izba Apelacyjna MTKJ stwierdziła w wyroku z dnia 15 lipca 1999 r., że dla zastosowania art. 2 Statutu konieczne jest spełnienie następujących warunków: musiał istnieć międzynarodowy konflikt zbrojny a osoby, przeciwko którym zostały popełnione ciężkie naruszenia, były osobami chronionymi¹⁷. Nie ulega wątpliwości, że konflikt zbrojny ma międzynarodowy charakter, jeśli zachodzi między dwoma lub więcej państwami. Konflikt wewnętrzny trwający na terytorium jednego państwa może się przekształcić w konflikt zbrojny międzynarodowy, jeśli inne państwo podejmie zbrojną interwencję w tym konflikcie lub jeśli uczestnicy wewnętrznego konfliktu zbrojnego działają w imieniu tego innego państwa¹⁸. Izba Apelacyjna potwierdziła ustalenia Izby Orzekającej w zakresie charakteru konfliktu zbrojnego przed dniem 19 maja 1992 r., a więc potwierdziła jego międzynarodowy charakter. Niejasne było natomiast, czy po tej dacie konflikt nadal miał charakter międzynarodowy, czy stał się niemiędzynarodowy. Kwestia ta dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy siły bośniackich Serbów, w rękach których znajdowały się ofiary, bośniaccy Muzułmanie, działały *de iure* lub *de facto* jako organy obcego państwa, Federalnej Republiki Jugosławii doprowadzając w ten sposób do trwania konfliktu zbrojnego, który nadal miał charakter międzynarodowy (ze względu na udział obcego państwa)¹⁹.

Izba Apelacyjna musiała określić kryteria prawne dla ustalenia, że w konflikcie zbrojnym o charakterze niemiędzynarodowym siły zbrojne mogą być uważane za działające w imieniu obcego państwa, a tym samym kryteria zmieniające charakter konfliktu zbrojnego w międzynarodowy. Innymi słowy, Trybunał musiał określić warunki, zgodnie z którymi takie siły można zrównać z organami państwa innego niż to, na terytorium którego siły te się znajdują i prowadzą działania²⁰. Punktem wyjścia dla tych ustaleń były warunki kombatanckie (kryteria legalnego kombatanta) z III Konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 1949 r. Zgodnie z III Konwencją genewską, milicje lub grupy paramilitarne mogą być uznane za kombatantów (po ujęciu jeńców wojennych), jeśli stanowią część sił zbrojnych strony w konflikcie (art. 4A(1)) lub należą do strony

¹⁶ Tak: *Komentarz MKCK do III Konwencji genewskiej*, s. 57.

¹⁷ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi, Izba Apelacyjna 1999*, § 86.

¹⁸ *Ibidem*, § 84.

¹⁹ *Ibidem*, § 87.

²⁰ *Ibidem*, § 91.

w konflikcie i spełniają cztery wyraźnie wymienione warunki (art. 4A(2)). Warunki te obejmują: osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy; jawne noszenie broni oraz przestrzeganie w swych działaniach praw i zwyczajów wojny²¹. Jednym z następstw przepisu art. 4 III Konwencji genewskiej jest fakt, że jeśli w konflikcie zbrojnym siły paramilitarne należą do państwa innego niż to, przeciwko któremu walczą, to konflikt ma charakter międzynarodowy i znajduje zastosowanie reżim „ciężkich naruszeń” Konwencji genewskich²².

Izba Apelacyjna w sprawie *Tadicia* zauważyła, że aby siły nieregularne kwalifikowały się jako kombatancki, prawo międzynarodowe wymaga sprawowania kontroli nad nimi przez stronę międzynarodowego konfliktu zbrojnego oraz zależności i podporządkowania tych sił w stosunku do tej strony konfliktu. Te elementy składałyby się na kryterium przynależności do strony w konflikcie²³. Ten wniosek wpisuje się w logikę międzynarodowego prawa humanitarnego, które – jak słusznie stwierdziła Izba Apelacyjna – nie opiera się na formalistycznych postulatach, lecz jest raczej realistycznym zbiorem praw opartym na zasadzie efektywności. Prawo humanitarne nakłada odpowiedzialność nie tylko na osoby formalnie (oficjalnie) dzierżące władzę, lecz także na takie, które dzierżą ją *de facto* lub sprawują kontrolę nad sprawcami poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego. Stąd też, w sprawach takich jak *sprawa Tadicia*, aby powstała odpowiedzialność międzynarodowa osoby fizycznej potrzebny jest pewien stopień kontroli strony w konflikcie nad sprawcami²⁴. Międzynarodowe prawo humanitarne nie zawiera żadnych specyficznych kryteriów ustalenia, kiedy grupa osób może być uważana za znajdującą się pod kontrolą państwa. Należy się więc odwołać do prawa międzynarodowego w ogólności²⁵. Można wskazać w tym miejscu przede wszystkim orzeczenie MTS w *sprawie militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui*.

W orzeczeniu tym został przyjęty wysoki stopień kontroli. W tej sprawie MTS opowiedział się za regułą, że generalna sytuacja zależności i wspierania nie stanowi wystarczającego warunku przypisania zachowania państwu. Podnosi się często, że sprawa przed MTS dotyczyła odpowiedzialności międzynarodowej państwa, a nie – jak w *sprawie Tadicia* – indywidualnej odpowiedzialności karnej²⁶. Jednak zdaniem Izby Apelacyjnej, nie chodzi w tym przypadku

²¹ *Ibidem*, § 92.

²² *Ibidem*, § 92.

²³ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 94.

²⁴ *Ibidem*, § 96.

²⁵ *Ibidem*, § 98.

²⁶ *Ibidem*, §100-101.

o rozróżnienie dwóch rodzajów odpowiedzialności. W sprawie *Tadicia* istotna jest wstępna kwestia warunków, których spełnienie jest konieczne dla uznania w prawie międzynarodowym jednostki za organ *de facto* państwa. W niektórych przypadkach w zależności od kontekstu sprawy (badanie odpowiedzialności międzynarodowej państwa lub osoby fizycznej) spełnienie tych warunków, czyli przypisanie państwu działań jednostek będących jego organami *de facto* (działań obejmujących naruszenie prawa międzynarodowego) spowoduje międzynarodową odpowiedzialność państwa, a w innych nada konfliktowi zbrojnemu międzynarodowy charakter²⁷.

Prawo międzynarodowe czyni państwo odpowiedzialnym za czyny naruszające to prawo popełnione po pierwsze, przez osoby fizyczne mające status organów tego państwa (nawet jeśli organ działa *ultra vires*); po drugie, przez jednostki, które tworzą zorganizowane grupy znajdujące się pod kontrolą tego państwa. Takie jest stanowisko prawa międzynarodowego bez względu na to, czy państwo wydało konkretne instrukcje takim jednostkom²⁸. Można dodać, że poza wskazaną przez Izbę Apelacyjną kwestią kryteriów umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego, różny stan faktyczny w sprawach *Tadicia* i *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* wyrażał się również we wspomnianych dwóch rodzajach odpowiedzialności – międzynarodowej państwa i karnej osoby fizycznej.

Izba Apelacyjna MTKJ stwierdziła, że normy prawa międzynarodowego nie zawsze wymagają tego samego stopnia kontroli ze strony państwa nad uzbrojonymi grupami lub osobami prywatnymi w celu określenia, czy osoba nie będąca funkcjonariuszem państwowym może być uważana za organ *de facto* tego państwa. Konieczny zakres kontroli państwa jest zróżnicowany. Dla ustalenia, czy pojedyncza osoba prywatna lub niezorganizowana militarnie grupa działała jako organ *de facto* państwa przy podejmowaniu danego czynu, konieczne jest stwierdzenie, że konkretne instrukcje skierowane do tej osoby lub grupy, a dotyczące popełnienia danego czynu, zostały wydane. Alternatywnie należy wykazać, że bezprawny czyn został publicznie uznany lub zaakceptowany *ex post facto* przez państwo. Natomiast kontrola państwa nad podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi może mieć ogólny charakter, lecz musi oznaczać coś więcej niż zwykłe dostarczanie pomocy finansowej, wyposażenia wojskowego lub szkolenia. Wymóg ten nie obejmuje jednak wydawania konkretnych rozkazów przez to państwo lub kierowania przez nie każdą poszczególną operacją. Prawo międzynarodowe nie zawiera wymogu, aby władze państwowe planowały wszystkie operacje oddziałów im podległych, wybierały cele wojskowe lub też

²⁷ *Ibidem*, §104.

²⁸ *Ibidem*, §123.

wydawały instrukcje dotyczące prowadzenia operacji wojskowych i popełniania zarzucanych naruszeń prawa humanitarnego. Kontrola wymagana przez prawo międzynarodowe może być wystarczająca, kiedy państwo (lub w przypadku konfliktu zbrojnego – strona konfliktu) odgrywa rolę w organizowaniu, koordynowaniu lub planowaniu działań zbrojnych²⁹. Należy także zauważyć, że zgodnie z art. 11 projektu KPM Konwencji o zasadach odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne, odpowiedzialność państwa powstaje również, gdy państwo to uznaje dane działanie za swoje. Nawet, jeśli działań tych pierwotnie nie można przypisać państwu to poprzez fakt uznania ich za swoje państwo ponosi za nie odpowiedzialność. Dotyczy to bardzo często działań osób prywatnych³⁰.

W konkluzji orzeczenia w *sprawie Tadicia*, Izba Apelacyjna MTKJ uznała, że stopień kontroli nad zorganizowanymi podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi wymagany przez prawo międzynarodowe (w tym przypadku kontroli Federalnej Republiki Jugosławii nad siłami zbrojnymi bośniackich Serbów) dla uznania konfliktu zbrojnego za międzynarodowy można określić jako „ogólną kontrolę” (*overall control*). Taka „ogólna kontrola” obejmuje coś więcej niż tylko finansowanie i wyposażanie takich sił. Konieczny jest również udział państwa w planowaniu i nadzorowaniu operacji wojskowych. Natomiast prawo międzynarodowe nie wymaga, aby taka kontrola obejmowała wydawanie konkretnych rozkazów lub instrukcji dotyczących operacji wojskowych, bez względu na to, czy takie operacje naruszałyby międzynarodowe prawo humanitarne. Podkreślam, że instrukcje takie są wymagane w odniesieniu do działań pojedynczych osób lub niezorganizowanych grup.

W *sprawie Tadicia* test ogólnej kontroli został spełniony. W okresie czasu istotnym dla tej sprawy tj. 1992 r. siły zbrojne Republiki Serbskiej należy uznać za działające pod ogólną kontrolą i w imieniu Federalnej Republiki Jugosławii. Dlatego też, po dacie 19 maja 1992 r. konflikt zbrojny w Bośni i Hercegowinie pomiędzy bośniackimi Serbami walczącymi w imieniu Federalnej Republiki Jugosławii a władzami centralnymi Bośni i Hercegowiny musi zostać uznany za międzynarodowy³¹. Armia jugosłowiańska nie tylko zapewniała wsparcie finansowe, logistyczne i inne, lecz także brała udział w kierowaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu działań i operacji Armii Republiki Serbskiej³².

²⁹ *Ibidem*, § 137.

³⁰ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 121.

³¹ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 145, 147 i 162.

³² *Ibidem*, § 156.

2.2. Stanowisko wybranych przedstawicieli doktryny

W poglądach przedstawicieli doktryny można zauważyć krytykę przyjęcia testu ogólnej kontroli. Według części tych przedstawicieli (m. in. E. la Haye, K. Felde, G. K. McDonald, A. Tieger, M. Wladimiroff) Izba Apelacyjna MTKJ mogła określić konflikt w Bośni i Hercegowinie jako międzynarodowy, biorąc pod uwagę orzeczenie MTS w *sprawie militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* oraz obszerny materiał dowodowy bez wdawania się w zbędne weryfikowanie orzeczenia MTS, które to orzeczenie nie miało żadnego bądź małe znaczenie dla *sprawy Tadicia*, głównie z powodu odmiennego stanu faktycznego. W ten sposób MTKJ mógł uniknąć szkodliwego i niepotrzebnego podważania wniosków z orzeczenia głównego organu sądowniczego społeczności międzynarodowej, czyli MTS³³. Wspomniany obszerny materiał dowodowy pozwalał dojść do następujących wniosków: zmiana nazwy sił zbrojnych z Jugosławiańskiej Armii Ludowej na Armia Republiki Serbskiej nie zmieniła rzeczywistej sytuacji, zgodnie z którą nadal duża liczba serbskich sił zbrojnych pozostała w Bośni i Hercegowinie; wyraźne było udzielanie wsparcia finansowego, logistycznego i innego przez Federalną Republikę Jugosławii, jak również obowiązywały identyczne rangi i struktura w armii Federalnej Republiki Jugosławii i Armii Republiki Serbskiej; Federalna Republika Jugosławii kierowała i nadzorowała operacje Armii Republiki Serbskiej, w rezultacie operacje te odzwierciedlały strategię i taktykę przyjętą przez Federalną Republikę Jugosławii³⁴.

M. P. Scharf wskazuje na zasadnicze różnice między *sprawą militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* a *sprawą Tadicia*. Członkowie *contras* nie byli obywatelami amerykańskimi ani członkami sił zbrojnych armii amerykańskiej; USA nie stworzyły *contras*, nawet jeśli ich liczba wzrosła pod wpływem amerykańskiej pomocy; nie było prób aneksji Nikaragui przez USA. Prze-

³³ A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II. The International Criminal Tribunal Rwanda 1994-1999*, Antwerpia – Oxford – Nowy Jork 2001, s. 874. Zob. nadto: E. la Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge 2008, s. 321. Zob. także: K. Felde, G. K. McDonald, A. Tieger, M. Wladimiroff, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, „The American University International Law Review” nr 13 (1997-1998), s. 1441-1468; M. Scharf, V. Epps, *The International Trial of the Century? A “Cross-Fire” Exchange on the First Case Before the Yugoslavia War Crimes Tribunal*, „The Cornell International Law Journal” nr 29 (1996), s. 635-664; M. R. von Sternberg, *Yugoslavian War Crimes and the Search for a New Humanitarian Order: The Case of Dusko Tadic*, „The St. John’s Journal of Legal Commentary” nr 12 (1996-1997), s. 351-384; A. Tieger, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, „The American University International Law Review” nr 13 (1997-1998).

³⁴ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 151 i 155.

ciwnie, siły bośniackich Serbów zostały powołane do życia przez Federalną Republikę Jugosławii i były dowodzone przez byłych członków Jugosłowiańskiej Armii Narodowej; ci ostatni nadal otrzymywali wynagrodzenie z Belgradu. Ponadto, siły bośniackich Serbów realizowały cel Federalnej Republiki Jugosławii stosując taktykę i strategię przyjętą przez armię jugosłowiańską przed datą 19 maja 1992 r. Celem tym było przyłączenie części Bośni do Federalnej Republiki Jugosławii³⁵.

T. Meron stwierdza, że orzeczenia w *sprawie Tadicia* i *Nikaragui* są tak różne i dotyczą tak różnych stanów faktycznych, że MTKJ nie powinien być w ogóle stosować standardu efektywnej kontroli z orzeczenia MTS. Błędem było samo odwołanie się do tego testu. T. Meron dodaje, że w *sprawie Tadicia* nie chodziło o odpowiedzialność państwa. Zidentyfikowanie obcego państwa interweniującego w konflikcie było konieczne tylko dla określenia międzynarodowego charakteru tego konfliktu. Dlatego też, problem i błąd MTKJ zarazem polegał nie na błędnej interpretacji orzeczenia w *sprawie Nikaragui*, lecz na samym odwołaniu się do niego³⁶. Opinię T. Merona należy uznać za słuszną, przede wszystkim z powodu różnego stanu faktycznego obu spraw. W konsekwencji MTKJ w ogóle nie musiał się odwoływać do orzeczenia MTS, aby dojść do wniosków, do których doszedł. Końcowy wniosek MTKJ jest słuszny, jednakże droga do niego nie do końca poprawna.

W. Czapliński również odniósł się do tego orzeczenia krytycznie. Zaproponował on, że wystarczyłoby uznanie, że upływ czasu między wydarzeniami będącymi przedmiotem oceny przez oba sądy, a także między obydwoma orzeczeniami był wystarczający, by uznać, że prawo międzynarodowe uległo zmianom i że test przyjęty przez sędziów MTS nie odpowiada współczesnemu stanowi prawa międzynarodowego³⁷.

M. Sassoli i L. Olsen z kolei obawiają się, że w rezultacie takiej rozbieżności w orzeczeniach MTS i MTKJ powstaną podwójne standardy prawne, co uznają za niekorzystne. Jednakże należy zaznaczyć, że w gruncie rzeczy obie sprawy dotyczyły innych sytuacji faktycznych, a więc trudno uznawać, że standardy mające zastosowanie powinny być takie same. Ponadto, jak wskazuje M. Boot, sam

³⁵ M. P. Scharf, *Trial and Error: An Assessment of the First Judgment of the Yugoslavia War Crimes Tribunal*, „The New York University Journal of International Law and Politics” nr 30 (1997-1998), s. 198.

³⁶ Podano za: D. B. Tyner, *Internationalization of War Crimes Prosecutions: Correcting the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's Folly in Tadic*, „The Florida Journal of International Law” nr 18 (2006), s. 870 i 872.

³⁷ W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego* [w:] red. J. Kolasa, A. Kozłowski, *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja? Konferencja Katedr Prawa Międzynarodowego, Karpacz, 10-12 maja 2006*, Wrocław 2007, s. 116.

Statut MTS nie uznaje precedensu, a więc nie ma powodu, aby orzeczenia, które nie wiążą samego MTS miały wiązać inne trybunały³⁸. Zgodnie z art. 59 Statutu MTS, orzeczenie Trybunału ma moc obowiązującą tylko między stronami i tylko w odniesieniu do danej sprawy³⁹.

Na tle orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadicia* D. B. Tyner dodaje, że powiązanie państwa z konfliktem zbrojnym nie oznacza jeszcze, że państwo ponosi odpowiedzialność za popełnienie zbrodni, lecz powiązanie to jest wystarczające dla stwierdzenia istnienia międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego. Innymi słowy, swego rodzaju przypisanie konfliktu państwu wystarczy dla uczynienia go międzynarodowym na cele osądzenia zbrodniarzy wojennych winnych czynów popełnionych w ramach międzynarodowego konfliktu zbrojnego, lecz nie oznacza to, że państwo musi ponosić odpowiedzialność za działania jednostek, po to, aby móc ukarać te jednostki za zbrodnie wojenne popełnione w toku międzynarodowego konfliktu zbrojnego⁴⁰. Innymi słowy, autor ten wskazuje na rozróżnienie pomiędzy dwoma zagadnieniami: internacjonalizacja konfliktu zbrojnego i odpowiedzialność państwa za działania jednostek⁴¹. W moim przekonaniu konflikt zbrojny można przypisać państwu stosując test ogólnej kontroli i wtedy ma on charakter międzynarodowy, natomiast dla przypisania działań podejmowanych w jego trakcie (także naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego) przez prywatne osoby czy grupy zbrojne należy zastosować bardziej rygorystyczny test – efektywnej kontroli. Istotne jest to, że państwo ponosi odpowiedzialność również za zaniechanie zapobieżenia określonym działaniom tj. naruszeniom prawa międzynarodowego przez osoby kontrolowane (odpowiedzialność pośrednia). Odpowiedzialność pośrednia może się przekształcić w odpowiedzialność bezpośrednią, jeżeli państwo nie podejmie stosownych kroków, w sytuacji, gdy na jego terytorium bądź pod jego kontrolą dokonano naruszenia prawa międzynarodowego⁴².

2.3. Sprawy Aleksowskiego, Blaskicia oraz Kordicia i Cerkeza

Test ogólnej kontroli został następnie przyjęty przez MTKJ w orzeczeniach w sprawach: *Aleksowskiego*, *Blaskicia* oraz *Kordicia i Cerkeza*. W sprawie

³⁸ A. Cullen, *The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law*, „The University of Miami International & Comparative Law Review” nr 12 (2004), s. 227.

³⁹ Statut MTS [w:] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001, s. 33-47.

⁴⁰ D. B. Tyner, *op. cit.*, s. 875.

⁴¹ *Ibidem*, s. 876.

⁴² J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, s. 135-136. Por. J. Crawford, *op. cit.*, s. 82.

Aleksowskiego Trybunał posłużył się testem ogólnej kontroli dla zakwalifikowania związku między armią Republiki Chorwacji a Chorwacką Radą Obrony (HVO – paramilitarną organizacją założoną przez Chorwacką Wspólnotę Demokratyczną F. Tudjmana)⁴³. W *sprawie Blaskicia* Izba Orzekająca uznała, że test ogólnej kontroli został spełniony, a konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy⁴⁴. Przy ocenie stopnia kontroli koniecznego do przypisania działań bośniackich Chorwatów Republice Chorwacji, Izba Orzekająca doprecyzowała czynniki, które pozwalają na stwierdzenie istnienia ogólnej kontroli; są one bardzo zróżnicowane i mogą zależeć od okoliczności każdego przypadku. Mogą to być takie czynniki, jak np. wypłacanie żołdu żołnierzom, identyczna struktura wojskowa i stopnie wojskowe w odniesieniu do armii państwa kontrolującego i kontrolowanych oddziałów lub jednostek, wspólna dla nich strategia i cele wojskowe, nadzorowanie i wydawanie dyrektyw oddziałom znajdującym się pod kontrolą innego państwa, udzielanie tym ostatnim wsparcia finansowego, logistycznego itp.⁴⁵

W *sprawie Kordicia i Cerkeza* Izba Orzekająca zastosowała test ogólnej kontroli celem oceny, czy konflikt pomiędzy bośniackimi Chorwatami a bośniackimi Muzułmanami został umiędzynarodowiony na skutek działań Chorwacji. Izba uznała, że Chorwacja sprawowała ogólną kontrolę nad Chorwacką Radą Obrony (HVO) poprzez zapewnianie jej wsparcia finansowego, szkolenia, sprzętu wojskowego i wsparcia operacyjnego oraz poprzez udział w organizacji, koordynacji i planowaniu operacji wojskowych HVO. Na tej podstawie konflikt zbrojny między Chorwacką Radą Obrony a armią Bośni i Hercegowiny został umiędzynarodowiony⁴⁶.

Natomiast w orzeczeniu Izby Apelacyjnej MTKJ w *sprawie Kordicia i Cerkeza* z dnia 17 grudnia 2004 r. analizując test ogólnej kontroli Izba po raz pierwszy wskazała w sposób pozytywny, jakie warunki muszą być spełnione, aby test ten również został spełniony. Wcześniej Trybunał przyjął podejście negatywne i wskazywał, jakie kryteria nie muszą być realizowane. W tym orzeczeniu Izba Apelacyjna uznała test ogólnej kontroli za właściwy w przeciwieństwie do testu efektywnej kontroli zastosowanego przez MTS⁴⁷. Elementy konieczne testu ogólnej kontroli to: po pierwsze, dostarczanie przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego oraz po dru-

⁴³ *Prokurator przeciwko Z. Aleksowskiemu*, Izba Apelacyjna 2000, § 134.

⁴⁴ *Prokurator przeciwko T. Blaskiciowi*, Izba Orzekająca 2000, § 122.

⁴⁵ *Ibidem*, § 94, 100-101, 113, 122-123.

⁴⁶ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi i M. Cerkezowi*, Izba Orzekająca 2001, § 145.

⁴⁷ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi*, Izba Apelacyjna 2004, § 300-

gie, udział państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych⁴⁸. Należy zauważyć, że Izba Apelacyjna sprecyzowała treść testu ogólnej kontroli poprzez wskazanie podanych wyżej warunków. Jak stwierdza D. B. Tyner, wcześniej Trybunał określał, co nie jest konieczne dla stwierdzenia istnienia ogólnej kontroli tj. bezpośrednie rozkazy od państwa⁴⁹. Autor ten sugeruje, że ten dwuczłonowy test ogólnej kontroli jest zbyt wymagający, gdyż – w jego opinii – powinno wystarczyć spełnienie jednego z tych dwóch warunków dla umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego⁵⁰. Innymi słowy, dla uznania konfliktu zbrojnego za międzynarodowy wystarczające jest samo dostarczanie przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego albo tylko udział państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych. Nie powinno być konieczne spełnienie tych warunków łącznie jak uznała Izba Apelacyjna w *sprawie Kordicia i Cerkeza*. W moim przekonaniu wniosek Izby Apelacyjnej jest słuszny, gdyż potraktowanie tych warunków oddzielnie pozwałoby na uznanie zbyt dużej liczby sytuacji za międzynarodowe konflikty zbrojne. O ile można stwierdzić, że spełnienie jedynie drugiego elementu – udziału państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych jest wystarczające dla uznania międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego, o tyle należy wyrazić wątpliwość, czy równie wystarczające jest spełnienie tylko pierwszego elementu – dostarczania przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego.

2.4. Sprawa zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze, MTS)

Odnosnie do testu efektywnej i ogólnej kontroli należy przywołać również orzeczenie MTS w *sprawie zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)* z 2007 r., w którym Trybunał miał okazję wypowiedzieć się na temat relacji tych dwóch testów. W celu przypisania ludobójstwa Serbii i stwierdzenia jej odpowiedzialności MTS uznał, że właściwy jest test efektywnej kontroli z orzeczenia w *militarnych*

⁴⁸ *Ibidem*, § 361.

⁴⁹ Zob.: D. B. Tyner, *op .cit.*, s. 862-863.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 877-878. Autor ten podaje w swoim artykule cztery wariacje zastosowania tych dwóch warunków, a mianowicie, kiedy są spełnione oba warunki, kiedy jest spełniony tylko pierwszy warunek, tylko drugi, bądź żaden z nich oraz rozważa bardzo interesujący przykład ingerencji w konflikt dwóch różnych państw, z których jedno realizuje warunek pierwszy, a drugie drugi (bądź odwrotnie). Autor próbuje odpowiedzieć na pytania czy wtedy również ma miejsca umiędzynarodowienie konfliktu zbrojnego oraz proponuje własne w tym zakresie rozwiązanie. Więcej zob.: *ibidem*, s. 880-885.

i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui. MTS dodał, że test ogólnej kontroli ze sprawy *Tadicia* został przez MTKJ przyjęty w innym kontekście – w celu określenia charakteru konfliktu zbrojnego na potrzeby pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności karnej. Uznał przy tym test ogólnej kontroli za jednakowo ważny, lecz zwyczajnie przyjęty na inne potrzeby i w innym kontekście⁵¹. Na podstawie testu efektywnej kontroli MTS stwierdził, że ludobójstwo w Srebrenicy zostało popełnione przez siły, które nie były ani *de iure* ani *de facto* organami Serbii. Siły te nie działały stosownie do instrukcji Serbii ani pod jej kierownictwem czy efektywną kontrolą, dlatego też Trybunał uznał, że Serbia nie popełniła ludobójstwa, lecz jedynie naruszyła obowiązek zapobiegania ludobójstwu i jego karania⁵².

3. Status osób chronionych w wybranych orzeczeniach MTKJ

Dla zastosowania art. 2 Statutu MTKJ nie wystarczy spełnienie pierwszego z dwóch warunków z art. 2 Statutu MTKJ czyli umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego. Dlatego też Trybunał ustalał ponadto status ofiar zbrodni wojennych jako osób chronionych przez Konwencje genewskie z 1949 r.

3.1. Sprawa *Tadicia*

W sprawie *Tadicia* Izba Apelacyjna analizując status ofiar odwołała się do art. 4 (1) IV Konwencji genewskiej, który definiuje „osoby chronione” przez tę Konwencję. IV Konwencja genewska ma na celu ochronę osób cywilnych (na terytorium nieprzyjaciela, na terytorium okupowanym lub w strefie walki), które nie mają obywatelstwa strony wojującej lub które są bezpaństwowcami. Jak zauważyła Izba Apelacyjna, IV Konwencja genewska chroni również osoby cywilne na okupowanym terytorium, które mimo formalnego posiadania obywatelstwa państwa, w którego władzy się znajdują są uchodźcami i stąd nie są zobowiązane do wierności wobec tego państwa-strony⁵³. Izba Apelacyjna podkreśliła więc, że już w 1949 r. prawny węzeł obywatelstwa nie był uważany za decydujący przy określaniu statusu chronionych osób cywilnych. Należy przywołać orzeczenie MTS z 1955 r. w sprawie *Nottebohma (Liechtenstein przeciwko Gwatemali)*, w którym Trybunał określił obywatelstwo jako węzeł prawny, u którego podstaw leży społeczny fakt przywiązania, prawdziwa solidarność bytu, interesów, uczuć połączona z wzajemnością praw i obowiązków⁵⁴.

⁵¹ Orzeczenie MTS w sprawie zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*) 2007, § 396-406.

⁵² *Ibidem*, § 413-415; 425-450. Orzeczenie to analizuje: D. Turns, *op. cit.*, s. 398-427.

⁵³ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 163-164.

⁵⁴ Orzeczenie MTS w sprawie *Nottebohma (Liechtenstein przeciwko Gwatemali)* z 1955 r. dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/>; s. 23.

W art. 4 (2) IV Konwencji genewskiej poza kwestią obywatelstwa wzięto pod uwagę istnienie lub nieistnienie stosunków dyplomatycznych i opieki dyplomatycznej. Obywatele mocarstw neutralnych lub współwojujących nie są traktowani jako „osoby chronione” tak długo, jak długo korzystają z opieki dyplomatycznej państwa swego obywatelstwa⁵⁵.

Izba Apelacyjna w *sprawie Tadicia* uznała, że podejście zawarte w art. 4 IV Konwencji genewskiej opierające się na trwałych, rzeczywistych związkach łączących osobę chronioną z państwem-stroną konfliktu zbrojnego, a nie na formalnych więziach sprowadzających się do posiadania formalnie tylko obywatelstwa państwa-strony konfliktu staje się coraz ważniejsze we współczesnych międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Tradycyjnie wojny były toczone między państwami. Obecnie w rezultacie międzyetnicznych konfliktów zbrojnych jak ten w byłej Jugosławii powstają nowe państwa i to pochodzenie etniczne bardziej niż obywatelstwo decyduje o wierności i posłuszeństwie wobec państwa. Innymi słowy, pochodzenie etniczne może pozwolić określić wierność i posłuszeństwo narodowe. W takich warunkach wymóg obywatelstwa jest jeszcze mniej adekwatny dla określenia statusu „osób chronionych”⁵⁶. Izba Apelacyjna słusznie stanęła na stanowisku, że węzeł obywatelstwa nie może być dłużej uważany za decydujące kryterium dla określenia statusu osób chronionych przez IV Konwencję genewską. Biorąc pod uwagę wskazaną wyżej definicję obywatelstwa z orzeczenia MTS w *sprawie Nottebohma* wnioszek taki należy uznać za słuszny. Obywatelstwo nie powinno być traktowane jedynie w kategoriach formalnych, lecz jako rzeczywisty węzeł łączący osobę fizyczną z państwem. W konsekwencji w sytuacjach takich jak konflikt w byłej Jugosławii to właśnie wspomniane pochodzenie etniczne w większym stopniu określa przynależność do danego państwa, okazywane mu wierność i posłuszeństwo.

W *sprawie Tadicia* sprawcy – bośniaccy Serbowie mieli to samo obywatelstwo co ofiary – bośniaccy Muzułmanie, tzn. byli obywatelami Bośni i Hercegowiny. Jednak wykazano, że siły bośniackich Serbów działały jako organy *de facto* innego państwa, Federalnej Republiki Jugosławii. Dlatego też warunek z art. 4 IV Konwencji genewskiej został spełniony: ofiary były „osobami chronionymi”, gdyż znajdowały się we władzy sił zbrojnych państwa, którego nie byli obywatelami. W konsekwencji tych ustaleń Izba Apelacyjna uznała, że Izba Orzekająca popełniła błąd stwierdzając, że art. 2 Statutu MTKJ nie miał zastosowania (wobec niespełnienia warunków w nim zawartych – brak międzynarodowego konfliktu zbrojnego, co pociąga za sobą niemożność zastosowania koncepcji osób chronionych)

⁵⁵ *Prokurator przeciwko D. Tadićowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 165.

⁵⁶ *Prokurator przeciwko D. Tadićowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 166.

i uznając oskarżonego niewinnym ciężkich naruszeń IV Konwencji genewskiej⁵⁷.

Jak słusznie wskazuje T. Meron po lekturze tego orzeczenia, w interpretowaniu prawa celem powinno być unikanie paraliżowania procesu prawnego stosowania tego prawa tak dalece jak to możliwe, a w przypadku konwencji prawa humanitarnego umożliwienie im osiągnięcia ich ochronnych celów⁵⁸. W rezultacie przywiązywania znaczenia do rzeczywistej przynależności czy też podlegania państwu, a nie formalnego węzła obywatelstwa, w przypadku kiedy strona wojująca ujmuje swoich obywateli, którzy podlegają innej stronie konfliktu, osoby takie mają status osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁵⁹. Z poglądem tym należy się zgodzić, podobnie jak z samym orzeczeniem Izby Apelacyjnej MTKJ w sprawie *Tadicia*.

3.2. Sprawa Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo

W sprawie *Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* Izba Orzekająca próbując ustalić status ofiar rozważała czy kwalifikowały się one albo jako osoby cywilne chronione przez IV Konwencję genewską albo jeńcy wojenni chronieni przez III Konwencję genewską. Dla tej kwalifikacji istotne było określenie charakteru konfliktu zbrojnego. Było to istotne nie tylko ze względu na status ofiar, ale również dlatego, że, jak stanowi art. 6 IV Konwencji ma ona zastosowanie od początku każdego międzynarodowego konfliktu zbrojnego aż do chwili ogólnego zakończenia działań wojennych. Podobnie, III Konwencja w art. 5 przewiduje, że ma ona zastosowanie do jeńców wojennych od chwili, gdy dostają się we władzę nieprzyjaciela aż do ich ostatecznego uwolnienia i repatriacji, co może nastąpić nawet po zakończeniu konfliktu zbrojnego⁶⁰.

Po zbadaniu stanu faktycznego i mającego zastosowanie prawa, Izba Orzekająca stwierdziła, że w momencie uznania Bośni i Hercegowiny za niepodległe państwo tj. w dniu 6 kwietnia 1992 r. toczył się w niej międzynarodowy konflikt zbrojny⁶¹.

⁵⁷ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 167 i 170.

⁵⁸ T. Meron, *War Crimes Law Comes of Age. Essays*, Oxford 1998, s. 291.

⁵⁹ J. Dingwall, *Unlawful Confinement As a War Crime: The Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts*, „The Journal of Conflict and Security Law” nr 2 (2004), s. 141. Zagadnienie postępowej definicji osób chronionych porusza: S. Reeves, *The Expansive Definition of “Protected Persons” in War Crime Jurisprudence*, „The Army Lawyer” nr 5 (2009), s. 23-27.

⁶⁰ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo*, Izba Orzekająca 1998, § 210.

⁶¹ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo*, Izba Orzekająca 1998, § 214-215, 234.

W kwestii wymogu nieposiadania obywatelstwa strony konfliktu, we władzy której osoba chroniona się znajdowała Izba Orzekająca wyprzedziła uwagi Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia* (jako że chronologicznie orzeczenie Izby Orzekającej było pierwsze). Jak stwierdziła Izba Orzekająca w *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo*, tradycyjna teoria prawa międzynarodowego uznawała za jedyny podmiot tegoż prawa państwa. Stąd osoby fizyczne były przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego tylko jako część państwa, z którym były związane węzłem obywatelstwa. W konsekwencji to do państwa, a nie prawa międzynarodowego należało decydowanie, kogo uznać za swego obywatela. Jednak prawo międzynarodowe odgrywa pewną rolę w tym zakresie i nakłada na państwa ograniczenia dotyczące ich dyskrecjonalnej kompetencji nadawania swego obywatelstwa. Nie można więc twierdzić, że państwo, w tym państwo-strona konfliktu zbrojnego ma w tym przedmiocie pełną swobodę. Odnośnie do IV Konwencji genewskiej zawiera ona negatywne sformułowanie, zgodnie z którym osoby mające obywatelstwo państwa, w którego władzy się znajdują, nie podlegają jej ochronie⁶².

W *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* przywołano, że konstytucja Socjalistycznej Federalnej Republiki Jugosławii (SFRJ) z 1974 r. stanowiła, że obywatel każdej z części składowych Republiki miał równocześnie obywatelstwo Republiki. Tak więc wszyscy obywatele Bośni i Hercegowiny byli również obywatelami SFRJ i pozostawali nimi aż do rozpadu tego państwa⁶³. Izba Orzekająca stanęła na stanowisku bardziej elastycznej i postępowej interpretacji art. 4 IV Konwencji genewskiej. Stwierdziła ona, że przepisy prawa krajowego dotyczące obywatelstwa nie mogą być uznawane za decydujące dla określenia statusu osób chronionych schwytanych w warunkach mających miejsce w sytuacji gwałtownej sukcesji państw (zachodzącej w warunkach konfliktu lub konfliktów zbrojnych). Izba Orzekająca podkreśliła, że celem Konwencji genewskich jest przede wszystkim ochrona jednostek, a nie interesów państwa, dlatego też ochrona ta powinna obejmować jak najszerszą kategorię osób. Byłoby sprzeczne z duchem Konwencji i negowało jej zastosowanie opieranie się tylko i wyłącznie na obywatelstwie danej osoby i pozbawienie jej – na tej podstawie – statusu osoby chronionej przez IV Konwencję genewską⁶⁴. Wniosek ten został następnie potwierdzony w orzeczeniu Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia* (wyżej omówionym).

W *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* było jasnym, że ofiary zostały aresztowane i więzione głównie ze względu na ich serbską tożsamość (byli bośniackimi Serbami). Jako nie biorące aktywnego udziału w działaniach

⁶² *Ibidem*, § 247 i 250.

⁶³ *Ibidem*, § 252.

⁶⁴ *Ibidem*, § 263.

zbrojnych ofiary nie były chronione przez żadną inną Konwencję genewską, stąd też musieli podlegać ochronie IV Konwencji jako „osoby chronione” (cywilne). Według *Komentarza MKCK do artykułu 4 IV Konwencji genewskiej* „definicja osób chronionych [...] jest bardzo szeroka, na tyle, że obejmuje członków sił zbrojnych – sprawnych, rannych, chorych czy też rozbitek – którzy znaleźli się w rękach nieprzyjaciela. Traktowanie należne takim osobom zawarte jest w specjalnych Konwencjach, do których przepis odsyła. Muszą być one traktowane w sposób wskazany w tekstach, które ich dotyczą. Lecz jeśli, z jakiegokolwiek powodu, status jeńca wojennego – na przykład – nie został przyznany, osoby te stają się osobami ochronionymi w rozumieniu niniejszej Konwencji”⁶⁵. Ponadto jak zauważył – cytowany przez Izbę Orzekającą – T. Meron, „(...) interpretując prawo, powinno być naszym celem unikanie paraliżowania procesu prawnego jego stosowania, tak dalece jak to możliwe oraz – w przypadku konwencji prawa humanitarnego – umożliwienie im spełnienia ich ochronnych celów (...)”⁶⁶. Warto to sformułowanie podkreślić ponownie.

Analizując status jeńca wojennego, Izba Orzekająca stwierdziła, że art. 4 III Konwencji stawia dość rygorystyczne warunki (wskazywane wyżej), których spełnienie jest konieczne dla uzyskania tego statusu. Doszła do wniosku, że w omawianym przypadku warunki te nie zostały spełnione i ofiary nie były jeńcami wojennymi, jako iż pomimo tego, że można uznać, że uczestniczyli w działaniach zbrojnych oraz część z nich jawnie nosiła broń, to już pozostałe warunki nie zostały spełnione. Nie zostały także spełnione warunki dla uznania ofiar za *levée en masse* tj. „ludność terytorium nie okupowanego, która przy zbliżaniu się nieprzyjaciela chwytła spontanicznie za broń, aby stawić opór inwazji, a nie miała czasu zorganizować się w regularne siły zbrojne, jeżeli jawnie nosi broń i przestrzega praw i zwyczajów wojennych”⁶⁷. W kontekście statusu ofiar w orzeczeniu tym padło stwierdzenie o fundamentalnym znaczeniu, zgodnie z którym „(...) nie ma luki między Trzecią i Czwartą Konwencją Genewską. Jeżeli osoba nie jest uprawniona do ochrony Trzeciej Konwencji jako jeńiec wojenny (lub Pierwszej lub Drugiej Konwencji) on lub ona z konieczności wchodzi w zasięg Konwencji IV, pod warunkiem, że warunki z jej art. 4 zostały spełnione (...)”. Podobną uwagę można znaleźć w *Komentarzu MKCK do art. 4 IV Konwencji genewskiej*⁶⁸. Izba Orzekająca uznała więc, że zatrzymani znajdujący się w obozie Celebici byli oso-

⁶⁵ *Komentarz do IV Konwencji genewskiej*, s. 50.

⁶⁶ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca* 1998, § 265-266.

⁶⁷ *Ibidem*, § 269. Art. 4 A (6) III Konwencji genewskiej.

⁶⁸ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca* 1998, § 267 i 271.

bami chronionymi w znaczeniu IV Konwencji genewskiej i na tej Konwencji opierał się Trybunał badając zarzuty „ciężkich naruszeń”⁶⁹.

W ramach apelacji w *sprawie Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo* oskarżeni podnosili, że Izba Orzekająca popełniła błąd w ocenie charakteru konfliktu zbrojnego w Bośni i Hercegowinie jako międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Drugi zarzut dotyczył określenia statusu bośniackich Serbów przetrzymywanych w obozie Celebici jako osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁷⁰. Dnia 20 lutego 2001 r. Izba Apelacyjna wydała orzeczenie, w którym potwierdziła i rozwinęła wnioski Izby Orzekającej.

Według obrony, konflikt zbrojny miał charakter niemiedzynarodowy⁷¹. Izba Apelacyjna przyjęła w *sprawie Prokurator przeciwko Tadicowi*, że dla określenia charakteru konfliktu zbrojnego jako międzynarodowego konieczna była odpowiedź na pytanie czy siły bośniackich Serbów działały jako *de iure* lub *de facto* organy innego państwa, w tym przypadku Federalnej Republiki Jugosławii. Izba przywołała ustalenia Izby Apelacyjnej z orzeczenia w *sprawie Tadicia* w zakresie testu ogólnej kontroli. Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* zauważyła, że nie ma wątpliwości, że istnieją wystarczające dowody dla uznania, że przed 19 maja 1992 r. konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy⁷². Podobnie po tej dacie konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy, gdyż mimo wycofania wojsk Federalnej Republiki Jugosławii, nadal kontrolowała ona siły bośniackich Serbów⁷³. Tym samym, Izba Apelacyjna potwierdziła ustalenia Izby Orzekającej.

Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* uznając, że pochodzenie etniczne może odgrywać pewną rolę w określaniu obywatelstwa ofiary na potrzeby zastosowania IV Konwencji genewskiej po raz kolejny odwołała się do orzeczenia w *sprawie Tadicia* i stwierdziła, że Izba Apelacyjna w tej ostatniej sprawie uznała wymóg obywatelstwa za nieadekwatny dla określenia statusu „osób chronionych” w warunkach współczesnych konfliktów zbrojnych, w których pochodzenie etniczne odgrywa ogromną rolę⁷⁴. Izba stwierdziła, że pozbawienie ofiar ochrony IV Konwencji genewskiej w oparciu o prawo krajowe, zgodnie z którego przepisami ofiary miały to samo obywatelstwo co osoby,

⁶⁹ *Ibidem*, § 273-274. Orzeczenie to komentuje: D. A. Mundis, *Introductory Note to ICTY: Prosecutor v. Delalić (Čelebići Case)*, „The International Legal Materials” nr 40 (2001), s. 626-628.

⁷⁰ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna 2001*, § 5.

⁷¹ *Ibidem*, § 6.

⁷² *Ibidem*, § 33.

⁷³ *Ibidem*, § 50.

⁷⁴ *Ibidem*, § 71.

które ich ujęły, jest niezgodne z celem i przedmiotem Konwencji. Cel Konwencji genewskich byłby łatwy do obalenia, gdyby zbyt duży nacisk położono na formalne więzy obywatelstwa⁷⁵. Takie podejście pozwalałoby na obchodzenie przepisów IV Konwencji genewskiej poprzez uznawanie osób będących pod kontrolą danego państwa za jego obywateli i wyłączenie zastosowania tej Konwencji. W *sprawie Tadicia* Izba Apelacyjna opierając się na podejściu teleologicznym przywiązującym wagę do celu Konwencji genewskich, a więc zapewnienia humanitarnego traktowania ofiar wojny stwierdziła, że formalne obywatelstwo nie może być w tym kontekście uważane za decydujące, natomiast pochodzenie etniczne może bardziej adekwatnie odzwierciedlać rzeczywiste więzi⁷⁶.

Kryterium obywatelstwa z art. 4 IV Konwencji genewskiej z 1949 r. powinno być określane na podstawie rzeczywistych związków, a nie w oparciu o prawną charakterystykę obywatelstwa wyłącznie według prawa krajowego. Innymi słowy, nie wystarczy wykazać, że ofiara posiada formalne obywatelstwo państwa-strony konfliktu, lecz nie korzysta z praw i nie wykonuje obowiązków stanowiących materialną treść tego obywatelstwa. Węzeł taki nie jest skuteczny. Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* doprecyzowała i rozwinęła wcześniejsze uwagi, dodając, że we współczesnych konfliktach etnicznych ofiary mogą zostać zasymilowane z obcym państwem zaangażowanym w konflikt w takim znaczeniu, że można je traktować jako „obywateli” tego obcego państwa, nawet jeśli formalnie mają to samo obywatelstwo, co osoby, które ich schwytały. Takiego zabiegu dokonuje się na potrzeby zastosowania art. 4 IV Konwencji genewskiej⁷⁷. Innymi słowy, dla określenia statusu osób chronionych przez IV Konwencję genewską uznaje się, że ofiary nie miały takiego samego obywatelstwa co państwo zatrzymujące, mimo że zgodnie z prawem krajowym miały obywatelstwo tego państwa. Dlatego też Izba Orzekająca prawidłowo określiła status ofiar jako „osób chronionych” w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁷⁸. W konkluzji Izba Apelacyjna stwierdziła, że art. 2 Statutu MTKJ znajduje zastosowanie, a ofiary – bośniaccy Serbowie zatrzymani w obozie Celebici – muszą być uważane za będące we władzy strony konfliktu-Bosni i Hercegowiny, której nie byli obywatelami⁷⁹. Tym samym, MTKJ potwierdził i rozwinął wywody z orzeczenia w *sprawie Tadicia* w przedmiocie obywatelstwa ofiar jako elementu mającego znaczenie dla określenia ich statusu jako osób chronionych przez IV Konwencję genewską.

⁷⁵ *Ibidem*, § 81.

⁷⁶ *Ibidem*, § 82.

⁷⁷ *Ibidem*, § 83.

⁷⁸ *Ibidem*, § 97.

⁷⁹ *Ibidem*, § 106.

3.3. Sprawa Aleksovskiego

Natomiast w *sprawie Aleksovskiego* Izba Orzekająca stwierdziła, że nie była w stanie osiągnąć zgody co do tego, że ofiary w tej sprawie (Muzułmanie przetrzymywani w więzieniu Kaonik w okresie od stycznia do maja 1993 r.) były „osobami chronionymi” w rozumieniu art. 4 IV Konwencji genewskiej. Innymi słowy, Izba Orzekająca nie uznała ofiar za „osoby chronione” przez IV Konwencję genewską. Nie podała przy tym żadnego uzasadnienia swojego wniosku. W rezultacie, art. 2 Statutu nie miał zastosowania i zarzuty popełnienia ciężkich naruszeń Konwencji genewskich zostały na tej podstawie oddalone⁸⁰. Wydaje się jednak, że było to konsekwencją braku wyraźnego stwierdzenia istnienia międzynarodowego konfliktu zbrojnego. W takim przypadku bez wątpienia IV Konwencja znajdowała by zastosowanie. Izba Orzekająca określiła więzienie w Kaonik jako wojskowe, w którym znajdowały się trzy kategorie więźniów: chorwaccy żołnierze osądzeni przez trybunały wojskowe bądź oczekujący na proces, chorwaccy żołnierze ukarani przez swoich dowódców za naruszenie dyscypliny oraz istotna dla tej sprawy kategoria bośniackich Muzułmanów⁸¹. W dalszej części orzeczenia Izba Orzekająca wyraźnie uznała, że większość bośniackich Muzułmanów to osoby cywilne, jedynie część z nich to żołnierze, co tym bardziej skłania do wniosku, że jedynym uzasadnieniem dla nieuznania ofiar za „osoby chronione” przez IV Konwencję genewską jest fakt niemiedzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego (w takiej sytuacji IV Konwencja genewska nie miała zastosowania).

W orzeczeniu Izby Apelacyjnej w *sprawie Aleksovskiego* analizując kryterium obywatelstwa ofiar Izba przychyliła się do argumentacji Prokuratury i stwierdziła, że konflikt zbrojny miał międzynarodowy charakter ze względu na udział w nim obcego państwa (Chorwacji), a ofiary-bośniaccy Muzułmanie znajdowali się we władzy państwa, którego nie byli obywatelami (Chorwacji). Dlatego też art. 4 IV Konwencji miał zastosowanie, a ofiary były „osobami chronionymi”⁸².

3.4. Sprawa Blaskicia

W *sprawie Blaskicia* po stwierdzeniu międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego, Izba Orzekająca musiała także określić status ofiar tj. czy były one osobami chronionymi w znaczeniu Konwencji genewskich. Art. 4(1) IV Konwencji genewskiej definiuje osoby chronione przez tę Konwencję. Obrona dowodziła, że ofiary nie miały statusu „osób chronionych”, gdyż posiadały to samo obywatelstwo, co osoby, które je ujęły, czyli w tej sprawie ofiary-bośniaccy Muzułmanie mieli to samo obywatelstwo co bośniaccy Chorwaci. Jednak Izba

⁸⁰ *Ibidem*, § 46.

⁸¹ *Ibidem*, § 151.

⁸² *Prokurator przeciwko Z. Aleksovskiemu, Izba Apelacyjna 2000*, § 150-151, 154.

Orzekająca MTKJ zgodziła się z orzeczeniem w *sprawie Tadicia*, w którym Izba Apelacyjna MTKJ wybrała podejście prawne opierające się na rzeczywistych, trwałych związkach, a nie formalnych więziach, które jest najlepiej dostosowane do współczesnych międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zdaniem Izby Orzekającej w *sprawie Blaskicia*, w tego typu konfliktach jak w byłej Jugosławii pochodzenie etniczne odgrywa większą rolę niż obywatelstwo i to właśnie ono decyduje o przyznaniu ofiarom statusu osób chronionych⁸³. W konkluzji Izba Orzekająca uznała ofiary-bośniackich Muzułmanów za „osoby chronione” w znaczeniu IV Konwencji genewskiej⁸⁴.

3.5. Sprawa Kordicia i Cerkeza

W *sprawie Kordicia i Cerkeza* oskarżeni podnosili, że ofiary (bośniaccy Muzułmanie) miały to samo obywatelstwo co oni sami (bośniaccy Chorwaci), a więc nie kwalifikowały się jako osoby chronione zgodnie z art. 4 IV Konwencji genewskiej. W odpowiedzi na ten zarzut Izba Orzekająca odwołała się do poprzednich orzeczeń Izby Apelacyjnej MTKJ w *sprawach Tadicia, Aleksovskiego* oraz *Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo*, z których wynikało, że umiędzynarodowienie konfliktu zbrojnego poprzez zbrojny udział w nim Chorwacji spowodowało, że ujęte ofiary znajdowały się we władzy Chorwacji, państwa, którego nie były obywatelami. Stąd też, art. 4 IV Konwencji miał zastosowanie. Ponadto wzorem orzeczenia Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia* Izba Orzekająca stwierdziła, że rzeczywiste poddanie (podleganie) stronie konfliktu i kontrola tej strony nad osobami znajdującymi się na danym terytorium jest w takim przypadku właściwym testem. W takiej sytuacji to rzeczywiste posłuszeństwo opierające się na rzeczywistych, trwałych związkach ma znaczenie większe niż obywatelstwo⁸⁵, a art. 2 Statutu MTKJ znajduje zastosowanie⁸⁶.

4. Podsumowanie

W podsumowaniu warto zaznaczyć, że przed MTKJ oraz jego „bratem” MTKR (Międzynarodowy Trybunał ds. Zbrodni w Rwandzie) nie istniało zbyt dużo orzeczeń dokonujących interpretacji międzynarodowego prawa humanitarnego. W zasadzie poza orzeczeniami Trybunału norymberskiego i tokijskiego brakowało precedensów w tym zakresie⁸⁷. Międzynarodowe trybunały karne

⁸³ *Prokurator przeciwko T. Blaskiciowi*, Izba Orzekająca 2000, § 124-127.

⁸⁴ *Ibidem*, § 133.

⁸⁵ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi*, Izba Orzekająca 2001, § 149-154.

⁸⁶ *Ibidem*, § 160.

⁸⁷ M. M. Wang, *The International Tribunal for Rwanda: Opportunities for Clarification, Opportunities for Impact*, „The Columbia Human Rights Law Review” nr 27 (1995-1996), s. 222.

ad hoc przyczyniły się do wyjaśnienia ogromnej ilości przepisów z zakresu prawa humanitarnego, czyniąc ten dział prawa bardziej zwartym i jasnym (m.in. wyjaśniono pojęcia: ludności cywilnej, rozległego lub systematycznego ataku, powiązania zbrodni z konfliktem zbrojnym, wreszcie definicje poszczególnych zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunałów). Mimo że w większości przypadków opierały swoje rozważania na prawie zwyczajowym, przyczyniły się również do wykształcenia nowych doktryn i teorii, a wiele nowych sytuacji faktycznych zostało podciągniętych pod wcześniej istniejące (obowiązujące) przepisy⁸⁸. Wśród nowych koncepcji można wymienić właśnie przedstawiony wyżej test ogólnej kontroli czy postępować koncepcję osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej. Dla implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego ma to ogromne znaczenie, gdyż poszczególne traktaty z tej dziedziny prawa, zakazując pewnych działań, niekoniecznie podają ich definicje. Jak wskazuje I. Šimonović, prawo międzynarodowe, będące przede wszystkim produktem wielostronnych negocjacji, bardzo często jest sformułowane w sposób wysoce abstrakcyjny, niejednoznaczny i niejasny⁸⁹.

⁸⁸ P. M. Wald, *Tribunal Discourse and Intercourse: How the International Courts Speak to One Another*, „The Boston College International & Comparative Law Review” nr 30 (2007), s. 26-27.

⁸⁹ I. Šimonović, *The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication*, „The Fordham International Law Journal” nr 23 (1999-2000), s. 458-459.

OVERALL CONTROL TEST TO INTERNATIONALIZE AN ARMED CONFLICT

The article presents so called overall control test to internationalize an internal armed conflict adopted in the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) jurisprudence. This test is used in order to hold an individual responsible for grave breaches of the Geneva Conventions of 1949. The article begins with the creation and jurisdiction of the ICTY. The overall control test is presented by invoking and analyzing representative judgments of the ICTY such as the *Tadić case* (Trial Chamber 1997 and Appeals Chamber 1999), the *Aleksovski case* (Appeals Chamber 2000), the *Blaskić case* (Trial Chamber 2000) as well as the *Kordić and Cerkez case* (Trial Chamber 2001 and Appeals Chamber 2004). The *Tadić case* is also compared to the International Court of Justice (ICJ) *Nicaragua case* of 1986 where the ICJ used effective control test. The ICTY conclusions have been strongly criticized among the representatives of Polish and world doctrine (*inter alia* by W. Czapliński, T. Meron, M. P. Scharf, M. Sassoli and L. Olsen). Their views are included. The final remarks pertain to the ICJ judgment in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro case* of 2007 where the ICJ in a way tried to reconcile two opposite legal views stating that the overall control test from the *Tadić case* was adopted to different purpose (namely to define the nature on an armed conflict and when found to be an international one to hold an individual responsible for grave breaches of the Geneva Conventions of 1949) whereas the effective control test was created in order to hold a State responsible. In this case the ICJ decided to use the effective control test.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(187) 2011
Warszawa 2011

Anna Grabinski, Joanna Haberko ■

DOBRO DZIECKA A STOSOWANIE PROCEDUR WSPOMAGANEJ MEDYCZNIE PROKREACJI W PRAWIE FRANCUSKIM I PRAWIE POLSKIM

1. Uwagi wprowadzające

Od kilku lat w Polsce trwa ożywiona dyskusja bioetyczna na temat konieczności uregulowania problematyki dokonywania zabiegów wspomaganej medycznie prokreacji¹. W chwili obecnej w Sejmie znajdują się cztery projekty ustaw odnoszące się do tej materii. Przedmiotem analizy w prezentowanym artykule będą rozwiązania francuskie w zakresie ochrony dobra dziecka w procedurach wspomaganej medycznie prokreacji oraz propozycje w zakresie uregulowania omawianej materii w prawie polskim² w kontekście rozwiązań przyjętych w prawie francuskim.

¹ Tytułem przykładu: *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010, passim; P. Łuków, *Technologia dwudziestego pierwszego wieku w rekach piewców dziewiętnastowiecznej rodziny* [w:] *Jak uregulować zapłodnienie in vitro*, debata na stronie Polskiego Towarzystwa Bioetycznego www.ptb.org.pl; L. Bosek, *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań prokreacji*, tamże; O. Nawrot, *O dwóch modelach regulacji IVF*, tamże; B. Chyrowicz, *Bioetyka: powracające pytania* [w:] *Wokół diagnostyki preimplantacyjnej*; debata na stronie Polskiego Towarzystwa Bioetycznego www.ptb.org.pl; S. Maciejewski, *Prokreacja medycznie wspomagana – sukces medycyny czy porażka?*, *Medyczna Wokanda* 2009, nr 1, s. 71-80; M. Nesterowicz, *Prawo, etyka, religia, polityka w legislacji prokreacji medycznie wspomaganej*, *Prawo i Medycyna* 2009, nr 35, s. 5-21.

² Por. projekt ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu tkanek, komórek i narządów – druk sejmowy nr 2707; projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego – druk sejmowy nr 3466; projekt ustawy o ochronie

We Francji, pomoc medyczna przy zapłodnieniu³ uważana jest za działalność biomedyczną⁴. Jest ona uregulowana przez art. L. 2141-1 i następne Kodeksu Zdrowia Publicznego⁵. Obecnie, regulacje te wynikają z ustawy nr 2004-800 z 6 sierpnia 2004 roku⁶, odnoszącej się do zagadnień związanych z bioetyką, jednak ramy prawne dotyczące tego rodzaju działalności medycznej ustalone zostały w ramach pierwszych *ustaw bioetycznych* z dnia 29 lipca 1994 roku⁷. Zakłada się konieczność dokonywania regularnych nowelizacji ustaw dotyczących bioetyki – w założeniu co pięć lat – aby rozwiązania prawne odpowiadały postępowi, jaki dokonuje się w nauce⁸.

Przepisy w omawianym zakresie zostały wprowadzone w życie przez akty wykonawcze. Były to dekrety z dnia 22 grudnia 2006 roku i 19 czerwca 2008 roku⁹, będące wynikiem prac Generalnej Dyrekcji ds. Zdrowia¹⁰ działającej w ramach Ministerstwa Zdrowia, jak również rozporządzenie dotyczące dobrych praktyk klinicznych w dziedzinie wspomagania prokreacji z dnia 3 sierpnia 2010 roku¹¹. W pracy nad rozporządzeniem znaczną rolę odegrała **Agencja Biomedycyny**¹².

genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw – druk sejmowy nr 3467; projekt ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu tkanek, komórek i narządów – druk sejmowy nr 3470. Warto także zauważyć, że w powiązaniu z ostatnim z prezentowanych projektów pozostaje jeszcze projekt ustawy o podstawowych prawach i wolnościach człowieka w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny oraz o utworzeniu Polskiej Rady Bioetycznej – druk sejmowy nr 3468 oraz projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy – druk sejmowy 3469. Wszystkie projekty ustaw dostępne na stronie: www.sejm.gov.pl.

³ AMP – *Assistance médicale à la procréation*. (przyp. tłum.). W części odnoszącej się do analizy polskiego stanu prawnego stosowane będzie także określenie wspomagana medycznie prokreacja.

⁴ Autorki dziękują za pomoc w tłumaczeniu tekstu pani Marii Jasińskiej.

⁵ Dostępne na stronie [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr:http://www.legifrance.gouv.fr/af-fichCode.do;jsessionid=7110CC662C09C7216ECB090FE7E1ED4E.tpdjo05v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171132&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110103):http://www.legifrance.gouv.fr/af-fichCode.do;jsessionid=7110CC662C09C7216ECB090FE7E1ED4E.tpdjo05v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171132&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110103.

⁶ JORF nr 182 z 7 sierpnia 2004 roku, s.14040.

⁷ Ustawa nr 94-654 z 29 lipca 1994 roku, JORF nr 175 z 30 lipca 1994 roku, s. 11060-11068.

⁸ Obecnie obowiązująca ustawa jest właśnie w toku nowelizacji: po publikacji licznych raportów i projektów wstępnych, projekt rządowy został przedstawiony podczas posiedzenia Rady Ministrów w dniu 20 października 2010 roku i przedłożony Zgromadzeniu Narodowemu. Niemniej jednak sens tej okresowości zaczyna być dzisiaj podważany.

⁹ Dekret nr 2006-1660 z 22 grudnia 2006 roku, JORF nr 297 z 23 grudnia 2006 roku, s.19448; dekret nr 2008-588 z 19 czerwca 2008, JORF nr 0144 z 20 czerwca 2008, s.10007 tekst nr 21.

¹⁰ *Direction générale de la santé*.

¹¹ JORF nr 0211 z 11 września 2010 roku, s.16522 tekst nr 24.

¹² Agencja powołana została w 2004 roku. Jest instytucją rządową, której działalność dotyczy prokreacji, embriologii i genetyki człowieka. Agencja zajmuje się również kwestią

Pomoc medyczna przy zapłodnieniu zdefiniowana została w art. L. 2141-1 Kodeksu Zdrowia Publicznego. Rozumie się przez nią *wszelkie działania i interwencje kliniczne oraz biologiczne umożliwiające poczęcie pozaustrojowe, transfer embrionów i sztuczne zapłodnienie, jak również wszystkie inne techniki i metody mające na celu umożliwienie zapłodnienia w sposób inny niż naturalny*.

