

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039-3312

4 (216)
2018

W numerze:

- Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych *common law*
- Problematyka zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim
- Chemiczne zanieczyszczenia wód śródlądowych jako przedmiot unormowań ustawy – Prawo wodne z 2017 r.
- Przestępczość cudzoziemców w Polsce na podstawie danych policyjnej statystyki przestępczości za lata 2013–2016
- Podstawy obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2018

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039-3312

4 (216)

2018

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2018



KOMITET REDAKCYJNY:

Andrzej Bierć, Władysław Czapliński, Lech Gardocki, Ewa Łętowska,
Małgorzata Król-Bogomilska, Maria Kruk-Jarosz, Joanna Mucha-Kujawa,
Jan Skupiński, Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel

KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca redaktora naczelnego
Joanna Mucha-Kujawa – sekretarz redakcji

Zgodnie z wykazem czasopism naukowych oraz informacją Departamentu Nauki w MNiSW w związku z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 12.12.2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 poz. 2154) za każdą publikację naukową w kwartalniku „Studia Prawnicze” Autor otrzymuje **11 punktów**.

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (**CEJSH**).

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access, są dostępne na platformie czasopisma i w bazie **ICI World of Journals** (wskaźnik **ICV 42.84**).

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

© Copyright 2018 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: studiaprawnicze@inp.pan.pl

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

Publikacja „Studiów Prawniczych INP PAN” online
– zadanie finansowane w ramach umowy nr 557/P-DUN/2018.

Redakcja i korekta: Magdalena Orczykowska, Bożena Sigismund, Janusz Sigismund

Skład i przygotowanie do druku: Adrian Szatkowski

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

Nakład: 140 egz.



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego



Dr Piotr Skorupa

Warszawa

NIEWAŻNOŚĆ CZYNNOŚCI PRAWNEJ Z PERSPEKTYWY SYSTEMÓW PRAWNYCH COMMON LAW	7
§ 1. Wprowadzenie. Kryteria porównawcze	8
1.1. Uwagi wstępne	8
1.2. Założenia terminologiczne. Uwagi na temat definicji stanu nieważności i sankcji nieważności bezwzględnej	10
1.3. Definicja nieważności bezwzględnej jako normy sankcjonującej <i>ex lege</i> stanem nieważności skutków prawnych	12
§ 2. Terminologia i cechy formalne nieważności jako normy sankcjonującej w systemach tradycji prawnej <i>common law</i>	15
2.1. Rodzaje sankcji nieważności	15
2.2. Ogólna charakterystyka sankcji <i>void</i> i <i>voidable</i>	18
2.3. Definicje <i>void</i> i <i>voidable contracts</i>	19
2.4. Definicje <i>unenforceable contracts</i>	24
§ 3. Sankcja z tytułu nielegalności (<i>Illegality</i>)	27
3.1. Cechy formalne normy sankcjonującej	27
3.2. Problem nieproporcjonalności sankcji z powodu nielegalności	30
3.3. Podstawowe wady uzasadniające zarzut <i>illegality</i>	33
§ 4. Skutki naruszenia ustawy	36
4.1. Uwagi ogólne	36
4.2. Nieważność ustawowa	37
4.3. Nieważność na gruncie prawa powszechnego (<i>common law</i>) – ogólna systematyka	41
§ 5. Sankcja nielegalności ustawowej oraz nielegalności na gruncie prawa powszechnego (<i>common law</i>)	42
5.1. Sankcja nielegalności ustawowej (<i>contracts illegal by statute, contracts rendered unenforceable by statute; statutory illegality</i>)	42
5.2. Koncepcja dorozumianego zakazu ustawowego w <i>common law</i>	42
5.3. Sankcja nielegalności na gruncie prawa powszechnego (<i>contracts illegal at common law</i>)	46
5.4. Sprzeczność z wartościami pozaustawowymi (<i>public policy</i>)	46
5.5. Efekt nielegalności w zakresie egzekwowalności umowy oraz <i>restitutio in integrum</i> a proporcjonalność normy sankcjonującej i model sankcji sędziowskiej	49
§ 6. Stanowisko prawa amerykańskiego na tle systemów prawnych tradycji <i>common law</i>	59
6.1. Uwagi ogólne o typologii sankcji wadliwości	59
6.2. Cechy formalne sankcji nieegzekwowalności (<i>unenforceability</i>) w prawie amerykańskim	64

§ 7. Nieważność częściowa w systemach <i>common law</i> – przesłanki ogólne	68
§ 8. Uwagi ogólne o wpływie sankcji sędziowskiej wg <i>common law</i> na prawo polskie	74
8.1. Sankcja sędziowska <i>structured discretion</i> w projekcie polskiego Kodeksu cywilnego z 2015 r.	74
8.2. Okoliczności materialne kreujące cechy formalne normy sankcjonującej w projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r.	78
§ 9. Uwagi końcowe	80
Bibliografia	82

Mgr Kamila Pałasz

Krakowska Akademia im. A. Frycza-Modrzewskiego

PROBLEMATYKA ZRZECZENIA SIĘ PRAW AUTORSKICH W USTAWODAWSTWIE POLSKIM.	89
1. Pojęcie zrzeczenia się praw	91
2. Zrzeczenie się autorskich praw osobistych	94
3. Zrzeczenie się autorskich praw majątkowych	99
4. Wnioski i postulaty <i>de lege ferenda</i>	103
Bibliografia	105

Dr hab. Jerzy Rotko, prof. INP PAN

Instytut Nauk Prawnych PAN

PROBLEM ZANIECZYSZCZENIA WÓD ŚRÓDLĄDOWYCH SUBSTANCJAMI CHEMICZNYMI W ŚWIETLE PRAWA EUROPEJSKIEGO ORAZ PRAWA KRAJOWEGO – UWAGI KRYTYCZNE.	109
1. Wprowadzenie	110
2. Substancje zanieczyszczające w ustawie Prawo wodne	115
3. Normy jakości wód powierzchniowych	121
4. Normy jakości wód podziemnych.	123
5. Normy dozwolonej emisji zanieczyszczeń do wód	124
6. Normy jakości wód oraz normy dozwolonej emisji w ustawie Prawo wodne z 2017 r.	129
7. Wnioski	132
Bibliografia	134

Prof. dr hab. Irena Rzeplińska, dr Justyna Włodarczyk-Madejska

Institut Nauk Prawnych PAN

PRZESTĘPCZOŚĆ CUDZOZIEMCÓW W POLSCE NA PODSTAWIE DANYCH POLICYJNEJ STATYSTYKI PRZESTĘPCZOŚCI ZA LATA 2013–2016	137
Wstęp	138
Obywatelstwo podejrzanych cudzoziemców	139
Cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstw na terenie Polski w latach 2013–2016	141
Przestępczość cudzoziemców w latach 2013–2016	145
Płeć cudzoziemców popełniających przestępstwa na terenie Polski.	152
Miejsce rejestracji przestępczości cudzoziemców – miejsce popełnienia czynu	153
Zakończenie	157
Bibliografia	160

Mgr Jarosław Tekliński

Institut Nauk Prawnych PAN

PODSTAWY OBLIGATORYJNEGO ODROCZENIA WYKONANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI	165
1. Uwagi wstępne	166
2. Choroba psychiczna	171
2.1. Problemy definiowania	171
2.2. Problemy prawne	177
3. Inna ciężka choroba	188
4. Uwagi końcowe	195
Bibliografia	198

Zasady zgłaszania materiałów do publikacji

203

Szczegółowe zalecenia edytorskie dla autorów

204

Procedura recenzyjna

207

Lista recenzentów artykułów opublikowanych w 2018 r.

208



Dr Piotr Skorupa
Warszawa
piotr_skorupa@o2.pl

Nieważność czynności prawnej z perspektywy systemów prawnych *common law*

Abstrakt

Artykuł opisuje złożoną problematykę nieważności czynności prawnej w jurysdykcjach *common law*. W ramach oceny najnowszych tendencji dotyczącej proporcjonalnego i nowoczesnego modelu normatywnego sankcji nieważności bezwzględnej szczególną uwagę zwraca się na ustawową sankcję sędziowską (*structured discretion*) zaproponowaną w związku z reformą instytucji *illegality* i *immorality* w prawie umów (i innych czynności prawnych).

Wpływ propozycji sankcji sędziowskiej na prawo polskie został ukazany na tle prac nad reformą sankcji *illegality* w niektórych krajach *common law*. Prace te wraz z bardzo cennymi materiałami zgromadzonymi w trakcie konsultacji miały także wpływ na kształt sankcji i jej proporcjonalizacji podczas opracowywania *Common Frame of Reference*. Przeanalizowano m.in. konieczne do poczynienia postępu w tej dziedzinie odejście od naturalistycznego postrzegania sankcji nieważności bezwzględnej w prawie prywatnym i rezygnacji z dogmatów wypracowanych jeszcze w czasach tzw. wielkich kodyfikacji XIX w. Dorobek nauki prawa i judykatury *common law* pokazuje jednoznacznie, że lakoniczna terminologia w normatywnych modelach sankcji nieważności bezwzględnej w kręgu *ius civile* wywarła negatywny wpływ na skuteczność i efektywność prawa.

Abstract

The article describes the complex institution of invalidity of juridical acts in common law jurisdictions. As a part of the assessment of the latest tendencies regarding proportional and modern normative model of such nullity, special attention is paid to the statutory sanctions (structured discretion) proposed to establish the legal effects of illegal and immoral contracts.

The impact of the sanctions on Polish law has been presented in the context of the reform of effects of illegality in some common law countries. These findings together with very valuable materials collected during the consultations process had also an impact on the shape of the sanction and its proportionality in the Common Frame of Reference. It was examined and analyzed that there is a need to move forward away from a naturalistic perception of invalidity in private law and to resign from the dogmas developed in the so-called the great codifications of the nineteenth century. The achievements of courts and jurisprudence in common law clearly showed that laconic terminology in normative models of absolute sanctions in the *ius civile* legal systems had very negative impact on the effectiveness and efficiency of the law.

§ 1. Wprowadzenie. Kryteria porównawcze

1.1. Uwagi wstępne

Podstawowym celem artykułu jest przybliżenie stanowiska systemów *common law* w zakresie stosowania środków prawnych, identyfikowanych w naszej tradycji prawnej pod nazwą „sankcja nieważności bezwzględnej”. Nieważność jako sankcja wadliwej czynności prawnej jest jedną z głównych instytucji prawa prywatnego. Zastosowanie tej sankcji łączy się bowiem z uniwersalnym problemem nieważności skutków prawnych, które miały nastąpić w związku z dokonaniem czynności prawnej. Rozwiązania *common law*, zwłaszcza dotyczące reakcji systemu prawa na przypadki najpoważniejszych wad czynności prawnej, którymi są niezgodność z przepisami prawnymi oraz niemoralność, nabierają szczególnego znaczenia w kontekście prac nad przyszłym polskim Kodeksem cywilnym i zmianami ustawowego modelu sankcji nieważności bezwzględnej.

Przedstawienie nieważności bezwzględnej w tradycji *common law* jest utrudnione, ponieważ ograniczona jest przydatność prostego stosowania kategorii pojęciowych wypracowanych w tradycji *ius civile*. Dotyczy to zarówno zagadnień formalnoprawnych i teoretycznych (np. pojęcie nieważności, definicja sankcji, rozumienie cech formalnych normy sankcjonującej, w tym proceduralnych

zasad jej stosowania), jak też zagadnień materialnych (tj. podstaw stosowania nieważności z mocy prawa).

Ze względu na dość duże odrębności w stosunku do prawa polskiego celowe jest przyjęcie szeregu uproszczeń lub konwencji pojęciowych. Możliwe przy tym jest oparcie się na terminach wypracowanych przez dorobek tradycji *ius civile*, choćby o stereotypowych lub wręcz mylących zakresach znaczeniowych.

Kolejnym wyzwaniem jest wyjaśnienie charakterystyki instytucji prawnej o ogromnym znaczeniu praktycznym, którym jest sankcja stosowana w przypadku tzw. nielegalności lub niemoralności czynności prawnej. Widoczna jest tutaj duża różnica w stosunku do typowych rozwiązań systemów *ius civile*. W *common law* preferowane następstwa takich wad dotyczą istotnego zmodyfikowania cech formalnych normy sankcjonującej nieważnością bezwzględną, która powoduje brak albo istotne ograniczenie możliwości przywrócenia stanu poprzedniego. Dla *ius civile* prawo do *restitutio in integrum* jest regułą. Zachodzi zatem w *common law* pierwsza bardzo istotna różnica w koncepcji cech proceduralnych sankcji porównywalnej do kontynentalnej nieważności bezwzględnej (z mocy prawa) – wypracowana została odmiana szczególnej takiej sankcji, nazwana „niezaskarżalnością (*unenforceable contract*), powodująca wspomnianą utratę roszczeń kontraktowych, restytucyjnych (z bezpodstawnego wzbogacenia), a nawet deliktowych wynikających z danego stanu faktycznego.

Jedną z podstaw tej sankcji – zarzut niezgodności z ustawą lub porządkiem publicznym jest szczególnie szeroko stosowany, co często powoduje nieproporcjonalne rezultaty (np. w przypadku naruszenia przepisów o technicznym, publicznoprawnym lub pozbawionych znaczenia dla przedmiotu danej transakcji). W sytuacji jednostronnego (częściowego) wykonania umowy dla osoby nieświadomej nielegalności i pokrzywdzonej brakiem przywrócenia stanu poprzedniego z reguły oznaczało to poniesienie nieproporcjonalnej straty na transakcji (w tym do znaczącej szkody z powodu utraty prawa własności wskutek niedopuszczalności przywrócenia stanu poprzedniego). Wynikało to z braku ochrony prawnej w systemie na roszczenia stron umowy (tzw. zasada braku interwencji sądu, wynikająca z sankcji opisowo nazwanej „niezaskarżalnością”). Utrwalało to *status quo* po częściowym lub całkowitym przeprowadzeniu transakcji wadliwej.

Stosowanie tak sztywnej, nieelastycznej i przez to nieproporcjonalnej sankcji dało asumpt do podjęcia prac legislacyjnych w niektórych krajach *common law*. W ich wyniku nastąpiło przyjęcie w kilku jurysdykcjach ustawowej podstawy do orzekania dyskrecjonalnego – delegującego na sędziego określenie sankcji wedle pewnego katalogu kryteriów, jeżeli naruszone przepisy nie regulują wyraźnie sankcji za ich naruszenie. Następnie regulacje te wywarły wpływ na stanowisko *ius civile*, w szczególności dzięki wykorzystaniu ich w pracach nad prawem modelowym w Unii Europejskiej. Doszło dzięki temu do zrobienia

w europejskim prawie modelowym (*The Principles of European Contract Law* oraz *Common Frame of Reference*¹) interesującej kariery przez specyficzną odmianę normy sankcjonującej określanej mianem *structured discretion*.

W 2015 r. (w zmienionym projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2009 r.) zaproponowano wprowadzenie istotnej zmiany w tradycyjnym sposobie sankcjonowania takich wad, którą oparto na dyskrejonalnej, uporządkowanej sankcji sędziowskiej (*structured discretion*)². Rozwiązanie to ma na celu wprowadzenie ustawowej podstawy do proporcjonalizacji stosowania nieważności z mocy prawa jako sankcji. Warto odnotować, że zasada proporcjonalności – adekwatnej i skutecznej reakcji na daną wadę – przyświecała inicjatywom legislacyjnym w kilku krajach *common law*. Niektóre z nich zostaną w najistotniejszych aspektach przedstawione w dalszych rozważaniach.

Wydaje się, że głównie pod wpływem rozwiązań DCFR w drugim projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r. dokonano fundamentalnej zmiany podejścia do cech formalnych normy sankcjonującej stanem nieważności *ipso iure* (nieważności bezwzględnej) w obszarze regulacji następstw sprzeczności z prawem lub normami moralnymi. W ten pośredni sposób *common law* wywarło wpływ na prawo polskie w bardzo istotnej materii. Koncepcja *structured discretion* zostanie poniżej przybliżona dla wyjaśnienia przyczyn jej zaadaptowania przez *common law* w omawianym obszarze prawa prywatnego.

1.2. Założenia terminologiczne. Uwagi na temat definicji stanu nieważności i sankcji nieważności bezwzględnej

Najdalej idącym problemem, rzutującym istotnie na zakres niniejszego artykułu jest zdefiniowanie pojęcia sankcji nieważności z mocy prawa (bezwzględnej) w zestawieniu z innymi normami sankcjonującymi powodującymi stan nieważności, a następnie wykorzystanie tej aparatury pojęciowej w przedstawieniu

¹ Następnie unormowanie *The Principles of European Contract Law* wykorzystano w dużej mierze w UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC). W UPICC z 1994 i 2004 r. brakowało pełnej regulacji nieważności bezwzględnej. Skutki prawne nielegalności i niemoralności umów oraz koncepcja sankcji została wdrożona przy okazji trzeciej edycji ww. reguł w 2010 r. Obecnie powtórzono ją w edycji PICC z 2016 r. W zasadach z 1994 i 2004 r. jedynie w art. 6.1.17 PICC przewidziano sankcję nieważności bezwzględnej umowy, całkowitą lub częściową, w przypadku braku zgody na zawarcie umowy lub jej wykonanie (art. 6.1.14 PICC). W 3 edycji *Principles Of International Commercial Contracts* w maju 2008 r. (oraz w wersji gruntownie poprawionej w maju 2009 r.) opublikowano projekt rozdziału o nielegalności i niemoralności umów. Z niewielkimi zmianami powtórzony został w edycji z 2016 r.

² Por. szerzej R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Księga I. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami opracowanymi przez członków zespołu problemowego KKPC*, pod red. P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, s. 104 i nn.

ogólnych założeń nieważności w *common law*. Problem dotyka *common law* w porównywalnym stopniu co np. naukę polską, gdzie wiele sporów prowadzonych jest o zakresy znaczeniowe i wzajemne relacje terminów: nieważny, bezskuteczny, wadliwy albo o cechy nieważności i jej proceduralne stosowanie. W nauce zwraca się trafnie uwagę, że najdrobniejsze uproszczenia i przesunięcia w typologii wadliwych czynności prawnych mogą być brzemienne w swych następstwach³.

Zakres znaczeniowy słowa „nieważność”, co empirycznie potwierdza przegląd wypowiedzi doktryny i orzecznictwa większości jurysdykcji *ius civile* i *common law*, najczęściej stosowany jest w znaczeniu naturalnym. W modelach normatywnych wielu jurysdykcji brakuje pełnej regulacji cech formalnych tej normy sankcjonującej, a zwłaszcza ustawowej definicji, jak rozumieć sankcję nieważności od strony jej cech formalnych (tj. bezwzględną, względną, zawieszoną), tj. nie określa się proceduralnych cech formalnych normy sankcjonującej. Oddaje się wówczas inicjatywę judykaturze i jursprudencji. Niestety, nie wzmacnia to efektywności systemu prawa, ponieważ interpretacja nieważności w prawie prywatnym najczęściej opiera się na naturalistycznym postrzeganiu nieważności jako instytucji prawnej zdefiniowanej przez same podwaliny systemu prawa prywatnego; jako bytu niemal ontologicznego.

W aktualnym prawie polskim przepisy nie zawierają określenia „nieważność bezwzględna”⁴; najczęściej zawierają termin nieważność, a bardzo sporadycznie „nieważność z mocy ustawy”. Problemem w takim przypadku jest ocena, czy mamy do czynienia z nieważnością jako następstwem zastosowania innych sankcji (np. bezskuteczności zawieszony), czy jest to sankcja stanu nieważności (braku) skutków prawnych *ex lege*. Dotykamy tutaj bardzo istotnego problemu prawa prywatnego – dwupoziomowego znaczenia terminu nieważności. W największym skrócie wyjaśniając to stwierdzenie, należy przede wszystkim wskazać, że z punktu widzenia następstw zastosowania danej sankcji wadliwości, to stan, w którym czynność prawna nie wywiera zamierzonych skutków prawnych, jest ostatecznym wynikiem zastosowania każdej z sankcji „wadliwości”. Poszczególne odmiany takich norm sankcjonujących to środki prawne, których stosowanie eliminuje z obrotu skutki prawne oświadczenia woli (czynności prawnej) w określonej procedurze opartej na kompetencjach podmiotów chronionych albo norma sankcjonująca działa z mocy samego prawa⁵.

³ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem i judykaturą, M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 39 i nn.

⁴ Niektóre kodyfikacje stosują inne podejście do definicji, np. Kodeks Napoleona po reformie z 2016 r., Kodeks cywilny kanadyjskiej prowincji Québec, Kodeks cywilny stanu Luizjana.

⁵ Por. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 438–439, P. Skorupa, *Normatywne modele sankcji nieważności bezwzględnej, a nieistniejąca czynność prawna*, „Studia Prawnicze” 2010, z. 1, s. 33–37.

Wydaje się w konkluzji, że raczej pewnym utartym sposobem mówienia i tradycją, która ugruntowana jest obecną terminologią kodeksową, jest wyodrębnienie innych – od sankcji nieważności bezwzględnej – odmian środków ochrony prawnej jako „sankcji”⁶, a nie przepisów kompetencyjnych opisujących proceduralne ułożenie praw i obowiązków uczestników czynności prawnej dotyczące jej wzruszenia, potwierdzenia lub nawet względnej bezskuteczności (por. art. 59 kc). Zrozumienie tła sporów wynikających z niedookreślonych zakresów znaczeniowych terminów niezbędne jest dla oceny sposobu tworzenia normatywnych modeli normy sankcjonującej nieważnością *ex lege*. W tym ostatnim zdaniu kryje się założenie *de lege ferenda* – model norm sankcjonujących brakiem (nieważnością) zamierzonych skutków prawnych powinien mieć w sposób ustawowy (obok terminologii i definicji) uregulowany zespół cech formalnych nieważności jako normy sankcjonującej. Innymi słowy, ustawa powinna wskazywać cechy formalne normy sankcjonującej, które są emanacją celu tej sankcji. Chodzi o wykluczenie skutków prawnych, jakich nie zamierza ustawodawca tolerować w systemie prawa z powodów określonej polityki. Wykluczenie to powinno nastąpić w przypadku wad najpoważniejszych w sposób szybki i skuteczny – *ex lege* – oraz proporcjonalny do danego naruszenia. W konsekwencji, w tym dla uniknięcia nieco pretensjonalnego odrzucenia utrwalonych tradycji terminologicznych, można zaaprobować stosowanie słowa „bezwzględna” w odniesieniu do omawianej sankcji⁷. Podejście to zastosowano, np. w prawie francuskim, definiując nieważność absolutną i relatywną w ramach reformy z 2016 r. Z tym zagadnieniem łączy się kolejny problem – kształt normatywnej definicji nieważności bezwzględnej.

1.3. Definicja nieważności bezwzględnej jako normy sankcjonującej *ex lege* stanem nieważności skutków prawnych

Definiowanie nieważności nie jest w zasadzie możliwe bez uprzedniego wytyczenia założeń konwencjonalnych i teoretycznoprawnych. Dla potrzeb takiej

⁶ Por. odmienne i krytyczne stanowisko R. Trzaskowskiego – R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*. W *poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013, s. 258.

⁷ W sprawie stanu nieważności – braku skutków prawnych – wynikającego z innych norm sankcjonujących, np. wzruszalności lub bezskuteczności zawieszony, można sformułować generalną uwagę, że powstaje on w razie zaistnienia zdarzeń dodatkowych (np. oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych, odmowy potwierdzenia czynności prawnej podjętej z przekroczeniem pełnomocnictwa). Stanowisko to nie jest prezentowane w nauce. Dominuje pryzmat badawczy, który objaśnia sens wadliwych czynności prawnych z wykorzystaniem podejścia ontologicznego, praktycznego, w tym z powołaniem się na dorobek teorii czynności konwencjonalnych – por. w tym ostatnim przypadku zamiast wielu M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*; Tenże, *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010, s. 8 i nn.

definicji należy rozstrzygnąć uprzednio zakres pojęciowy terminu sankcja i przedmiot sankcji, sposób zastosowania sankcji: cechy proceduralne (formalne cechy normy sankcjonującej sprzężonej z normami merytorycznymi), następstwo zastosowania sankcji, czyli sposób oddziaływania względem nieakceptowalnych skutków prawnych.

Definicja jest, jak głosi znana paremia, źródłem zagrożenia błędem. Można spróbować takie ryzyko mitygować poprzez definicję nieważności bezwzględnej wyłącznie w ujęciu konwencjonalnym. Kluczową kwestią jest przesądzenie, że na mocy normy sankcjonującej z danym zachowaniem prawo nie łączy żadnych, w tym również tzw. zamierzonych, skutków prawnych przez składającego oświadczenie woli; oraz że efekt ten występuje w ściśle określonym trybie. Jest to zagadnienie najważniejsze dla zapewnienia efektywności prawa – system prawny eliminacji (czyli „nieważność”) skutków prawnych realizuje poprzez system reguł opisujących procedurę (tryb) ich usunięcia lub zablokowania możliwości ich powstania.

Ilustracją możliwych sposobów definiowania jest wskazanie, że od strony techniki legislacyjnej model normatywny może być oparty na podejściu opisowym albo na rozwiązaniu odmiennym – podejściu syntetycznym. Zdanie opisowe może brzmieć: *działanie sprzeczne z normą X nie wywiera od początku żadnych skutków prawnych zamierzonych przez podmiot P lub nie wywiera skutków prawnych ustawowo do tego działania „przypisywalnych” (art. 56 kc), a brak skutków prawnych nie wymaga sądowego potwierdzenia i każdy podmiot może powołać się, w każdym czasie, na fakt całkowitego braku skutków prawnych z mocy prawa.* W regulacji kodeksowej może to zostać zamienione na zdanie syntetyczne: *„czynność prawna sprzeczna z normą X jest nieważna”.*

W przypadku takiej lakonicznej, choć eleganckiej, jednozdaniowej regulacji (por. art. 58 kc lub § 134 niemieckiego Kodeksu cywilnego), jeżeli nie jest normatywnie sprecyzowana kwestia, jak owa „nieważność” operacyjnie ma wystąpić, pojawia się oczywista i natychmiastowa możliwość zaistnienia sporów opartych na wieloznaczności słowa „nieważność”. Historia wielu kodyfikacji dostarcza twardych dowodów empirycznych, że nauka prawa i orzecznictwo nie są odporne na naturalne – ontologiczne konotacje terminu „nieważność”. Najczęściej proponuje się modyfikację trybu wystąpienia nieważności w celu unikania automatyzmu nieważności z mocy prawa – czyli zmienia się cechy formalne sankcji, to zaś wywołuje różnego rodzaju spory.

Oдноśnie do określenia cech normy sankcjonującej uzasadniony wydaje się wniosek, że na gruncie podejścia proceduralnego definiuje to system prawa. W odmiennym przypadku konieczne byłoby przyjęcie założenia o istnieniu i prymacie ontologicznego rozumienia nieważności. Wówczas należałoby zaakceptować nieważność jako instytucję prawną narzuconą przez prawo naturalne. Można to określić „ontologizacją” sankcji nieważności

bezwzględnej: zamiast podejścia normatywnego do istoty tej normy sankcjonującej, której stosowanie oparte jest na potrzebach kreowanych polityką prawa. Tym samym narzuca się „naturalne” cechy sankcji nieważności bezwzględnej⁸. Powoduje to wzrost nieprzewidywalności i rozbieżności rozstrzygnięć sądów.

Na zakończenie uwag wprowadzających, należy odnieść się do pojęcia sankcji. Termin ten w kontekście sankcji nieważności jest wynikiem przyjęcia dużej umowności i utrwalenia się tego określenia w znaczeniu istotnie odległym od przypisywanego temu terminowi⁹. Kontynuując tę myśl należy przyjąć za E. Łętowską, że „wielość typów sankcji (rozumianej jako uchybienie jakiemuś obowiązkowi) jest charakterystyczną cechą prawa cywilnego. To powoduje, że posługiwanie się uogólnionym pojęciem «sankcji w prawie cywilnym» jest mało przydatne i nieoperatywne”¹⁰.

Wydaje się, że najtrafniejszym ujęciem pojęcia „sankcja” w kontekście nieważności bezwzględnej jest zaakceptowanie, że to termin mylący; nieadekwatny do potrzeb cywilistyki¹¹. Jego zaś stosowanie ma walor o tyle przydatny, jeżeli pamięta się, że prawidłowo powinno się ujmować następstwa wadliwości czynności prawnej od strony stosowania norm sankcjonujących. Norma sankcjonująca z punktu widzenia prawa efektywnego powinna być postrzegana wyłącznie jako byt konwencjonalny: dzięki czemu możemy odrzucić znaczenia stereotypowe, spory o słowa i szkodliwą ontologizację¹².

Zgodnie z poprzednimi uwagami tok dalszych rozważań będzie oparty na łącznym przedstawieniu zagadnień formalnych (cechy formalne normy

⁸ W ostatnich latach w nauce polskiej nastąpił istotny zwrot w tradycyjnym rozumieniu terminologii kodeksowej dotyczącej nieważności – por. zamiast wielu R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych...*, s. 790 i nn. Autor m.in. krytycznie ocenia propozycję uznania stanu nieważności za sankcję właściwą, gdzie instytucje – takie, jak: sankcja nieważności bezwzględnej, nieważności względnej, bezskuteczności zawieszony lub bezskuteczności względnej – normują jak i czy w ogóle dojdzie do stanu nieważności skutków prawnych – Tamże, s. 257–259.

⁹ Por. szerzej M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymiarowania*, Warszawa 2008, s. 40–41.

¹⁰ E. Łętowska, *Sankcje w prawie cywilnym – zarys problemu*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19, s. 1015.

¹¹ Tamże, s. 1015–1016.

¹² W sprawie rozumienia pojęcia „sankcja” – por. zamiast wielu tamże, *passim*. Należy przywołać jedną z wielu trafnych wypowiedzi autorki o znaczeniu pierwszorzędym dla nauki o nieważności czynności prawnej: *wielość typów sankcji (rozumianej jako uchybienie jakiemuś obowiązkowi) jest charakterystyczną cechą prawa cywilnego. To powoduje, że posługiwanie się uogólnionym pojęciem „sankcji w prawie cywilnym” jest (...) nieoperatywne. (...) Uogólnionego pojęcia sankcji w prawie cywilnym po prostu brak*; por. także A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 212–213.

sankcjonującej) oraz materialnych (merytoryczne normy sankcjonowane, tzn. podstawy nieważności z mocy prawa)¹³.

Powyższa problematyka i konieczność poszukiwania proporcjonalności w stosowaniu sankcji nieważności bezwzględnej (lub analogicznych instrumentów prawnych) dotyka także jurysdykcje *common law*. Koncepcja nieważności czynności prawnej jest uzupełniona i wręcz zastąpiona w znacznej mierze doktryną *illegality* oraz wypracowaniem innej normy sankcjonującej – wspomnianej sankcji niezaskarżalności. Wynikają z tego interesujące wnioski dla prawa kontynentalnego oraz problemy praktyczne głównie związane z rozciągnięciem zasięgu tej sankcji na utratę roszczeń o przywrócenie stanu poprzedniego.

§ 2. Terminologia i cechy formalne nieważności jako normy sankcjonującej w systemach tradycji prawnej *common law*

2.1. Rodzaje sankcji nieważności

Dalsze rozważania będą się odnosić głównie do prawa umów. Tradycja *common law* prezentuje mniejsze przywiązanie do abstrakcyjnych pojęć jak czynność prawna. Nieważność bezwzględną w takiej sytuacji należy przedstawić na tle prawa umów. Powszechnie wyróżnia się trzy odmiany wadliwych umów: umowy nieważne (*void*), wzruszalne (*voidable*) oraz nieegzekwowalne, niezaskarżalne (*unenforceable*), gdzie każda z wad jest sankcjonowana stanem nieważności skutków prawnych po zastosowaniu określonej procedury przez uprawniony podmiot albo z mocy prawa¹⁴. Innymi słowy sankcje te informują o różnych stopniach nieskuteczności (bezskuteczności) umowy¹⁵.

Od strony źródeł wadliwości powszechnie wyróżnia się następujące odmiany nieważności lub sankcji *unenforceable*:

- umowy nieważne z mocy ustawy (*contracts declared void by statute*);
- umowy nielegalne z mocy ustawy (*contracts declared illegal by statute*);
- umowy nieważne w prawie powszechnym (*contracts void at common law*);

¹³ W kwestii porównań na poziomie stosowania prawa por. także w polskim piśmiennictwie – W. Jarosiński, *Wpływ stosowania normy pretorskiej na treść zobowiązań w prawie polskim i angielskim*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2011, nr 1, s. 36 i nn.

¹⁴ *Chitty on Contracts, General Principles*, vol. 1, pod red. H.G. Beale’a, wyd. 31, London 2014, s. 80–81.

¹⁵ W nauce podkreśla się, że do tych trzech zasadniczych terminów w praktyce stosowana jest także inna terminologia – por. szerzej J.A. Schaefer, *Beyond a Definition: Understanding the Nature of Void and Voidable Contracts*, „Campbell Law Review Review” 2010, vol. 33, s. 193.

- umowy nielegalne w prawie powszechnym (*contracts illegal at common law*)¹⁶.

Podziały powyższe wymagają oceny ich następstw praktycznych, stąd w dalszych rozważaniach podjęta będzie próba wskazania czynników najmocniej rzutujących na odrębności w formalnych (proceduralnych) cechach norm sankcjonujących.

Porównanie podejścia systemów *common law* do nieważności umów (i innych czynności prawnych) w prawie kontynentalnym, w tym polskim, niezbędnym czyni uwzględnienie następujących kwestii i problemów:

- odmiennej konstrukcji systemu *common law* w zakresie innych relacji norm prawa materialnego i procesowego. W *ius civile* gwarancją wymiaru sprawiedliwości są normy prawa materialnego, a celem norm procesowych jest, co do zasady, jedynie wprowadzenie norm prawa materialnego w życie¹⁷,
- wywodzenie się prawa umów z prawa formalnego: oparcie jego rozwoju na ewolucji skargi (rytu) o zwrot długu i brak wpływu pojęcia oświadczenia woli (a tym samym czynności prawnej) na powstanie prawa do ww. skargi o zwrotu długu¹⁸,
- ochrona powagi sądów i wynikający z tego zakaz przyznawania skargi z umów naruszających ustawy i moralność (pochodzenie pewnych następstw sankcji *unenforceable*),
- brak roszczeń restytucyjnych oraz o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia w przypadku najpoważniejszych rodzajów wadliwości (np. nielegalności, niemoralności lub naruszenia porządku publicznego),
- brak wyodrębnionej gradacji stopnia naruszeń ustaw na mniej lub bardziej istotne w kontekście stosowania sankcji niezaskarżalności.

W nauce podkreśla się, że *common law* nie jest wolne od sprzeczności w traktowaniu języka ustawy odwołującego się do terminu nieważności jako sankcji. W takiej sytuacji często przyjmuje się zarówno sankcję nieważności bezwzględnej, jak też względnej nieważności¹⁹. Przypomina to np. problemy z typologią sankcji w prawie polskim. Warte odnotowania jest, że jeżeli nie mamy

¹⁶ Ch. Turner, *Key Facts Key Cases, Contract Law*, Abingdon 2014, s. 176.

¹⁷ Por. w szczególności wraz z dalszym piśmiennictwem J. Halberda, *Historia angielskich quasi-kontraktów a zasada bezpodstawnego wzbogacenia*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 65.

¹⁸ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, m.in. D. Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s Consideration and Form*, „Columbia Law Review” 2000, vol. 100, iss. 1, s. 141, 102. W kwestii historii *common law* – por. szerzej wraz z dalszym piśmiennictwem J. Halberda, *Historia angielskich quasi-kontraktów...*, s. 66., tenże, *Podobieństwa między prawem rzymskim i angielskim na przykładzie reguł dotyczących postępowania i zobowiązań*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 1, s. 52 i nn.; Tenże, *Zasada bezpodstawnego wzbogacenia w prawie angielskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2014, nr 2, s. 93.

¹⁹ J.A. Schaefer, *Beyond a Definition...*, s. 193, 204–205, *passim*.

do czynienia z wadą skutkującą nielegalnością umowy, to problem związany z rozpoznaniem różnic pomiędzy nieważnością względną a nieważnością bezwzględną nie ma większego znaczenia wskutek określonego układu kompetencji sędziego do rozpoznania sprawy pod względem materialnym²⁰.

Nauka dostrzega problem bardzo ważny (obecny także w tradycji kontynentalnej) wynikający ze stosowania niektórych terminów dotyczących wadliwości w sposób zamienny, trywializujący dystynkcje pomiędzy poszczególnymi sankcjami wadliwości²¹. Podobnie jak w prawie kontynentalnym zwraca się celnie uwagę na występowanie wielu niejasnych sposobów tworzenia typologii i systemu wadliwych umów²². Podkreśla się, że rodzaje wadliwych umów wskazują na różne stopnie osłabienia skuteczności i nie są w *common law* wyodrębniane z zadowalającą precyzją²³.

Przed omówieniem głównych podstaw sankcji porównywalnej do nieważności bezwzględnej, należy zapowiedzieć, że model typologii sankcji wadliwości *common law* nie jest spójny. Poglądy zarówno orzecznictwa, jak i doktryny w wielu przypadkach potrafią być tak samo niejasne lub wewnętrznie sprzeczne jak w krajach *ius civile*. Co więcej: na systematykę sankcji wadliwości mocny wpływ wywiera materialność i istotność naruszeń – niezgodność celu lub treści czynności prawnej z prawem lub moralnością (porządkiem publicznym) stanowi z reguły o nielegalności (stosunkowo rzadko mowa jest o nieważności *ab initio*), naruszenie innych wymogów uruchamia sankcję nieważności lub wzruszalności. Od strony terminologicznej najistotniejsze wahanie występuje pomiędzy stosowaniem nieegzekwowalności i nieważności²⁴.

²⁰ Tamże, s. 195. Autor zwraca uwagę na rozpoznawanie przez sądy angielskie zróżnicowanych stopni nieważności od przynajmniej XVII w. Ówczesne klasyfikacje nie miały wiele wspólnego z obecnymi koncepcjami *common law* na temat nieważności. Wydaje się, że autor zauważył większe skoncentrowanie ówczesnej nauki prawa na primacie niezgodności z ustawą, która zawsze powodowała brak możliwości opierania roszczeń na takiej czynności prawnej lub związania nią stron.

²¹ Tamże, s. 193–194.

²² Tak m.in. tamże, s. 193, *passim*.

²³ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, wyd. 27, Oxford 1998, s. 19.

²⁴ Ze względu na tak szeroki zakres znaczeniowy terminu *illegal* w praktyce niektóre rodzaje wadliwych umów traktowane są jako *nieważne*, nie zaś *nielegalne*. Niekiedy identyfikowane są stany pośrednie, ponieważ relacja pomiędzy aktem prawnym nieważnym nie jest taka jak pomiędzy słowami „tak” a „nie”. Często więc niektóre skutki prawne są wywołane przez umowę – por. wraz z przywołanymi wypowiedziami sądów J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 19; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, pod red. M.P. Furmstona, wyd. 11, London 1986, s. 343–344.

2.2. Ogólna charakterystyka sankcji *void* i *voidable*

Sankcji nieważności bezwzględnej odpowiada (w przypadku naruszeń mniej poważnych od nielegalności lub niemoralności umowy) kategoria *void contracts*, a wzruszalności (nieważności względnej, unieważnialności) *voidable contracts*.

Problem określenia istoty ww. sankcji pojawia się w przypadku nielegalności i niezaskarżalności umów (oraz trustów). Wyniki analizy różnych krajów tradycji *common law* uzasadniają stwierdzenie, że nielegalność należy uznać za ogólną kategorię, która obejmuje określone rodzaje naruszeń ważnie zawartej umowy (przyczyny wadliwości treści, celu lub sposobu wykonania umowy). Nie jest to jednak sankcja tylko prawa materialnego, a bardziej skutek wady na gruncie prawa formalnego polegający na braku skargi procesowej, braku zaskarżalności, bardzo podobny do stanu nieważności, jednak istotnie różny w zakresie roszczeń restytucyjnych oraz zarzutów przeciwko roszczeniom o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia.

W systemach *common law* dla potrzeb wykładu o wadliwych umowach wyodrębnia się wspólną płaszczyznę czynników prowadzących do ostatecznego stanu nieważności umowy (*vitiating factors*), które polegają na naruszeniu następujących wymogów:

- sprecyzowanie przedmiotu umowy (klauzuli umownej) i pewność dokonanych uzgodnień (*certainty*),
- istnienie przyczyny transakcji (*consideration*),
- zamiar wywołania skutków prawnych (*intent to create legal relations*),
- brak naruszenia ustawy lub moralności (*compatibility with tests of illegality and public policy*),
- zachowanie przesłanek ważności umowy poręczenia i tzw. gwarancji poręczyciela,
- zachowanie zasady *privity of contract*, tj. przełamania zasady skuteczności umowy tylko pomiędzy stronami umowy wyłącznie na dopuszczalnych zasadach
- wprowadzenie w błąd, oszustwo, błąd, przymus oraz wyzysk²⁵.

Od strony cech formalnych sankcji sprzężonej z daną wadliwością należy podkreślić, że nie powodują one jednolitych następstw, ponieważ niektóre czynniki wywołują sankcję nieważności bezwzględnej, inne sankcję wzruszalności

²⁵ Tak, np. N. Andrews, *Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives*, Cham 2015, s. 181–199. Autor podaje jednocześnie szczególne wymogi: formy w odniesieniu do czynności prawnych pod tytułem darmym (*a gratuitous promise*). Odnośnie do zasady *privity of contract* autor wskazuje także na jej unormowanie w The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (England and Wales). W zakresie szczegółowego porównania przesłanek sankcji nieważności *ab initio* i sankcji wzruszalności – por. szerzej M. Chen-Wishart, *The Nature of Vitiating Factors in Contract Law* [w:] *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. P. Saprai, G. Klass, G. Letsas, Oxford 2014, s. 299–300.

albo sankcję niezaskarżalności, połączoną z zarzutem nielegalności²⁶. Inaczej wówczas przebiega procedura doprowadzenia do ostatecznej nieważności skutków prawnych. Niemniej jednak jest to interesujące podejście do nieważności jako stanu nieważności, co pozwala traktować wszelkie środki prawne prowadzące do tego stanu w sposób jednolity.

Ponadto w ramach głównych podstaw unieważnienia lub nieważności wyodrębnia się identycznie jak w *ius civile* wady oświadczenia woli: błędu (*mistake*), wprowadzenia celowego w błąd (*misrepresentation*), bezprawnego nacisku (*undue influence*), przymusu (*duress*), wyzysku w wyniku rażącej niesprawiedliwości kontraktowej lub nadmiernego wpływu na drugą stronę podczas zawierania umowy (*unconscionability or inequality of bargaining power*), a także brak zdolności do czynności prawnych (*capacity*)²⁷. W prawie dotyczącym restytucji – bezpodstawnego wzbogacenia – dodaje się dodatkowo działanie bez umocowania (*lack of authority*)²⁸.

2.3. Definicje *void* i *voidable contracts*

W niektórych systemach *common law* można w zasadach typu *soft law* (*restatement*) spotkać się z ujęciem dorobku nauki i judykatury w normy syntetyczne. Dzięki temu powstaje możliwość zapoznania się z zasadami ogólnymi oraz definicjami wyważającymi najważniejsze tendencje orzecznicze i poglądy doktryny.

W prawie amerykańskim zdefiniowano umowy nieważne, wzruszalne lub niezaskarżalne w Restatement of Contracts (1932). Umowę nieważną zdefiniowano jako umowę, która nie wywołała nigdy skutków prawnych. Definicja dość syntetycznie stwierdzała, że nieważna umowa to umowa dotycząca sytuacji, gdy oświadczenia woli lub kilka oświadczenia woli, w odniesieniu do których naruszenia prawo nie przyznaje żadnych roszczeń ani w inny sposób nie uznaje obowiązku świadczenia usług przez osobę składającą oświadczenie woli (*promisor*). Doktryna podkreślała wymiar procesowy – na podstawie takiej umowy nie można dochodzić przed sądem roszczeń²⁹.

W drugiej edycji zasad, co warto odnotować, w przypadku *void contract* przyjęto za zasadę przywrócenie stanu poprzedniego na mocy skargi restytucyjnej³⁰.