Dopuszcza się wykorzystanie do zapłodnienia komórek pochodzących od dawców (osób trzecich): zarówno wówczas, gdy chodzi o dawcę nasienia, jak i w sytuacji dawczyni komórki jajowej. Niedozwolone jest natomiast korzystanie z usług matki zastępczej (tzw. surogatki). Pobranie gamet odbywa się zawsze na zasadzie wolontariatu, a dawcom zapewniona jest anonimowość¹³.

Często przy zapłodnieniu *in vitro* powstają nadliczbowe embriony, które następnie mogą zostać poddane kriokonserwacji. Za obopólną zgodą, para może ponowić transfer przy ich użyciu, lub – jeśli nie zamierza mieć więcej dzieci – oddać je innej parze gotowej na przyjęcie embrionu. Zamrożone embriony mogą być również wykorzystane do badań (dozwolonych w granicach ściśle określonych przez prawo), mogą też zostać zniszczone.

2. Dobro dziecka poczętego w wyniku wspomaganej medycznie prokreacji: sytuacja we Francji

Pojęcie *dobra dziecka*, o którym mowa w Konwencji o prawach dziecka, zostało wykorzystane przy tworzeniu francuskiego prawa rodzinnego. Pojęcie to weszło na stałe do kanonu wartości fundamentalnych i jest uznawane w zasadzie jednogłośnie. Pomimo to sprecyzowanie jego znaczenia nastręcza wiele trudności.

Podobnie jak inne kluczowe pojęcie, jakim jest godność, dobro dziecka nie doczekało się do dziś definicji legalnej. Niektórzy autorzy próbowali je definiować, jednak ogólnikowość użytych terminów każe wątpić w realną użyteczność proponowanych definicji¹⁴. Ogólnie rzecz biorąc, można stwierdzić, że pojęcie

pobrań i przeszczepów organów, tkanek i komórek. W zakresie jej obowiązków znajduje się nadzór, kontrola i ocena działań terapeutycznych i biologicznych, związanych z jej kompetencjami. Agencja określa ponadto granice interwencji oraz zajmuje się promocją dawstwa organów. Organ ten ogrywa znaczącą rolę w dziedzinie medycznej pomocy przy zapłodnieniu, a w świetle ustawy sprawuje kontrolę nad badaniami na embrionach *in vitro* lub na komórkach macierzystych. Agencja udziela zezwoleń na działalność wielodyscyplinarnym centrom diagnostyki prenatalnej oraz centrom diagnostyki preimplantacyjnej, a ponadto akredytuje lekarzy zajmujących się leczeniem bezpłodności.

¹³ Zasada anonimowości zaczęła być jednak kwestionowana przy okazji prac nad obecną nowelizacją ustawy bioetycznej.

¹⁴ Według Frédérique Agnoux, *interes dziecka to „(...) to, co sprawia, że dzieckiem nie*

dobra dziecka łatwiej jest sprecyzować za pomocą definicji negatywnej, określając nadużycia oraz sytuacje, które mogą negatywnie wpłynąć na rozwój dziecka i których należy w związku z tym unikać. Niewiele elementów składa się na definicję pozytywną. Jednak o uniwersalnym charakterze tego pojęcia świadczy fakt, że każdy intuicyjnie wskazuje na czym polega *dobro dziecka*, nawet jeśli nie jest w stanie go zdefiniować.

Dążąc do ochrony praw potencjalnie mogącego się począć i narodzić dziecka i zgodnie z art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, ustawodawca francuski wykazał się zapobiegliwością, zezwalając na korzystanie z technik wspomaganego medycznie rozrodu wyłącznie pod warunkiem spełnienia pewnych wymagań. Przesłanki te mają na celu niedopuszczenie do uznania *prawa do dziecka* za oczywistą normę. Co więcej, art. L. 2141-10 Kodeksu Zdrowia Publicznego przyznaje lekarzom możliwość opóźnienia lub nawet odmowy pomocy przy poczęciu, jeśli dobro mogącego się począć i narodzić dziecka byłoby zagrożone. Lekarz może podjąć taką decyzję nawet, jeśli para spełnia przesłanki prawne umożliwiające dostęp do technik wspomaganą prokreacji, wymienione w art. L. 2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego.

W tym kontekście nasuwają się dwie wątpliwości. Po pierwsze, czy na gruncie prawa francuskiego *dobro mogącego się począć i narodzić dziecka* jest równoznaczne z *dobrem dziecka* rozumianym w sposób zaproponowany w Konwencji o prawach dziecka? Czy też jest koncepcją specyficzną, zainspirowaną co prawda przez definicję Konwencji, ale zupełnie od niej odmienną? Po drugie, czy dobro mogącego narodzić się dziecka, którym kieruje się ustawodawca jest tym samym, które usprawiedliwia niechętną postawę czy wręcz odmowę zespołu medycznego wobec pary ubiegającej się o pomoc przy zapłodnieniu?

Spróbujmy wyjaśnić znaczenie – czy też znaczenia – klauzuli *dobra dziecka* za pomocą porównania stosunku, jaki mają do niej różne podmioty, zarówno przed rozpoczęciem procedury wspomaganego rozrodu, jak w jej późniejszych etapach. W pierwszej kolejności celowym wydaje się określenie stosunku ustawodawcy do dobra mającego się narodzić dziecka.

postępuje się jak instrumentem do spełniania marzeń i pragnień dorosłych, oraz to, że szanuje się, w stopniu dostosowanym do wieku, osobowość dziecka oraz środowisko, w jakim przebywa, zapewniając mu miłość niezbędną do prawidłowego rozwoju”. [Zob. Pojęcie dobra dziecka, artykuł na podstawie wystąpień w trakcie sympozjum „Prawo dziecka”, Hanoi, 26 i 27 sierpnia 2009 roku, Wietnamsko-francuski Dom Prawa, oraz sympozjum w Budapeszcie, 8 i 9 października 2009 roku, Węgierska Akademia Sądownictwa, dostępny na stronie: http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf_La_notion_de_l_interet_de_l_enfant.pdf.]

3. Stanowisko *in abstracto* ustawodawcy francuskiego w sprawie dobra mogącego się począć i narodzić dziecka

Od chwili przyjęcia, w 1994 roku, pierwszych ustaw dotyczących bioetyki, dobro mogącego się począć i narodzić dziecka jest zarazem celem, jak i uzasadnieniem całości uregulowań związanych z medycznie wspomaganą prokreacją.

Ograniczenia w dostępie do technik wspomaganego rozrodu narzucone przez ustawodawcę wynikają z troski o przestrzeganie zasady *dobra dziecka*. W istocie, mimo że pojęcie to nie pojawia się *expressis verbis* w tekstach ustaw, jest nieprzerwanie obecne w toku prac parlamentarnych. Również w trosce o przestrzeganie tej zasady, za konieczną uznana została obecność umotywowanej i wyrażonej chęci posiadania potomstwa ze strony przyszłych rodziców. Para faktycznie pozostaje w centrum zainteresowania ustawodawcy, jako że osoby ją tworzące są potencjalnymi rodzicami mogącego się począć i narodzić dziecka. W konsekwencji, aby w jak największym stopniu zabezpieczyć *dobro dziecka*, para powinna być w stanie – przynajmniej w teorii – wypełnić czekającą ją misję rodzicielską. Dotyczy to szczególnie rozporządzeń regulujących dostęp do pomocy medycznej przy zapłodnieniu, gdzie mogące się narodzić dziecko jest początkowo jedynie projekcją pragnień i istnieje wyłącznie w planach potencjalnych rodziców.

Według art. L. 2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego, *celem pomocy medycznej przy zapłodnieniu jest umożliwienie posiadania dziecka parze, która o to się stara*.

Podstawowym warunkiem kwalifikującym do zastosowania technik pomocy medycznej przy zapłodnieniu jest więc pragnienie zostania rodzicami, które wyraża para. Ten wymóg prawny nie powinien być mylony z *prawem do posiadania dziecka*, ponieważ w swej istocie jest podyktowany i warunkowany przez dobro dziecka, nie zaś przez chęć zaspokojenia osobistego pragnienia. Zgodnie z paragrafem drugim art. L. 2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego, celem zastosowania medycznej pomocy przy zapłodnieniu ma być leczenie stwierdzonej niepłodności lub też uniknięcie zarażenia chorobą dziecka bądź partnera, stąd z dostępu do omawianych technik wykluczone są pary homoseksualne i osoby samotne. Możliwość skorzystania z leczenia niepłodności zarezerwowana jest tylko dla par heteroseksualnych.

Ustawodawca daje wyrażnie do zrozumienia jaka jest jego wizja pomocy medycznej przy zapłodnieniu: chodzi o interwencję lekarską umożliwiającą poczęcie dziecka przy założeniu, że para mogłaby mieć dzieci w sposób naturalny, ale uniemożliwia jej to bądź utrudnia problem natury zdrowotnej. Nierespektowanie tego przepisu podlega karze. Według art. 511-24 Kodeksu Karnego: *posługiwanie się technikami pomocy medycznej przy zapłodnieniu w celach innych niż*

wymienione w art. L. 2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego jest karalne pięcioma latami pozbawienia wolności i grzywną wysokości 75 000 euro.

Pomimo coraz bardziej słyszalnych głosów osób, które pragną dziecka, ale nie żyją w związku heteroseksualnym, ustawodawca francuski nadal przyznaje pierwszeństwo tradycyjnemu modelowi rodziny. Usprawiedliwia to dwoma kluczowymi argumentami. Z jednej strony, dopuszczenie do pomocy medycznej przy zapłodnieniu następuje przez wzgląd na czynniki społeczne. Chodzi o niedoprowadzenie do zapłodnienia niemożliwego nie ze względów zdrowotnych, ale właśnie społecznych, gdyż stałoby się to równoznaczne z zaspokojeniem samego pragnienia posiadania dziecka. Byłoby to uznaniem istnienia *prawa do dziecka* ze szkodą dla dobra potencjalnie mogącej się narodzić istoty ludzkiej. Z drugiej strony, sprzeczne z *dobrem dziecka* byłoby pozbawienie go ojca. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia wówczas, kiedy samotna kobieta lub dwie kobiety skorzystałyby z pomocy medycznej przy zapłodnieniu¹⁵.

Ponadto, mimo wyraźnych zmian w mentalności społeczeństwa francuskiego, ustawodawca stoi na stanowisku, że rodzicielstwo par homoseksualnych powinno być przedmiotem reformy całokształtu prawa rodzinnego, włącznie z przepisami dotyczącymi adopcji. Skoro pomoc medyczna przy zapłodnieniu jest jedynie częścią znacznie większej całości, nie należy zmieniać dotyczących jej przepisów w oderwaniu od reszty rozwiązań w zakresie prawa filiacyjnego.

Wymóg istnienia pary wyklucza także rozpoczęcie lub kontynuację procesu wspomagania prokreacji w przypadku, gdy para pozostaje w separacji lub jest w trakcie rozwodu. Wymaga się także, by partnerzy lub małżonkowie wyrazili zgodę i to na każdym etapie procedury. Udzielenie zgody staje się kluczowe w przypadku zapłodnienia z wykorzystaniem gamet obcego dawcy; wyklucza ono późniejsze podjęcie działań w celu zaprzeczenia ojcostwa, chyba że zostanie udowodnione, że dziecko nie zostało poczęte w wyniku wspomaganej medycznie zapłodnienia. Jeśli chodzi o pary niebędące małżeństwem, zgoda na przystąpienie do procedury pomocy medycznej przy prokreacji jest równoznaczna z prawnym obowiązkiem uznania ojcostwa¹⁶. W przypadku odmowy uznania ojcostwa stwierdzenie ojcostwa dziecka może zostać orzeczone przez sąd, a nawet stać się przedmiotem roszczeń z tytułu niewykonania obowiązku wobec matki i dziecka.

Rozwiązania, o których mowa zostały przyjęte w 1994 roku przez wzgląd na dobro mogącego począć się i narodzić dziecka, i nigdy nie były podważane.

¹⁵ Problem dziecka, które znałoby tylko swojego biologicznego ojca nie jest brany pod uwagę, jako że korzystanie z usług matki zastępczej (tzw. surogatki) jest we Francji zabronione. Odnośnie do matek zastępczych *vide infra*.

¹⁶ Artykuł 311-20 Kodeksu Cywilnego. Francuski Kodeks Cywilny w tłumaczeniu na język angielski zob. np. <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22&r=7858>.

Przed rokiem 1994 zdarzały się przypadki wycofania zgody na uznanie ojcostwa dziecka poczętego przy wykorzystaniu gamet obcego dawcy. Ojcostwo było oczywiście konsekwentnie wykluczane z powodu braku więzi biologicznej. Działo się to szkodą dla dziecka, które zostawało pozbawione ojca.

Korzystanie z medycznej pomocy przy zapłodnieniu jest niedozwolone również w przypadku śmierci jednego z partnerów, ponieważ pośmiertne zapłodnienie oraz transfer embrionów są zabronione. Zgodnie z art. L. 2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego, obydwie osoby starające się o dziecko w ten sposób muszą być żywe.

Kwestia zapłodnienia *post mortem* powróciła jednak niedawno do debaty publicznej za sprawą nagłośnionej w mediach sprawy Fabienne Justel. Kobieta zwróciła się do Centrum Konserwacji Komórek Jajowych i Spermy (CECOS) o wydanie zamrożonego nasienia swojego zmarłego męża, chcąc dokonać zapłodnienia za granicą. CECOS odmówił, argumentując, że może wydać nasienie jedynie samemu dawcy. Fabienne Justel postanowiła więc wystąpić na drogę sądową z żądaniem zwrotu nasienia swojego zmarłego męża. Po niekorzystnym dla siebie wyroku sądu pierwszej instancji¹⁷, odwołała się do Sądu Apelacyjnego w Rennes, który jednak podtrzymał wyrok sądu niższej instancji¹⁸. Obydwa orzeczenia potwierdzają, że wydanie nasienia możliwe jest jedynie na wniosek dawcy oraz że osoby postronne nie mogą domagać się jego zwrotu. Poza tym, w tym konkretnym przypadku zwrot przyczyniłby się do działania w zamierzeniu niezgodnego z prawem, gdyż celem osoby starającej się o wydanie nasienia było dokonanie zapłodnienia poza granicami Francji. Byłaby to więc próba obejścia prawa, które zakazuje zapłodnienia *post mortem*.

Sprawa Fabienne Justel rozpoczęła we Francji debatę dotyczącą pośmiertnego zapłodnienia, która w dużej mierze toczyła się wokół dwóch fundamentalnych kwestii. Po pierwsze, zastanawiano się nad hipotetyczną zgodą mężczyzny: czy gdyby żył chciałby, aby w danym momencie doszło do zapłodnienia? Po drugie, przy rozważaniach dotyczących tego zagadnienia brano pod uwagę przede wszystkim dobro potencjalnego dziecka. W konsekwencji, zapłodnienie *post mortem* zostało zakazane, z uwagi na fakt, iż doprowadzenie do narodzin dziecka, które nie tylko nie miałoby ojca, ale także byłoby obciążone żałobą najbliższego otoczenia, jest sprzeczne z jego dobrem. Wysuwano również wątpliwości dotyczące negatywnego wpływu obciążenia psychiki dziecka faktem, że urodziło się

¹⁷ TGI Rennes, ord. réf., 15 oct. 2009, A.J. 2009, 495, obs. D. Martin, Dalloz, 2009. Point de vue 2758, obs. C. Chabault-Marx.

¹⁸ Cour d'appel de Rennes, Chambre 6, 22 juin 2010, wyrok numer 09/07299, Juris-Data numer 2010-009855; JCP G Semaine juridique (édition générale), 2010, numer 37, strony 1670-1673, note A. Mirkovic.

z nieżyjącego ojca, jak również jego potencjalnie skomplikowanej relacji z matką – w tym kontekście pojawiało się sformułowanie *dziecko-relikwia*.

Te same argumenty pojawiają się w dyskusji dotyczącej pośmiertnego transferu embrionów, który również jest we Francji zakazany. W tym przypadku jednak, prawo francuskie pozwala wdowie na dokonanie wyboru – może ona podjąć decyzję o zniszczeniu embrionów lub zgodzić się na ich przekazanie potrzebującej parze.

Liczne głosy opowiadają się za zalegalizowaniem transferu embrionu *post mortem*, podając za opinią wygłoszoną już w 2000 roku¹⁹ przez Państwowy Komitet Doradczy ds. Etyki²⁰. W odróżnieniu od pośmiertnego zapłodnienia, w przypadku transferu dziecko jest już poczęte, a to oznacza, że proces starań o zajście w ciążę był już w toku, w chwili gdy został niespodziewanie przerwany przez śmierć jednego z partnerów. Okoliczności te mogą być porównane z sytuacją, w której mężczyzna umiera na samym początku ciąży swojej partnerki. W takiej sytuacji raczej nigdy nie twierdzono, że w interesie dziecka leży, by ciąża została przerwana. Należy jednak zaznaczyć, że transfer wykonany byłby dopiero po upływie kilku miesięcy od śmierci partnera²¹, w celu zapewnienia kobiecie czasu do namysłu, czy nadal chce urodzić dziecko poczęte przy udziale zmarłego męża. W tym przypadku możliwe jest wyśunięcie tych samych wątpliwości, jakie zostały przywołane powyżej w kwestii zapłodnienia *post mortem*²².

W świetle art. L.2141-2 Kodeksu Zdrowia Publicznego wymagane jest, by obydwie partnerzy byli w *wieku rozrodczym*. Mimo, że nie został ustanowiony żaden limit wiekowy, czy to w ustawie, czy też w aktach wykonawczych, niektóre zalecenia dobrej praktyki klinicznej jak i również sama praktyka²³ ustaliły gór-

¹⁹ Opinia nr 67 z 27 stycznia 2000 roku, dostępna na stronie: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis067.pdf>.

²⁰ *Comité consultatif national d'éthique* (przyp. tłum.)

²¹ Tak jak przewidywał raport złożony 20 stycznia 2010 roku przez Jean Leonetti w ramach Parlamentarnej Misji Informacyjnej o nowelizacji ustawy bioetycznej (dostępny na stronie <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp>), transfer powinien nastąpić po upływie trzech lub sześciu miesięcy i maksymalnie do półtora lub dwóch lat po śmierci męża. Patrz Raport, s. 43.

²² Rządowy projekt nowelizacji ustawy o bioetyce z 20 października 2010 roku (dostępny na stronie: www.legifrance.gouv.fr) utrzymuje zakaz transferu *post mortem*. Niemniej jednak 26 stycznia 2011 roku Komisja Parlamentarna specjalnie powołana do pracy nad rządowym projektem opowiedziała się za transferem *post mortem*. Zob. artykuł na stronie telewizyjnego Kanału Parlamentarnego (LCP – La Chaîne Parlementaire): <http://www.lcp.fr/L-Assemblee-autorise-sous-11584.html>.

²³ Zob. Agencja Biomedycyny, *Bilan d'application de la loi de bioéthique* (Bilans stosowania ustawy bioetycznej, przyp. tłum.), październik 2008, s. 33.

ny próg dostępu do medycznej pomocy przy zapłodnieniu: na 45 lat dla kobiet i na 60 lat dla mężczyzn.

Powody, dla których wprowadzono ograniczenie wiekowe dla par ubiegających się o medyczną pomoc przy zapłodnieniu, wynikają nie tylko z przeciwwskazań zdrowotnych, ale przede wszystkim, po raz kolejny, z troski o dziecko. Dwa kluczowe argumenty tłumaczą przyjęcie powyższych ograniczeń: z jednej strony chodzi o uniknięcie konfliktów międzypokoleniowych, które mogłyby zaszkodzić rozwojowi dziecka w społeczeństwie, a z drugiej, o zagwarantowanie dziecku, że będzie jak najdłużej – a przynajmniej do pełnoletności – wychowywane przez swoich rodziców.

Za czynnik niezbędny, by przyszłe dziecko mogło dorastać w harmonijnym otoczeniu rodzinnym i uczuciowym uznaje się także stabilność relacji przyszłych rodziców. Z tego powodu, dostęp do medycznej pomocy przy zapłodnieniu już w pierwszych ustawach bioetycznych został zarezerwowany dla małżeństw lub par mieszkających razem przez okres co najmniej dwóch lat i mogących to poświadczyć.

Wymagania te spotkały się jednak z krytyką. W przypadku małżeństwa, wydaje się, że nie może być ono uważane obecnie za gwarancję stabilności związku, zważywszy na wzrastającą wciąż liczbę rozwodów. Ponadto, zapewnienie dostępu do medycznej pomocy przy zapłodnieniu każdemu małżeństwu, bez względu na staż, jedynie w teorii spełnia wymóg stabilności. W przypadku konkubinatu, wymagany okres dwóch lat trwania związku odpowiada obserwacjom z zakresu medycyny, według których niemożność zajścia w ciążę w ciągu dwóch lat pożycia sugeruje bezpłodność. Po tym okresie możliwe jest jej zdiagnozowanie, które z kolei stanowi przesłankę niezbędną do rozpoczęcia procedury wspomaganej medycznie prokreacji. Ponadto, jeśli ludzie przychodzący na konsultację już od dwóch lat starają się o dziecko, można wnioskować, że stanowią parę stabilną w kwestii dążenia do założenia rodziny. Niemniej jednak – i dotyczy to także małżeństw – trudno jest ocenić obecnie szanse na przetrwanie związku. Nie jest pewne czy para z rocznym bądź półtorarocznym stażem będzie mniej trwała niż związek, w którym partnerzy są ze sobą od dziesięciu czy nawet dwudziestu lat. Ponadto, należy wziąć pod uwagę sytuacje, w których wiek kobiety (a czasem i mężczyzny) może uniemożliwić wspomagane zapłodnienie z uwagi na względy zdrowotne i na ryzyko możliwych komplikacji, a także ze względu na ograniczenie wiekowe przy dostępie do tego rodzaju interwencji²⁴.

²⁴ W pracach przygotowawczych nad nowelizacją ustawodawstwa dotyczącego bioetyki zaproponowane zostały zmiany mające na celu złagodzenie wymogu dwuletniego pożycia w przypadku, gdy wiek jednej z osób wymagałby przeprowadzenia interwencji w przyspieszonym tempie. Propozycje te nie zostały jednak uwzględnione w rządowym projekcie ustawy.

Prokreacja, nawet wspomagana przez interwencję lekarską, jest aktem szczególnie osobistym i opiera się na pożyciu intymnym partnerów. Niemniej jednak, istnieją sytuacje, w których osoba trzecia odgrywa w tym procesie decydującą rolę. W pierwszym przypadku osobą trzecią jest dawca gamet, w drugim – kobieta, która nosi obce dziecko przez cały okres ciąży, aby następnie oddać je rodzicom. Podobnie jak inne elementy ludzkiego ciała, gamety mogą być oddawane jedynie nieodpłatnie i przy zachowaniu anonimowości dawcy. Obowiązek zachowania nieodpłatnego charakteru przekazania gamet jest często krytykowany z racji niewystarczającej ilości dawców w stosunku do zapotrzebowania (szczególnie jeśli chodzi o oocyty), ale wydaje się, że zasada ta jest mocno zakorzeniona w ustawodawstwie francuskim.

Zasada anonimowości dawcy gamet wzbudza natomiast więcej kontrowersji. W rządowym projekcie nowelizacji ustawy pojawiła się propozycja jej częściowego zniesienia, w zgodzie z prawem do znajomości swojego pochodzenia. Prawo do znajomości swojego pochodzenia nie jest zagadnieniem nowym – powoływały się na nie wielokrotnie osoby urodzone z tzw. *rodziców nieznanych*. We Francji istnieje możliwość tzw. anonimowego porodu. W świetle art. 326 Kodeksu Cywilnego: *kobieta przyjęta na czas porodu do szpitala może zadecydować, że jej tożsamość i fakt przyjęcia pozostaną tajemnicą*.

Pojawiły się głosy, że w interesie dziecka leży prawo do poznania swojego pochodzenia, jako że wiedza ta może okazać się kluczową dla jego rozwoju i zdrowia psychicznego. W 2002 roku została powołana Krajowa Rada ds. Znajomości Własnego Pochodzenia²⁵. Organ ten jest uprawniony do przekazania wszystkich dokumentów odnoszących się do porodu i do tożsamości matki na pisemny wniosek osoby zainteresowanej. Przesłanką udostępnienia tych informacji jest zgoda kobiety, która urodziła dziecko.

Projekt ustawy dotyczącej bioetyki proponuje rozwiązanie wzorowane na *anonimowym porodzie*, umożliwiając zniesienie anonimowości w przypadku dawców, którzy wyraziliby na to zgodę. W chwili obecnej, dziecko poczęte przy wykorzystaniu gamet osoby trzeciej pozbawione jest możliwości poznania jej danych. Lekarz ma natomiast dostęp wyłącznie do danych nieidentyfikujących, i to tylko w przypadku konieczności zaistniałej w toku leczenia (art. L. 1244-6 Kodeksu Zdrowia Publicznego). Gdyby jednak proponowane rozwiązania zostało przyjęte, dziecko poczęte przy wykorzystaniu gamet lub zarodków osoby trzeciej zyskałoby, z chwilą osiągnięcia pełnoletniości, możliwość poznania tożsamości dawcy, o ile wyraziłby on zgodę na piśmie w odpowiedzi na prośbę dziecka. Od-

²⁵ *Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles* (przyp. tłum.) Procedura opisana jest w artykułach od L. 147-1 do L. 147-11 Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego. Dostępny na stronie: www.legifrance.gouv.fr.

szukaniem dawcy zajęłaby się Komisja Dostępu do Danych²⁶, powołana specjalnie w tym celu. Ponadto, projekt przewiduje zapewnienie każdemu dziecku po ukończeniu 18 roku życia dostępu do danych nieidentyfikujących, jak również zakłada utrzymanie prawa dostępu do tego rodzaju danych dla lekarza w razie konieczności natury zdrowotnej.

Mimo iż w toku prac wstępnych nad ustawą przeważały głosy przeciwne zniesieniu zasady anonimowości, projekt rządowy wydaje się uznawać argumenty odnoszące się do dobra dziecka, biorąc pod uwagę fakt, iż niemożność poznania swojego pochodzenia może być przyczyną zaburzeń osobowości, a co za tym idzie, wywierać w *perspektywie długofalowej szkodliwy wpływ na psychikę dziecka, wynikający z faktu pozbawienia go części własnej historii*²⁷.

Korzystanie z usług matki zastępczej może być rozpatrywane jako jedna z technik wspomagania prokreacji, jako że wiąże się z zasady z inseminacją bądź z zapłodnieniem pozaustrojowym. Obecnie praktyka ta jest we Francji zabroniona, zgodnie z art. 16-7 Kodeksu Cywilnego, wedle którego *każda umowa dotycząca prokreacji lub ciąży dla osoby trzeciej jest nieważna*. Uznano, że przedmiotem umowy dotyczącej donoszenia ciąży dla osoby trzeciej jest z jednej strony dziecko i zobowiązanie do jego oddania, z drugiej strony natomiast tzw. *usługa ciążowa*. W obydwu przypadkach chodzi o kontrakt, którego przedmiotem byłaby istota ludzka, co automatycznie wyklucza jego ważność.

Niemożność ustanowienia więzów pokrewieństwa matczynego między dzieckiem a matką *genetyczną* wynika z zasady nierozporządzalności stanem cywilnym osób. Według prawa francuskiego, za matkę uważana jest zawsze ta kobieta, która urodziła, i pozostaje to poza zakresem swobody stron. Również w sytuacji sporządzenia aktu urodzenia za granicą nie jest możliwe uznanie za matkę kobiety wpisanej w tym akcie, jeżeli dziecko urodzone zostało przez surogatkę, nawet jeśli miało to miejsce w kraju, gdzie praktyka ta jest w pełni legalna. Sądy uznają w takim przypadku, że jest to naruszenie prawa.

Mimo jasnej sytuacji prawnej, kwestia donoszenia ciąży dla osoby trzeciej stanowiła przedmiot pogłębionej refleksji w ostatnich kilku latach. Senat poświęcił temu zagadnieniu osobny raport, w którym – ku ogólnemu zaskoczeniu – wypowiedział się na korzyść tej praktyki, obwarowując ją jednak surowymi przesłankami²⁸. Wydaje się, iż Senat uznał, że możliwe jest znalezienie równowagi pomiędzy

²⁶ *Commission d'accès aux données* (przyp. tłum.), na wzór Krajowej Rady ds. Znajomości Własnego Pochodzenia *Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles* (przyp. tłum.).

²⁷ Raport Jean Leonetti, s. 102.

²⁸ Senatorski raport o macierzyństwie zastępczym z 25 czerwca 2008 roku. Dostępny na stronie internetowej: <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>. Niemniej

pragnieniem posiadania dziecka (a nawet pewnym rodzajem *prawa do dziecka*) a jego dobrem.

Zatem praktyka macierzyństwa zastępczego nadal spotyka się z silną krytyką, dyktowaną w głównej mierze obawą przed ryzykiem handlu ludzkim ciałem oraz wykorzystywaniem kobiet w trudnej sytuacji materialnej. Zagrożenie stanowi również ryzyko urazów psychicznych zarówno u matki zastępczej jak i u rodziców *genetycznych*, a także możliwe reperkusje społeczne i rodzinne wynikające z porzucenia dziecka. Głosy krytyczne powołują się także na dobro dziecka, w obawie, że fakt urodzenia przez surogatkę jest sprzeczny z jego interesem. Spośród powoływanych w debacie argumentów, najważniejsze wydają się być zwłaszcza ryzyko porzucenia zarówno przez przyszłych rodziców, jak i przez matkę zastępczą (w przypadku choroby lub upośledzenia płodu), dalej negatywne konsekwencje dla psychiki dziecka wynikające z wczesnego oddzielenia od kobiety, która je urodziła oraz problemy z zaakceptowaniem przez dziecko faktu, iż było przedmiotem kontraktu.

4. Stanowisko *in concreto* ustawodawcy francuskiego w sprawie dobra mającego się począć i narodzić dziecka

4.1. Ocena dobra dziecka przez wielodyscyplinarny zespół lekarzy

Analizując stanowisko ustawodawcy w sprawie dobra dziecka w ramach stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji należy mieć na uwadze nie tylko, omówione wyżej, ogólnie sformułowane przez ustawodawcę przesłanki dopuszczalności poddania się omawianym technikom, ale także konieczność dokonania indywidualnej oceny przez zespół lekarzy. Ocena ta dokonywana będzie w odniesieniu do konkretnej pary pragnącej dziecka, o ile ta spełnia ogólne przesłanki dopuszczenia do procesu wspomaganej medycznie prokreacji.

Zgodnie z art. L. 2141-10 Kodeksu Zdrowia Publicznego, wielodyscyplinarny zespół lekarzy ma prawo odroczyć rozpoczęcie procedur pomocy medycznej przy zapłodnieniu, jeśli dobro dziecka wymaga ze strony przyszłych rodziców dodatkowego okresu do namysłu.

W rzeczywistości, przepis ten pozwala lekarzom definitywnie odmówić udzielenia pomocy medycznej przy zapłodnieniu. Wynika to wyraźnie z treści uchwały o dobrych praktykach klinicznych w technikach wspomaganego rozrodu z 3 sierpnia 2010, stanowiącej akt wykonawczy do ustawy bioetycznej²⁹.

żadna z prac przygotowawczych opracowanych pod kątem nowelizacji ustawy bioetycznej nie była przychylna jej legalizacji, podobnie zresztą jak rządowy projekt ustawy.

²⁹ Tekst w całości na: www.legifrance.gouv.fr lub we francuskim dzienniku ustaw: *JORF* nr 0211 z 11 września 2010, s. 16522 tekst nr 24.

W ostatnim paragrafie art. II-2 powyższej uchwały stwierdza się m.in., że „zespół wielodyscyplinarny może w każdym momencie **odroczyć lub odmówić przeprowadzenia leczenia**³⁰ w granicach określonych przez prawo i kodeks deontologii, w zakresie w jakim każdy lekarz jest obowiązany przewidywać korzyści i niedogodności wynikające z zastosowania różnych metod leczenia, oraz w zakresie, w jakim przepisy odnoszące się do pomocy medycznej przy zapłodnieniu zezwalają na wprowadzenie czasu do namysłu w sytuacji, gdy zespół uważa go za niezbędny dla dobra dziecka.”

Jeśli więc nawet para spełnia wszystkie przesłanki prawne dotyczące wieku i stanu cywilnego lub stażu związku oraz nawet jeśli istnieje stwierdzona medycznie niepłodność, zespół medyczny może odroczyć proces wspomaganego zapłodnienia, a nawet odmówić jego wdrożenia. Lekarze dysponują więc możliwością oceny zgłoszeń i w wyjątkowych przypadkach – jeśli sytuacja, w której znajduje się para, miałaby okazać się trwała i mogłaby stanowić czynnik ryzyka dla dobra potencjalnego dziecka – mają prawo odmówić dostępu do technik wspomaganego prokreacji.

Żaden akt prawny nie wyszczególnia sytuacji, które kwalifikowałyby zgłoszenie do odpowiedzi odmownej. Również z punktu widzenia medycyny, trudno jest sporządzić listę powodów motywujących taką decyzję. Ponadto, biorąc pod uwagę fakt, iż decyzja odmowna lub odroczenie momentu zapłodnienia wynikają w rzeczywistości z całościowej oceny sytuacji, sporządzenie takiej listy wydaje się być wręcz niemożliwe. Tak więc, przykładowe opóźnienie umyślone jednego z partnerów może być w pewnych sytuacjach przyczyną decyzji odmownej przez wzgląd na ogólną sytuację rodzinną i materialną, podczas gdy w innych przypadkach zgłoszenie zostanie zaakceptowane. Podejście to jest zgodne ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jak wynika z orzeczenia w sprawie Dickson v. Wielka Brytania z dnia 4 grudnia 2007 roku³¹, fakt odbywania długoletniej kary więzienia przez jednego z partnerów nie jest wystarczającym powodem do odmowy udzielenia medycznej pomocy przy zapłodnieniu.

Orzeczenie to, zastosowane w odniesieniu do Francji, zmusza do konkretnej oceny zarówno sytuacji, jak i zgłaszającej się pary, nie pozwalając w konsekwencji na uzasadnienie decyzji w sposób ogólny i zobowiązując do indywidualnego rozpatrzenia każdego przypadku. Decyzja o odmowie lub odroczeniu procedury wspomaganego zapłodnienia może być ponadto podjęta jedynie w oparciu o realne i poważne przesłanki.

³⁰ Podkreślenie Autorek.

³¹ Dostępne w wersji angielskiej na stronie: <http://cmiskp.echr.coe.int>.

Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że pozostawienia takiej możliwości w rękach praktyków może wzbudzać pewne kontrowersje. Po pierwsze, należy zadać sobie pytanie, czy decyzja o odmowie lub odroczeniu jest naprawdę uzasadniona troską o dobro dziecka, czy też opiera się na subiektywnej – co nieuniknione – ocenie *możliwości rodzicielskich danej pary*. Druga hipoteza wydaje się niestety bardziej prawdopodobna. Skoro dziecko nie tylko jeszcze się nie urodziło, ale nawet nie zostało poczęte, to istnieje wyłącznie w planach danej pary i jego potencjalna egzystencja jest uzależniona całkowicie od jej zamiarów. Tak więc *dobro dziecka* nie może być rozpatrywane inaczej niż jako pojęcie dotyczące bliżej nieokreślonej przyszłości, przy założeniu, że sytuacja potencjalnych rodziców będzie taka sama, jak w momencie podjęcia decyzji. Wydaje się, że regulacje te można porównać z zasadami odnoszącymi się do władzy rodzicielskiej. Zgodnie z art. 371-1 Kodeksu Cywilnego, celem władzy rodzicielskiej jest dobro dziecka. Innymi słowy, jeśli rodzice działają wbrew dobru dziecka, czyli jeśli stwierdzone zostały braki w wypełnianiu obowiązków wynikających ze sprawowania tej władzy, władza rodzicielska może ulec zawieszeniu – czasowemu lub definitywnemu, w zależności od tego, co będzie lepsze dla dziecka.

W przypadku dostępu do technik pomocy medycznej przy zapłodnieniu, ocena zespołu medycznego może być utożsamiona z przewidywaniem właściwego sprawowania władzy rodzicielskiej przez daną parę, co nadaje tej ocenie charakter prewencyjny. Udzielenie odpowiedzi odmownej jest zatem równoznaczne z uznaniem, że potencjalni rodzice nie będą działać zgodnie z dobrem dziecka albo że w jego interesie nie leży być przez nich wychowywanym. W rezultacie, takiej parze nie pozwala się na sprawowanie władzy rodzicielskiej nad potencjalnym dzieckiem, co znaczy mniej więcej tyle, że zabrania się tym osobom rozmnażać. Podążając tym tropem, można by stwierdzić, że w pewnych przypadkach dla dobra dziecka lepiej jest, by w ogóle się nie narodziło. Nie odważymy się jednak na dalsze rozwijanie tej tezy, oczywiście nie pozbawionej elementów prowokacji.

Inni argumentują, że lepiej jest odmówić udzielenia medycznej pomocy przy zapłodnieniu niż być później zmuszonym do zapewnienia przyszłości poczętemu w jej wyniku dziecku. Rzeczywiście, w zakresie, w jakim prokreacja jest wspomagana przez społeczeństwo, to na nie właśnie spada odpowiedzialność za konsekwencje działań, na które zezwalają przepisy prawne. Jest to przekonujący argument, który, wpisując się w logikę działań prewencyjnych, ma na celu uniknięcie przewidywalnego ryzyka, mimo że zaistnienie niebezpieczeństwa jest z natury rzeczy niepewne.

Niezależnie od tego, uzasadnione wydaje się być pytanie, czy możliwa jest ocena *a priori* zdolności rodzicielskich pary wobec dziecka, które nie jest jeszcze ani narodzone ani nawet poczęte. Ponadto, należy zaznaczyć, że istnieje zawsze

ryzyko, iż decyzje podejmowane przez zespoły medyczne będą arbitralne i wzajemnie sprzeczne. Ponadto, podejmujący decyzję lekarze nie mają obowiązku uzasadnienia swojej odmowy, a para nie ma możliwości odwołania się od tej decyzji.

Co więcej, można poddać w wątpliwość prawo zespołu praktyków do orzekania w tej sprawie. Kwestia ta, podnoszona jest czasem także przez samych lekarzy, pojawia się również w raportach związanych z pracami nad nowelizacją ustawy bioetycznej³².

4.2. Ocena dobra dziecka przez sąd – przekazanie embrionu innej parze

Po dokonaniu zapłodnienia *in vitro*, embriony, które nie zostały wykorzystane przy transferze, za obopólną zgodą mogą zostać zamrożone w celu przeprowadzenia późniejszego transferu. Zdarza się jednak, że przyszli rodzice nie chcą mieć już więcej dzieci i zgadzają się na przekazanie embrionów innej parze. Aby transfer mógł być przeprowadzony, sędzia (w tym wypadku przewodniczący *Tribunal de Grande Instance*), zgodnie z art. L. 2141-6 Kodeksu Zdrowia Publicznego, *przystępuje do działań mających na celu ocenę warunków jakie dana para jest w stanie zagwarantować potencjalnemu dziecku, zarówno na płaszczyźnie rodzinnej, jak i edukacyjnej i psychologicznej*. Regulacje te mają na celu ochronę dobra dziecka i w sposób ewidentny przywołują na myśl wymagania procedury adopcyjnej.

5. Dobro dziecka poczętego w wyniku wspomaganej medycznie prokreacji: sytuacja w Polsce

Przechodząc do rozważań na temat projektowanych ustaw w Polsce rozpocząć wypada, podobnie jak w przypadku rozwiązań francuskich, od próby zdefiniowania pojęcia dobra dziecka w polskim systemie prawa cywilnego zważywszy, że autorzy poszczególnych projektów właśnie tym terminem się posługują. W szczególności, podobnie jak w przypadku prawa francuskiego, celowe jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dobro dziecka w sytuacji poddania przyszłych

³² Por. np. stanowisko Parlamentarnego Biura Doradczego ds. Oceny Rozwiązań Naukowych i Technologicznych (fr. *Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*) w zapytaniu: *Czy możliwe jest zajmowanie się nadrzędnie postawionym dobrem dziecka bez nadmiernej ingerencji w życie prywatne tych par?* Zob. OPECST, *L'évaluation de l'application de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique* (Ewaluacja stosowania przepisów ustawy nr 2004-800 z 6 sierpnia 2004 dotycząca bioetyki – przyp. tłum.), raport z 17 grudnia 2008 roku, s. 160. Dostępny na stronie: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-off/i1325-tI.pdf>.

rodziców zabiegom wspomaganey medycznie prokreacji jest tym samym co dobro dziecka już urodzonego, kiedy to w realizacji tego postulatu pomocne stają się normy przewidziane w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (k.r.o.).

Wydaje się, że uzasadnienia dla powyższej konstrukcji upatrywać można w trafności opartej na doświadczeniu życiowym tezy, iż osoby, które poddają się procedurom medycznym w ramach wspomagania rozrodu czynią to nie tyle dlatego, że liczą na zlikwidowanie niekorzystnych objawów swojego stanu zdrowia ale dlatego, że w wyniku zastosowania tych procedur medycznych pragną realizować funkcje rodzicielskie. Wydaje się dalej, że małżonkowie czy partnerzy³³ poddający się technikom wspomaganey medycznie prokreacji dążą do uzyskania ciąży a w jej wyniku do urodzenia zdrowego dziecka. Realizują oni zatem pragnienie urodzenia dziecka przy wykorzystaniu technologii medycznej. Oznacza to, że nie można mówić jedynie o poddaniu ich objawowemu leczeniu. W każdym razie nie jest to wyłączna przesłanka poddania się skomplikowanej, kosztownej i długotrwałej procedurze. Konsekwencją pragnień osób niepełnych są zabiegi medyczne, które mają na celu nie tyle poddanie się leczeniu z zachowaniem staranności lekarza, ale pojawienie się i urodzenie nowego człowieka, i jako takie wszystkie działania w ramach procedur medycznych dotyczą bezpośrednio losu, statusu prawnego i dobra mającego się narodzić dziecka³⁴. Trzeba jednak mieć świadomość, że bez usunięcia objawów niepłodności (niezależnie od zastosowanej metody) nie da się zapewnić dobra dziecka, bo go nie będzie. Sporne, rzecz jasna jest to, czy urodzenie dziecka po zastosowaniu niektórych technik wspomaganey medycznie prokreacji (w szczególności technik *in vitro*) oznacza przywrócenie płodności.

Polski ustawodawca, podobnie jak ma to miejsce w Francji, nie definiuje terminu „dobro dziecka.” W polskiej nauce prawa zaproponowano kilka ujęć terminu „dobro dziecka.” Za trafną uznaje się formułę, według której „dobro dziecka na gruncie prawa rodzinnego oznacza kompleks wartości o charakterze ma-

³³ Ustawodawca powinien rozważyć czy za przyznaniem dostępu do technik wspomaganey medycznie prokreacji osobom niepozostającym w związku małżeńskim przemawia dobro dziecka. Szerzej T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej* [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 95; tenże, *Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej*, *Forum Iuridicum* 2004, nr 3, s. 7-25; A. Kobińska, *Ograniczenie in vitro tylko dla małżeństw*, *Prawo i Medycyna on line* 2009, nr 1, dostępny na stronie: www.prawoimedycyna.pl.

³⁴ Szerzej J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów in vitro – polemika*, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 31, s. 104-119 w polemice z M. Boratyńska, *Umowa o zapłodnienie pozaustrojowe*, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 30.

terialnym i niematerialnym, niezbędnych do zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego dziecka oraz należytego przygotowania go do pracy (samodzielności życiowej) odpowiednio do jego uzdolnień, przy czym wartości te są zdeterminowane przez wiele różnorodnych czynników.”³⁵ Przyjmuje się także, iż terminem tym objąć można „optymalną konfigurację elementów dotyczącego dziecka stanu rzeczy (czyli interesu dziecka).”³⁶ Celem, dla którego realizuje się dobro dziecka jest zarówno ochrona interesu dziecka, jak i interesu społecznego oraz interesu rodziców. Zasadę dobra dziecka należy brać pod uwagę przy projektowaniu aktów prawnych obejmujących medycznie wspomagany rozród człowieka³⁷. Dobro dziecka jest wartością wysoko cenioną przez ustawodawcę, z którą mamy do czynienia zarówno w Konstytucji RP jak i w innych aktach porządku krajowego i międzynarodowego, by wskazać jedynie kodeks rodzinny i opiekuńczy czy Konwencję o prawach dziecka³⁸; co więcej, ustawodawca daje pierwszeństwo dobru dziecka przed interesem rodziców. Kierując się dobrem dziecka rodzice powinni dążyć do stworzenia dziecku korzystnej dla niego sytuacji życiowej, która będzie sprzyjać jego rozwojowi duchowemu i fizycznemu³⁹. Zasadę tę widzieć powinni także autorzy projektów ustaw regulujących wspomaganie ludzkiego rozrodu⁴⁰.

W literaturze nie jest kwestionowany pogląd, iż takie wartości jak trwałość więzi małżeńskich i rodzinnych oraz dobro dziecka powinny być preferowane względem wartości dotyczących wyłącznie osób uprawnionych do poddania się leczeniu za pomocą technik wspomaganej medycznie prokreacji i zainteresowanych poczęciem dziecka na drodze zabiegów medycznych⁴¹. Takie stanowisko znajduje oparcie w wykładni systemowej polskiego prawa rodzinnego, w szczególności przepisów k.r.o., jak również na gruncie Konwencji o prawach dziecka⁴². W świetle Konwencji o prawach dziecka wszelkie działania dorosłych dotyczące dzieci powinny mieć na względzie przede wszystkim ich dobro, a jednocześnie

³⁵ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 27; T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne...*, s. 95.

³⁶ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne*, Poznań 2006, s. 123.

³⁷ T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne...*, s. 92 i n.

³⁸ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 roku (Dz. U. 1991, nr 120, poz. 526).

³⁹ T. Sokołowski, *Prawo...*, s. 123.

⁴⁰ Na temat uprawnień osób pragnących realizować funkcje rodzicielskie por. np. M. Brachowicz, *Prawo do dziecka?*, [w:] *Współczesne...*, s. 120.

⁴¹ T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne...*, s. 96; J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności in vitro – polemika* – *Prawo i Medycyna* 2008, nr 31, s. 104-119.

⁴² M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?* [w:] *Prawne, medyczne...*, s. 73.

troska i stosowna ochrona prawna należy się dziecku jeszcze przed urodzeniem (preambuła do konwencji).

Trafnie podnosi się zatem w doktrynie, że nie każde pragnienie rodzicielstwa, albo posiadania dziecka służy realizacji jego dobra, a co za tym idzie nie każde poddanie się procedurze wspomaganej medycznie prokreacji będzie wiązało się z działaniem służącym dobru dziecka, nawet jeśli znajduje uzasadnienie w przesłankach medycznych występujących po stronie pary⁴³.

Wypada podzielić pogląd, że podejmując trud regulacji problematyki wspomaganej medycznie prokreacji i wzorując się np. na prezentowanych rozwiązaniach francuskich powinno się w pierwszej kolejności określić przesłanki podmiotowe, których spełnienie uprawniałoby do poddania się przedmiotowym technikom. Określenie tych przesłanek podyktowane musi być ochroną wartości, jaką jest dobro dziecka. W świetle doświadczenia życiowego nie budzi wątpliwości teza, że poddanie się zabiegom wspomaganej medycznie prokreacji służy minimalizowaniu pewnych negatywnych konsekwencji choroby jaką jest niepłodność poprzez zastosowanie leczenia o charakterze objawowym. Trzeba jednak pamiętać, że leczenie polega w omawianym przypadku na usunięciu naturalnej niemożności spółdzenia i urodzenia dziecka przez parę i technika *in vitro* bądź inna wspomagająca medycznie rozród ten rezultat, nie zawsze, ale często, zapewnia. W związku z tym wszystkie działania medyczne podejmowane są przede wszystkim dlatego, że poddający się temu leczeniu pragną realizować funkcje rodzicielskie⁴⁴. W konsekwencji działania przyszłych rodziców należy oceniać w świetle ochrony dobra dziecka, które ma być dopiero poczęte, jego szczegółowych praw ułatwiających osiągnięcie tego dobra. Należy podkreślić, że oceniając przesłanki podmiotowe bierze się pod uwagę dobro konkretnego dziecka, które ma się począć z danej pary, nie zaś dzieci cudzych, czy dzieci w ogólności.

Przechodząc do omówienia rozwiązań proponowanych przez autorów poszczególnych projektów należy zauważyć, że w projekcie ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu tkanek, komórek i narządów (druk sejmowy nr 2707) przyjmuje się jedynie minimalne wymogi w tym zakresie natomiast projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw (druk sejmowy nr 3467) zasadę dobra dziecka czyni jedną z zasad, na których oparta zostaje idea nowej

⁴³ M. Łączkowska podnosi, że w sytuacji stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji w szczególności inseminacji heterologicznej oraz zabiegów *in vitro* należy ustalić czy nie osiąga się skutków sprzecznych z dobrem dziecka. M. Łączkowska, *Czy istnieje...*, s. 74.

⁴⁴ T. Smyczyński, *Aksjologiczne...*, s. 10.

regulacji. W pierwszym z omawianych przypadków minimalny charakter ochrony zasady dobra dziecka stanowi konsekwencję przyjętej techniki legislacyjnej i porzucenia jedynie na określeniu kryteriów i zasad stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji. Nie sposób podzielić przyjętego stanowiska. W szczególności trudno zaakceptować pogląd, że należałoby poddać redefinicji pojęcia z zakresu prawa cywilnego i prawa rodzinnego po wejściu w życie ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu komórek. Jeżeli należałoby w istocie redefiniować pojęcia z zakresu kodeksu rodzinnego i opiekuńczego czy kodeksu cywilnego, to projekt powinien wskazywać konieczne modyfikacje tych aktów prawnych. Projekt powinien uwzględniać zasady obowiązujące w prawie rodzinnym⁴⁵. Trudno wyobrazić sobie, że ustawodawca w wyniku wprowadzenia zmian do ustawy o pobieraniu komórek miałby dopiero zmieniać k.r.o. w szczególności rezygnując z zasady dobra dziecka⁴⁶.

Projekt posługuje się jedynie określeniem „biorczyni”, „dawca” czy „dawca zarodków”. Jednocześnie np. w przypadku definicji „biorczyni” (art. 2 pkt 1b) zakłada się, że jest to kobieta, u której stosuje się męskie lub żeńskie komórki rozrodcze przekazane w celu dawstwa partnerskiego lub niepartnerskiego albo zarodki przekazane w celu dawstwa niepartnerskiego. Już nawet pobieżna analiza prezentowanego przepisu zdaje się potwierdzać tezę, że wobec takiego sformułowania przesłanki dopuszczalności zastosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji, ochrona interesu dziecka poczętego i urodzonego przez biorczynię staje się iluzoryczna. Takie sformułowanie przesłanki dopuszczalności pozwala bowiem na poddanie się technikom zarówno kobiety pozostającej w związku małżeńskim (art. 2 pkt 3a), pozostającej w konkubinacie jak i kobiecie samotnej, nawet z wykorzystaniem komórek rozrodczych pochodzących od anonimowych dawców. Poza sytuacją małżonków oraz uznaniem ojcostwa przez konkubenta matki, niemożliwym staje się ustalenie pochodzenia dziecka⁴⁷.

Na gruncie zasad przyjętych w polskim prawie filiacyjnym nie ulega wątpliwości, że dobro dziecka będzie najpełniej chronione w przypadku małżeństwa. W świetle art. 68 k.r.o. zaprzeczenie ojcostwa nie jest dopuszczalne, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż

⁴⁵ B. Chazan, *Lekarz wobec wyzwań bioetycznych*, [w:] *Współczesne...*, s. 26.

⁴⁶ J. Haberko, *Opinia prawna w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* (druk sejmowy 2707), sporządzona dla Biura Analiz Sejmowych, marzec 2010, niepublikowane.

⁴⁷ J. Haberko, *Ustalenie ojcostwa wobec braku obcowania płciowego w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, referat wygłoszony w trakcie konferencji: Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji, Wrocław 11.12.2009 r., niepublikowane.

matki wyraził zgodę⁴⁸. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie dodatkowo wzmacnia bezpieczeństwo i interesy dziecka. Przesłanka ograniczenia dostępności stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji wyłącznie dla osób pozostających w związkach małżeńskich zdaje się nie znajdować powszechnej akceptacji⁴⁹. Nie sposób nie zauważyć faktu, że pary pozostające w innym niż małżeństwo związku podejmują próby posiadania własnego potomstwa także w wyniku zastosowania omawianych technik. Należy jednak pamiętać, że przyjęcie możliwości dostępu do technik wspomaganej medycznie prokreacji dla osób niepozostających w związku małżeńskim musiałoby pociągać za sobą propozycje dalszych zmian ustawowych.

Błędem wydaje się być poprzestanie na zastosowaniu zwrotu o charakterze nieostrym dla określenia dawstwa partnerskiego i użycie określenia „biorkzyni pozostająca we wspólnym pożyciu (partnerka dawcy)”. O ile zrozumiała wydaje się troska o stworzenie możliwości posiadania potomstwa w drodze zastosowania medycznie wspomaganej prokreacji także parom niepozostającym w formalnym związku małżeńskim, o tyle nieokreślenie minimalnych przynajmniej wymogów, jakie powinien taki nieformalny związek (wspólne pożycie) spełniać (np. wzorując się na przyjętym w prawie francuskim rozwiązaniu co do jego trwałości) godzi w interes dziecka. Jeszcze więcej wątpliwości budzi dopuszczalność poddania się technikom wspomaganej medycznie prokreacji przez osoby samotne. W kontekście ochrony interesu dziecka należałoby takie rozwiązanie odrzucić. Dziecko nie ma bowiem w takiej sytuacji (wobec anonimowości dawcy komórek) możliwości ustalenia pochodzenia od drugiego rodzica, nie korzysta z władzy rodzicielskiej sprawowanej nad nim przez rodzica, nie ma także uprawnienia do dziedziczenia. Można oczywiście poddać w wątpliwość trafność powyższego założenia przytaczając argument, w świetle którego podobna sytuacja ma miejsce w przypadku samotnej kobiety, która zachodzi w ciążę w wyniku intymnego pożycia z mężczyzną. Wypada jednak zauważyć, że w przypadku kobiety samotnej godzącej się na współżycie płciowe a następnie urodzenie dziecka zarówno kobieta jak i dziecko mogą dochodzić ustalenia pochodzenia dziecka od mężczyzny. System prawny dysponuje bowiem instrumentami przy pomocy, których możliwe jest ustalenie ojcostwa dziecka. Dziecko to znajduje się wówczas w uprzywi-

⁴⁸ T. Sokołowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod redakcją H. Doleckiego i T. Sokołowskiego, Warszawa 2010, s. 490 i n.; J. Haberko, *Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny, wyrażanej przez małżonka w trybie art. 68 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, RPEiS 2010, nr 1, s. 45- 57; M. Gołowkin-Hudała, *Zgoda męża na poczęcie dziecka za pomocą metod wspomaganej prokreacji*. Uwagi na tle art. 68 k.r.o., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2010, s. 19-32.

⁴⁹ Por. A. Kobińska, *Ograniczenie...*, op. cit.; P. Łuków, *Technologia...*, op. cit.

lejuwanej pozycji w stosunku do sytuacji, gdyby przyszło na świat po zastosowaniu wspomaganej medycznie prokreacji polegającej na użyciu do zapłodnienia nasienia dawcy, przy jednoczesnym obowiązku zachowania jego anonimowości⁵⁰.

Te postulaty znajdują potwierdzenie np. w wykładni Konwencji o prawach dziecka, w świetle której do podstawowych praw dziecka zalicza się prócz prawa do życia w rodzinie prawo do wychowania przez obojga rodziców, prawo do optymalnego statusu prawnorodzinne go jednocześnie zobowiązując państwa do stworzenia gwarancji dla realizacji tych praw i nakładając na nie obowiązek strzeżenia wskazanych praw przed naruszeniem⁵¹.

Z kolei niedoprecyzowanie omawianego wymogu pozwalałoby, zdaniem przedstawicieli doktryny, ubiegać się o zastosowanie technik także przez osoby samotne, które wykorzystają jedynie przejściową obecność partnera do rozpoczęcia procedury związanej z zastosowaniem technik wspomaganej prokreacji⁵². Współżycie czy pożycie określane jako inny związek nie zawiera cech trwałości i stabilności, i zakłada nieporównywalnie większą niż w przypadku małżeństwa przejściowość tego „związku”. Nie jest zatem wskazane stawianie znaku równości pomiędzy parą pozostającą w związku małżeńskim a parą osób współżyjących pod jednym dachem i prowadzących wspólne gospodarstwo, gdyż to ostatnie nie daje praktycznie żadnych prawnych gwarancji stałości i stabilności, co z kolei nie jest korzystne dla dziecka. Gwarancje, o których mowa, mogłoby dać jedynie prawne uregulowanie konkubinatu, którego jednak polski system prawa cywilnego *de lege lata* nie reguluje. Decyzja w tym zakresie należeć będzie do ustawodawcy, jednak od autorów projektu można wymagać propozycji w tym zakresie⁵³.

Mając na uwadze przyjęte i sprawdzające się we Francji rozwiązanie, wątpliwości budzić będzie także dopuszczalność poddania się procedurom wspomaganej medycznie prokreacji osób w każdym wieku. Jedynym czynnikiem ograniczającym zastosowanie technik czyni się niekiedy (projekt z druku sejmowego nr 2707) aktualny stan zdrowia dawcy oceniany *ad casu* przez lekarzy na podstawie

⁵⁰ J. Haberko, *Opinia...*, op. cit.

⁵¹ T. Smoczyński [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 149-165.

⁵² F. Naddeo [w:] *Procreazione assistita*, praca zbior. pod red. P. Stanzone i G. Sciancalepore, Milano 2004, s. 74 i n. Palazzani, *La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici*, *Diritto di Famiglia* 1999, s. 758; Busnelli, *Procreazione artificiale filiazione adottiva*, *Famiglia* 2003, s. 22; R. Villani, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, *Studium Iuris* 2004, s. 579; J. Haberko, *Prawne aspekty prokreacji wspomaganej medycznie w świetle nowej włoskiej ustawy*, *Prawo i Medycyna* 2005, nr 18, s. 82-100; Oczywiście nietrafnie w kontekście ochrony interesu dziecka stanowisko zajmuje A. Kobińska, *Ograniczenie in vitro tylko dla małżeństw*, *Prawo i Medycyna* on line 2009, nr 1, dostępny na stronie: www.prawoimedycyna.pl.

⁵³ J. Haberko, *Opinia...*, op. cit.

aktualnego stanu wiedzy medycznej. Nie wprowadza się takich ograniczeń dla biorczyni, z wyjątkiem sytuacji kobiety, której ma być implantowany zarodek⁵⁴. Wydaje się, że osoby poddające się technikom wspomaganey medycznie prokreacji w celu uzyskania potomstwa powinny być w takim przedziale wiekowym, w którym zwykle podejmuje się decyzje o splotzeniu i urodzeniu potomstwa⁵⁵. W świetle wiedzy medycznej nie budzi wątpliwości, że wraz z wiekiem wzrasta ryzyko wystąpienia pewnych chorób. Skoro np. Minister Zdrowia przyjmuje, że kobieta, która ukończyła 35 rok życia należy do grupy ryzyka, gdy chodzi o wystąpienie wady genetycznej lub rozwojowej i kwalifikuje ją do przeprowadzenia badań prenatalnych, to wydaje się, że ustawodawca kierowany doświadczeniem życiowym powinien ograniczyć dostępność poddania technikom wspomaganey medycznie prokreacji w sytuacji, gdy to ryzyko jest większe⁵⁶. Przesłanka wieku podmiotów ubiegających się o zastosowanie technik wspomaganego rozrodu podyktowana jest także chęcią zapewnienia dzieciom prawidłowych warunków rozwoju z rodzicami gwarantującymi efektywną pieczę w czasie, kiedy dziecko najbardziej rodziców potrzebuje⁵⁷.

W kontekście ochrony interesu dziecka trafne jest założenie niedopuszczalności pobrania komórek rozrodczych w celu ich wykorzystania w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji ze zwłok ludzkich. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na propozycje zakładające możliwość utworzenia zarodka *post mortem* z komórek rozrodczych pobranych za życia od dawcy, o ile dawca przed śmiercią udzielił pisemnej zgody na wykorzystanie tych komórek. Nie sposób określić czemu miałyby służyć stworzenie zarodka w takiej sytuacji, bo z pewnością nie dobru dziecka. Jeśli poczęłoby się ono i następnie urodziło, to nawet w sytuacji rodziców małżonków nie korzystałoby z domniemania z art. 62 k.r.o. czy z np. uprawnienia z art. 927 § 2 k.c.⁵⁸.

Drugi z przywołanych w toku wywodu projekt ustawy odnoszącej się do kwestii bioetycznych zasługuje w zakresie realizacji postulatów dobra dziecka na szczególną uwagę, jako że kładzie środek ciężkości właśnie na realizację zasady dobra dziecka. Chodzi o projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i o zmianie innych ustaw zamieszczony w druku sejmowym nr 3467. W świetle założeń projektu przyjmuje się

⁵⁴ Por. art. 19b pkt 2 projektu zamieszczonego w druku sejmowym nr 2707.

⁵⁵ R. Villani, *La procreazione assistita*, La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40, Torino 2004, s. 73.

⁵⁶ Por. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych (Dz. U. Nr 140, poz. 1148 z późn. zm.).

⁵⁷ R. Villani, *La nuova...*, s. 579.