²⁶ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 19; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 189.

²⁷ N. Andrews, *Arbitration and Contract...*, s. 189–199.

²⁸ Por. bliżej J.D. McCamus, *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, „Canadian Bar Review” 2011, nr 2, s. 451.

²⁹ Tak *Chitty on Contracts...*, s. 80.

³⁰ Tamże, s. 80. Por. także J.A. Schaefer, *Beyond a Definition...*, s. 197–198, co do rozwoju poglądów i definicji umów *void* i *voidable* w trakcie prac nad pierwszą wersją Restatement

Należy wyjaśnić, że formalnie w The Restatement (Second) of Contracts z 1981 r. nie podaje się definicji pojęcia kategorii *void contracts*. W § 7 The Restatement (Second) of Contracts zdefiniowano *voidable contracts* natomiast w § 8 The Restatement (Second) of Contracts normuje się sankcje *unenforceable contracts*. Termin *void contracts* jest wyjaśniony w komentarzu do § 7, w pkt A. Podkreśla się, podobnie jak w komentarzach do 1. edycji, że z punktu widzenia definicji umowy wskazanej w § 1 The Restatement (Second) of Contracts, określenie *void contracts* nie daje podstaw do uznania nieważnej umowy za umowę. W komentarzu formuluje się trafne spostrzeżenie, że mówienie o nieważnej umowie to sprzeczność sama w sobie: jeżeli porozumienie jest nieważne, to nie można określać takiego działania jako umowy³¹. Tylko jeżeli zdefiniowałoby się umowę jako działanie stron bez względu na ich skutek prawny, umowa mogłaby być określana jako nieważna umowa³². Uznaje się, że termin „nieważna umowa” jest wewnętrznie sprzeczny, ponieważ umowa obejmuje zawsze pewien element egzekwowalności (*enforceability*). Podkreśla się przy tym, że taki problem nie zachodzi w sytuacji terminu „nieważne porozumienie”. Z tej przyczyny, że porozumienie nie zakłada dojścia do skutku stosunku prawnego, a jedynie łączy się ze złożeniem oferty i jej przyjęciem. Tak samo dopuszcza się użycie określenia nieważne oświadczenie woli (*void promise*), argumentując, że termin *void promise* ma jedynie wskazać na zamiar wywołania skutku prawnego (bez implikacji, czy oświadczenie to będzie prawnie wiążące lub w inny sposób prawnie doniosłe)³³. Ponadto możliwa jest sytuacja rozbieżności pomiędzy ofertą i jej przyjęciem, wówczas nie jest to zarówno umowa lub porozumienie, jedynie są to oświadczenia woli. Zwraca się uwagę, że indywidualne oświadczenia woli stron nie są całkowicie pozbawione skutków prawnych, każde z nich może być bowiem prawnie skuteczne wobec stworzenia dla drugiej strony możliwości jego przyjęcia³⁴.

Podobny pogląd został sformułowany w prawie polskim w 1986 r. Zbigniew Radwański wskazał, że tzw. bezwzględnie nieważne czynności prawne nie należą

of Contracts, od 1924 r. Autor trafnie zauważa, że definicja *void contract* ostatecznie przyjęta w § 13 (jako tzw. *special note*) była przeciwieństwem definicji umowy – tamże, s. 198. Autor bardzo krytycznie ocenia sens jej definiowania – stwierdza, że skoro „*void contract*” mogło obejmować tylko transakcje, które nie były w ogóle umowami, to stało się to pojęcie oksymoronem i „intelektualnym *faux pas*”.

³¹ The Restatement (Second) of Contracts (1981); por. § 1 oraz komentarz pkt a) do § 7 The Restatement (Second) of Contracts.

³² Por. komentarz do § 7 Restatement (Second) of Contracts, pkt a.

³³ Tak A.L. Corbin, *Corbin on contracts. One volume edition*, St. Paul 1952, s. 7. W doktrynie angielskiej identycznie *Chitty on Contracts...*, s. 80.

³⁴ Por. szerzej A.L. Corbin, *Corbin on contracts...*, s. 11. Autor zwraca m.in. uwagę, że oświadczenie woli lub porozumienie, które całkowicie nie wywołuje żadnych zmian w stosunkach prawnych, łącznie z takimi następstwami, jak np. *estoppel*, może być poprawnie nazwane *void promise / void agreement*.

do klasy czynności prawnych prawa cywilnego. Nie powinno się ich rozpatrywać jako odmiany wadliwych czynności prawnych. Autor celnie zauważył, że o wadliwych czynnościach prawnych można mówić tylko wtedy, gdy wywołują przynajmniej niektóre skutki prawne³⁵.

Interesujące jest, że podobnie do nieważności, nielegalność umów rozpatrywana na płaszczyźnie teoretycznej skłania przedstawicieli nauki do stwierdzenia, że także termin „nielegalna umowa” jest wewnątrznie sprzeczny, ponieważ nielegalne umowy są z definicji nieegzekwowalne (*unenforceable*); w ten sposób umowy nielegalne nie są „umowami w ścisłym znaczeniu pojęcia umowy, ponieważ brak jest koniecznego elementu, którym jest dostępność środków ochrony prawnej w razie naruszenia umowy³⁶. Proponuje się dla uniknięcia powyższej sprzeczności zastąpienie terminu „nielegalna umowa” sformułowaniem: „nielegalna transakcja”³⁷.

Warto odnotować także inną niekonsekwencję w charakterystyce umów nieważnych: dostrzec można skłonność do utożsamiania ich z umowami nieważnymi z powodu nielegalności³⁸. Spotkać można wypowiedzi, że nielegalna umowa może być określona mianem nieważnej bezwzględnie (*void*), jednak ten rodzaj następstw nielegalności zależy od natężenia naruszenia przepisów prawa lub moralnej niegodziwości i nie należy przyjmować, że skutek nielegalności jest zawsze identyczny³⁹.

Termin *void* jest rozumiany jako synonim braku jakichkolwiek skutków prawnych. Pomimo to umowa nieważna w zakresie pierwotnie zamierzonych skutków prawnych, może wywołać skutki prawne w inny sposób⁴⁰. Kategoria *void* oznacza brak istnienia, absolutny brak skutków prawnych. Z tego powodu wypracowano kilka osłabionych faz owego stanu nieistnienia⁴¹. Problemem w wyjaśnieniu definicji jest okoliczność, że termin *void* jest stosowany także jako określenie mówiące jednocześnie o nieważności i niezaskarżalności, natomiast

³⁵ Por. szerzej Z. Radwański, *Jeszcze w sprawie bezwzględnie nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6, *passim* wraz z krytyką sformułowaną przez A. Szpunar, *O konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Państwo i Prawo” 1986 nr 5, *passim*; Tenże: *O konwalidacji wadliwych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002 nr 7, *passim*.

³⁶ Por. wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem, J.P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, „Iowa Law Review” 1988, vol. 74, s. 116.

³⁷ J.P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence...*, s. 116.

³⁸ *Chitty on Contracts...*, s. 81.

³⁹ Tamże, s. 81, por. także B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, wyd. 2, Oxford 2006, s. 242, wraz z dalszą literaturą.

⁴⁰ N.J. Thompson, *The Rights of Parties to Illegal Transactions*, Marrickville 1991, s. 5–6.

⁴¹ J.A. Schaefer, *Beyond a Definition...*, s. 195.

stwierdzenie, że umowa jest nieważna bezwzględnie z mocy ustawy nie powoduje, że uznaje się automatycznie umowę jako nielegalną⁴².

W doktrynie angielskiej proponuje się rezygnację z terminu *void* ze względu na to, że ma on zastosowanie do spraw zasadniczo odmiennych od siebie pod kątem przyczyn wadliwości umów, ponadto nie jest stosowany w jednakowym znaczeniu i nie daje tych samych rezultatów⁴³. Nie jest to propozycja przyjęta powszechnie zarówno w prawie angielskim lub innych systemach *common law*⁴⁴.

Zasygnalizowany powyżej skutek nielegalności zbliżony jest w pewnym zakresie do pewnych następstw niegodziwego świadczenia w rozumieniu prawa polskiego lub innych systemów *ius civile*. Równoległe określenie *illegal* implikuje również występowanie kryminalnych lub bezprawnych zachowań lub zamiarów. To zaś w prawie umów jest sytuacją mylącą. Często tzw. nielegalność umowy w ogóle nie dotyczy czynów zabronionych ustawą karną⁴⁵.

Umowę sankcjonowaną wzruszalnością (*voidable*) charakteryzuje się w § 7 The Restatement (Second) of Contracts, podobnie jak w tradycji kontynentalnej, prawem jej uchylecia na mocy oświadczenia uprawnionej strony lub możliwością potwierdzenia. Wzruszenie umowy przyjmuje się np. w przypadku błędu, podstęp⁴⁶, braku zdolności do czynności prawnych oraz nieuczciwego nacisku⁴⁷. Zarówno uchylenie się od umowy, jak i jej potwierdzenie możliwe jest

⁴² Raport *The Law Commission, Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, „Consultation Paper” 1999, nr 154, <http://www.lawcom.gov.uk>, s. 5.

⁴³ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 344.

⁴⁴ Tytułem przykładu można powołać pogląd wyrażony w raporcie rządu Singapuru, *Law Reform Committee, Relief from Unenforceability of Illegal Contracts and Trusts*, 5.7.2002 r., publ. na www.agc.gov.sg, przypis 35, w którym wyjaśnia się, że choć niektóre podręczniki prawa, szczególnie te starsze, posługują się określeniem, że nielegalna umowa jest nieważna *ab initio*, jednak lepiej jest stosować określenie, że nielegalna umowa jest „jedynie nieegzekwowalna”. Autorzy raportu argumentują, że jeżeli nielegalna umowa byłaby nieważna bezwzględnie, wówczas nie byłaby oparciem dla roszczeń z tytułu naruszenia umowy, ani nie dawałaby roszczeń osobie, która została na mocy takiej umowy posiadaczem. Autorzy zauważają jednak, nieco ustając w dążeniu do klarowności poglądów, że niekiedy termin nieważny (*void*) jest synonimem słowa nieegzekwowalny (*unenforceable*).

⁴⁵ Zwraca się na to uwagę m.in. w piśmiennictwie kanadyjskim – por. The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective Contracts: The Uniform Illegal Contracts Act*, 10.2008, raport nr 52, www.bcli.org, s. iii. W prawie angielskim na mocy Proceeds of Crime Act 2002 wprowadzono możliwość orzeczenia konfiskaty korzyści uzyskanych w wyniku czynu zabronionego – por. The Law Commission, *The Illegality Defence, A Consultative Report*, „Consultation Paper” 2009, nr 189, <http://www.lawcom.gov.uk>, s. 16.

⁴⁶ Podstęp może jednak w skrajnym ujęciu prowadzić do bezwzględnej nieważności – gdy osoba składająca oświadczenie woli została oszukana do tego stopnia, że nie wie, co podpisuje, nie rozumie natury swego działania, podobnie na ważność wpływa przymus – por. §§ 163, 174, 175 The Restatement (Second) of Contracts.

⁴⁷ J.B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 358.

w pozasądowym trybie⁴⁸. Należy wspomnieć, że podobnie definiowano *voidable contract* w pierwszej wersji modelowych reguł prawa umów. Zarówno obecny § 7, jak § 13 poprzedniej edycji Restatement of the Law of Contracts (1932), stanowiły, że sankcja ta oznacza wadliwość umowy, gdzie jedna lub więcej stron uprawniona jest do unieważnienia stosunku prawnego, stworzonego przez zawarcie umowy, poprzez skorzystanie z tego prawa. Przepis ten przewiduje również potwierdzenie umowy, a tym samym wygaśnięcie uprawnienia do unieważnienia umowy⁴⁹. Nauka amerykańska podkreśla, że koncepcja wzruszalnych umów nie jest jednolita, a na tle poszczególnych umów można ustalić znaczące różnice. Niezależnie od tego każdorazowo jedna ze stron ma prawo do unieważnienia lub potwierdzenia umowy⁵⁰.

Także w prawie angielskim dokonano zdefiniowania omawianych odmian nieważności umów, w A Restatement of The English Law of Contract z 2016 r. Na wzór amerykańskich *restatements*, A. Burrows, z zespołem sędziów, naukowców i praktyków, opublikował w 2016 r. zasady angielskiego prawa umów (A Restatement of The English Law Of Contract)⁵¹.

W Części 7 zatytułowanej w sposób odbiegający nieco od dotychczasowej praktyki: „Czynniki powodujące wadliwość umowy” (*Factors Rendering A Contract Defective*), wymienia się następujące instytucje prawne: *Mistake, Misrepresentation, Duress, Undue influence, Misrepresentation, Illegitimate threat or undue influence by a third party, Legislative consumer protection against misleading or aggressive commercial practices, Exploitation of weakness, Non-disclosure, Incapacity, Illegality and public policy*⁵².

Nieważność bezwzględna jest definiowana w Części 7, artykuł 34, gdzie w ust. 2 proponuje się syntetyczną definicję *void contract*: *Nieważna umowa jest nieważna od samego początku i nie tworzy żadnych zobowiązań umownych; ale może wystąpić przypadek, że tylko jedna strona może opierać swoje roszczenia*

⁴⁸ Por. także definicję *voidable contract* w § 7 The Restatement (Second) of Contracts: *A voidable contract is one where one or more parties have the power, by a manifestation of election to do so, to avoid the legal relations created by the contract, or by ratification of the contract to extinguish the power of avoidance.*

⁴⁹ § 13 of The Restatement of the Law of Contracts (1932): *A voidable contract is one where one or more parties thereto have the power, by a manifestation of election to do so, to avoid the legal relations created by the contract or by ratification of the contract to extinguish the power of avoidance.*

⁵⁰ Szerzej: A.L. Corbin, *Corbin on contracts...*, s. 12–13.

⁵¹ Por. szerzej, A. Burrows, *A Restatement of The English Law Of Contract*, Oxford 2016, s. X i nn.

⁵² Zasady A Restatement of The English Law Of Contract wyodrębniają do części 2 wymogi związane z przesłankami ważności umowy na etapie jej zawierania (zgodne oświadczenia woli, istnienie przyczyny porozumienia, pewność i określoność porozumienia, zamiar wywołania skutków prawnych, zachowanie wymaganej formy) – por. szerzej, A. Burrows, *A Restatement of The English...*, s. 8–10.

na unieważnieniu umowy⁵³. Komentarz wyjaśnia, że ten stan faktyczny dotyczy głównie jednostronnego błędu⁵⁴.

Sankcję wzruszalności normuje art. 34 ust. 3 od strony podmiotu uprawnionego i zainicjowania procesu unieważnienia: umowa, w odniesieniu do której strona pokrzywdzona czynnikiem powodującym wzruszalność umowy (uprawniony do roszczenia), może wybrać, aby umowę unieważnić, a umowa jest ważna do czasu unieważnienia; po unieważnieniu umowa jest nieważna od początku⁵⁵. Unieważnienie odróżnia się od odstąpienia od umowy (*termination*) na mocy skargi z tytułu naruszenia umowy lub na skutek istotnej zmiany okoliczności (*frustration*). Unieważnienie nie wymaga skierowania sprawy do sądu, a do wywołania skutku prawnego wystarczy przedsądowe złożenie oświadczenia woli oraz w przypadku, jeżeli to niemożliwe, wyrażenia przez zachowanie uprawnionego, że umowa jest unieważniona (art. 34 ust. 4 ww. Zasad)⁵⁶.

W prawie angielskim zwraca się uwagę, przy okazji definiowania umów wzruszalnych, na kwestię częściowego unieważnienia (*partial rescission*), która może być sprzeczna z zasadą całkowitego unieważnienia umowy, a efekty porównywalne do częściowego unieważnienia można uzyskać dzięki rozliczeniom restytucyjnym. Jednocześnie w prawie angielskim, w The Insurance Contracts Act 2014 oraz The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, wprowadzono formę częściowego unieważnienia z tytułu świadomego wprowadzenia w błąd lub braku ujawnienia istotnych informacji⁵⁷.

2.4. Definicje *unenforceable contracts*

Perspektywa prawnoporównawcza wskazuje trochę paradoksalnie na tę sankcję jako najbardziej zbliżoną do nieważności bezwzględnej (absolutnej) w tradycji kontynentalnej. W przypadku tej sankcji, określanej terminem niezaskarżalności (nieegzekwowalności)⁵⁸ (*unenforceable contracts*) mamy jednocześnie do czynienia z najpoważniejszą odrębnością w porównaniu do tradycji *ius civile*. Termin

⁵³ *A void contract is invalid from the start and creates no contractual obligations but it may be that only one party can rely on the contract being void* – A. Burrows, *A Restatement of The English...*, s. 27.

⁵⁴ Tamże, s. 170, 180–181.

⁵⁵ *A voidable contract is one that the party affected by the factor rendering the contract voidable (the ‘claimant’) can choose to rescind but is valid unless rescinded; and the effect of rescission is to invalidate the contract from the start* – tamże, s. 27.

⁵⁶ Por. wraz z przywołanym orzecznictwem tamże, s. 171.

⁵⁷ Por. tamże, s. 171.

⁵⁸ Zaproponowane tłumaczenie terminu *unenforceable* ma na celu zwrócenie uwagi na główny skutek w zakresie możliwości egzekwowania roszczeń kontraktowych lub z bezpodstawnego wzbogacenia. Takiej funkcji nie zapewni posłużenie się sformułowaniem „bezskuteczny”,

ten nie jest używany jednolicie. W szeregu wypowiedzi judykatury i doktryny mniejsze znaczenie przyznaje się spójnej terminologii. Zwraca się trafnie uwagę, że mamy do czynienia raczej z sankcją procesową (proceduralnej natury) niż sankcją prawa materialnego⁵⁹.

Umowę nieegzekwowalną definiuje się w prawie amerykańskim w § 8 The Restatement (Second) of Contracts. Umowa nieegzekwowalna to umowa, której naruszenie nie powoduje powstania roszczenia o odszkodowanie ani o jej wykonanie, jednakże naruszenie umowy może powodować powstanie obowiązku wykonania umowy, chociażby nie została ona zatwierdzona. Sankcję *unenforceable* stosuje się zarówno w razie naruszenia ustaw, jak też naruszenia zasad porządku publicznego (*public policy*)⁶⁰ lub niezgodności z moralnością⁶¹, a także w przypadku naruszenia przepisów odnośnie do formy umowy (*Statute of Frauds*)⁶². Jest to także skutek wystąpienia przedawnienia⁶³.

Wynik porównania nasuwa się *per se*: tam gdzie w prawie kontynentalnym stosowane byłyby różne odmiany sankcji nieważności (bezwzględnej, absolutnej, relatywnej lub względnej), w *common law* zastosowanie znajduje ta norma sankcjonująca. Sprzężona z tą sankcją wadliwość określana jest najczęściej jako *illegality* lub *illegal contract*⁶⁴.

Rozbudowanie i skomplikowanie tej instytucji prawnej, katalog naruszeń, skutki, wyjątki od zasad ogólnych w zakresie pozbawienia roszczeń z bezpodstawnego wzbogacenia nastrocza spore trudności dla praktyki. W kilku krajach ustawowo unormowano najważniejsze kwestie dla ujednoczenia *case law*. Albo podjęto prace na nad jej uregulowaniem⁶⁵.

W A Restatement of The English Law of Contract 2016, w art. 34 ust. 6 zaproponowano następującą definicję umowy nieegzekwowalnej: *nieegzekwowalna umowa tworzy zobowiązania umowne, ale nie może być egzekwowana*

ponieważ termin ten ma zbyt wiele utrwalonych znaczeń w polskim prawie i innych systemach kontynentalnych: nie oddaje procesowej natury skutku zastosowania tej sankcji.

⁵⁹ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 189.

⁶⁰ R.A. Mann, B.S. Roberts, *Smith and Roberson's Business...*, s. 225–227. Wśród ustawowych przypadków autorzy wskazują na naruszenia przepisów o grach i zakładach, zakazujących lichwy (*usury statutes*) oraz wykonywania niektórych rodzajów działalności handlowej w niedziele (*Sunday Statutes*). Ostatnia grupa przepisów nazywana jest *Blue Laws*, ich naruszenie powoduje, że sąd uzna ważność potwierdzenia umowy dokonanego przez strony, jeżeli nastąpi to po „weekendzie” – por. tamże, s. 226.

⁶¹ G.H. Treitel, *The Law of Contract*, London 1987, s. 372.

⁶² J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 20. W *common law* tradycyjnie wymogi formalne regulują przepisy typu *Statute of Frauds*, gdzie sankcja ta jest opisana zdaniem „*no action shall be brought*”.

⁶³ R.A. Mann, B.S. Roberts, *Smith and Roberson's Business Law*, Mason [Ohio] 2005, s. 162, 164, szerzej A.L. Corbin, *Corbin on contracts...*, s. 13.

⁶⁴ Por. J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 19–20.

⁶⁵ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 46.

przez jedną lub, w pewnych okolicznościach, przez każdą ze stron⁶⁶. W komentarzu wręcz standardowo zwraca się uwagę na problem nierozróżniania terminologii norm sankcjonujących⁶⁷.

Sankcję *unenforceable* niezbyt konsekwentnie odróżnia się od nieważności umowy⁶⁸. Jak zostało wspomniane powyżej, termin *void* łączony jest często z terminem *unenforceable* w niektórych tekstach normatywnych, np. art. 5–321, art. 5–322 The New York General Obligations Law.

Nieważna umowa w całości nie wywołuje skutków prawnych oraz co do zasady przysługują roszczenia restytucyjne. Odmiennie natomiast nieegzekwowalność umowy sprowadza się do tego, że to, co już zostało wykonane w ramach tak wadliwej umowy, zostaje utrwalone, natomiast odpada możliwość żądania wykonania pozostałej części umowy⁶⁹. Sankcja *unenforceable* może w danym przypadku zostać uchylona wskutek konwalidacji, w szczególności przy naruszeniu przepisów o formie⁷⁰ albo w przypadku nielegalności trustów⁷¹. Odpowiada to uznawaniu konwalidacji w systemach kontynentalnych (np. wraz z wprowadzeniem kodeksowej podstawy prawnej, jak np. w prawie holenderskim⁷²).