⁵⁸ J. Haberko, *Opinia...*, op. cit.

bowiem *expressis verbis* w art. 2, że ustawa chroni godność człowieka, dobro dziecka, małżeństwo i rodzinę jednocześnie zakładając, że procedurę medycznie wspomaganej prokreacji podejmuje się mając na względzie przede wszystkim wskazania medyczne i dobro dziecka (art. 12). Oznacza to nie tylko niemożność tworzenia embrionów ludzkich na warunkach innych niż te przewidziane w ustawie, ale także tworzenia ich w sytuacji, gdyby ucierpieć miało dobro dziecka. Tworzenie embrionów jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji odpowiadającej warunkom określonym w ustawie i tylko w ramach procedur wspomaganej medycznie prokreacji. Jednocześnie ustawa daje gwarancję ochrony życia ludzkiego oraz gwarantuje zachowanie zasady dobra dziecka. W ten postulat wpisuje także art. 9 i 10 ustawy, w świetle których nie dopuszcza się tworzenia embrionów poza organizmem kobiety, w celu innym niż jego transfer do organizmu kobiety (chodzi tu o niemożność wykorzystania embrionu do celów innych niż przewiduje ustawa, w szczególności do celów badawczych czy terapeutycznych).

Na uwagę zasługuje także art. 16 ustawy, gdzie zawiera się przesłanki podmiotowe i przedmiotowe, których spełnienie jest niezbędne dla poddania się procedurom wspomaganej medycznie prokreacji. Do procedury medycznie wspomaganej prokreacji może być dopuszczona para małżeńska, w stosunku do której stwierdzono brak skuteczności w leczeniu bezpłodności, co więcej warunkiem dopuszczenia kobiety do procedury wspomaganej medycznie prokreacji jest pozostawanie przez nią w wieku prokreacyjnym, ustalonym przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej i dobra dziecka⁵⁹. Wyznaczenie granic dopuszczalności działań medycznych ma na celu ochronę godności człowieka, nawet jeżeli pozornie wiąże się to z ograniczeniem innych osób w możliwości dokonywania pewnych działań. W tym aspekcie nie podzielamy wątpliwości P. Łukowa⁶⁰. Ograniczenia stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji w odniesieniu do niektórych grup osób dyktowane są nie tyle – jak pisze P. Łuków: „nieudokumentowanymi obiegowymi przekonaniami antropologicznymi [Autorów projektu] i [ich] własnymi ideałami życia rodzinnego”, ale mają chronić dobro dziecka i jego nie-

⁵⁹ Por. wcześniejsza wersja projektu (stan na 17.12.2009), gdzie proponowano następującą treść art. 16: ust. 2 Wykluczone jest dopuszczenie do procedury medycznie wspomaganej prokreacji, jeżeli osoby ubiegające się o przystąpienie do procedury obciążone są chorobami lub upośledzeniami genetycznymi i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo przeniesienia ich na potomstwo; Ust. 3 Warunkiem dopuszczenia kobiety do procedury medycznie wspomaganej prokreacji jest nieukończenie przez nią 40 roku życia; Ust. 4 W szczególnie uzasadnionych wypadkach, Prezes Urzędu ds. Biomedycyny może w drodze decyzji wyrazić zgodę na odstępnie od warunku określonego w ust. 3 w stosunku do kobiety, która nie ukończyła 45 roku życia, jeżeli nie sprzeciwiają się temu względy medyczne lub dobro dziecka.

⁶⁰ P. Łuków, *Technologia...*, op. cit.

naruszalną godność. Działania ustawodawcze powinny mieć na celu wyeliminowanie patologii ze sfery wykorzystania osiągnięć technologii medycznej, a także pełniejszą ochronę godności osoby ludzkiej w tych sferach, które pozostają obecnie poza zakresem regulacji systemu prawnego. Co więcej działania te mają służyć wszystkim uczestnikom procesu przekazywania ludzkiego życia przy wykorzystaniu technologii medycznej⁶¹.

Już dokonana na potrzeby niniejszego opracowania szkieletowa analiza zarówno prawa francuskiego jak i omawianego projektu ustawy skłania do zaakceptowania stanowiska, że w przypadku stosowania technik wspomaganej prokreacji stawia się wyższe wymagania w zakresie określenia warunków powstania ludzkiego życia przy wykorzystaniu technologii medycznej, niż w razie poczęcia dziecka w wyniku kontaktu cielesnego rodziców. Pogląd ten znajduje odbicie w wypowiedziach autorytetów nauki prawa⁶². Życie i godność tak powstającej osoby ludzkiej wymaga ochrony już od fazy rozwoju embrionalnego poza organizmem matki. Ochrona ta musi uwzględniać przede wszystkim dobro dziecka, jak również interesy rodziny, w której dziecko to będzie się wychowywać, oraz motywy związane z potrzebą rodzicielstwa, jakie stoją u podstaw wykorzystania technik zapłodnienia pozaustrojowego w sytuacji stwierdzonego braku sukcesu w leczeniu bezpłodności. Dopuszczalność technik tworzenia człowieka poza organizmem matki daje ogromną władzę osobom stosującym te techniki nad rozwijającym się życiem ludzkim. Stąd konieczność prawnego zabezpieczenia embrionu ludzkiego w tej fazie jego rozwoju przed nadużyciami i manipulacjami i wszelkimi oddziaływaniami traktującymi życie ludzkie w sposób przedmiotowy, godząc w godność przysługującą każdej istocie ludzkiej, oraz poddanie całej procedury medycznie wspomaganej prokreacji restrykcyjnej reglamentacji prawnej i kontroli organu administracji rządowej, który spełniałby w tym zakresie szczególne funkcje ochronne.

Jedynie wyjątkowo w przypadku, w którym matka genetyczna odmówiłaby poddania się zabiegowi transferu lub z innego powodu transfer ten nie byłby możliwy, dopuszczalnym miałoby być wyrażenie zgody na transfer embrionu do organizmu innej kobiety. W tej sytuacji proponuje się odstąpienie od konieczności zachowania wymogu pozostawiania kobiety w związku małżeńskim. Można oczywiście poddać w wątpliwość tego rodzaju rozwiązanie podnosząc, że nie następuje w omawianej sytuacji równe traktowanie embrionów w szczególności nie zapewnia się dzieciom urodzonych w omawianych warunkach możliwości poznania jednego z rodziców. Trzeba jednak pamiętać, że jest to – wedle za-

⁶¹ Por. art. 12 k.r.o.; A. Zielonacki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*. Komentarz, pod redakcją H. Doleckiego i T. Sokołowskiego, Warszawa 2010, s. 54-61.

⁶² T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne ...*, s. 92 i n.

łożenia – wyjątkowe rozwiązanie a przewidziana możliwość implantacji embrionu w organizmie kobiety samotnej doznaje ograniczenia w uznaniu sądu. Chroniąc embrion przed pozostawieniem w stanie kriokonserwacji i mając na względzie dobro dziecka, sąd może zezwolić na transfer embrionu do organizmu innej kobiety, dając jednak pierwszeństwo parom małżeńskim. Takie rozwiązanie podyktowane jest respektem dla konstytucyjnych zasad ochrony dobra dziecka i małżeństwa, w wyniku czego zgoda na transfer embrionu ludzkiego do organizmu kobiety niepozostającej w związku małżeńskim może nastąpić wyjątkowo, o ile nie jest możliwe zapewnienie przejęcia i wychowania dziecka przez małżonków. W szczególności dotyczyć to będzie sytuacji, w której wśród osób oczekujących na możliwość transferu embrionu poddanego kriokonserwacji brak jest par małżeńskich. Wypada podkreślić, że podstawowym uzasadnieniem dla wyrażenia przez sąd zgody na transfer embrionu do organizmu kobiety niepozostającej w związku małżeńskim jest dobro dziecka. Wedle założenia, w omawianych okolicznościach, niezbędne wydaje się zbadanie kwalifikacji osobistych wnioskodawczyni. Sąd musi zyskać przekonanie o należyтым wywiązywaniu się w przyszłości z obowiązków rodzicielskich. Chodzi o stworzenie warunków, w których będzie wychowywać się dziecko, najbardziej zbliżonych do rodziny opartej na małżeństwie.

Przyjęcie powyższego rozwiązania stanowi konsekwencję uznania jako nadrzędnej zasady, zasady ochrony godności każdej istoty ludzkiej w tym także embrionu powstałego w wyniku zabiegów wspomaganej prokreacji. Co za tym idzie wykluczyć należałoby tworzenie embrionów tzw. zapasowych, które nie miałyby być poddane implantacji w tzw. pierwszym cyklu. Co do zasady w ramach procedury wspomaganej prokreacji powinien być tworzony jeden embrion, wyjątek od powyższej zasady pozwala na utworzenie dwóch embrionów, o ile podlegają one jednoczesnemu transferowi do organizmu matki. Podkreślić należy, w tym kontekście, że o tworzeniu embrionów zapasowych nie mogą przesądzać i decydować wyłącznie względy efektywności zabiegów wspomaganej medycznie prokreacji⁶³.

Przechodząc do wniosków końcowych należy zauważyć, że w interesie dziecka poczętego w wyniku technik *in vitro* pozostaje konieczność uregulowania ustawowego pieczy nad embrionem pozyskanym w wyniku zastosowania zabiegów wspomagających ludzki rozród. Wypada podkreślić, że w tym zakresie regulacji wymaga zarówno sytuacja embrionu po jego utworzeniu poza organizmem kobiety a jeszcze przez implantacją jak i sytuacja embrionu już implantowanego do organizmu kobiety. Swoiste rozwiązanie w tym zakresie przyjmuje art. 31 projektu ustawy zawartego w druku sejmowym nr 3467. Prawo do wykonywania

⁶³ Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw – druk sejmowy nr 3467.

pieczy nad embrionem przysługiwać powinno rodzicom. Projekt posługuje się określeniem „rodzice” dla określenia podmiotów, którym przyznaje się uprawnienie do sprawowania pieczy nad embrionem. O ile projekt posługuje się określeniem „rodzice” proces myślowy w sposób naturalny kierowany jest w kierunku „dziecka”, nad którym owa piecza rodziców miałaby być sprawowana. Jeśli dobrze odczytać intencję autorów projektu, sprawowanie pieczy nad embrionem stanowić ma postać realizacji uprawnień rodzicielskich. Rodzice zaś zgodnie z przyjętą w polskim prawie rodzinnym zasadą kierować powinni się dobrem dziecka. Co więcej to oni właśnie, w pierwszej kolejności zobowiązani są do ochrony interesu i strzeżenia dobra dziecka.

Wydaje się, że art. 31 ust. 2 projektu ustawy odnosi się do rodziców genetycznych embrionu. O ile bowiem sąd wyrazi zgodę na transfer embrionu ludzkiego innej kobiecie niż matka genetyczna za rodziców uważa się kobietę wskazaną w orzeczeniu sądu oraz jej męża (o ile pozostaje ona w związku małżeńskim). Osoby te stają się rodzicami od chwili dokonania transferu. Prawo do sprawowania pieczy nad embrionem opiera się na założeniu przyznania embrionom podmiotowości prawnej w zakresie stosunków rodzinno-prawnych. Rodzice zaś zyskują prawo do realizacji uprawnień podobnych do tych, które przysługują im w stosunku do dziecka już urodzonego. Jak się wydaje posłużenie się określeniem, iż prawo do sprawowania pieczy przysługuje rodzicom rozkłada środek ciężkości w ten sposób, by embrion traktowany był nie jako przedmiot, ale jako podmiot i to w relacji rodzinno-prawnej. Tę argumentację wzmacnia posłużenie się określeniem „rodzice” nie zaś np. „dawcy materiału genetycznego”, czy „małżonkowie poddający się procedurze wspomaganego medycznie rozrodu.” Takie określenie podmiotów uprawnionych do sprawowania pieczy wzmacnia interpretację w kierunku uznania, że stosunek rodzinno-prawny miałby powstawać jeszcze przed urodzeniem się dziecka, co więcej jeszcze przed implantowaniem embrionu w organizmie kobiety.

Wprawdzie z treści art. 31 ust. 2 projektu można wnosić, że mowa jest wyłącznie o rodzicach genetycznych (dawcach gamet), gdyż to właśnie oni mają sprawować pieczę. W przepisie tym proponuje się przyjęcie, że przypadku wyrażenia zgody określonej w art. 24 projektu ustawy kobietę wskazaną w orzeczeniu o zgodzie na transfer uważa się za matkę a jej męża za ojca, od momentu dokonania transferu. W takiej sytuacji art. 927 § 2 k.c. nie stosuje się do dziedziczenia ustawowego po rodzicach genetycznych, których prawo do sprawowania pieczy nad embrionem miałoby wygasać w momencie dokonania transferu. Za upodmiotowieniem embrionu nawet przed dokonaniem transferu w ramach relacji rodzinno-prawnej przemawia zatem propozycja wyłączenia stosowania art. 927 § 2 k.c. w stosunku do rodziców genetycznych, których prawo sprawowania pieczy wy-

gasa w momencie dokonania transferu. Uzasadnia to interpretację w kierunku przyznania uprawnienia do dziedziczenia także w sytuacji embrionu powstałego poza organizmem kobiety i co więcej następnie implantowanego za zgodą sądu do organizmu innej kobiety.

6. Wnioski końcowe

Medycznie wspomagana prokreacja stawia główny wymóg ustawodawcy: jak zachować równowagę między prymatem interesu dziecka i niewątpliwie istniejącym dążeniem i czasem desperacką nadzieją pary przyszłych rodziców do powołania do życia własnego dziecka. Inaczej mówiąc, jak uwzględnić prawowitą i uzasadnioną prośbę pary, nigdy nie tracąc z pola widzenia interesu dziecka?

Jak wynika z przedstawionych rozwiązań francuskich dobro nienarodzonego dziecka jest postrzegane przez ustawodawcę jako punkt odniesienia i swoisty filar, na którym oparto całość regulacji dotyczącej wspomaganej medycznie prokreacji.

Uzasadnione wydaje się twierdzenie, że ustawodawca francuski posiada szerszą wizję koncepcji dobra dziecka, jako że nie jest przez niego sprowadzone jedynie do kwestii dobrobytu materialnego, lecz jest rozpatrywane również na płaszczyźnie uczuciowej, edukacyjnej, społecznej i psychologicznej⁶⁴.

Ustawodawca polski zmierza dopiero w przyjętym przez inne systemy prawne, w tym francuski, kierunku. Złożone w polskim sejmie rozwiązania mają na celu ujednolicenie stosowanych praktyk odbywających się dotąd bez nadzoru, monitorowania i kontroli. To niewątpliwa zaleta wszystkich projektów ustaw. Docenić należy wysiłek autorów projektów w tym zakresie. Ocena projektowanych rozwiązań, w kontekście przedstawionych rozwiązań francuskich może jednak budzić pewne zastrzeżenia. Odnosi się to zwłaszcza do tych rozwiązań, które uwzględniają wyłącznie interes osób zainteresowanych poddaniem się procedurom medycznym i tym interesom dają prymat. Wydaje się, że na podstawie przedstawionych rozwiązań francuskich sceptycznie odnieść należy się do rozwiązań dopuszczających stosowanie technik wspomaganej medycznie prokreacji

⁶⁴ W tym przypadku wydaje się, że definicja dobra dziecka może zostać wpisana w optykę *konceptu idealnego*. Mamy na myśli zwłaszcza definicję zdrowia opracowaną przez Światową Organizację Zdrowia, według której *zdrowie to nie tylko całkowity brak choroby czy kalectwa, ale także stan pełnego, fizycznego, umysłowego i społecznego dobrostanu*. Preambuła do Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia, przyjętej na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia, Nowy Jork, 19-22 czerwca 1946, ratyfikowanej 22 lipca 1946 przez przedstawicieli 61 państw. Konstytucja weszła w życie 7 kwietnia 1948 roku. (Oficjalne dokumenty Światowej Organizacji Zdrowia, n. 2, s. 100).

w sytuacjach, w których naruszony zostałby interes dziecka. Chodzi w szczególności o te założenia projektów, które przyjmują dopuszczalność stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji niezależnie od sytuacji rodzinnoprawnej poddających się leczeniu osób czy ich wieku jak również o pobieranie komórek i dopuszczalność ich wykorzystania po śmierci jednej z osób.

Z aprobatą odnieść należy się natomiast do rozwiązań, które w osobach poddających się leczeniu w ramach wspomaganej medycznie prokreacji widzą nie tylko pacjentów poddających się objawowemu leczeniu niepłodności ale także a może przede wszystkim rodziców mającego się urodzić dziecka.

Wydaje się także, że przeprowadzone analizy uprawniają do stwierdzenia, że pod pojęciem dobra dziecka poszczególni ustawodawcy w różnych państwach widzą konfigurację wzajemnych relacji składających się na aprobowany i najlepszy dla dziecka model rodziny w danym społeczeństwie. Dążenie do tej właśnie równowagi jest chyba największym wyzwaniem dla ustawodawcy. Rozwiązanie owego skomplikowanego zadania jest uzależnione od tego, co każdy ustawodawca, uwzględniający sytuację we własnym społeczeństwie, uznaje za normalny model rodzinny.

THE CHILD'S INTEREST IN MEDICALLY ASSISTED PROCREATION ACCORDING TO FRENCH AND POLISH LAW

The purpose of this article is to present analysis of the term „child's interest” in some aspects of medically assisted procreation. The object of analysis is on the one hand French legal regulation of medically assisted procreation techniques and, on the other hand, the state of Polish preparations to conclude the legal process of bioethical law. As there is no legal definition of „child's interest”, the authors present state of French and Polish doctrine in this subject. The article answers the question whether and how it is possible to refer to the term „child's interest” in the situation of an unborn child and even more a child who only is to be conceived. Authors especially concentrate their attention on the requirements allowing to apply medically assisted procreation. Child's interest is taken into consideration during the process of creation and application of „medically assisted procreation methods” law. Therefore, the medically assisted procreation techniques should be applied only in case of sterility or infertility and couples should fulfill some personal conditions (i.e. to be married or, according to French regulation, in a stable relationship, to be alive and in the age in which people usually procreate).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(187) 2011
Warszawa 2011

Aleksandra Mężykowska ■

REPRYWATYZACJA W STRASBURGU? KILKA REFLEKSJI NA TEMAT AKTUALNYCH TENDENCJI W ORZECZNICTWIE ETPCz W SPRAWACH POLSKICH ROZSTRZYGANYCH NA GRUNCIE ART. 1 PROTOKOŁU NR 1 DO EKPCz

Wstęp

Celem rozważań zawartych w niniejszym artykule jest przedstawienie aktualnych tendencji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz lub Trybunał) na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako EKPCz lub Konwencja) w zakresie skarg skierowanych przeciwko Polsce dotyczących zmian w stosunkach własnościowych dokonanych na gruncie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie dla Polski zarówno Konwencji, jak i Protokołu nr 1. Niniejszy artykuł będzie się koncentrował na wskazaniu sytuacji, kiedy skutki zastosowania ustaw nacjonalizacyjnych bądź innych aktów prawnych, które prowadziły do głębokich przekształceń własnościowych, stanowić mogą naruszenie zobowiązań, które Polska zaciągnęła przystępując do Konwencji i Protokołu nr 1¹.

¹ Szerzej na temat zakresu prawa do poszanowania mienia na podstawie art. 1 Protokołu nr 1 w polskiej literaturze zob. m.in. C. Mik, *Prawo własności w europejskiej konwencji praw człowieka*, PiP 5 (1993) oraz C. Mik, *Ochrona prawa własności w prawie europejskim*, T. Jasudowicz, C. Mik (red.), „O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej”, Toruń 1996, E. Łętowska, Konstrukcja

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału sformułowana została zasada, że z art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji nie wynika dla państw żadne zobowiązanie do zwrotu mienia, które zostało przez państwa przejęte przed ratyfikacją Konwencji². Wynika to z ukształtowania zakresu prawa własności w Konwencji jako prawa do poszanowania mienia a nie prawa do mienia. Teza ta koresponduje z faktem, iż reptrywatywacja nie jest instytucją prawa międzynarodowego³. Ponadto, Trybunał akceptuje fakt, iż państwa posiadają szeroki margines swobody przy wprowadzaniu rozwiązań restytucyjnych⁴. Margines ten pozwala na uwzględnienie możliwości finansowych państwa, a także realizację określonych celów politycznych, także poprzez wyłączenie uprawnień restytucyjnych w stosunku do określonych kategorii byłych właścicieli⁵. Trybunał zastrzega jednakże, że zakres uznania nie jest nieograniczony i podlega kontroli ze strony organów konwencyjnych, które dokonując oceny muszą uwzględnić także wprowadzony Konwencją zakaz dyskryminacji⁶. W świetle przedstawionych zasad wydawać by się mogło, że kwestia rozliczeń za mienie przejęte przez państwo w czasach komunistycznych, jest kwestią zamkniętą, z uwagi na brak po stronie władz polskich obowiązku restytucyjnego w tym zakresie. Należy jednak zwrócić uwagę, że Trybunał stale przyjmuje do rozpatrzenia nowe sprawy skierowane przeciwko Polsce dotyczące problematyki szeroko rozumianej restytucji mienia przejętego przez państwo przed 1 października 1994 r. W niektórych z nich przedmiotem zainteresowania Trybunału stały się orzeczenia organów krajowych wydane w postępowaniach nakierowanych na odzyskanie utraconego mienia. W innych Trybunał podjął rozważania nad możliwością traktowania niektórych sta-

gwarancji własności w Europejskiej Konwencji z 1950 r. [w] *Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska ofiarowane Profesorowi Antoniemu Agopszowiczowi*, red. E. Giszter, Katowice 1992 r. Na temat skutków nacjonalizacji w prawie międzynarodowym patrz m.in. M.Lachs, *Nacjonalizacja i rozwój międzynarodowych stosunków gospodarczych*, PiP 10/1958.

² Por. np. wyrok *Beshiri i inni v. Albania*, skarga nr 7352/03, wyrok z 22.08.2006, *Ballerstedt i inni v. RFN*, skarga nr 54998/00, wyrok z 17.11.2005 r., *Weber v. RFN*, skarga nr 55878/00, postanowienie z 23.10.2006 r., *Bergauer i 89 innych v. Republika Czeska*, skarga nr 17120/04, postanowienie z 13.12.2005 r. Patrz też S. Sołtysiński, A. Nowicka, *Skutki nacjonalizacji może zrekomensować tylko polski parlament*, Rzeczpospolita z 22.2.2007 r.

³ Por. M. Muszyński, *Nacjonalizacja mienia cudzoziemców w Polsce a problem rekompensaty za mienie pozostawione*, Przegląd Sejmowy 2006, nr 1, s. 45.

⁴ Por. *Jahn i inni v. RFN*, skargi nr 46720/99, 72203/01 i 72552/01, wyrok z 30.06.2005, par. 91, *James i inni*, skarga nr 8793/79, wyrok z 21.02.1986, par. 46; *Gratzinger i Gratzingerova v. Republika Czeska*, skarga nr 39794/98, wyrok z 10.07.2002, par. 70-74, a także *von Maltzan i inni v. RFN*, 71916/01, 71917/01 and 10260/02, postanowienie z 02.03.1985, par. 74 (d), *Beshiri i inni v. Albania*, par.81.

⁵ Por. *Weber v. RFN*, skarga nr 55878/00, postanowienie z 23.10.2006.

⁶ Por. *Vajagić v. Chorwacja*, skarga nr 30431/03, wyrok z 20.7.2006 r.

nów prawnych ukształtowanych po II wojnie światowej jako naruszeń o charakterze ciągłym, co eliminuje przeszkodę do orzekania w postaci braku jurysdykcji czasowej Trybunału. Zwrócenie przez Trybunał uwagi na te sprawy prowokuje pytanie o to, czy orzekając zamierza on utrwalić dotychczasowe orzecznictwo, czy wytyczyć nowe standardy w omawianym zakresie. Przedmiotem niniejszego opracowania nie są natomiast rozważania ogólne dotyczące reprivatyzacji w świetle orzecznictwa Trybunału⁷, czy oceny zgodności z prawem dokonanych nacjonalizacji⁸.

Dla wskazania sytuacji, w których osoby, których majątek został przejęty przez państwo przed 1 października 1994 r. mogą skutecznie domagać się ochrony na podstawie Protokołu nr 1, konieczne jest przede wszystkim rozważenie, jakie są granice jurysdykcji czasowej Trybunału w stosunku do Polski oraz czy uprawnienia, na które powołują się skarżący, mogą być kwalifikowane jako mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1.

2. Jurysdykcja czasowa Trybunału

Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego umowa międzynarodowa, w omawianym przypadku EKPCz oraz Protokół nr 1, nie ma zastosowania do czynów czy aktów poprzedzających datę wejścia w życie umowy wobec danego państwa ani w odniesieniu do sytuacji, które przestały istnieć przed tą datą⁹. W przypadku Polski datą graniczną, od której ETPCz ma jurysdykcję czasową do rozpatrywania spraw skierowanych przeciwko Polsce na podstawie Protokołu nr 1, jest 10.10.1994 r., tj. data wejścia w życie Protokołu dla Polski. Jednak kwestia, czy zarzucane naruszenie oparte jest na faktach, które wydarzyły się przed krytyczną datą czy po niej, jest problematyczne, gdy, podobnie jak występuje to w przywołanych w niniejszym opracowaniu sprawach, fakty, na których opiera się skarga, częściowo rozgrywały się przed wskazaną datą, a częściowo po niej. Należy bowiem wskazać, że we wszystkich skargach skierowanych do Trybunału skarżący, których mienie zostało znacionalizowane po wojnie, wszczynali przed, jak i już po 10 października 1994 r. postępowania administracyjne oraz cywilne,

⁷ Por. min. D.Szańca, *O koncepcji reprivatyzacji w kontekście orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1/2006.

⁸ J.Forystek, *Nieakt (actum non existens) w demokratycznym państwie prawa*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2/2001, K. Osajda, *Nacjonalizacja i reprivatyzacja, akty prawne – orzecznictwo – piśmiennictwo*, Warszawa 2009.

⁹ Zob. art. 28 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

zmierzające do odzyskania utraconego mienia. Fakty większości spraw rozgrywały się w przeciągu kilkudziesięciu lat. Mając na uwadze zasadę nieretroaktywności, organy konwencyjne rozwinęły w orzecznictwie pojęcie tzw. sytuacji ciągłej, tj. naruszeń Konwencji, które zostały spowodowane aktami dokonanymi w pewnym momencie i które trwają w wyniku konsekwencji spowodowanych przez akt pierwotny¹⁰. Ponieważ pierwotne ingerencje w prawo własności w stosunku do skarżących miały na ogół miejsce kilkadziesiąt lat przed ratyfikacją przez Polskę Protokołu nr 1, jedynie zastosowanie konstrukcji naruszenia o charakterze ciągłym pozwala na objęcie tego typu sytuacji ochroną konwencyjną. Skarżący, który wnosi skargę odnoszącą się do wydarzeń, które rozegrały się przed ratyfikacją Konwencji czy Protokołu przez pozwane państwo, musi wykazać, że sytuacja powodująca naruszenie praw gwarantowanych przez te umowy trwa po ich wejściu w życie dla danego państwa¹¹. Ocena tego, czy źródłem ingerencji były fakty mające miejsce przed ratyfikacją, czy już po niej, ma kluczowe znaczenie. Trybunał musi za każdym razem wskazać, które działania pozwanego państwa mogą być traktowane jako ingerencja. Warto w tym momencie zauważyć, że szczególnie w skomplikowanych przypadkach dotyczących stosunków własnościowych wykreowanych w wyniku przeprowadzonej w Polsce po wojnie nacjonalizacji, zadanie to będzie wyjątkowo trudne i będzie wymagało dogłębnej analizy prawa polskiego i praktyki. Tytułem przykładu można wskazać, że w dotychczas rozstrzygniętych przez Trybunał sprawach, których przedmiotem było naruszenie prawa do poszanowania mienia, uznał on, że ingerencją było np. kolejne uchwalanie przez ustawodawcę przepisów potwierdzających istnienie po stronie uprawnionego prawa do ubiegania się o różnego rodzaju świadczenia¹². Określenie momentu ingerencji jest kluczowe, ponieważ jurysdykcja czasowa ETPCz musi być określona w relacji do faktów stanowiących domniemaną ingerencję¹³. Następczy brak środków skierowanych na zadośćuczynienie ingerencji nie może powodować jej objęcia czasową jurysdykcją Trybunału w Strasburgu¹⁴. W sytuacji, gdy skarżący uważa, że państwo naruszyło jego prawa gwarantowane Konwencją, w celu uzyskania napra-

¹⁰ P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rinn, L. Zwaak (red.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oksford 2006, s. 23; P. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oksford 2005, s. 151, T.T. Koncewicz, *Doktryna „sytuacji trwałej” w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka*, Palestra 7-8 2003.

¹¹ Por. wyrok ETPCz z 8.07.2004 r. w sprawie *Ilascu i inni v. Mołdawia i Rosja*, skarga nr 48787/99, par. 401–403, ze spraw polskich: wyrok ETPCz z 19.06.2006 r. w sprawie *Hutten-Czapska v. Polska*, skarga nr 35014/97, par. 152.

¹² Por. wyrok ETPCz z 22.06.2004 r. w sprawie *Broniowski v. Polska*, skarga nr 31443/96.

¹³ Por. wyrok w sprawie *Blecic v. Chorwacja*, skarga nr 59532/00, wyrok z 08.03.2006 r. [WI], par. 78–82.

¹⁴ Por. wyrok w sprawie *Blecic*, par. 77.

wienia szkody musi najpierw skorzystać z dostępnych środków krajowych. Jeżeli okażą się one nieskuteczne, może on następnie zwrócić się do ETPCz, a podstawę jego skargi zarzucającej naruszenie EKPCz stanowić może jedynie sama ingerencja, która może przybrać np. formę orzeczenia sądowego. Podstawą skargi nie mogą być natomiast fakty dotyczące odmowy zadośćuczynienia w ramach środków krajowych szkodom spowodowanym przez ingerencję. Dlatego też w sytuacjach, gdy ingerencja występowała przed wejściem w życie Konwencji i Protokołu nr 1 dla danego państwa, a odmowa jej zadośćuczynienia nastąpiła już po tej dacie, uznanie za rozstrzygającą o istnieniu jurysdykcji czasowej tej drugiej daty byłoby sprzeczne z zasadą nieretroaktywności traktatów¹⁵.

3. Zakres prawa do poszanowania mienia w orzecznictwie Trybunału

3.1. Orzecznictwo Trybunału w Strasburgu w przedmiocie prawa do poszanowania mienia jest niezwykle bogate. Pojęcie „mienia” zawarte w art. 1 Protokołu nr 1 ma znaczenie autonomiczne, niezależne od jakiejkolwiek klasyfikacji w prawie krajowym. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału pojęcie „mienia” użyte w tekście Protokołu nr 1 traktuje się zasadniczo jako tożsame z pojęciem własności¹⁶. Nie ogranicza się ono do własności dóbr materialnych, a jako mienie mogą być traktowane inne prawa i interesy. W każdej sprawie kwestią wymagającą rozważenia jest to, czy w jej okolicznościach, ocenianych jako całość, skarżącemu przysługiwało prawo do konkretnego i istotnego interesu¹⁷, podlegającego ochronie na mocy art. 1 Protokołu nr 1¹⁸. „Mienie” może być albo „istniejącym mieniem” albo aktywami, w tym roszczeniami, w odniesieniu do których skarżący może twierdzić, że ma przynajmniej „uprawnione oczekiwanie” uzyskania skutecznego korzystania z prawa majątkowego¹⁹. Nadzieja uznania prawa własności, którego nie można było skutecznie wykonywać, czy roszczenie o charakterze warunkowym, którego nie udaje się zrealizować z powodu niewypełnienia

¹⁵ Por. wyrok w sprawie *Blecic*, par. 77.

¹⁶ Por. C. Mik, *Ochrona prawa własności w prawie europejskim*, op.cit., s. 212.

¹⁷ Zwrot „substantive interest” tłumaczony jest różnie, np. jako interes o charakterze materialno-prawnym lub prawo do rzeczywistej korzyści.

¹⁸ Zob. np. *Broniowski v. Polska*, nr 31443/96, postanowienie z 19.12.2002, par. 98, *Broniowski v. Polska*, par. 129, *Kechko v. Ukraina*, skarga nr 63134/00, wyrok z 8.11.2005 r., par. 22.

¹⁹ Por. m.in. *Pine Valley Developments i inni v. Irlandia*, wyrok z 29.11.1991, par. 51; *Pressos Compania Naviera S.A. i inni v. Belgii*, wyrok z 20.11.1995, par. 31, *Beshiri i inni v. Albania*, par. 78; *Gratzinger i Gratzingerova v. Czechy*, par. 69.

warunków nie mogą być traktowane jako „mienię” w rozumieniu artykułu 1 Protokołu nr 1²⁰.

3.2. Choć koncepcja autonomicznego rozumienia niektórych pojęć, w tym pojęcia „mienię” zakłada interpretację niezależną od prostego odwołania się do prawa krajowego, jednakże Trybunał określając zakres ochrony poszczególnych praw uwzględnia ogólne zasady prawa krajowego danego państwa²¹. Orzekając bierze pod uwagę treść i zakres prawa, jakie nadają mu ustawodawstwo i praktyka krajowa. Ma to szczególne znaczenie w sytuacjach spornych, których przedmiotem nie jest „istniejące mienie”, a innego rodzaju aktywa, szczególnie roszczenia. Trybunał podkreśla, że roszczenie może być traktowane jako aktyw chroniony Protokołem jedynie wtedy, gdy jest roszczeniem prawnie uznanym²² („*legally recognised*”). Roszczeniem takim może być roszczenie o konkretnym charakterze²³ mające wystarczającą podstawę w systemie prawa krajowego²⁴. Ma to miejsce m.in. wtedy, gdy roszczenie poza ugruntowaniem w przepisach ma solidną podstawę w ustalonym i potwierdzającym je orzecznictwie sądów krajowych²⁵, bądź jeżeli skarżący dysponuje ostatecznym wymagalnym orzeczeniem na swoją korzyść²⁶ lub uznaniem tego roszczenia przez odpowiednie władze²⁷. Aby roszczenie mogło być traktowane jako aktyw musi być wystarczająco ukształtowane, aby mogło być wykonywane²⁸. Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynika, iż nie może być traktowane jako roszczenie ukształtowane, roszczenie mające co prawda podstawę w przepisie prawa krajowego, które jednakże jednocześnie w świetle orzecznictwa organów krajowych nie mogłoby być skutecznie dochodzone przed sądami krajowymi²⁹. Trybunał formułując takie stanowisko

²⁰ Por. m.in. *Gratzinger i Gratzingerova v. Czechy*, par. 69; *von Maltzan i inni v. RFN*, par. 74; *Beshiri i inni v. Albania*, par. 78.

²¹ Por. m.in. *Dwudziestu jeden więźniów v. Niemcy*, skargi nr 3134/67, 3172/67, 3188/67 i inne, postanowienie z 6.04.1968 r.

²² Por. m.in. *Bogumiła Rucińska v. Polska*, skarga nr 33752/96, postanowienie z 27.1.2000 r.

²³ Por. *von Maltzan i inni v. RFN*, par. 112.

²⁴ Por. *Draon v. Francja*, wyrok z 06.10.2005 [WI], skarga nr 1513/03, par. 68, *Anheuser-Busch v. Portugalia*, wyrok z 11.01.2007, skarga nr 73049/01, par. 65. Z najnowszych orzeczeń por. m.in. *Ernewein i inni p. RFN*, postanowienie z 12.05.2009 r., skarga 14849/08.

²⁵ Por. *von Maltzan i inni v. RFN*, § 112.

²⁶ Por. see *Draon v. Francja*, par. 68, *Burdov v. Rosji*, skarga nr 59498/00, wyrok z 07.05.2002, par. 40, *Beshiri i inni v. Albania*, par. 79.

²⁷ Por. *Peška i inni v. Polska*, skarga nr 33230/96, postanowienie z 17.01.1997.

²⁸ Por. *Kopecký v. Słowacja*, skarga nr 44912/98, wyrok z 28.09.2004, par. 49, *Stran Greek Refineries i Stratis Andreadis v. Grecja*, skarga nr 13427/87, wyrok z 09.12.1994, par. 59, *Bata v. Czechy*, skarga nr 43775/05, par. 70, *Bergsson i inni v. Islandia*, skarga nr 46461/06, postanowienie z 23.09.2008 r.

²⁹ Por. *Bata v. Czechy*, par. 70.

w sprawie *Bata v. Czechy*, która dotyczyła rzekomego niewywiązania się przez władze czeskie z obowiązku przyznania odszkodowania za mienie przejęte po wojnie, podkreślił, że pomimo obowiązywania przepisów dotyczących przejęcia na własność państwa mienia i zapowiedzi odszkodowania, władze nie wykazały jakichkolwiek przejawów akceptacji bądź uznania prawa do odszkodowania na podstawie będącego źródłem sporu aktu prawnego i wrogo odnosiły się do prób uzyskania takiego odszkodowania. Natomiast przepisy restytucyjne uchwalone już po 1989 r. przez władze demokratyczne nie przewidywały możliwości odszkodowania za mienie przejęte na podstawie spornego dekretu. Ponieważ władze po przystąpieniu do Konwencji nie potwierdziły obowiązku odszkodowawczego wynikającego z uchwalonego przed ratyfikacją ustawodawstwa, a roszczenie skarżącego nie było uznane przez sądy krajowe, Trybunał skonkludował, iż w takiej sytuacji nie może być mowy o istnieniu po stronie skarżącego prawa chronionego art. 1 Protokołu nr 1³⁰. Konkluzje zawarte w postanowieniu w sprawie *Bata*, Trybunał potwierdził w kolejnych orzeczeniach³¹. Postanowienie w sprawie *Bata* jasno dowodzi, że rozważenie, czy wysuwane przez skarżącego roszczenie spełnia przesłanki wynikające z orzecznictwa niezbędne dla zakwalifikowania go jako prawa chronionego Protokołem nr 1, wymaga od Trybunału dokonania dogłębnej analizy prawa i orzecznictwa krajowego w zakresie podstawy prawnej roszczenia oraz jego treści i zakresu.

3.3. Trybunał przypomina w swoich orzeczeniach, że art. 1 Protokołu nr 1 ma zastosowanie jedynie do istniejącego mienia i nie gwarantuje nabycia i restytucji własności³², dlatego też każdy, kto podnosi, że doszło do ingerencji w prawo własności musi wykazać, że prawo takie istniało³³. Trybunał będzie dokonywał oceny z perspektywy tego, jakie „mienie” skarżący posiadał w dniu wejścia w życie Protokołu i w dniu, w którym złożył swoją skargę do organów Konwencji³⁴. W związku z tym należy rozstrzygnąć, czy po ratyfikacji Protokołu nr 1 skarżącemu, którego mienie zostało przejęte przez państwo przed tą datą, przysługi-

³⁰ Por. *Bata v. Czechy*, par. 77

³¹ Por. m.in. *Klaus i Iouri Kiladze v. Gruzja*, wyrok z 2.02.2010 r., sprawa nr 7975/06, par. 53-62. Sprawa ta dotyczyła niewydania przez władze gruzińskie aktów wykonawczych do ustawy uchwalonej w 1997 r. już po zmianach ustrojowych, ale przed wejściem w życie dla Gruzji Protokołu nr 1, dotyczącej zwrotu znacjonalizowanego mienia oraz zadośćuczynień dla ofiar represji politycznych w latach 1921–1990. Por. także sprawa *Slavov i inni p. Bułgarii*, postanowienie z 2.12.2008, skarga nr 20612/02 i kolejne.

³² Por. *Van der Mussele v. Belgia*, wyrok z 23.11.1983, par. 48.

³³ Por. *Piřtorová v. Czechy*, skarga nr 73578/01, wyrok z 26.10.2004 r., par. 33.

³⁴ Por. *Broniowski v. Polska*, wyrok z 22.06.2004 r., par. 132, Por. także L. Garlicki, *Transformacja ustrojowa a ochrona prawa własności (Aktualne tendencje w orzecznictwie ETPCz)*, Ratio est anima legis, Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzcíńskiego, NSA Warszawa 2007, s. 389.

wał aktualny tytuł prawny. Zgodnie z zasadami ustalonymi w orzecznictwie Trybunału akt nacjonalizacji ma zasadniczo charakter jednorazowy i nie powoduje powstania sytuacji naruszenia ciągłego³⁵. Konkluzja Trybunału zakładająca, że nacjonalizacja nie wywołuje skutków ciągłych była wynikiem rozważań tego organu nad okolicznościami, czy posiada on jurysdykcję czasową do orzekania w sytuacji, gdy co prawda samo pozbawienie prawa majątkowego miało miejsce przed ratyfikacją Konwencji i Protokołu nr 1, ale spór co do tego wydarzenia przed organami krajowymi zakończył się już po ratyfikacji tych umów przez dane państwo. W odniesieniu do spraw z zakresu poszanowania mienia Trybunał przyjął zasadę „nierozdzielności” środków prawnych od wydarzeń, które stanowiły źródło ich wniesienia³⁶.

Konsekwencją twierdzenia, że Konwencja i Protokół nie gwarantują prawa do restytucji mienia jest fakt, że prawo skarżącego do spokojnego korzystania z mienia nie będzie naruszone w sytuacji odmowy realizacji roszczenia o zwrot mienia³⁷. Trybunał podkreśla, że z chwilą, kiedy państwo strona Konwencji po ratyfikacji Protokołu nr 1 uchwała przepisy przewidujące całkowitą lub częściową restytucję mienia skonfiskowanego pod rządami wcześniejszych władz, przepisy takie mogą być ocenione jako tworzące nowe prawo własnościowe chronione artykułem 1 Protokołu nr 1³⁸. Ta sama zasada ma zastosowanie do ustawodawstwa przewidującego restytucję lub odszkodowanie, uchwalonego jeszcze przed ratyfikacją Protokołu nr 1, o ile ustawodawstwo to pozostaje w mocy po ratyfikacji przez państwo tej umowy międzynarodowej³⁹, a dodatkowo np. możliwość uzyskania odszkodowania zostaje potwierdzona przez kolejne władze⁴⁰.

Od sytuacji pozbawienia mienia, która ma charakter jednorazowy i mimo, że jej skutki utrzymują się w czasie, nie powoduje powstania sytuacji ciągłego naruszenia praw, odróżnić należy sytuację ograniczenia prawa własności. Sytuacja ta oznacza utrzymanie prawa własności, aczkolwiek podmiot uprawniony ma ograniczone możliwości pełnego wykonywania prawa. Rozróżnienie sytuacji pozba-

³⁵ Por. *Pełka i inni v. Polska*.

³⁶ Por. L. Garlicki, *Transformacja ustrojowa ...*, op.cit., s. 390 i cytowane tam orzecznictwo: *Stamoulakatos v. Grecja*, skarga nr 12806/87, wyrok z 26.10.1993, par.33, *Veeber v. Grecja*, skarga nr 37571/97, wyrok z 07.11.2002, par. 55.

³⁷ Por. *Rucińska v. Polska*.

³⁸ Por. *Slavov i inni p. Bułgarii*, op.cit.

³⁹ Zob. *von Maltzan i inni v. RFN*, par. 74. Z zastrzeżeniem jednakże prezentowanych w dalszej części artykułu wywodów dotyczących tego, w jakich okolicznościach można przyjąć, że roszczenie skarżącego jest wystarczająco ukształtowane. Z najnowszych orzeczeń por. m.in. *Sokołowski v. Polska*, postanowienie z 7.07.2009, skarga nr 39590/04, a także *Klaus i Iouri Kiladze v. Gruzja*, op.cit.

⁴⁰ Por. *Bata v. Czechy*.

wienia mienia i ograniczenia możliwości jego wykonywania ma fundamentalne znaczenie dla określenia jurysdykcji Trybunału. W sytuacji pozbawienia mienia, jeżeli do przejęcia mienia doszło przed ratyfikacją przez dane państwo Protokołu nr 1, nie ma możliwości oceny tego aktu przez Trybunał. Próby oceny skutków takich wyłączeń Trybunał pośrednio dokonuje oceniając jurysprudencję organów krajowych orzekających w toku postępowań wszczętych w celu restytucji przejętego mienia. Natomiast w sytuacjach ograniczenia korzystania z mienia prawo własności nadal istnieje. Jeżeli więc dane państwo ratyfikuje Protokół nr 1, od tego momentu Trybunał ma kompetencję do oceny ograniczeń korzystania z mienia wprowadzonych przez władze krajowe.

4. Zastosowanie zasad ogólnych do sytuacji faktycznych, które stanowią podstawę kierowania skarg przeciwko Polsce

Ocena w świetle Protokołu nr 1 sytuacji prawnej właścicieli mienia przejętego w Polsce w czasach komunistycznych musi uwzględniać wskazane powyżej zasady ogólne ochrony prawa do poszanowania mienia. Po pierwsze należy pamiętać, że akt przejęcia mienia ma charakter jednorazowy i nie powoduje powstania sytuacji o charakterze ciągłym. Po drugie, państwo nie ma obowiązku uchwalania ustawodawstwa zmierzającego do restytucji mienia przejętego przed ratyfikacją Protokołu nr 1. Po trzecie, obowiązek restytucji lub kompensacji istnieje jedynie w przypadku obowiązywania i stosowania właściwych przepisów uchwalonych przed ratyfikacją i potwierdzonych po ratyfikacji, bądź uchwalonych już po ratyfikacji Protokołu nr 1⁴¹. Ponieważ jurysdykcja ETPCz musi być określona w relacji do faktów stanowiących domniemaną ingerencję, dlatego też przy ocenie poszczególnych skarg konieczne jest zbadanie, kiedy w okolicznościach danej sprawy doszło do ingerencji w prawo własności i jaki był jej skutek.

4.1. Sprawy dotyczące ingerencji w mienie istniejące

Niewątpliwie najważniejsze orzeczenia dotyczące prawa do poszanowania mienia wydane do tej pory w sprawach polskich dotyczyły okoliczności, w których choć ingerencja władz w mienie dokonana była pierwotnie przed wejściem w życie dla Polski Protokołu nr 1, skarżący mogli wykazać, że po dacie 10 października 1994 r. dysponowali aktualnym tytułem prawnym do mienia, a wykonywanie tego uprawnienia było ograniczone bądź wręcz uniemożliwione przez władze

⁴¹ Z uwzględnieniem dalszych warunków sformułowanych w orzecznictwie – por. m.in. postanowienie *Bata v. Czechy*.

na skutek kolejnych ingerencji. W kategorii tych spraw wymienić należy przede wszystkim wyroki w sprawach *Broniowski v. Polska* oraz *Hutten-Czapska v. Polska*⁴².

Sprawa *Broniowski v. Polska* dotyczyła praktycznej nieskuteczności mechanizmów prawnych oferowanych przez system krajowy egzekwowania rekompensaty za mienie pozostawione za Bugiem po II wojnie światowej. We wrześniu 1944 r. Polska zawarła umowy z trzema republikami radzieckimi – Ukrainą, Białorusią i Litwą – które sankcjonowały nowy kształt terytorialny Polski. Umowy te zwane „republikańskimi” stanowiły podstawę prawną dla przesiedlenia ludności i rekompensat za utracone mienie. Szczegółowe zasady realizacji tzw. prawa zaliczenia określone zostały w przyjętych następnie na gruncie krajowym ustawach. Jednym z podstawowych problemów, które musiały zostać rozpatrzone przez Trybunał w związku z wniesieniem skarg dotyczących praktycznej realizacji uprawnień przysługujących tzw. Zabużanom, był charakter prawny „prawa zaliczenia”, a przede wszystkim to, czy uprawnienie to można było traktować jako mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1. Trybunał określając podstawę prawną tego uprawnienia podkreślił więc, że obowiązek kompensacji repatriantom utraty mienia ruchomego i nieruchomego, które pozostawili oni po ich ewakuacji do Polski wynikał bezpośrednio z zawartych przez Polskę umów republikańskich. Zobowiązanie to zostało następnie inkorporowane do prawa polskiego w formie prawa do zaliczenia wartości pozostawionego mienia na poczet ceny lub opłaty za użytkowanie wieczyste mienia m.in. ziemi, domów, pomieszczeń na działalność gospodarczą – nabytego od Państwa. Fakt, że źródłem uprawnienia były umowy republikańskie oraz późniejsze ustawodawstwo zostało potwierdzone w orzecnictwie sądów krajowych, w tym Sądu Najwyższego. ETPCz podkreślił ponadto, że uprawnienie będące przedmiotem rozstrzygnięcia miało podstawę w ustawodawstwie obowiązującym zarówno przed ratyfikacją przez Polskę Protokołu nr 1, jak i zostało potwierdzone w aktach prawnych wydawanych po ratyfikacji. Dokładna treść i zakres tego prawa były doprecyzowane w orzecnictwie organów krajowych. W tym kontekście należy wskazać, że tzw. prawo zaliczenia zostało zdefiniowane przez Sąd Najwyższy jako „dług należny od Skarbu Państwa”, który „ma charakter materialny i dziedziczny” chociaż „przenaszalny wyłącznie wśród osób wymienionych w art. 212 (4) Ustawy z 1997 r. o gospodar-

⁴² Na temat orzeczenia w sprawie *Broniowski v. Polska* patrz m.in. G. Bieniek, *Mienie zabużańskie* [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 3, Warszawa 2006 r., P. Filipek, *Sprawa ‘mienia zabużańskiego’ przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. I, A.D. MMIII, Raport, a także A. Młynarska-Sobaczewska, *Odpowiedzialność państwa polskiego za mienie zabużańskie*, PiP 2010/2.

ce nieruchomościami”⁴³. ETPCz dostrzegł też, że sam Trybunał Konstytucyjny przychylił się do stanowiska, iż prawo zaliczenia wartości mienia pozostawionego za granicą jest szczególnego rodzaju uprawnieniem o charakterze publiczno-prawnym, stanowiącym „swoisty surogat prawa własności, nie będący jedynie ekspektatywą prawa do rekompensaty”⁴⁴. Uprawnienie to było uznane w orzecznictwie organów krajowych, a możliwość jego zaspokojenia była przedmiotem rozstrzygnięć sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz wspomnianego Trybunału Konstytucyjnego. Zważywszy iż: a) prawo zaliczenia miało podstawę w prawie krajowym, uchwalonym zarówno przed wejściem w życie dla Polski Protokołu nr 1, jak i po tej dacie, b) jego charakter i zakres były określone przez prawo krajowe, c) możliwość dochodzenia była powszechnie uznana w orzecznictwie organów krajowych, Trybunał uznał prawo zaliczenia za interes majątkowy chroniony Protokołem nr 1⁴⁵. Problemem dla Trybunału, biorąc pod uwagę skomplikowany charakter kwestii prawnych i faktycznych zachodzących w sprawie, było natomiast precyzyjne sklasyfikowanie zarzucanego naruszenia prawa własności. Trybunał zauważył jedynie, że skarżący dysponował aktualnym tytułem do mienia, a ograniczenia w wykonywaniu prawa skarżącego były wprowadzane szeregiem ustaw, z których znaczna część uchwalona została po 10 października 1994 r. Te z kolei rozważania doprowadziły Trybunał do konkluzji, iż posiada jurysdykcję czasową do rozpatrywania powyższej skargi⁴⁶.

W sprawie *Hutten-Czapska v. Polska* przedmiotem dogłębnych rozważań Trybunału nie była kwestia istnienia chronionego interesu majątkowego, a problem oceny ingerencji władz państwowych w możliwość swobodnego ustalania przez właścicieli lokali mieszkalnych zasad najmu. Trybunał oceniając swoją jurysdykcję temporalną stwierdził, że choć prawdą jest, że „narzucenie umów najmu” skarżącej miało swoje źródło w funkcjonowaniu „specjalnego trybu najmu” sięgającego roku 1974, niemniej jednak to ustawa z 1994 r., która weszła w życie już po ratyfikacji przez Polskę Protokołu nr 1 wprowadziła system „czynszu regulowanego” i włączyła dom skarżącej do tego systemu. Kolejne ustawy mieszkaniowe, które wchodziły w życie po tej dacie i które obowiązywały w czasie orzekania przez Trybunał, zachowały ten system. Trybunał ocenił więc, że zasadnicza ingerencja w prawo do poszanowania mienia skarżącej miała miejsce już po wejściu w życie dla Polski Protokołu nr 1. Co ważne, ingerencja zakwalifikowana

⁴³ Por. P. Filipek, op.cit.

⁴⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 2002 roku, sygn. Akt K 33/02.

⁴⁵ Por. *Broniowski v. Polska*, skarga nr 31443/96, postanowienie z 19.12.2002, par. 98-102, wyrok z 22.06.2004 r., par. 129-133.

⁴⁶ Por. *Broniowski v. Polska*, skarga nr 31443/96, wyrok z 22.06.2004 r., par. 136-154.

została przez Trybunał jako środek uregulowania przez państwo sposobu korzystania z własności, a nie jako wywłaszczenie⁴⁷.

Innym przykładem sytuacji, w której Trybunał przychylił się do stanowiska skarżących, iż już w okresie podlegającym jurysdykcji tego organu skarżącym nadal przysługiwał aktualny tytuł prawny do mienia były sprawy *Borenstein v. Polska* oraz *Weitz i inni v. Polska*. Okoliczności tych spraw dotyczyły zasiedzenia przez Skarb Państwa, a następnie jednostki samorządu terytorialnego mienia osób, które po II wojnie światowej wyjechały z Polski, a ich nieruchomości objęte zostały zarządem komunalnym⁴⁸. Pierwotne postanowienia sądowe stwierdzające nabycie przedmiotowych nieruchomości przez zasiedzenie przez Skarb Państwa zostały wydane odpowiednio w 1962 i 1978 r. Już w latach 90-tych skarżący doprowadzili do stwierdzenia nieważności postępowań, w których wydane zostały orzeczenia stwierdzające zasiedzenie oraz do wznowienia postępowań w tym zakresie. Odpowiednio w 2002 i 2004 r. sądy wydały prawomocne orzeczenia stwierdzające nabycie przez państwo przedmiotowych nieruchomości przez zasiedzenie odpowiednio w 1988 i 1985 r., traktując jako początek biegu terminu zasiedzenia uprawomocnienie się pierwotnych decyzji o zasiedzeniu. Stanowisko zajęte przez sądy krajowe opierało się na ustalonym orzecznictwa Sądu Najwyższego, zgodnie z którym Skarb Państwa mógł być traktowany jako posiadacz *cum animo rem sibi habendi* na podstawie postanowień sądowych wydanych w latach 60 i 70. XX w., stwierdzających zasiedzenie przez Skarb Państwa nieruchomości uprzednio jedynie przez niego zarządzanych. Późniejsze uchylene tych postanowień, które nastąpiło po upływie ustawowego okresu zasiedzenia, nie unieważniło okresu posiadania przez państwo. Kwestia, która wymagała rozstrzygnięcia w niniejszych sprawach dotyczyła tego, czy orzeczenia organów krajowych, których rozstrzygnięcia były „nieprzychylne” wobec roszczeń skarżących, ale zgodne z utrwaloną linią orzecniczą w tego typu sprawach, nie cechowały się arbitralnością i brakiem rzetelności. ETPCz ocenił obie skargi jako oczywiście nieuzasadnione. W celu dokonania oceny sytuacji prawnych, które stanowiły podstawę wskazanych skarg Trybunał przyjął ogólne założenie o kontrolnym charakterze przepisów o zasiedzeniu, co pozwoliło na osadzenie orzeczeń w ramach jurysdykcji temporalnej ETPCz. Jest to stanowisko, które podlegać powinno co najmniej dyskusji. Uzasadniając w ten sposób swoją jurysdykcję Trybunał uznał, że w omawianych sytuacjach do naruszenia Protokołu nr 1 nie doszło z uwagi na fakt, że

⁴⁷ Por. *Hutten-Czapska v. Polska*, skarga nr 35014/97, wyrok z 19.06.2006, par. 160.

⁴⁸ Por. A. Mężykowska, Problematyka jurysdykcji czasowej i przedmiotowej ETPCz - glosa do decyzji z 24.06.2008 r. w sprawie *Borenstein i inni v. Polska* oraz decyzji z 23.06.2009 r. w sprawie *Weitz v. Polska*, EPS 11/2010.

krajowe organy orzekające oparły się na utrwalonym orzecznictwie, w tym przypadku SN. Trudno więc było dostrzec w takim działaniu arbitralność. Trybunał uwzględnił utrwalone orzecznictwo organów krajowych i „zaakceptował” wydane przez nie orzeczenia.

W powyższych sprawach Trybunał wyraźnie podkreślił ogromną wagę obowiązków pozytywnych spoczywających na państwach na gruncie art. 1 Protokołu nr 1 – stworzenia efektywnego systemu ochrony istniejącego mienia. Od obowiązków o charakterze pozytywnym w postaci wykreowania ram chroniących prawo własności odróżnić należy ewentualne kwestie sporne wynikające z braku realizacji przez władze krajowe przysługujących skarżącym potwierdzonych uprawnień majątkowych⁴⁹. Tego typu sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie *Czajkowska i inni v. Polska*⁵⁰. Nieruchomość, której spadkobiercami są skarżący przeszła na mocy Dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy⁵¹ na rzecz gminy m.st. Warszawy, natomiast na mocy Ustawy z 20 marca 1950 r. o terenowych organach jednolitej władzy państwowej⁵² grunt ten stał się własnością Skarbu Państwa. Właścicielka nieruchomości zwróciła się o przyznanie jej odszkodowania za przejętą własność i w kolejnych latach, także po 10 października 1994 r., wydawane były decyzje przyznające jej, a następnie jej następcom prawnych częściowe odszkodowania. Decyzje te zawierały obietnice przyznania kolejnych sum pieniędzy w okresach późniejszych. Do 2010 r., tj. do momentu wydania wyroku Trybunału, skarżący nie uzyskali całości odszkodowania. Pierwszą kwestią, która musiała zostać rozstrzygnięta przez ETPCz, była odpowiedź na pytanie, czy w okresie objętym jurysdykcją tego organu skarżący posiadali mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1. Trybunał uznał, że zarówno przepisy obowiązujące jeszcze przed wejściem w życie Protokołu dla Polski – Ustawa z 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce nieruchomościami i wywłaszczaniu nieruchomości⁵³, jak i uchwalone już po jego wejściu w życie – Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁵⁴, przewidywały wypłatę stosownych odszkodowań dla właścicieli upaństwowionego majątku. Przepisy te były stosowane w praktyce, także w indywidualnej sytuacji skarżących. Ponadto, władze wydając decyzje i określając wysokość odszkodowania za każdą część nieruchomości, potwierdzały prawo skarżących

⁴⁹ Por. *Draon v. Francja*, nr 1513/03, wyrok z 6.10.2005 [WI], par. 68, *Burdov v. Rosja*, par. 40.

⁵⁰ Sprawa *Czajkowska i inni p. Polsce*, skarga nr 16651/05, wyrok z 13.07.2010.

⁵¹ Dz.U. Nr 50, poz. 279 ze zm.

⁵² Dz.U. Nr 14, poz. 130.

⁵³ Dz.U. Nr 22, poz. 99 ze zm.

⁵⁴ Dz.U. Nr 115 poz. 741 ze zm.

do kolejnych odszkodowań informując ich, że roszczenia zostaną rozstrzygnięte na etapie późniejszym⁵⁵. Trybunał stanął na stanowisku, że kombinacja wskazanych aktów legislacyjnych oraz wydawanych w sprawie skarżących decyzji administracyjnych wskazuje na istnienie po stronie skarżących interesu prawnego chronionego art. 1 Protokołu nr 1. Mamy tu do czynienia z sytuacją o charakterze ciągłym, która miała miejsce zarówno przed, jak i po 10 października 1994 r. Uznając, że roszczenie skarżących o uzyskanie należnego im odszkodowania chronione jest art. 1 Protokołu nr 1, Trybunał stwierdził, że brak realizacji tego roszczenia przez okres objęty zakresem jego jurysdykcji, a więc ponad 15 lat, tj. od dnia wejścia w życie dla Polski Protokołu nr 1, stanowi naruszenie praw gwarantowanych w systemie Konwencji. Warto podkreślić, że w orzeczeniu tym Trybunał w dość klarowny sposób wskazał, co należy rozumieć pod pojęciem roszczenia wystarczająco ukształtowanego i wymagalnego, tak aby mogło być ono objęte ochroną Konwencji. W omawianej sytuacji koniecznymi cechami takiego roszczenia jest to, że podstawę prawną do jego istnienia dawały akty prawne uchwalone zarówno przed jak i już po wejściu w życie dla Polski Protokołu nr 1 oraz że w omawianej sprawie wydano szereg decyzji administracyjnych, które stanowią realizację w praktyce przepisów ustawowych, nie tylko potwierdzały prawo skarżących do odszkodowania, ale także stwierdzały, że roszczenia te będą rozpatrzone, choć w przyszłości.

Wskazane powyżej orzeczenia precyzujące przesłanki, które muszą być spełnione, aby dane uprawnienie o charakterze majątkowym można było zakwalifikować jako „mienie” w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1 nakazują bardzo powściągliwą ocenę roszczeń skarżących wysuwanych w sytuacjach, w których próbują oni udowodnić istnienie pewnej wiązki uprawnień właścicielskich przysługujących im na podstawie innych uchwalonych przed ratyfikacją Protokołu nr 1 aktów prawnych, w tym aktów dotyczących przejęcia mienia. W skardze *Sokołowski v. Polska* Trybunał rozważył, czy prawo polskie, szczególnie Ustawa z 2 lipca 1947 r. o Planie Odbudowy Gospodarczej⁵⁶ nakładało na państwo obowiązek wypłaty odszkodowań na rzecz osób indywidualnych, które utraciły mienie w wyniku II wojny światowej, a który to obowiązek nie został zrealizowany m.in. w wyniku nie wydania aktów wykonawczych do ww. ustawy. Trybunał uznał skargę za *ratione materiae* niezgodną z postanowieniami Konwencji i Protokołu opierając się przede wszystkim na dwóch argumentach. Przychylił się do konkluzji sądów krajowych, że roszczenie skarżącego o odszkodowanie nie było oparte na jakimkolwiek przepisie ustawowym lub orzeczeniu sądowym. Celem ustawy z 1947 r.

⁵⁵ Sprawa *Czajkowska i inni v. Polska*, par. 51.

⁵⁶ Dz.U. Nr 53, poz. 285.

było naprawienie szkód wyrządzonych w wyniku wojny gospodarcze krajowej, a jej moc prawna wygasła wraz ze zrealizowaniem celu. Dlatego też ustawa nie mogła być interpretowana jako stwarzająca roszczenie bądź uprawnienie o charakterze ciągłym. Ponadto, interpretacja dokonana przez sądy krajowe rozpatrujące sprawę skarżącego nie była zdaniem ETPCz arbitralna bądź oczywiście nieuzasadniona. Trybunał dodatkowo odwołał się do jeszcze jednego argumentu, który wydaje się ważny także dla innych spraw. Odnosząc się do roszczeń skarżącego opartych na prawie międzynarodowym, Trybunał potwierdził konkluzje wynikające z wcześniejszego orzecznictwa, iż w świetle art. 1 Konwencji, nie ma on jurysdykcji w zakresie orzekania o roszczeniach opartych na prawie międzynarodowym⁵⁷.