Niezbędne dla charakterystyki sankcji nieegzekwowalności jest wskazanie na bardzo istotną cechę formalną tej sankcji w przypadku nielegalnych lub niemoralnych umów, tj. zasadę braku interwencji w spór⁷³. W tym znaczeniu jest to absolutny brak skutków prawnych, rozciągający się także na roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego (w pewnym uproszczeniu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia).

Dla naszego kręgu prawnego paradoksalnie nieważność jako sankcja jest w swych skutkach mniej dolegliwa aniżeli sankcja z tytułu nielegalności umowy w *common law*. Ten ostatni aspekt zostanie szczegółowo poruszony w dalszej części, ponieważ wywarł bardzo duży wpływ na *common law*, m.in. inicjatywy zmiany prawa w Anglii oraz Kanadzie. Pośrednio wyniki prac nad reformą *illegality*

⁶⁶ *An unenforceable contract creates contractual obligations but cannot be enforced by one or, in some circumstances, either party* – A. Burrows, *A Restatement of The English...*, s. 28.

⁶⁷ Por. szerzej tamże, s. 174. Autor zwraca także uwagę na zmianę stanu prawnego w zakresie rozporządzeń nieruchomościami na mocy Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, który wprowadził nieważność za brak formy pisemnej i formy podpisu.

⁶⁸ Na stosowanie nieprecyzyjnie terminologii i brak konsekwencji zwraca się niejako zwyczajowo uwagę w literaturze przedmiotu – por. J.A. Schaefer, *Beyond a Definition...*, s. 194.

⁶⁹ Por. np. The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 6–7.

⁷⁰ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 20.

⁷¹ Por. wraz z przywołanym tam orzecznictwem, The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 115 i nn.

⁷² Por. art. 3:58 holenderskiego Kodeksu cywilnego (Burgerlijk Wetboek) oraz art. 76 projektu I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r.

⁷³ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 25.

trafiły następnie do *soft law* (PECL, UPICC, DCFR), a następnie do prawa polskiego w tzw. akademickim projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r.

§ 3. Sankcja z tytułu nielegalności (*Illegality*)

3.1. Cechy formalne normy sankcjonującej

Cechy formalne sankcji nieważności bezwzględnej uzasadniają, przy przedstawionych problemach natury komparatystycznej, ich przedstawienie na tle instytucji *illegality*⁷⁴.

Nielegalność może być sankcjonowana definitywną nieważnością skutków prawnych, całkowitą lub częściową, rozciągać się na rozszerzenia o przywrócenie stanu poprzedniego, a także powodować brak skutków prawnych tylko w szczególnych okolicznościach oraz wyłącznie wobec określonych grup podmiotów, np. wobec organów podatkowych lub celnych⁷⁵. Nielegalność może również spowodować „jedynie” nieegzekwowalność umowy w całości lub części bez przyjmowania nieważności bezwzględnej. To rozróżnienie powoduje w konsekwencji utrwalenie stanu zaistniałego po wykonaniu umowy, np. poprzez przeniesienie na mocy takiej umowy tytułu prawnego, jeżeli jedna ze stron zdążyła wykonać swe zobowiązanie. Taka sytuacja może mieć miejsce jedynie co do zasady, ponieważ i tutaj dopuszcza się wyjątki⁷⁶. Natomiast utrata roszczeń z bezpodstawnego wzbogacenia nie byłaby możliwa w przypadku nieważności bezwzględnej, która to sankcja w odróżnieniu od nielegalności wprowadza brak jakichkolwiek skutków (*no legal effect*)⁷⁷.

Głównym celem – cechą normy sankcjonującej sprzężonej z przyczyną nielegalności – jest doprowadzenie do stanu nieegzekwowalności umowy, który w swym skutku głównym jest zbliżony do zamiany zobowiązania w zobowiązanie niezupełne lub umowę ważną, ale niezaskarżalną w sensie procesowym⁷⁸.

⁷⁴ Na przykład *illegality* jako kategorię zbiorczą proponują J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 334 i nn. oraz E. McKendrick, *Contract Law*, 3 wyd., London 1997, s. 286 i nn. Autorzy omawiają jedynie *illegality*, nie wyróżniając odrębnie umów dotkniętych nieważnością (*void*) w typologii sankcji.

⁷⁵ P. Gillies, *Concise Contract Law*, Sydney 1988, s. 148.

⁷⁶ Por. np. R. Youngs, *English, French and German Comparative Law*, London 1998, s. 375. Takie odstępstwo nie obejmuje gier z zakładów z naruszeniem ograniczeń ustawowych – por. dalsze uwagi poniżej.

⁷⁷ P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 148.

⁷⁸ Por. definicję odwołującą się do procesowego aspektu nieegzekwowalności umowy, wg § 14 The American Restatement of the Law of Contracts: *An unenforceable contract is one which the law does not enforce by direct legal proceedings, but recognizes in some indirect or collateral way as creating a duty of performance, though there has been no ratification.*

Pomimo instytucjonalnego związku z odmową prawa do przywrócenia stanu poprzedniego, funkcjonalnie *illegality* jest przede wszystkim reakcją na naruszenie ustaw lub moralności, porządku publicznego lub niektórych wymogów formalnych. W mniejszym stopniu eksponuje się kategorię *void* umów. Zaciera się przy tym wyraźne odróżnienie terminologicznie umów nieważnych (*void*) od nielegalnych, ponieważ często w doktrynie zetknąć się można ze stwierdzeniem „nieważny z powodu nielegalności”⁷⁹. Pozwala to wyjaśnić stosunek znaczeniowy *illegality* do *void*, gdzie ten ostatni normuje skutki tzw. mniej poważnych naruszeń przepisów⁸⁰.

Relacja terminów *void* oraz *illegal* przedstawia się znacznie bardziej skomplikowanie, jeżeli uwzględni się potrzebę ograniczenia skutków nielegalności umowy. Rezygnacja z terminu „nieważny” (*void*) na rzecz słowa „niezaskarżalny” (*unenforceable*) pozwala na uniknięcie sprzeczności, która związana jest z nadawaniem wykonalności i skutków prawnych umowom nieważnym bezwzględnie, gdzie dla odmiany w odwrotnej sytuacji nielegalna umowa może być źródłem, np. nabycia własności⁸¹.

Nielegalne umowy zestawia się z przypadkiem nielegalnych transakcji. Sądy w *common law* co do zasady wyróżniają dwie kategorie tego typu porozumień: *mala in se* (niezgodne z moralnością) oraz *mala prohibita* (dotyczące naruszenia regulacji). Istotne w tym podziale jest, że niezgodność z regulacjami może być traktowana jako podstawa nieważności względnej⁸².

W ujęciu tradycyjnym nielegalność jako wada aktywuje normę sankcjonującą, która powoduje, że umowa nie kreuje żadnych roszczeń i jest nieegzekwowalna (*unenforceable*). Następuje stan nieważności umowy, nie tylko połączony ze wspomnianą utratą roszczeń o wykonanie umowy⁸³, ale także powodujący co

⁷⁹ Na przykład R. Stone, *The Modern Law of Contract*, wyd. 6, Cavendish 2005, s. 359, The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 61 oraz P. Richards, *Law of Contract*, Harlow 2005, s. 275–276 (ten autor w klasyfikacji nielegalnych umów wyróżnia umowy nieważne *ab initio*).

⁸⁰ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 344. Nie jest to jednak pogląd spójny z wypowiedziami wskazującymi, że termin *void* oznacza mocniejsze następstwa wadliwości niż termin *unenforceable*, który używany jest na określenie skutku nielegalności umowy. Jeżeli umowa jest jedynie nieegzekwowalna może być wówczas użyta jako obrona przed określonymi roszczeniami – tak G.H. Treitel, *The Law...*, s. 143. Termin *void* używa się na określenie prawnego braku istnienia umowy – J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 83. Często też w doktrynie obrazowo stwierdza się, że słowo *void* jest mniej dramatyczne niż *illegality*, co jest mimo wszystko zwodnicze, ponieważ *void* określa bardziej drastyczne następstwo, którym jest brak jakichkolwiek skutków prawnych – P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 148.

⁸¹ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 11, wobec faktu, że w szeregu wypowiedzi sędziowie i doktryna posługują się terminem *void*.

⁸² J.A. Schaefer, *Beyond a Definition...*, s. 200–201.

⁸³ W kwestii nieważności i nielegalności w kontekście możliwości dochodzenia roszczeń restytucyjnych, por. wraz z dalszym piśmiennictwem w szczególności P. Birks,

do zasady utratę możliwości przywrócenia stanu poprzedniego, odzyskania spełnionego świadczenia oraz wykluczenie roszczeń deliktowych. Te niekiedy drastyczne w danym przypadku skutki wypracowano wedle zasad słuszności (*equity*) w dorobku sądów kanclerskich (*Court of Equity*⁸⁴); wywodzą się z zarzutu powodującego utratę prawa do ochrony prawnej na mocy wspomnianej zasady „czystych rąk”⁸⁵. Podkreśla się, że różnica pomiędzy nielegalnością a innymi przyczynami nieważności polega na stosowaniu w odniesieniu do nielegalności zasady *ex turpi causa non actio oritur*⁸⁶.

Sprzeczną z ustawą lub moralnością (porządkiem publicznym) czynność prawna nie może być wykonana. Powstaje także problem: co należy zrobić ze skutkami prawnymi, które zdążyły się pojawić do czasu wystąpienia sporu, szczególnie w związku z jednostronnym lub dwustronnym wykonaniem umowy. Co do zasady możliwe są dwa podejścia: albo przywrócenie stanu poprzedniego albo odrzucenie możliwości rozpoznawania z takiej czynności prawnej sporu przed sądem ze względu na zasady wymiaru sprawiedliwości, w szczególności na obrazę sądu skargą wywodzoną z nielegalnej umowy. W tym drugim przypadku następuje utrwalenie dokonanych skutków prawnych, łącznie z utrzymaniem straty jednej ze stron w związku z jednostronnym spełnieniem świadczenia, chyba że zaszły wyjątkowe okoliczności i sąd odrzucił zastosowanie tej reguły, przyznając roszczenie o zwrot.

Ze względu na zasadniczy mankament polegający na możliwości utrwalenia skrajnie niekorzystnych dla jednej ze stron skutków prawnych, następstwo nielegalności podlega różnorodnym korektom wedle kryteriów wypracowanych w orzecznictwie i postulowanych w doktrynie. Oparte są one najczęściej na aksjologicznym podejściu do celu naruszonych przepisów, zasad prawa lub norm moralnych; stosowanych do naruszeń dokonanych w chwili zawierania umowy, jak i na etapie wykonawczym. Widoczna jest także subiektywizacja sankcji ze względu na świadomość naruszenia merytorycznych norm sankcjonowanych.

Wyznacznikiem terminologicznych i doktrynalnych wątpliwości jest także fakt, że w Wielkiej Brytanii planowana reforma prawa pod koniec XX w. i ustawowa regulacja następstw nielegalnych umów i trustów – nie była adresowana do zdefiniowania sankcji za naruszenie przepisów o formie, sankcji z tytułu

Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract, „Theoretical Inquiries in Law”, 2000, s. 190 i nn.

⁸⁴ T.A. Baloch, *Unjust Enrichment and Contract*, Oxford 2009, s. 30.

⁸⁵ Por. wraz z dalszym piśmiennictwem i judykaturą w szczególności T. Leigh Anenson, *Limiting Legal Remedies: An Analysis of Unclean Hands*, „Kentucky Law Journal”, 2010, vol. 99, s. 63 i nn.

⁸⁶ P. Birks, *Recovering Value Transferred...*, s. 162. Por. szerzej na temat stosowania tej zasady J. Halberda, *Historia zobowiązań quasi-kontraktowych w common law*, Kraków 2012, s. 336, *passim*.

nierównowagi (braku słuszności) kontraktowej albo wskutek braku zdolności do czynności prawnych⁸⁷.

3.2. Problem nieproporcjonalności sankcji z powodu nielegalności

Od strony zasięgu norm merytorycznych sankcjonowanych należy wskazać na źródło problemu braku proporcjonalności sankcji. Nielegalność, jako rodzaj wadliwości, powoduje głęboką ingerencję w możliwość utrzymania w mocy zarówno zamierzonych skutków prawnych, jak też dostępność roszczeń kontraktowych lub restytucyjnych⁸⁸. Nielegalność może mieć także zastosowanie do odmowy roszczeń z czynów niedozwolonych⁸⁹. Nielegalność, jako sankcja lub zarzut przeciwko roszczeniom restytucyjnym lub o odszkodowanie, dotyczy bardzo różnorodnych naruszeń przepisów prawa stanowionego, moralności, wymogów formalnych oraz porządku publicznego⁹⁰. W tym ostatnim przypadku różne formy naruszeń grupuje się pod zbiorczą nazwą: *contracts contrary to public policy*⁹¹. Tak szeroko rozumiana sprzeczność z porządkiem publicznym oraz z przepisami ustawowymi niezależnie od ich rangi i świadomości ich naruszenia spowodowała powstanie problemu nieproporcjonalnego stosowania sankcji. W niektórych krajach dokonano zmian w prawie lub prowadzono w ostatnich latach prace nad reformą instytucji nielegalności. Największy wpływ na *common law*, a także na prawo modelowe w UE wywarły prace angielskiej komisji kodyfikacyjnej, szczegółowo zreferowane w raporcie angielskiej komisji kodyfikacyjnej

⁸⁷ Raport The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 3, w którym autorzy wyjaśniają, że choć wadliwości na skutek wspomnianych nieprawidłowości mogą uzasadniać sankcję nieważności, zaskarżalności lub nieegzekwowalności umowy, to jednak w każdym ze wskazanych w raporcie przypadków bardziej szczegółowe przyczyny uzasadniają unieważnienie umowy. Nie znaczy to jednak, że należy takie przypadki wadliwości uznać za podlegające kategorii nielegalności. W raporcie wskazuje się na przyczyny wadliwości wyłączone z tego zakresu: wprowadzenie w błąd (*misrepresentation*), bezprawny nacisk (*undue influence*), przymus (*duress*), wyzysk w wyniku rażącej niesprawiedliwości kontraktowej lub nadmierny wpływ podczas zawierania umowy na drugą stronę (*unconscionability or inequality of bargaining power*), brak zdolności do czynności prawnych (*lack of capacity*).

⁸⁸ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 7.

⁸⁹ Por. szerzej raport angielskiej komisji kodyfikacyjnej: The Law Commission, *The Illegality Defence in Tort*, „Consultation Paper” No 160, www.lawcom.gov.uk, *passim*.

⁹⁰ Sprzeczność z porządkiem publicznym należy rozumieć nieco szerzej niż w systemach *ius civile* – na temat stanowiska polskiego prawa – por. zamiast wielu Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*. t. 2: *Prawo cywilne – Część ogólna*, red. M. Safjan, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 230–231.

⁹¹ Na przykład R. Stone, J. Devenney, *The Modern Law of Contract*, wyd. 11, Cavendish 2015, s. 391.

z 2009 r., w którym notabene wyjaśniono także powody rezygnacji z reformy po ponad 10 latach prac⁹².

Od 2003 r. w Kanadzie komisja do sprawy reformy prawa (*Uniform Law Conference of Canada*) podjęła działania, aby przygotować ustawę harmonizującą nielegalność z nieważnością umów wedle Kodeksu cywilnego Québec i podejścia *common law*. W rezultacie w 2004 r. zatwierdzono projekt, który zawierał definicję nielegalnej umowy wartą zacytowania, gdyż obrazuje ona problemy z terminologią. Definicja ta starała się wyjść im naprzeciw i art. 1 The Uniform Illegal Contracts Act brzmiał: „*illegal contract*” oznacza umowę która jest: „*null, void, voidable, illegal, unlawful, invalid, unenforceable or otherwise ineffective as a result of a defect; („illégal”)*”⁹³. W raporcie kanadyjskiej Komisji z 2008 r. wyjaśniono, że z perspektywy kodeksu cywilnego prowincji Québec definicja ta obejmuje cały zakres umów względnie lub absolutnie nieważnych⁹⁴.

W 2008 Uniform Law Conference of Canada zaproponowała także zmiany do pierwotnego projektu, m.in. rezygnację z definicji „*illegal contract*” poprzez zamianę na „*legally defective contract*”⁹⁵.

Wartościowym przykładem regulacji ustawowej jest Nowa Zelandia. Uporządkowanie dorobku *case law* zapoczątkowano ustawą Illegal Contracts Act 1970. Akt ten najdalej poszedł w kierunku zastosowania sankcji kreowanej przez sędziego w sposób oparty na ustrukturyzowanych okolicznościach i czynnikach (sankcja sędziowska). Illegal Contracts Act 1970 został uchylony z dniem 1.09.2017 r. na mocy sekcji 345(1) lit. (g) the Contract and Commercial Law Act 2017.

Przepisy Illegal Contracts Act 1970 zostały inkorporowane do podrozdziału nowej ustawy: *illegal contracts* (sekcja 70–84 nowej ustawy), w większości zachowując zgodność z ustawą z 1970 r. Model dyskrecjonalności sędziego został utrzymany, regulowany jest szczegółowo w sekcji 75–82 ustawy. Ponadto w sekcji 71 utrzymano definicję „*illegal contract*”, która z drobnymi zmianami redakcyjnymi odpowiada poprzedniej z 1970 (por. sekcja 3 Illegal Contracts Act 1970). Odwołuje się ona do źródeł wadliwości, wskazując, że *umowa nielegalna oznacza umowę, która jest niezgodna z prawem lub słusnością, niezależnie od tego, czy niezgodność z prawem wynika z przyczyn dotyczących jej zawarcia lub wykonania umowy; i zawiera postanowienie zawierające nielegalne postanowienie umowne, niezależnie, czy postanowienie to może zostać oddzielone od umowy, czy nie może.*

Wśród najistotniejszych kwestii kontrowersyjnych, które uregulowano w 1970 r. (sekcja 5 starej ustawy) i utrzymano w mocy w 2017 r., znajduje się brak automatycznej sankcji nielegalności, jeżeli niewadliwa umowa została wykonana

⁹² The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 1.

⁹³ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 44.

⁹⁴ Tamże, s. 47.

⁹⁵ Tamże, s. 44.

w sposób nielegalny (por. sekcja 72 nowego prawa z 2017 r.). Taka sankcja musi jednoznacznie wynikać z przepisów. Ustawa także przewiduje ochronę dobrej wiary osób, które na podstawie nielegalnej umowy nabyły własność (sekcja 74).

Instytucję *illegality* reguluje się także na poziomie prawa o restytucji i bezpodstawnym wzbogaceniu. W prawie amerykańskim, w The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (opublikowanych w 2011 r. przez The American Law Institute) definiuje się skutki nielegalności wynikającej z naruszenia prawa lub porządku publicznego. Na mocy sekcji 32 osoba, która świadczy usługi na mocy umowy niezgodnej z prawem lub w inny sposób nieegzekwowalnej ze względów porządku publicznego może uzyskać zwrot spełnionego świadczenia od odbiorcy zgodnie z trzema następującymi zasadami:

1. Restytucja będzie dozwolona, niezależnie od tego, czy będzie konieczne, aby zapobiec bezpodstawnemu wzbogaceniu, jeżeli restytucja jest wymagana przez politykę leżącą u podstaw zakazu.
2. Restytucja będzie również dozwolona, jeśli będzie to konieczne, aby zapobiec bezpodstawnemu wzbogaceniu, jeżeli przyznanie restytucji nie przekreśli ani nie osłabi polityki leżącej u podstaw zakazu. Nie będzie stanowić bezpodstawnego wzbogacenia, jeżeli powód otrzyma świadczenie wzajemnie określone przez umowę stron podlegającą nieegzekwowalności.
3. Restytucja zostanie odrzucona, niezależnie od wzbogacenia się pozwanego kosztem powoda, jeżeli roszczenie na podstawie podpunktu 2 zostanie wykluczone przez niegodne zachowanie powoda (określane zgodnie z § 63, tj. tzw. brak czystych rąk⁹⁶).

Unormowanie § 63 The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment odpowiada, pomimo pewnego przeformułowania, regule zaproponowanej w § 197–198 The Restatement (Second) of Contracts z 1981, a także rozwiązaniom prawa Nowej Zelandii.

⁹⁶ § 63 [*Equitable Disqualification (Unclean Hands)*]: *Recovery in restitution to which an innocent claimant would be entitled may be limited or denied because of the claimant's inequitable conduct in the transaction that is the source of the asserted liability.* Podkreśla się, że zaproponowana norma jest przykładem unifikacji podejścia *common law* i *equity* do zasady *unclean hands*. Dotyczy wszystkich rodzajów roszczeń – por. bliżej L. Smith, *Common Law and Equity in R3RUE*, Washington and Lee Law Review, 2011, vol. 68, s. 1198. Autor ten wskazuje m.in. na interesującą tendencję – w The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment (często stosowany skrót: R3RUE) próbowano określić główne normy prawa bez zachowywania rozróżnienia na *common law* oraz na *equity* – por. wraz z przywołanym tam piśmiennictwem: tamże, s. 1186–1187, s. 1193 i nn. Na temat zasady *unclean hands* – por. wraz z dalszym piśmiennictwem i orzecznictwem T. Leigh Anenson, *Limiting Legal...*, s. 63 i nn.

W piśmiennictwie zwraca się uwagę, że przeformułowana zasada kładzie obecnie nacisk na określenie celu (*policy*) naruszonego zakazu⁹⁷. Warte odnotowania jest, że uznaje się § 32 za rozwiązanie odpowiadające najnowszemu orzecznictwu angielskiemu, kanadyjskiemu i australijskiemu⁹⁸.

Obok prac legistycznych coraz większe znaczenie zyskuje orzecznictwo poszukujące sankcji proporcjonalnej poprzez różne instrumenty, np. dzięki życzliwej interpretacji celu i polityki naruszonego przepisu i każdorazową ocenę, czy tak surowa sankcja jest niezbędna (*the benevolent rule*)⁹⁹. Działanie zasady, że powód nie może czerpać korzyści ze swojego postępowania, jeżeli jest ono sprzeczne z prawem, postuluje się ograniczyć jedynie do sytuacji, gdzie w rzeczywistości powód jest osobą popełniającą czyn zabroniony, nie zaś do wszystkich przypadków naruszeń ustawy. Proponuje się także, aby zasada odstraszenia przed podejmowaniem czynności bezprawnych i niemoralnych została oddana jednak sądom karnym, podobnie jak wymiar kar¹⁰⁰. Niemniej jednak oczywiste jest, że przyznawanie zwrotu spełnionych świadczeń mogłoby podważać sens stosowania tej sankcji¹⁰¹.