W innej sprawie zakomunikowanej przez Trybunał Polsce pojawiła się z kolei kwestia tego, czy rzekome uprawnienie nadane właścicielom znacjonalizowanego mienia na podstawie art. 7 ust. 1 Ustawy z 3 stycznia 1946 r. o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej stanowiło po 10 października 1994 r. „prawo majątkowe” lub „istotny interes” nadający się do ochrony na podstawie art. 1 Protokołu nr 1⁵⁸. Nie wchodząc w meritum skargi należy stwierdzić, iż generalnie dotyczy ona kwestii, czy w sytuacji, gdy dawny akty nacjonalizacyjny zawierał zapowiedź kompensaty za dokonane wywłaszczenia, brak wydania – także w okresie podlegającym jurysdykcji Trybunału, przepisów wykonawczych do wskazanej ustawy, które precyzowałyby zasady przyznawania zapowiadzianego odszkodowania może stanowić podstawę do twierdzenia, iż doszło do ingerencji w prawa majątkowe skarżących, która może zostać oceniona przez Trybunał.

Ocena powyższej sytuacji musi opierać się na założeniu, iż jurysdykcja czasowa Trybunału musi być określona w relacji do faktów stanowiących domniemaną ingerencję⁵⁹. Natomiast następczy brak środków nakierowanych na zadośćuczynienie ingerencji, nie może powodować objęcia ingerencji zakresem jurysdykcji czasowej Trybunału. W każdym przypadku, kiedy skarżący twierdzi, iż stał się ofiarą naruszenia jednego z praw gwarantowanych Konwencją, warunkiem koniecznym wniesienia skargi do Trybunału jest wyczerpanie przez skarżącego krajowych środków odwoławczych. Dopiero spełnienie tego warunku otwiera drogę do złożenia skargi do Trybunału. Należy jednakże pamiętać, iż domniemane naruszenie praw gwarantowanych Konwencją nie będzie spowodowane odmową zadośćuczynienia ingerencji, ale samą ingerencją. Na tle takiego rozumowania Trybunału w literaturze prezentowany jest pogląd, iż podobnie jak ocenie

⁵⁷ Por. *Sokołowski v. Polska*, op.cit.

⁵⁸ *Sprawa Pikielny i inni v. Polska*, skarga 3524/05.

⁵⁹ Por. m.in. *sprawa Blečić v. Chorwacja*, par. 77 - 82.

Trybunału nie podlega odszkodowanie za wywłaszczenie, wypłacone przed wejściem w życie w stosunku do danego kraju Protokołu nr 1, nie podlega też ochronie z punktu widzenia art. 1 Protokołu nr 1 roszczenie o odszkodowanie za pozbawienie mienia dokonane przed ratyfikacją⁶⁰.

Dlatego też w sprawach, w których ingerencja w prawo chronione miała miejsce przed ratyfikacją przez dane państwo Protokołu nr 1, a odmowa naprawienia szkody nastąpiła już po ratyfikacji, przyjęcie założenia, że rozstrzygająca dla jurysdykcji Trybunału jest ta druga data, skutkowałoby tym, że umowa ta miałaby charakter wiążący dla państwa w stosunku do aktu, który miał miejsce przed jej wejściem w życie dla danego państwa. Zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego Trybunał słusznie przyjmuje, że byłoby to sprzeczne z zasadą nieretroaktywności traktatów. Podkreśla on, że domaganie się zadośćuczynienia oparte jest zwykle na założeniu, że ingerencja była niezgodna z prawem obowiązującym w danym czasie. Dlatego też podjęcie próby zadośćuczynienia na podstawie Protokołu ingerencji, która zakończyła się przed jego wejściem w życie dla danego państwa, prowadziłoby w sposób nieunikniony do jego retroaktywnego zastosowania. W swoich rozważaniach Trybunał podkreślając, że od dnia ratyfikacji wszystkie akty i zaniechania państwa muszą być zgodne z Konwencją i Protokołem nr 1 zaznacza równocześnie bardzo dobitnie, że akty te nie nakładają na państwa żadnego obowiązku zapewnienia zadośćuczynienia za wszelkie szkody wywołane do dnia ratyfikacji. Inne podejście byłoby bowiem sprzeczne zarówno z zasadą nieretroaktywności i wynikającym z niej podejściem Trybunału nierozłącznego traktowania ingerencji oraz działań mających na celu zadośćuczynienie jej.

Ocena, czy okoliczności danej sprawy objęte będą zakresem jurysdykcji *ratione temporis* Trybunału, zależna jest od ustalenia dokładnej daty zarzucanej ingerencji. Jednakże dla określenia momentu ingerencji ważne jest ustalenie zakresu, w jakim naruszone prawo chronione jest systemem Konwencji. W ostatnich latach mamy do czynienia z ewolucją pojęcia pozytywnych obowiązków państwa, która to koncepcja została rozwinięta w orzecznictwie Trybunału na gruncie art. 1 Konwencji w celu zapewnienia efektywnej ochrony praw konwencyjnych⁶¹. Jednym z elementów pozytywnych obowiązków państwa są tzw. obowiązki proceduralne. Ukształtowane na ich tle zobowiązanie państwa polega na konieczności przeprowadzenia odpowiedniego postępowania mającego na celu zbadanie in-

⁶⁰ M. Krzyżanowska - Mierzewska, *Problem wywłaszczonej własności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka...*, *op.cit.*, s. 341.

⁶¹ Szerzej na ten temat por. M. Wąsek-Wiaderek, *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – wykładnia czy tworzenie prawa?*, Materiały Pokonferencyjne UKSW, II Warszawsko-Toruńskie Kolokwium Naukowe Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, w druku.

gerencji w poszczególne prawa gwarantowane Konwencją. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał stwierdzał istnienie obowiązku proceduralnego na podstawie Konwencji w różnych sytuacjach, kiedy uznawał to za konieczne dla zapewnienia, by prawa gwarantowane na podstawie Konwencji nie były teoretyczne i iluzoryczne, ale praktyczne i skuteczne⁶². Dotyczy to w zasadzie wszystkich praw gwarantowanych Konwencją, nawet tych, które *expressis verbis* chronią jednostkę jedynie przed ingerencją państwa⁶³. W ostatnich latach obserwujemy dużą dynamikę rozwoju orzecznictwa dotyczącego proceduralnych obowiązków państwa szczególnie na tle art. 2 i 3 Konwencji. W sprawie *Blecic v. Chorwacja* przed Trybunałem postawione zostało pytanie, czy właściwe jest rozpatrywanie naruszenia dokonanego przez władze w zakresie obowiązków proceduralnych wynikających z art. 2 Konwencji będącego podstawą skargi, w braku kompetencji do zajmowania się materialnym aspektem prawa. Stojąc przed takim dylematem Trybunał uznał, że każdorazowo zależy to od faktów szczególnej sprawy i zakresu prawa, które jest rozpatrywane⁶⁴. Dopuszczał więc sytuacje, w których możliwe jest zbadanie przez niego aspektów proceduralnych prawa przy równoczesnym braku jego kompetencji czasowej do badania aspektów materialnych⁶⁵. W kolejnych orzeczeniach Trybunał potwierdził, że kryteria ustalone w sprawie *Blecic*, mają charakter generalny, dlatego też przy stosowaniu tych kryteriów należy brać pod uwagę wyjątkowy charakter niektórych praw, szczególnie praw gwarantowanych w artykułach 2 i 3 Konwencji.

Tak wyinterpretowane z niektórych praw gwarantowanych Konwencją obowiązki proceduralne, Trybunał traktuje jako mające charakter samodzielny i nie ogranicza konieczności ich realizacji do przypadków, w których państwo odpowiada za naruszenie prawa w aspekcie materialnym⁶⁶. Niewywiązanie się przez państwa z obowiązków proceduralnych może prowokować powstanie odpowiedzialności niezależnej od odpowiedzialności z tytułu bezpośredniej ingerencji w prawo chronione systemem Konwencji. W konsekwencji obowiązki proceduralne można – w niektórych sytuacjach, traktować jako zupełnie odrębne zobowiązanie, wiążące państwa nawet w sytuacji, gdy pierwotna ingerencja w prawa miała miejsce przed wejściem w życie dla danego państwa Konwencji i jej protokołów⁶⁷. Stwierdzenie istnienia tego odrębnego obowiązku uzależnione jest

⁶² Por. *Varnava v. Turcja*, par. 161.

⁶³ J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Council of Europe 2007.

⁶⁴ Por. m.in. *Varnava v. Turcja*, wyrok z 18.09.2009, par. 130.

⁶⁵ Szerzej na ten temat, patrz A. Mężykowska, op.cit.

⁶⁶ Por. m.in. *Balasoiu p. Rumunii*, sprawa nr 37424/97, postanowienie z 2.09.2003, *Silih v. Słowenia*, wyrok z 9.04.2009 r. [WI], skarga nr 71463/01, par. 159.

⁶⁷ Por. *Blecic v. Chorwacja*, par. 88, *Silih v. Słowenia*, par. 159.

jednak od zaistnienia pewnych przesłanek, przede wszystkim tego, że w zakres jurysdykcji Trybunału wchodziły jedynie te akty czy zaniechania, które miały miejsce po wejściu w życie Konwencji dla danego państwa oraz że zasadniczą część działań proceduralnych, które muszą być przeprowadzone, podjęta była po tej dacie⁶⁸. W takich sytuacjach Trybunał uznaje, iż ma kompetencję *ratione temporis* do oceny aspektu proceduralnego danego artykułu Konwencji, mimo iż kompetencji takiej nie ma w stosunku do aspektu materialnego tego artykułu. Należy jednak pamiętać, że konkluzje takie Trybunał wyciągnął w odniesieniu do art. 2 i 3 Konwencji, stwierdzając, że obydwa te artykuły należą do podstawowych przepisów Konwencji i odzwierciedlają podstawowe wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy⁶⁹.

Zarówno z orzecznictwa Trybunału, jak i zakresu oraz charakteru prawa chronionego przez art. 1 Protokołu nr 1 wynika, że konkluzja Trybunału dotycząca istnienia niezależnego obowiązku proceduralnego na gruncie art. 2 i 3 nie może być zastosowana przy interpretacji przepisu gwarantującego prawo do poszanowania mienia. Jak już zostało to wskazane powyżej Trybunał traktuje łącznie kwestię ewentualnej ingerencji w prawo do poszanowania mienia skutkującą pozbawianiem mienia oraz problem naprawienia skutków tej ingerencji nakierowanych na odzyskanie odebranych dóbr, zaznaczając za każdym razem w swoich orzeczeniach, iż Konwencja nie przyznaje prawa do nabycia mienia. Konkluzja taka prowadziła Trybunał zawsze do wniosku, iż wszelkie roszczenia restytucyjne dotyczące wyłączeń mających miejsce przed wejściem w życie Konwencji i Protokołu dla danego państwa, niezgodne są *ratione materiae* z postanowieniami Protokołu nr 1, jako że po wejściu w życie tego aktu prawnego skarżący nie mogli wykazać aktualnych tytułów do mienia. Potwierdzenie powyższych konkluzji odnaleźć można w najnowszym orzecznictwie Trybunału, także w sprawach polskich, gdzie Trybunał wskazał, jakiego typu roszczenia można traktować jako roszczenia ukształtowane i kiedy możemy mieć do czynienia z sytuacją naruszenia o charakterze ciągłym⁷⁰ w przypadku roszczeń odszkodowawczych odnoszących się do sytuacji pozbawienia mienia, która miała miejsce przed wejściem w życie Protokołu nr 1 dla Polski.

4.2. Sytuacja utraty mienia

Uchwalone w Polsce po II wojnie światowej akty nacjonalizacyjne wprowadziły dwa sposoby przejęcia mienia przez państwo: „przejście” z mocy prawa np.

⁶⁸ Por. *Silih v. Słowenia*, par. 161-163.

⁶⁹ Por. *Silih v. Słowenia*, par. 147.

⁷⁰ Por. *Czajkowska i inni v. Polska*.

na podstawie Dekretu z 6 września 1944 r. o przeprowadzeniu reformy rolnej⁷¹ i „przejęcie” na mocy decyzji administracyjnej np. na podstawie Ustawy z 3 stycznia 1946 r. o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej⁷². Dlatego też w świetle orzecznictwa Trybunału należy przyjąć, że w przypadkach, kiedy mamy do czynienia z przejęciem mienia skarżącego w drodze decyzji administracyjnej, należy uznać, że moment uprawomocnienia się tej decyzji, był ostatecznym momentem pozbawienia skarżącego uprawnień o charakterze majątkowym⁷³. Podobnie należy traktować sytuacje, kiedy skarżący lub jego poprzednicy prawni zostali pozbawieni mienia *ex lege* na podstawie uchwalonych przez władze komunistyczne aktów prawnych. Moment wydania aktu prawnego będzie momentem wygaśnięcia uprawnień właścicielskich, a kwestionowanie legalności wywłaszczenia dokonanego *ex lege* będzie w istocie domaganiem się nabycia prawa własności⁷⁴. Wszelkie następce działania podejmowane w celu odzyskania mienia, np. w drodze wszczęcia postępowania o stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej, powinny być traktowane jako domaganie się przez skarżącego nabycia mienia. Mając na uwadze fakt, że akt nacjonalizacji ma charakter jednorazowy, należy stwierdzić, że jeżeli taki akt dokonany został przed ratyfikacją przez dane państwo Konwencji i Protokołu nr 1, nie będzie on podlegał ocenie z punktu widzenia tych umów. Nawet w sytuacji, gdy działania zmierzające do pozbawienia mienia znajdują się w orbicie kwestii rozważanych przez Trybunał, tryb ich dokonania, np. zgodność z ówczesnie obowiązującym prawem, nie będzie podlegał ocenie Trybunału. Akty te w żaden sposób nie mogą podlegać ocenie z punktu widzenia zasad sformułowanych w samej Konwencji i jej protokołach⁷⁵. W konsekwencji należy stwierdzić, że ocena działań nacjonalizacyjnych podjętych przez władze polskie przed ratyfikacją Konwencji i Protokołu nr 1 nie jest objęta jurysdykcją Trybunału. Przejęcie przez państwo mienia w drodze aktów nacjonalizacyjnych wydanych przed ratyfikacją przez Polskę tych umów nie może stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia artykułu 1 Protokołu nr 1.

⁷¹ Dz.U. Nr 4, poz. 17.

⁷² Dz.U. z 1946 nr 3 poz. 17, por. uchwała TK z 18.06.1996 r., W 19/95 OTK 1996, nr 3, poz. 25.

⁷³ Por. *Kitel p. Polsce*, skarga nr 28561/95, postanowienie Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 17.01.1997, tak samo *Szyszkiewicz p. Polsce*, skarga nr 33576/96, postanowienie z 9.12.1999 r.

⁷⁴ Por. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Problem wywłaszczonej własności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i jego odniesienie do niemieckich roszczeń majątkowych wobec Polski w:* Transfer - obywatelstwo - majątek. Trudne problemy stosunków polsko-niemieckich. Studia i dokumenty, Warszawa 2005, s. 340.

⁷⁵ Z nowszego orzecznictwa por. m.in. *Czajkowska i inni v. Polska*, par. 59.

Ponieważ w obrocie prawnym mamy do czynienia z decyzjami wydany-
mi niezgodnie z aktami nacjonalizacyjnymi, wielu potencjalnych skarżących ko-
rzysta w możliwości wszczęcia postępowania o stwierdzenie nieważności decy-
zji nacjonalizacyjnej w trybie artykułu 156 k.p.a. W związku z tym pojawiło się
pytanie, czy samo wszczęcie takiego postępowania może być traktowane jako
nadające skarżącemu interes majątkowy chroniony przez art. 1 Protokołu nr 1?
Organy konwencyjne uznały już w orzeczeniach z lat 90-tych, że samo wszczęcie
postępowania zmierzającego do zakwestionowania decyzji administracyjnej w za-
kresie nacjonalizacji mienia, nie stanowi uznania praw majątkowych skarżącego.
W sytuacjach, gdy postępowanie zmierzające do zakwestionowania decyzji nacjo-
nalizacyjnej toczyło się, Komisja uznawała, że skarżący nie wykazał, jakoby dys-
ponował tytułem prawnym do jakiegokolwiek istniejącego mienia lub dyspono-
wał jakimikolwiek prawnie uznanymi roszczeniami, które mogą być traktowa-
ne jako „uzasadnione oczekiwanie” korzystania z praw własnościowych⁷⁶. Skar-
gi dotyczące przejęcia przez państwo mienia składane do organów strasburskich
w trakcie toczącego się postępowania administracyjnego uznane będą za *ratione*
materiae niezgodne z postanowieniami Konwencji. Osoba zarzucając ingerencję
w jej prawa majątkowe musi bowiem wykazać istnienie tych praw w okresie pod-
legającym jurysdykcji Trybunału⁷⁷, a w przypadku dawnych nacjonalizacji prawa
majątkowe przestały definitywnie i skutecznie istnieć na mocy ostatecznych de-
cyzji administracyjnych, bądź wejścia w życie stosownych aktów prawnych wy-
danych przed wejściem w życie Protokołu nr 1.

W konsekwencji należy stwierdzić, że przejęcie mienia w wyniku decy-
zji administracyjnej bądź z mocy prawa przed 10 października 1994 r., a także
samo wszczęcie postępowania zmierzającego do zakwestionowania skutku praw-
nego nacjonalizacji nie będą stanowiły podstawy do objęcia praw danego skarżą-
cego ochroną wynikającą z art. 1 Protokołu nr 1. Natomiast należy mieć na uwa-
dze, że postępowania administracyjne toczące się już po wejściu w życie dla Pol-
ski Konwencji objęte są gwarancjami konwencyjnymi w zakresie rzetelności po-
stępowania wynikającymi z art. 6⁷⁸. W tym momencie warto wskazać na jeden
z najczęściej podnoszonych przez skarżących zarzutów, iż przewlekłość postępo-
wań administracyjnych zmierzających do weryfikacji uprzednich decyzji nacjo-
nalizacyjnych, spowodowała nadmierne przedłużenie okresu uzyskania ostatecz-
nej decyzji o przysługujących uprawnieniach odszkodowawczych i w konsekwen-
cji spowodowała naruszenie art. 1 Protokołu nr 1⁷⁹. Trybunał jednak w sprawach

⁷⁶ Por. *Kitel v. Polsce, Szyszkiewicz v. Polsce*.

⁷⁷ Por. *Pełka i inni v. Polska, Kitel v. Polsce*.

⁷⁸ Por. *J.S. i A.S.*, skarga nr 40732/98, wyrok z 24.05.2005 r.

⁷⁹ Por. *Beller v. Polska*, skarga nr 51837/99, wyrok z 01.02.2005, *Szenk v. Polska*,

tych zachowuje powściągliwość i odwołując się do swojego orzecznictwa uznaje, że w sytuacjach, kiedy stwierdza przewlekłość postępowania, brak jest podstaw do odrębnego rozpoznania zarzutu naruszenia prawa do poszanowania mienia⁸⁰.

Kolejną sytuacją prawną, która wymaga oceny w świetle zasad wynikających z Konwencji i Protokołu nr 1 jest sytuacja, kiedy skarżący uzyska już decyzję stwierdzającą, iż majątek jego bądź jego poprzedników prawnych nie podlegał przepisom nacjonalizacyjnym. Trybunał rozstrzygnął tę kwestię stwierdzając, że zgodnie z prawem polskim decyzja taka powinna być traktowana jako przyznająca skarżącemu interes prawny wchodzący w zakres pojęcia „mienie” w rozumieniu artykułu 1 Protokołu nr 1⁸¹. Warto zauważyć, że Trybunał uznaje, że decyzja nadzorcza stwierdzająca nieważność uprzedniej decyzji administracyjnej „nadaje” (ang. *confers*) skarżącemu interes majątkowy chroniony przez system Konwencji. Wydaje się, że interpretacja pojęcia „nadaje” ma kluczowe znaczenie dla określenia skutków, jakie w świetle Protokołu wywołuje wydanie decyzji nadzorczej. Akty administracyjne korzystają w prawie polskim z domniemania legalności (art. 16 § 1 k.p.a.)⁸². W konsekwencji bez wydania orzeczenia nadzorczego decyzje wadliwe traktowane są tak samo jak decyzje prawidłowe. Przyjmuje się założenie, że niezależnie od zarzutów dotyczących prawidłowości aktu, jeżeli celem aktu administracyjnego było doprowadzenie do zmiany podmiotu prawa własności, to zamierzony skutek następował. Dlatego też stwierdzenie nieważności decyzji prowadzi do uchylenia tego skutku. Przyjmuje się więc, że w wyniku unieważnienia decyzji o przejęciu własności nieruchomości powraca do poprzedniego właściciela lub jego następcy prawnego, i to ze skutkiem *ex tunc*. Prawo własności zostaje „przywrócone” właścicielowi odebranej nieruchomości. Oceniając skutki, jakie ma stwierdzenie, iż decyzja nacjonalizacyjna jest wadliwa, należy jednak wziąć pod uwagę, że samo ustalenie wady wymienionej w art. 156 § 1 k.p.a. nie przesądza jeszcze o przywróceniu utraconych praw. Zgodnie z paragrafem drugim tego artykułu, nie stwierdza się nieważności decyzji m.in. gdy wywołała ona nieodwracalne skutki prawne. W takiej sytuacji wadliwa decyzja nacjonalizacyjna pozostaje w obrocie prawnym.

skarga nr 67979/01, wyrok z 22.05.2005.

⁸⁰ Por. *Zanghi v. Włochy*, skarga nr 11491/85, wyrok z 19.02.1991, par. 23, *Di Pede v. Włochy*, skarga nr 83/1995/589/675, wyrok z 26.09.1996, par. 35.

⁸¹ *Sprawa Bennich-Zalewski v. Polska*, skarga nr 59857/00, wyrok z 22.04.2008, par. 90.

⁸² R. Bąk, *Wpływ wadliwej decyzji administracyjnej na prawo własności nieruchomości*, Samorząd Terytorialny 3/2006.

W polskiej doktrynie prawa administracyjnego brak jest zgody co do przyjęcia jednolitego modelu skuteczności wadliwej decyzji orzekającej o przejęciu nieruchomości. Także w orzecznictwie trudno jest odnaleźć odpowiedź na pytanie, kto był właścicielem odjętej nieruchomości w poszczególnych okresach, jakie dzieliły wydanie wadliwej decyzji oraz orzeczenia nadzorczego. W konsekwencji trudno także odnaleźć odpowiedź na pytanie, jakiego rodzaju uprawnienie przysługuje właścicielowi do momentu wydania decyzji nadzorczej. Z uwagi na fakt, że konstrukcja „powrotu własności ze skutkiem wstecznym” budzi poważne wątpliwości na gruncie prawa polskiego, tym ostrożniej należy zachowywać się dokonując w świetle Konwencji i Protokołu nr 1 oceny sytuacji prawnej, w jakiej znajdzie się skarżący, który uzyska stwierdzenie nieważności decyzji nacjonalizacyjnej.

Można więc postawić tezę, że konsekwentne używanie przez Trybunał sformułowania, iż decyzja nadzorcza „nadaje” skarżącemu interes majątkowy chroniony przez system Konwencji jest w istocie odzwierciedlenie braku jednolitego stanowiska orzecznictwa oraz doktryny polskiej co do stanu prawnego wywołanego pierwotnie wydaniem wadliwej decyzji administracyjnej, a następnie decyzji nadzorczej stwierdzająca nieważność uprzedniej decyzji. Dlatego też zastosowanie w prawie polskim konstrukcji „powrotu własności ze skutkiem wstecznym” nie może być podstawą do oceny, jakoby naruszenie wywołane określonym aktem nacjonalizacyjnym miało charakter ciągły.

Taka konkluzja jest jednocześnie logiczną konsekwencją przyjęcia przez Trybunał założenia, że nacjonalizacje mają zasadniczo charakter aktów jednorazowych, nie powodujących skutków ciągłych i w sytuacji, gdy dokonane są przed wejściem w życie Protokołu nr 1 dla danego państwa, ich ocena nie może być objęta zakresem jurysdykcji Trybunału. Natomiast działania skarżących nakierowane na odzyskanie mienia powinny być ocenione jako zmierzające do zlikwidowania skutków ingerencji. Jeżeli ingerencja miała miejsce przez ratyfikacją Protokołu nr 1, a próby odzyskania mienia już po ratyfikacji, objęcie działań skarżących jurysdykcją Trybunału stanowiłoby w istocie stworzenie nowej definicji naruszenia o charakterze ciągłym w odniesieniu do prawa do poszanowania mienia. Dodatkowym argumentem wzmacniającym tezę o konieczności łącznego traktowania aktu nacjonalizacyjnego i jego następstw w postaci możliwości wszczęcia postępowania administracyjnego zmierzającego do zakwestionowania jego skutków jest fakt, że stronami następnych postępowań cywilnych zmierzających bądź to do wydania niezgodnie z prawem znacjonalizowanego mienia, bądź to do uzyskania odszkodowania mogą być także osoby trzecie, które w międzyczasie stały się właścicielami spornego mienia. Ignorowanie praw tych osób poprzez przyjęcie prostego założenia o powrocie odjętej nieruchomości z mocą wsteczną, by-

łoby niedopuszczalną ingerencją za pomocą orzecznictwa Trybunału w uprawnień osób trzecich.

W wyniku uzyskania decyzji stwierdzającej, że dane składniki majątku nie podlegały przepisom nacjonalizacyjnym, właściciel uzyskuje na gruncie prawa polskiego cały szereg uprawnień (np. prawo wszczęcia postępowania odszkodowawczego, bądź zmierzającego do wydania mienia⁸³). Od tego momentu jego sytuacja prawna podlega ochronie także na gruncie art. 1 Protokołu nr 1, ponieważ decyzja stwierdzająca, że mienie nie podlegało przepisom nacjonalizacyjnym, nadaje skarżącemu interes prawny chroniony przepisami tej umowy. Trybunał jasno wskazuje, że w takiej sytuacji obowiązkiem państwa zgodnie z art. 1 Konwencji jest zapewnienie skutecznego wykonywania praw w niej zawartych. To z kolei może pociągać za sobą pozytywne obowiązki po stronie państwa. W odniesieniu do praw gwarantowanych art. 1 Protokołu nr 1, realizacja tych pozytywnych obowiązków może pociągać za sobą konieczność podjęcia kroków w celu ochrony prawa własności, nawet w sprawach rozgrywających się pomiędzy podmiotami prywatnymi⁸⁴. Stopień wypełnienia przez Polskę obowiązków o charakterze pozytywnym wynikających z art. 1 Protokołu nr 1 Trybunał zbadał rozstrzygając sprawy *Tarnowski i inni p. Polsce*⁸⁵. Nieruchomości, których spadkobiercami są skarżący, zostały przejęte w 1945 r. na własność Państwa na podstawie dekretu o reformie rolnej. W 1965 r. Skarb Państwa został wpisany jako właściciel do ksiąg wieczystych. W stosunku do jednej z nieruchomości prawo użytkowania wieczystego przyznane zostało następnie zakładowi energetycznemu, działającemu w formie spółki Skarbu Państwa, inna nieruchomość przekazana została w użytkowanie wieczyste jednostce samorządu terytorialnego. W latach 90-tych skarżący wszczęli szereg różnego rodzaju postępowań zmierzających do odzyskania utraconej własności. W 1997 r. uzyskali decyzję wojewody stwierdzającą, że część nieruchomości, w tym działki oddane w użytkowanie wieczyste, nie była objęta działaniem dekretu. Postępowanie administracyjne zakończyło się w czerwcu 2001 r. postanowieniem NSA utrzymującym w mocy uprzednią decyzję wojewody. W roku 1996 skarżący skutecznie wszczęli postępowanie o zmianę wpisu w księdze wieczystej w celu ujawnienia skarżących jako właścicieli m.in. wskazanych nieruchomości oddanych w użytkowanie wieczyste. Postępowanie zakończyło się w 2007 r.

⁸³ Por. m.in. R. Pessel, *Rekompensowanie skutków naruszeń prawa własności wynikających z aktów nacjonalizacyjnych*, Warszawa 2003, s. 124.

⁸⁴ Por. *Anheuser-Busch Inc. p. Portugalia*, par. 83, *Sovtransavto Holding v. Ukraina*, skarga nr 48553/99, par. 96, oraz *Bennich-Zalewski v. Polska*, par. 92.

⁸⁵ Por. *Sprawa Tarnowski i inni p. Polsce* (nr 1), skarga nr 33915/03, wyrok z 29.09.2009 oraz *sprawa Tarnowski i inni p. Polsce* (nr 2), skarga nr 43934/07, wyrok z 29.09.2009.

uwzględnieniem wniosku skarżących w zakresie nieruchomości, które nie były objęte działaniem dekretu. W międzyczasie skarżący wytoczyli także skutecznie szereg powództw przeciwko podmiotom użytkującym nieruchomości o odszkodowania za bezumowne korzystanie z nieruchomości. Niektóre z nieruchomości, które nie były objęte przepisami dekretu, zostały przez skarżących sprzedane.

Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie przed Trybunałem było rozważenie kwestii, czy skarżący posiadali „mienie” w odniesieniu do części nieruchomości, w stosunku do których decyzją administracyjną uznano, iż nie podlegały one pod działanie dekretu o reformie rolnej oraz czy działania podejmowane przez władze już po wydaniu decyzji administracyjnej w odniesieniu do tych nieruchomości stanowiły ingerencję w prawo do poszanowania mienia w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1. Skarga skarżących oparta była na zarzucie niemożności korzystania z uprawnień, które postrzegali oni jako swoje prawa chronione przez art. 1 Protokołu nr 1. Wskazywana przez skarżących niemożność korzystania z przysługujących im praw polegała na tym, że po uprawomocnieniu się decyzji wojewody dot. uznania, że część nieruchomości nie była objęta działaniem dekretu o reformie rolnej, musieli oni prowadzić kolejne postępowania zmierzające do uzyskania skutecznego korzystania z praw wynikających z decyzji administracyjnych. Oceniając, czy skarżącym przysługiwało mienie w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1, Trybunał przywołał wcześniejsze orzecznictwo w sprawach polskich i zauważył, że zgodnie z polskim prawem decyzja wojewody stanowiąca, iż niektóre z nieruchomości, których spadkobiercami byli skarżący, nie były objęte działaniem dekretu o reformie rolnej, powinna być traktowana jako przyznająca skarżącym interes o charakterze majątkowym, objęty zakresem pojęcia mienia w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1. Jako podstawę do dalszych rozważań Trybunał przyjął okoliczność, że zdaniem skarżących naruszenie ich praw polegało na tym, że po wydaniu decyzji administracyjnych potwierdzających ich prawa, skarżący musieli podjąć dalsze działania w celu skutecznego korzystania ze swoich praw.

Odnosząc się do faktu, czy w danych okolicznościach faktycznych władze polskie wywiązały się ze swoich obowiązków pozytywnych Trybunał stwierdził, że charakter prywatny podmiotów pozostających w sporze nie jest bez wpływu na zakres obowiązków państwa. W przypadku sporu pomiędzy podmiotami prywatnymi obowiązki państwa ograniczają się do zapewnienia skutecznego wykonywania orzeczeń stwierdzających nieważność nacjonalizacji poprzez stworzenie ram prawnych umożliwiających skarżącym odzyskanie własności oraz rozwiązanie sporów prawnych istniejących pomiędzy skarżącymi a innymi podmiotami prywatnymi znajdującymi się we władaniu spornej nieruchomości⁸⁶.

⁸⁶ Por. Tarnowski i inni *p. Polsce* (nr 2), par. 86.

W konsekwencji Trybunał uznał, że prawo polskie przewiduje ramy o charakterze prawnym, w zakresie których, skarżący mogą domagać się uznania w praktyce ekonomicznej wartości praw wynikających z decyzji wojewody. Dlatego też nie dopatrywał się naruszenia art. 1 Protokołu nr 1.

W konsekwencji wszczęcia postępowania administracyjnego zmierzającego do zakwestionowania wydanej w zakresie nacjonalizacji decyzji administracyjnej skarżący uzyskać może żądaną decyzję administracyjną lub odmowę wydania takiej decyzji. W literaturze podnosi się, że w sytuacji, w której nie uda się wykazać niezgodności decyzji nacjonalizacyjnej z prawem obowiązującym w chwili jej wydania, roszczenie skarżącego jako nieskuteczne na gruncie prawa krajowego będzie powodowało także konieczność uznania, że jest ono także nieskuteczne na gruncie Konwencji⁸⁷. Warto jednakże zauważyć, że w kilku skargach, które są obecnie rozpatrywane przez Trybunał, przedmiotem rozważań jest treść decyzji wydanych w wyniku wszczęcia przez skarżących postępowań administracyjnych o stwierdzenie nieważności decyzji nacjonalizacyjnych. Generalnym problemem, który pojawia się na kanwie tych spraw jest to, w jakim zakresie i czy w ogóle Trybunał ma prawo kontrolować treść rozstrzygnięcia organów krajowych, w szczególności czy ma on prawo zakwestionować wykładnię prawa polskiego zastosowaną przez organ krajowy. Z orzecznictwa Trybunału wynika zasada, iż nie można mówić o „uzasadnionej ekspektatywie” w sytuacjach wystąpienia sporu co do właściwej interpretacji i stosowania prawa krajowego oraz następczego odrzucenia twierdzeń skarżącego przez sądy krajowe⁸⁸. Dodatkowo wskazać należy, że Trybunał widzi swoją rolę jako ograniczoną do zapewnienia, by decyzje organów krajowych nie były arbitralne, a jego zdaniem ocena okoliczności faktycznych i prawnych powinna być pozostawiona w gestii władz krajowych. Poza tym, w związku z faktem, że rolą ETPCz nie jest zastąpienie swoimi poglądami poglądów formułowanych przez sądy krajowe⁸⁹, Trybunał orzekając, czy nastąpiła ingerencja w prawa skarżących, opiera się na właściwym prawie krajowym, w sposób, w jaki interpretują je i stosują władze krajowe⁹⁰. Ta stanowczość sądów Trybunału wydaje się podważona, biorąc pod uwagę sprawy, które stanowią obecnie przedmiot zainteresowania Trybunału.

⁸⁷ Por. M. Krzyżanowska-Mierzevska, *Standardy przyjęte w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących znacjonalizowanego mienia i ich zastosowanie do roszczeń majątkowych z Niemiec*, [w:] Polska i Rada Europy 1990-2005, red. H. Machińska, Biuro Informacji Rady Europy, Warszawa 2005, s. 181.

⁸⁸ Por. *Kopecký v. Słowacja*, par. 50.

⁸⁹ Por. *Bata v. Czechy*, par. 80.

⁹⁰ Por. *Jantner v. Słowacja*, skarga nr 39050/97, wyrok z 4.03.2003 r., par. 29–33.

Grupą spraw, na które warto zwrócić uwagę są skargi, w których skarżący kwestionowali rozstrzygnięcie organu krajowego w zakresie tego, czy spełnione zostały przesłanki ustaw nacjonalizacyjnych. Warto tutaj zwrócić uwagę na sprawę *Romer i Dmowska-Baculewska v. Polska*⁹¹. Sprawa dotyczy działania dekretu o reformie rolnej. W 1976 r. wydana została prawomocna decyzja administracyjna stwierdzająca, że oznaczone działki należące do poprzedników prawnych skarżących stały się własnością Skarbu Państwa. Skarżące wszczęły w 1989 r. postępowanie o stwierdzenie nieważności decyzji nacjonalizacyjnej wydanej w 1976 r. Do 2006 r., czyli momentu poinformowania przez Trybunał rządu o wszczęciu postępowania, organy administracyjne konsekwentnie odmawiały skarżącym wydania decyzji stwierdzającej nieważność decyzji administracyjnej, pomimo tego, iż jak twierdziły skarżące przejęte na własność Państwa działki nie podlegały zakresowi działania dekretu. Skarżące podnosiły, iż ich roszczenie powinno być uwzględnione, szczególnie mając na uwadze postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 19 września 1990 r., zgodnie z którym, nieruchomości takie jak nieruchomości skarżących zostały uznane za wyłączone spod działania dekretu. Skarżące twierdziły więc, że decyzje administracyjne wydane w latach 90-ych i dwutysięcznych w ich sprawie w zakresie stwierdzenia nieważności decyzji nacjonalizacyjnych wydane zostały w sprzeczności z wykładnią prawa ustaloną przez Trybunał Konstytucyjny. W takiej sytuacji ETPCz postanowił rozważyć kwestię, czy skarżące mogą być traktowane jako posiadające „uzasadnioną ekspektatywę”, aby ich prawa własnościowe zostały im przywrócone, która to ekspektatywa objęta jest zakresem ochrony artykułu 1 Protokołu nr 1. Problem zarysowany w niniejszej sprawie koncentruje się na tym, czy „nieprzychylne” dla skarżących rozstrzygnięcie organu krajowego może być uznane za naruszające prawa gwarantowane art. 1 Protokołu nr 1, zważywszy na fakt, że skutkiem wydania decyzji uwzględniającej roszczenie skarżących byłoby stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej w zakresie nacjonalizacji *ex tunc*.

Oceniając okoliczności będące przedmiotem rozważań Trybunału należy przypomnieć, że w literaturze słusznie podnosi się, że dopóki nie zostanie stwierdzone przez kompetentny organ krajowy, że prawo własności istnieje, nie ma możliwości zastosowania gwarancji z art. 1 Protokołu nr 1⁹². W omawianej sprawie, do momentu wniesienia skargi do Trybunału nie doszło do wydania satysfakcjonującej skarżących decyzji administracyjnej, a tym samym nie doszło do stwierdzenia istnienia uprawnienia własnościowego. Warto też podkreślić, że skoro – jak zostało to wskazane powyżej – sama konstrukcja „powrotu własności ze skutkiem

⁹¹ Sprawa *Romer i Dmowska-Baculewska v. Polska*, skarga numer 72166/01.

⁹² L. Garlicki, *Transformacja ustrojowa ...*, *op.cit.*, s. 395.

wstecznym” w wyniku wydania decyzji nadzorczej budzi poważne wątpliwości na gruncie prawa polskiego, tym bardziej wywodzenie uprawnień właścicielskich w sytuacji, gdy brak jest decyzji stwierdzającej nieważność decyzji nacjonalizacyjnej nie ma podstaw w prawie polskim. Dlatego też Trybunał oceniając rzekomą arbitralność rozstrzygnięcia krajowego mógłby oprzeć się jedynie na argumentach w zakresie art. 6 Konwencji. Trybunał nie jest uprawniony do wydawania rozstrzygnięć mających zastąpić rozstrzygnięcia organów krajowych i nie ma możliwości kreowania poprzez swoje orzeczenia po stronie skarżących praw majątkowych, których w świetle Protokołu nr 1 nie posiadają. W konsekwencji do momentu wydania prawomocnej decyzji nadzorczej lub w niektórych sprawach orzeczenia sądowego gwarancje z art. 1 Protokołu nr 1 nie mają zastosowania. Nieuprawnione jest wysuwanie w ramach systemu Konwencji jakichkolwiek wniosków z faktu, że jak to się dzieje np. w sprawach polskich, decyzje nadzorcze wydawane są ze skutkiem *ex tunc*. Jak podkreśla to sam Trybunał decyzja organu krajowego „nadaje” skarżącemu interes majątkowy chroniony art. 1. W konsekwencji wydanie orzeczenia krajowego ma podstawowe znaczenie dla uprawnień skarżącego na gruncie europejskim. Mając na uwadze przyszłe orzeczenie Trybunału w omawianej sprawie należy jednak zwrócić uwagę na bardzo istotny fakt, a mianowicie to, że w 2008 r. Minister Rolnictwa wydał decyzję, w której stwierdzona została nieważność kwestionowanej przez skarżące decyzji nacjonalizacyjnej. W zaistniałej sytuacji złożyły one powództwo odszkodowawcze do sądu powszechnego. Ewentualna negatywna ocena przez Trybunał rzetelności krajowego postępowania administracyjnego mogłaby stanowić przesłankę do wznowienia postępowania na podstawie art. 272 par. 3 ustawy z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁹³. Jednakże z punktu widzenia skarżących, byłoby to działanie niepożądane.

5. Wnioski

W świetle obecnego orzecznictwa Trybunału nie ma możliwości dokonania oceny aktów nacjonalizacyjnych lub innych władczych działań państwa skutkujących pozbawieniem mienia, jeżeli wydane lub dokonane zostały przed związaniem się przez Polskę Protokołem nr 1. Aby pewne sytuacje prawne powstałe jeszcze przed ratyfikacją tej umowy międzynarodowej objęte były zakresem jurysdykcji Trybunału i w konsekwencji ochroną Protokołu nr 1 konieczne jest wykazanie, że zmiany własnościowe wprowadzone przez państwo skutkowały jedynie ograniczeniem możliwości korzystania z mienia, a w konsekwencji skarżącym

⁹³ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm.)

przysługuje nadal uprawnienie, które można zakwalifikować jako mienie w rozumieniu Protokołu. Jedynie w rzadkich przypadkach powojennych nacjonalizacji skarżący będą legitymowali się aktualnym tytułem prawnym do istniejącego mienia. Znacznie częściej podstawą do ubiegania się o ochronę na gruncie Protokołu będzie istnienie roszczenia, w odniesieniu do którego skarżący twierdzi, że ma przynajmniej “uprawnione oczekiwanie” uzyskania skutecznego korzystania z prawa majątkowego. Niewątpliwie do najbardziej problematycznych do oceny w tym zakresie będą należały sytuacje tzw. wywłaszczeń ułomnych oraz sytuacje, w których pozbawieniu mienia towarzyszą deklaracje ustawodawcy rekompensaty – w różnych formach, przejętego mienia. Szczególnie ta ostatnia sytuacja jest w ostatnich latach przedmiotem zainteresowania Trybunału. W decyzji w sprawie *Bata* Trybunał uznał, że po pierwsze, aby roszczenie było roszczeniem aktualnym i podlegało ochronie Konwencji, roszczenie musi znajdować podstawę nie tylko w aktach prawnych uchwalonych po II wojnie światowej, z których wiele nadal obowiązuje, ale także w aktach prawnych uchwalonych już po wejściu w życie Protokołu nr 1 dla danego państwa. Sam fakt obowiązywania ustaw nacjonalizacyjnych, które po wielokroć zawierały mgliste obietnice naprawienia w różny sposób skutków nacjonalizacji, nie może sam w sobie stanowić podstawy roszczenia. Po drugie roszczenie musi być powszechnie uznane w orzecznictwie organów krajowych jako skuteczna droga domagania się naprawienia szkód. Po trzecie indywidualna sytuacja skarżącego w zakresie roszczenia musi również zostać uznana i potwierdzona w orzecznictwie organów krajowych. Bez spełnienia tych trzech przesłanek nie można mówić o ukształtowanym roszczeniu podlegającym ochronie systemu Konwencji.

Dlatego też pomimo faktu, że przed ETPCz zawisłych jest wiele spraw dotyczących różnego rodzaju postępowań krajowych, których celem jest odzyskanie pełnej i niczym nie skrepowanej możliwości korzystania z mienia, sytuacja prawna osób prowadzących takie postępowania będzie mogła być objęta ochroną Protokołu nr 1 jedynie w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy skarżący będzie w stanie udowodnić, że mimo zastosowania niekorzystnego dla niego ustawodawstwa nadal dysponuje aktualnym tytułem do mienia, w rezultacie ingerencja władz państwowych ma charakter ciągły. Po drugie, jednostki, które utraciły własność w wyniku zastosowania w czasach komunistycznych - w szczególności ustaw nacjonalizacyjnych, mogą domagać się ochrony w sytuacjach, w których już po wejściu w życie dla Polski Protokołu nr 1 uzyskali oni stwierdzenie nieważności decyzji o przejęciu mienia przez państwo. W takich okolicznościach państwo ma obowiązek stworzenia im skutecznego systemu, w ramach którego będą oni mogli wykonywać swoje uprawnienia właścicielskie.

Od transformacji ustrojowej w Polsce minęło już ponad dwadzieścia lat. Tylko niewiele krótszy jest okres obowiązywania w stosunku do Polski Konwencji oraz Protokołu nr 1. Można byłoby oczekiwać, iż upływ tak długiego okresu powinien spowodować zamknięcie wszelkich sporów prawnych dotyczących stanów prawnych ukształtowanych jeszcze w PRL. Jednakże tak, jak nie udało się to na gruncie krajowym, tak też wiele takich spraw nadal jest przedmiotem rozważań Trybunału. W konsekwencji dopóki organy krajowe będą rozstrzygały sprawy związane z szeroko pojętym zwrotem mienia przejętego na rzecz państwa w czasach PRL, tak długo wskazane stany prawne mogą stać się przedmiotem skarg do Trybunału. Równocześnie można byłoby jednakże oczekiwać ze strony Trybunału możliwie szybkiego rozstrzygnięcia zawisłych spraw i tym samym precyzyjnego wskazania przesłanek, które muszą być spełnione, aby dana sytuacja prawna objęta została ochroną Protokołu nr 1. Wadą orzeczeń Trybunału w zakresie prawa własności jest jednakże brak definicji tego prawa w protokole i wynikająca z tego kazuistyka orzeczeń. Wieloletnie oczekiwanie na rozstrzygnięcia Trybunału w sprawach, które jak sam Trybunał podkreśla mogą dotyczyć znacznej ilości osób zwiększa niepewność, zarówno po stronie skarżących, jak i władz co do zakresu ciążących na nich zobowiązań. Pozostaje mieć nadzieję, że Trybunał nie ulegnie pokusie naprawy w drodze swoje orzecznictwa niewątpliwie niekorzystnej sytuacji osób dotkniętych zmianami własnościowymi przeprowadzonymi w czasach PRL. Skoro bowiem ustawodawca krajowy nie zrealizował i najprawdopodobniej nie zrealizuje składanych do tej pory obietnic reprivatyzacji, Trybunał nie powinien iść na skróty i poprzez swoje orzecznictwo kreować praw, które w prawie polskim nie istnieją. Trzeba bowiem pamiętać, że choć stosowana przez Trybunał przy interpretacji pojęcia „mienia” koncepcja autonomiczna ma za zadanie ograniczać obszary, których gwarancje Konwencji i jej Protokołów nie obejmują⁹⁴, nie może ona jednak prowadzić do kreowania po stronie skarżących praw, które nie przysługują im w świetle prawa krajowego. Źródłem prawa podmiotowego chronionego przez Protokół nr 1 może być jedynie prawo Państwa Strony Konwencji i tegoż Protokołu.

⁹⁴ M.A. Nowicki, *Wprowadzenie do interpretacji EKPCz*, EPS 1/2010, s. 11.

REPRIVATISATION IN STRASBOURG? – A FEW REMARKS ON THE JURISPRUDENCE OF THE ECHR ON THE BASIS OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 1 IN CASES AGAINST POLAND

In the article the author considers the current jurisprudence of the ECHR in cases concerning interferences with the property rights that occurred before 10 October 1994, i.e. the moment of entry into force for Poland of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. The article concentrates on cases in which the State could be held accountable for the consequences of its acts and omissions that took place before that date.

According to the Court's jurisprudence, Article 1 of Protocol No. 1 cannot be interpreted as imposing any general obligation on the Contracting States to return property which had been transferred to them before they ratified the Convention. Nor does Article 1 of Protocol No. 1 impose any restrictions on the Contracting States' freedom to determine the scope of property restitution and to choose the conditions under which they agree to restore property rights of the former owners. The hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. The Court has also previously considered that legislation in force after the ratification of the Convention and Protocol No. 1 and providing for restoration of property or compensation in lieu of property lost before the Protocol's entry into force may be regarded as giving rise to a new property right protected by Article 1 of Protocol No. 1 or a legitimate expectation of obtaining the effective enjoyment of a property right.

Thus the potential applicants, whose property rights were object of the State's interference before the entry into force of Protocol No. 1 for Poland, can successfully submit their claims to the Court only in two situations. Firstly, when the applicant can claim being before and after 1994 in the possession of a proprietary interest falling within the ambit of Protocol No. 1. This gave rise to a continuous situation which existed before and after 10 October 1994. Only in limited number of cases concerning situations of interferences the applicants can claim possession of "existing possessions". Most of the cases concern assets, including claims, in respect of which an applicant can argue that he or she has at least a "legitimate expectation" that they will be realized, i.e. that the applicant will obtain effective enjoyment of a property right. This type of situations encompasses e.g. the so called impaired nationalizations – that means nationalization accompanied by a promise of compensation. In the last years the Court has examined a few cases raising this issue and has undertaken the attempt to define the prerequisites that

have to be fulfilled by the impugned compensation provisions in order to be assessed as conferring on the applicant a title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1. Secondly, the applicants that were deprived of their property before the ratification can refer to the Court in a situation when after the entry into force of Protocol No. 1 the competent authorities declared that the ownership should not have been subject to expropriation. Under the provisions of Polish law such a decision should be regarded as conferring on the applicants a proprietary interest falling within the ambit of possessions within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. According to the Court, the State's obligation in the circumstances of this case is confined to ensuring effective enforcement of the decision annulling the expropriation, by having in place a legal framework making it possible for the applicants to recover possession of their property and to settle claims arising between them and the private-law entity that was in possession of the property at the time of the impugned decision.

Despite the fact that almost 20 years have lapsed from the moment Poland adhered the Convention and Protocol No. 1, there are still cases pending before the Court that concern the legal situations created before the critical date of 10 October 1994. The uncertainty concerning the Court's ruling affects not only the potential applicant, but also the Government, which can not be sure about the scope of obligations imposed on it according to the Convention and Protocol No 1.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(187) 2011
Warszawa 2011

Adam Borowicz ■

ROSZCZENIE WSPÓŁWŁAŚCICIELA O ZWROT WYDATKÓW PONIESIONYCH W ZWIĄZKU Z RZECZĄ WSPÓLNĄ

Kwestie dotyczące zwrotu wydatków poczynionych na rzecz wspólną stanowią jedno z podstawowych źródeł sporów powstających między współwłaścicielami rzeczy, o czym przekonuje w szczególności szereg wydanych w ostatnich latach orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących tychże zagadnień¹. Znaczna liczba sporów między współwłaścicielami, których przedmiotem są zasady zwrotu wydatków poniesionych na rzecz wspólną, wynika zapewne w dużej mierze z lakoniczności regulacji ustawowej dotyczącej tejże materii. Artykuł niniejszy stanowi próbę omówienia podstawowych elementów konstrukcji prawnej roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną.

1. Podstawa prawna roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną

Na gruncie poglądu zdecydowanie dominującego w literaturze przedmiotu i orzecznictwie sądowym podstawy prawnej roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków poczynionych na rzecz wspólną – w razie braku regulującej te kwestii

¹ Omawianych w niniejszym artykule zagadnień dotyczą m.in.: uchwała SN z dnia 21 lutego 2009 roku, III CZP 144/07, OSNC nr 2 z 2009 roku, poz. 22; uchwała SN z dnia 10 marca 2006 roku, III CZP 11/06, OSNC nr 3 z 2007 roku, poz. 38 oraz wyrok SN z dnia 25 lipca 2003 roku, V CK 141/02, niepubl.

umowy współwłaścicieli - upatruje się w treści art. 207 k.c.² Przepis ten stanowi o tym, że pożytki i inne przychody z rzeczy wspólnej przypadają współwłaścicielom w stosunku do wielkości udziałów, przy czym w takim samym stosunku współwłaściciele ponoszą wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną.

Pogląd upatrujący w art. 207 k.c. wyłącznej podstawy prawnej roszczeń współwłaścicieli o zwrot wydatków poniesionych w związku z rzeczą wspólną nie został szerzej uzasadniony w literaturze prawniczej oraz orzecznictwie sądowym, zapewne z uwagi na założenie, iż pogląd ten ma charakter oczywisty. Założenia tego nie można jednak podzielić. Wprawdzie niewątpliwie omawiany przepis nakłada na współwłaścicieli obowiązek partycypowania w wydatkach i ciężarach związanych z rzeczą wspólną, jednakże przepis ten w sposób wyraźny nie określa, czy współwłaścicielowi, który poniósł wydatki na rzecz wspólną w zakresie przekraczającym jego udział w prawie własności, służy roszczenie o zwrot tych wydatków, a jeśli tak, to jakie są przesłanki oraz treść tego roszczenia. Pod tym względem treść art. 207 k.c. odbiega w sposób wyraźny od treści tych przepisów, które w jednoznaczny sposób przyznają określonym podmiotom roszczenie o zwrot nakładów i wydatków, co dotyczy w szczególności art. 226 k.c. (roszczenie posiadacza rzeczy), art. 753 § 2 k.c., art. 754 k.c. i art. 755 k.c. (roszczenia osoby prowadzącej cudze sprawy bez zlecenia) czy art. 45 k.r.o. (wzajemne roszczenia małżonków). Wyżej przywołane przepisy – w przeciwieństwie do art. 207 k.c. – nie tylko wyraźnie przyznają określonym podmiotom roszczenie o zwrot nakładów i wydatków, lecz również wskazują przesłanki oraz treść tego roszczenia. Żadnego z tych elementów nie zawiera natomiast art. 207 k.c., co oznacza, że przepis ten nie może zostać uznany za wyłączną i całkowitą podstawę prawną roszczenia współwłaściciela rzeczy o zwrot poniesionych na nią wydatków.

Poszukując przepisów, które pozwoliłyby skonstruować podstawę prawną roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków poniesionych w związku z rzeczą wspólną, należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie stanowi podstawy materialnoprawnej tego roszczenia art. 618 § 1 k.p.c., gdyż przepis ten ma charakter wyłącznie kompetencyjny, tj. określa zakres kognicji sądu w postępowaniu o zniesienie współwłasności, włączając do tego zakresu wzajemne roszczenia współwłaścicieli związane z posiadaniem rzeczy wspólnej³. Do roszczeń tych niewątpliwie

² M.Sychowicz, *Postępowanie o zniesienie współwłasności*, Warszawa 1976, s. 86, J.I-gnatowicz, *Prawo rzeczowe*, wyd. VII, Warszawa 1997, s. 135, A.Cisek [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-534*, red. E.Gniewek, Warszawa 2004, s. 527 oraz K.Sznajder, *Charakter prawny roszczenia współwłaściciela o zwrot nakładów na rzecz wspólną*, Rejent nr 2 z 2009 roku, s. 154-155, jak również uchwała SN z dnia 8 stycznia 1980 roku, III CZP 80/79, OSNC nr 9 z 1980 r., poz. 157.

³ M.Sychowicz, *Postępowanie o zniesienie współwłasności*, s. 79.

zaliczyć należy roszczenia współwłaścicieli o zwrot dokonanych w związku z rzeczą wspólną wydatków⁴, jednakże materialnoprawnej podstawy tychże roszczeń należy poszukiwać w przepisach innych niż art. 618 § 1 k.p.c.

Podstawy prawnej wzajemnych roszczeń współwłaścicieli o zwrot wydatków poniesionych na rzecz wspólną nie należy także upatrywać w art. 226 k.c. Przepis ten, podobnie jak poprzedzające go przepisy art. 224 i 225 k.c., dotyczy bowiem wzajemnych roszczeń właściciela rzeczy oraz posiadacza tejże rzeczy nie będącego jej właścicielem i naruszającego uprawnienia właściciela, natomiast nie odnosi się do stosunków prawnych między współwłaścicielami tej samej rzeczy⁵. W szczególności, art. 224-226 k.c. określają w sposób zasadniczo odmienny niż art. 207 k.c. zasady podziału pożytków oraz wydatków dotyczących danej rzeczy, a odmienności te wynikają z różnicy między celami obydwu regulacji prawnych. Pogląd o możliwości stosowania art. 226 k.c. dla określenia przesłanek oraz treści roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków na rzecz wspólną nie jest zresztą reprezentowany ani w literaturze prawniczej ani w orzecznictwie sądowym.

Podstawy prawnej dla roszczeń tego rodzaju z pewnością nie można także upatrywać w treści przepisów dotyczących uprawnień osoby prowadzącej cudze sprawy bez zlecenia (art. 753-755 k.c.), gdyż współwłaściciel dokonujący wydatków na rzecz wspólną nie prowadzi cudzej sprawy, lecz działa we wspólnym interesie wszystkich właścicieli rzeczy wspólnej, a zatem także w interesie własnym⁶.

Jak sądzę, uzupełniającą art. 207 k.c. podstawy prawnej roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków poniesionych na rzecz wspólną należy wobec tego upatrywać w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i nast. k.c.). W literaturze przedmiotu dopuszczono wprowadzić możliwość oparcia roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków na rzecz wspólną na treści art. 405 k.c., jednakże w odniesieniu do sytuacji, w których za wyłączone uznano oparcie tego roszczenia na treści art. 207 k.c., np. z uwagi na przyjęcie, że art. 207 k.c. dotyczy tylko wydatków poniesionych z zachowaniem zasad zarządu rzeczą wspólną⁷ lub ze względu na przyjęcie poglądu, zgodnie z którym art. 207 k.c. w ogóle nie dotyczy nakładów rozumianych jako inwestycje skutkujące ulepszeniem rzeczy wspólnej⁸. Wskazuje

⁴ Tamże, s. 86.

⁵ Por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 20 listopada 1992 r., III CZP 140/92, OSNC nr 4 z 1993 roku, poz. 64 oraz K.Sznajder, *Charakter prawny...*, s. 154, jak również A.Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2010, s. 277.

⁶ W.Kamiński, *Roszczenia z tytułu nakładów w postępowaniu działowym*, Palestra nr 12 z 1973 roku, s. 33.

⁷ T.A. Filipiak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2009, s. 97.

⁸ W.Kamiński, *Roszczenia z tytułu nakładów...*, s. 32-33.

się również na możliwość oparcia roszczeń współspadkobierców o zwrot nakładów na spadek na przepisach dotyczących zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia⁹.

Pogląd, zgodnie z którym art. 405 k.c. w każdym przypadku stanowi podstawę roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków poniesionych w związku z rzeczą wspólną nie został jednak do tej pory sformułowany w literaturze przedmiotu. Zarazem jednak w polskiej doktrynie prawa cywilnego nie została do tej pory przeprowadzona analiza relacji między art. 207 k.c. a art. 405 k.c. na płaszczyźnie odnoszącej się do roszczeń współwłaściciela, który poniósł wydatki na rzecz wspólną. W mojej ocenie analiza tego rodzaju powinna prowadzić do wniosku, iż dla skonstruowania podstawy prawnej roszczenia współwłaściciela w takiej sytuacji należy odwołać się do obydwu wyżej przywołanych przepisów – roszczenie współwłaściciela, który w zakresie przekraczającym wielkość jego udziału w prawie własności rzeczy wspólnej poniósł wydatki związane z tą rzeczą, jest roszczeniem o zwrot przez pozostałych współwłaścicieli uzyskanego przez nich bezpodstawnego wzbogacenia. Treść art. 207 k.c. określa natomiast, po pierwsze, w jakim zakresie każdy ze współwłaścicieli wzbogaca się kosztem tego właściciela rzeczy wspólnej, który poniósł określony wydatek związany z rzeczą wspólną (zakres tego wzbogacenia jest proporcjonalny do udziału danego współwłaściciela w prawie własności rzeczy wspólnej) oraz, po drugie, uzasadnia przyjęcie, iż wzbogacenie to jest pozbawione podstawy prawnej.

Zgodnie z treścią art. 405 k.c., kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. W nauce prawa cywilnego oraz w orzecznictwie sądowym nie budzi wątpliwości, że jednym z rodzajów korzyści majątkowych, o jakich mowa w art. 405 k.c., jest zaoszczędzenie przez osobę wzbogacaną określonych wydatków¹⁰. Niewątpliwie, w sytuacji, w której jeden ze współwłaścicieli w całości pokrywa określone wydatki związane z rzeczą wspólną, pozostali współwłaściciele uzyskują korzyść majątkową polegającą na tym, że uniknęli konieczności poniesienia tych samych wydatków we własnym zakresie. O ile właściciele rzeczy wspólnej nie zawarli uprzednio umowy określającej zasady ponoszenia przez nich tego rodzaju wydatków, to wyżej wskazane wzbogacenie się części współwłaścicieli ma charakter bezpodstawny, gdyż żaden przepis prawa nie przewiduje podstawy dla tego rodzaju wzbogacenia. Skoro tak, to już *prima facie* współwłaścicielowi, który pokrył określone wydatki związane

⁹ J.Kremis [w:] *System prawa prywatnego, Tom 10: Prawo spadkowe*, red. B.Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 767.

¹⁰ A.Ohanowicz, *Niesłuszne wzbogacenie*, Warszawa 1956, s. 91, E.Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 70 oraz P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405-415 KC. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 65 i 68.

z rzeczą wspólną, przysługuje roszczenie wobec pozostałych właścicieli tej rzeczy, oparte na treści art. 405 k.c.

Możliwy jest jednak pogląd, zgodnie z którym art. 207 k.c. stanowi samodzielną podstawę roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną i jako przepis szczególny wyłącza stosowanie w omawianej sytuacji ogólnego przepisu art. 405 k.c. Autorzy rozważający kwestie dotyczące zbiegu przepisów o zwrocie bezpodstawnego wzbogacenia z innymi przepisami z zakresu prawa cywilnego nie wymieniają jako przypadku takiego zbiegu relacji między przepisami art. 207 k.c. i art. 405 k.c.¹¹. W istocie trudno byłoby wskazać raczej przemawiające za upatrywaniem w art. 207 k.c. samodzielnej podstawy prawnej roszczenia o zwrot wydatków, tj. roszczenia alternatywnego w stosunku do opartego na art. 405 k.c. roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia. Jak już wyżej wskazano, art. 207 k.c. w ogóle nie zawiera określenia roszczenia przysługującego temu spośród współwłaścicieli, który dokonał wydatków na rzecz wspólną w zakresie przekraczającym wielkość jego udziału w prawie własności tej rzeczy. W szczególności zaś przepis ten nie określa przesłanek powstania takiego roszczenia ani jego treści. W przeciwieństwie zatem do relacji między art. 405 k.c. a art. 226 k.c., określającym przesłanki i treść roszczenia posiadacza cudzej rzeczy o zwrot poniesionych na nią nakładów, badając relację między art. 405 k.c. i art. 207 k.c. nie sposób przyjąć, iż znaczenie art. 207 k.c. polega na przyznaniu współwłaścicielowi roszczenia o zwrot wydatków skonstruowanego w sposób odmienny od roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia. Wręcz przeciwnie, właśnie lakoniczność regulacji prawnej dotyczącej rozliczeń pomiędzy współwłaścicielami na tle dokonywanych przez nich wydatków na rzecz wspólną uzasadnia pogląd, iż w tym przypadku założeniem ustawodawcy było oparcie tego rodzaju rozliczeń na przepisach ogólnych, tj. na przepisach dotyczących zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia oraz – ewentualnie – naprawienia szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Art. 207 k.c. powinien być natomiast przy konstruowaniu roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków na rzecz wspólną ujmowany jedynie jako: (a) uzasadnienie dla przesłanki roszczenia z art. 405 k.c. mówiącej o bezpodstawności wzbogacenia pozostałych właścicieli rzeczy wspólnej¹² oraz (b) jako podstawa dla określenia zakresu wzbogacenia

¹¹ P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 37-55 oraz P.Mostowik [w:] *System prawa prywatnego, Tom 6: Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A.Olejniczak, Warszawa 2009, s. 254-271.

¹² Nawiązuję tutaj do rozróżnienia dokonanego przez P.Mostowika, który wskazuje na przypadki, w których bezpodstawność danego wzbogacenia wynika z treści określonego przepisu szczególnego oraz przypadki, w których samodzielną podstawą oceny mówiącej o bezpodstawności wzbogacenia jest art. 405 k.c. – P.Mostowik, *System prawa prywatnego. Tom 6*, s. 227.

poszczególnych współwłaścicieli (z art. 207 k.c. wynika bowiem, że wzbogacenie to jest proporcjonalne do wielkości udziału danego współwłaściciela w prawie własności rzeczy wspólnej). Prawidłową podstawę prawną roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną stanowi zatem art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. – związek między omawianymi przepisami polega zaś w omawianym kontekście na tym, iż w szczególnym przypadku bezpodstawnego wzbogacenia, jakim jest dokonanie przez jednego lub część współwłaścicieli wydatku na rzecz wspólną, z którego korzystają pozostali współwłaściciele, art. 207 k.c. uzasadnia, dlaczego korzyść tak uzyskana ma charakter bezpodstawny oraz w jakich proporcjach poszczególni współwłaściciele są zobowiązani do jej zwrotu.

2. Przesłanki roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną

W pierwszej kolejności należy wstępnie wyjaśnić zakres pojęcia „wydatków związanych z rzeczą wspólną”, które to pojęcie określa zakres zastosowania roszczenia współwłaściciela opartego na treści art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c.

W tym miejscu wskazać należy na wątpliwość odnoszącą się do tego, czy występujący w treści art. 207 k.c. zwrot „wydatki i ciężary” należy rozumieć jako równoznaczny z występującymi w przepisach dotyczących innych stosunków cywilnoprawnych kategoriami „nakładów” lub „nakładów i wydatków”¹³. Za dominujący należy uznać pogląd, zgodnie z którym brak jest podstaw do przypisywania zwrotowi mówiącemu o „wydatkach i ciężarach” odmiennego znaczenia niż sens przypisywany zwrotowi mówiącemu o „nakładach” na określony przedmiot majątkowy, który to zwrot użyty został w przepisach ustawowych dotyczących innych stosunków niż relacje między współwłaścicielami. Nakłady w omawianym sensie charakteryzuje się z kolei jako „dobrowolne poświęcenie pewnych wartości majątkowych dla osiągnięcia jakiegoś celu, który to cel jest objęty sferą interesów innego podmiotu”¹⁴ lub w sposób równoznaczny¹⁵. Użyte w treści art. 207 k.c. sformułowanie mówiące o „wydatkach i ciężarach związanych z rzeczą wspólną” na gruncie omawianego poglądu rozumie się zatem jako tożsame z nakładami na rzecz wspólną¹⁶. Analogiczny pogląd przeważa także w lite-

¹³ Por. m.in. art. 55 § 2 k.c., art. 408 k.c. art. 566 k.c., art. 677 k.c. oraz art. 45 k.r.o.

¹⁴ T.Dybowski, A.Pyrzyńska [w:] *System prawa prywatnego, Tom 5: Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E.Łętowska, Warszawa 2006, s. 265.

¹⁵ Z.Radwański, *Prawo zobowiązań*, Warszawa 1986, s. 57.

¹⁶ Tak m.in. Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, s. 57, A.Cisek, [w:] *Kodeks cywilny*.

raturze dotyczącej wydatków poniesionych przez współspadkobierców na przedmioty należące do spadku¹⁷, jak również w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁸.

Możliwe są jednak także inne sposoby rozumienia zawartego w art. 207 k.c. zwrotu mówiącego o „wydatkach i ciężarach”. Jeśli bowiem uznać, że pojęcie nakładu wiąże się ze spowodowaniem określonej zmiany w przedmiocie materialnym¹⁹, wówczas pominięcie przez ustawodawcę w treści art. 207 k.c. kategorii nakładów na rzecz i posłużenie się wyłącznie pojęciem wydatków i ciężarów mogłoby sugerować zawężającą interpretację art. 207 k.c., tj. interpretację pomijającą takie przypadki użycia majątku przez współwłaściciela, które nie skutkowałyby spowodowaniem materialnej zmiany w stanie i strukturze rzeczy wspólnej²⁰.

Przeciwko takiej interpretacji omawianego przepisu przemawiają jednak rezultaty wykładni systemowej uwzględniającej te wszystkie przepisy Kodeksu cywilnego, w treści których ustawodawca przyznaje określonym podmiotom prawo zwrotu poczynionych przez nie „nakładów”, „wydatków” bądź „nakładów i wydatków” poniesionych na przedmioty majątkowe należące do innych osób. I tak, roszczenie o zwrot „nakładów” zostało przyznane w szczególności:

- posiadaczowi samoistnemu cudzej rzeczy (art. 226 k.c.),
- osobie, która bez podstawy prawnej uzyskała określoną korzyść i na tę korzyść poczyniła nakłady (art. 408 k.c.),
- nabywcy rzeczy na podstawie umowy sprzedaży, który następnie odstępuje od tej umowy (art. 566 § 2 k.c.).

Z kolei w innych przepisach kodeksowych mowa jest o „wydatkach lub nakładach” lub „zwrocie wydatków i nakładów”, co dotyczy w szczególności:

- biorącego rzecz do używania na podstawie umowy użyczenia (art. 713 k.c.),
- prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia (art. 753 § 2 k.c.),
- zbywcy spadku (art. 1054 § 2 k.c.).

Wreszcie w niektórych przepisach mowa jest wyłącznie o „wydatkach” lub „wydatkach i ciężarach”, co dotyczy m.in.:

- współwłaścicieli rzeczy (art. 207 k.c.),
- przyjmującego zlecenie (art. 742 k.c.),

Tom I. Komentarz..., s. 527 oraz E. Skowrońska-Bocian [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 667 i 669.

¹⁷ A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, s. 273-275.

¹⁸ Uchwała SN z dnia 10 maja 2006 r., III CZP 11/06, OSNC nr 3 z 2007 roku, poz. 38.

¹⁹ A. Dyoniak, *Zwrot nakładów i wydatków na podstawie art. 45 k.r.o.*, Nowe Prawo nr 7-8 z 1974 roku, s. 32.

²⁰ Tak przyjmuje W. Kamiński, *Roszczenia z tytułu nakładów...*, s. 33.

- osoby, która w celu odwrócenia niebezpieczeństwa grożącego drugiemu ratuje jego dobro (art. 757 k.c.),
- agenta (art. 762 k.c.).

Brak jest racjonalnych argumentów przemawiających za uznaniem, że roszczenie osoby prowadzącej cudzą sprawę bez zlecenia o zwrot nakładów i wydatków miałoby mieć co do zasady szerszy zakres niż roszczenie przyjmującego zlecenie o zwrot wydatków – tylko dlatego, że w pierwszym przypadku ustawodawca posłużył się zwrotem „nakłady i wydatki”, a w drugim przypadku jedynie wyrażeniem „wydatki”. Z pewnością nie było intencją ustawodawcy uprzywilejowanie osoby prowadzącej cudzą sprawę bez zlecenia w stosunku do osoby przyjmującej zlecenie udzielone jej w drodze umowy. Analogicznie, brak jest jakichkolwiek merytorycznych podstaw dla przyjęcia, że roszczenie zbywcy spadku w stosunku do jego nabywcy o zwrot poczynionych na spadek nakładów i wydatków (art. 1054 § 2 k.c.) miałoby mieć odmienny zakres niż wzajemne roszczenia współspadkobierców o zwrot poniesionych przez nich wydatków i ciężarów związanych ze spadkiem (art. 207 k.c. w zw. z art. 1035 k.c.). Cel wszystkich wyżej przywołanych przepisów jest bowiem tożsamy i polega na przyznaniu osobie, która wykorzystwała swoje zasoby majątkowe w sposób przynoszący korzyść innemu podmiotowi, roszczenia o zwrot równowartości wykorzystanych w tym celu zasobów (po spełnieniu określonych dodatkowych warunków wynikających wprost z przepisu ustawy). Wobec używania przez ustawodawcę bardzo niejednolitej terminologii, brak jest podstaw do wiązania daleko idących skutków ze sposobem wysłowienia wyżej przywołanej idei ogólnej w konkretnym przepisie ustawowym, a zatem z faktem użycia w danym przepisie zwrotu „wydatki”, „nakłady”, „nakłady i wydatki” czy też „wydatki i ciężary”²¹. Tym samym za uzasadnione należy przyjąć pierwsze z wyżej przytoczonych stanowisk, zgodnie z którym w istocie ustawodawca posługuje się wyżej przytoczonymi sformułowaniami w sposób równoznaczny.

Powyższa konstatacja stanowi jednak dopiero pierwszy etap rozważań zmierzających do sprecyzowania przesłanek roszczenia współwłaściciela, który poniósł w związku z rzeczą wspólną określone wydatki lub ciężary. Jak wyżej wskazano, pojęcie „wydatków i ciężarów” należy w kontekście art. 207 k.c. rozumieć jako tożsame z szeroko rozumianym pojęciem „nakładów”, tj. jako wykorzystanie przez współwłaściciela rzeczy pewnych własnych zasobów (mających określoną wartość majątkową) pozostające w związku z tą rzeczą. Co do zasady, nakłady te mogą mieć charakter zarówno pieniężny jak i rzeczowy, jak również mogą polegać na wykonaniu przez współwłaściciela rzeczy określonych prac (np. w po-

²¹ T.Dybowski, A.Pyrzyńska [w:] *System prawa prywatnego, Tom 5...*, s. 265.

staci osobistego wyremontowana rzeczy wspólnej). W tej ostatniej kwestii należy jedynie wskazać, że osobiste czynności współwłaściciela polegające na sprawowaniu zarządu rzeczą wspólną (a zatem także osobiste czynności współwłaściciela zmierzające do ulepszenia rzeczy wspólnej lub do zachowania jej w stanie nie pogorszonym) podlegają odpowiedniemu wynagrodzeniu na podstawie art. 205 k.c. a nie na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. Jako wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną w rozumieniu art. 207 k.c. należy zatem rozumieć nakłady pieniężne i rzeczowe związane z rzeczą wspólną a nie nakłady polegające na osobistej pracy współwłaściciela.

Z kolei związek określonego wydatku z rzeczą wspólną, o jakim mowa w art. 207 k.c., należy rozumieć szeroko – w tym sensie wydatkiem związanym z rzeczą wspólną jest każdy wydatek, który w jakikolwiek sposób w sensie faktycznym dotyczy rzeczy wspólnej, tj. jest dokonany w ramach korzystania z tej rzeczy, zapewnia zachowanie tej rzeczy w określonym stanie lub powoduje określone zmiany w stanie tej rzeczy.

Jak jednak zostanie poniżej wskazane, nie każdy wydatek pozostający w związku faktycznym z rzeczą wspólną będzie mógł podlegać zwrotowi przez pozostałych współwłaścicieli. W tym zakresie należy zaznaczyć, że dokonane uprzednio ustalenie, zgodnie z którym właściwą podstawą prawną roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków poniesionych na rzecz wspólną jest art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c., rzutuje niewątpliwie na sposób ujęcia przesłanek tego roszczenia. Ujęcie to odwoływać się bowiem musi do ogólnych przesłanek roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia. W polskiej doktrynie prawa cywilnego tradycyjnie wyróżnia się cztery przesłanki omawianego roszczenia²²:

- wzbogacenie jednego podmiotu,
- zubożenie innego podmiotu,
- związek między wzbogaceniem a zubożeniem,
- bezpodstawność wzbogacenia.

Niektórzy autorzy wskazują jednak, że brak jest podstaw do wywodzenia z treści art. 405 k.c. przesłanki roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia w postaci zubożenia osoby występującej z tego rodzaju roszczeniem. Istotnie, w treści art. 405 k.c. nie pojawia się żadne sformułowanie mówiące o zubożeniu określonego podmiotu, a jedynie mówi się o uzyskaniu korzyści majątkowej kosztem innej osoby. Jak sądzę słusznie wskazuje się, że wzbogacić się kosztem innej osoby można nawet nie powodując jakiegokolwiek uszczerbku majątkowego (tj. zubożenia) po stronie tej osoby²³. Wyżej przywołana dominująca interpretacja

²² A.Ohanowicz, *Niesłuszne wzbogacenie*, s. 57, Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, s. 223 oraz E.Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 63.

²³ W.Serda, *Nienależne świadczenie*, Warszawa 1988, s. 211.

art. 405 k.c. znajdowała pewne uzasadnienie na gruncie uprzednio obowiązującego art. 123 Kodeksu zobowiązań, który posługiwał się formułą: „kto niesłusznie uzyskał korzyść z majątku innej osoby”. Obecna formuła użyta w treści art. 405 k.c. oparta jest jednak na przesłance uzyskania korzyści majątkowej „kosztem innej osoby”, która powinna być interpretowana szerzej niż wyłącznie jako zaistnienie zubożenia tej osoby, tj. określonego uszczerbku w jej dobrach majątkowych²⁴. Jak słusznie wskazuje jeden z autorów, istotą przesłanki uzyskania wzbogacenia kosztem innej osoby jest ustalenie, że źródłem tego wzbogacenia jest sfera praw tejże osoby²⁵. Innymi słowy, określona korzyść majątkowa jest uzyskana kosztem innej osoby wtedy, gdy korzyść ta została uzyskana dzięki wykorzystaniu majątku lub pracy innej osoby lub gdy uzyskanie tej korzyści nastąpiło dzięki innemu naruszeniu sfery praw majątkowych innej osoby – choćby naruszenie to nie skutkowało szkodą rozmianą jako uszczerbek w dobrach majątkowych. Ostatecznie zatem, listę przesłanek roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia można ograniczyć do trzech, a mianowicie:

- uzyskanie korzyści majątkowej (wzbogacenie),
- kosztem innej osoby,
- bez podstawy prawnej²⁶.

Przenosząc powyższą listę przesłanek roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia na płaszczyznę rozważań dotyczących roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków i ciężarów poniesionych w związku z rzeczą wspólną należy wskazać, co następuje. Współwłaściciel, który dokonuje wydatków na rzecz wspólną, o ile skutkują one uzyskaniem korzyści przez pozostałych właścicieli rzeczy wspólnej oraz o ile współwłaściciele nie zawarli umowy określającej zasady ponoszenia przez nich tego rodzaju wydatków w sposób odmienny niż to wynika z treści art. 207 k.c., uzyskuje roszczenie przeciwko pozostałym współwłaścicielom o zwrot uzyskanej przez nich korzyści majątkowej.

Należy podkreślić, że warunkiem powstania roszczenia o zwrot wydatków poniesionych na rzecz wspólną przez jednego z jej współwłaścicieli jest to, aby poniesienie przez niego tych wydatków przyniosło jakkolwiek korzyść majątkową pozostałym współwłaścicielom. Z pewnością nie jest bowiem tak, że każdy wydatek jednego z właścicieli rzeczy wspólnej pozostający w związku faktycznym z tą rzeczą lub z korzystaniem z niej przynosi zarazem korzyść majątkową pozostałym współwłaścicielom. Są bowiem takie wydatki, które z punktu widzenia pozostałych właścicieli rzeczy wspólnej są bezużyteczne (tj. nie przyno-

²⁴ P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 50-51 oraz s. 69-70.

²⁵ Tamże, s. 50-51.

²⁶ Tamże, s. 58. Krytycznie na temat tego poglądu P. Mostowik, *System prawa prywatnego. Tom 6...*, s. 247.

szą im żadnej korzyści) lub zgoda wyrządzą im szkodę (np. powodując w konsekwencji obniżenie wartości rynkowej rzeczy wspólnej). Z pewnością tego rodzaju wydatki jednego ze współwłaścicieli nie będą podlegać zwrotowi na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c.

W tym kontekście pomocne wydaje się odwołanie się do tradycyjnego w literaturze prawniczej rozróżnienia nakładów koniecznych, użytecznych i zbytkownych. Zgodnie z tą klasyfikacją, nakładami koniecznymi są nakłady niezbędne dla utrzymania danej rzeczy w należyтым stanie oraz dla zapewnienia możliwości normalnego korzystania z niej, nakłady użyteczne prowadzą do ulepszenia przedmiotu i podniesienia jego wartości, natomiast celem nakładów zbytkowych jest wyłącznie nadanie przedmiotowi stanu odpowiadającego upodobaniom tego, kto dokonuje tych nakładów²⁷. Co do zasady, zwrotowi na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. podlegać mogą jedynie wydatki konieczne i użyteczne.

Korzyść majątkowa współwłaścicieli, wynikająca z poczynienia przez jednego z nich lub przez część współwłaścicieli wydatków na rzecz wspólną, może być trojakiego rodzaju.

Po pierwsze, korzyść współwłaścicieli może polegać na uniknięciu poniesienia wydatków koniecznych, tj. wydatków, które trzeba ponieść, aby zachować rzecz wspólną w należyтым stanie, tj. w stanie nie pogorszonym i umożliwiającym normalne korzystanie z tej rzeczy. W tej kategorii mieszczą się zatem w szczególności wydatki na wszelkie naprawy rzeczy wspólnej oraz wydatki poniesione w celu zabezpieczenia rzeczy wspólnej przed uszkodzeniem, zniszczeniem lub utratą na rzecz osób trzecich, np. koszty ubezpieczenia rzeczy wspólnej. Ponadto, należą tutaj wydatki, których poniesienie obciąża wspólnie wszystkich współwłaścicieli, niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie władają oni rzeczą wspólną, a które wiążą się wyłącznie z przysługującym im statusem właścicieli (np. obowiązki publicznoprawne związane z własnością rzeczy wspólnej, w szczególności podatki i inne daniny publiczne, jak również obowiązki o charakterze cywilnoprawnym wynikające wprost z przepisów prawa, np. spoczywający na współwłaścicielach lokalu mieszkalnego obowiązek pokrywania odpowiedniej części kosztów zarządu nieruchomością wspólną w stosunku do wspólnoty mieszkaniowej²⁸).

Po drugie, korzyść majątkowa współwłaścicieli może polegać na pokryciu przez jednego lub przez część właścicieli rzeczy wspólnej kosztów wspólnego korzystania z tej rzeczy przez wszystkich współwłaścicieli. Nie chodzi tutaj zatem o wydatki konieczne do zachowania rzeczy wspólnej w stanie umożliwiającym normalne z niej korzystanie, lecz wydatki związane bezpośrednio

²⁷ T.Dybowski, A.Pyrzyńska [w:] *System prawa prywatnego, Tom 5...*, s.266.

²⁸ Obowiązek ten wynika z treści art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali.

z faktycznym korzystaniem z rzeczy wspólnej. Pojęcie korzystania z rzeczy obejmuje zarówno czerpanie z niej pożytków i innych przychodów, jak również osobiste używanie rzeczy przez osoby do tego uprawnione²⁹ – w tym wypadku przez współwłaścicieli. Wydatki związane z faktycznym czerpaniem pożytków z rzeczy wspólnej to np. wydatki związane z zebraniem plonów ze wspólnej nieruchomości rolnej. Z kolei wydatki związane z faktycznym używaniem rzeczy wspólnej to w szczególności wydatki na pokrycie kosztów dostawy wody, energii elektrycznej lub gazu ziemnego do położonego na nieruchomości wspólnej budynku mieszkalnego, w którym zamieszkują wszyscy współwłaściciele. To ostatnie zastrzeżenie wynika z konieczności przyjęcia, że jeśli rzecz wspólna jest faktycznie używana jedynie przez część współwłaścicieli (np. jedynie część współwłaścicieli zamieszkuje w budynku posadowionym na nieruchomości wspólnej), to pokrywanie przez tych współwłaścicieli kosztów używania rzeczy wspólnej nie przynosi żadnej korzyści majątkowej tym właścicielom, którzy z rzeczy wspólnej w danym okresie czasu nie korzystają.

Po trzecie, korzyść majątkowa współwłaścicieli wynikająca z poniesienia przez część z nich wydatków na rzecz wspólną może polegać na ulepszeniu rzeczy wspólnej. Ulepszenie to może polegać na nadaniu rzeczy wspólnej takiej postaci, która skutkuje zwiększeniem wartości rynkowej tej rzeczy lub chociażby zwiększeniem zakresu możliwych do uzyskania z tej rzeczy pożytków lub przychodów – wyżej wskazane kryteria nadają pojęciu ulepszenia rzeczy wspólnej charakter zobiektywizowany. W omawianym znaczeniu nie stanowi natomiast ulepszenia rzeczy wspólnej jej poprawienie w sensie czysto subiektywnym, tj. przekształcenie rzeczy wspólnej nie spełniające żadnego z dwóch wyżej wskazanych obiektywnych kryteriów, lecz jedynie nadające rzeczy wspólnej postać odpowiadającą upodobaniom tych współwłaścicieli, którzy ponieśli wydatki mające na celu dokonanie tego przekształcenia.

Przedstawione wyżej powiązanie roszczenia z art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. jest zgodne z poglądami tych autorów, którzy uzależniają możliwość żądania zwrotu wydatków poniesionych na rzecz wspólną od tego, czy wydatki te przynoszą korzyść pozostałym współwłaścicielom. I tak np. S.Rudnicki wskazuje, że „(...) wydatki, o których mowa w art. 207, są związane z rzeczą wspólną, jeżeli potrzeba ich poniesienia wynika z normalnej eksploatacji i zasad prawidłowej gospodarki”³⁰ – dodając zarazem, że nie dotyczy to wydatków poniesionych tylko

²⁹ A.Stelmachowski [w:] *System prawa prywatnego, Tom 3: Prawo rzeczowe*, red. T.Dybowski, Warszawa, s. 235.

³⁰ S.Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2005, s. 263.

dla wygody części współwłaścicieli i tylko w ich interesie. Ten sam autor stwierdza, że związane z rzeczą wspólną są ponadto wszystkie inwestycje podnoszące jej wartość lub mające zwiększać osiąganę z niej przychody i pożytki³¹. Analogiczne poglądy w stosunku do nakładów jednego ze współspadkobierców na spadek wyrazili A.Stempniak³² oraz J.Kremis³³.

Niektórzy autorzy formułują natomiast odmienną przesłankę roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków na rzecz wspólną, upatrując też przesłanki w tym, czy określony wydatek został poniesiony zgodnie z umownymi lub - w ich braku - ustawowymi zasadami zarządu rzeczą wspólną. Jak wskazuje w tym kontekście A.Cisek, zakresem art. 207 k.c. objęte są wydatki poniesione w ramach zwykłego zarządu rzeczą wspólną, przy zgodzie większości współwłaścicieli (art. 201 k.c.), jak również inne wydatki, przekraczające zakres zwykłego zarządu, podejmowane za zgodą wszystkich współwłaścicieli (art. 199 k.c.)³⁴. *A contrario*, zakresem art. 207 k.c. nie byłyby zatem objęte wszystkie te wydatki na rzecz wspólną, które zostały dokonane z naruszeniem umownych lub ustawowych zasad zarządu tą rzeczą.

Na gruncie proponowanego w niniejszym artykule ujęcia roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków na rzecz wspólną, uzależnienie powstania tego roszczenia od tego, czy określony wydatek został dokonany zgodnie z umownymi lub ustawowymi zasadami zarządu rzeczą wspólną, nie znajduje uzasadnienia. Tego rodzaju ograniczenie omawianego roszczenia nie znajduje bowiem wsparcia ani w treści art. 207 k.c. ani w treści art. 405 k.c., jak również w treści pozostałych przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących zarówno współwłasności jak i zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia. Nie sposób wskazać racji o charakterze jurydycznym, które miałyby uzasadniać pogląd, jakoby nakłady poczynione na rzecz wspólną przez jednego ze współwłaścicieli z naruszeniem art. 199 lub art. 201 k.c., jednakże zarazem ekonomicznie uzasadnione, w szczególności zwiększające wartość rynkową rzeczy wspólnej (a tym samym przynoszące ewidentną korzyść majątkową wszystkim właścicielom rzeczy wspólnej), nie mogłoby podlegać

³¹ Tamże.

³² A.Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, s. 274.

³³ J.Kremis [w:] *System prawa prywatnego, tom 10...*, s. 767.

³⁴ A.Cisek [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz...*, s. 527. Analogiczny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 21 lutego 2008 roku, III CZP 144/07, OSNC nr 2 z 2009 roku, poz. 22 wskazując, że art. 207 k.c. dotyczy wydatków „dokonywanych w związku z czynnościami zarządu rzeczą i z zachowaniem zasad zarządu rzeczą wspólną”. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2003 roku, V CK 141/02, niepubl. Z kolei pogląd przeciwny został wyrażony w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 1978 roku, III CZP 26/78, OSNC nr 1 z 1979 roku, poz. 3.

rozliczeniu w stosunkach między współwłaścicielami. W szczególności, art. 207 k.c. w żaden sposób nie różnicuje wydatków związanych z rzeczą wspólną na poniesione w ramach umownych lub ustawowych reguł zarządu rzeczą wspólną oraz na takie wydatki, które zostały poniesione z naruszeniem tychże reguł. W tym zakresie stanowisko ustawodawcy wydaje się zresztą być całkowicie konsekwentne, skoro również pożytki przyniesione przez rzecz wspólną podlegają rozdziałowi między współwłaścicieli tej rzeczy według zasady określonej w art. 207 k.c., niezależnie od tego, czy pożytki te zostały uzyskane na skutek czynności zgodnych z umownymi lub ustawowymi regułami zarządu rzeczą wspólną czy też z naruszeniem tychże reguł. Można natomiast podzielić pogląd, zgodnie z którym rażące naruszenie ustawowych lub umownych reguł zarządu rzeczą wspólną w pewnych okolicznościach może uzasadniać oddalenie przez sąd w oparciu o art. 5 k.c. roszczenia o zwrot wydatków poniesionych przez współwłaściciela winnego takiego naruszenia³⁵.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy wskazać, że jeśli wydatek jednego ze współwłaścicieli pozostający w faktycznym związku z rzeczą wspólną przynosi zarazem korzyść majątkową pozostałym współwłaścicielom, ma miejsce wzbogacenie się pozostałych współwłaścicieli kosztem tego właściciela rzeczy wspólnej, który z własnych środków pokrył określony wydatek. W takiej sytuacji przesłanka bezpodstawności wzbogacenia wynika wprost z treści art. 207 k.c., który określa, że wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną powinni ponosić wszyscy współwłaściciele a nie wyłącznie jeden lub część spośród nich.

Współwłaściciele mogą jednak w drodze umowy w odmienny sposób rozłożyć między siebie wydatki i ciężary związane z rzeczą wspólną, w szczególności mogą nałożyć na jednego ze współwłaścicieli (np. tego, który jako jedyny używa rzeczy wspólnej) obowiązek ponoszenia części lub wszystkich wydatków z nią związanych (np. kosztów jej bieżącego utrzymania). Wówczas pokrycie przez tego właściciela rzeczy wspólnej nałożonych na niego w drodze umowy wydatków i ciężarów związanych ze wspólną rzeczą nie będzie mogło być uznane za pozbawione podstawy prawnej wzbogacenie pozostałych współwłaścicieli. Umowa współwłaścicieli określająca zasady ponoszenia przez nich wydatków związanych z rzeczą wspólną będzie z reguły stanowiła czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu rzeczą wspólną i jako taka będzie wymagać zgody wszystkich właścicieli (art. 199 k.c.). W uzasadnieniu uchwały SN z dnia 8 stycznia 1980 roku³⁶ przyjęto, że takie same skutki, jak umowa w sposób wyraźny rozdzielająca wydatki związane z rzeczą wspólną między współwłaścicieli, wywołu-

³⁵ A.Kunicki, Glosa do uchwały SN z dnia 5 maja 1978 roku (III CZP 26/78), *Nowe Prawo* nr 11 z 1979 roku, s. 147.

³⁶ III CZP 80/79, OSNC nr 9 z 1980 roku, poz. 157.

je umowa właścicieli rzeczy wspólnej dotycząca podziału tej rzeczy do używania (tzw. podział *quoad usum*).

3. Treść roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną

Po analizie przesłanek roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną konieczne jest rozważenie treści tego roszczenia. Zasadnicza wątpliwość dotyczy tego, czy zwrotowi podlegać ma wartość, o jaką pomniejszeniu uległ majątek współwłaściciela, który dokonał wydatku na rzecz wspólną czy też istotą omawianego roszczenia jest raczej zwrot korzyści, którą na skutek nakładu dokonanego przez jednego lub kilku współwłaścicieli odnieśli pozostali właściciele rzeczy wspólnej. Oczywistym jest bowiem, że dwie wyżej wskazane wartości majątkowe nie muszą się bynajmniej pokrywać – uszczuplenie majątku współwłaściciela na skutek dokonania nakładu na rzecz wspólną może być bowiem zarówno większe, jak i mniejsze niż korzyść odniesiona przez ogół właścicieli na skutek tego nakładu, a jedynie w niektórych przypadkach wartości te będą równe. Stąd też omawiane zagadnienie ma duże znaczenie praktyczne.

W omawianej kwestii brak jest zdecydowanego stanowiska w literaturze prawniczej i orzecznictwie sądów. Z jednej strony wskazuje się, że „u podstawy uregulowań dotyczących obowiązku zwrotu nakładów i wydatków można się dopatrzeć tej samej myśli legislacyjnej, która legła u podstaw instytucji bezpodstawnego wzbogacenia”³⁷ – co przemawiałoby za uznaniem, że w ramach omawianego roszczenia (tak samo, jako w przypadku zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia) zwrotowi podlega korzyść majątkowa uzyskana przez współwłaścicieli rzeczy w związku z pokryciem przez jednego z nich wydatków związanych z tą rzeczą. Z drugiej jednak strony formułowany jest pogląd, zgodnie z którym dla omawianego roszczenia decydujący jest fakt „wyjścia” pewnych wartości z majątku osoby dokonującej nakładów, a nie fakt uzyskania na skutek tego korzyści przez inną osobę³⁸.

W świetle wyżej uzasadnionego poglądu, zgodnie z którym podstawę prawną roszczenia o zwrot wydatków współwłaściciela na rzecz wspólną stanowi art.

³⁷ T.Dybowski, A.Pyrzyńska [w:] *System prawa prywatnego, Tom 5...*, s. 264.

³⁸ A.Dyoniak, *Zwrot nakładów i wydatków...*, s. 35-36. Ten sam autor wcześniej jednak przyznaje, że roszczenie o zwrot nakładów i wydatków „(...) jest wyrazem pewnej ogólnej myśli ustawodawczej (wyrażonej także w wielu przepisach kodeksu cywilnego, np. art. 405-414 k.c., art. 227 do 231 k.c.), iż nie powinno dochodzić do wzrostu wartości majątku danego podmiotu bez podstawy prawnej” – tamże, s. 34.

405 k.c. w zw. z art. 207 k.c., omawiane roszczenie stanowi szczególny przypadek roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia. Jeśli tak, to treść wyżej wskazanego roszczenia współwłaściciela odpowiada treści roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia – jest to roszczenie o zwrot korzyści majątkowej, którą pozostali współwłaściciele uzyskali w związku z tym, że jeden z nich poczynił określone wydatki na rzecz wspólną.

Należy w tym miejscu wskazać, że akceptacja zasady tzw. podwójnego ograniczenia zakresu obowiązku zwrotu korzyści bezpodstawnie uzyskanej skutkowałaby koniecznością każdorazowego ustalania zarówno wartości ubytku w majątku współwłaściciela, który poniósł określony wydatek lub ciężar związany z rzeczą wspólną jak i wartości korzyści uzyskanej zarazem przez pozostałych współwłaścicieli, a następnie przyjmowania, że obowiązkiem zwrotu objęta jest niższa z tych wartości³⁹. Zasada ta, wprawdzie werbalnie akceptowana na gruncie orzecznictwa sądowego, w praktyce nie jest stosowana konsekwentnie⁴⁰. W istocie jednak należy przyjąć, że dla akceptacji tej zasady brak jest podstaw prawnych – skoro zwrotowi ma podlegać bezpodstawnie uzyskana korzyść majątkowa lub jej wartość, to zakres zubożenia osoby, kosztem której uzyskano tę korzyść, nie powinien mieć znaczenia przy ustalaniu zakresu obowiązku zwrotu korzyści⁴¹.

W praktyce, korzyść majątkowa współwłaścicieli wynikająca z poniesienia przez jednego z nich wydatków związanych z rzeczą wspólną może być dwojakiego rodzaju⁴². Po pierwsze, korzyść ta może polegać na zwiększeniu wartości rzeczy wspólnej, co oznacza jednocześnie zwiększenie wartości udziałów poszczególnych współwłaścicieli w prawie własności tej rzeczy, proporcjonalne do wielkości tych udziałów⁴³. Tego rodzaju skutek wywierają wydatki tradycyjnie określane mianem użytecznych. Pozostałe wydatki są korzystne dla ogółu współwłaścicieli tylko o tyle, o ile musieliby oni ponieść wydatek określonego rodzaju aby zapewnić sobie możliwość normalnego korzystania z rzeczy wspólnej lub aby uchronić tę rzecz przed pogorszeniem, zniszczeniem lub utratą na rzecz osób trzecich.

³⁹ Na temat tejże zasady por. A.Ohanowicz, *Niestuszne wzbogacenie*, s. 312.

⁴⁰ E.Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 73.

⁴¹ W.Serda, *Nienależne świadczenie*, s. 211 oraz P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s.88.

⁴² Niżej opisane dwie kategorie nakładów wyróżnia m.in. A.Stelmachowski – A.Stelmachowski, *Nominalizm a wykonanie w pieniądzu niepieniężnych zobowiązań*, Nowe Prawo 1959, nr 11, s. 1288.

⁴³ Należy podkreślić, że omawiana korzyść majątkowa poszczególnych współwłaścicieli powstaje już w momencie wzrostu wartości rynkowej rzeczy wspólnej na skutek poczynionych na nią wydatków, a nie dopiero w momencie znoszenia współwłasności rzeczy wspólnej i przyznania poszczególnym współwłaścicielom przedmiotów majątkowych, których wartość jest wyższa dzięki uprzednio poniesionym przez jednego z nich nakładom na rzecz wspólną.

Obydwa rodzaje korzyści majątkowej (tj. ulepszenie rzeczy lub zaoszczędzenie wydatków koniecznych) są wskazywane w literaturze dotyczącej bezpodstawnego wzbogacenia jako przykłady korzyści majątkowej, która – przy spełnieniu pozostałych przesłanek roszczenia z art. 405 k.c. – podlega zwrotowi⁴⁴.

Z treści art. 405 k.c. wynika, że bezpodstawnie uzyskana korzyść majątkowa podlega zwrotowi w naturze, a gdyby to nie było możliwe, zwrotowi podlega wartość tej korzyści, co oznacza obiektywną wartość odpowiadającą cenom rynkowym⁴⁵. Z uwagi na treść wyżej przywołanego przepisu treść roszczenia o zwrot korzyści majątkowej uzyskanej na skutek poniesienia wydatków związanych z rzeczą wspólną przez jednego ze współwłaścicieli nie ma charakteru jednolitego. Jeżeli bowiem korzyść majątkowa pozostałych współwłaścicieli polega wyłącznie na zaoszczędzeniu przez nich określonych wydatków na rzecz wspólną, to korzyść taka nie istnieje „w naturze”, tj. nie stanowi żadnego przedmiotu materialnego lub jego fizycznej części. Z tego powodu zwrotowi może podlegać jedynie wartość tego rodzaju korzyści majątkowej⁴⁶, co oznacza, że przedmiotem zobowiązania jest zapłata określonej sumy pieniężnej, stanowiącej równowartość zaoszczędzonych przez poszczególnych współwłaścicieli wydatków.

Wydatki konieczne jednego ze współwłaścicieli związane z rzeczą wspólną mogą, po pierwsze, polegać na wykonaniu przez niego zobowiązania spoczywającego na wszystkich współwłaścicielach (np. spłata kredytu zaciągniętego wspólnie przez współwłaścicieli na remont rzeczy wspólnej) lub na wykonaniu obowiązku o charakterze publicznoprawnym (np. zapłata podatku od nieruchomości wspólnej). W takich sytuacjach o wartości korzyści uzyskanej przez poszczególnych współwłaścicieli przesądza to, w jakim zakresie wykonanie wspólnego zobowiązania przez jednego ze współwłaścicieli doprowadziło do wygaśnięcia zobowiązania ciążącego na pozostałych właścicielach rzeczy wspólnej.

Po drugie, wydatki omawianego rodzaju mogą polegać na pokryciu wszelkiego rodzaju kosztów związanych z wykonaniem prac potrzebnych dla zabezpieczenia rzeczy wspólnej przed pogorszeniem, utratą lub zniszczeniem albo dla przywrócenia jej do stanu umożliwiającego normalne korzystanie z niej, jeśli koszty te nie wynikają ze wspólnego zobowiązania wszystkich współwłaścicieli. Są to zatem w szczególności koszty wszelkich obiektywnie uzasadnionych napraw i remontów rzeczy wspólnej, jak również koszty ubezpieczenia tej rzeczy oraz koszty wykonania wszelkiego rodzaju zabezpieczeń rzeczy wspólnej przed ryzykami polegającymi na możliwości zniszczenia, utraty lub uszkodzenia rzeczy wspól-

⁴⁴ E.Łętkowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 67 i 70 oraz P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 63 i 68.

⁴⁵ E.Łętkowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 136.

⁴⁶ P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 93.

nej. W tego rodzaju przypadkach wartość korzyści pozostałych współwłaścicieli należy określić w oparciu o ceny rynkowe danego rodzaju dóbr lub usług (np. usług remontowych lub ubezpieczeniowych)⁴⁷ – wydatki współwłaściciela poniesione na wyżej wymienione cele związane z rzeczą wspólną podlegają zwrotowi tylko o tyle, o ile nie przekraczają poziomu cen rynkowych z daty dokonania wydatków.

W omawianych wyżej przypadkach zobowiązanie współwłaścicieli, którzy nie uczestniczyli w pokrywaniu wydatków związanych z rzeczą wspólną, do zwrotu korzyści uzyskanej na skutek pokrycia tego rodzaju wydatków przez jednego z nich od chwili swojego powstania jest zobowiązaniem pieniężnym – jego wykonanie może zatem polegać wyłącznie na zapłacie określonej sumy pieniężnej. Tym samym przedmiot tego zobowiązania może podlegać waloryzacji sądowej na podstawie art. 358¹ § 3 k.c.

W inny sposób należy natomiast określić treść zobowiązania do zwrotu nakładów na rzecz wspólną w sytuacji, gdy nakłady te polegają na spowodowaniu pewnej fizycznej zmiany w stanie przedmiotu współwłasności, tj. na trwałym ulepszeniu rzeczy wspólnej, skutkującym wzrostem jej wartości rynkowej. W tym przypadku efektem nakładów poczynionych przez jednego ze współwłaścicieli jest korzyść majątkowa wszystkich współwłaścicieli istniejąca „w naturze”, w postaci ulepszeń rzeczy wspólnej. Ulepszenia te zarazem skutkują wzrostem wartości udziałów wszystkich współwłaścicieli w prawie własności.

Co więcej, tego rodzaju korzyść majątkowa nie tylko istnieje „w naturze” (tj. jako pewien fragment rzeczywistości fizycznej) lecz również, w pewnych wypadkach, może zostać „w naturze” zwrócona - poprzez zniesienie współwłasności w ten sposób, że rzecz wspólna zostanie przyznana na wyłączną własność temu ze współwłaścicieli, który poczynił uprzednio nakłady zwiększające wartość rzeczy wspólnej (względnie – poprzez przyznanie temu współwłaścicielowi fizycznej części rzeczy wspólnej, na której dokonał określonych ulepszeń). Taki sposób zniesienia współwłasności będzie mógł zostać dokonany na podstawie art. 212 § 2 k.c. lub art. 211 k.c. Przyznanie całej rzeczy wspólnej lub jej fizycznej części na wyłączną własność temu współwłaścicielowi, który poniósł nakłady skutkujące trwałym ulepszeniem tejże rzeczy (lub jej fizycznej części), oznacza, że otrzymuje on w naturze zwrot korzyści majątkowej uzyskanej przez pozostałych współwłaścicieli na skutek uprzedniego dokonania tychże nakładów, tj. otrzymuje na wyłączną własność rzecz wraz z dokonanymi przez siebie ulepszeniami. W konsekwencji, ustalając wysokość spłaty pieniężnej należnej pozostałym współwłaścicielom na podstawie art. 212 § 2 k.c., nie uwzględnia się zwiększenia wartości rzeczy wspólnej będącej skutkiem nakładów poniesionych przez współwłaści-

⁴⁷ Tamże.

ciela rzeczy, któremu przyznano ją na wyłączną własność (tj. szacuje się wartość rzeczy wspólnej na dzień zniesienia współwłasności przy fikcyjnym założeniu, że nakładów tych nie dokonano). Przedstawiony wyżej sposób realizacji roszczenia o zwrot nakładów na rzecz wspólną jest akceptowany w orzecznictwie sądowym, chociaż nie zawsze określa się go wprost mianem zwrotu nakładów „w naturze”⁴⁸.

Pogląd powyższy może budzić wątpliwości, gdyż na gruncie stanowiska doktryny prawa cywilnego dotyczącego zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia przypadek bezpodstawnej korzyści majątkowej polegającej na uzyskaniu ulepszenia danej rzeczy nie jest wymieniany jako mogący podlegać zwrotowi w naturze⁴⁹. Stanowisko to jest słuszne w odniesieniu do sytuacji, w której dochodzi do ulepszenia cudzej rzeczy (co skutkuje korzyścią majątkową właściciela tejże rzeczy) – wówczas z pewnością obowiązek zwrotu korzyści majątkowej nie może polegać na obowiązku przeniesienia własności rzeczy ulepszonej na osobę, kosztem której doszło do ulepszenia tej rzeczy⁵⁰. Jest tak dlatego, że bezpodstawnie uzyskaną korzyścią majątkową nie jest prawo własności danej rzeczy lecz tylko ulepszenie rzeczy, której właścicielem już uprzednio był podmiot bezpodstawnie wzbogacony. Z kolei, skoro ulepszenia stają się co do zasady częścią składową rzeczy ulepszonej w rozumieniu art. 47 § 2 k.c., nie mogą być od tej rzeczy odłączone bez uszkodzenia lub istotnej zmiany całości albo bez uszkodzenia lub istotnej zmiany przedmiotu odłączonego – co oznacza, że co do zasady nie będzie możliwy zwrot ulepszeń rzeczy w naturze, gdyż doprowadziłby on do uszkodzenia samej rzeczy ulepszonej albo połączonych z nią przedmiotów materialnych⁵¹.

Wyżej przywołany argument dotyczący braku podstaw do żądania zwrotu bezpodstawnie uzyskanego ulepszenia rzeczy poprzez przeniesienie prawa własności tej rzeczy na osobę, kosztem której powstały te ulepszenia, odpada jednak w przypadku ulepszenia rzeczy wspólnej przez jednego ze współwłaścicieli. W tym przypadku istnieje bowiem niezależna od art. 405 k.c. podstawa prawna do przyznania rzeczy wspólnej jednemu ze współwłaścicieli, tj. w szczególności temu współwłaścicielowi, który dokonał nakładów na rzecz wspólną (art. 212 § 2 k.c.) lub do przyznania mu tej części fizycznej rzeczy, na którą do-

⁴⁸ Por. np. uchwałę SN z dnia 12 listopada 1963 roku, III CO 49/63, OSNC nr 11 z 1964 roku, poz. 218.

⁴⁹ A. Ohanowicz, *Niesłuszne wzbogacenie*, s. 292 oraz P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 88-89.

⁵⁰ Poza wyjątkami wynikającymi z przepisów szczególnych wobec art. 405 k.c., np. z art. 231 k.c.

⁵¹ Z tych względów – poza sytuacjami wyjątkowymi – nie można podzielić poglądu, zgodnie z którym zwrot korzyści w naturze może polegać na odłączeniu od rzeczy wspólnej ruchomości, które służyły do jej ulepszenia – A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, s. 280 oraz W. Kamiński, *Roszczenia z tytułu nakładów...*, s. 34

konał uprzednio nakładów (art. 211 k.c.). W takim przypadku współwłaściciel, który uprzednio dokonał nakładów na rzecz wspólną, staje się jej wyłącznym właścicielem, wraz ze wszystkimi ulepszeniami, tj. odzyskuje w całości korzyść majątkową uzyskaną uprzednio dzięki jego nakładom przez pozostałych współwłaścicieli. Trudno byłoby wskazać argumenty za poglądem, iż w tym przypadku nie dochodzi do zwrotu w naturze uzyskanej przez pozostałych współwłaścicieli korzyści majątkowej.

Należy jednak zaznaczyć, że nie we wszystkich sytuacjach możliwy będzie zwrot w naturze korzyści majątkowej uzyskanej przez pozostałych współwłaścicieli na skutek ulepszenia rzeczy wspólnej przez jednego z nich. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że możliwość lub niemożliwość zwrotu korzyści majątkowej w naturze nie musi być definitywna, gdyż może mieć charakter jedynie przejściowy⁵².

Po pierwsze, niemożność zwrotu omawianej wyżej korzyści majątkowej zajdzie wówczas, gdy współwłaściciel, który ulepszył rzecz wspólną, wystąpi przeciwko pozostałym współwłaścicielom o zwrot korzyści w sytuacji, gdy nie toczy się jeszcze postępowanie o zniesienie współwłasności. W takim wypadku zwrot nakładów polegających na ulepszeniu rzeczy wspólnej może nastąpić (aż do wszczęcia postępowania o zniesienie współwłasności) jedynie poprzez zapłatę ich wartości pieniężnej.

Po drugie, współwłaściciel, który dokonał ulepszenia rzeczy wspólnej, może przenieść na rzecz osoby trzeciej swoją wierzytelność o zwrot nakładów służącą mu wobec pozostałych współwłaścicieli. W takiej sytuacji nabywca wierzytelności będzie mógł dochodzić od pozostałych współwłaścicieli jedynie zwrotu wartości pieniężnej odpowiadającej ulepszeniom rzeczy wspólnej dokonany przez współwłaściciela będącego zbywcą wierzytelności o zwrot nakładów.

Po trzecie, współwłaściciel, który dokonał ulepszeń rzeczy wspólnej, może zbyć swój udział w prawie własności tej rzeczy nie przenosząc na nabywcę tego udziału wierzytelności o zwrot nakładów poniesionych na rzecz wspólną. W tej sytuacji nabywca udziału nie nabędzie jednocześnie omawianej wierzytelności⁵³, natomiast były współwłaściciel będzie mógł dochodzić od pozostałych współwłaścicieli jedynie zwrotu wartości pieniężnej ulepszeń rzeczy wspólnej.

Po czwarte, zbyć swój udział w prawie własności rzeczy wspólnej może inny współwłaściciel niż ten, który dokonał ulepszeń rzeczy wspólnej. Wówczas – jeśli zbycie udziału miało charakter odpłatny – współwłaściciel, który dokonał nakładów na rzecz wspólną, nie będzie mógł żądać od nabywcy udziału w pra-

⁵² E.Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 135 oraz P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 91.

⁵³ Por. uchwałę SN z dnia 10 marca 2006 roku, III CZP 11/06, OSNC nr 3 z 2007 roku, poz. 38.

wie własności zwrotu tych nakładów⁵⁴. Roszczenie takie będzie można skierować wyłącznie przeciwko byłemu współwłaścicielowi i będzie ono mogło wyłącznie dotyczyć zapłaty określonej sumy pieniężnej.

Po piąte, współwłaściciel rzeczy inny niż właściciel, który poniósł nakłady na rzecz wspólną, może na skutek swoich świadomych działań doprowadzić do utraty ulepszeń rzeczy wspólnej, do których powstania się nie przyczynił (np. może rozebrać budynek wzniesiony przez innego współwłaściciela na rzeczy wspólnej). Wówczas z mocy art. 409 k.c., jeśli doprowadzając do utraty ulepszeń współwłaściciel powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu korzyści uzyskanej dzięki istnieniu tych ulepszeń, jego obowiązek przekształca się w zobowiązanie do zapłaty określonej sumy pieniężnej.

Po szóste, w ramach postępowania w przedmiocie zniesienia współwłasności mogą zająć podstawy do przyjęcia, że zniesienie współwłasności powinno zająć w inny sposób niż poprzez przyznanie rzeczy wspólnej temu współwłaścicielowi, który poniósł nakłady na tę rzecz zwiększające jej wartość. W tego rodzaju przypadkach należy przyjąć, że zwrot w naturze korzyści majątkowej uzyskanej przez współwłaścicieli, polegającej na ulepszeniu rzeczy wspólnej w wyniku nakładów jednego z właścicieli, stał się niemożliwy na skutek braku podstaw prawnych do przyznania rzeczy wspólnej na wyłączną własność temu współwłaścicielowi, który poniósł nakłady.

We wszystkich wyżej wymienionych przypadkach współwłaściciel, który dokonał nakładów na rzecz wspólną skutkujących jej ulepszeniem, może żądać od pozostałych współwłaścicieli zwrotu określonej sumy pieniężnej odpowiadającej wartości korzyści majątkowej uzyskanej przez każdego z nich na skutek tychże nakładów. Wartość ta odpowiada przyrostowi wartości rynkowej udziału danego współwłaściciela w prawie własności rzeczy wspólnej, będącego skutkiem poniesionych przez jednego ze współwłaścicieli nakładów.

Z praktycznego punktu widzenia istotnym zagadnieniem jest wskazanie momentu czasowego, w odniesieniu do którego należy ustalać stan korzyści majątkowej w celu określenia jej wartości oraz określenie, w oparciu o poziom cen rynkowych z jakiej daty należy ustalać wartość pieniężną tej korzyści. Obydwie wyżej wskazane kwestie dotyczą przede wszystkim tego rodzaju korzyści majątkowych, które co do zasady mogą być traktowane jako pozostające „w naturze” w majątku podmiotu wzbogaconego. W odniesieniu bowiem do takiego rodzaju korzyści majątkowych, które z istoty swojej nie mogą podlegać zwrotowi „w naturze” (np. korzyść polegająca jedynie na zaoszczędzeniu wydatków), za dominujący należy uznać pogląd, zgodnie z którym ich stan nie może ulec zmianie

⁵⁴ Tamże.

w okresie po powstaniu korzyści, wobec czego ich wartość pieniężna powinna być ustalana wedle poziomu cen rynkowych na dzień uzyskania korzyści⁵⁵.

W odniesieniu do pierwszej z wyżej wskazanych kwestii, dotyczącej stanu korzyści majątkowej mogącej co do zasady podlegać zwrotowi „w naturze”, istnieje kilka poglądów wyrażonych w literaturze dotyczącej roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia⁵⁶. Szczegółowe rozważenie niniejszego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Wobec powyższego ograniczę się jedynie do skrótowego przedstawienia mojego stanowiska w tej kwestii.

Po pierwsze, podzielam pogląd, zgodnie z którym dopóki korzyść majątkowa „w naturze” pozostaje w majątku podmiotu wzbogaconego, co do zasady to rzeczywisty i aktualny stan tej korzyści powinien przesądzać o jej wartości, a zatem także o wysokości świadczenia pieniężnego, do którego spełnienia zobowiązany jest podmiot wzbogacony, jeśli z pewnych względów zwrot tej korzyści „w naturze” nie jest możliwy⁵⁷. Pogląd ten znajduje podstawę w dającej się wywieść z art. 406 k.c. i art. 409 k.c. zasadzie, zgodnie z którą zwrotowi podlega korzyść odpowiadająca aktualnemu w danej chwili stanowi wzbogacenia podmiotu zobowiązanego do zwrotu korzyści. Dopóki bowiem korzyść majątkowa uzyskana przez podmiot wzbogacony istnieje „w naturze” w majątku tego podmiotu, wszelkie konsekwencje związane ze zmianami wartości tej korzyści, w szczególności na skutek zmian poziomu cen rynkowych, powinien ponosić podmiot wzbogacony⁵⁸. Konsekwentnie, w razie dochodzenia roszczenia na drodze sądowej za podstawę ustalenia wartości korzyści należy przyjąć aktualne ceny rynkowe, tj. ceny rynkowe z daty orzekania o obowiązku zwrotu korzyści⁵⁹.

Po drugie, w momencie, w którym korzyść majątkowa wchodząca uprzednio „w naturze” w skład majątku podmiotu wzbogaconego przestaje istnieć lub wychodzi z majątku tego podmiotu, co do zasady obowiązek zwrotu korzyści wygasa, chyba że podmiot wzbogacony uzyskał jakiekolwiek przedmioty majątkowe w zamian za utraconą korzyść majątkową (wówczas obowiązek zwrotu dotyczy tychże przedmiotów – art. 406 k.c.) albo jeśli utrata korzyści majątko-

⁵⁵ W. Serda, *Nienależne świadczenie*, s. 221 oraz P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 93.

⁵⁶ Zob. m.in. W.Serda, *Nienależne świadczenie*, s. 218-222, E.Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 137, P.Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie*, s. 94, K.Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-449*¹¹, red. K.Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 1183.

⁵⁷ W.Serda, *Nienależne świadczenie*, s. 218.

⁵⁸ Tamże, s. 218-219.

⁵⁹ Analogiczny pogląd w odniesieniu do ustalania wartości nakładów współspadkobierców na majątek spadkowy formułuje J.Kremis – J.Kremis, *System prawa prywatnego, Tom 10...*, s. 770.

wej następuje na skutek działania podmiotu wzbogaconego podjętego w okresie, w którym powinien się on liczyć z obowiązkiem zwrotu korzyści (art. 409 k.c.). W pierwszej z tych sytuacji teoretycznie może dojść do tego, że obowiązek zwrotu „w naturze” pierwotnie uzyskanej korzyści majątkowej może przekształcić się w obowiązek zwrotu „w naturze” innego przedmiotu majątkowego (np. jeśli podmiot wzbogacony zawarł umowę zamiany, na podstawie której zbył rzecz stanowiącą jego pierwotne wzbogacenie lecz jednocześnie nabył inną rzecz od osoby trzeciej). Najczęściej jednak w sytuacji objętej dyspozycją art. 406 k.c. podmiot wzbogacony w zamian za korzyść majątkową, którą rozporządził, uzyska określoną sumę pieniężną, wobec czego pierwotny obowiązek zwrotu korzyści majątkowej „w naturze” przekształci się w obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej. To samo dotyczy będzie sytuacji objętych dyspozycją art. 409 k.c. W tego rodzaju sytuacjach dochodzi zatem do definitywnego przekształcenia się obowiązku zwrotu korzyści „w naturze” w obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej, gdyż pierwotnie uzyskana korzyść majątkowa nie wchodzi już „w naturze” w skład majątku podmiotu wzbogaconego. W takich przypadkach za właściwe należy przyjąć ustalenie wartości korzyści majątkowej według jej stanu i cen rynkowych z daty, w której podmiot wzbogacony definitywnie pozbył się lub utracił tę korzyść „w naturze”⁶⁰.

Wyżej sformułowane stanowisko należy odnieść do roszczenia o zwrot nakładów współwłaściciela skutkujących ulepszeniem rzeczy wspólnej – w wymienionych wyżej przypadkach, w których zwrot tych ulepszeń nie jest możliwy „w naturze”. Co do zasady, tak długo jak współwłaściciel zobowiązany do zwrotu tego rodzaju nakładów pozostaje właścicielem rzeczy wspólnej, lecz zwrot nakładów „w naturze” nie jest możliwy (np. z uwagi na to, że nie został zgłoszony wniosek o zniesienie współwłasności) skierowane przeciwko niemu roszczenie o zwrot nakładów dotyczy zapłaty sumy pieniężnej odpowiadającej przyrostowi wartości rzeczy wspólnej na skutek dokonanych ulepszeń, ustalonemu według stanu faktycznego rzeczy wspólnej oraz poziomu cen rynkowych na dzień rozstrzygnięcia o zasadności tego roszczenia. Innymi słowy, należy wówczas ustalić rzeczywistą wartość rynkową rzeczy wspólnej oraz hipotetyczną wartość tej rzeczy przy założeniu, że nakłady na nią nie zostały dokonane. Różnica tych dwóch wartości oddaje aktualny przyrost wartości rzeczy wspólnej będący skutkiem nakładów jednego ze współwłaścicieli. Każdy z pozostałych współwłaścicieli jest zobowiązany do zwrotu takiej części tego przyrostu wartości, jaki odpowiada wielkości jego udziału we współwłasności.

⁶⁰ A.Ohanowicz, *Niestuszne wzbogacenie*, s. 371.

Należy ponadto wskazać na dwie sytuacje szczególne. Po pierwsze, jeśli współwłaściciel zobowiązany do zwrotu nakładów poniesionych na rzecz wspólną zbywa odpłatnie swój udział w prawie własności tej rzeczy, to wprawdzie korzyść majątkowa polegająca na uprzednim ulepszeniu rzeczy wspólnej nie wchodzi już „w naturze” w skład jego majątku, jednakże – z mocy art. 406 k.c. – obowiązek tego współwłaściciela przekształca się w obowiązek zwrotu tego, co właściciel ten uzyskał na skutek zbycia udziału w prawie własności ulepszonej rzeczy. Po drugie, może dojść do sytuacji, w której ulepszenia rzeczy wspólnej będące skutkiem nakładów dokonanych przez jednego ze współwłaścicieli przestały istnieć, gdyż inny współwłaściciel doprowadził do zużycia lub utraty tych ulepszeń, mimo że powinien się być liczyć z obowiązkiem dokonania stosownych rozliczeń ze współwłaścicielem, których dokonał nakładów (art. 409 k.c.). Zgodnie przedstawionym wyżej stanowiskiem, w obydwu tych przypadkach wynikający z art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. obowiązek współwłaściciela, który nie dokonał nakładów ulepszających rzecz wspólną, polega na zapłacie sumy pieniężnej odpowiadającej ustalonej na datę zbycia przez niego udziału we współwłasności (w pierwszym wyżej opisanym przypadku) lub na datę zużycia lub utraty przez niego ulepszeń rzeczy (w drugim przypadku) różnicy między ówczesną rzeczywistą wartością jego udziału w prawie własności rzeczy wspólnej a hipotetyczną wartością tego udziału, gdyby nakłady ulepszające rzecz wspólną nie zostały w ogóle dokonane⁶¹.

W omawianych wyżej przypadkach, w których korzyść osiągnięta przez współwłaścicieli na skutek dokonanych przez jednego z nich wydatków na rzecz wspólną polega na ulepszeniu tej rzeczy, zobowiązanie tych współwłaścicieli, którzy nie uczestniczyli w poniesieniu nakładów, nie ma charakteru *sensu stricto* pieniężnego – przedmiotem tego zobowiązania staje się zapłata określonej sumy pieniężnej dopiero z chwilą, kiedy zwrot korzyści w naturze (tj. poprzez przyznanie rzeczy wspólnej na własność współwłaścicielowi, który poniósł na nią nakłady) okazuje się niemożliwy. Skoro zatem w omawianej sytuacji przedmiotem zobowiązania nie jest od chwili jego powstania suma pieniężna, to brak jest podstaw do stosowania do takiego zobowiązania waloryzacji sądowej przewidzianej w art. 358¹ § 3 k.c.

⁶¹ Należy jednak zaznaczyć, że w drugim z wyżej omówionych przypadków pozostałym współwłaścicielom będzie zazwyczaj przysługiwać w stosunku do współwłaściciela, który spowodował utratę ulepszeń rzeczy wspólnej (np. rozbiórkę w pełni funkcjonalnego budynku znajdującego się na nieruchomości wspólnej) roszczenie odszkodowawcze oparte na treści art. 415 k.c.

4. Krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych

Kontrowersje w orzecznictwie sądowym i literaturze przedmiotu wzbudzają pewne kwestie związane z zakresem podmiotów uprawnionych i zobowiązanych do realizacji roszczenia o zwrot wydatków i ciężarów związanych z rzeczą wspólną. Główne wątpliwości wzbudza kwestia tego, czy omawiane roszczenie ma charakter tzw. obligacji realnej, to jest ściśle związanej podmiotowo z prawem własności.

Koncepcja obligacji (zobowiązań) realnych polega na przyjęciu, że istnieją tego rodzaju zobowiązania, których podmioty są każdorazowo wyznaczone przez treść określonych praw o charakterze rzeczowym, w szczególności przez treść prawa własności danej rzeczy. Oznacza to, że wierzycielem lub dłużnikiem w ramach danego stosunku obligacyjnego byłby zawsze podmiot, któremu przysługuje określone prawo rzeczowe do danej rzeczy⁶². Omawiana koncepcja w odniesieniu do roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków i ciężarów związanych z rzeczą wspólną oznaczałaby, że zarówno to roszczenie jak i odpowiadające mu obowiązki pozostałych właścicieli są nierozdzielnie związane z danym udziałem we współwłasności i przechodzą na nabywcę tego udziału niezależnie od woli zarówno zbywcy jak i nabywcy udziału⁶³.