Podsumowując: główną cechą omawianej doktryny jest silne powiązanie stanu nieważności skutków prawnych z brakiem dostępności roszczeń restytucyjnych z bezpodstawnego wzbogacenia i innych roszczeń, w tym o odszkodowanie¹⁰².

3.3. Podstawowe wady uzasadniające zarzut *illegality*

Podstawy (normy merytoryczne) do zarzucenia nielegalności z reguły dzieli się na nielegalność z powodu naruszenia ustaw oraz nielegalność z powodu naruszenia

⁹⁷ J. King, *The Doctrine of Odious Debt in International Law. A Restatement*, Cambridge [Wlk. Bryt.] 2016, s. 163–164.

⁹⁸ J.D. McCamus, *The Restatement (Third)*..., s. 454–455.

⁹⁹ Por. szerzej The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective*..., s. 10, wraz z dalszym piśmiennictwem.

¹⁰⁰ Tak w The Law Commission, *Illegal Transactions*..., s. 87–90.

¹⁰¹ Por. szerzej, wraz z dalszym piśmiennictwem, np. P. Birks, *Recovering Value*..., s. 161.

¹⁰² W tym przypadku należy wskazać na rozwarstwienie pomiędzy prawem angielskim i amerykańskim, np. w prawie angielskim w ostatnich latach dominuje podejście do ujmowania restytucji w ramach bezpodstawnego wzbogacenia, gdzie podstawą roszczenia (*cause of action*) jest bezpodstawne wzbogacenie, zaś środkiem ochrony (*remedy*) restytucja – por. zamiast wielu J. Halberda, *Amerykańskie prawo bezpodstawnego wzbogacenia w Restatement z 2011 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 4, s. 861–862; tenże, *Zasada bezpodstawnego wzbogacenia*, s. 92–94; tenże, *Historia angielskich quasi-kontraktów a zasada bezpodstawnego wzbogacenia*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 64 i nn.

porządku publicznego (nieco rzadziej moralności)¹⁰³. Jako jeden z przypadków nielegalności uznaje się także działanie pod wpływem błędu co do prawa¹⁰⁴.

Istotną cechą odróżniającą tę wadliwość jest fakt, że umowa może być uznana za nielegalną zarówno z przyczyn dotyczących jej zawarcia, jak i sposobu wykonania oraz celu, w jakim została dokonana¹⁰⁵.

Częste połączenie w wypowiedziach doktryny obu tych terminów zdaje się wynikać głównie z tradycyjnego poglądu, że termin *illegal* mówi także o sytuacji zbieżnej z przypadkiem sankcji nieważności *ex lege*. To zdaje się uzasadniać różniczenie w tej grupie wadliwych umów na przypadek:

- nielegalności w sensie „niezgodny z przepisami” oraz
- nielegalny w sensie „bezprawny” (*unlawful*)¹⁰⁶.

Skutkiem głównym nielegalności jest wspomniany brak możliwości wywodzenia jakichkolwiek roszczeń kontraktowych oraz roszczeń o odszkodowanie¹⁰⁷ – występuje stan nieegzekwowalności umowy w sensie formalnym procesowym i materialnym. W prawie kontynentalnym objaśnia się, że stan ten jest przypadkiem pośrednim pomiędzy sankcją nieważności bezwzględnej a sankcją wzruszalności umowy, a umowa może uzyskać skuteczność na mocy decyzji sądu¹⁰⁸. W ramach komentarza do tego poglądu wypada zauważyć, że taka możliwość jest jednak właściwa sankcji nieegzekwowalności w przypadku naruszenia przepisów o wymaganej formie, a w przypadku *illegality* najczęściej nie będzie to wchodzić w rachubę. W wypowiedziach doktryny systemów *common law* często wobec tego faktu dodaje się termin *void* dla sankcji wadliwości powiązanej z nielegalnością, podkreślając jej permanentność.

Przyjmuje się w zasadzie sześć podstawowych założeń doktryny nielegalnych umów (lub innych czynności prawnych):

- dbanie o przestrzeganie celu normy naruszonej nielegalnym zachowaniem powoda (*furthering the purpose of the rule which the claimant's illegal*

¹⁰³ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 7. Moralność zdaje się inkorporowana w zakres pojęcia porządku publicznego. Jest to wynik akceptacji pewnej konwencji zakresów pojęciowych tych norm generalnych.

¹⁰⁴ G.H. Treitel, *The Law...*, s. 214–215.

¹⁰⁵ Por. raport The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 114.

¹⁰⁶ P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 148.

¹⁰⁷ Por. szerzej na temat zasad utraty roszczeń restytucyjnych i różnic pomiędzy prawnym podejściem Wielkiej Brytanii a USA, np. J. King, *The Doctrine of Odious Debt...*, s. 162 oraz *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, t. 1–6, red. Ch. Von Bar, E. Clive, [b.m.] 2009, s. 546.

¹⁰⁸ Na podstawie wypowiedzi doktryny angielskiej, W. van Gerven, *The Concept of Provisional Validity. The Doctrine of Nullity Refined* [w:] *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, t. II, red. E. von Caemmerer, M. Rheinstein, S. Mentschikoff, K. Zweigert, Tübingen 1969, s. 520.

- behaviour has infringed*), który to cel mógłby być zagrożony dopuszczeniem do zawierania i wykonywania pewnych rodzajów czynności prawnych,
- koherentność systemu środków prawnych (*consistency*), która to spójność byłaby naruszona, jeżeli prawo pozwoliłoby na roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, a roszczenie to prowadziłoby do tego samego efektu jak roszczenie z umowy, której wykonania odmówiono przez przyjęcie jej nielegalności,
 - zachowanie powagi sądów oraz integralności systemu prawnego (m.in. przez uniknięcie rozpatrywania sporów prowadzonych przez osoby naruszające i obchodzące prawo) – tzw. zasada nieinterwencji,
 - przestrzeganie zasady, że powód nie może czerpać korzyści ze swojego złego postępowania,
 - konieczność odstraszenia (*deterrence*) od zawierania lub wykonywania czynności prawnych sprzecznych z prawem. Przyjmuje się np., że taki cel polityki stosowania prawa względem nielegalnych umów jest jednym z najczęściej cytowanych argumentów przez sądy w Wielkiej Brytanii¹⁰⁹,
 - kara za naruszenia zakazów ustawy lub porządku i interesu publicznego¹¹⁰.

W piśmiennictwie angielskim zwrócono uwagę na konflikt pomiędzy zasadą odstraszania a zasadą odmówienia stronom rozpatrywania ich sporów z nielegalnych umów¹¹¹. Wynika to z tej okoliczności, że często dopiero w trakcie sporu ujawnia się nielegalność umowy¹¹².

Uzasadnienie odwołujące się do potrzeby zachowania powagi wymiaru sprawiedliwości sprowadza się przede wszystkim do przyjmowania z urzędu nielegalności umowy. Krąg przesłanek do przyjęcia nielegalności jest nawet określany w nauce mianem „ekstremalnie szerokiego”, ponieważ nie tylko wadliwość ta obejmuje popełnienie przestępstwa czy wykroczenia na etapie zawarcia lub wykonania umowy. Może wynikać z naruszenia przepisów ustawowych i sprzeczności z dobrymi obyczajami (również z szeroko rozumianym porządkiem publicznym), które w ogóle nie są penalizowane w materialnym prawie karnym¹¹³.

¹⁰⁹ The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 12.

¹¹⁰ Por. m.in. R. Stone, *The Modern Law...*, s. 351–352, The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 8 i nn. The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 87–90.

¹¹¹ Doktryna nielegalności obejmuje także wadliwość trustów. Z tego powodu uprawnione jest odniesienie dalszych uwag również do tego rodzaju czynności prawnych. Na temat pewnych odrębności por. szerzej np. tamże, s. 50 i nn., R. Halson, *Contract Law*, Harlow 2001, s. 228–230. Por. omówienie nielegalności jako prawnego środka obrony przeciw roszczeniom deliktowym – The Law Commission, *The Illegality Defence in Tort*, „A Consultation Paper” 2001, nr 160, www.lawcom.gov.uk, *passim*.

¹¹² R. Stone, *The Modern Law...*, s. 352.

¹¹³ W.J. Swadling, *The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enrichment* [w:] *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, pod red. D. Johnstona, R. Zimmermanna, Cambridge [Wlk. Bryt.] 2002, s. 289.

W przypadku naruszenia porządku publicznego, podkreśla się, że ta ostatnia podstawa wadliwości jest tak szeroko definiowana, że staje się bezużyteczna¹¹⁴.

Przywołane poglądy świadczą o surowości orzecznictwa. Niektóre orzeczenia wskazują, że zagubiono w praktyce cel tej instytucji. Był to jeden z kluczowych argumentów, dla których podjęto działania legislacyjne.

W raportach komisji kodyfikacyjnych angielskiej lub kanadyjskiej, po wyczerpującym zaprezentowaniu szeregu problemów praktycznych, zaproponowano rezygnację z tradycyjnego zakresu sankcjonowania wad uzasadniających *illegality*. Otwarcie zarzuca się szerokiemu stosowaniu nielegalności wprowadzanie „odrażająco” niesprawiedliwych lub nielogicznych skutków dla stron umowy¹¹⁵.

W Anglii zaproponowano skorzystanie z elastycznej koncepcji sankcji sędziowskiej w wytyczeniu cech sankcji nielegalności. Głównie wskazywano jako wzór prawo Nowej Zelandii oraz amerykańskie *The Restatement the Second of Contracts* z 1981 r. Miało to pozwolić na zmianę tendencji orzeczniczej w celu ograniczenia nieproporcjonalnych reakcji w zakresie negatywnych skutków prawnych dla uczestników czynności prawnej (szczególnie nieodpowiadających za przyczyny nielegalności). Sankcja sędziowska została przyjęta w formie ograniczonej, jako tzw. uporządkowana dyskrecjonalność (*structured discretion*), która jest konstrukcją często wykorzystywaną w *common law* także w prawie karnym.

W prawie angielskim po 10 latach konsultacji w roku 2009 r. zrezygnowano jednak ostatecznie w prawie umów z tej koncepcji i pozostawiono ją *case law*. Odmienne los tej instytucji ukształtował się w prawie kontynentalnym: *structured discretion* recypowano w *Common Frame of Reference* i *UPICC (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)*. Obecnie po zaprzestaniu prac nad wspólnym prawem prywatnym dla UE jedynie w ujęciu punktowym nawiązuje się do takiego podejścia (jak np. w prawie polskim).

§ 4. Skutki naruszenia ustawy

4.1. Uwagi ogólne

Charakterystyka tej wadliwości potwierdza skomplikowanie omawianej materii. Jak zostało wspomniane, w przypadku naruszenia ustawy tradycja anglosaska przyjmuje co do zasady nielegalność umowy. Równoległe wyodrębnia się także

¹¹⁴ G.H. Treitel, *The Law...*, s. 325.

¹¹⁵ Por. The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 1. W raporcie podkreśla się wynikającą z tego faktu narastającą liczbę wyjątków tworzonych przez sądy w celu uniknięcia „absurdalnie niesprawiedliwych” rozstrzygnięć.

kategorię ustawowej nieważności. Najczęściej termin „ustawowa nieważność” (*statutory invalidity*) odnosi się do umów lub ich poszczególnych postanowień, które są nieważne bezwzględnie, wzruszalne, nieegzekwowalne lub pod innym względem bezskuteczne z mocy ustawy, które jednak nie zawierają pośrednio lub bezpośrednio zabronionego postępowania przez prawo¹¹⁶.

Poglądy te pozwalają na podsumowanie, że naruszenie ustawy w *common law* powoduje:

- sankcję nieważności ustawowej,
- sankcję nielegalności ustawowej.

Naruszenie ustawy może być wynikiem zarówno wystąpienia przyczyn aktualnych w momencie zawierania umowy, jak też poprzez wykonanie umowy¹¹⁷. Podobnie jak w systemach *ius civile*, zaistnienie naruszenia powoduje skutki określone w samej treści przepisu albo te wynikające tylko z jej interpretacji.

Bliższe wyjaśnienie jest niezbędne do zobrazowania skomplikowania tej formy wadliwości. Obok powyższych skutków typowych, w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że w przypadku naruszenia przepisów ustawy wprowadzonych w celu ochrony słabszej strony umowy, może zostać zastosowana sankcja wzruszalności, nie zaś nieważności bezwzględnej¹¹⁸. Stanowisko to wskazuje na skłonność do relatywizacji cech formalnych sankcji nieważności bezwzględnej – uzależnienia trybu jej stosowania od kryteriów celowościowych. Spotkać się z takimi poglądami można dość często w tradycji kontynentalnej¹¹⁹.

4.2. Nieważność ustawowa

Ten rodzaj sankcji nieważności (*contracts rendered void by statute* lub *statutory invalidity*) musi być wyraźnie zastrzeżony w tekście danego przepisu. W odmiennym wypadku zostanie przyjęta w drodze wykładni ostrzejsza sankcja konkurencyjna, którą jest nieegzekwowalność umowy (*illegality*). Wyjaśnia to wypowiedzi doktryny, że naruszenie ustawy czasem powoduje „jedynie” nieważność umowy¹²⁰.

¹¹⁶ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 5, G.H. Treitel, *The Law...*, s. 394.

¹¹⁷ R. Stone, *The Modern Law...*, s. 355.

¹¹⁸ M. Cumyn, *Nullity of Contracts in Québec Law, An Overview And Comparison With The Common Law of Illegal Contracts, Uniform Law Conference of Canada, Civil Law Section, Saskatchewan 2004*, <http://www.ulcc.ca>, s. 3, 11. Autor na uzasadnienie przywołuje orzeczenia kanadyjskiego Sądu Najwyższego: *Advance Rumely Thresher Co. v. Yorga*, [1926] S. C.R. 397; *Dorsch v. Freeholders Oil Co.*, [1965] S. C.R. 670; *Pinsky v. Wass*, [1953] 1 S. C.R. 399, (S.C.R. – publikator Supreme Court Reports, <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/>).

¹¹⁹ Por. szerzej R. Trzaskowski, *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych...*, *passim*; R.M. Beckmann, *Nichtigkeit und Personenschutz. Parteibezogene Einschränkung Der Nichtigkeit Von Rechtsgeschäften*, Tübingen 1998, *passim*.

¹²⁰ Na przykład R. Youngs, *English, French and German...*, s. 379.

Sankcja nieważności działa *ex tunc*. Następuje przyjęcie fikcji, że nie doszło do wywołania żadnych zamierzonych skutków prawnych. W przeciwieństwie do nielegalności, w razie wykonania umowy podlegającej tej sankcji powstaje obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego (np. dzięki temu nie może zostać także przeniesiona własność)¹²¹.

Zważywszy na automatyzm w przywróceniu stanu poprzedniego, jest to podejście najbliższe cechom formalnym nieważności bezwzględnej w prawie polskim. Dostępność roszczeń restytucyjnych w przypadku nieważnych bezwzględnie (*void*) przyjmowano również w założeniach reformy nielegalnych umów w prawie angielskim¹²².

W prawie angielskim wyróżnia się w ramach ww. kategorii głównie dwa rodzaje nieważnych bezwzględnie umów, które nie są jednocześnie objęte sankcją nielegalności (nieegzekwowalności):

- w przypadku umów naruszających zasady przyjmowania zakładów lub gier¹²³. Nie są one generalnie uznawane za należące do kategorii umów nielegalnych, ponieważ ustawa nie zawiera żadnego zakazu gier lub zakładów¹²⁴;
- umowy naruszające przepisy chroniące wolną konkurencję. W prawie angielskim podstawa tej sankcji nieważności zawarta jest zarówno w ustawie¹²⁵, jak i obecnie wynika z prawa UE, tj. art. 101 Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej^{126, 127}.

Cechom sankcji nieważności bezwzględnej odpowiada także wadliwość związana z zawarciem umowy pod wpływem istotnego błędu oraz w przypadku braku zdolności do czynności prawnych, w tym działania *ultra vires*¹²⁸.

¹²¹ G.H. Treitel, *The Law...*, s. 19.

¹²² Por. szerzej The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 124–126.

¹²³ Obecnie zagadnienia ważności takich umów reguluje Gambling Act 2005. Ustawa ta zawiera m.in. możliwość wydawania orzeczeń przez komisję nadzorującą wykonanie ustawy, powodujących nieważność bezwzględną umów i porozumień dotyczących zabronionego zakładu oraz konieczność zwrotu pieniędzy – por. sekcja 336 Gambling Act 2005.

¹²⁴ Por. m.in. tamże, s. 6.

¹²⁵ W prawie angielskim reguluje obecnie tę kwestię w sposób kompleksowy Competition Act 1998, który uchylił w 2000 r. dotychczasowe regulacje, rozmieszczone w 4 różnych aktach prawnych (były to: The Restrictive Practices Court Act 1976, The Restrictive Trade Practices Act 1976, The Resale Prices Act 1976, the Restrictive Trade Practices Act 1977).

¹²⁶ Art. 101 TUEU to dawny art. 81 Traktatu Wspólnot Europejskich, a pierwotnie art. 85 Traktatu Rzymskiego.

¹²⁷ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 328–333; R. Halson, *Contract...*, s. 214–216.

¹²⁸ Tak m.in. E.A. Kramer [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VII. Contracts in General*, red. K. Zweigert, U. Drobnig, Tübingen 1981, s. 48; S. Erbacher, *Australian Restitution Law*, wyd. 2, Cavendish 2002, s. 368. Warto zauważyć, że także ta Autorka określa nieważność (*void*) jako sytuację, gdy umowa nigdy nie uzyskała bytu prawnego.

Zastosowanie nieważności bezwzględnej przyjmuje się także w sytuacji zawarcia umowy z przekroczeniem pełnomocnictwa, jeżeli mocodawca nie potwierdzi umowy lub nie będzie związany umową na zasadzie tzw. oczywistego lub rzekomego pełnomocnictwa. Zawarcie umowy z osobą bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu uprawnia do odszkodowania równego wartości utraconych korzyści. Stanowi to podstawę do uzyskania zwrotu spełnionego świadczenia wedle przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu¹²⁹. Jest to rozwiązanie analogiczne do polskiej konstrukcji bezskuteczności zawieszonyj i skutku braku potwierdzenia, tj. doprowadzenia do stanu nieważności ab initio.

Skutki sankcji nieważności bezwzględnej i restytucja z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia kształtują się raczej dość skomplikowanie.

Generalną zasadą jest, że rozstrzygające znaczenie ma brzmienie naruszonyj ustawy, a w razie braku unormowania sankcji, stosuje się zasady prawa powszechnego (*common law*)¹³⁰.

Możliwość zwrotu świadczenia spełnionego na podstawie nieważnej umowy zachodzi na podstawie następstwa całkowitego upadku przyczyny umowy (*failure of consideration*); ze względu na nieistnienie umowy uznaje się to za „upadek zamierzonej przyczyny zawarcia umowy”. Alternatywnie przyznaje się roszczenie wg przepisów o skutku błędu odnośnie do ważności umowy¹³¹. Wyjaśnia się przy tym, że w ramach roszczenia restytucyjnego o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia specjalny środek prawny (do odzyskania spełnionego świadczenia lub jego wartości) jest nieco myląco określanj mianem „upadku przyczyny świadczenia”, ponieważ bardziej przydatne jest określenie „upadek podstawy prawnej” (*failure of basis*)¹³².

Jednak nie jest to podejście powszechnie przyjęte. Tytułem przykładu można wskazać, że skutki nieważności na przykładzie umów naruszających zasady przyjmowania zakładów lub gier definiowane są w ten sposób, że nie jest w zasadzie dopuszczalne powództwo o wykonanie umowy lub odzyskanie spełnionych świadczeń (ale w przypadku dokonania płatności przyjmuje się, że uchyla ona zastosowanie ustawy¹³³ – jest to jeden z konwalidacyjnych przykładów doniosłości wykonania zobowiązania).

¹²⁹ Por. P.D. Maddaugh, J.D. McCamus, *The Law of Restitution*, Aurora [Ontario] 2004, s. 16–1 wraz z przywołanym tam dalszym piśmiennictwem.

¹³⁰ Ch. Turner, *Key Facts...*, s. 182.

¹³¹ Tak w prawie australijskim S. Erbacher, *Australian Restitution...*, s. 368–369.

¹³² P. Birks, *Recovering Value Transferred...*, s. 156, 161, K. Raghavan, *Failure of Consideration as a Basis for Quantum Meruit Following a Repudiatory Breach of Contract*, „Monash University Law Review” 2016, vol. 42, iss. 1, s. 180.

¹³³ Ch. Wild, S. Weinstein, *Smith and Keenan's English Law*, wyd. 14, Harlow 2004, s. 368, G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 307–309.

Wyjątkiem w tym zakresie jest przyznanie, na gruncie *equity*, ważności (wykonalności) umowy dla zwycięzcy, jeżeli gra lub zakład nie wyczerpywała znamion nielegalności¹³⁴.

Skutki stanu nieważności umowy rozciągają się na wydawane w zamian wypłaty pieniężnej papiery wartościowe. Jedynym wyjątkiem jest nabycie papieru wartościowego przez osobę, która nie działała w świadomości nielegalnego pochodzenia papieru wartościowego¹³⁵. Ciężar dowodu spoczywa na osobie trzeciej. Zasięg nieważności rozciąga się także na pożyczki udzielone w celu zawierania nielegalnych gier lub zakładów, które nie mogą zostać odzyskane¹³⁶.

Należy wobec powyższego zaznaczyć, że umowy podlegające „wyłącznie” sankcji nieważności bezwzględnej odróżnić można od przypadków nielegalnych umów wedle kryterium zasięgu następstw tych sankcji wadliwości. Najważniejsze różnice dotyczą następujących kwestii:

- jako zasadę przyjmuje się – w przypadku umów nielegalnych – wyłączenie tzw. sankcji częściowej nieważności, co następuje przez ograniczenie możliwości oddzielenia nieważnego postanowienia umowy na mocy kryteriów ujętych zbiorczo w przesłankach częściowej nieważności (*severance*); natomiast przyjmuje się dopuszczalność takiego zabiegu dla umów podlegających sankcji nieważności bezwzględnej,
- w przypadku nieważności bezwzględnej przysługują roszczenia o zwrot uzyskanych korzyści wedle przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, w przypadku umów nielegalnych jest to wówczas możliwe wyłącznie, jeżeli powód nie był współodpowiedzialny za przyczynę nielegalności (zagadnienie to jest nieco bardziej skomplikowane i w niektórych aspektach zostanie przybliżone poniżej),
- zakres sankcji nieważności bezwzględnej co do zasady nie obejmuje tzw. powiązanych lub podporządkowanych umów; w przypadku nielegalności takie dalsze umowy również są pozbawione wykonalności prawnej, tj. zamierzonych skutków prawnych; nielegalność rozciąga się co do zasady na całość skutków prawnych towarzyszących nielegalnej umowie (czynności prawnej),
- nieważna umowa spółki cywilnej może wywoływać skutki prawne pomiędzy stronami, co jest wykluczone w przypadku nielegalności,
- bezwzględnie nieważne umowy wobec niezachowania szczególnej formy (*deed under seal*), mogą zachować skutki prawne (wykonalność)¹³⁷.

¹³⁴ Tamże, s. 311–312; G.H. Treitel, *The Law...*, s. 400–403.

¹³⁵ Por. szerzej J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 333–345.

¹³⁶ Tamże, s. 346–347; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 321.

¹³⁷ Por. N.J. Thompson, *The Rights of Parties...*, s. 7–8, wraz z przywołanym dalszym orzecznictwem.

4.3. Nieważność na gruncie prawa powszechnego (*common law*) – ogólna systematyka¹³⁸

Poniżej podane naruszenia wypracowano w orzecznictwie prawa powszechnego (*common law*). W dalszych uwagach niezbędne jest wyjaśnienie, że w tym przypadku termin *common law* odnosi się do systemu orzecznictwa w przeciwieństwie do systemu orzekania na podstawie reguł słuszności (*equity*), który sprawowany był przez Sąd Kanclerski (*The Court Of Chancery*), będący głównym administratorem tego systemu. Dualizm ten obowiązywał aż do czasu reform związanych z uchwaleniem *The Judicature Acts 1873–75*, gdy wraz z powołaniem *High Court of Justice* dokonano połączenia jurysdykcyjnego obu systemów *common law* oraz *equity*. Nie dokonano jednak likwidacji orzekania wedle zasad słuszności, które sprawowane jest obecnie przez Wydział Kanclerski (*the Chancery Division*), wchodzący w skład *the High Court of Justice*¹³⁹.

Powszechnie wyróżniane w *common law* podstawy tej odmiany wadliwości to:

1. umowy wyłączające jurysdykcję sądów (*Contracts ousting the jurisdiction of the courts*),
2. umowy podważające instytucję małżeństwa (*Contracts undermining the institution of marriage*),
3. umowy mające na celu rezygnację z odpowiedzialności rodzicielskiej (*Contracts to relinquish parental responsibility*),
4. umowy w zakresie ograniczania handlu (*Contracts in restraint of trade*)¹⁴⁰.

Skutki nieważności w prawie powszechnym co do zasady mają dotyczyć wyłącznie wadliwe postanowienia umowy, jeżeli takie utrzymanie w mocy umowy będzie możliwe, zgodnie z zasadami stosowania nieważności częściowej w ramach instytucji *severance*¹⁴¹.

Sposoby sankcjonowania powyższych naruszeń zostaną omówione poniżej, ponieważ nie są one zawsze rozpoznawane jednolicie w *common law*, i wydaje się, że właściwszym sposobem jest omówienie ich na tle skutków niezgodności z *public policy*.

¹³⁸ Bliżej podstawy tej sankcji zostaną omówione w kontekście sprzeczności z *public policy* w pkt 8, poniżej.

¹³⁹ Por. szerzej B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, rozdział II, pkt 4.1.

¹⁴⁰ Takie przyczyny wskazuje, wraz z powołanym wiodącym orzecznictwem, Ch. Turner, *Key Facts...*, s. 182.

¹⁴¹ Nieważność częściowa i *severance* zostanie omówiona w dalszych uwagach.

§ 5. Sankcja nielegalności ustawowej oraz nielegalności na gruncie prawa powszechnego (*common law*)

5.1. Sankcja nielegalności ustawowej (*contracts illegal by statute, contracts rendered unenforceable by statute; statutory illegality*)

Wyróżnia się dwojakie umocowanie tej sankcji; może wynikać bezpośrednio i wyraźnie z zakazu ustawy (doktryna angielska terminem ustawa obejmuje także inne akty prawne wydawane na mocy upoważnienia parlamentu)¹⁴² lub zostać przyjęta w sposób dorozumiany poprzez wykładnię ustawy. Wówczas sąd musi zdecydować, czy ustawa zabrania danej umowy i czy taka była intencja danego zakazu¹⁴³. Dopełnieniem takiej kategorii naruszenia jest wyróżnienie także odmiany umów nielegalnych z powodu tzw. *public policy*, a także umowy nielegalne wskutek naruszeń ustawy sposobem wykonania zobowiązania¹⁴⁴.

Zastosowanie sankcji sąd powinien poprzedzić rozważeniem, czy sankcja *unenforceable* ma być skierowana przeciwko roszczeniom jednej czy obu stron¹⁴⁵. Stosunkowo mniej problemów łączy się z wyraźnym zakazem wynikającym z danego przepisu, którego naruszenie prowadzi do niezaskarżalności umowy wskutek nielegalności. Jednak właściwie dla tradycji *common law* przyjęto także, poprzez wypracowanie kilku reguł w orzecznictwie, wspomnianą koncepcję dorozumianego zakazu ustawowego (*implied statutory prohibition*). Zagadnienie to nasuwa bliskie skojarzenia z przyjmowaniem w prawie polskim szerokiego rozumienia zwrotu „obejście ustawy” na gruncie aktualnego art. 58 KC. Tym samym istnienie tak sankcjonowanego zakazu przyjmuje się, jeżeli ustawa zabrania zawarcia lub wykonania umowy (*explicite* lub w sposób dorozumiany).

5.2. Koncepcja dorozumianego zakazu ustawowego w *common law*

Podkreśla się w tym przypadku, że sprzeczność z ustawą obok sytuacji jednoznacznych, może polegać również na naruszeniu celu lub polityki (*ratio legis*) danego przepisu¹⁴⁶. Brzmi to jak wyjaśnienie założeń kontynentalnej doktryny *agere in fraudem legis*.

¹⁴² G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 334.

¹⁴³ Tak m.in. E. McKendrick, *Contract...*, s. 290; P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 148. Należy w ramach kolejnej dygresji o terminologii zaznaczyć, że ten ostatni autor używa w zasadzie jedynie terminu *void* zamiast *unenforceable* lub *illegal*.

¹⁴⁴ Ch. Turner, *Key Facts...*, s. 177.

¹⁴⁵ The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 18.

¹⁴⁶ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 8–9.

Odnotowania wymaga trafna diagnoza sformułowana w celu wskazania źródła problemu zarzutów naruszenia ustaw lub innych wymogów prawnych; zwraca się w nauce podobnie jak w *ius civile* uwagę na przyczynę nielegalności, tj. rosnące nasycenie obrotu prawnego regulacjami. To zaś skłania do postulowania odejścia od tradycyjnie wypracowanych formuł reagowania na niezgodność z przepisami prawa¹⁴⁷. Orzecznictwo także zwraca na to uwagę, że naruszenie przepisów może nastąpić dość łatwo, nawet bez niewłaściwych zamiarów¹⁴⁸.

Podobnie jak w poprzednim przypadku, ta forma nielegalności może wynikać z naruszeń aktualnych w chwili zawarcia umowy. Może też wynikać z nielegalnego sposobu wykonania umowy (najczęściej wskutek złamania przepisów branżowych, różnych wymogów regulacyjnych czy wreszcie popełnienia pospolitych wykroczeń lub przestępstw przy okazji wykonania zobowiązań). Ten przypadek jest określany tzw. następczą nielegalnością (*supervening illegality*)¹⁴⁹.

Szczegółnej rozważania wymaga postawienie zarzutu naruszenia ustawy wyłącznie w drodze wykładni danej merytorycznej normy. Rezultat wykładni jest kreowany przede wszystkim uwzględnieniem celu ustawy i rodzaju chronionego dobra oraz jego związku z przedmiotem umowy. Proces wnioskowania opiera się przy tym na przesądzeniu, czy okoliczności dotyczące zawarcia umowy i jej celu albo dotyczące umówionego sposobu jej wykonania zawierają złamanie przepisu ustawy, i czy należy sankcjonować to niezaskarżalnością umowy przez jedną czy też obie strony¹⁵⁰.

Asumpt do przyjęcia wniosku o dorozumianej nielegalności może wynikać z tej okoliczności, że na etapie wykonania umowy pewne zachowania stron mogą podlegać wspomnianej penalizacji w prawie karnym, prawie wykroczeń lub sankcji administracyjnej, albo też naruszać wymogi regulacyjne ograniczające swobodę umów poprzez obowiązek uzyskania licencji lub zezwolenia (*regulatory statute*)¹⁵¹.

Koncepcja dorozumianego zakazu ustawowego jest w wielu punktach zbieżna z założeniami koncepcji czynności *in fraudem legis* wg tradycji kontynentalnej.

¹⁴⁷ Por. P. Birks, *Recovering Value Transferred...*, s. 160.

¹⁴⁸ Sprawa *St John Shipping Corp v. Joseph Rank Ltd* [1957]; por. również The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 19–21.

¹⁴⁹ Tak m.in. G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 337; R. Halson, *Contract...*, s. 149.

¹⁵⁰ Raport The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 12 wraz z bogatym orzecznictwem i odrębnymi poglądami co do szczegółowych założeń stosowania tej sankcji wadliwości w wyniku wyinterpretowania dorozumianego zakazu. Por. także G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 335–337.

¹⁵¹ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 10.

Doktryny poszczególnych krajów tradycji *common law* kazuistycznie podeszły do problemu, kiedy należy uznać umowę za naruszającą zakaz ustawowy, jeżeli nie wynika to wprost z treści przepisu. Dorozumiana nielegalność jest przyjmowana głównie w przypadku naruszenia przepisów, które mają na celu ochronę interesu publicznego, niekiedy dość szeroko definiowanego, jako ochronę społeczeństwa przed naruszeniami określonych przepisów¹⁵². Klarowność tego typu poglądów burzy jednak okoliczność, że orzecznictwo dopuszcza także *ad casum* wyjątki. Utrzymuje się bowiem w mocy umowy, jeżeli możliwe jest przyjęcie, że wystarczająca będzie sankcja karna, nawet jak ustawa ma realizować określone cele ochronne o charakterze ogólnospołecznym i gospodarczym¹⁵³.

Kolejną przesłanką przypisania ww. wadliwości jest ustalenie w drodze wykładni, czy ustawa w ogóle zabrania pewnego typu działalności gospodarczej, której to postanowienia narusza umowa, czy zabrania jedynie konkretnej umowy.

Problem ten stanowił kanwę orzeczeń utrzymujących w mocy umowy zawierane, np. przez banki z naruszeniem przepisów regulujących działalność bankową lub innych instytucji finansowych. Głównym argumentem za odrzuceniem zarzutu nielegalności umowy i sankcji niezaskarżalności było wskazanie na wymiar społeczny i makroekonomiczny: naruszenie interesów wszystkich klientów banku. Poprzez uznanie jednej umowy za objętą dorozumianym zakazem ustawowym, skutki obejmowały resztę umów zawieranych w zakresie działalności banku, np. o przyjmowanie lokat i depozytów bankowych. Orzecznictwo podkreśliło, że tego na pewno nie zamierzano uczynić wprowadzeniem określonych ograniczeń w prawie publicznym¹⁵⁴. Judykatura zwróciła trafnie uwagę, że interesowi publicznemu lepiej służy ograniczanie się do unieważniania transakcji wyłącznie z poważnych powodów. Nie należy odmawiać prawa do sądu, jeżeli lepszym rozwiązaniem będzie zastosowanie sankcji karnych¹⁵⁵.

Alternatywnym podejściem do oceny skutków naruszenia jest również analiza *ex post* pozycji strony, która poprzez złamanie wyraźnych lub

¹⁵² Por. np. The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 15.

¹⁵³ Tamże, s. 15 w odniesieniu do wyroku High Court of Australia z 13 maja 1997 r.; *Fitzgerald v. F.J. Leonhardt Pty* [1997, 189 CLR 215], <http://www.austlii.edu.au>.

¹⁵⁴ Por. tamże, s. 16–17, wraz z powołanym tam dalszym orzecznictwem sądów. Wiodącym orzeczeniem jest wyrok High Court of Australia z 2.11.1978 r., *Yango Pastoral Company Pty Ltd v. First Chicago Australia Ltd* (1978) 139 CLR 410, <http://www.austlii.edu.au>. W tej sprawie klient banku odmówił zapłaty z tytułu długu hipotecznego, twierdząc, że bank nie otrzymał ustawowego upoważnienia wymaganego dla działalności bankowej, stąd hipoteka jest objęta dorozumianym zakazem ustawowym. Klient przegrał proces z ww. przedstawionych powodów. Należy wskazać również, że czasem przepisy danego aktu prawnego wprost regulują, że naruszenie warunków, np. prowadzenia działalności na rynku finansowym, nie powoduje nieważności lub nieegzekwawalności umów – tak w prawie angielskim, np. Sekcja 20 (pkt 2) (b) Financial Services and Markets Act 2000.

¹⁵⁵ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 338–339.

dorozumianych zakazów ustawowych straci wszelkie środki ochrony prawnej. To ostatnie uznaje się zasadnie za niepożądane i prowadzące do niesprawiedliwych rezultatów szczególnie, jeżeli nastąpiło mniejsze wykroczenie przeciwko przepisom, których jest w działalności gospodarczej bardzo wiele¹⁵⁶. Ilustracją tego poglądu jest np. sytuacja, gdy niezgodność z prawem polega na dostawie towarów bez wymaganych dokumentów, gdzie stosowanie sankcji niezaskarżalności byłoby aktem niesprawiedliwym i grożącym poważną szkodą w razie jednostronnego wykonania umowy.

Doktryna postuluje często celowość ograniczenia sankcji wyłącznie do sankcji karnej. Strona odpowiedzialna za naruszenie przepisów regulujących sposób jej wykonania może dzięki temu dochodzić roszczeń z umowy¹⁵⁷.

W piśmiennictwie australijskim przyjmowana jest szczególna postać tzw. nieważności jednostronnej podmiotowej w odniesieniu do osoby, która wiedziała o przyczynie nielegalności w chwili zawarcia umowy, tj. przeciwko jednej ze stron. Obok takiej „podmiotowej” nieważności częściowej, przyjmuje się zasadniczo także możliwość zastosowania ogólnych reguł nieważności częściowej (*severance*)¹⁵⁸.

Podobnie w doktrynie angielskiej wskazano, że w sytuacji dorozumianego zakazu ustawowego może powstać przypadek jednostronnej nieegzekwowalności umowy¹⁵⁹. W tym przypadku wadliwość ta sprawia, że dla drugiej strony jest zachowana ważność i skuteczność umowy¹⁶⁰.

Interesujące dla zagadnienia proporcjonalizacji sankcji jest rosnące znaczenie zasady życzliwej reguły interpretacji w prawie kanadyjskim (*Benevolent Rule of Interpretation*). Źródłem tej reguły jest orzeczenie w sprawie *St John Shipping Corp v. Joseph Rank Ltd.* Spór toczył się wskutek odmowy zapłaty za dostawę towaru, przysługującej stronie, która została ukarana za przeładowanie statku użytego do jego transportu. Umowa w żaden sposób nie była wadliwa. Nie regulowała przy tym zobowiązań, które można byłoby powiązać z przeładowaniem statku. Sąd uznał roszczenie o zapłatę. W ocenie sądu decydujące dla zarzutu nielegalności umowy znaczenie ma okoliczność, czy cel i uzasadnienie (*policy*) naruszonej ustawy w ogóle zabrania danego typu umów¹⁶¹.

Doktryna zwraca uwagę, że *the benevolent rule* wymaga jedynie ustalenia dowodowego, czy może być oddzielona wadliwa klauzula, aby utrzymać w mocy czynność prawną niezależnie, czy niezgodność z ustawą dotyczy przesłanek

¹⁵⁶ Tamże, s. 338.

¹⁵⁷ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 334–335.

¹⁵⁸ Por. P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 166.

¹⁵⁹ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 334.

¹⁶⁰ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 18–19.

¹⁶¹ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. iii, 10–11.

ważnego zawarcia umowy, przesłanek określenia zakresu dopuszczalnej treści lub wynikało ze sposobu wykonania umowy¹⁶².

Ten trafny postulat odrzucania skrajnych przypadków sankcjonowania umów za tego typu naruszenia odnosi się głównie do naruszeń prawa na etapie wykonania umowy, w mniejszym stopniu naruszeń zasad zawierania i determinowania treści umów. Reguła życzliwej interpretacji wymaga, by fundamentalne założenia danego przepisu prawnego: *ratio legis* i cel ustawy były każdorazowo analizowane do określenia, czy dla zachowania założeń ustawy niezbędnym jest odmówienie wykonalności umowie¹⁶³.

5.3. Sankcja nielegalności na gruncie prawa powszechnego (*contracts illegal at common law*)

Podstawy do zarzucenia nielegalności wypracowane w orzecznictwie grupuje się najczęściej w następujący sposób: ogólne naruszenie swobody umów, umowa o popełnienie przestępstwa, czynu niedozwolonego lub oszustwa, umowa o korzyści z przestępstwa innej osoby, umowa w celu popełnienia oszustw podatkowych lub innych, mająca na celu korupcję w życiu publicznym, umowy z naruszeniem prawa obcego lub ingerencji w wymiar sprawiedliwości, umowy naruszające prawa podmiotowe, umowy mające na celu promowanie niemoralności seksualnej, umowy *prima facie* zgodne z prawem, ale zawarte w nielegalnym celu¹⁶⁴. Norma sankcjonująca to nieegzekwowalność (*unenforceable*), podobnie jak w innych przypadkach połączona jest z utratą możliwości przywrócenia stanu poprzedniego oraz utratą innych potencjalnych roszczeń.

Podobnie jak w poprzednim przypadku, te naruszenia i sprzężone z nimi następstwa kreowane normą sankcjonującą *unenforceable*, nakładają się na typologię wadliwości opartą na badaniu następstw naruszenia porządku publicznego (*public policy*), czy precyzyjniej to ujmując, na podstawie oceny ich katalogu – norm pozaustawowych.

5.4. Sprzeczność z wartościami pozaustawowymi (*public policy*)

Sprzeczność z wartościami pozaustawowymi z reguły rozpatruje się na gruncie zbiorczej kategorii naruszenia zasad polityki i porządku publicznego (*public policy*). Zakres pojęciowy tej klauzuli generalnej jest bardzo szeroki

¹⁶² Tamże, s. iii, 12.

¹⁶³ The Law Commission, *The Illegality Defence*, s. 11–12.

¹⁶⁴ Ch. Turner, *Key Facts...*, s. 181.

i zróżnicowany. W pewnym uproszczeniu można uznać, że termin ten obejmuje zarówno zasady składające się na pojęcie dobrych obyczajów: normy moralne, jak i wąsko rozumianą klauzulę porządku publicznego. Rozumienie zakresu tej klauzuli jest uzależnione od zmieniających się zwyczajów społecznych, moralności i warunków ekonomicznych; elastyczność ma umożliwiać uzasadnienie nieważności umowy przez sędziego¹⁶⁵. Jest to wyraz klasycznej funkcji realizowanej przez klauzule generalne, odpowiadający w tym sensie podejściu *ius civile*.

W orzecznictwie postuluje się często ostrożność ze względu na niebezpieczeństwo tak rozumianego zakresu treściowego klauzuli. Postuluje się wstrzeźliwość w stosowaniu tego zarzutu; aby sądy nie tworzyły nowych zasad porządku publicznego, ponieważ może to naruszać w szczególności pewność prawa. Podkreśla się, że w ostatnich latach następuje łagodzenie surowego orzecznictwa – nastawienie sądów prezentuje częściej kompromis pomiędzy elastycznością, nieodłącznie związaną z pojęciem porządku publicznego, a postulatem zapewnienia pewności prawa. Szczególną ostrożność nakazuje się w przypadku stosowania powyższych zasad do umów, które do tej pory nie były uznawane za obowiązujące, a prymat pozostawiony był ogólnym zasadom ich ważności¹⁶⁶. Podkreśla się, że nowa zasada, wchodząca w skład pojęcia porządku publicznego, może być rozpoznana przez sąd na podstawie przedłożonych dowodów czy własnych ustaleń wynikających z nowego typu społecznych stosunków¹⁶⁷.

Rodzaje poszczególnych naruszeń prowadzą do wyróżnienia głównych typów umów nielegalnych ze względu na naruszenie poniższych wartości lub dóbr prawnie chronionych, bądź też ogólnie pojmowanej kategorii porządku publicznego. Najczęściej wyróżnia się umowy:

1. naruszające zasady wolnej konkurencji i działalności handlowej (w tym prawo UE)¹⁶⁸,
2. zawarte w celu popełnienia przestępstwa (np. oszustwa) lub deliktu,

¹⁶⁵ G.H. Treitel, *The Law...*, s. 366; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 345.

¹⁶⁶ Por. szerzej np. G.H. Treitel, *The Law...*, s. 366–369 oraz cytowane tam wypowiedzi sądów.

¹⁶⁷ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 8.

¹⁶⁸ Tak w łącznym ujęciu wypowiedzi G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law...*, s. 344 oraz J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 348–381, G.H. Treitel, *The Law...*, s. 326–369, P. Richards, *Law...*, s. 284. W odniesieniu do sankcji za naruszenie przepisów TWE dotyczących ochrony wolnej konkurencji, tj. art. 81 i nn. TWE (dawny art. 85, obecny art. 101 Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) przewidywał czasową nieważność bezwzględną, ponieważ wadliwość może być usunięta przez uzyskanie zgody władz UE – tak G.H. Treitel, *The Law...*, s. 366. Należy dodać, że w trybie i na mocy przesłanek (jak się wydaje dających dość duży luz decyzyjny) art. 81 ust. 3 w zw. z art. 83 TWE dopuszczał brak nieważności bezwzględnej. Charakter tego wyjątku jest zbliżony do konwalidacji, choć poprawniej należałoby przyjąć, że przepis ten nie znajduje zastosowania i dzięki temu nie można stosować sankcji.