Zarówno w doktrynie prawa cywilnego jak i w orzecznictwie sądowym przeważa pogląd odmawiający omawianym w niniejszym artykule roszczeniom współwłaściciela z tytułu wydatków związanych z rzeczą wspólną charakteru roszczenia rzeczowego (w przedstawionym wyżej sensie) – w szczególności dlatego, że taki charakter omawianego roszczenia nie wynika z treści art. 207 k.c.⁶⁴

Pogląd ten należy podzielić, w szczególności dlatego, że przemawia za nim przytoczona wyżej argumentacja, zgodnie z którą podstawę prawną omawianego roszczenia stanowi art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. Innymi słowy, omawiane roszczenie stanowi szczególną postać roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, które z pewnością nie ma charakteru roszczenia realnego. W szczególności wierzytelność o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia może stanowić przedmiot przelewu, gdyż brak jest podstaw do przyjęcia, że przelew tej wierzytelności sprzeciwiałby się właściwości zobowiązania, którego przedmiotem jest zwrot bezpodstawnego wzbogacenia (art. 509 § 1 k.c.). Tę samą ocenę prawną należy zatem odnieść do roszczenia współwłaściciela o zwrot wydatków i innych ciężarów poniesionych w związku z rzeczą wspólną. Krąg współwłaścicieli w dacie

⁶² K.Sznajder, *Charakter prawny roszczenia...*, s. 156.

⁶³ Tamże.

⁶⁴ W szczególności zob. uchwałę SN z dnia 10 marca 2006 roku, III CZP 11/06, OSNC nr 3 z 2007 roku, poz. 38.

poniesienia określonych wydatków lub innych ciężarów związanych z rzeczą wspólną wyznacza jedynie wyjściowy układ podmiotowy w ramach obligacyjnego stosunku prawnego, którego przedmiotem jest zwrot korzyści majątkowej uzyskanej przez tych współwłaścicieli, którzy nie partycypowali w ponoszeniu danych wydatków lub ciężarów – w ramach tego stosunku prawnego wierzycielami są początkowo ci współwłaściciele, którzy ponieśli określone wydatki lub ciężary związane z rzeczą wspólną, natomiast dłużnikami są wszyscy pozostali właściciele rzeczy wspólnej w dacie poniesienia wydatków lub innych ciężarów. Jest to jednak wyłącznie wyjściowy układ podmiotowy w ramach omawianego stosunku prawnego, gdyż możliwa jest zarówno zmiana wierzyciela jak i dłużnika – czy to o charakterze sukcesji syngularnej (np. w drodze przelewu wierzytelności na podstawie art. 509 § 1 k.c. lub w drodze przejęcia długu na podstawie art. 519 § 1 k.c.), czy też o charakterze sukcesji generalnej (np. na skutek dziedziczenia lub przekształceń podmiotowych współwłaścicieli będących osobami prawnymi). Należy natomiast zaznaczyć, że brak jest podstaw do przyjęcia, że w każdym przypadku zbycia udziału w prawie własności rzeczy wspólnej dochodzi jednocześnie do przeniesienia uprawnień wierzyciela lub obowiązków dłużnika w zakresie stosunku obligacyjnego, którego przedmiotem jest zwrot korzyści uzyskanych przez część współwłaścicieli na skutek poniesienia przez pozostałych współwłaścicieli wydatków lub innych ciężarów związanych z rzeczą wspólną.

W zakresie omawianych zagadnień należy natomiast wskazać na pewną kwestię szczegółową. Otóż w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 roku został wyrażony pogląd, zgodnie z którym roszczenie o zwrot wartości nakładów poniesionych przez jednego ze współwłaścicieli na rzecz wspólną przysługuje przeciwko osobom, które były współwłaścicielami w czasie dokonywania tych nakładów, również wtedy, gdy osoby te zbyły swoje udziały nieodpłatnie⁶⁵. Uzasadnienie poglądu wyrażonego w tezie wyżej wskazanej uchwały, poza powtórzeniem argumentacji przeciwko pogładowi przypisującemu zobowiązaniu do zwrotu nakładów na rzecz wspólną charakteru tzw. obligacji realnej, opiera się wyłącznie na wskazaniu, że art. 207 k.c. nie różnicuje odpowiedzialności nabywcy udziału we współwłasności za zwrot poczynionych uprzednio nakładów na rzecz wspólną w zależności od tego, czy nabycie udziału miało charakter odpłatny czy nieodpłatny.

Powyższy pogląd opiera się na założeniu, zgodnie z którym art. 207 k.c. stanowi wyłączną i całkowitą podstawę prawną roszczenia współwłaściciela o zwrot nakładów poniesionych na rzecz wspólną. Jak argumentowałem powyżej, założenie to nie jest uzasadnione, gdyż pełną podstawę prawną omawianego rosz-

⁶⁵ III CZP 144/07, OSNC nr 2 z 2009 roku, poz. 22.

czenia stanowi art. 405 k.c. w zw. z art. 207 k.c. Z tego też względu analizy w zasadzie żadnego ze spornych zagadnień dotyczących roszczenia współwłaściciela o zwrot nakładów na rzecz wspólną nie można ograniczyć do argumentów odwołujących się wyłącznie do brzmienia art. 207 k.c.

Na gruncie sposobu interpretacji omawianego roszczenia zaproponowanej w niniejszej pracy poglądu wyrażonego w uchwale SN z dnia 21 lutego 2008 roku nie można podzielić w całej rozciągłości, gdyż należy rozróżnić między takimi wydatkami współwłaściciela na rzecz wspólną, które powodują jej określone trwałe ulepszenie oraz takimi wydatkami, które wprawdzie nie skutkują ulepszeniem rzeczy wspólnej lecz są obiektywnie konieczne (np. dla zachowania rzeczy wspólnej w stanie nie pogorszonym). Jak argumentowano powyżej, w pierwszym przypadku można mówić o powstaniu pewnej korzyści istniejącej „w naturze”, polegającej na zmienionym (ulepszonym) stanie fizycznym rzeczy wspólnej. Tak rozumianą korzyścią majątkową (w przeciwieństwie do korzyści majątkowej polegającej wyłącznie na zaoszczędzeniu wydatków) można rozporządzić, przenosząc udział we współwłasności ulepszonej rzeczy wspólnej na inną osobę – w ten sposób ta inna osoba nabywa również od dotychczasowego współwłaściciela korzyść majątkową polegającą na ulepszeniu rzeczy wspólnej w stosunku do jej stanu sprzed poniesienia nakładów. Z kolei korzyścią majątkową polegającą na zaoszczędzeniu wydatków koniecznych nie sposób rozporządzić.

Skoro korzyść współwłaścicieli polegająca na ulepszeniu rzeczy wspólnej skutkującym wzrostem jej wartości może podlegać rozporządzeniu (w ten sposób, że dotychczasowy współwłaściciel zbędzie swój udział w prawie własności na rzecz osoby trzeciej), to w przypadku bezpłatnego rozporządzenia tą korzyścią z mocy art. 407 k.c. obowiązek wydania korzyści przechodzi na osobę, która tę korzyść nieodpłatnie nabyła. Najczęściej taką osobą będzie podmiot, który nieodpłatnie (np. na podstawie umowy darowizny) nabywa udział we współwłasności od współwłaściciela, który nie partycypował w kosztach ulepszenia rzeczy wspólnej. Z uwagi na treść art. 407 k.c. na nabywcę udziału przejdzie wówczas zobowiązanie do zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej przez zbywcę udziału na skutek uprzednio dokonanych przez innego ze współwłaścicieli rzeczy nakładów użytecznych. Dlatego też nie można podzielić poglądu odmiennego wyrażonego w sposób jednoznaczny w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 roku⁶⁶.

Jak się wydaje, za przytoczonym wyżej poglądem przemawiają także pewne racje natury aksjologicznej. Z aksjologicznego punktu widzenia trudno bowiem uzasadnić zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotu, który nabywa udział we współwłasności danej rzeczy na podstawie dziedziczenia oraz podmiotu,

⁶⁶ Tamże.

który taki udział nabywa na podstawie umowy darowizny – w zakresie, w jakim podmioty te mają odpowiadać za zobowiązania dotychczasowego współwłaściciela związane z ulepszeniem rzeczy wspólnej przez innych współwłaścicieli, ich sytuacja prawna powinna być analogiczna. Oparcie konstrukcji prawnej roszczenia o zwrot nakładów na rzecz wspólną na art. 405 k.c. pozwala na osiągnięcie takiego właśnie rezultatu.

5. Data powstania i wymagalności oraz termin przedawnienia roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną

Powszechnie akceptowany w literaturze przedmiotu jest pogląd, zgodnie z którym roszczenie współwłaściciela o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną powstaje w dacie poniesienia tych wydatków⁶⁷.

Żaden przepis prawa nie określa terminu wymagalności omawianego roszczenia, tj. terminu, z upływem którego obowiązek zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej przez tych współwłaścicieli, którzy nie uczestniczyli w ponoszeniu wydatków związanych z rzeczą wspólną, aktualizuje się i może być skutecznie realizowany na drodze postępowania cywilnego. Termin ten nie wynika również z właściwości zobowiązania (art. 455 k.c.). Jeśli zatem współwłaściciele nie określą tego terminu w drodze zawartej przez siebie umowy, świadczenie, którego dotyczy omawiane wyżej roszczenie, powinno być – zgodnie z treścią art. 455 k.c. – spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania.

Żaden przepis szczególny nie określa również terminu przedawnienia się omawianego roszczenia. Wobec powyższego, znajduje zastosowanie ogólny przepis art. 118 k.c. Omawiane roszczenie nie ma charakteru roszczenia o świadczenia okresowe, wobec czego podlega 10-letniemu terminowi przedawnienia⁶⁸. Należy stanowczo podkreślić, że nie zachodzą żadne podstawy prawne do przyjęcia, że omawiane roszczenie nie podlega przedawnieniu w okresie trwania współwłasności. W szczególności, z pewnością omawiane roszczenie jest roszczeniem odrębnym od roszczenia o zniesienie współwłasności, wobec czego nie znajduje do niego zastosowania art. 220 k.c.

Możliwość dochodzenia roszczenia współwłaściciela rzeczy wspólnej o zwrot związanych z nią wydatków jest ograniczona nie tylko poprzez możliwość przedawnienia się tego roszczenia, lecz również przez treść art. 618 § 3 k.p.c. Przepis ten ma charakter materialnoprawny i wyłącza możliwość dochodze-

⁶⁷ Por. m.in. J.Ignatowicz [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, red. Z.Resich, J.Ignatowicz, J.Pietrzykowski, J.Bielski, Warszawa 1972, s. 533.

⁶⁸ Tamże.

nia roszczeń objętych zakresem art. 618 § 1 k.p.c. po zapadnięciu prawomocnego postanowienia o zniesieniu współwłasności – co jednak dotyczy wyłącznie współwłaściciela, który był uczestnikiem takiego postępowania⁶⁹. Treść tego przepisu, jak również jego wykładnia systemowa i celowościowa wskazują natomiast na to, że dochodzenie roszczeń objętych zakresem art. 618 § 1 k.p.c. (w tym roszczenia o zwrot wydatków związanych z rzeczą wspólną) nie jest wyłączone po dokonaniu umownego zniesienia współwłasności poza postępowaniem sądowym.

⁶⁹ J.Pietrzykowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, Tom II – Komentarz do artykułów 506-1088*, red. K.Piasecki, Warszawa 2006, s. 278.

CLAIM OF CO-OWNER FOR REIMBURSEMENT OF EXPENSES ASSOCIATED WITH THE COMMON PROPERTY

This study is devoted to the analysis of the legal basis, the premises and the content of mutual claims of co-owners for reimbursement of expenses associated with common property, as it is regulated in Polish law.

The author expresses the view according to which in Polish law the above mentioned obligation of co-owner is a special case of the general duty to reverse unjust enrichment, based on Article 405 of the Polish Civil Code. This opinion is opposed to the standard view according to which the obligation to pay compensation for expenses associated with common property is based only on Article 207 of the Civil Code.

The view according to which the obligation to pay compensation for expenses associated with common property is a special case of the general duty to reverse unjust enrichment makes it possible to justify widely shared assumption that only expenses beneficial to all co-owners should be compensated for. Such expenses include costs incurred in order to improve the common property as well as costs incurred in order to avoid deterioration or loss of the common property. On the other hand, co-owners are not obliged to reimburse for expenses made only in order to satisfy subjective preferences of one of them.

The author also argues that on the basis of the statutory regulations concerning unjust enrichment it is reasonable to differentiate between the content of claim for reimbursement of necessary expenses associated with the common property and the content of claim for compensation of improvements made by co-owner. As far as necessary expenses incurred by one of the co-owners are concerned, the obligation of the rest of the co-owners is only monetary. On the other hand, if one of the co-owners incurred costs in order to improve the common property and these improvements are significant the co-owner may claim such improvements “in nature”, which means that the co-ownership is dissolved and the object of the common property is granted to the co-owner who made these improvements. In such a case other co-owners obtain amount of money which equals the value of their shares in the common property estimated without taking into account the value of improvements. However, the author also discusses the special cases when the improvements of the common property cannot be compensated “in nature”.

In the final part of the study it is argued that the right to reimbursement for expenses incurred by the co-owner is transferred to a person who acquires share of this co-owner in the common property through contract only when there is explicit agreement to that effect or when the contractual transfer of the share is gratuitous.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1(187) 2011
Warszawa 2011

Magdalena Korga ■

PRZETWARZANIE DANYCH BIOMETRYCZNYCH PRACOWNIKÓW W ŚWIELE ORZECZENIA NSA Z DNIA 1 GRUDNIA 2009R. (I OSK 249/09)

1. Wstęp

Wielu przedsiębiorców wykorzystuje w praktyce systemy weryfikacji swoich pracowników oparte na ich liniach papilarnych, obrazie tęczówki oka czy kształcie dłoni (czyli danych biometrycznych – szczególnym rodzaju danych osobowych). Dane biometryczne pozwalają na jednoznaczną identyfikację osoby, bez konieczności wykorzystywania przedmiotów powierzonych pracownikowi przez pracodawcę (np. kart chipowych, magnetycznych, legitymacji) oraz niezależną od wiedzy osoby rozpoznawanej (np. znajomości kodu czy hasła). Jest to niewątpliwą zaletą technologii wykorzystującej dane biometryczne bazującej na informacjach pochodzących bezpośrednio od pracownika. Orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej jako NSA) z dnia 1 grudnia 2009r. (I OSK 249/09, LEX 553777) jest pierwszym wyrokiem poruszającym kwestię przetwarzania przez pracodawcę danych biometrycznych pracownika na gruncie polskiego prawa, stąd jego doniosłość i potrzeba dogłębnej analizy.

Przetwarzanie danych osobowych w przedsiębiorstwie jest koniecznością – nie dotyczy jedynie podmiotów prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. Pracodawcy muszą przetwarzać dane osobowe pracowników, m.in. zbierając je i wykorzystując celem realizacji nakładanych na nich obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, ubezpieczeń społecznych oraz związanych

ze świadczeniami na rzecz pracowników. Sama specyfika prowadzonej przez przedsiębiorstwo działalności wymusza niejednokrotnie konieczność ujawniania informacji o pracownikach. Dane osobowe są umieszczane np. na identyfikatorach noszonych przez pracowników, by poprawić jakość obsługi klientów czy też podawane są na firmowej stronie internetowej lub w korespondencji emailowej.

Postępujący na przestrzeni ostatnich lat rozwój nowych technologii i środków komunikacji, jak również praktyk związanych ze świadczeniem pracy, spowodował, iż obowiązujące przepisy prawne dotyczące przetwarzania danych osobowych w stosunkach pracy nie przystają do wymagań rzeczywistości. Nie tylko stwarzają poważne trudności interpretacyjne, ale również ograniczają pracodawcy możliwości prowadzenia przedsiębiorstwa, jednocześnie nie zapewniając należytej ochrony pracownikom, jako dysponentom danych. Przykładem rozdzźwięku między realiami istniejącymi w zakładach pracy a przepisami prawnymi jest m.in. brak uregulowania prawnego dotyczącego kwestii monitoringu w miejscu pracy, a także ograniczony i skrajnie restrykcyjny katalog danych osobowych, których przedstawienia pracodawca może żądać od pracownika oraz kandydata do pracy.

2. Przetwarzanie i ochrona danych osobowych pracowników

Zgodnie z art. 51 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹ „Nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby”. Odzwierciedleniem i doprecyzowaniem treści art. 51 Konstytucji na gruncie prawa pracy jest art. 22¹ Kodeksu pracy², obowiązujący od 1 stycznia 2004r³. Praktycy wskazują, że wprowadzenie tego przepisu stanowiło przełom w uregulowaniu sytuacji prawnej pracowników dotyczącej ochrony ich prywatności⁴. Nadmienić w tym miejscu należy, iż artykuł 22¹k.p. kształtuje prawa i obowiązki pracodawcy zarówno w odniesieniu do pracowników jak i kandydatów do pracy. W niniejszym artykule omówiona zostanie tematyka przetwarzania danych osobowych osób już zatrudnionych.

¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 26 kwietnia 1974r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1998r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.). – dalej jako k.p.

³ Wprowadzony ustawą z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213, poz. 2081).

⁴ Zob. szerzej M. Gersdorf [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 149; zob. także http://26konferencja.giodo.gov.pl/data/resources/GersdorfM_paper.pdf.

Ustawodawca w art. 22¹ k.p. wskazał na prawo pracodawcy do żądania od pracownika podania danych osobowych obejmujących:

- 1) imię (imiona) i nazwisko,
- 2) imiona rodziców,
- 3) datę urodzenia,
- 4) miejsce zamieszkania (adres do korespondencji),
- 5) wykształcenie,
- 6) przebieg dotychczasowego zatrudnienia,
- 7) numer PESEL,
- 8) inne niż ww. dane osobowe pracownika, a także imiona i nazwiska oraz daty urodzenia dzieci pracownika, jeżeli podanie takich danych jest konieczne ze względu na korzystanie przez pracownika ze szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy.

Katalog powyższy jest katalogiem zamkniętym. Sam jednak art. 22¹ k.p. „otwiera” go niejako wskazując w treści § 4, że pracodawca może żądać podania innych danych osobowych niż określone powyżej, jeżeli wynika to z odrębnych przepisów prawa. Warto zauważyć, że na dzień przygotowywania artykułu nie istnieją przepisy, które zezwalałyby pracodawcy na żądanie od pracownika podania jego danych osobowych innych niż wymienione w art. 22¹ § 1 i 2 k.p. Podsumowując, art. 22¹ k.p. nie tyle przyznaje pracodawcy prawo, ale raczej ogranicza zakres danych, których może on żądać od pracownika⁵.

Art. 22¹ § 5 k.p. w zakresie nieuregulowanym w Kodeksie pracy odsyła bezpośrednio do przepisów o ochronie danych osobowych. Przede wszystkim odesłanie to dotyczy ustawy o ochronie danych osobowych⁶, ale trzeba mieć także na uwadze przepisy innych aktów normatywnych odnoszące się do kwestii przetwarzania i ochrony danych⁷. Są to przepisy szczególne („sektorowe”, „specjalne”) normujące poszczególne dziedziny życia społecznego⁸, np. Prawo prasowe⁹, Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁰, Prawo bankowe¹¹.

⁵ A. Drozd., *Ochrona danych osobowych pracownika (kandydata) po nowelizacji kodeksu pracy*, Prawo i Zabezpieczenie Społeczne 2004, nr 1, s. 25.

⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.) – dalej jako u.o.d.o.

⁷ Szerzej na temat pojęcia „przepisów o ochronie danych osobowych” zob. G. Sibiga *Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych*, Warszawa 2003, s. 26-27.

⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 124.

⁹ Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.)

¹⁰ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2004 r. Nr 161, poz. 1688 z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.).

Ustawa o ochronie danych osobowych wyróżnia dwie kategorie danych: dane zwykłe („pospolite”, „neutralne”) oraz dane wrażliwe („delikatne”, „sensytywne”). Dane wrażliwe, zgodnie z art. 27 ust. 1 u.o.d.o., dotyczą m.in. poglądów politycznych, przynależności wyznaniowej, partyjnej i związkowej, stanu zdrowia. Szczególnym rodzajem danych osobowych, niewyodrębnionym w ustawie o ochronie danych osobowych, są dane biometryczne. Jak zauważa Grupa robocza ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych¹² w „Dokumencie roboczym w sprawie biometrii”¹³ dane biometryczne mają „szczególny charakter, ponieważ mają związek z charakterystyką zachowań i fizjologią danej osoby oraz mogą umożliwiać identyfikację bez pozostawiania wątpliwości”. Danymi biometrycznymi są m.in. linie papilarne, obraz tęczy i siatkówki oka, geometria dłoni, barwa i ton głosu, wizerunek twarzy. W aktualnym polskim stanie prawnym brak jest powszechnie obowiązujących, kompleksowych przepisów dotyczących biometrii. Do przetwarzania danych biometrycznych zastosowanie znajduje oczywiście ustawa o ochronie danych osobowych, jednakże bezpośrednio do danych biometrycznych i do prawa ich pozyskiwania od dysponenta danych odnoszą się jedynie szczególne przepisy „branżowe”. Są nimi m.in. ustawa o dokumentach paszportowych¹⁴, ustawa o Policji¹⁵, ustawa o cudzoziemcach¹⁶, ustawa o Straży Granicznej¹⁷. Dla przykładu w dokumentach paszportowych zamieszczane są w formie elektronicznej wizerunek twarzy i odciski palców. Te same rodzaje danych biometrycznych mogą być przetwarzane w postępowaniach oraz rejestrach prowadzonych na podstawie ustawy o cudzoziemcach.

¹² Grupa robocza artykułu 29 ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych (dalej jako Grupa Robocza) została powołana na mocy art. 29 Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L Nr 281, s. 31) - dalej jako Dyrektywa 95/46/WE. Jest ona niezależnym europejskim organem doradczym w zakresie ochrony danych i prawa do prywatności. Składa się z przedstawicieli krajowych organów ochrony danych państw członkowskich UE oraz przedstawicieli Komisji Europejskiej. Więcej informacji o Grupie Roboczej oraz ochronie danych osobowych w Unii Europejskiej znaleźć można na stronie internetowej: <http://www.europa.eu.int> oraz <http://www.giodo.gov.pl>.

¹³ Przyjęty w dniu 1 sierpnia 2003 r. „Working document on biometrics” (12168/02/EN WP 80).

¹⁴ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (Dz. U. Nr 143, poz. 1027 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 z późn. zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694 z późn. zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997 z późn. zm.).

W przepisach prawa pracy nie istnieje natomiast żaden przepis, na podstawie którego pracodawca mógłby żądać pod pracownika podania jego danych biometrycznych.

3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 grudnia 2009r. oraz jego wpływ na praktykę

Wzajemny stosunek przepisów Kodeksu pracy i ustawy o ochronie danych osobowych w połączeniu z zagadnieniem danych biometrycznych oraz kwestią pozycji stron w stosunku pracy stały się przedmiotem rozstrzygnięcia Naczelnego Sądu Administracyjnego. W wyroku z dnia 1 grudnia 2009r. (I OSK 249/09, LEX 553777) NSA wypowiedział się na temat zbierania przez pracodawców danych biometrycznych (w postaci linii papilarnych) pracowników, za ich uprzednią zgodą wyrażoną na piśmie. Celem przetwarzania danych biometrycznych w omawianym przypadku było ewidencjonowanie czasu pracy w zakładzie pracy.

W przedmiotowej sprawie ustalono następujący stan faktyczny. Spółka L. wprowadziła system czytników linii papilarnych, zainstalowany przy wejściach do budynków i za ich pomocą rejestrowała czas pracy pracowników. Ewidencja czasu pracy odbywała się zarówno przy użyciu kart radiowych jak i za pomocą wyżej opisanych czytników, przy czym każdy pracownik mógł wybrać sposób rejestracji. Pracodawca skanował linie papilarne palców dłoni pracowników, po to by móc ewidencjonować ich czas pracy. Zeskanowany obraz (charakterystyczne punkty linii papilarnych) był następnie przetwarzany na zapis cyfrowy (kod cyfrowy). Linie papilarne palca przyłożonego przez pracownika do czytnika były porównywane z zapisanym kodem w celu ewidencji wejść i wyjść z pracy. Dane biometryczne zbierane były na podstawie pisemnej zgody pracowników na przetwarzanie wzoru linii papilarnych.

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego Generalny Inspektor Danych Osobowych (dalej jako Generalny Inspektor) wydał, a następnie podtrzymał decyzję, nakazującą Spółce L. usunięcie uchybień w procesie przetwarzania danych osobowych. Generalny Inspektor zobowiązał Spółkę do usunięcia danych dotyczących układu linii papilarnych pracowników i nakazał zaprzestać ich zbierania.

Z decyzją Generalnego Inspektora nie zgodził się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie. W wyroku z dnia 27 listopada 2008r. (II SA/Wa 903/08) Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał, że przesłanki legalizujące przetwarzanie danych osobowych wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. mają charakter autonomiczny i niezależny w stosunku do przepisów Kodeksu pracy. W przypadku wyrażenia przez dysponenta danych (pracownika) zgody na przetwarzanie

swoich danych biometrycznych (czyli innych danych pracowniczych niż wymienione w art. 22¹ § 1-4 k.p.), nie ma konieczności „poszukiwania” innej podstawy dla zgodnego z prawem ich przetwarzania. Poprzez art. 22¹ § 5 k.p. pracodawca może pobierać i gromadzić, czyli przetwarzać dane biometryczne pracowników, o ile spełniona zostanie chociażby jedna z przesłanek legalizujących ich przetwarzanie przewidziana w ustawie o ochronie danych osobowych. Z treści przepisu art. 22¹ § 5 k.p. sąd wywiódł wniosek, że w odniesieniu do danych biometrycznych z zasady nie jest zabronione ich przetwarzanie, lecz musi się ono odbywać z poszanowaniem przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł Generalny Inspektor podnosząc, iż art. 22¹ § 1-2 i § 4 k.p. wskazuje jakich danych osobowych pracodawca ma prawo żądać od pracownika (pozyskiwać i dalej przetwarzać). Kasator zauważył, że z brzmienia tych przepisów wynika prawo pracodawcy do przetwarzania wyłącznie tych danych osobowych, które są wymienione w art. 22¹ k.p. Użyte w nim słowo „żądać” odnosi się do czynności pozyskania danych osobowych, a co za tym idzie, do dalszego ich przetwarzania. Wobec tego niedopuszczalne jest usankcjonowanie w oparciu o inne przesłanki, tj. wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o., przetwarzania przez pracodawcę danych biometrycznych. Generalny Inspektor podkreślił ponadto, że warunkiem uznania zgody za przesłankę legalizującą przetwarzanie danych osobowych jest jej dobrowolność. Okoliczności wpływające na brak równowagi w relacji pomiędzy pracodawcą a pracownikiem sprzyjają wymuszeniu zgody, a co się z tym wiąże pozbawiają ją przymiotu dobrowolności.

Argumenty Generalnego Inspektora zostały uwzględnione i zaaprobowane przez Naczelną Sąd Administracyjny, co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i oddaleniem skargi Spółki na decyzję Generalnego Inspektora.

Wydaje się, że podstawową kwestią mającą znaczenie przy rozstrzygnięciu referowanej sprawy było przyjęcie przez NSA, iż pracownik proszony o zgodę na przetwarzanie jego danych osobowych (w tym przypadku danych biometrycznych), znajduje się w sytuacji niekomfortowej. Wie on, że niewyrażenie zgody wobec pracodawcy może wpłynąć na jego sytuację jako pracownika. Strony stosunku pracy – pracodawca i pracownik – znajdują się w położeniu nierównorzędnym, inaczej niż ma się to przykładowo w przypadku banku i jego klienta¹⁸. Pracownik jest zależny od pracodawcy, jako podmiotu, któremu zgoda ma być udzielona.

¹⁸ Pomimo, jak się wydaje, w miarę komfortowej sytuacji klienta w stosunku do banku, Przewodnicząca Komisji Nadzoru Bankowego wystosowała do prezesów banków pismo odnoszące się do warunków wyrażonej przez klientów zgody na przetwarzanie ich danych osobowych – zob. szerzej P. Babiarsz „Udostępnianie przez bank danych osobowych klientów”, *Monitor Prawniczy* 2001, nr 5, s. 327.

Swoboda wyrażenia zgody przez pracownika jest zatem z zasady wątpliwa¹⁹. Jak stwierdził NSA, z powyższych względów katalog danych, których pracodawca może żądać od pracownika, został ograniczony w Kodeksie pracy (art. 22¹ k.p.). W uzasadnieniu prawnym wyroku NSA konstatuje, że „uznanie faktu wyrażenia zgody przez pracownika, jako okoliczności legalizującej pobranie od pracownika innych danych niż wskazane w art. 22¹ Kodeksu pracy, stanowiłoby obejście tego przepisu”.

Należy w tym miejscu wskazać pogląd wyrażony przez Grupę Roboczą już w dokumencie z dnia 13 września 2001r. pt. „Opinia Grupy Roboczej w sprawie przetwarzania danych osobowych w kontekście zatrudnienia”²⁰. Grupa Robocza wskazała w nim, iż udzielona przez pracownika zgoda na przetwarzanie jego danych osobowych jest „misleading” (zwodnicza, myląca)²¹. Grupa Robocza argumentuje w Opinii, że „pracodawca musi przetwarzać dane osobowe pracowników – jest to nieuniknioną i konieczną konsekwencją stosunku pracy – jednak legitymizacja procesu przetwarzania danych przez pracodawcę na podstawie zgody wyrażonej przez pracownika jest zwodnicza. Uzależnienie od zgody pracownika winno zostać ograniczone do przypadków, w których pracownik ma całkowitą swobodę jej udzielenia i jest w stanie odmówić wyrażenia zgody bez narażania się na szkodę”²².

Naczelnny Sąd Administracyjny stwierdził ponadto w uzasadnieniu wyroku, że praktyka rozszerzania katalogu danych osobowych określonych w art. 22¹ k.p. poprzez zastosowanie art. 23 ust. 1 pkt 1 u.o.d.o. jest sprzeczna z zasadą adekwatności (proporcjonalności), implementowaną do u.o.d.o. z postanowień Dyrektywy 95/46/WE. NSA podkreślił, że „zasada proporcjonalności wyraża się w obowiązku przetwarzania prawidłowych danych przez administratorów w sposób odpowiedni do celów, dla jakich zostały zgromadzone.” Powołując się na wydany przez Grupę Roboczą „Dokument roboczy w sprawie biometrii”, sąd zwrócił uwagę, iż podstawowym kryterium dotyczącym przetwarzania danych bio-

¹⁹ Tak m.in. P. Fajgielski *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych* (w:) G. Sibiga, X. Konarski (red.) *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, Warszawa 2007, s. 47.

²⁰ Oryginalny tytuł „Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context”.

²¹ *Wielki słownik angielsko – polski*, red. J. Linde – Usiekniewicz, Warszawa 2002, s. 755.

²² Tłum. z jęz. angielskiego – M.K. W oryginale *where as a necessary and unavoidable consequence of the employment relationship an employer has to process personal data it is misleading if it seeks to legitimise this processing through consent. Reliance on consent should be confined to cases where the worker has a genuine free choice and is subsequently able to withdraw the consent without detriment.*

metrycznych jest właśnie zasada proporcjonalności. Cel, jakim jest kontrolowanie czasu pracy pracowników, w referowanej sprawie uznany został za nieadekwatny, nieusprawiedliwiający przetwarzania danych biometrycznych. Sąd stwierdził m.in., że „ryzyko naruszenia swobód i fundamentalnych praw obywatelskich musi być proporcjonalne do celu, któremu służy. (...) wykorzystanie danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników jest nieproporcjonalne do zamierzonego celu ich przetwarzania”.

W związku z zapadłym orzeczeniem pojawia się pytanie o konsekwencje praktyczne stanowiska zaprezentowanego przez Naczelną Sąd Administracyjny.

Z wyroku NSA z dnia 1 grudnia 2009r. nie można wywodzić, że poszukiwanie przesłanek legalizujących przetwarzanie danych biometrycznych pracowników w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. jest zawsze błędne i sprzeczne z prawem. Sąd nie stwierdził bowiem, że pracodawca w żadnym przypadku nie ma prawa pozyskiwać innych danych osobowych pracownika niż wymienione w Kodeksie pracy. Z referowanego orzeczenia nie można wywieść generalnego wniosku, że przesłanki wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. nie znajdują zastosowania do przetwarzania danych osobowych w stosunkach pracy. Wyrażenie zgody przez dysponenta danych to tylko jedna z okoliczności legalizujących przetwarzanie danych, określonych w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. Prócz zgody dysponenta danych administrator może powoływać się na niezbędność przetwarzania ze względu na realizowanie uprawnienia lub spełnianie obowiązku wynikającego z przepisu prawa (ust. 1 pkt 2), realizowanie umowy lub podjęcie działań przed jej zawarciem z dysponentem danych (ust. 1 pkt 3), realizowanie prawem określonych zadań dla dobra publicznego (ust. 1 pkt 4) oraz usprawiedliwiony cel administratora danych (ust. 1 pkt 5). Wymaga podkreślenia fakt, iż przesłanki wymienione w u.o.d.o. są równoprawne²³, a każda z nich jest autonomiczna i niezależna²⁴. Wystarczy wystąpienie jednej z nich, by przetwarzanie danych mogło być uznane za usprawiedliwione.

Jak wynika z przedstawionego wyżej rozstrzygnięcia NSA, wyrażona na prośbę pracodawcy zgoda pracownika na przetwarzanie jego danych biometrycznych może zostać oceniona jako niedobrowolna i udzielona w sytuacji braku faktycznej swobody podjęcia autonomicznej decyzji. W świetle omawianego orzeczenia wydaje się, że możliwym rozwiązaniem legalizującym przetwarzanie przez pracodawcę danych biometrycznych pracowników (a więc przetwarzanie w zakresie szerszym niż przewidziany w Kodeksie pracy) jest powołanie się na pozostałe przesłanki wymienione w art. 23 ust. 1 zawarte w treści punktów 2-3

²³ Tak J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz *Ochrona*, s. 433.

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 19 lipca 2007r., II SA/Wa 678/07, LEX nr 368229; wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 grudnia 2005r., II SA/Wa 917/05, LEX nr 189823.

i 5 u.o.do. Jedną z nich może być usprawiedliwiony cel zakładu pracy (pod warunkiem jednak, iż przetwarzanie nie narusza praw i wolności pracownika). Pracodawca musiałby każdorazowo ocenić, czy w konkretnych okolicznościach jego interes jest rzeczywiście usprawiedliwiony, jednocześnie konfrontując go z interesem podmiotu danych w zachowaniu jego podstawowych praw i wolności²⁵. Wydaje się zatem, że zasadnym mogłoby więc być podnoszenie jako argumentów uzasadniających przetwarzanie danych biometrycznych m.in. zapewnienie bezpieczeństwa pracy, kontrola dostępu do tajnych informacji lub niebezpiecznych materiałów²⁶ (czyli zapewnienie ochrony szczególnie wrażliwych miejsc na terenie zakładu pracy) czy zapobieganie zachowaniom mogącym powodować groźne w swych skutkach wypadki na terenie zakładu pracy.

Warto nadmienić, że do dnia wydania omawianego wyroku, dokonując wykładni art. 22¹ k.p. w związku z art. 23 ust. 1 u.o.d.o. i badając wzajemne relacje powyższych przepisów, komentatorzy dochodzili do odmiennych wniosków. Pierwsze stanowisko dowodziło tezy, iż przesłanki legalizujące przetwarzanie danych osobowych wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. znajdują zastosowanie w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych pracowników²⁷. Przeciwny pogląd reprezentował m.in. Generalny Inspektor argumentując, że pracodawca może żądać od pracownika podania danych tylko w takim zakresie, jaki został wskazany w treści art. 22¹ k.p. Kwestia udostępnienia pracodawcy innych danych niż określone w tym przepisie musi być uregulowana w odrębnym przepisie prawa. Jeśli tak nie jest, pracodawca nie może żądać od pracownika ich podania. Artykułu 23 ust 1 u.o.d.o. nie stosuje się ze względu na treść art. 22¹ § 5 k.p., dotyczącego dopuszczalności przetwarzania danych. Innymi słowy Kodeks pracy wyłącza możliwość przetwarzania danych osobowych z powołaniem się na przesłanki legalizujące określone w ustawie o ochronie danych osobowych, a zatem art. 23 ust. 1 u.o.d.o. w całości nie znajduje zastosowania do przetwarzania danych pracowniczych²⁸.

²⁵ M. Jagielski, *Prawo do ochrony danych osobowych. Standardy europejskie*, Warszawa 2010, s. 85-87.

²⁶ Wypowiedź Generalnego Inspektora z wywiadu przeprowadzonego przez Ł. Guzę *Wariograf w firmie zakazany*, *Gazeta Prawna* z 12 sierpnia 2010r., nr 156.

²⁷ G. Spytek – Bandurska, *Wybrane problemy pracodawców ze stosowaniem przepisów o ochronie danych osobowych* [w:] T. Wyka, A. Nerka (red.) *Granice ochrony danych osobowych w stosunkach pracy*, Warszawa 2009, s. 25, 39; w odniesieniu do samej zgody legalizującej pozyskiwanie od kandydatów na pracowników danych osobowych podobnie wypowiadają się A. Patulski, G. Orłowski, *Informacja o karalności kandydata na pracownika*, *Monitor Prawa Pracy* 2004, nr 7, s. 195.

²⁸ Podobnie G. Sibiga, *Przetwarzanie i ochrona danych osoby ubiegającej się o zatrudnienie w świetle przepisów prawa pracy*, *Radca Prawny* 2005, nr 2, s. 69; I. Walencik *Sprawdzanie niekaralności. Ochrona pracownika ponad interesem pracodawcy*, *Rzeczpospolita* z 10 maja 2004r., nr 108.

Jak się wydaje, w referowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny zajął pośrednie stanowisko. Opiera się ono na stwierdzeniu, że w relacji pomiędzy pracodawcą a pracownikiem zgoda wyrażona przez pracownika generalnie nie legalizuje przetwarzania (w tym również pozyskiwania) danych osobowych. Analizując stan faktyczny sprawy sąd orzekł, iż w tej konkretnej sytuacji zgoda pracowników nie może stanowić podstawy do zgodnego z prawem przetwarzania przez pracodawcę danych biometrycznych. Z uzasadnienia wyroku wywieść można następujący wniosek – pozostałe przesłanki z art. 23 ust. 1 u.o.d.o., pod warunkiem uwzględnienia zasady adekwatności, mogą legalizować pozyskiwanie danych od pracownika.

W świetle omawianego orzeczenia warto zastanowić się, czy w niektórych sytuacjach faktycznych zgoda pracownika mogłaby zostać uznana za legalizującą przetwarzanie danych biometrycznych przez pracodawcę? Na tak postawione pytanie można byłoby udzielić odpowiedzi twierdzącej w konkretnych sytuacjach, w których pracodawca jest w stanie bezsprzecznie wykazać, że zgoda udzielona przez pracownika była w zupełności dobrowolna i niewymuszona. Jednym z warunków uznania takiej zgody za stanowiącą podstawę przetwarzania danych byłaby również okoliczność, iż pracownik może ją odwołać w każdym czasie bez niebezpieczeństwa powstania niekorzystnych dla siebie skutków w zakresie stosunku pracy łączącego go z pracodawcą²⁹.

Idąc dalej w kierunku rozstrzygania analogicznych spraw w praktyce, wydaje się, że decydująca mogłaby być reakcja pracodawcy w sytuacji, gdy pracownik proszony o wyrażenie zgody na pobranie i przetwarzanie jego danych biometrycznych faktycznie jej nie udzieli. Powyższe sprowadza się do pytania, czy pracodawca mógłby potraktować takie zachowanie pracownika jako przyczynę uzasadniającą utratę zaufania względem niego i wypowiedzieć temu pracownikowi umowę o pracę? Jeśli praktyka orzecznicza wypracowałaby pogląd, iż nie wyrażenie przez pracownika zgody na przetwarzanie jego danych osobowych (nie tylko biometrycznych), nie może stanowić podstawy do rozwiązania stosunku pracy przez pracodawcę, zasadne byłoby twierdzenie o dobrowolności oświadczenia woli w tym przedmiocie. Nieuzasadnione w takiej sytuacji byłyby argumenty o braku swobody przy wyrażaniu zgody przez pracownika czy jego niekomfortowej sytuacji względem pracodawcy. Wtedy też próby podważania zgody udzielonej przez pracownika, jako przesłanki legalizującej przetwarzanie jego danych biometrycznych, miałyby niewielkie szanse powodzenia.

²⁹ Więcej na temat problematyki zgody osoby, której dane dotyczą zob. M. Jagielski, *Prawo do ...*, s. 103 i n.

Należy zwrócić uwagę, że dotychczasowe podejście reprezentowane przez Generalnego Inspektora w kwestii, której dotyczy referowany wyrok było dalej idące niż stanowisko przedstawione przez NSA. Generalny Inspektor w decyzji z dnia 19 maja 2006r. (GI-DEC-DIS-163/06/481) stwierdził, że „żądanie podania danych jest możliwe wyłącznie na podstawie regulacji kodeksowej, nie znajdują zastosowania przesłanki wymienione w art. 23 ust. 1 u.o.d.o., w tym zgoda osoby, której dane dotyczą na przetwarzanie danych osobowych”. Na podstawie omawianego rozstrzygnięcia NSA, można stwierdzić, że opinia Generalnego Inspektora nie została w całości podzielona przez sąd.

Aktualne natomiast w świetle analizowanego orzeczenia NSA pozostaje stanowisko doktryny, poddające w wątpliwość sens ustawowego ograniczenia zakresu danych, które administrator ma prawo przetwarzać w sytuacji, gdy możliwe byłoby rozszerzenie tego katalogu na podstawie zgody dysponenta danych. „Wydaje się, że dopuszczenie przetwarzania danych na podstawie zgody w sytuacji, gdy przepisy ograniczają zakres przetwarzania danych, pozbawia sensu wspomniane ograniczenie, w szczególności wówczas, gdy osoba, której dane dotyczą, pozostaje w układzie podległości względem podmiotu, któremu zgoda ma być udzielona”³⁰.

Zgodnie z uzasadnieniem wyroku, dla oceny konkretnego stanu faktycznego, prócz dopuszczalnych warunków przetwarzania danych osobowych (w tym również ich pozyskiwania) określonych w art. 23 ust. 1 u.o.d.o., za każdym razem zbadać należy także cel, jakemu służyć ma przetwarzanie danych. Ponieważ te dwa czynniki (przesłanka przetwarzania danych oraz cel przetwarzania), pozostające we wzajemnym związku, decydować będą w danej sytuacji o uprawnieniu administratora do zbierania i przetwarzania danych biometrycznych, koniecznym jest przybliżenie zasady adekwatności.

4. Zasada adekwatności przy przetwarzaniu biometrycznych danych osobowych

Mając na uwadze powyższe rozważania, uzasadnione jest omówienie zasady adekwatności, która odgrywa znaczącą rolę przy ocenie prawidłowości przetwarzania danych biometrycznych.

Obowiązek przetwarzania danych adekwatnych w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane, to nakaz wynikający z zasady proporcjonalności (adekwatności, relewantności) wyrażonej w art. 26 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o. Jest ona jedną

³⁰ P. Fajgielski *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych* [w:] G. Sibiga, X. Konarski (red.) *Ochrona*, s. 47; podobnie G. Sibiga *Przetwarzanie i ochrona...*, s. 70-71.

z pięciu zasad przetwarzania danych osobowych opisanych w Rozdziale 3 ustawy o ochronie danych osobowych, stanowiących jednocześnie obowiązki administratora, których musi on zawsze przestrzegać³¹. Zgodnie z zasadą adekwatności administrator danych winien przetwarzać w zgodzie z obowiązującym prawem tylko tego rodzaju dane i o takiej treści, które są konieczne ze względu na cel ich zbierania. Adekwatność danych w stosunku do celu ich przetwarzania powinna być rozumiana jako równowaga pomiędzy dobrem dysponenta danych a interesem administratora danych, który dane te przetwarza. Powyższe oznacza, że administrator nie może przetwarzać danych w zakresie szerszym niż niezbędny dla osiągnięcia zamierzonego celu, jak również danych o większym niż uzasadniony tym celem stopniu szczegółowości. „Równowaga będzie zachowana, jeśli administrator zażąda danych tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia celu, w jakim dane są przez niego przetwarzane” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2005r., sygn. akt II SA/Wa 917/2005, LEX 189823). Jeśli administrator danych domaga się więcej praw aniżeli przewidują obowiązujące przepisy prawa, następuje zachwianie równowagi na korzyść administratora, a zatem następuje bezpodstawne ograniczenie praw osoby, której dane dotyczą.

Warto odwołać się w tym miejscu do poglądu Grupy Roboczej wyrażonego w „Dokumencie roboczym w sprawie biometrii”, traktującego o zasadzie adekwatności. „Ocena poszanowania zasady proporcjonalności jest niezbędna i musi być wykonywana z uwzględnieniem ryzyka dotyczącego swobód i fundamentalnych praw obywatelskich, chodzi zwłaszcza o ustalenie, czy poszukiwany cel nie mógł być osiągnięty w sposób mniej inwazyjny”. Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności nakazuje, by cel przetwarzania danych przez administratora był proporcjonalny do uciążliwości wobec dysponenta danych, spowodowanych przez przetwarzanie jego danych³². Konsekwencją zasady adekwatności jest obowiązek odrzucenia celów przetwarzania, które mogą zostać osiągnięte wyłącznie w sposób nadmiernie uciążliwy do wartości realizowanego celu³³. Należy zaznaczyć, iż podobnie na gruncie polskiego ustawodawstwa wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005r. (sygn. K 32/2004, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132). Stwierdził on, iż „konieczność w demokratycznym państwie prawnym to zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób lub stopniu, który nie mógłby być

³¹ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona*, s. 501.

³² A. Drozd, *Prawo podmiotu zatrudniającego do pozyskiwania informacji o kandydacie na pracownika*, Warszawa 2004, s. 120.

³³ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999r, s. 152.

osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny być to środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo lub wolność ograniczają”.

W ustawie o ochronie danych osobowych ustawodawca użył zwrotu niedookreślonego, zgodnie z którym przetwarzane dane winny być „adekwatne w stosunku do celów”. Brak jest jednak jakichkolwiek wskazówek, jak „adekwatność” ustalać. W praktyce powoduje to wiele wątpliwości interpretacyjnych odnoszących się do istniejących stanów faktycznych. Odniesieniem dla administratorów danych mogą być jedynie decyzje, oceny i wypowiedzi Generalnego Inspektora bądź też wyroki sądów traktujące o konkretnych okolicznościach i możliwości zakwalifikowania ich jako adekwatne bądź nieadekwatne zbieranie danych. Dla przykładu za sprzeczne z zasadą adekwatności uznane zostało: zbieranie danych w zakresie wizerunku, rysopisu, imion rodziców, miejsca urodzenia, poprzednich adresów zameldowania, informacji o dzieciach oraz kategorii i dacie nadania uprawnienia do prowadzenia pojazdów dla celów zawarcia i realizacji umowy leasingu (cytowany wyżej wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 grudnia 2005r., sygn. akt II SA/Wa 917/2005) oraz zbieranie danych o wykształceniu i stanie cywilnym przy zawieraniu umów odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego (wyrok NSA z dnia 5 lutego 2003r., sygn. akt II SA 3505/01, *Gazeta Prawna* 2002, nr 27, s. 16). Za adekwatne do celu i prawidłowe uznane natomiast zostało odnotowywanie imienia, nazwiska oraz numeru dokumentu (podstawowych danych służących identyfikacji osoby), po to, by poprawić bezpieczeństwo budynku (wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 maja 2005r., II SA/Wa 2499/04, niepubl.).

Każdorazowo administrator samodzielnie musi podejmować decyzję, czy wyznaczony cel jest adekwatny i usprawiedliwia w jego przypadku przetwarzanie danych. Jak konstatuje NSA w wyroku z dnia 27 listopada 2003r. (II SA 209/03, niepubl.), w każdym wypadku należy oceniać czy w konkretnym stosunku, w związku z którym administrator danych przetwarza dane, przetwarzanie danych osobowych następuje z uwzględnieniem art. 26 ust. 1 pkt 3, a więc w sposób zgodny z zasadą adekwatności. Administrator winien przeprowadzić ocenę stanu faktycznego odwołując się do wartości usprawiedliwiających jego interesy i uwzględniającą jednocześnie konieczność dołożenia szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą. Podmiot decydujący o celach i środkach przetwarzania danych musi przy tym pamiętać, iż naraża się na odmienną interpretację sądu oraz Generalnego Inspektora.

Koniecznym jest podkreślenie, iż zasada proporcjonalności, jako najważniejsza z zasad ochrony danych w odniesieniu do danych biometrycznych, w praktyce oceniana jest odmiennie w różnych krajach. I tak np. w Danii posługiwanie się danymi biometrycznymi przy nabyciu biletów na prom jest zasadne, a w Grecji nie

wyrażono zgody na używanie systemu identyfikacji biometrycznej przy odprawie pasażerów na lotnisku³⁴.

Reasumując – cel, jakim jest przykładowo ochrona tajemnicy państwowej, bezpieczeństwo państwa czy obywateli (ochrona dostępu do urządzeń nuklearnych lub do tajemnicy produkcji państwowego sprzętu wojskowego), niewątpliwie ocenić można jako nadrzędny, zezwalający na przetwarzanie danych biometrycznych pracowników. Niejednokrotnie jednak ocena danej sytuacji występującej w praktyce, np. ochrona szczególnie wrażliwych miejsc w zakładzie pracy (serwerowni, sejfów, czy miejsc, w których znajdują się tajne dokumenty), będzie problematyczna. Zasada adekwatności opiera się bowiem na każdorazowym wartościowaniu i subiektywnej ocenie, odnosząc się do niezbyt ścisłych kryteriów³⁵. Jedynym poziomem oceny jest „adekwatność” zakresu przetwarzanych danych w stosunku do celu ich przetwarzania. Na podstawie omawianego wyroku jedno jest bezsporne – przetwarzanie danych biometrycznych pracowników, na podstawie ich zgody, celem ewidencjonowania czasu pracy, jest sprzeczne z prawem.

Na chwilę obecną zauważyć należy, iż w praktyce istotnymi wytycznymi w sprawie przetwarzania przez pracodawców danych biometrycznych pracowników są wypowiedzi Generalnego Inspektora, wskazujące na występowanie w praktyce sytuacji usprawiedliwiających przetwarzanie danych biometrycznych pracowników. Zgodnie z opinią Generalnego Inspektora są nimi np. ochrona miejsc, w których przechowywane są materiały niebezpieczne, wybuchowe, radioaktywne, wirusy, bakterie, tajemnice prawnie chronione, tajemnice przemysłowe, czy know-how przedsiębiorstwa³⁶. W takich okolicznościach dane biometryczne pracowników mogą być przetwarzane z uwagi na uzasadniony interes przedsiębiorstwa i bezpieczeństwo zakładu pracy, a Generalny Inspektor aprobuje ich wykorzystanie biorąc pod uwagę celowość przetwarzania tych danych.

³⁴ Za J.P. Walter, *Niektóre aspekty ochrony danych przy posługiwaniu się danymi biometrycznymi w sektorze prywatnym*, [w:] *Prawo do prywatności – prawo do godności*: 26 Międzynarodowa Konferencja Ochrony Prywatności i Danych Osobowych, 14-16 września 2004 Polska, Wrocław/ zorganizowana przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych”, Warszawa 2006, s. 269.

³⁵ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz *Ochrona*, s. 508.

³⁶ Opinia Generalnego Inspektora Wojciecha R. Wiewiórowskiego wygłoszona podczas wykładu wprowadzającego do IX Forum ADO/ABI odbywającego się w Warszawie w dniu 16 listopada 2010 r.

5. Podsumowanie

Bezsprzecznym pozostaje, iż konieczne jest pogodzenie w praktyce interesów pracodawcy, jako administratora danych osobowych i ochrony prywatności pracownika – dysponenta danych. Winno to nastąpić poprzez dostosowanie przepisów prawnych związanych z zatrudnieniem do potrzeb dyktowanych przez rynek pracy oraz możliwości rozwoju technologicznego przedsiębiorstw.

Analiza omówionego orzeczenia NSA, jak również treści art. 22¹ k.p., skłaniają do wniosku, że postulowany przez środowiska pracodawców mniejszy rygoryzm w określeniu możliwości pozyskiwania przez pracodawcę danych o pracownikach może wywołać zarówno dobre, jak i złe skutki. Mogłby przyczynić się do lepszego dopasowania profilu osób zatrudnionych do potrzeb przedsiębiorstwa, z drugiej jednak strony spowodować np. większe bezrobocie wśród osób skazanych (przy wprowadzeniu możliwości pozyskiwania przez wszystkich pracodawców informacji o niekaralności pracowników i kandydatów do pracy). Warunkiem wprowadzanych zmian, prócz wcześniejszej rzetelnej ich analizy i konsultacji m.in. z kryminologami, socjologami, czy psychologami, powinna być dbałość o przestrzeganie przez administratorów danych - pracodawców, zasad celowości i adekwatności, tak by nie wkraczać zbyt głęboko w sferę prywatności pracownika. Wypada również zwrócić uwagę na należyte zabezpieczenie przetwarzanych danych, w szczególności danych biometrycznych, oraz jak najlepsze przygotowanie merytoryczne osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych w przedsiębiorstwach.

Miejmy nadzieję, że w niedalekiej przyszłości odpowiedzi na pojawiające się z biegiem czasu pytania będziemy mogli szukać również w orzecznictwie, którego dorobek w omawianej w niniejszym opracowaniu materii jest obecnie niewielki. Wymaga w tym miejscu podkreślenia, że postulat zmiany przepisów prawnych dotyczących przetwarzania danych osobowych pracowników, nie dotyczy jedynie przepisów Kodeksu pracy, lecz odnosi się również do innych aktów prawnych. Są nimi m.in. ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym³⁷ oraz ustawy będące pragmatykami służbowymi (np. ustawa o pracownikach samorządowych³⁸, ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu³⁹).

³⁷ Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008r. Nr 50, poz. 292 z późn. zm.).

³⁸ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 z późn. zm.).

³⁹ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154).

Anachroniczna treść art. 22¹ Kodeksu pracy stała się przyczyną sporu zakończanego przedstawionym w niniejszej publikacji wyrokiem NSA, a także wystąpienia Generalnego Inspektora skierowanego do Ministra Pracy i Polityki Społecznej⁴⁰. Generalny Inspektor w swoim piśmie zasugerował konieczność wprowadzenia jednoznacznych uregulowań prawnych dotyczących spraw dostępu pracodawcy do informacji na temat pracownika. Stanowiska Generalnego Inspektora nie podzieliła jednak Minister Pracy⁴¹, argumentując, iż Kodeks pracy zawiera regulacje stanowiące podstawowe prawa i obowiązki w dziedzinie zatrudnienia odnoszące się, co do zasady, do wszystkich pracowników. Natomiast w przepisach innych ustaw zawarte są szczegółowe rozwiązania dotyczące konkretnych sfer działalności oraz regulujące specyficzne prawa i obowiązki pracownicze (np. ustawa o transporcie drogowym⁴², ustawa o służbie cywilnej⁴³). Według Ministra Pracy zakres danych osobowych zawarty w Kodeksie pracy jest wystarczający, a w innych przepisach niemożliwe jest dokładne określenie procedur związanych z pozyskiwaniem od pracownika jego danych osobowych.

Omówiony w niniejszym opracowaniu wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego doprowadził do podjęcia debaty w przedmiocie wprowadzenia zmian w przepisach prawa związanych z zatrudnieniem, a dotyczących danych osobowych, w tym danych biometrycznych. Dostrzeżono konieczność dyskusji na temat wprowadzenia rozwiązań mających na celu dostosowanie ustawodawstwa do realnych zjawisk społecznych związanych ze świadczeniem pracy, w którą aktywnie włączył się Generalny Inspektor wybrany na IV kadencję⁴⁴.

⁴⁰ Pan Michał Serzycki w styczniu 2010 r. wystąpił do Ministra Pracy i Polityki Społecznej – Pani Jolanty Fedak o podjęcie prac legislacyjnych nad zmianą przepisów regulujących przetwarzanie danych osobowych pracowników (kandydatów do pracy) przez pracodawców (DOLiS-035-416/09), http://www.giodo.gov.pl/575/id_art/3299/j/pl.

⁴¹ Odpowiedź Pani Jolanty Fedak z dnia 9 marca 2010 r. (DPR-I-4102-119-JS/MK/BL/10), http://www.giodo.gov.pl/575/id_art/3299/j/pl.

⁴² Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2007r. Nr 125, poz. 874 z późn. zm.).

⁴³ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (Dz. U. z 2008r. Nr 227, poz. 1505 z późn. zm.).

⁴⁴ Od 4 sierpnia 2010 r. funkcję Generalnego Inspektora pełni Pan Wojciech R. Wiewiórowski.

PROCESSING OF BIOMETRIC INFORMATION OF EMPLOYEES IN THE LIGHT OF THE DECISION OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT DATED DE- CEMBER 1, 2009 (I OSK 249/09)

The decision of the Supreme Administrative Court¹ dated December 1, 2009 (I OSK 249/09, LEX 553777) is the first ruling which raises the issue of processing biometric information of an employee by the employer in regard to Polish law. It is, therefore, of profound significance and calls for thorough analysis.

As a result of advancement in new technologies and means of communications over the past few years, as well as progress in the development of practices of work performance, the provisions of law in force applicable to personal data processing in employment relationships (Article 221 of Labour Code, in particular) have been out of touch with the demands of the contemporary world.

The decision of the Supreme Administrative Court (hereinafter referred to as “SAC”) dealt with the relation between the provisions of Labour Code and Personal Data Protection Act, combined with the issue of biometric information and the positions of respective parties in the employment relationship. In its decision of December 1, 2009, SAC ruled on collection of biometric information of employees (employee fingerprints) by employers upon prior written consent of the employees in question. In the case concerned biometric information was being processed for the purpose of working time registration at the workplace. It seems that SAC assumption that an employee who was asked to give consent for processing his personal data (biometric information in this specific case) was in an inconvenient situation was fundamental to the decision on the case in question. Employee is dependent on his employer as an entity to which consent shall be given. Therefore, the employee’s freedom to give consent or not is questionable in principle. SAC concluded that for the aforementioned reasons, the catalogue of data that employer was allowed to require from the employee was limited in the Labour Code. Furthermore, the Supreme Administrative Court stated in the justification for the decision that the practice of invoking the consent given by an employee in order to support extension of the scope of personal data catalogue defined in the Labour Code was in conflict with the principle of appropriateness (proportionality). The Court pointed out that it was the principle of proportionality that represented the essential criterion applicable to biometric information processing. In the presented case the purpose, namely, control over employee

¹ Naczelny Sąd Administracyjny – NSA.

working time was deemed inappropriate and failing to justify biometric information processing.

It follows from the decision of SAC that employee's consent to process his biometric information which is given upon employer's request may be assessed as being involuntary and given in the circumstances of actual lack of freedom to take an independent decision. It seems, in the light of the presented decision, that invoking these prerequisites listed in the Personal Data Protection Act which are other than consent of biometric information holder is a solution possible for validating the processing of biometric information of employees - thus processing it to a more extensive degree than it is allowed based on the Labour Code. A justified purpose of the workplace may be one of such prerequisites, on condition, however, that data processing neither violates employee rights, nor employee freedom.

As provided in the justification for the Court decision, for the purpose of assessing specific state of affairs, each time the purpose that data processing is supposed to serve should be investigated in addition to the permissible conditions of personal data processing (as well as personal data collection) that are defined in the Personal Data Protection Act. The prerequisite which legitimizes data processing and the purpose of data processing are interrelated and are decisive in a given situation for the right of data administrator to collect and process biometric information.

Presently, it should be pointed out that the statements of Inspector General for Personal Data Protection² in practice constitute important guidelines for processing biometric information of employees by employers. These guidelines indicate that there actually are situations which justify processing of biometric information of employees. In accordance with Inspector General's opinion these situations include, for example, the need to protect places in which hazardous materials, explosive materials, radioactive materials, viruses, bacteria, legally protected secrets, industrial secrets or know-how of a company are stored. Biometric information of employees may be processed in such circumstances because of justified interest of the company and safety at the workplace and the Inspector General approves the use of biometric information considering the advisability of processing the said information.

² Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (also referred to as Information Commissioner).

Andrzej Majewski ■

SYSTEM PRAWA OCHRONY ZWIERZĄT W NIEMCZECH (ZAGADNIENIA OGÓLNE)

1. Celem opracowania jest analiza systemu prawnej ochrony zwierząt obowiązującego w Republice Federalnej Niemiec w oparciu o prawo międzynarodowe, wspólnotowe, a w szczególności prawo wewnętrzne tworzone na szczeblu federalnym. Na wybór analizy prawa niemieckiego wpłynęły względy historyczne i praktyczne. Niemcy jako drugi kraj europejski uregulowały prawną ochronę zwierząt. Pierwszym była Anglia, w której 7 maja 1822 r. przyjęto ogólnopañstwową ustawę dotyczącą ochrony humanitarnej zwierząt zapobiegającą okrutnemu i niewłaściwemu traktowaniu bydła (*Act to prevent the cruel and improper Treatment of Cattle*) obejmując ochroną konie, bydło oraz owce¹. Na terenie Niemiec początkowo przepisy karne penalizujące znęcanie się nad zwierzętami pojawiły się w prawach poszczególnych krajów. Ogólnopañstwową ustawą - Kodeks karny została przyjęta 15 maja 1871 r.² Kolejnym krokiem na drodze zwiększenia ochrony zwierząt była ustawa o ochronie zwierząt

¹ Ustawa nazywana była od twórców jej projektu Richarda Martina i Tomasa Erskine „Martin’s Act”. Przewidywała ona kary grzywny od 10 szylingów do 5 funtów. Za czyny wyjątkowo okrutne przewidywała karę pozbawienia wolności do 3 miesięcy. Bliżej J. Caspar, *Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft*, Baden-Baden 1999, s. 259; W.C.J. Eberstein, *Das Tierschutzrecht In Deutschland bis zum Erlaß des Reichs-Tierschutzgesetzes vom 24. November 1933. Unter Berücksichtigung der Entwicklung in England*, Rechtshistorische Reihe, t. 209, Frankfurt nad Menem 1999 r., s. 34 i 35 i podana tam literatura.