3. niemoralne z powodów seksualnych,
4. szkodzące bezpieczeństwu publicznemu,
5. szkodzące wymiarowi sprawiedliwości,
6. mające na celu korupcję w życiu publicznym,
7. mające na celu defraudacje podatkowe,
8. wykluczające bezwzględnie jurysdykcję sądów w znaczeniu możliwości rozpoznania sporu z danej umowy (nie obejmuje to zapisu na sąd polubowny lub o wyłączną właściwość obcego sądu¹⁶⁹),
9. naruszające status moralny i prawny małżeństwa lub życia rodzinnego (prawa i obowiązki małżonków),
10. zwalniające z obowiązków rodzicielskich,
11. sprzeczne z dobrymi obyczajami,
12. ograniczające wolności osobiste¹⁷⁰.

Wyróżnia się także umowy naruszające interes państwa i godzące w interes rządu, w szczególności przez oferowanie korzyści w zamian za określone głosowanie w parlamencie. Umowy skierowane przeciwko powadze administracji publicznej (dotyczące sprzedaży urzędów lub godności honorowych), a także naruszające zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości i prowadzenia procesów sądowych¹⁷¹.

W raporcie angielskiej komisji kodyfikacyjnej zastosowano bardziej zagregowany podział przyczyn skutkujących niezaskarżalnością umów wskutek nielegalności:

1. umowy mające na celu popełnienie czynu prawnie niewłaściwego (nie-dozwolonego) lub zawierające postępowanie w inny sposób naruszające zasady lub interes publiczny,
2. umowy, w których jedna ze stron lub obie zawierają umowę w celu popełnienia czynu prawnie niewłaściwego lub zawierające postępowanie w inny sposób naruszające zasady lub interes publiczny,
3. umowy, w których obie strony popełniają czyn prawnie niewłaściwy lub czynność w inny sposób naruszającą zasady lub interes publiczny¹⁷².

¹⁶⁹ Por. np. J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 358–359; P. Richards, *Law...*, s. 281.

¹⁷⁰ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 356.

¹⁷¹ Por. tamże, s. 356, G.H. Treitel, *The Law...*, s. 344, P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 151–153, R. Halson, *Contract...*, s. 206–209.

¹⁷² The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 21–26; The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 21.

5.5. Efekt nielegalności w zakresie egzekwowalności umowy oraz *restitutio in integrum* a proporcjonalność normy sankcjonującej i model sankcji sędziowskiej

Sankcja przypisana nielegalności powoduje, że umowa traci możliwość wywołania zamierzonych skutków prawnych. Jednak nie ogranicza się to wyłącznie do skutków prawnych zamierzonych (lub skutków przypisywanych z mocy prawa) zawarciu umowy. Sankcja eliminuje, jak wspomniano, odzyskanie spełnionych świadczeń oraz ewentualne roszczenia odszkodowawcze *ex delicto*. Brak prawa do sądu co do zasady powoduje całkowitą niemożliwość przywrócenia stanu poprzedniego.

Pierwszy skutek w zasadzie odpowiada rozwiązaniom *ius civile*, zarówno gdy stan nieważności jest efektem sankcji nieważności bezwzględnej, jak i efektem zastosowania pozostałych sankcji wadliwości. Natomiast w *common law* brak roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia powoduje, że cechy formalne sankcji ulegają znacznemu rozbudowaniu w stosunku do *ius civile*. Stanowisko prawa kontynentalnego, w tym prawa polskiego, jest tutaj nacechowane większą prostotą wskutek odrębnego reżimu rozpatrywania skutków prawnych nielegalności (w prawie polskim w ramach umów o tzw. świadczeniu niegodziwym)¹⁷³.

Następstwa nielegalności z powodu braku możliwości przywrócenia stanu poprzedniego prowadzić mogą do niesprawiedliwości rozstrzygnięć i utrwalenia nielegalności wskutek braku skargi o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia i przywrócenie stanu poprzedniego. Usprawiedliwia się to ogólnymi założeniami tej instytucji, podstawowymi dla anglosaskiej koncepcji wymiaru sprawiedliwości, w myśl której sądy co do zasady odmawiają rozpatrywania roszczeń z nielegalnych umów¹⁷⁴.

Nieproporcjonalne do skali naruszenia, zwyczajnie surowe, a drakońskie w swych następstwach podejście budzi szereg wątpliwości i powoduje wypracowywanie w orzecznictwie reguł osłabiających szczególnie niesprawiedliwe następstwa tej normy sankcjonującej. Wśród głównych zarzutów wskazuje się także na niepewność prawną, która wynika z możliwości stosowania sankcji w nawet najbardziej trywialnych przypadkach naruszenia przepisów lub poprzez koncepcje dorozumianego zakazu ustawowego¹⁷⁵. Fakt nielegalności ze względu na przyczynę istniejącą w chwili dokonywania czynności prawnej jest uwzględniany przez sąd z urzędu, jeżeli nawet pozwany nie powołał się na nielegalność

¹⁷³ Por. szerzej na temat stanowiska prawa polskiego, np. P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405–414 KC Komentarz*, Warszawa 2007, *passim*; tenże, *Świadczenie niegodziwe*, Warszawa 2007, *passim*.

¹⁷⁴ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 81–82.

¹⁷⁵ Por. uzasadnienie dla podjęcia reformy skutków nielegalności umów i trustów w raporcie: tamże, s. 81 i nn.

umowy. Jeżeli w trakcie procesu ujawnią się okoliczności wskazujące, że umowa miała nielegalny cel, wówczas sąd uzna umowę za nielegalną, nawet jak istnienie tych okoliczności nie zostałyby potwierdzone przez strony¹⁷⁶.

Centralnym założeniem i zarazem punktem wyjściowym dla postawienia zarzutu nielegalności, i wynikającej z tego sankcji, jest wspomniana zasada systemu prawa, że sądy nie powinny zajmować się sporami, gdzie strony nie przestrzegały prawa lub postępowały niemoralnie i niegodziwie.

Dalsze cechy tej instytucji są pochodną tej zasady podstawowej. Dotyczą one zarówno uzasadnienia surowej zasady podstawowej, jak i opracowania pewnych wyjątków ją łagodzących. Wszystko to sprawia, że skutki nielegalności są zróżnicowane, wiele kwestii jest bardzo niejasnych i budzi spory na tyle poważne, że postuluje się wspomniane formy ustawowego uregulowania albo całego obszaru tej wadliwości albo pewnych jej fragmentów.

Następstwa nielegalności determinowane są także tym, czy przyczyna nielegalności istniała w chwili zawarcia umowy, czy też naruszenia prawa są jedynie okolicznościami dalszymi, dotyczącymi samego sposobu wykonania umowy. Ewentualnie zarzut nielegalności może opierać się na dążeniu do celu zabronionego przez ustawę lub interes publiczny.

Zaistnienie przyczyny nielegalności w chwili dokonywania umowy powoduje, że tak samo jak w tradycji *ius civile*, co do zasady uznaje się nielegalną umowę za nieważną *ab initio*. Wówczas jest przez prawo traktowana, jakby nie została nigdy dokonana. Nie jest możliwe wywodzenie z umowy jakichkolwiek roszczeń, łącznie z roszczeniem o odszkodowanie¹⁷⁷, zgodnie z zasadą *ex turpi causa non oritur actio*¹⁷⁸. Jej charakter jest bardzo surowy, jeśli pod uwagę zostaną wzięte dalsze następstwa, co tłumaczy się względami nie tylko sprawiedliwości, a racjami polityki, które nie pozostawiają miejsca na uznaniową ocenę sądu¹⁷⁹.

Nieco odmiennie sprawa przedstawia się w przypadku odszkodowania. Jeżeli jedna ze stron wykonała umowę, wówczas zasadą jest brak możliwości żądania zwrotu spełnionego świadczenia; własność oraz pieniądze nie mogą zostać odzyskane (np. sprzedawca, który dostarczył towar nie ma roszczeń na wypadek braku zapłaty za towar; podobną pozycję prawną ma kupujący)¹⁸⁰. Działanie tej reguły prowadzi do zaskakujących efektów, np. jeżeli została zawarta umowa najmu w nielegalnym celu, trwa ona do końca umówionego okresu¹⁸¹.

¹⁷⁶ G.C. Cheshire, CH Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 375.

¹⁷⁷ R. Stone, *The Modern Law...*, s. 359.

¹⁷⁸ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 7; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 359–360.

¹⁷⁹ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 382, za orzeczeniem *Tinsley v. Milligan*. [1994] 1 AC 340.

¹⁸⁰ G.H. Treitel, *The Law...*, s. 377; G.C. Cheshire, CH Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 359; J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 388.

¹⁸¹ G.C. Cheshire, CH Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 363.

Wprowadza zasada ogólna de facto przepadek spełnionego świadczenia, porównywalny do polskiej regulacji, z tym że następuje na rzecz drugiej strony¹⁸². W systemach prawnych *common law* istnieje wzmiankowana we wcześniejszych uwagach możliwość nabycia tytułu prawnego na mocy nielegalnej umowy¹⁸³.

Prawo Nowej Zelandii zastosowało inną regulację. Zgodnie z sekcją 73 Contract and Commercial Law Act 2017 (poprzednio art. 6 Illegal Contracts Act 1970), żadna osoba nie staje się uprawniona na mocy nielegalnej umowy, a w świetle art. 76, sąd może uchylić skutki nielegalności poprzez przywrócenie stanu poprzedniego, odszkodowanie, zmianę umowy, dokonanie jej konwalidacji w części lub całości albo tylko w odniesieniu do osiągnięcia określonego celu umowy. Sąd może także zastosować każdy inny środek ochrony prawnej, jaki uzna za właściwy w okolicznościach konkretnej sprawy. Te środki ochrony prawnej mogą być przyznane w każdym postępowaniu lub zastosowane dla osiągnięcia takiego celu. Ponadto sąd może przysądzić własność dla osiągnięcia skuteczności środków prawnych (por. sekcja 76 pkt 4 ww. ustawy z 2017).

Powyższa regulacja jest przykładem bardzo elastycznej normy wprowadzającej tzw. sankcję sędziowską w miejsce sankcji *ex lege*. Model władzy dyskrecjonalnej jest w zasadzie nieograniczony, ponieważ sąd ma szeroki wybór ingerencji w zakres określenia następstw danego naruszenia.

Oceniając podejście prawa Nowej Zelandii (jeszcze pod rządami Illegal Contracts Act 1970), w literaturze podkreślano, że legislacja ta przyjęła zasadę całkowitego wyczyszczenia skutków nielegalności. Sąd może usuwać skutki prawne zgodnie z oczekiwaniami wymiaru sprawiedliwości: uznaniowość opiera

¹⁸² Por. szerzej, na temat świadczenia niegodziwego w *common law* oraz w prawie rzymskim, m.in. P. Księżak, *Świadczenie niegodziwe...*, s. 7, s. 67–90.

¹⁸³ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 38–39, 109. Wyjątkiem jest: obrót rzeczami związanymi z czynami przestępczymi lub działalnością sprzeczną z dobrymi obyczajami, w celu obejścia przepisów, które wyraźnie wprowadzają sankcje braku skuteczności prawnej (tamże, s. 43). Podobne stanowisko obecne jest w piśmiennictwie kanadyjskim – por. np. P.D. Maddaugh, J.D. McCamus, *The Law...*, s. 15–1 i nn. Należy wskazać, że może to być tendencja podlegająca korekcie, np. brak możliwości odzyskania własności został w orzeczeniu *Al-Kishtaini v Shanshal* [2001] uznany za sprzeczny z Europejską Konwencją Praw Człowieka, przyjętą w prawie angielskim przez Human Rights Act 1998. Odmowę restytucji uznano za naruszenie prawa własności – jej bezpodstawne pozbawienie. Orzeczenie to uznaje się za początek tendencji, aby ograniczenie możliwości dochodzenia zwrotu świadczenia spełnionego w ramach wykonania nielegalnej umowy podyktowane było jedynie interesem publicznym. Nawet przy tej zasadzie uznaje, że może być uprawnione w konkretnych okolicznościach zastosowanie dalszych wyjątków – R. Stone, *The Modern Law...*, s. 362. W najnowszych opracowaniach została dostrzeżona w prawie angielskim konieczność zachowania zgodności przy stosowaniu doktryny *illegality* z prawem Unii Europejskiej oraz z postanowieniami Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – por. szerzej, wraz z dalszym orzecznictwem, The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 42–47.

się na niewielkiej liczbie wskazówek; przepis odwołuje się do tradycyjnych przesłanek rozstrzygnięcia o zasadach przywrócenia stanu poprzedniego, m.in. wiedza strony na temat nielegalnego charakteru jej postępowania. Należy wziąć pod uwagę także zachowanie stron, cel naruszenia przepisów oraz kary związane z jej naruszeniem, a także każdą inną okoliczność, którą uważa za właściwą¹⁸⁴.

Warto także zwrócić uwagę na bardzo szerokie pole, dzięki sędziowskiej władzy dyskrecyjnej, do konwalidacji przez odrzucenie sankcji nieważności bezwzględnej. Rozwiązania systemowe idą dalej: co do zasady przyznaje się sędziemu kompetencje do ustalenia treści zobowiązań stron nielegalnej umowy. Jeżeli obie strony zawiniły w równym stopniu w wystąpieniu przyczyny nielegalności umowy (status stron jest *in pari delicto*), sytuacja procesowa pozwanego jest korzystniejsza niż powoda, zgodnie z zasadą *in pari delicto, potior est conditio defendentis*¹⁸⁵. W takim przypadku pozwany może zatrzymać to, co uzyskał od powoda¹⁸⁶. Ten ostatni przypadek można określić mianem prywatnoprawnego przepadku mienia na rzecz osoby odpowiedzialnej za nielegalność. Przyjmuje się jednak wyjątki od zasady braku zwrotu spełnionego świadczenia. Ogólnie zastrzega się przy tym, że nie jest możliwe dochodzenie odszkodowania w zakresie utraconych korzyści¹⁸⁷.

Prawo do roszczeń restytucyjnych przyznaje się w następujących przypadkach:

- a. jeżeli tylko jedna ze stron umowy odpowiada za przyczynę jej nielegalności, wówczas sąd dopuści możliwość odzyskania spełnionego świadczenia przez tzw. niewinną stronę. Powód musi w takiej sytuacji wykazać, że jest ofiarą podstępu, przymusu ze strony pozwanego, bądź że działał pod wpływem błędu co do faktu lub prawa¹⁸⁸. Alternatywnie chroni się zaufanie do tzw. powierniczej pozycji pozwanego, którą pozwany następnie nadużył (np. jeżeli ubezpieczyciel zapewnia ubezpieczającego o ważności i zgodności z prawem umowy ubezpieczenia)¹⁸⁹. W takich sytuacjach nielegalność umowy nie stanowi zarzutu, który może zostać podniesiony przeciwko roszczeniu restytucyjnemu¹⁹⁰. Szczególnym

¹⁸⁴ P. Birks, *Recovering Value...*, s. 155–156.

¹⁸⁵ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 7, 86; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot; M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 361.

¹⁸⁶ Tamże, s. 362–363.

¹⁸⁷ Ten środek ochrony prawnej ma na celu doprowadzenie do stanu sprzed dokonania transakcji – por. np. R. Halson, *Contract...*, s. 221–222.

¹⁸⁸ W prawie angielskim błąd co do prawa nie dawał roszczenia restytucyjnego aż do czasu orzeczenia *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* [1998] – The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 31. Pomimo tego orzeczenia tylko błąd co do faktu uznaje się za wyjątek umożliwiający restytucję – por. np. P.D. Maddaugh, J.D. McCamus, *The Law...*, s. 15–17.

¹⁸⁹ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 366; P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 170.

¹⁹⁰ Por. szerzej The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 28–34.

- przykładem zastosowania tego wyjątku są regulacje prawne, które mają na celu ochronę jednej ze stron umowy (np. najemców nieruchomości), wówczas czynsz zapłacony z tytułu umów zawartych z naruszeniem stosownych regulacji prawnych może zostać odzyskany przez najemcę¹⁹¹;
- b. jeżeli powód zrezygnuje z wykonania umowy, nie spełni świadczenia i „wyrazi żal” (*repentance*), albo jeżeli nie doszło jeszcze do wykonania umowy w znaczącej części¹⁹². Na mocy tej swoistej dla prawa prywatnego koncepcji tzw. czynnego żalu możliwe jest odzyskanie przez powoda spełnionego przez niego świadczenia. Warunkiem jest wycofanie się z umowy we właściwym czasie, zanim nielegalny cel umowy zostanie osiągnięty oraz powód musi autentycznie żałować przyczyny nielegalności w ocenie sądu. Zrezygnować powinien z własnej woli, nie zaś pod wpływem okoliczności, nad którymi nie miał kontroli, w szczególności ze względu na naruszenie umowy przez drugą stronę¹⁹³. Cel umowy, jak się przyjmuje, nie musi być także zrealizowany w całości¹⁹⁴. Generalną podstawą tego wyjątku jest brak wystąpienia poważnej przyczyny nielegalności, np. popełnienie przestępstwa¹⁹⁵. W tym przypadku w nowszych wypowiedziach nauki wskazuje się na tendencję do wspierania doktryny czynnego żalu podejściem bardziej elastycznym, a mianowicie wyważeniem okoliczności relewantnych dla roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia (*balancing of factors*)¹⁹⁶;
- c. jeżeli powód nie musi opierać roszczenia o zwrot na nielegalnej umowie, a jego roszczenie może być oparte na innej podstawie prawnej¹⁹⁷;
- d. jeżeli strony działały w błędzie odnośnie do faktu, który powoduje nielegalność umowy¹⁹⁸.

¹⁹¹ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 366; J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 391–392.

¹⁹² R. Stone, *The Modern Law...*, s. 363.

¹⁹³ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 369–370; J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 334, por. szerzej wraz z wyczerpującym opracowaniem orzeczeń raport The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 35–38. Zagadnienie to jest nazywane doktryną *locus poenitentiae* (wycofanie się z transakcji przed jej sfinalizowaniem, tzw. *place/time of repentance*: „wyrażenie skruchy”).

¹⁹⁴ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 389.

¹⁹⁵ Por. The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 38; P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 171.

¹⁹⁶ Por. wraz z dalszym piśmiennictwem A.S. Burrows, *A New Dawn for the Law of Illegality*, „Oxford Legal Studies Research Paper” 2017, nr 42, s. 5–6, 14.

¹⁹⁷ R. Halson, *Contract...*, s. 222, 226–228.

¹⁹⁸ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 14.

Stan obustronnej nieegzekwowalności przyjmowany jest nawet w odniesieniu do umów, które naruszają zakaz ustawowy istniejący w chwili ich zawierania, jeżeli tylko jedna strona postępowała z naruszeniem prawa¹⁹⁹.

Jak zostało wspomniane, następstwa nielegalności rozciągają się na umowy zawarte na podstawie nielegalnej umowy lub powiązane z nielegalną umową; umowy o ustanowienie dodatkowych zabezpieczeń, które stają się wówczas nieegzekwowalne (ciąg transakcji)²⁰⁰. Wyjątkiem jest nabycie prawa w dobrej wierze przez osobę trzecią na podstawie papieru wartościowego²⁰¹.

Odmienne sytuacja kształtuje się w razie naruszenia przepisów na etapie wykonywania umowy, która w chwili zawarcia nie jest wadliwa. Wówczas uznaje się, że „niewinna” strona może zawsze być uprawniona do dochodzenia roszczeń z umowy, może odzyskać spełnione świadczenia, a także dochodzić roszczeń z tytułu naruszenia umowy. Wszelkie prawa z umowy oraz inne środki ochrony prawnej traci natomiast strona odpowiedzialna za przyczynę nielegalności²⁰². Ochrona „strony niewinnej” ustaje jednak z chwilą uzyskania wiedzy o nielegalności umowy albo jeżeli umowa mogła być wykonana tylko z naruszeniem prawa²⁰³. Nielegalność umowy może uprawniać do roszczeń deliktowych, jednakże nie we wszystkich przypadkach, np. darowizna spełniona na rzecz organizacji w celu uzyskania szlachectwa, które nie mogłoby przez tę organizację być uzyskane dla darczyńcy (czyli darowizna spełniona w celu uzyskania efektu sprzecznego z prawem). Odszkodowanie za to oszustwo nie zostało przyznane, pomimo jego udowodnienia, ponieważ darczyńca miał świadomość moralnej niegodziwości takiej umowy²⁰⁴.

Zastrzeżenia formułowane pod adresem poprawności orzeczeń opierających się na klasycznym sankcjonowaniu nielegalności spowodowały wspomniane wszczęcie prac nad reformą m.in. w prawie angielskim oraz kanadyjskim²⁰⁵. W kwestii podwalin reformy modelu tej sankcji decydujące było w prawie angielskim zastosowanie zasady testu „sumienia publicznego” (*public conscience*

¹⁹⁹ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 20.

²⁰⁰ Tamże, s. 46–48.

²⁰¹ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 343, 397–398. Autor stwierdza, co warto przywołać ponownie, zważywszy na konwencję terminologiczną, że możliwość ta wynika także z tej okoliczności, że wówczas nie dochodzi do nielegalnej transakcji, a jedynie do nieważnej (*void*).

²⁰² Por. The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 20; G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 337–338.

²⁰³ Tamże, s. 373.

²⁰⁴ The Law Commission, *Illegal Transactions...*, s. 45. *Parkinson v. College of Ambulance Ltd and Harrison* [1925]. Sąd odrzucił zarówno roszczenie odszkodowawcze *ex delicto* i *ex contractu*.

²⁰⁵ W tym przypadku konieczne jest zastrzeżenie, że podstawowe tło prac związane jest z koniecznością uniformizacji prawa kanadyjskiego: *common law* z *ius civile*, które obowiązują w prowincji Québec.

test), pozwalającej na uniknięcie niektórych zbyt surowych skutków nielegalności umów. Między innymi było możliwe uznanie roszczeń o wykonanie umów, jeżeli nie byłoby to „afrotem” dla tzw. sumienia publicznego. W ramach tego testu sąd miał uwzględnić okoliczności towarzyszące danej sprawie oraz zważyć na konsekwencje odrzucenia nielegalności w opozycji do zastosowania tej sankcji²⁰⁶. Zasada testu sumienia publicznego została jednak odrzucona ze względu na jej nieuporządkowaną uznaniowość oraz jej mgliste przesłanki²⁰⁷.