² BGBl, I Nr 24, s. 127.

z 24.11.1933 r.³, która na terenie Niemiec Zachodnich obowiązywała do 1972 r. Biorąc pod uwagę system prawa precedensowego istniejącego w Wielkiej Brytanii i system prawa stanowionego w Niemczech wydaje się, że analiza ustawodawstwa niemieckiego w zakresie ochrony zwierząt zarówno w aspekcie historycznym, jak i w świetle aktualnie obowiązującego prawa, będzie bardziej przydatna na użytek ewentualnych postulatów kształtowania kierunku polskiej legislacji w tym zakresie.

Rozwiązania niemieckie wpływały na treść polskiego prawa. Pomijając najwcześniejsze prawa lokacyjne z XIII w. bardzo długo na ziemiach polskich obowiązywało prawo państw zaborczych, które w znacznej mierze wpłynęło na kształt prawa polskiego po uzyskaniu niepodległości. Prawo cywilne czerpało z rozwiązań niemieckich⁴, których źródłem było prawo rzymskie⁵. Prawo administracyjne po uzyskaniu przez Polskę niepodległości czerpało z dorobku doktryny niemieckiej i francuskiej⁶ a także z austriackiej (zbliżonej do niemieckiej)⁷. Również prawo karne czerpało niekiedy z myśli doktryny niemieckiej⁸, natomiast pierwsze polskie rozwiązania chroniące zwierzęta przyniosło Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.03.1928 r. o ochronie zwierząt⁹. Nie było ono wzorowane na ustawie niemieckiej, gdyż ta została uchwalona w 1933 r.

2. Na obszarze Niemiec pierwsze regulacje z zakresu ochrony zwierząt pojawiły się w prawie karnym. W XVII i XVIII w. zwierzęta były traktowane niekiedy jako sprawcy lub współsprawcy przestępstw. Były sądzone, skazywane na różne kary cielesne, a w procesie na ogół ustanawiano im obrońców z urzędu, w czym widzi się dzisiaj pewnego rodzaju personifikację zwierząt¹⁰.

³ RGBl. I Nr 132, s. 987.

⁴ Tytułem przykładu można podać ustawę z 29.03.1926 r. o prawie autorskim, Dz.U. Nr 48, poz. 286., która przejęła liczne niemieckie rozwiązania. Bliżej zob. E. Ferenc-Szydełko, *Przedmiot prawa autorskiego w ustawodawstwie niemieckim na ziemiach polskich zaboru pruskiego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego – Roczniki Prawnicze nr 15/2004, s. 109 i 110.

⁵ Jednakże w dużej mierze zniekształcone – informacja podana w wystąpieniu prof. zw. dr hab. Zdzisława Brodeckiego podczas konferencji naukowej „40-lecie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, Prawo i administracja z perspektywy nauki i dydaktyki”, Gdańsk 6.10.2010.

⁶ Aszadok-Bartuń [w:], J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2002, s.26.

⁷ Wiele przedstawicieli nauki prawa administracyjnego rozpoczynało naukę prawa lub ją kontynuowało w ośrodkach niemieckojęzycznych. Przykładowo w II połowie XIX w. – J.B. Oczapowski, F.K. Kasperek, J. Dunajewski, a w I połowie XX w. J. Buzek, K.W. Komaniecki, W.L. Jaworski, S. Kasznica, M.Z. Jaroszyński

⁸ Zob. np. J. Koredczuk, *Wpływy niemieckie na polskie rozwiązania prawne dotyczące „osób niebezpiecznych” w okresie międzywojennym*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 2639. Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi XXVII, Wrocław 2004, s. 253-272.

⁹ Dz. U. Nr 36, poz. 332.

¹⁰ Bliżej zob. E. Schuman, „Tiere sind keine Sachen“ – zur Personifizierung von Tieren

W drugiej połowie XIX w. na terenie Niemiec pojawiły się w krajowych ustawach karnych przepisy penalizujące publiczne okrutne postępowanie ze zwierzętami, traktowane jako zgorszenie. W ustawach karnych poszczególnych krajów przepisy zakazujące znęcania się nad zwierzętami zamieszczane były w części poświęconej przestępstwom przeciw moralności publicznej. Dręczenia zwierząt jako pierwsze zakazały Saksonia (1838 r.) i Bawaria (1861 r.)¹¹. Istotą czynu nie było więc samo zadawanie zwierzętom cierpień, lecz czynienie tego w obecności innych osób¹².

Kodeks karny (Das Reichsstrafgesetzbuch) ogłoszony został 15 maja 1871 r.¹³ W § 360 nr 13 przewidziano karę grzywny do 150 marek lub karę aresztu za publiczne lub w celu wywołania zgorszenia złośliwe albo okrutne traktowanie zwierząt rozumnych.. Z biegiem lat wykładnia tego przepisu ewoluowała w kierunku podniesienia poziomu ochrony zwierząt przez kwalifikowanie nowych zachowań, jako okrutne traktowanie zwierząt lub złośliwe ich drażnienie. Wiązało się to z rozwojem nauki, wiedzy o psychice i fizjologii zwierząt oraz pojawieniem się nowych aspektów wykorzystywania zwierząt przez człowieka np. w doświadczeniach. Reformy Kodeksu karnego nie miały większego wpływu na zakres ochrony zwierząt. Dopiero ustawą z 26 maja 1933 r. o zmianie Kodeksu karnego¹⁴ zmieniono § 360 nr 13¹⁵ oraz dodano § 145 b¹⁶, który był podstawowym przepisem sankcjonującym okrutne traktowanie lub umyślne znęcanie się nad zwierzętami. Karalne było podżeganie (§ 48 ust. 1) i pomocnictwo (§ 49 ust. 1). Kodeks karny nie przewidywał działania w ramach recydywy, ponieważ wówczas nie była ona uregulowana w części ogólnej, lecz w części szczegółowej przy niektórych czynach zabronionych. Nowelizacja Kodeksu karnego była skutkiem realizacji wyborczych obietnic narodowych socjalistów.

W latach 30-tych XX w. w niektórych krajach związkowych uchwalono ustawy regulujące rytualny ubój zwierząt. W istocie nie tyle chodziło o ochronę

im mittelalterlichen Recht, [w]: B. Herrmann (red), *Beiträge zum Göttinger Umwelthistorischen Kolloquium 2008-2009*, Göttingen 2009, s. 195-198 i podana tam literatura.

¹¹ A. Lorz, E. Metzger, *Tierschutzgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 39.

¹² R. von Hoppel, *Die Tierquälerei In der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt, nebst Vorschlägen zur Änderung des Reichsrechts*, Berlin 1891, s. 106 i nast.

¹³ BGBl, Nr 24, s. 127. Pierwowzorem Kodeksu był Kodeks karny pruski z 1851 r., który w § 348 analizował publiczne dręczenie i znęcanie się nad zwierzętami. Bliżej zob. W.C.J. Eberstein, op. cit., s. 120 i 121.

¹⁴ RBGBl. Nr 56, s. 295.

¹⁵ § 360 nr 13 stanowił „Karze grzywny do 150 marek lub karze aresztu podlega ten:.....nr 13 kto narusza przepisy wydane w celu ochrony zwierząt”.

¹⁶ § 145 b brzmiał: „Kto okrutnie obchodzi się ze zwierzętami lub umyślnie znęca się nad nimi, podlega karze pozbawienia wolności do 6 miesięcy lub karze grzywny”.

zwierząt, ile o utrudnienie egzystencji Żydom. Tendencje owe doprowadziły do uchwalenia ustawy federalnej z 21.04.1933 r. o uboju zwierząt¹⁷. Ustawa o ochronie zwierząt (Tierschutzgesetz) jak wcześniej wspomniano uchwalona została 11.11.1933 r. Uchyliła ona § 360 Nr 13 oraz § 145b Kodeksu karnego (§ 15 ustawy). Przepisy karne odpowiadające w swej treści uchylonym znalazły się w Rozdziale IV ustawy. Nie obejmowała ona wszystkich aspektów ochrony humanitarnej zwierząt, ponieważ nadal obowiązywała ustawa o uboju zwierząt.

Ustawa o ochronie zwierząt z 1933 r. zabraniała zadawania zwierzętom cierpień i okrutnego traktowania, o ile nie służyło to do realizacji obiektywnie słusznego celu człowieka (§1). Zawierała zakazy określonego postępowania ze zwierzętami (§ 2) oraz w Rozdziale II zakazy i nakazy w zakresie przeprowadzania na zwierzętach doświadczeń

Ustawa o ochronie zwierząt uchwalona w III Rzeszy obowiązywała w RFN, natomiast w NRD przejęto jej postanowienia w 1950 r.

Rozwój intensywnego chowu, nowe nieznane w 1933 r. doświadczenia na zwierzętach i ich rozmiar, przewóz zwierząt dalekimi trasami, nowe metody uboju, spowodowało zmianę poglądów na zakres i charakter ochrony prawnej zwierząt¹⁸, co doprowadziło do uchwalenia w RFN 24 lipca 1972 r. nowej ustawy o ochronie zwierząt¹⁹ (dalej powoływana także jako TierSchG), Ustawa uwzględniła międzynarodowe zobowiązania Niemiec w zakresie ochrony zwierząt. Oparta została na koncepcji etycznej zakładającej odpowiedzialność człowieka za opiekę i ochronę zwierząt. Rozwiązania prawne przeniosły punkt ciężkości z regulacji prawno-karnej na administracyjne określenie obowiązków człowieka. Należało pogodzić gospodarcze i naukowe potrzeby człowieka z nakazami moralnymi. Nowelizacja z 12.08.1986 r.²⁰ wprowadziła rozwiązania dotyczące masowej (intensywnej) hodowli zwierząt gospodarskich, ograniczyła przeprowadzanie doświadczeń na zwierzętach oraz poddała kontroli przeprowadzanie doświadczeń w szkolnictwie. Wprowadzono obowiązek uzyskania zezwoleń na handel kręgowcami przeznaczonymi do doświadczeń.

Ustawą o poprawie pozycji prawnej zwierząt w prawie cywilnym²¹ dodano do niemieckiego kodeksu cywilnego § 90a, § 251, ust. 2, zd. 2 oraz § 903, zd.2.

¹⁷ RGBl. I Nr 39, s. 203. Bliżej na temat ochrony zwierząt w Niemczech w okresie narodowego socjalizmu zob. E. Klüeting, *Die gesetzlichen Regelungen der nationalsozialistischen Reichsregierung für den Tierschutz, den Naturschutz und den Umweltschutz* [w:] J. Radkau, F. Uekötter (red.), *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 2003, s. 81 – 89.

¹⁸ A. Lorz, E. Metzger, op. cit. s. 40.

¹⁹ Tierschutzgesetz (TierSchG), BGBl. I Nr 74, s. 1277.

²⁰ Erstes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes BGBl. I Nr 42, s. 1206.

²¹ Gesetz zur Verbesserung der Rechtstellung des Tieres im bürgerlichen Recht z 20.08.1990, BGBl. I Nr 43, s. 1762.

Zgodnie z § 90a BGB²² zwierzęta nie są rzeczami. Będą one chronione ustawami szczególnymi. W przypadku braku szczególnej regulacji, do zwierząt stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rzeczy. Mimo, że zwierzęta zostały wyłączone z pojęcia „rzeczy”, przepis ten utrzymuje nadal prawo własności zwierząt²³. W myśl § 251, ust. 2 zd. 2 BGB²⁴ koszty ponoszone na leczenie rannych zwierząt będą w pełni zwracane, w przypadkach gdy przekroczą wartość zwierzęcia w stosunku do ceny rynkowej, chyba że przekroczą w sposób istotny wartość zwierzęcia. Przepis ten nakazuje zwrot wydatków przez sprawcę szkody nawet, gdy zwierzę nie posiada wartości rynkowej, ponieważ bierze się pod uwagę przywiązanie właściciela do zwierzęcia i to przywiązanie jest prawnie chronione w postaci zwrotu wydatków na leczenie²⁵. Według § 903²⁶, zd. 2 BGB właściciel zwierzęcia powinien przestrzegać przepisów o ochronie zwierząt podczas wykonywania swoich uprawnień. Przepis ten określa treść prawa własności zwierzęcia i jest szczególny w stosunku do § 903, zd. 1 BGB. W efekcie oprócz innych ograniczeń prawa własności zwierząt, właściciel musi uwzględniać przepisy o ich ochronie²⁷. Uzasadnienia takiego rozwiązania można poszukiwać w cechach niemieckiego

²² § 90a BGB, „Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.”.

²³ Bliżej zob. H. Dörner [w:] R. Schulze (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2007, s. 66.

²⁴ § 251, ust. 2, zd. 2 BGB „Die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen sind nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn Sie dessen Wert erheblich übersteigen.”.

²⁵ Zob. Bliżej . H. Dörner, op. cit., s. 271.

²⁶ § 903 BGB „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben vorgehen und andere von jeder einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.”.

²⁷ Bliżej zob. J. Eckert [w:] R. Schulze (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2007, s. 1209. Wspomnianą ustawą z 20.08.1990 r. o poprawie pozycji prawnej zwierząt w prawie cywilnym zmieniono również niemiecki Kodeks postępowania cywilnego z 30.01.1877 r. w wersji ogłoszonej 09.12.05 (Neufassung der Zivilprozessordnung, BGBl. I Nr. 72, s. 3202) w zakresie postępowania egzekucyjnego wprowadzając ograniczenia w przedmiocie zajęcia zwierząt z uwagi na ich ochronę oraz odpowiedzialność człowieka za zwierzęta. § 765a ust. 1 brzmi „Betrifft die Maßnahme ein Tier, so hat das Vollstreckungsgericht bei der von ihm vorzunehmenden. Abwägung die Verantwortung des Menschen für das Tier zu berücksichtigen”, natomiast § 811 c ust 1 brzmi “Tiere, die im häuslichen Bereich und nicht zu Erwerbszwecken gehalten werden, sind der Pfändung nicht unterworfen”, a ust. 2 „ Auf Antrag des Gläubigers läßt das Vollstreckungsgericht eine Pfändung wegen des hohen Wertes des Tieres zu, wenn die Unpfändbarkeit für den Gläubiger eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der Belange des Tierschutzes und der berechtigten Interessen des Schuldners nicht zu rechtfertigen ist.”

i austriackiego prawa rzeczowego, które kładzie nacisk na cechę dominacji człowieka nad rzeczą²⁸.

Wracając do ustawy o ochronie zwierząt, istotna nowelizacja, która miała miejsce w 1992 r.²⁹ związana była z rozwojem europejskiego prawa ochrony zwierząt. Kolejna ważna ustawa nowelizująca z 1998 r.³⁰ szerzej uregulowała postępowanie ze zwierzętami doświadczalnymi. Wprowadziła wymóg obowiązku posiadania odpowiednich kwalifikacji przez osoby sprawujące opiekę nad zwierzętami doświadczalnymi, rozszerzono przypadki konieczności posiadania zezwoleń, a także ograniczono dopuszczalne przyczyny uśmiercania zwierząt do celów naukowych, transplantacji i biotechnologii³¹, dostosowując ustawę do regulacji europejskich. Tekst jednolity ustawy ogłoszono 25.05.1998 r.³² W dniu 26 lipca 2002 r. Bundestag uchwalił zmianę Konstytucji³³ dodając do art. 20a³⁴ zwrot „i zwierzęta”. W ten sposób ochrona zwierząt uznana została za jedno z podstawowych zadań Państwa. Zmiana Konstytucji oraz uchwalenie ustawy z 12.08.2002 r. o zwalczaniu niebezpiecznych psów³⁵, a także dostosowanie ustawy o ochronie zwierząt do prawa wspólnotowego między innymi przez wymóg określenia warunków utrzymywania świń³⁶, a także inne niewielkie już poprawki spowodowały ogłoszenie w dniu 18.05.2006 r. kolejnego tekstu jednolitego³⁷ obowiązującego, po zmianach dotyczących utrzymywania zwierząt futerkowych i uwzględnienia rozporządzeń Rady Europy, do dnia dzisiejszego.

²⁸ E. Łętowska: *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja*, Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Birucie Lewaszkiwicz Petrykowskiej, Łódź 1997, s. 80 i podana tam literatura.

²⁹ Gesetz zur Änderung veterinärrechtlicher, lebensmittelrechtlicher und tierzucht-rechtlicher Vorschriften z 18. 12. 1992, BGBl. I Nr 57, s. 2022, 2028.

³⁰ Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BGBl. Nr 30, s. 1094.

³¹ U.M. Händel, *Chancen und Risiken einer Novellierung des Tierschutzgesetzes*, Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, nr 29, s. 137.

³² BGBl. Nr 30, s. 1105.

³³ Nowelizacji dokonano ustawą z 26.07.2002 r. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Tierschutz) ., BGBl. I Nr 53, s. 2862.

³⁴ Art. 20a w brzmieniu oryginalnym – „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“.

³⁵ Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde, BGBl. I Nr 16, s. 530. Ustawa określiła warunki utrzymywania psów. Zabroniono bądź ograniczono hodowlę określonych gatunków, ras, linii psów agresywnych.

³⁶ Gesetz über die Reform hufbeschlangrechtlicher Regelungen und zur Änderung tierschutzrechtlicher vorschriften z 19.04.2006 r., BGBl. I Nr 18, s. 900.

³⁷ BGBl. I Nr 25, s. 120.

3. W art. 20a Konstytucji niemieckiej ochrona środowiska jako element ochrony naturalnych podstaw życia jest wymieniona obok ochrony zwierząt.. Tym samym, w przeciwieństwie do prawa polskiego, w systemie prawa niemieckiego ochrona zwierząt nie jest zaliczana do ochrony środowiska. Art. 74 Konstytucji określający właściwość konkurencyjną w zakresie stanowienia ustaw także rozłącznie wymienia ochronę środowiska oraz ochronę zwierząt. Dało to możliwość wyodrębnienia w systemie prawa niemieckiego dziedziny prawa ochrony zwierząt (Tierschutzrecht) obok prawa ochrony środowiska³⁸ (Umweltschutzrecht lub Umweltrecht). W doktrynie obok wąskiego pojęcia prawa ochrony zwierząt obejmującego akty prawne skierowane wprost na ich ochronę, analizuje się także ochronę prawną zwierząt przez pryzmat aktów dotyczących innych kwestii, jednak w swej treści incydentalnie chroniących zwierzęta np. ustawa o postępowaniu z produktami leczniczymi³⁹). Takie podejście pozwala wyróżnić prawo ochrony zwierząt w sensie węższym i szerszym. Ochrona sensu largo obejmuje postanowienia „przy okazji” chroniące zwierzęta zawarte także w prawie ochrony środowiska⁴⁰ i innych dziedzinach i gałęziach prawa. Przedmiotem badań będzie prawo ochrony zwierząt w sensie węższym jako to, które bezpośrednio skierowane jest na ochronę zwierząt.. Prawo nie może w sposób wyczerpujący regulować postępowania ze zwierzętami z uwagi na odesłanie do pojęć prawnie nie zdefiniowanych np. życzliwe odnoszenie się do zwierząt domowych, nieprzyjemny zapach. Wyznacza ono minimalne wymagania dotyczące ochrony zwierząt, szczególnie przy ich gospodarczym wykorzystywaniu. Instrumenty regulujące postępowanie ze zwierzętami doktryna niemiecka dzieli na bezpośrednie i pośrednie⁴¹. Bezpośrednie obejmują ustawowe zakazy , obowiązki uzyskania odpowiednich zezwoleń i ogólne obowiązki ochrony zwierząt, natomiast instrumenty pośrednie to obowiązki prowadzenia różnych statystyk, przekazywania informacji

³⁸ Zob D.D. Murswiek, [w:] M. Sachs (red.), *Grundgesetz. Kommentar, München 2003*, s. 870-890; D. Hömig, [w:] K.H. Seifert (red.), D. Hömig (red.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2003, s. 254 -259; H.D. Jarras, [w:] H.D. Jarras, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2004, s. 578-586; J.D. Oberracht, O. Hahn, T. Schomerus, *Kompendium Umweltrecht, Leitfanden für Studium und Praxis*, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2003, s. 35 – cyt. za B. Rakoczy, *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Toruń 2006, s. 62.

³⁹ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) z 16.05.1961 r. BGBl I z 2005 r., Nr 73, s. 3394 z późn. zm. Ustawa w § 60 traktuje o produktach leczniczych przeznaczonych dla zwierząt domowych.

⁴⁰ W doktrynie prawa niemieckiego podręczniki z zakresu prawa ochrony środowiska obejmują często zakresem tematycznym również ochronę zwierząt. Na przykład M. Kleopfer, *Umweltrecht*, München 2004, s. 943-979.

⁴¹ M. Kleopfer, op. cit. s. 237 i nast.

odpowiednim organom, czy też środki ekonomicznego sterowania przewidziane w przepisach wspólnotowych⁴².

4. Wyodrębnienie prawa ochrony zwierząt jako dziedziny niemieckiego prawa⁴³ skłania do systemowej analizy zbioru norm tworzących owe prawo. Zbiór norm prawnych uporządkowany według określonych kryteriów tworzy system prawa. System prawa oznacza więc zbiór norm prawnych, który wykazuje określoną strukturę i więzi wewnętrzne⁴⁴.

Poszczególne gałęzie i dziedziny prawa rządząc się swoistymi regułami normującymi pewną wyodrębnioną sferę stosunków społecznych tworzą coś na wzór podsystemów prawa, które łącznie składają się na cały system. Mówiąc o „podsystemach prawa” odnosimy to pojęcie do całego systemu, natomiast z punktu widzenia konkretnych dziedzin i gałęzi prawa, eksponując dzielące je różnice oraz specyficzne cechy i zasady, mówimy o poszczególnych systemach jak np. system prawa karnego, cywilnego.

W polskiej literaturze prawniczej spotyka się opracowania zatytułowane: System prawa cywilnego⁴⁵, System prawa karnego⁴⁶, System prawa procesowego

⁴² A. Lorz, E. Metzger, op. cit. s. 42.

⁴³ Ustawodawstwo polskie zalicza rozwiązania prawne chroniące zwierzęta do prawa ochrony środowiska. Ustawa z 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz 150 z późn. zm.) w art. 81 ust. 4 pkt 4 stwierdza, iż szczegółowe zasady ochrony zwierząt gospodarskich i domowych określają przepisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt. Ustawa tym samym rozciąga zakres prawa ochrony środowiska na ochronę humanitarną zwierząt gospodarskich i domowych. Brak jest logicznego uzasadnienia dla wyłączenia ochrony humanitarnej pozostałych zwierząt z prawa ochrony środowiska. Por. W. Radecki, *Ustawy o ochronie zwierząt o doświadczeniach na zwierzętach – z komentarzem*, Warszawa 2007, s. 46.

⁴⁴ Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa – Poznań 1978, s. 95. Według tego Autora wyróżnia się co najmniej dwa rodzaje więzi umożliwiających konstruowanie systemów norm. Jedną z więzi umożliwia konstrukcję systemu statycznego, a jest nią takie powiązanie treściowe norm systemu, zgodnie z którym z norm naczelných – wyraźnie określonych w przepisach – odtwarza się reguły z nich wynikające. Kryterium umożliwiającym wprowadzenie norm wyraźnie nie określonych w przepisach jest założenie konsekwentności ocen prawodawcy. Kryterium polegające na tym, iż normy kompetencji normodawczej /normy wyższego rzędu/, udzielają określonym podmiotom kompetencji do ustanawiania norm niższego rzędu, pozwala na dynamiczne ujęcie systemu prawa. Zob. też Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 220–224.

⁴⁵ System prawa cywilnego, t. I. Część ogólna. Praca zbiorowa pod red. S. Grzybowskiego, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985.

⁴⁶ System prawa karnego, t. IV. O przestępstwach w szczególności, cz. II. Praca zbiorowa pod red. I. Andrejewa, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź 1989; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995; J. Raglewski, *Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego*, Prok. i Prawo nr 5/1998, s. 99.

cywilnego⁴⁷, Zarys systemu prawnego górnictwa⁴⁸, Prawo handlowe. Zarys systemu⁴⁹, Ubezpieczenia społeczne pracowników - zarys systemu prawnego – część ogólna⁵⁰. Spotyka się także określenia: system postępowania administracyjnego⁵¹, system prawa karnego wykonawczego⁵², system prawa karnego procesowego⁵³, Niekiedy autorzy operują pojęciem systemu na określenie dużo węższej dziedziny prawa wchodzącej w skład gałęzi prawa.. Tytułem przykładu można wskazać na takie określenia jak: , system ubezpieczeń społecznych⁵⁴, system zabezpieczenia społecznego⁵⁵, system środków odwoławczych⁵⁶, system prawa ochrony ziemi⁵⁷, system podatków dochodowych⁵⁸, system podatkowy⁵⁹, system wymiaru grzywien⁶⁰, system zaskarżania orzeczeń sądowych⁶¹. Podobne podejście znajdujemy w doktrynie prawa niemieckiego⁶². Lektura opracowań zawierających w tytule

⁴⁷ *System prawa procesowego cywilnego*, t. II. Praca zbiorowa pod red. Z. Resicha, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź 1987.

⁴⁸ A. Agopszowicz, *Zarys systemu prawnego górnictwa*, Katowice 1991.

⁴⁹ K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys systemu*, Warszawa 1994.

⁵⁰ T. Zieliński, *Ubezpieczenia społeczne pracowników. Zarys systemu prawnego – część ogólna*, Warszawa-Kraków 1994.

⁵¹ W. Dawidowicz, *Propozycje przebudowy systemu postępowania administracyjnego w k.p.a.*, PiP nr 2/1990, s. 47.

⁵² L. Bogunia, *Probacja w systemie prawa karnego wykonawczego. zbiór artykułów*, Kolonia 1998.

⁵³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998.

⁵⁴ D. Bieniasz, A. Szałek: *System ubezpieczeń społecznych. Ubezpieczenie zdrowotne i system emerytalny po reformie*, Warszawa 1999.

⁵⁵ T. Bińczycka-Majewska, *Rolnicy a system zabezpieczenia społecznego na wypadek bezrobocia*, PiZS nr 9/1994, s. 47.

⁵⁶ W. Daszkiewicz, *Nowa struktura sądów a system środków odwoławczych de lege ferenda*, PiP nr 7/1990, s. 89.

⁵⁷ M.A. Król, *Europejskie systemy prawa ochrony ziemi a polskie rozwiązania prawne*, Studia Pr.- Ek. nr 50/1994, s. 57.

⁵⁸ J. Fiszer, *Zmiany w systemie podatków dochodowych – alternatywy legislacyjne*, M. Podat., nr 1/1994, s. 1.

⁵⁹ R. Mastalski, *Problemy reformy polskiego systemu podatkowego*, PiP nr 4/1992, s. 17.

⁶⁰ M. Melezini: *System wymiaru grzywien w nowym Kodeksie karnym*, M. Prawn., nr 3/1998, s. 89.

⁶¹ K. Zawislak, *Orzekanie o zwrocie spełnionego lub wyegzekwowanego świadczenia na tle zmian w systemie zaskarżania orzeczeń sądowych wprowadzonych nowelą z 1 marca 1996 r.*, Palestra nr 5–6/ 1999, s. 14.

⁶² Tytułem przykładu można podać następujące pozycje K. Stoppenbrink, *Systemwechsel im Internationalen Anerkennungsrecht: Vor der EuGVVO Zur Geplanten Abschaffung des Exequaturs*, European Review of Private Law 5/2002, s. 641-674; N. Reich, *Eine erweiterte Union -auch ein erweitertes europäisches Zivilrecht?- Zur Rolle der baltischen Privatrechtssysteme in der EU*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 3/2004, s. 449-453; W. Sauer, *System des Strafrechts. Besonderer Teil*, Köln-Berlin 1954; R. Wernsmann *Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem*, Tübingen 2005; F. Klein. *Eine Studie über Gleichheit*

wyraz „system” skłania do wniosku, że nie zawsze w treści opracowań prezentowane jest ujęcie systemowe w postaci wyraźnie wskazanych kryteriów porządkowania norm. W klasycznych opracowaniach systemowych wskazuje się źródła, granice danej gałęzi prawa i zasady ogólne. Można także doszukać się charakterystyki norm i stosunku prawnego specyficznych dla danej gałęzi czy dziedziny⁶³. Powstaje pytanie, czy można posługiwać się pojęciem „system prawa ochrony zwierząt”, a jeśli tak, to w oparciu o jakie kryteria i cechy można określić granice systemu. Zbiór norm chroniących zwierzęta niewątpliwie nie może być traktowany jako odrębna gałąź prawa. Biorąc pod uwagę kryteria podziału prawa na gałęzie (podmiot, przedmiot i metoda regulacji) podobnie jak prawo ochrony środowiska⁶⁴, odrębny jest jedynie przedmiot – stosunki społeczne związane z ochroną zwierząt, co nie pozwala na traktowanie prawa ochrony zwierząt jako odrębnej gałęzi prawa. Brak jest specyfiki kryterium podmiotowego oraz swoistej metody regulacji tak w Polsce⁶⁵ jak i w Niemczech⁶⁶. Wydaje się, iż dla scharakteryzowa-

und Gerechtigkeit der Besteuerung im System des Grundgesetzes, Köln-Marienburg, 1966; C. Stumpf, *Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatrechtlicher Rechtsgestaltung: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Anfechtung, Umdeutung und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Schriften zum Bürgerlichen Recht, t. 144, Berlin 1991. W literaturze niemieckiej można spotkać pojęcie „system ochrony środowiska” (*System Umweltschutz*) – zob. np. w podręczniku ekonomicznym – C. Burschel, D. Losen, A. Wiendl, *Betriebswirtschaftslehre der nachhaltigen Unternehmung*, München 2004, s. 530.

⁶³ Zob. S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. I. Część ogólna. Praca zbiorowa pod red. S. Grzybowskiego, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 15–103 oraz 177–189; *System prawa administracyjnego*, t. 1, pod red. J. Starościaka, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1977.

⁶⁴ Niektórzy autorzy operują pojęciem międzynarodowego systemu prawa środowiska inni systemem ochrony środowiska stanowiącym „ogólną kategorię wyznaczającą uporządkowane działania w różnych dziedzinach nauki i życia społecznego, wyznaczone przez ogólny cel”, a prawny system ochrony środowiska byłby w tym ujęciu podsystemem podobnie jak systemy: ekonomiczny, organizacyjny ochrony środowiska. Zob. G. Grabowska, *Dostęp do informacji w systemie międzynarodowego prawa środowiska*, PiP nr 2/2000, s. 29; A. Kilich [w:] *System ochrony środowiska w Polsce*, Wrocław 1978, s. 5.

⁶⁵ W polskim ustawodawstwie trudno uznać prawo ochrony zwierząt będącą częścią prawa ochrony środowiska za odrębną dziedzinę prawa, skoro nie można za taką uznać prawa ochrony środowiska. Z uwagi na metodę regulacji prawo ochrony środowiska jest dziedziną prawa administracyjnego. Zob. B. Rakoczy, *Prawo ochrony środowiska i inne akty prawne, Teksty jednolite wraz z wprowadzeniem dr hab. Bartosza Rakoczego oraz indeksem rzeczowym*, Warszawa 2008 r., s. IX – XII i podana tam literatura; B. Wierzbowski, B. Rakoczy, *Podstawy prawa ochrony środowiska*, Warszawa 2005, s. 25: jeszcze dalej idzie E. Boć oraz E. Samborska Boć. Autorzy uzasadniają wyodrębnienie prawa ochrony środowiska jedynie dla potrzeb dydaktyki. Por. J. Boć, E. Samborska Boć [w:] J. Boć (red.), *Ochrona środowiska*, Kolonia 2000, s. 135–137.

⁶⁶ Wskazuje na to literatura niemieckiej ustawy o ochronie zwierząt, którą w sensie merytorycznym można uznać za podstawowy akt prawny, swojego rodzaju część ogólną

nia systemu prawa ochrony zwierząt należy wskazać na przedmiot tego prawa, jego źródła, porządkujące zbiór norm zasady ogólne oraz jego cechy. Oczywiście system prawa ochrony zwierząt, podobnie jak systemy innych gałęzi czy dziedzin prawa, wyodrębniony jest ze względów praktycznych i funkcjonuje w ramach całego systemu prawa niemieckiego. Przykładowo uśmiercanie kręgowców bez uzasadnionej przyczyny (§ 17 TierSchG) jako przestępstwo regulowane jest także ogólnymi przepisami prawa karnego.

Prawo federacji stoi nad prawem krajów związkowych (art. 31 Konstytucji). Wynika z tego, że przy formułowaniu przedmiotu, celu oraz zasad ogólnych można pominąć prawo krajów związkowych. Dodatkowym argumentem jest ścisła współpraca Bundestagu z Bundesratem w procesie tworzenia ustaw (np. art. 23 i 76 Konstytucji), która w aspekcie merytorycznym pozwala na dojście do konsensusu wszystkich krajów związkowych w podstawowych kwestiach ochrony zwierząt. Biorąc pod uwagę źródła prawa niemieckiego, przedmiotu, celu i podstawowych zasad prawnej ochrony zwierząt poszukiwać należy w Konstytucji, ustawach federalnych, umowach międzynarodowych będących częścią prawa federalnego i mających pierwszeństwo przed ustawami, oraz z oczywistych względów w ustawodawstwie europejskim. Rozważania dotyczące systemu prawnej ochrony zwierząt oparte zostaną na aktach prawnych tworzących prawo ochrony zwierząt w sensie węższym, ponieważ normy chroniące zwierzęta zawarte w aktach dotyczących zasadniczo innej materii a chroniących zwierzęta incydentalnie, nie mogą być materiałem badawczym służącym do analizy kwestii ogólnych.

Reasumując, charakterystyka systemu prawa ochrony zwierząt powinna obejmować przedmiot, cel, źródła prawa, przedstawienie zasad ogólnych oraz cech owego prawa. W rozważaniach należy pominąć wspólne dla całego systemu prawa niemieckiego cechy, zasady, jako niespecyficzne dla systemu prawa ochrony zwierząt⁶⁷.

5. Jak wcześniej wspomniano przedmiotem prawa ochrony zwierząt są stosunki społeczne związane z ochroną zwierząt, natomiast przedmiotem tych stosunków są zwierzęta. Ochrona w ogólności polegająca na zapobieganiu znęcania się nad zwierzętami, niehumanitarnemu i nieuzasadnionemu uśmiercaniu oraz humanitarnym ich traktowaniu, jest więc ochroną poszczególnych zwierząt przed człowiekiem⁶⁸. Rozwiązania prawne chroniące zwierzęta przed bólem i cierpieniem mogą dotyczyć zbiorowisk zwierząt, jednak istotna nie jest ochrona

prawa ochrony zwierząt, w której obok norm z zakresu prawa karnego nieproporcjonalnie więcej jest norm administracyjnoprawnych, o czym będzie mowa w dalszych rozważaniach.

⁶⁷ Na przykład zupełność i niesprzeczność systemu prawa, zasada praworządności, zasadę odpowiedzialności państwa za ochronę przyrodniczych podstaw życia.

⁶⁸ Por. § 1 TierSchG.

populacji lecz poszczególnych jej elementów⁶⁹, bowiem to nie populacja może odczuwać cierpienie, lecz tworzące populację poszczególne osobniki. Zwierzę traktowane jako stworzenie (§ 1 TierSchG⁷⁰), którego życie i zdrowie jest chronione, wyklucza z prawa ochrony zwierząt regulacje postępowania ze zwierzęcymi zwłokami (cmentarze, utylizacja zwłok) Niemiecka ustawa o ochronie zwierząt zrezygnowała z prawnej ich definicji, tym samym odwołała się do systematyki biologicznej. Ochronie podlegają zwierzęta odczuwające ból i cierpienie, dlatego nie będą przedmiotem ochrony zwierzęta co najmniej nie odczuwające bólu, a w istocie nie mające świadomości bólu, świadomości rozumianej jako możliwość odbierania bodźców bólowych z poszczególnych części ciała przez określone centrum nerwowe⁷¹. Na najniższym szczeblu rozwoju układu nerwowego owym centrum jest zwój nerwowy występujący u płazińców⁷². Zwierzęta umieszczone w systematyce zoologicznej⁷³ przed płazińcami nie będą więc zwierzętami w rozumieniu prawa ochrony zwierząt. W efekcie ochronie powinny podlegać płazińce i zwierzęta wyższe. Zwierzęta, u których w rozwoju ontogenetycznym występuje faza życia płodowego w organizmie samicy, nie wymagają ochrony bowiem chroniony będzie organizm samicy danego gatunku. Inaczej jest ze zwierzętami rozwijającymi się w pierwszej fazie rozwoju poza organizmem matki (jaja, larwy i poczwarki). W znaczeniu prawnym zarodki w jajach to organizmy żywe, a jeżeli mają układ nerwowy na tyle wykształcony, że umożliwia on odczuwanie bólu, to posiadają wszystkie cechy zwierzęcia. Wskazanie na jakim etapie rozwoju ontogenetycznego poszczególnych gatunków mamy już do czynienia ze zwierzęciem (w znaczeniu prawnym), a kiedy jeszcze nie, powinno być przedmiotem badań zoologów. Analiza przepisów szczegółowych ustawy o ochronie zwierząt wskazuje, że organizmy rozwijające się w jajach nie podlegają ochronie. Konieczne jest jednak objęcie ochroną wszystkich istot ży-

⁶⁹ Odwrotnie jest w przypadku ochrony gatunkowej, której celem jest ochrona populacji (zbioru osobników), chociaż chroniąc określony gatunek, chroni się poszczególne osobniki. Por. Dział 5 Rozdział 2 Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) z 20.12.1976 r. BGBl. I z 2009 r., Nr 51, s. 2542. z późn. zm.

⁷⁰ „Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen“.

⁷¹ Wyższe zwierzęta posiadają świadomość percepcyjną, a nawet introspekcyjną (doświadczenie uczuć o samych myślach i uczuciach) nazywaną także samoświadomością. Bliżej na ten temat zob. D.R. Griffin, *Umysły zwierząt*, Gdańsk 2004, s. 24.

⁷² Taki zwój nerwowy występujący u płazińców określany jest w literaturze biologicznej jako prymitywny mózg. Zob. Peter N.R. Usherwood, *Układ nerwowy*, Warszawa 1976, s. 27.

⁷³ A. Rajski, *Zoologia*, t. 2, część systematyczna, Warszawa 1994, s. 22–593; tenże: *Zoologia*, t. 1, część ogólna, Warszawa 1991, s. 539–549.

wych posiadających co najmniej zdolność odczuwania bólu. Nie można bowiem chronić zwierząt wybiórczo.

6. Ustawę o ochronie zwierząt należy traktować jako podstawową w systemie prawnej ochrony zwierząt, ponieważ zawiera ogólne postanowienia, które powinny być brane pod uwagę we wszystkich stosunkach społecznych regulowanych prawem⁷⁴. Należy więc zadać pytanie o relację § 90a Kodeksu cywilnego dereifikującego zwierzęta do § 1 ustawy o ochronie zwierząt. Zmiana stosunku człowieka do zwierząt oraz dłuższy czas obowiązywania ustawy wpłynął na przekonanie, że zwierzę jako współistota nie może należeć do kategorii rzeczy. Pojęcie rzeczy jest kategorią prawną. Wydaje się, iż przepis § 90 BGB nie podwyższa poziomu ochrony zwierząt, a zawarte w nim odesłanie do obowiązujących przecież przepisów o ochronie zwierząt jest zbędne, stąd w doktrynie niemieckiej wskazuje się, że przepis ten ma charakter postulatywny, nie wnosząc do Kodeksu cywilnego istotnych treści⁷⁵. Zwierzęta nadal są przedmiotami a nie podmiotami prawa. Inni autorzy podkreślają rolę § 90a BGB przy wykładni przepisów Kodeksu⁷⁶. Do zwierząt w rozumieniu Kodeksu cywilnego nie należą zwierzęta, które nie mogą być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego z przyczyn faktycznych (np. zwierzęta w stanie wolnym) oraz prawnych (np. należące do gatunków zagrożonych wyginięciem, którymi obrót jest zakazany). Wcześniej wskazano, że niektóre zwierzęta w ujęciu biologicznym nie posiadają zdolności odczuwania bólu. Te zwierzęta nadal należy traktować jako rzeczy. Sądzę, że dereifikacja zwierząt w niemieckim prawie cywilnym jest rozwiązaniem niepotrzebnym. Do ich ochrony w obrocie cywilnoprawnym wystarczyłyby nieco odmiennie rozwiązania pozwalające zaliczyć zwierzęta do rzeczy szczególnego rodzaju..

Cel prawa ochrony zwierząt znajdujemy w § 1 TierSchG. Jest nim określenie odpowiedzialności człowieka za ochronę warunków życia i dobrego samopoczucia zwierząt, jako współistot. Powstaje pytanie, czy prawo ochrony zwierząt rzeczywiście chroni zwierzęta, czy też człowieka przy założeniu, że określony porządek prawny chroni prawidłowe funkcjonowanie stosunków społecznych w różnych ich aspektach⁷⁷. Inaczej mówiąc - czy prawna ochrona zwierząt rzeczywistym

⁷⁴ Nawet gdyby niemiecki Kodeks postępowania cywilnego regulując postępowanie egzekucyjne nie przewidywał podczas rozstrzygania zarzutu przeciwko nadaniu klauzuli wykonalności uwzględnienia odpowiedzialności człowieka za zwierzę (§ 765a Zivilprozessordnung z 30.01.1887 r., BGBl. I z 2005 r., Nr 72, s. 3202), musiałby brać pod uwagę postanowienia ustawy o ochronie zwierząt.

⁷⁵ J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin 2007, s. 27 i podana tam literatura.

⁷⁶ Przykładowo H.J. Wieling, *Sachenrecht*, [t. 1 *Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*,] Berlin Haidelberg 2006, s. 57 i podana tam literatura.

⁷⁷ J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 7; Por. A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1999, s. 117.

przedmiotem ochrony czyni zwierzęta, czy człowieka. W tym miejscu warto przedstawić powody takiego a nie innego zakresu ochrony zwierząt. W etyce wymieniana się dwa podstawowe nurty leżące u źródła ochrony zwierząt: antropocentryzm i biocentryzm⁷⁸. Przedstawiciele kierunku antropocentrycznego zakładają, że człowiek jest sam w sobie wartością bezwzględną i jedynym punktem odniesienia dla pozostałych wartości⁷⁹. Kierunek antropocentryczny dla uznania moralnego charakteru działań przyjmuje fakt, iż są one bezpośrednio lub pośrednio skierowane ku bytom osobowym, czyli ludziom. Potrzeba okazywania szacunku dla przyrody, w tym zwierząt, jest przejawem afirmacji człowieka będącego częścią środowiska i jednocześnie transcendującego poza środowisko⁸⁰. Nieprzysparzanie zwierzętom bólu i cierpienia wynika z dbałości o człowieka o jego odczucia. Respektowanie odczuć zwierząt wynika z respektowania praw człowieka. Ochrona zwierząt przed cierpieniem i bólem zadawanym przez człowieka jest różnie uzasadniana, niemniej jednak jej zakres jest mniejszy niż postulowany przez zwolenników kierunku biocentrycznego, którego istota polega za założeniu, że przyroda, a właściwie poszczególne jej elementy, posiadają wartość samą w sobie, niezależnie od jej roli w życiu człowieka, który nie stoi ponad przyrodą, a jest jedną z istot stanowiących jej część. Wynika z tego, iż nie można życia ludzkiego traktować jako dobra cenniejszego od życia zwierząt tylko dlatego, że jest życiem człowieka. Jeśli ocena wartości życia nie ma być wyrazem zwyczajnej skłonności do własnego gatunku, należy ją uzasadnić wskazując na pewne własności, które przysługują naturze człowieka, a których brak jest w naturze zwierząt⁸¹. Niemiecka ustawa o ochronie zwierząt określa w § 1 zwierzęta jako współlistotę (współstworzenie), co pozwoliłoby stwierdzić, że filozoficzną podstawą ochrony zwierząt jest biocentryzm aksjologiczny. Podaje się przykłady przepisów chroniących zwierzęta z uwagi na nie same – np. § 2, pkt 2 nakazujący utrzymywanie zwierząt w odpowiednich dla nich pomieszczeniach i na takiej powierzchni, która umożliwia swobodne ruch oraz aby zwierzę nie zaznało bólu cierpienia oraz szkody. Chodzi o nakazy nie wynikające z litości człowieka i sytuacje, gdy człowiek jest nieobecny przy ewentualnej negatywnej reakcji zwierzęcia⁸². Zauważa się, że występują przepisy mające źródło w antropocentryzmie

⁷⁸ Bliżej na temat uzasadnień poglądów przedstawicieli antropocentryzmu aksjologicznego i biocentryzmu aksjologicznego zob. J. Białocerkiewicz, *Status prawny zwierząt (prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt)*, Toruń 2005, s. 90-109; A. Majewski: *Aksjologiczne podstawy prawnej ochrony zwierząt w aspekcie humanitarnym*, Gdańskie Studia Prawnicze, t. VII, Gdańsk 2000 r., s. 377–380.

⁷⁹ H. Szabała, *O filozofii sprzeciwu czyli o antropocentryzmie w dziejach filozofii*, Gdańsk 1998, s. 13.

⁸⁰ W. Tyburski W, *Etyka i ekologia*, Toruń 1995, s. 46 i 47.

⁸¹ J. Feinberg, *Obowiązki człowieka i prawa zwierząt*, Etyka nr 18/1980 r., s. 34.

⁸² A. Lorz, E. Metzger, op. cit., s. 43.

aksjologicznym, który w ustawie o ochronie zwierząt jest ledwo zauważalny –np. § 7 ust. 1 pkt 3 dopuszczający przeprowadzanie na zwierzętach doświadczeń, gdy są one konieczne do badania negatywnego wpływu na ludzkie zdrowie substancji lub produktów⁸³. Wydaje się jednak, że ochrona zwierząt w ogólności podyktowana jest uczuciami człowieka do zwierząt, a więc u jej podstaw leży antropocentryzm aksjologiczny⁸⁴. Rozwiązania polepszające byt zwierząt, czy zawierające nakazy lub zakazy określonego postępowania służą ochronie owych uczuć, które żywimy do zwierząt, w szczególności do zwierząt bliższych człowiekowi, stąd w szerszym zakresie prawo chroni kręgowce⁸⁵, a wśród nich zwierzęta stałocieplne⁸⁶, psy i koty⁸⁷. Przepisy ustawy o chorobach zakaźnych zwierząt pozwalają na zarządzenie uśmiercania nosicieli niektórych chorób zakaźnych za odszkodowaniem⁸⁸. Biorąc pod uwagę, że Rozdział I Konstytucji poświęcony został prawom podstawowym, a o kolejności rozdziałów decydują kryteria aksjologiczne⁸⁹, można potwierdzić antropocentryczny charakter systemu prawa ochrony zwierząt.

Dla człowieka dobrem jest minimalizacja cierpienia i życie. Skoro uznajemy za dobro brak cierpienia i życie, nasze uczucia podpowiadają nam, że to samo dobro jest dobrem dla innych istot. Zakres regulacji prawnej zależy od zakresu odczuć powszechnie przyjętych i od oczekiwań społecznych dotyczących dyrektyw postępowania. Nawet jeśli człowiek reguluje prawem zachowanie wobec zwierząt traktując je jako współistoty, odzwierciedla tym samym swoją wolę i owa wola wynikająca z odczuć stanowi podstawę rozwiązań prawnych.

7. Do źródeł niemieckiego prawa ochrony zwierząt, zawężonych z uwagi na przedmiot badań do pozwalających scharakteryzować system prawnej ochrony zwierząt, należą:

- a/ Ustawa Zasadnicza – art. 20a,
- b/ prawo międzynarodowe, w zakresie ochrony (humanitarnej) zwierząt ograniczone do konwencji Rady Europy⁹⁰,

⁸³ A. Lorz, E. Metzger, loco cit.

⁸⁴ Por. D. Pfordten, *Die ökologisch-ethische Herausforderung des Rechtsstaats*, [w:] H.M. Pawlowski, G. Roellecke (red.), *Die Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, z. 9, Stuttgart 1996, s. 227.

⁸⁵ Szczególne wymogi przy uśmiercaniu (§ 4 TierSchG), przeprowadzaniu doświadczeń (§ 7 TierSchG).

⁸⁶ § 5 ust. 1. TierSchG.

⁸⁷ Istnieje wymóg podwyższonych kwalifikacji przy uśmiercaniu w celach doświadczalnych (§ 4 ust. 3 TierSchG) i odpowiedniego postępowania z nimi po przeprowadzeniu doświadczeń (§ 9 ust. 2 pkt 8 TierSchG).

⁸⁸ § 66 pkt 1 Tierseuchengesetzes z 26.06.1909, BGBl. I z 2004 Nr 29, s. 1260 z późn. zm

⁸⁹ W. Skrzydło, *Ustrój polityczny RP w świetle Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2009, s. 35.

⁹⁰ Pozostałe umowy międzynarodowe dotyczące zwierząt dotyczą ochrony

- c/ prawo europejskie
- d/ prawo federalne
- e/ prawo krajów związkowych (pominięte w rozważaniach uwagi na temat opracowania)

7a. Art. 20a⁹¹ Konstytucji nakładający na Państwo obowiązek ochrony zwierząt został zamieszczony w Rozdziale II Konstytucji „Władze federalne i kraje związkowe” dotyczącym zasad ustroju, co czyni z obowiązku ochrony zwierząt naczelną zasadę konstytucyjną. Trudno jednak twierdzić, że jest to przepis, tak jak inne przepisy w tym rozdziale, określający zasadę ustroju politycznego Niemiec⁹². Nie mniej jednak można ją zaliczyć do zasad naczelnych Konstytucji⁹³. Zasady konstytucyjne określa się także synonimami: „zasady podstawowe”, „zasady ustroju”⁹⁴. W świetle wprowadzenia do Konstytucji Niemiec zasady obowiązku chronienia zwierząt przez Państwo, podobnie jak do Konstytucji polskiej obowiązku Państwa chronienia środowiska, umiejscowionego wśród podstawowych zasad ustroju⁹⁵, należałoby zrewidować pojęcie naczelnych zasad konstytucyjnych i naczelnych zasad ustrojowych. Naczelna zasada chronienia zwierząt nie jest

populacji (np. ochrony gatunkowej) i „przy okazji” chronią poszczególne zwierzęta przed bólem, cierpieniem i szkodą, lub dotyczą bardzo wąskiego zakresu ochrony. Jako przykład można podać umowę w sprawie międzynarodowych norm odłowu humanitarnego między Wspólnotą Europejską, Kanadą i Federacją Rosyjską zawartą 22.04.1998 r., (Dz. Urz. UE L. 42 z 14.02.1998, s.43), która reguluje humanitarne pozyskiwanie niektórych ssaków z a pomocą siideł.

⁹¹ Państwo chroni naturalne podstawy życia oraz zwierzęta w ramach porządku konstytucyjnego na drodze ustawodawstwa i w działaniach władzy wykonawczej oraz sędowniczej uwzględniając obowiązujące ustawy i prawo również w poczuciu odpowiedzialności za przyszłe pokolenia.

⁹² W literaturze przyjmuje się, że w Konstytucji można wyróżnić zasady naczelne, czyli normy prawne zawarte w konstytucji, których szczególna doniosłość wyraża się w tym, iż z norm tych wynikają inne normy konstytucyjne, określają one cechy danej instytucji, wyrażają podstawowe wartości konstytucyjne i są za takie uznawane w orzecznictwie i judykaturze. Zob. M. Grant [w:] W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2008, s. 104; J. Buczkowski [w:] J. Buczkowski (red.), K.E. Eckhardt, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania w Przemyśle, Przemyśl 2002, s. 11 i 12.

⁹³ Zasady konstytucyjne określa się także synonimami: „zasady podstawowe”, „zasady ustroju”. Zob. S. Sagan, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 36. W świetle wprowadzenia do Konstytucji Niemiec zasady obowiązku chronienia zwierząt przez Państwo (podobnie jak do Konstytucji polskiej obowiązku Państwa chronienia środowiska, umiejscowionego wśród podstawowych zasad ustroju, należałoby zrewidować pojęcie zasad konstytucyjnych ograniczających je wyłącznie do ustrojowych

⁹⁴ Zob. S. Sagan, *loc. cit.*

⁹⁵ Art 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

przecież zasadą ustrojową, jednak mieści się w grupie zasad wyrażających podstawowe wartości konstytucyjne, co jest jedną z cech zasad naczelných. Biorąc pod uwagę, że Rozdział I Konstytucji poświęcony został prawom podstawowym, a o kolejności rozdziałów decydują kryteria aksjologiczne⁹⁶, można potwierdzić antropocentryczny charakter systemu prawa ochrony zwierząt. Można założyć, że art. 20a Konstytucji stanowi ograniczenie owych praw⁹⁷.

7b. Prawo międzynarodowe w zakresie ochrony zwierząt przed bólem, cierpieniem i szkodą obejmuje konwencje Rady Europy zatwierdzone przez Unię Europejską lub ratyfikowane przez Niemcy.

Europejska konwencja z 13.12.1968 r. o ochronie zwierząt podczas transportu międzynarodowego została przyjęta ustawą ratyfikującą z 22.08.2006 r.⁹⁸. Przepisy Konwencji zostały uwzględnione w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2005 z 22.12.2004 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas transportu i związanych z tym działań oraz zmieniającym dyrektywę 64/432/EWG i 93/119/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 1255/97⁹⁹, dlatego też Rozporządzenie a nie Konwencja jest obecnie podstawowym źródłem prawa w zakresie transportu zwierząt.

Decyzją Rady (WE) nr 78/923 z 19.06.1978 r.¹⁰⁰ zatwierdzona została Europejska konwencja o ochronie zwierząt hodowlanych i gospodarskich¹⁰¹. Konwencja dotyczy utrzymywania, opieki i pomieszczeń przeznaczonych dla zwierząt, zwłaszcza w warunkach nowoczesnych systemów intensywnego chowu, stosownie do potrzeb fizjologicznych i ekologicznych, zgodnie z posiadanym doświadczeniem i wiedzą naukową w celu zapewnienia zwierzętom dobrostanu w tym swobodnego poruszania się, a także obowiązku kontrolowania warunków ich życia, aby uniknąć niepotrzebnych cierpień, a w przypadku zwierząt utrzymywanych w warunkach nowoczesnych systemów intensywnego chowu – przeprowadzania kontroli przynajmniej raz dziennie.

Konwencja Rady Europy z 10.05.1979 r. o ochronie zwierząt przeznaczonych do uboju¹⁰² została przyjęta 9.12.1983 r.¹⁰³. Konwencja ma zastosowanie do przemieszczania, przetrzymywania, unieruchamiania, ogłuszania i uboju

⁹⁶ W. Skrzydło, op. cit., s. 35.

⁹⁷ Por. A. Majewski, *Prawa człowieka a prawa zwierząt*, Gdańskie Studia Prawnicze, Prawa Człowieka: wczoraj-dziś-jutro, TXIII 2005 r., s. 58-78.

⁹⁸ Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 6. November 2003 über den Schutz von Tieren beim internationalen Transport (revidiert), BGBl. II Nr 23, s. 798-821.

⁹⁹ Dz. Urz. UE L 3 z 5.01.2005, s. 1.

¹⁰⁰ Dz. Urz. UE L 332 z 17.11.1978, s. 12.

¹⁰¹ Tekst Konwencji zob. Dz.U. z 2008 r. Nr 104, poz. 665.

¹⁰² Tekst Konwencji zob. Dz.U. z 2008 r., Nr 126, poz. 810.

¹⁰³ Gesetz vom 9.12.1983 über dem Europäischen Übereinkommen vom 10.05.1979 über den Schutz von Schlachttieren, BGBl. II z 1983 r., Nr 31, s. 770.

zwierząt jednokopytnych, przeżuwaczy, świń, królików i drobiu. Zawiera zasady projektowania i zapewnienia funkcjonowania rzeźni w sposób, który zaoszczędzi zwierzętom przeznaczonym do uboju niepotrzebnego strachu, bólu i cierpienia.

Europejska konwencja w sprawie ochrony zwierząt kręgowych wykorzystywanych do celów doświadczalnych i innych celów naukowych z 18.03.1986 r.¹⁰⁴ została w Unii Europejskiej przyjęta Decyzją Rady z 23.03.1998 r.¹⁰⁵. Określa ona dopuszczalne powody przeprowadzania doświadczeń na kręgowcach, warunki utrzymywania zwierząt doświadczalnych zapewniające dobre samopoczucie i stan zdrowia zwierząt. Wskazuje na potrzebę minimalizowania liczby zwierząt przy jednoczesnym prawdopodobieństwie osiągnięcia zadowalających wyników, a także wykorzystywania informacji o doświadczeniach, aby wyeliminować ich powtarzalność. Nakazuje znieczulanie zwierząt, o ile nie sprzeciwia się to celowi doświadczenia, a także humanitarne postępowanie ze zwierzęciem po zakończeniu doświadczenia. Konwencja reguluje również postępowanie ze zwierzętami w ośrodkach hodowli zwierząt doświadczalnych oraz ośrodkach badawczych, określając prawne wymogi funkcjonowania tych ośrodków i umiejętności osób opiekujących się zwierzętami. Wskazuje na konieczność kontroli przeprowadzania doświadczeń oraz wszystkich etapów postępowania ze zwierzętami doświadczalnymi.

Ustawą z 1.02.1991 r. Niemcy przyjęły Europejską konwencję o ochronie zwierząt domowych¹⁰⁶ regulującą zasady utrzymywania zwierząt domowych, w szczególności nakazującą zapewnienie im odpowiednich warunków bytowych. W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na hodowli i handlu zwierzętami lub zamiaru prowadzenia schronisk nałożyła obowiązek zgłoszenia tego faktu odpowiednim władzom. Osoby opiekujące się zwierzętami muszą posiadać odpowiednie kwalifikacje. W myśl Konwencji zakazane jest znęcanie się nad zwierzętami domowymi, porzucanie przez opiekuna, sprzedaż zwierząt osobom poniżej 16 roku życia bez zgody przedstawiciela ustawowego, tresura powodująca ból lub cierpienie. Co do zasady zakazuje używania zwierząt w reklamach, rozrywce, wystawach, zawodach i innych imprezach tego typu oraz przeprowadzania operacji chirurgicznych w innym celu niż dbałość o zdrowie zwierząt. Uśmiercanie zwierząt domowych powinno być humanitarne, a w związku z tym Konwencja wskazuje na niedopuszczalne sposoby uśmiercania np. topienie, pozwalając na redukcję bezdomnych zwierząt humanitarnymi sposobami. Przepisy kładą nacisk na wspieranie rozwoju programów informacyjnych i edukacyjnych,

¹⁰⁴ Dz.Urz. UE. z 1999 r., L. 222, s. 31 z późn. zm.

¹⁰⁵ Dz.Urz. UE. z 1999 r., L. 222, s. 29.

¹⁰⁶ Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 13. November 1987 zum Schutz von Heimtieren, BGBl. II, Nr 4, s. 402.

mających na celu szerzenie świadomości i wiedzy o postanowieniach Konwencji, zarówno wśród pracowników urzędów administracji jak i podmiotów zajmujących się chowem, hodowlą, tresurą i handlem zwierzętami domowymi.

Konwencje: o ochronie zwierząt podczas transportu międzynarodowego (art. 4 ust.7), o ochronie zwierząt przeznaczonych do uboju (art. 2 ust. 2), w sprawie ochrony zwierząt kręgowych wykorzystywanych do celów doświadczalnych i innych celów naukowych (art. 4) oraz o ochronie zwierząt domowych (art. 2 ust. 2) nie naruszają praw Stron do stosowania bardziej surowszych środków ochrony zwierząt.

7c. Wymienione konwencje miały znaczny wpływ na treść wtórnego prawa europejskiego oraz, jak się wydaje, na aktualną treść Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁰⁷, który w art. 13¹⁰⁸ nakazuje uwzględnić dobrostan zwierząt jako istot odczuwających przy formułowaniu właściwie wszelkich polityk, w których ma on znaczenie. Poziom dobrostanu może być ograniczony aktualnie obowiązującym prawem oraz zwyczajami, w szczególności religijnymi, kulturowymi i związanymi z dziedzictwem regionalnym.

Podstawowe akty prawa wtórnego regulującego ochronę zwierząt to dyrektywy i rozporządzenia. Dyrektywa Rady Nr 98/58 WE z 20.07.1998 r. dotycząca ochrony zwierząt gospodarskich¹⁰⁹ wyznaczyła minimalne standardy ochrony zwierząt kręgowych wykorzystywanych w rolnictwie (art. 1 Dyrektywy). Nałożyła ona na państwa członkowskie obowiązek przyjęcia rozwiązań prawnych gwarantujących zapewnienie warunków utrzymania zwierząt, aby zwierzęta nie były narażane na niepotrzebne cierpienie, ból lub zranienie oraz obowiązek dopilnowania aby warunki, w jakich zwierzęta (wyłączając ryby, gady i zwie-

¹⁰⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.

¹⁰⁸ Postanowienia w zakresie dobrostanu zwierząt w formie Protokołu dołączonego do Traktatu wprowadzono Traktatem z 2.10.1997 r. z Amsterdamu zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/31). Następnie Traktatem z Lizbony z 13.12.2007 r. zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C. 306 z 17.12.2007 r., s. 1) uchylono Protokół, a jego treść zawarto w dodanym art. 6b, a według ujednoliconej numeracji postanowienia te są zawarte w art. 13, który brzmi: „Przy formułowaniu i wykonywaniu polityki rolnej, rybołówstwa i transportu Unii oraz jej polityk dotyczących rynku wewnętrznego, badań i rozwoju technologicznego oraz przestrzeni kosmicznej, Unia i Państwa Członkowskie w pełni uwzględniają wymagania w zakresie dobrostanu zwierząt jako istot zdolnych do odczuwania, przy równoczesnym przestrzeganiu przepisów prawnych i administracyjnych oraz zwyczajów Państw Członkowskich związanych w szczególności z obyczajami religijnymi, tradycjami kulturowymi i dziedzictwem regionalnym”.

¹⁰⁹ Dz.Urz. UE L. 221 z 8.08.1998 r., s. 23 z późn. zm.

rzęta ziemnowodne) są hodowane lub trzymane, biorąc pod uwagę ich gatunek i stopień rozwoju, dostosowanie i udomowienie oraz ich potrzeby fizjologiczne i psychiczne zgodnie ze stosowaną praktyką i wiedzą naukową, były zgodne z przepisami określonymi w Załączniku zawierającym wymagania dotyczące osób opiekujących się zwierzętami, kontroli warunków zoohigienicznych, swobody ruchu zwierząt, jakości paszy, utrzymywania zwierząt w budynkach i poza nimi oraz sprzętu używanego podczas chowu. Kontrola wprowadzania w życie przepisów Dyrektywy sprawowana jest przez Komisję i wspomagający ją Stały Komitet ds. Łańcucha Pokarmowego i Zdrowia Zwierząt. Szczegółowe rozwiązania dotyczą warunków chowu.

W czterech dyrektywach nawiązujących do prezentowanej wcześniej szczególnej reglamentacji poddano chów cieląt¹¹⁰, świń¹¹¹, kur niosek¹¹² i kurcząt¹¹³ z uwagi na często stosowane metody przemysłowego chowu tych zwierząt w zbyt dużym zagęszczeniu, a w przypadku cieląt, loch dodatkowo, z uwagi na instynkt stadny, potrzebę kontaktowania się z innymi osobnikami. Dyrektywy określają minimalną powierzchnię przypadającą na jedno zwierzę oraz specyfikę chowu zależnie od stopnia rozwoju zwierząt i metody chowu (w przypadku świń także od rodzaju ich wykorzystywania).

Dyrektywa Rady 93/119/WE z 22.12.1993 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas uboju lub zabijania¹¹⁴ ma zastosowanie do przemieszczania, przetrzymywania, krępowania, ogłuszania, uboju lub zabijania zwierząt hodowanych i utrzymywanych dla produkcji mięsa, skóry, futer i innych produktów oraz do zabijania zwierząt w celu zwalczania chorób (art. 1 ust. 1 Dyrektywy) Obligowała ona państwa członkowskie do wdrożenia rozwiązań dotyczących rzeźni (budynki, urządzenia, postępowanie ze zwierzętami gospodarskimi, kwalifikacje pracowników) oraz uboju i uśmiercania zwierząt gospodarskich poza rzeźniami. W siedmiu załącznikach szczegółowo określono: metody krępowania zwierząt, dozwolone sposoby ogłuszania, uśmiercania i wykrwawiania zwierząt, szczególnie

¹¹⁰ Dyrektywa Rady Nr 2008/119 z 18.12.2008 r., ustanawiająca minimalne normy ochrony cieląt (Wersja skodyfikowana), Dz.Urz. UE. L. 10 z 15.01.2009 r., s. 7.

¹¹¹ Dyrektywa Rady Nr 2008/120 z 18.12.2008 r. ustanawiająca minimalne normy ochrony świń (Wersja skodyfikowana), Dz.Urz. UE. L. 47 z 18.02.2009, s.5.

¹¹² Dyrektywa Rady Nr 1999/74 z 19.07.1999 r. ustanawiająca minimalne normy ochrony kur niosek, Dz.Urz. UE. L. 203, s. 53 z późn. zm.

¹¹³ Dyrektywa Rady Nr 2007/43 z 18.06.2007 r. w sprawie ustanowienia minimalnych zasad ochrony kurcząt brojlerów, Dz.Urz. UE. L. 182 z 12.07.2007, s. 19.

¹¹⁴ Dz.Urz. WE L. 340 z 30.12.1993 r., s. 21 z późn. zm. Dnia 1.01.2013 r. wejdzie w życie Rozporządzenie Rady Nr 1099/2009 z 24.09.2009 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania (Dz.Urz. UE L. 303 z 18.11.2009 r., s. 1) uchylające z tym dniem prawie w całości komentowaną Dyrektywę.

metody uboju zwierząt futerkowych i w celu zwalczania chorób oraz uśmiercania nadwyżki kurcząt i zarodków w odpadach z wylęgarni.

Z uwagi na potrzebę humanitarnej ochrony zwierząt doświadczalnych i ujednolicenie warunków przeprowadzania doświadczeń oraz hodowli zwierząt doświadczalnych w Unii Europejskiej już w dniu 26.11. 1986 r. Rada uchwaliła Dyrektywę Nr 86/606 w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących ochrony zwierząt wykorzystywanych do celów doświadczalnych i innych celów naukowych¹¹⁵. Dyrektywa wskazuje na konieczność zharmonizowania prawa w zakresie dopuszczalnych przyczyn, warunków i kontroli przeprowadzania doświadczeń na kręgowcach, kwalifikacji osób opiekujących się zwierzętami oraz warunków, kwalifikacji osób i kontroli ośrodków hodowli zwierząt doświadczalnych¹¹⁶.

Wskazane dyrektywy nie są prawem powszechnie wiążącym w Niemczech, jednak miały duży wpływ na rozwiązania wewnętrzne w szczególności na aktualne brzmienie ustawy o ochronie zwierząt, stąd celowa była ich krótka charakterystyka. Dyrektywy określając minimalny poziom ochrony zwierząt we Wspólnocie nie zamykają drogi do przyjęcia bardziej rygorystycznych rozwiązań w prawie wewnętrznym. Nowelizacja dyrektyw pociąga za sobą obowiązek implementacji zmian do prawa wewnętrznego.

Na szczególne uwzględnienie zasługują rozporządzenia U.E., które są stosowane bezpośrednio, a prawo wewnętrzne może w zasadzie wskazywać na szczegóły związane ze specyfiką organizacyjną organów administracji nadzorujących przestrzeganie postanowień rozporządzeń w państwie członkowskim oraz zawierać przepisy sankcjonujące ich naruszanie.

Rozporządzenie Nr 1523/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zakazujące wprowadzania do obrotu oraz przywozu do Wspólnoty lub wywozu ze Wspólnoty skór z kotów i psów oraz produktów zawierających takie skóry¹¹⁷ zostało uchwalone z powodu ochrony psów i kotów przed okrutnym uśmiercaniem w krajach nienależących do Unii Europejskiej. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny podzielił pogląd Komisji, że jedynie całkowity zakaz może zniechęcić importerów odzieży i zabawek do sprowadzania na teren Unii licznych futer z kotów i psów oraz ich pochodnych i przeszkodzić w ten sposób w przemyśle zakazanych futer na dużą skalę¹¹⁸. Z tych samych przyczyn zakazano

¹¹⁵ Dz.Urz. UE. L. 358 z 18.12.1986 r., s. 1 z późn. zm.

¹¹⁶ Bliżej zob. A. Majewski, *Doświadczenia na zwierzętach w prawie polskim i w prawie Unii Europejskiej*, Gdańskie Studia Prawnicze, Wybrane Zagadnienia Prawa Unii Europejskiej, t. II, 1998 r., s. 129-138.

¹¹⁷ Dz.Urz. UE. L. 343 z 27.12.2007 r., s. 1.

¹¹⁸ Zob. Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie

handlu produktami z fok¹¹⁹. Sankcje za naruszenie postanowień wymienionych rozporządzeń państwa członkowskie, w tym Niemcy, ustanawiają w prawie wewnętrznym. Rozporządzenia (pierwsze w art. 8, drugie w art. 6) stanowią, że sankcje powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. W prawie niemieckim na mocy § 5 ustawy wykonującej owe Rozporządzenia¹²⁰ za handel skórami psów i kotów oraz produktami z fok grozi kara grzywny do 5000 Euro.

Ochrona humanitarnego pozyskiwania zwierząt dzikich w celu produkcji skór zarówno we Wspólnocie jak i w krajach, z których skóry sprowadzano realizowana jest między innymi Rozporządzeniem Rady Nr 3254/91 z 4.11.1991 r. zakazującym używania potrzasków we Wspólnocie oraz wprowadzania do Wspólnoty skór i innych towarów wytwarzanych z niektórych gatunków dzikich zwierząt, pochodzących z państw, w których chwytą się je za pomocą potrzasków lub metod odłowu niespełniających międzynarodowych norm odłowu humanitarnego¹²¹. Używanie urządzeń do odłowu zwierząt niedopuszczonych do stosowania (§ 13 ust. 1 TierSchG w zw. z §18 ust. 4 TierSchG) zagrożone jest grzywną do 25 tys. Euro.

Wśród aspektów ochrony humanitarnej zwierząt gospodarskich dużo emocji budził transport szczególnie koni i bydła w nieodpowiednich warunkach, dlatego też 22.12.2004 r. został on uregulowany jednolicie dla całej Wspólnoty Rozporządzeniem Rady Nr 1/2005 w sprawie ochrony zwierząt podczas transportu i związanych z tym działań oraz zmieniające dyrektywy 64/432/EWG i 93/119/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 1255/97¹²². Rozporządzenie dotyczy ochrony zwierząt gospodarskich na terenie Wspólnoty. Transport jest rozumiany szeroko obejmując nie tylko przemieszczanie zwierząt kręgowych odbywające się przy użyciu środka transportu, lecz także załadunek i wyładunek zwierząt, transfer i odpoczynek aż do chwili zakończenia wyładunku zwierząt w miejscu przeznaczenia (art. 2 lit.

wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zakazującego wprowadzania do obrotu, przywozu do Wspólnoty i wywozu ze Wspólnoty futra z kotów i psów oraz produktów zawierających takie futro z 21.03.1997 r., Dz.Urz..UE. C. 343 z 20.07.2007 r., s. 1.

¹¹⁹ Rozporządzenie Nr 1007/2009 Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. w sprawie handlu produktami z fok, Dz.Urz. UE. L. 286 z 31.10.2009 r., s. 36. Rozporządzenie w art. 3 dopuszcza na zasadzie wyjątku wprowadzanie do obrotu produktów z fok gdy produkty te pochodzą z polowań prowadzonych tradycyjnie przez Eskimosów i inne społeczności autochtoniczne i przyczyniają się do ich utrzymania.

¹²⁰ Gesetz zur Durchführung gemeinschaftlicher Vorschriften über Verbote und Beschränkungen hinsichtlich der Einfuhr, Ausfuhr, des Inverkehrbringens oder des Handels mit bestimmten Tierfellen oder tierischen Erzeugnissen z 8.12.2008 r., BGBl I Nr 57, s. 2395 z późn. zm.

¹²¹ Dz.Urz. UE. L. 308 z 9.11.1991 r., s. 1 ze sprostowaniem.

¹²² Dz.Urz UE. L. 3 z 5.01.2005 r., s. 1 ze sprostowaniem.

w Rozporządzenia). Podstawowe zasady zostały określone w art. 3 Rozporządzenia zakazującym przewożenia zwierząt w sposób powodujący ich okaleczenie lub przyczyniający się do zadawania im cierpień. Podstawowe ogólne warunki transportu obejmują wymogi, które należy spełnić przed rozpoczęciem transportu¹²³ oraz wymogi w czasie jego trwania¹²⁴. Rozporządzenie nakłada obowiązki: planowania i dokumentowa czynności, obowiązek uzyskania zezwolenia przez osobę zamierzającą wykonywać przewóz oraz zapewnienie opieki nad zwierzętami przez osoby posiadające odpowiednie przeszkolenie. Szczegółowo jest reglamentowane wydawanie zezwoleń (na działalność w zakresie przewozu w ogóle, na każdy przewóz trwający powyżej 8 godzin), licencji (dla kierowców i osób obsługujących pojazdy drogowe), i świadectw (potwierdzających przystosowanie do przewozu zwierząt pojazdów drogowych i statków), prowadzenie rejestrów zezwoleń, zatwierdzeń środków transportu, kontrole przed dłuższym przewozem, kontrole wrywkowe oraz graniczne przy przekraczaniu granic państw członkowskich z państwami nienależącymi do Unii Europejskiej. Szczegółowo uregulowano wymogi dotyczące miejsc odpoczynku zwierząt trwającego co najmniej 8 godzin¹²⁵. Rozporządzenie kwestię sankcji za nieprzestrzeganie warunków transportu pozostawiło do uregulowania państwom członkowskim. W prawie niemieckim sankcje określono w § 18 ust. 4 TierSchG w formie grzywny do 25 tys. Euro.

7d. Dyrektywy Unii Europejskiej dostosowane do prawa międzynarodowego oraz Konwencji Rady Europy, których stroną są Niemcy lub Unia Europejska zdeterminowały rozwiązania ustawowe skonkretyzowane rozporządzeniami. Do analizy systemu prawa ochrony zwierząt wystarczającym przedmiotem badań jest materiał ustawowy oraz niektóre rozporządzenia wykonawcze wpro-

¹²³ Należy podjąć czynności celem skrócenia do minimum długości trwania przewozu oraz zapewnienia potrzeb zwierząt podczas przewozu; zwierzęta powinny być zdolne do podróży; przeznaczenie, konstrukcja, utrzymanie i działanie środków transportu oraz urządzeń do wyładunku i rozładunku powinny zapobiegać zranieniom, cierpieniom oraz zapewniać bezpieczeństwo zwierząt; personel przewożący powinien być odpowiednio przeszkolony; zwierzętom należy zapewnić odpowiednią powierzchnię podłogi i wysokość, właściwe dla ich wielkości i zaplanowanego przewozu; woda, karma i odpoczynek powinny być zapewnione w odpowiednich odstępach czasu oraz odpowiadać ilościowo i jakościowo danemu gatunkowi i wielkości zwierząt.

¹²⁴ Personel nie powinien stosować wobec zwierząt przemocy lub metod powodujących niepotrzebny strach, zranienie lub cierpienie.

¹²⁵ Rozporządzenie Rady Nr 1255/97 z 25.06.1997 r. dotyczące kryteriów wspólnotowych dla punktów kontroli oraz zmieniające plan trasy określony w Załączniku do dyrektywy 91/628/EWG, Dz. Urz. UE. L. 174 z 2.07.1997 r., s. 1 z późn. zm. Rozporządzenie było wydane w celu realizacji nieobowiązującego już aktu prawnego, lecz na mocy art. 33 Rozporządzenia Rady Nr 1/2005 jest nadal stosowane.

wadzące dyrektywy U.E.¹²⁶. Podstawowym aktem prawa wewnętrznego (poza Konstytucją) jest powołana wcześniej ustawa o ochronie zwierząt. Dodatkowo do ustaw chroniących zwierzęta w aspekcie humanitarnym (mających jednak mniejsze znaczenie dla scharakteryzowania systemu prawa) zaliczyć można ustawę z 19.04.2006 r. o prowadzeniu działalności w zakresie podkuwania kopyt i racic¹²⁷, ustawę z 12.09.2003 r. o rejestracji ferm utrzymujących kury niośki¹²⁸ oraz ustawę z 12.04.2001 r. o zwalczaniu niebezpiecznych psów¹²⁹.

Ustawa o ochronie zwierząt składa się z 13 rozdziałów i wraz z przepisami wykonawczymi szczegółowo reglamentuje postępowanie ze zwierzętami, w szczególności w działalności gospodarczej (nie wyłączając rolniczej). Pierwszy rozdział określa podstawową zasadę odpowiedzialności człowieka za zwierzęta jako współistoty oraz zakaz powodowania u zwierząt bez uzasadnionej przyczyny bólu, cierpienia czy szkody rozumianej jako trwałe uszkodzenie ciała utrudniające zwierzęciu normalną egzystencję¹³⁰. Została ona rozwinęta w pozostałych

¹²⁶ Na podstawie § 21a ustawy o ochronie zwierząt, rozporządzenia wydane z jej upoważnienie mogą mieć na celu wdrożenie dyrektyw Unii Europejskiej.

¹²⁷ Gesetz über den Beschlag von Hufen und Klauen (Hufbeschlaggesetz – Huf-BeschlG), BGBl I Nr 18, s. 600. Ustawa co do zasady uzależnia zawodowe wykonywanie działalności od odbycia szkolenia i zdania egzaminu kwalifikacyjnego, przewiduje możliwość cofnięcia uprawnień oraz nakazuje aby sprzęt do podkuwania i podkowy stosowane w działalności były odpowiednio certyfikowane.

¹²⁸ Gesetz über die Registrierung von Betrieben zur Haltung von Legehennen (Legehennenbetriebsregistergesetz – LegRegG), BGBl I Nr 48, s. 1894 z późn. zm. Ustawa wykonuje wskazaną wcześniej dyrektywę Rady Nr 1999/74 dotyczącą minimalnych wymagań w zakresie ochrony kur niosek oraz dyrektywę Komisji Nr 2002/4/z 30.01.2002 r. o rejestracji ferm prowadzących chów kur niosek (Dz.Urz. UE. L 30 z 21.07.1998 r., s. 44). Ustawa reguluje tryb rejestracji ferm utrzymujących powyżej 350 kur niosek. Celem rejestracji jest kontrola chowu kur oraz kontrola obrotu jajami w Unii Europejskiej. Ustawa nie ma większego znaczenia dla ochrony humanitarnej kur niosek.

¹²⁹ Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde, BGBl I Nr 16, s. 530 z późn. zm. Ustawa dostosowała prawo niemieckie w zakresie zwalczania niebezpiecznych psów do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 22.06.1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. UE. L 204, z 21.07.1998 r., s. 37) wprowadziła zakaz hodowli importu (chyba, że po uzyskaniu zezwolenia) psów określonych ras uznanych za niebezpieczne i mieszańców tych ras z innymi rasami. Określiła warunki, które należy spełnić ubiegając się o zezwolenie. Ustawa zmieniła ustawę o ochronie zwierząt i kodeks karny penalizując hodowlę bez zezwolenia oraz naruszając umyślnie lub przez niedbalstwo przepisy ustawy. Ustawa w zasadzie dotyczy ochrony człowieka przed agresywnym zachowaniem psów i nie powinna być zaliczana do ustaw chroniących zwierzęta. Jednak z uwagi na wprowadzenie przez nią zmian do ustawy o ochronie zwierząt uzasadnione było jej zaakcentowanie.

¹³⁰ Bliżej zob. D. De Grazia, *Animal Rights. A Very Short Introduction*, New York 2002, s. 54-62.

rozdziałach poczynając od drugiego poświęconego utrzymywaniu zwierząt, w którym określono ogólne obowiązki posiadacza lub opiekuna zwierząt zapewnienia warunków bytowych, akcentując konieczność posiadania do tego celu odpowiednich umiejętności, w szczególności jeśli zwierzęta utrzymywane są w celach gospodarczych (wówczas kwalifikacje do opieki nad nimi muszą być udokumentowane). Wskazane są ogólne warunki transportu nawiązujące do przepisów wspólnotowych oraz przesyłanie zwierząt z jednoczesnym zakazem stosowania wysyłania za pobraniem. W § 3 ustawa wprowadza zakazy wykorzystywania w określony sposób zwierząt, które nie są do owego wykorzystywania predysponowane ze względu na stan zdrowia lub kondycję fizyczną. Zakazy dotyczą również określonego sposobu postępowania ze zwierzętami (np. przyuczania do agresywnego zachowania wobec innych zwierząt).

Rozdział trzeci traktuje o uśmiercaniu zwierząt. Określa dopuszczalne przyczyny uśmiercania, zasadę uśmiercania po uprzednim ogłuszeniu. Osoby zawodowo trudniące się uśmiercaniem kręgowców powinny posiadać udokumentowane odpowiednie przeszkolenie. Szczególnej reglamentacji poddano ubój zwierząt ciepłokrwistych po uprzednim ogłuszeniu. Wyjątek uczyniono w stosunku do wspólnot religijnych, które zgodnie z normami wyznaniowymi nie spożywają mięsa zwierząt ogłuszonych przed wykrwawieniem. Wskazane rozwiązanie oparte zostało na wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 2002 r., w którym zagwarantowano Muzułmanom po uzyskaniu stosownego zezwolenia możliwość rytualnego uboju bez pozbawiania zwierzęcia świadomości, stosownego¹³¹.

Zabiegi na zwierzętach, co do zasady po ich znieczuleniu, uregulowano w rozdziale czwartym wprowadzając liczne odstępstwa od obowiązku znieczulenia, związane z jego niecelowością w ogóle jak i niecelowością w konkretnych wypadkach związanych z obcinaniem ogonów, szlifowaniem kłów u prosiąt, znakowaniem, kierując się zasadą, zgodnie z którą można przeprowadzać zabiegi bez znieczulenia, jeśli zabieg nie powoduje większego bólu niż znieczulenie. W § 6 przyjęto zakaz amputacji i kastracji dopuszczając liczne wyjątki podyktowane między innymi koniecznością leczenia zwierzęcia, zapobieganiem niekontrolowanej reprodukcji, badaniami naukowymi. Amputacja i kastracja mogą być wykonane przez lekarza weterynarii po uzyskaniu odpowiedniego zezwolenia.

¹³¹ Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 15.01.2002, Az. 1 BvR 1783/99, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020115_1bvr178399.html [otwarta 25.09.2010 r.]. Uznano, że ubój rytualny nie może być zakazany w ramach dopuszczalnych ograniczeń prawa do rozwoju osobowości z uwagi na porządek konstytucyjny i zasady moralności. Bezwzględny zakaz takiego uboju byłby sprzeczny z zagwarantowanymi w Konstytucji wolnościami wyboru przekonań religijnych i wykonywania religijnych praktyk. (art. 2 w zw. z art. 4 Konstytucji niemieckiej).

Dopuszcza się wykonywanie zabiegów prostszych przez osobę odpowiednio przeszkoloną po wcześniejszym zgłoszeniu odpowiedniemu organowi.

W rozdziale piątym poddano reglamentacji przeprowadzanie doświadczeń na zwierzętach, ograniczając je do niezbędnego minimum poprzez nakaz uwzględnienia dotychczasowego stanu nauki w celu wyeliminowania powtarzalności, nakaz użycia jak najmniejszej liczby zwierząt wystarczającej do realizacji celu doświadczenia. Należy je wykonywać w taki sposób, aby ograniczyć do minimum ból, cierpienie lub szkodę. Zakazano co do zasady przeprowadzanie doświadczeń w celu testowania broni, amunicji, detergentów i kosmetyków (§ 7) oraz określono kolejność w jakiej mogą być poddawane doświadczeniom zwierzęta różnych gatunków, przyjmując zasadę, że w pierwszej kolejności należy korzystać ze zwierząt o niższym stopniu rozwoju. Ścisłemu nadzorowi poddano procedurę przed, w trakcie i po zakończeniu doświadczenia. Działalność w zakresie prowadzenia doświadczeń na kręgowcach oraz niższych zwierzętach o rozwoju fizjologicznym znacznie zbliżonym do kręgowców, a także hodowli zwierząt przeznaczonych do doświadczeń uzależniono od wielu zezwoleń¹³², obowiązku poddania się kontroli oraz prowadzenia odpowiedniej dokumentacji i udokumentowania kwalifikacji osób przeprowadzających oraz organizujących doświadczenia. Podobnej reglamentacji poddano przeprowadzanie doświadczeń w celu kształcenia lub podnoszenia kwalifikacji (rozdział szósty) i w celu wytwarzania, produkcji, składowania lub namnażania materiałów, produktów lub organizmów (rozdział siódmy), uwzględniając specyfikę tego typu doświadczeń. Przykładowo doświadczenia w celu kształcenia mogą zostać przeprowadzane tylko wtedy, jeśli ich celu nie osiągnie się w inny sposób, w szczególności przez filmowe symulacje. Na żądanie odpowiednich urzędów i służb należy uzasadnić dlaczego owego celu nie da się inaczej zrealizować (§ 10).

Rozdział ósmy ustawy o ochronie zwierząt reguluje zagadnienia związane z hodowlą, utrzymywaniem i handlem zwierzętami. Utrzymywanie zwierząt niezwiązane z produkcją rolną, przykładowo z przeznaczeniem do doświadczeń, w celu tresury, wymaga prowadzenia dokumentacji obejmującej pochodzenie i miejsce pobytu zwierząt, którą należy przechowywać 3 lata, a dodatkowo psy, koty, małpy i małpiatki muszą być oznakowane¹³³. Zakazano hodowli kręgowców

¹³² Zezwolenie należy także uzyskać na import kręgowców z przeznaczeniem do doświadczeń – § 11a ust. 4 TierSchG

¹³³ Dane, które powinny być ujęte w dokumentacji oraz sposoby i elementy znakowania psów i kotów określa rozporządzenie ministerstwa do spraw żywienia, rolnictwa i leśnictwa z 20.05.1988 r. w sprawie dokumentowania danych o zwierzętach doświadczalnych i ich identyfikacji (Verordnung über Aufzeichnungen über Versuchstiere und deren Kennzeichnung, BGBl. I Nr 21, s. 639 z późn. zm.).

(z wyłączeniem naukowych doświadczeń) zmienionych genetycznie oraz poddawania ich takim zmianom, jeśli u nich lub u potomstwa zmiany są lub mogą być źródłem bólu albo cierpienia oraz hodowli zagrażającej innym zwierzętom lub w przypadku niemożności zapewnienia warunków właściwych dla utrzymywania określonych zwierząt. Dzieciom do 16 roku życia, bez zgody rodziców lub opiekunów, nie można oddawać kręgowców.

Zakaz hodowli zwierząt z trwałymi uszkodzeniami ciała lub agresywnych reguluje rozdział dziewiąty ustawy, który ponadto zakazuje importu zwierząt z państw nienależących do Unii Europejskiej, w których standardy ochrony odbiegają od rozwiązań niemieckich albo wspólnotowych. W celu kontroli wyznaczono punkty celne, przez które można przewozić zwierzęta.

Rozdział dziesiąty ustawy zatytułowany „Pozostałe postanowienia dotyczące ochrony zwierząt” zawiera upoważnienie do określenia w drodze rozporządzenia wymogów jakie powinny spełniać budowane obiekty inwentarskie, urządzenia do masowego chowu zwierząt gospodarskich, uboju oraz tryb zatwierdzania projektów budowlanych i urządzeń, aby zapewnić dobrostan zwierząt na odpowiednim poziomie. Mowa jest także o upoważnieniu do uregulowania kwalifikacji osób zajmujących się zwierzętami w chowie fermowym. W § 13 ust. 1 zakazano stosowania urządzeń do płoszenia, chwytania i przetrzymywania kręgowców (z wyłączeniem urządzeń dopuszczonych na podstawie przepisów innych ustaw –np. do eliminowania szkodników) stwarzających niebezpieczeństwo powstania bólu, cierpienia lub szkody.

Jedenasty rozdział ustawy reguluje zakres oraz tryb kontroli przywozu i wywozu zwierząt z terenu Niemiec, chowu zwierząt gospodarskich, wymogi dla obiektów i instytucji: prowadzących leczenie lub uśmiercanie zwierząt doświadczalnych, doświadczenia, w tym w celu kształcenia, cyrków¹³⁴, działalności gospodarczej w zakresie transportu zwierząt. Określa uprawnienia osób przeprowadzających kontrolę i podmiotów jej poddanych. W rozdziale tym uregulowano obowiązki dokumentowania postępowania ze zwierzętami oraz treść dokumentacji, a także możliwość odebrania, uśmiercania zwierząt i przypadki zakazania prowadzenia dalszej działalności. Reglamentacji poddano obowiązek udzielania informacji oraz zasady wymiany informacji z innymi państwami Unii

¹³⁴ Kontrolę utrzymywania zwierząt w cyrkach i wymogi dotyczące rejestracji pozwoleń na zmiany lokalizacji cyrków określa rozporządzenie ministerstwa do spraw żywienia, rolnictwa i ochrony konsumentów z 6.03.2008 r. o rejestracji pozwoleń na pokazy zwierząt połączone ze zmianą ich miejsca pobytu (Verordnung über die Registrierung von Erlaubnissen zur Zurschaustellung von Tieren an wechselnden Orten – ZirkRegV, BGBl. I, Nr 16, s. 376)

Europejskiej. Powołano Komisję do spraw Ochrony Zwierząt jako organ doradczy Ministerstwa do spraw Żywności, Rolnictwa i Ochrony Konsumentów¹³⁵, określono zasady powoływania jej członków oraz sposób i zakres działania (§ 16b). O sporze pomiędzy organami państw członkowskich Unii Europejskiej dotyczącym spełniania przez środki transportu wymogów chroniących zwierzęta należy powiadomić rzeczoznawcę z listy prowadzonej przez Komisję Europejską, który wydaje stosowne orzeczenie

W rozdziale dwunastym ustawy określono przestępstwa¹³⁶ i wykroczenia za czyny naruszające jej postanowienia lub przepisy rozporządzeń wykonawczych. Upoważniono Ministerstwo do spraw Żywności, Rolnictwa i Ochrony Konsumentów do określenia w drodze rozporządzenia przestępstw i wykroczeń za naruszenie prawa Unii Europejskiej w zakresie ochrony zwierząt. Dopuszczono przy niektórych czynach karalnych możliwość konfiskaty zwierząt, oraz środki karne w postaci stałego lub czasowego zakazu ich utrzymywania¹³⁷.

Do ważniejszych rozporządzeń zasługujących na krótka charakterystykę z uwagi na znaczenie dla określenia zasad systemu ochrony zwierząt należą: rozporządzenie w sprawie ochrony zwierząt wykorzystywanych w rolnictwie i innych utrzymywanych w celu wytwarzania produktów zwierzęcych, rozporządzenie o ochronie psów, rozporządzenie o przekazywaniu informacji związanych z przeprowadzaniem doświadczeń na zwierzętach kręgowych oraz rozporządzenie w sprawie ochrony zwierząt w związku z ubojem lub zabijaniem.

Rozporządzenie Ministerstwa do Spraw Żywności, Rolnictwa i Ochrony Konsumentów z 25.10.2001 r. w sprawie ochrony zwierząt wykorzystywanych w rolnictwie i innych utrzymywanych w celu wytwarzania produktów zwierzęcych¹³⁸ wykonuje przepisy ustawy o ochronie zwierząt oraz wcześniej wymienione

¹³⁵ W rozporządzeniu z 23.06 1987 r. ministerstwa do praw żywienia, rolnictwa i ochrony konsumentów szczegółowo uregulowano zadania, skład i powoływanie członków Komisji – zob. Verordnung über die Tierschutzkommission beim Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (Tierschutzkommissions-Verordnung), BGBl I, Nr 33, s. 1557 z późn. zm.

¹³⁶ Do przestępstw zaliczono zabijanie kręgowców bez uzasadnionej przyczyny oraz powodowanie u nich bez uzasadnionej przyczyny silnego bólu lub cierpienia albo silnego trwałego lub powtarzającego się bólu lub cierpienia. Osoba taka podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 lub karze grzywny (§17). Pozostałe czyny naruszające ustawę zakwalifikowano do wykroczeń (§ 18).

¹³⁷ W rozróżnieniu podstaw, sankcji oraz zakresu stosowania przepisów o wykroczeniach w prawie niemieckim zob. D. Szumiało-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Zakamycze 2004, s. 53-65.

¹³⁸ Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung (Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung – TierSchNutzTV), BGBl. I z 2006 r., Nr 41, s. 2043 z późn. zm.

dyrektywy: o ochronie zwierząt gospodarskich, ustanawiającą minimalne normy ochrony cieląt, ustanawiającą minimalne normy ochrony świń, ustanawiającą minimalne normy ochrony kur niosek, w sprawie ustanowienia minimalnych zasad ochrony kurcząt brojlerów. Rozporządzenie określa ogólne wymagania, jakim powinny odpowiadać budynki inwentarskie oraz ich wyposażenie, w tym systemy zapasowe na wypadek awarii (np. zabezpieczenie dostaw energii elektrycznej - § 3), ogólne wymogi dotyczące nadzoru nad zwierzętami, ich pielęgnacji, żywienia i zabezpieczenia odpowiedniego mikroklimatu (§4). W dalszych rozdziałach określa szczegółowe wymogi utrzymywania, w tym minimalną powierzchnię dla cieląt, kur niosek, brojlerów, świń i zwierząt futerkowych, uwzględniając wiek i stan fizjologiczny. W § 37 wskazano zachowania niezgodne z rozporządzeniem stanowiące wykroczenia, o których mowa w § 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie zwierząt.

Szczegółowe rozwiązania dotyczące ochrony psów wprowadziło rozporządzenie Ministerstwa do Spraw Ochrony Konsumentów, Żywienia i Rolnictwa z 2.05.2001 o ochronie psów¹³⁹. Rozporządzenie wykonując ustawę o ochronie zwierząt określa warunki i zasady utrzymywania psów, w tym także prowadzenie hodowli w celach zarobkowych, wymóg posiadania przez opiekunów określonych umiejętności. Ustala warunki utrzymywania psów w większych grupach, wymagania dotyczące chowu zarobkowego i organizowania pokazów. Rozporządzenie reguluje warunki trzymania psów w pomieszczeniach (w tym w psiarniach), na wolnym powietrzu (w tym na uwięzi), wymogi dotyczące wyżywienia, częstotliwości karmienia oraz opieki, a także zasady amputacji w celach estetycznych. Określono także warunki czasowego utrzymywaniu psów oraz obowiązek zapobiegania przejawom agresji w stosunku do innych osobników. W § 12 wymieniono czyny noszące znamiona wykroczeń w rozumieniu § 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie zwierząt.

Rozporządzeniem Ministerstwa do Spraw Żywienia, Rolnictwa i Leśnictwa z 4.11.1999 r. o przekazywaniu informacji związanych z przeprowadzaniem doświadczeń na zwierzętach kręgowych¹⁴⁰ określono zakres podmiotowy i terminy obowiązków udzielania informacji (także w formie elektronicznej), o których mowa w ustawie o ochronie zwierząt, dotyczących doświadczeń z użyciem kręgowców. Zgodnie z § 3 rozporządzenia, niezastosowanie się do wymogów rozporządzenia jest wykroczeniem, o którym mowa w § 18 ust. 1 pkt 3 ustawy

¹³⁹ Tierschutz-Hundeverordnung, BGBl. I, Nr 21, s. 838 z późn. zm.

¹⁴⁰ Verordnung über die Meldung zu Versuchszwecken oder zu bestimmten anderen Zwecken verwendeter Wirbeltiere (Versuchstiermeldeverordnung), BGBl I Nr 50, s 2156 z późn. zm.

o ochronie zwierząt. Rozporządzenie nakazuje także właściwym urzędom krajów związkowych przekazywać Ministerstwu do Spraw Żywienia, Rolnictwa i Leśnictwa do 31 maja po upływie roku sprawozdawczego zbiorcze informacje dotyczące doświadczeń.

Rozporządzenie z 3.03.1997 r. w sprawie ochrony zwierząt w związku z ubojem lub zabijaniem¹⁴¹ wdrażające wymienioną wcześniej dyrektywę w sprawie ochrony zwierząt podczas uboju lub zabijania, szczegółowo rozwija przepisy ustawy o ochronie zwierząt dotyczące opieki nad zwierzętami w rzeźniach, sposobów magazynowania, uboju i uśmiercania ryb i skorupiaków, ogłuszania i uśmiercania pozostałych zwierząt w celu pozyskania produktów zwierzęcych. Rozporządzenie w rozdziale piątym zalicza określone zachowania naruszające jego postanowienia do wykroczeń, o których mowa w § 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie zwierząt.

8. Zasady ogólne danej dziedziny prawa są wskazówką dla ustawodawcy określającą kierunek aktywności legislacyjnej stanowiąc z drugiej strony zakaz tworzenia norm z nimi niezgodnych. Analiza przedstawionego materiału normatywnego z uwzględnieniem hierarchii źródeł prawa pozwala na wyodrębnienie zasad konstytucyjnych (z którymi powinny być zgodne zasady zawarte w aktach niższej rangi) i pozakonstytucyjnych. Porównanie treści dyrektyw z ustawą o ochronie zwierząt pozwala stwierdzić, że materiał badawczy pozwalający na sformułowanie zasad ogólnych stanowią przepisy ustawy, gdyż dyrektywy zostały wdrożone przez ustawę i rozporządzenia wykonawcze. W efekcie zasad systemu prawa ochrony zwierząt poszukiwać należy w Konstytucji, rozporządzeniach Unii Europejskiej oraz ustawie o ochronie zwierząt.

Do konstytucyjnych zasad ochrony zwierząt należy zasada obowiązku Państwa chronienia zwierząt oraz zasada prymatu interesu człowieka nad ochroną zwierząt.

Konstytucja w art. 20a wprowadza zasadę obowiązku Państwa chronienia zwierząt, wskazując na władzę ustawodawczą, organy administracji i sądownictwo, które w imieniu Państwa powinny tę zasadę realizować. Z art. 20a Konstytucji wynika nakaz uwzględniania wartości moralnych dotyczących utrzymywania zwierząt zgodnego z potrzebami gatunku, zapobiegania cierpieniom oraz uwzględnianie w prawie ochrony środowiska ochrony ich przestrzeni życiowej. Wskazane aspekty znalazły odzwierciedlenie w konstytucjach krajów związkowych¹⁴² i ustawodawstwie zwykłym. Powinny być także uwzględniane w procesie stosowania prawa. Konstytucja podwyższając rangę ochrony zwierząt przesuwając gra-

¹⁴¹ Verordnung zum Schutz von Tieren im Zusammenhang mit der Schlachtung oder Tötung., BGBl. I, Nr. , s. 405 z późn. zm.

¹⁴² O ochronie zwierząt mowa jest w konstytucjach: Badenii-Wirtembergii, Dolnej Saksonii, Bawarii, Brandenburgii, Turyngii, Berlinie i Saarze. Bliżej zob. A. Lorz, E. Metzger, op. cit., s. 49.

nice ochrony nakazując weryfikację (w porównaniu do stanu dotychczasowego) ocen i działalności legislacyjnej chroniącej zwierzęta, pozostającej w konflikcie z wolnością nauki i nauczania (kwestia doświadczeń), wolnością sztuki (wystawy, pokazy), swobodą praktyk religijnych, wolnością gospodarczą. Z Konstytucji wynika obowiązek rozwijania wiedzy dotyczącej psychiki zwierząt i ich podstawowych potrzeb, które powinny być uwzględniane w sposób ciągły (dynamiczny) w działalności legislacyjnej w różnych aspektach (np. w odniesieniu do warunków utrzymywania zwierząt gospodarskich) i na różnych szczeblach. Wynika też zakaz pogarszania ochrony w porównaniu do jej aktualnego stanu. Biorąc pod uwagę rolę prawa i zasadę minimalizacji interwencji ustawodawczej należy założyć obowiązek ingerencji prawnej wówczas, gdy inne środki (podnoszenie wiedzy społeczeństwa o potrzebach zwierząt, o ich psychice – mające wpływ na treść norm moralnych) nie zapewniają odpowiedniego poziomu ochrony. Art. 20a Konstytucji wpłynął na wykładnię przepisów chroniących zwierzęta. Organy stosujące prawo powinny zasięgać opinii lekarsko-weterynaryjnych, gdy niewłaściwe postępowanie człowieka ma związek ze zdrowiem zwierząt¹⁴³. Państwo przez swoje organy powinno poszerzać zakres kontroli przepisów regulujących postępowania ze zwierzętami w celu zapewnienia maksymalnej skuteczności ich egzekwowania.

Analiza przepisów Konstytucji w powiązaniu z pozostałymi aktami prawnymi pozwala sformułować zasadę prymatu interesu człowieka nad ochroną zwierząt.

Art. 19 ust. 2 Konstytucji formułuje zakaz ograniczania praw podstawowych co do swej istoty. Ochrona zwierząt nakładająca na organy państwa oraz inne podmioty prawa określone obowiązki w postaci nakazów i zakazów zawsze ogranicza sferę wolności człowieka, bowiem żadna wolność nie jest wolnością nieograniczoną. Można zaryzykować twierdzenie, że cały system prawny, wszystkie normy prawne obowiązujące na określonym terytorium, ograniczają możliwość dowolnego postępowania jednostki. Prawo regulując stosunki społeczne chroni wiele niekiedy sprzecznych ze sobą interesów. Z uwagi na ich wielość prawo hierarchizuje owe dobra, czy interesy, w ten sposób, aby w razie konfliktu dobro większej wartości prawnie chronione mogło być realizowane przed dobrem o mniejszej wartości i niekiedy jego kosztem¹⁴⁴.

Prawa człowieka zostały ujęte w rozdziale I Konstytucji niemieckiej przed rozdziałem II traktującym w art. 20a o obowiązku chronienia zwierząt, stąd też nawet podchodząc do problemu od strony formalnej – interes (prawa) człowieka mają pierwszeństwo przed interesem zwierząt. Znajduje to wyraz w licznych odstępstwach od ogólnego zakazu zadawania zwierzętom bólu, cierpienia i szkody,

¹⁴³ Por. A. Lorz, E. Metzger, op. cit., s. 67-72 i podana tam literatura

¹⁴⁴ Por. M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, RPEiS 2006, z. 1, s. 42.

które mogą być jednak zadawane z przyczyn uzasadnionych. Powstaje pytanie jakie przyczyny uzasadniają ból, cierpienie i szkody zwierząt. Ogólne wskazanie na interes człowieka nie rozwiązuje problemu, ponieważ sama ochrona zwierząt chroni w istocie wartości moralne człowieka. Nadrzędność interesu człowieka przejawia się w dwóch w praktyce nierozłącznych aspektach. Z jednej strony ochrona zwierząt polega na ustaleniu ram prawnych dla takiego jej poziomu, aby podstawowe interesy człowieka nie doznały uszczerbku, z drugiej zaś strony taki a nie inny poziom ochrony zwierząt realizuje interes człowieka. Innymi słowy ochrona zwierząt realizuje i jednocześnie ogranicza prawa człowieka. Wolność sumienia i wyznania pozwala na uśmiercanie zwierząt bez wcześniejszego ogłuszenia, natomiast jeśli uśmiercanie nie narusza wolności wyznania powinno odbywać się po wcześniejszym ogłuszeniu (§ 4a TierSchG). Uzasadnieniem tej zasady mogą być także inne przykłady konkretnych rozwiązań prawnych:

- dopuszczalność szczucia psem zwierząt łownych podczas polowań (art. 3 pkt 4 TierSchG)
- dopuszczalność doświadczeń w celu rozpoznania stanów fizjologicznych organizmu ludzkiego (§ 7 ust. 2 pkt 1 TierSchG)
- dopuszczalność doświadczeń w celu badań podstawowych (§ 7 ust. 2 pkt 4 TierSchG)
- odstępstwa umożliwiające doświadczenia i zabiegi w celu kształcenia i doksztalcania (Rozdział 6 TierSchG),
- dopuszczalność stosowania niehumanitarnych środków odławiania zwierząt ze względu na przepisy prawa łowieckiego, prawa ochrony środowiska, o ochronie roślin i zwalczaniu chorób zakaźnych (§ 13 ust 1 TierSchG),
- dopuszczalność zwalczania szkodliwych zwierząt (§ 4 ust. 1 TierSchG)

Rozpatrywana zasada jest z drugiej strony realizowana przez rozwiązania chroniące odczucia człowieka do istot jemu bliższych na przykład zwierząt domowych przewidziane w Konwencji o ochronie zwierząt domowych i w ustawie o ochronie zwierząt. W tym przypadku nakładając na człowieka obowiązki szczególnej ochrony tych zwierząt wobec słabszej ochrony innych, chroni się w istocie uczucia człowieka.

Wśród zasad pozakonstytucyjnych zawartych w Rozdziale 1 ustawy o ochronie zwierząt, określającym zasady ogólne można wymienić:

- zasadę odpowiedzialności człowieka za zwierzęta,
- zasadę zakazu powodowania bez uzasadnionej przyczyny bólu , cierpienie lub szkody.

Analiza ustawy o ochronie zwierząt oraz przepisów pozostałych aktów prawnych z tego zakresu pozwala na sformułowanie następujących zasad:

- zasada prewencji,
- zasada kompleksowości ochrony zwierząt,
- zasada uwzględniania różnic gatunkowych i osobniczych w utrzymywaniu i postępowaniu ze zwierzętami,
- zasada podwyższonego poziomu ochrony zwierząt kręgowych.

a/ Zasada odpowiedzialności człowieka za zwierzęta.

Wymienione wcześniej Konwencje europejskie kładą nacisk na wyznaczenie osób odpowiedzialnych za wykorzystywanie i inne postępowanie ze zwierzętami, kontrolę i nadzór właściwych sygnotariuszom organów, którym co do zasady należy zgłaszać podjęcie działalności komercyjnej. Również kładą nacisk na wykształcenie osób opiekujących się lub nadzorujących postępowanie ze zwierzętami, a w wypadku gospodarczego ich wykorzystywania – na obowiązek udokumentowania odpowiednich kwalifikacji. Rozporządzenia organów Unii Europejskiej w jeszcze większym stopniu przykładają wagę do wymienionych aspektów postępowania ze zwierzętami, uszczegóławiając kwestie ogólne poruszane w konwencjach. Przykładowo Rozporządzenie Rady Nr 1/2005 w sprawie ochrony zwierząt podczas transportu i związanych z tym działań oraz zmieniające dyrektywy 64/432/EWG i 93/119/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 1255/97 przewiduje prowadzenie i udostępnianie szczegółowej dokumentacji przewożonych zwierząt (art. 4), autoryzację przewoźników (art. 5), wymóg uzyskania zezwolenia na przewóz, kontrole poprzedzające przewóz i zatwierdzenie środków transportu (art. 7), kontrole oraz inne środki związane z dziennikiem podróży podejmowane przez właściwe władze przed długotrwałym przewozem (art. 15), obowiązki opiekunów i prowadzących miejsca wypoczynku w przypadku długo trwającego transportu (art. 9) itp.

W tym duchu, lecz w sposób najbardziej skonkretyzowany odpowiedzialność za zwierzęta określa ustawa o ochronie zwierząt z przepisami wykonawczymi. Ustawa ta reglamentuje postępowanie człowieka ze wszystkimi zwierzętami, z którymi się styka lub je wykorzystuje. Konkretyzacja odpowiedzialności i posiadania odpowiednich umiejętności wymagała ustalenia osób odpowiedzialnych oraz kontroli przestrzegania przez nie nakazów i zakazów prawem określonych. Z kolei kontrola wymagała nałożenia obowiązku uzyskania licznych zezwoleń i prowadzenia dokumentacji. Wystarczy wskazać na Rozdział 5 ustawy reglamentujący przeprowadzanie doświadczeń na zwierzętach nakazujący posiadanie zezwoleń na dane doświadczenie (w zezwoleniu należy podać kierownika doświadczenia i jego zastępcę, a jeśli kierownik zmieni miejsce doświadczenia lub zastępcę, posiadacz zezwolenia musi niezwłocznie zawiadomić o tych zmianach), na zmiany w doświadczeniach, a w przypadku gdy nie jest wymagane doświadczenie – musi je zgłosić z odpowiednim wyprzedzeniem. Zezwolenia są także wymagane na prowadzenie chowu zwierząt doświadczalnych. Badania na

kręgowcach połączone z zabiegami operacyjnymi, mogą być przeprowadzane tylko przez osoby z wyższym wykształceniem weterynaryjnym lub medycznym albo biologicznym, jeśli osoby te wykonują doświadczenia w szkołach wyższych lub innych instytucjach naukowych (§ 9 ust 1 TierSchG). Obowiązek dokumentowania i przechowywania dokumentacji doświadczeń służy efektywności kontroli. Podobnie ustawa reguluje odpowiedzialność w innych postępowaniach ze zwierzętami wieńcząc wymuszenie odpowiednich zachowań człowieka przepisami karnymi, sankcjonującymi prawie wszystkie (nawet czysto formalne) niezgodne z przepisami działania i zaniechania (Rozdział 12).

b/ Zasada zakazu powodowania bez uzasadnionej przyczyny bólu, cierpienia lub szkody.

Zakaz powodowania bez uzasadnionej przyczyny bólu, cierpienia lub szkody jest zawarty w przepisach ogólnych wszystkich wymienionych wcześniej umowach międzynarodowych, rozporządzeniach UE. oraz w ustawie o ochronie zwierząt, w której o zakazie tym jest mowa 40 razy w różnych aspektach. Zakaz dotyczy wszystkich zwierząt, o których mówi ustawa i we wszelkim z nimi postępowaniu. Tytułem przykładu można podać ograniczanie doświadczeń na zwierzętach do niezbędnego minimum oraz minimalizacji liczby zwierząt użytych do doświadczeń.

c/ Zasada prewencji. Istotą zasady jest konieczność podejmowania działań chroniących zwierzęta zanim powstaną okoliczności, które mogłyby narazić je na ból, cierpienia lub szkodę. Przykładem realizacji tej zasady są obowiązki wcześniejszego spełnienia określonych warunków oraz zgłoszenia zamierzonych działań właściwym organom, a także zakazy zapobiegające nieodpowiedniemu traktowaniu zwierząt w przyszłości, jak na przykład:

- obowiązek spełnienia wielu wymogów przed rozpoczęciem doświadczenia i zgłoszenie do zatwierdzenia projektu doświadczenia (§ 8 ust 1 TierSchG),
- obowiązek przystosowania środków transportu przed rozpoczęciem przewozu zarobkowego zwierząt, posiadania odpowiednich kwalifikacji i uzyskania zezwoleń potwierdzających spełnienie wymogów (art. 10, 11, 17 ust. 2, 18 i 19 rozporządzenia Rady Nr 1/2005)
- obowiązek zgłoszenia zamiaru prowadzenia hodowli psów ras agresywnych i uzyskania na to zezwolenia (§ 2 ust. 2 pkt 3 ustawy o zwalczaniu niebezpiecznych psów),
- obowiązek posiadania dokumentacji wskazującej na odpowiednie kwalifikacje do postępowania ze zwierzętami (np. § 11 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust 3 pkt 3 TierSchG)
- zakaz sprzedaży zwierząt dzieciom poniżej 16 roku życia bez zgody przedstawiciela ustawowego (§ 11cTierSchG).

d/ - Zasada kompleksowości ochrony zwierząt wyraża się w ochronie wszystkich zwierząt wykorzystywanych przez człowieka w jakikolwiek sposób. Przejawia się także w reglamentowaniu całokształtu postępowania z określonymi zwierzętami i regulowania owego postępowania normami podstawowych gałęzi prawa: w przeważającej mierze administracyjnego, karnego, a także międzynarodowego, konstytucyjnego i cywilnego, na co wskazują powołane w punkcie 7 niniejszego opracowania źródła prawa i § 90a, § 251, ust. 2, zd. 2 oraz § 903, zd.2. niemieckiego kodeksu cywilnego

e/ Zasada uwzględniania różnic gatunkowych i osobniczych w utrzymywaniu i postępowaniu ze zwierzętami znajduje odzwierciedlenie w prawie wszystkich rozwiązaniach prawnych normujących postępowanie ze zwierzętami. W szczególności prawo określa minimalne wymagania utrzymywania zwierząt gospodarskich i domowych zależnie od gatunku, wieku i stanu fizjologicznego (§2 pkt1 TierScG, § 2 rozporządzenia ministerstwa do spraw ochrony konsumentów, żywienia i rolnictwa w sprawie ochrony psów, rozdziały od 2 do 6 rozporządzenia ministerstwa do spraw żywienia, rolnictwa i ochrony konsumentów w sprawie ochrony zwierząt wykorzystywanych w rolnictwie i innych utrzymywanych w celu wytwarzania produktów zwierzęcych, zróżnicowane pod tym kątem warunki transportu art. 3 lit. h oraz Załącznik I do rozporządzenia Rady Nr 1/2005).

f/ Zasada podwyższonego poziomu ochrony zwierząt kręgowych. Analizowana zasada wynika z tendencji podwyższonej ochrony zwierząt wyżej rozwiniętych w stosunku do zwierząt niższych. Omawiana zasada znajduje odzwierciedlenie w następujących rozwiązaniach prawnych:

- poddanie szczególnej reglamentacji uśmiercania kręgowców (§4 ust 1 TierSchG), a wśród nich uboju zwierząt ciepłokrwistych (§4a TierSchG) oraz uśmiercania psów, kotów, małp i lemurów (§ 9 ust. 2 pkt 7 TierSchG),
- uregulowanie w Rozdziale 4 ustawy o ochronie zwierząt przeprowadzania zabiegów wyłącznie na zwierzętach kręgowych,
- określenie szczególnych wymogów dotyczących przeprowadzania na kręgowcach doświadczeń (§ 7 ust. 3, § 8 ust. 1, § 8a, § 8b, § 9 ust 2 pkt 4, 6, 7, § 9a, § 10 a TierSchG),
- wprowadzenie wymogu uzyskania zezwolenia na hodowlę lub utrzymywanie kręgowców (§ 11 TierSchG),
- uregulowanie prowadzenia i przechowywania dokumentacji oraz znakowania kręgowców (§ 11a TierSchG),
- zakaz hodowli lub poddawania ich biotechnicznym lub genetycznym zmianom (z wyłączeniem badań naukowych), jeśli spowodowałoby to u nich lub u ich potomstwa ból, cierpienie lub szkodę (§ 11b TierSchG),

- zakaz oddawania kręgowców dzieciom lub młodzieży aż do ukończenia 16- go roku życia, bez zgody osoby dorosłej (§ 11c TierSchG),
- zakaz hodowli oraz pokazów kręgowców z uszkodzeniami ciała wywołanymi zachowaniem sprzecznym z prawem ochrony zwierząt (§ 12 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 TierSchG),
- zakaz używania nieodpowiedniego sprzętu do odławiania kręgowców (§ 12 ust. 1 TierSchG).

Ponadto wszystkie wcześniej wymienione konwencje Rady Europy (oprócz konwencji o ochronie zwierząt domowych), rozporządzenie Rady nr 1/2005 w sprawie ochrony zwierząt podczas transportu i związanych z tym działań oraz zmieniającym dyrektywy 64/432/EWG i 93/119/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 1255/97, rozporządzenie Nr 1523/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady zakazujące wprowadzania do obrotu oraz przywozu do Wspólnoty lub wywozu ze Wspólnoty skór z kotów i psów oraz produktów zawierających takie skóry oraz wiele innych aktów prawnych reguluje postępowanie wyłącznie z kręgowcami.

9. Na zakończenie wywodów warto wskazać na cechy systemu prawnej ochrony zwierząt.

Główne cele i założenia zbieżne są z europejską tendencją ochrony zwierząt¹⁴⁵. Wszystkie państwa Unii Europejskiej posiadają akty prawa wewnętrznego chroniące zwierzęta przed bólem cierpieniem lub szkodą. Tytułem przykładu można podać podstawowe cele określone w ustawie austriackiej, szwajcarskiej i polskiej. Austriacka ustawa o ochronie zwierząt¹⁴⁶ w § 1 jako cel przyjmuje ochronę życia i zdrowia zwierząt realizowany w ramach szczególnej odpowiedzialności człowieka za zwierzęta jako współistoty, obejmując ochroną wszystkie zwierzęta (§ 3 ust. 1). Szwajcarska ustawa o ochronie zwierząt¹⁴⁷ w § 1 stwierdza, że celem ustawy jest ochrona godności i dobrostanu zwierząt. Obejmuje ochroną jedynie kręgowce i niektóre bezkręgowce (art. 2). Polska ustawa z 21.08.1997 r. o ochronie zwierząt¹⁴⁸ nie określa wprost celu. Można jednak na podstawie analizy jej przepisów wyprowadzić wnioski, iż podstawowe cele i założenia są podobne do rozwiązań niemieckich i podobnie jak w niemieckim kodeksie cywilnym ustawa dokonuje dereifikacji zwierząt. Dodatkowym argumentem przemawiającym za zbieżnością celów i założeń z europejską tendencją ochrony zwierząt są wcześniej powołane przepisy prawa wtórnego Unii Europejskiej wiążące państwa

¹⁴⁵ Por. R. Paczuski, *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz 1994, s. 53.

¹⁴⁶ Bundesgesetz über den Schutz der Tiere (Tierschutzgesetz – TSchG), <http://de.wikipedia.org/wiki/Tierschutzrecht>, [dostęp dn. 22.11.2010 r.]

¹⁴⁷ Tierschutzgesetz (TSchG) z 16.12.2005 r., <http://www.admin.ch/ch/d/sr/455/a2.html> [dostęp dn. 22.11.2010 r.]

¹⁴⁸ Dz.U. z 2003 r., Nr 106, poz. 1002 z późn. zm.

członkowskie Wspólnoty. Fakt ten pozwala sformułować kolejną cechę – dostosowywania wewnętrznego prawa niemieckiego ochrony zwierząt do ustawodawstwa Unii Europejskiej.

Kolejna cecha systemu prawa ochrony zwierząt w Niemczech to umiędzynarodowienie ochrony. Znaczną rolę /w porównaniu do systemów innych dziedzin i gałęzi prawa/ odgrywają umowy międzynarodowe, których stroną jest Unia Europejska lub Niemcy. Podobne umiędzynarodowienie można zauważyć jedynie w prawie gospodarczym i prawie ochrony środowiska.

Prawo ochrony zwierząt cechuje otwartość¹⁴⁹ polegająca na uwzględnianiu dorobku innych nauk – zoologii, fizjologii zwierząt, etyki. Z art. 20a Konstytucji wynika obowiązek Państwa permanentnej analizy dostosowania prawa ochrony zwierząt do dorobku tych nauk. Wraz z nowymi sposobami utrzymywania zwierząt zmieniają się przepisy, przede wszystkim ustawy o ochronie zwierząt. Z tej cechy wynikają dwie następne, a mianowicie ścisły związek z rozwojem wiedzy o zwierzętach i rozwojem etyki.

Kolejna cecha to bardzo szeroki –w porównaniu z systemami innych gałęzi lub dziedzin prawa - obszar unormowań. Wcześniejsza analiza źródeł prawa ochrony zwierząt pozwala wskazać na związek z prawem konstytucyjnym, międzynarodowym, ochrony środowiska, prawem rolnym, prawem cywilnym, administracyjnym i karnym.

Ewolucja systemu prawa ochrony zwierząt w Niemczech prowadzi do wniosku, iż system ten cechuje się dynamicznością, czyli ciągłym podnoszeniem poziomu ochrony zwierząt. Wystarczy porównać poziom ochrony z lat 30-tych z obecnymi rozwiązaniami, bądź brzmienie ustawy o ochronie zwierząt w momencie jej uchwalenia z aktualnym tekstem. Ustawa z 1933 r. składała się z 15 paragrafów i zajmowała niewiele ponad dwie strony Dziennika Ustaw Rzeszy¹⁵⁰. Aktualnie obowiązująca ustawa mimo, że składa się z 22 paragrafów jest znacznie rozbudowana i obejmuje 24 strony¹⁵¹. W latach 30-tych prawo poruszało podstawowe ogólne kwestie. Wraz z rozwojem etyki, nowych sposobów i aspektów wykorzystywania zwierząt, koniecznością dostosowania prawa wewnętrznego do rozwiązań prawnych Unii Europejskiej i obowiązaniem prawa powszechnie wiążącego Unii Europejskiej również na terenie Niemiec, system prawnej ochrony zwierząt zawiera znacznie mniej luk konstrukcyjnych i aksjologicznych w porównaniu do rozwiązań polskich.

Do cech systemu prawa ochrony zwierząt można dodać chronienie nie-

¹⁴⁹ Por. R. Paczuski, op. cit., s. 54.

¹⁵⁰ Zob. fotokopia ustawy - <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=dra-&datum=19330004&zoom=2&seite=00000987&x=14&y=10> [dostęp dn. 22.11.2010 r.]

¹⁵¹ BGBl. z 1998 r. Nr 30, s. 1105 -1120.

których zwierząt utrzymywanych poza obszarem Unii Europejskiej, ponieważ, jak wcześniej zaznaczono ustawa wprowadzająca rozporządzenia Parlamentu i Rady zakazujące handlu skórami psów, kotów i produktami zawierającymi takie skóry oraz produktami z fok¹⁵² ma na celu ochronę tych zwierząt przed okrutnym uśmiercaniem w krajach nienależących do Unii Europejskiej.

System prawa ochrony zwierząt mimo, iż kładzie nacisk na ochronę kręgowców obejmuje ochroną wszystkie zwierzęta mogące odczuwać ból cierpienie lub doznawać szkody (art. 20a Konstytucji i § 1 TierSchG).

¹⁵² Gesetz zur Durchführung gemeinschaftlicher Vorschriften über Verbote und Beschränkungen hinsichtlich der Einfuhr, Ausfuhr, des Inverkehrbringens oder des Handels mit bestimmten Tierfellen oder tierischen Erzeugnissen z 8.12.2008 r., BGBl. I Nr 57, s. 2395 z późn. zm.

SYSTEM OF LEGAL PROTECTION OF ANIMALS IN GERMANY (BASIC ISSUES)

The aim of this paper is to analyse the system of legal protection of animals applicable in the Federal Republic of Germany. In the territory of Germany, the first regulations regarding animal protection were effected in penal law. In the 17th and 18th centuries, animals were sometimes regarded as perpetrators of or associates in crime. In the second half of the 19th century, in the territory of Germany, some provisions penalizing public cruel treatment of animals were introduced into national criminal acts, as it was seen as scandalising. The true nature of the offence was not the very infliction of suffering on animals but doing so in the presence of other people, which meant the protection of morality. The evolution of the German animal protection laws led to animals being regarded as the object of protection. In the period between the passing of the first Animal Protection Act in 1933 and the text of the Act of 1972 currently in effect, the level of animal protection increased significantly, which was due to the new aspects of animal use and the necessity to adapt domestic law to Community law. The 1990 Civil Code amendments provided for the so-called dereification of animals.

The separation of animal protection law results from the provisions of Article 20a of the Constitution, which makes animal protection a fundamental task of the State, along with the protection of environment. A systemic approach to animal protection law presumes that a specific structure and internal relationships should be indicated as well as some criteria for ordering a set of animal protection legal norms. Therefore, the paper discusses the object of protection, the aim and the sources of the law as well as the general principles and characteristics of animal protection laws.

The object of protection are animals whose nervous system structure allows at least for the awareness of pain.

The sources of the law in Germany include the Constitution, international agreements, generally applicable EU law on animal protection and domestic law - mainly the Animal Protection Act. The sources of the law of particular federated states (*Bundesländer*) have been omitted for the purpose of this discussion because the aim, general principles and characteristics of animal protection law can be sufficiently researched based on the laws of the federal level.

The analysis of sources of law allows for the formulation of the following principles of animal protection law:

- the State's obligation to protect animals,
- consideration of moral values of animal welfare according to the needs of the species, prevention of suffering and protection of animals' living space by means of appropriate provisions in environmental laws,
- the primacy of human interests over animal protection,

- human responsibility for animals,
- the prohibition of unjustified infliction of pain, suffering or harm,
- prevention,
- the comprehensiveness of animal protection,
- taking into account species-related and individual differences in maintenance and handling of animals,
- higher levels of protection of vertebrate animals.

The characteristics of animal protection laws include:

- the main goals and objectives are in line with the European trends in animal protection,
- the internationalization of the protection,
- openness,
- a very wide area of regulation, in comparison with the systems of other fields of law,
- dynamism,
- protection of some animals maintained outside the territory of the European Union.

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 stronie 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.