W prawie angielskim głównym założeniem reformy było zaproponowanie szerokiej uznaniowości w orzekaniu o uznaniu umowy za nielegalną oraz o skutkach tej wadliwości, jednocześnie w modelu sankcji sędziowskiej uporządkowanej (*structured discretion*). Uzasadnieniem dla sankcji sędziowskiej przede wszystkim było odrzucenie stosowania sztywnych reguł prowadzących do nieproporcjonalnych reakcji na wadliwość, które skutkowały niesprawiedliwymi orzeczeniami, aż do rozstrzygnięć o charakterze quasi-karnym²⁰⁸.

Ponadto zaproponowano wykluczenie albo znaczące ograniczenie zasady obowiązującej do tej pory w prawie angielskim, w myśl której ten, kto zwraca się o orzekanie na podstawie słuszności (*equity*) sam powinien mieć czyste ręce²⁰⁹.

W początkowej wersji z 1999 r. założenia opierały się na uznaniowości w odmianie ograniczonej dyskrecjonalności (*structured discretion*), gdyż nie pozostawiono pełnej dowolności sędziemu, który musi każdorazowo uwzględnić konieczność ustalenia pewnych okoliczności, niezbędnych dla późniejszego orzeczenia o skutkach nielegalności. Sąd miał wedle pierwotnych założeń reformy oceniać:

- wagę nielegalności w tym sensie, aby ustalić, jak poważne są naruszenia (np. czy nielegalność będzie polegać na zleceniu morderstwa, czy też na nieprawidłowym parkowaniu),
- wiedzę i intencje powoda, ponieważ co do zasady strona, która nie odpowiada za nielegalność, może wywodzić z umowy roszczenia,
- czy odrzucenie możliwości przyznania środka ochrony prawnej (*relief*) będzie działało jako środek odstraszący (*deterrent*) innych uczestników obrotu prawnego od zawierania lub wykonywania nielegalnych umów oraz czy będzie to zgodne z celem zasady (lub przepisu ustawy), której naruszenie było przyczyną nielegalności umowy. W uzasadnieniu tej propozycji wskazano, że sądy nie powinny odmawiać prawnych lub słusznościowych środków ochrony prawnej, tylko dlatego, że związane

²⁰⁶ Por. tamże, s. 78 wraz z piśmiennictwem i orzeczeniami przyjmującymi dopuszczalność tej zasady.

²⁰⁷ Tamże, s. 78, 92. Zasada ta została odrzucona w sprawie *Tinsley v. Milligan* [1994].

²⁰⁸ Tamże, s. 91.

²⁰⁹ Tamże, s. 76.

były z działaniem w celu sprzecznym z prawem; celowe jest m.in. uwzględnienie celu przepisu naruszonego, skutkującego nielegalnością umowy oraz by nie stworzyć precedensu dla innych²¹⁰,

- czy odrzucenie możliwości przyznania rekompensaty (*relief*) jest proporcjonalne do stopnia naruszenia (nielegalności).

Sąd w myśl propozycji projektu reformy miał mieć prawo do odmowy zastosowania zarzutu nielegalności jako obrony przed roszczeniem o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia. Mógł także odmówić ważności i zarządzić zwrotne przeniesienie danego prawa własności. Zaproponowano także ochronę rozporządzeń na rzecz osoby, która nabyła prawo od strony nielegalnej umowy bez wiedzy o przyczynie nielegalności²¹¹.

Warto zwrócić uwagę na dość znamiennej ewolucję tej reformy. W 2009 r. w kolejnym raporcie konsultacyjnym przyjęto jednak, że model *structured discretion* nie będzie rozwiązaniem obecnych problemów z nieracjonalnością i brakiem proporcjonalności sankcji. Uznano, że wciąż orzekanie opierać się będzie na niejasnych regułach i wbrew intencjom reformy może to pogorszyć obecną sytuację.

Duże znaczenie dla takiej oceny ma fakt, że w czasie obowiązywania ustawy jeszcze z 1970 r. w Nowej Zelandii pojawiły się także istotne wątpliwości i spory na tle zakresu jej stosowania, m.in. nawet dotyczące wykładni ustawowej definicji nielegalnej umowy²¹². Pod adresem *structured discretion* zgłoszono także to zastrzeżenie, że wśród rozmaitych środków prawnych opisanych w The Illegal Contracts Act 1970, w sekcji 7 (3) nie zawarto dostatecznej informacji dla sądu, jak je zastosować oraz jaką regułą wyjściową zastosować do określenia sankcji dotyczącej nielegalnej (nieważnej) umowy. Odmienne uczyniono to w modelu strukturalnej uznaniowości w The Israeli Contract (General Part) Law 1973; regułą wyjściową jest wprowadzenie obustronnej dostępności roszczeń restytucyjnych wg sekcji 31 ww. ustawy w zw. z sekcją 21²¹³.

W Wielkiej Brytanii, rezygnując z prac nad ustawą, zostawiono rozwój *illegality* orzecznictwu (*case law*). Wyjątek planowano uczynić w zakresie ustawy dotyczącej skutków nielegalności trustów lub w odniesieniu do czynów

²¹⁰ Ta propozycja jest bardzo zbliżona do poglądów wyrażanych, np. w polskiej czy niemieckiej nauce, że działanie sankcji nieważności bezwzględnej nie powinno wykroczać dalej niż cel przepisu wprowadzającego sankcję nieważności bezwzględnej.

²¹¹ Tamże, s. 101. W raporcie pozostawiono do oceny problem ważności nabycia, jeżeli umowa, na mocy której osoba trzecia nabyła określoną rzecz lub prawo była sama w sobie nielegalna.

²¹² Por. The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 53 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

²¹³ P. Birks, *Recovering Value Transferred...*, s. 156–157, 158. Autor także szerzej podejmuje krytykę uznaniowości w kontekście przepisów o konfiskacie mienia w przypadku przestępstw.

niedozwolonych²¹⁴. Ostatecznie nie spotkało się to z aprobatą rządu i zaprzestano dalszych prac w 2012 r.²¹⁵

W pewnym uproszczeniu główny problem, który skutkowałam rezygnacją z reformy, dotyczył poprawności zdefiniowania przesłanek orzekania o skutkach nielegalności i zakresu wytyczonych granic uznaniowości. Problemy na tym polu uznano za kolejny przyczynek do wzrostu niepewności i nieprzewidywalności rozstrzygnięć²¹⁶.

Interesujące jest, że w raporcie z 2009 r. dostrzeżono, że sam fakt zwrócenia uwagi sędziemu na konieczność badania, jak ocena sposobu wykonania umowy może wpłynąć na jej nielegalność, mógłby – wbrew intencjom reformy – spowodować rozszerzenie zakresu stosowania sankcji nielegalności w przypadku uznania w wyniku tej oceny, że świadczenia stron były prawnie wadliwe²¹⁷. W raporcie tym jednocześnie podkreślono, że sądy powinny mieć na względzie rozważenie następujących okoliczności (przy spełnieniu ogólnych przesłanek uznania nielegalności wskazanych powyżej):

- czy przyznanie roszczenia (skargi) z umowy nie podważy celu naruszonej normy prawnej,
- powagę wykroczenia przeciwko przepisom,
- związek przyczynowy pomiędzy roszczeniem a nielegalnym zachowaniem,
- ocena zachowania stron umowy,
- proporcjonalność w odrzuceniu roszczenia z umowy²¹⁸.

Należy zwrócić uwagę, że przesłanki te są w dużym stopniu porównywalne z sankcją sędziowską zaproponowaną w prawie modelowym PECL i DCFR.

Istotna rewizja poglądów angielskiej komisji kodyfikacyjnej koresponduje ponadto ze zmianą klasycznego modelu określania skutków nielegalności w kanadyjskim orzecznictwie (która wyraża się, podobnie jak w innych jurysdykcjach *common law*, przez naczelne zasady: odstraszenia, potępienia i pieczy nad standardami porządku publicznego, nawet za cenę tolerowania niesprawiedliwości wskutek odmowy restytucji). Obecnie podkreśla się, że w ostatnich rozstrzygnięciach sądów szerzej dopuszczono możliwość przyznania ochrony w zakresie roszczeń kontraktowych stron oraz o przywrócenie stanu poprzedniego²¹⁹. W zakresie oceny sądu leży rozważenie m.in. takich okoliczności, jak: zawarcie umowy o celu nielegalnym lub w złych zamiarach, wzajemna pozycja

²¹⁴ Por. szerzej The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 8 i nn.

²¹⁵ Por. raport Ministra Sprawiedliwości Wielkiej Brytanii, *Report on the implementation of Law Commission proposals*, marzec 2012, s. 14–15.

²¹⁶ The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 54.

²¹⁷ Tamże, s. 51.

²¹⁸ Por. szerzej tamże, s. 56–64.

²¹⁹ Tamże, s. 26.

negocjacyjna stron umowy, ich zachowanie podczas osiągnięcia porozumienia, a także znaczenie bezpodstawnie uzyskanego dochodu przez dłużnika w razie zastosowania zasady braku interwencji²²⁰.

Ewolucja modelu sankcji sędziowskiej wydaje się wyjątkowo cennym materiałem porównawczym. Odmiany innego podejścia do sankcji sędziowskiej najczęściej sprowadzają się do jej bardzo elastycznego modelu.

W prawie kanadyjskim, w trakcie prac nad unifikacją sankcji z tytułu nielegalności, w projekcie Uniform Illegal Contracts Act z 2008 r. również zaproponowano model szerokiej władzy dyskrecjonalnej sędziego w przyznaniu ochrony z nielegalnej umowy. Może to nastąpić poprzez (środki prawne mogą być łączone) m.in. restytucję, odszkodowanie i rekompensatę zasadzoną od winnej strony, proporcjonalny rozdział strat (*apportionment of a loss*)²²¹. W żadnym przypadku nie jest dopuszczalne wliczenie do wartości roszczeń utraconych korzyści. Możliwe są ponadto dalsze działania w celu zmiany wartości roszczeń.

Szczegółowo uregulowano przesłanki kognicji sądu w orzekaniu o skutkach nielegalności. Zgodnie z sekcją 6 ww. projektu, sąd do decyzji o uznaniu lub oddaleniu roszczeń powinien zważyć następujące okoliczności:

- a. interes publiczny,
- b. okoliczności zawarcia, obowiązywania lub wykonania nielegalnej umowy włącznie z zamiarami, wiedzą, postępowaniem oraz stosunkami stron,
- c. czy strony nielegalnej umowy, w czasie najistotniejszym ze względu na przyczynę nielegalności, działały pod wpływem błędu co do faktu lub prawa,
- d. zakres, w jakim nielegalna umowa została wykonana,
- e. czy umowa była nielegalna od chwili jej zawarcia, czy ze względu na okoliczności związane z wykonaniem umowy,
- f. czy wady powstały z powodu ustawy, czy ustawa była w znacznym stopniu zgodna z umową,
- g. konsekwencje odrzucenia roszczeń strony,
- h. inne czynniki, jakie sąd uzna za doniosłe²²².

Zakres kognicji sądu ma realizować przede wszystkim zasadę reakcji proporcjonalnej na dane naruszenie. Jest to emanacja założenia obu systemów prawnych, że cel sankcji nie powinien być następstwami sankcji przekroczony. Powstaje pytanie, czy w zmianie sankcji na bardziej elastyczną nie ma ryzyka powielenia dotychczasowych problemów ze względu na zakres autonomii i spory

²²⁰ Tamże, s. 25.

²²¹ Por. szerzej tamże, s. 39–41. W przypadku rozdzielenia strat przyjęta jest ww. propozycja, jak się wydaje w celu przesądzenia, że nie jest możliwe podnoszenie zarzutów przyczynienia się poszkodowanej strony do nielegalności (tj. odrzucenie *contributory negligence*).

²²² Por. tamże, s. 42–43.

potencjał kreowania rozbieżnych rozstrzygnięć w tak ramowo zakreślonych regułach orzekania.

§ 6. Stanowisko prawa amerykańskiego na tle systemów prawnych tradycji *common law*

6.1. Uwagi ogólne o typologii sankcji wadliwości

W prawie amerykańskim również wyróżnia się trzy podstawowe postaci wadliwości umów: wzruszalność (*voidable*), nieważność bezwzględna (*void*)²²³ oraz nieegzekwowalność umowy (*unenforceable*). Nielegalność sprzężona jest z sankcją nieegzekwowalności umowy. Zetknąć się można z konwencją terminologiczną: nieważny z powodu nielegalności. Jednocześnie w poszczególnych stanach można doszukać się podejścia odmiennego od np. prawa Wielkiej Brytanii, Australii lub Nowej Zelandii, a mianowicie legislatorzy stanowi posługują się także odwołaniem do podziału na umowy bezprawne (*unlawful*) i wzruszalne (*voidable*). Ten pierwszy rodzaj umów objęty jest sankcją nieważności *void ab initio*. Jest to wyraźna obecność wpływów prawa kontynentalnego. W ramach przykładu można wskazać na prawo Dakoty Północnej²²⁴ lub Kodeks cywilny stanu Kalifornia²²⁵.

Stanowisko prawa amerykańskiego w zakresie systematyki i następstw ww. sankcji wadliwości jest kompleksowo uregulowane, łącznie z definicjami danych typów wadliwych umów, w zbiorze: *The Restatement (Second) of Contracts*

²²³ Podobnie jak w innych krajach *common law* sankcja ta wynika także z naruszenia przepisów prawa stanowionego. W prawie amerykańskim przyjęcie tej sankcji wymaga łącznego uwzględnienia kilku przepisów prawnych (reguł prawa). W odniesieniu do nieważności *ab initio* – w przypadku zatajenia przez dłużnika przed poręczycielem informacji świadczących o ryzyku poręczanej transakcji – zastosowanie sankcji nieważności bezwzględnej wynika z § 164 *The Restatement (Second) of Contracts*, § 119 *The Restatement (Third) of Security* z 1941 r., *The Restatement (Third) of Suretyship and Guaranty* – tak, zwracając jednocześnie trafnie uwagę na rzadkość takiego oszustwa, E.G. Gallagher, *The Law of Suretyship*, Chicago 2000, s. 144.

²²⁴ Por. rozdział prawa umów i innych zobowiązań – *Contracts and Obligations* (9–08 *Unlawful and Voidable Contracts*), <http://www.nd.gov>. Kodeks tego stanu dość wyraźnie nawiązuje do pewnych rozwiązań rzymskiego kręgu *ius civile*, np. wzorowany na Kodeksie Napoleona art. 9–01–02 [Requisites of contract] *It is essential to the existence of a contract that there should be: 1. Parties capable of contracting; 2. The consent of the parties; 3. A lawful object; and 4. Sufficient cause or consideration.*

²²⁵ Por. Kodeks cywilny Stanu Kalifornia – *California Civil Code*, sekcja: 1667–1670.6 (Tytuł 4: *Unlawful Contracts*).

z roku 1981²²⁶. Sankcja *unenforceable* ma podstawowe zastosowanie w The Restatement (Second) of Contracts (w szczególności § 178, 184, 197, 198). Ze względu na zastosowanie uznaniowości w kreowaniu sankcji za naruszenie ustawy lub pozaustawowych (moralności lub porządku publicznego) celowe jest zapoznanie się z podejściem prawa amerykańskiego.

Warto odnotować w uzupełnieniu poprzednich rozważań, że w przypadku nieważności umów określenie „nieistniejąca umowa” stosuje się jako synonim nieważności²²⁷. W doktrynie francuskiej amerykańskie rozumienie terminu *void* uznaje się wprost za porównywalne do kategorii „nieistniejącej umowy”²²⁸.

Można spotkać się z orzeczeniami sądów amerykańskich, gdzie odróżnia się „nieistniejące umowy” od „umów nieważnych”, przypisując temu istotne konsekwencje.

Sytuacja taka została szczegółowo omówiona np. w orzeczeniu sądu apelacyjnego stanu Oregon z 2008 r. w sprawie *Dess Properties, LLC v. Sheridan Truck & Heavy Equipment, LLC*, gdzie powództwo, m.in. o zasądzenie honorarium adwokackiego i innych kosztów, uregulowane umową sprzedaży; przysługujące w wyniku ewentualnych sporów z umowy sprzedaży, zostało oddalone. Zgodnie z prawem stanu Oregon, możliwe jest przyznanie stronie wygranej zwrotu kosztów zastępstwa prawnego wyjątkowo w sytuacji sankcji nieważności bezwzględnej lub sankcji nieegzekwowalności²²⁹. Prawo takie nie powstałoby w razie ustalenia „nieistnienia” umowy. Sąd za taki przypadek uznał sytuację, gdy nie doszło do zawarcia umowy, a jedynie strony uzgodniły sam jej projekt²³⁰. Podkreślono

²²⁶ The Restatement (Second) of Contracts (1981). Na temat projektu por. the American Law Institute – www.ali.org.

²²⁷ Tak np. w orzeczeniu federalnego sądu apelacyjnego z 1.10.2001 r. *Beverly Burden, et al. v. Check into Cash of Kentucky, Llc, et al.* (United States Court Of Appeals for The Sixth Circuit). Takie podejście zostało ocenione krytycznie – choć raczej na tle pewnych implikacji tego orzeczenia, m.in. odrzucenia możliwości sankcji nieważności ograniczonej do części umowy, w sprawie *Match-E-Be-Nash-She-Wish Band of Pottawatomi Indians v. Kean-Argovitz Resorts Llc* (United States Court of Appeals, Sixth Circuit z 8.6.2004 r.). Podobnie o nieistnieniu umowy wypowiada się orzecznictwo na tle umów naruszających zasady wolnej konkurencji – por. szerzej np. B.M Malsberger, *Covenants Not to Compete. A State-By-State Survey*, wyd. 5, vol. 1, Arlington 2006, s. 16, 34. Na zamieszczenie terminologiczne pod tym względem w prawie USA zwraca się także uwagę w nauce europejskiej – J.B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker [w:] *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, red. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, München 2008, s. 356–357.

²²⁸ Tamże, s. 356.

²²⁹ Prawo Stanu Oregon zgodnie z Oregon Rules of Civil Procedure 20.083 ORS (por. komentarz na <https://www.oregonlaws.org/ors/>) przyznaje wyjątkowo rozszczenie wygranej stronie procesu o zwrot kosztów od strony przegranej (jest to wyjątek od tzw. *American Rule* w zakresie kosztów zastępstwa prawnego).

²³⁰ Podobnie orzeczono w sprawie *Golden Pisces, Inc. v. Fred Wahl Marine Construction, Inc.*, 2007 (federalny sąd apelacyjny, 9 Okręg, sprawa Nr 05–3547), opierając się, poprzez

w orzeczeniu, że termin „nieważna umowa” ma znaczenie ustawowe i nie obejmuje *non-existent contracts*²³¹.

W ww. orzeczeniu ten typ wadliwości związany był z rażącym naruszeniem procesu zawierania umowy. Był to bardziej przypadek tzw. niedościa umowy do skutku (w prawie polskim art. 76 KC). Taki wniosek można zilustrować odwołaniem się do unormowań § 163 lub § 174 The Restatement (Second) of Contracts²³², gdzie punktem wspólnym wyodrębnienia tzw. nieistniejących umów jest wystąpienie wadliwości skutkującej brakiem uformowania umowy (np. przymus fizyczny).

Problem wyodrębnienia sankcji „nieistniejących umów” rzutuje także na możliwość żądania postępowania arbitrażowego, jeżeli zarzuca się nieważność klauzuli arbitrażowej. Reguła podstawowa w ogólnym ujęciu stanowi, że gdy istotą procesu jest zarzut przeciwko ważności samej klauzuli arbitrażowej, wówczas właściwe są sądy powszechne²³³. Zagadnienie to rozstrzygane jest zgodnie z dorobkiem doktryny *separability*²³⁴, gdzie zakłada się fikcję prawną zawarcia dwóch odrębnych umów: umowy o sąd arbitrażowy (składającej się wyłącznie z samej klauzuli) oraz umowy podstawowej²³⁵. Jeżeli istotą sprawy jest zarzut wadliwego zawarcia umowy podstawowej (zawierającej klauzulę arbitrażową), np. pod wpływem wady

zastosowanie § 163 Restatement (Second) of Contracts, na uznaniu nieważności umowy, a tym samym, że w ogóle nie była to umowa. Powoduje to, że nie jest możliwe uznanie częściowej ważności umowy (w zakresie umówionych kosztów adwokackich w takiej umowie).

²³¹ W uzasadnieniu oparto się na cytowanym komentarzu do § 7 The Restatement (Second) of Contracts oraz wypowiedzi A. Corbina. Sąd ten jednocześnie krytycznie ocenił definicję nieważnej umowy, o której mowa w *Black's Law Dictionary*, wedle której określenie „nieważna umowa” jest synonimem pojęcia „nieistniejącej umowy”. W uzasadnieniu powołano dalsze orzecznictwo, gdzie także oddziela się *nieważność* od *nieistnienia* umowy.

²³² Por. § 163 The Restatement (Second) of Contracts oraz § 174 The Restatement (Second) of Contracts.

²³³ Por. wraz z przywołanym tam dalszym orzecznictwem, np. *Beverly Burden, et al. v. Check into Cash of Kentucky, LLC, et al* z 2001 r. (United States Court Of Appeals for the Sixth Circuit z 2001 r.). Sąd ten przywołał orzeczenia, gdzie uznano, że reguła *Prima Paint* ma zastosowanie do wzruszalnych (*voidable*), a nie do nieważnych umów (*void*), tj. *Sandvik AB v. Advent Int'l Corp* oraz *Three Valleys Municipal Water District v. E.F. Hutton & Co.* – bliżej na ten temat P.J. Martinez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration doctrinal developments and discovery methods*, Cambridge University Press 2009, s. 130, 131–150.

²³⁴ Por. np. S.J. Ware, *Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, „Nevada Law Journal” 2007, vol. 8, nr 107, s. 110, N. Andrews, *Arbitration and Contract Law...*, s. 37. Autor ten zwraca uwagę, że w przypadkach nielegalności albo unieważnienia umowy, ważność klauzuli arbitrażowej w *case law* traktowana jest oddzielnie od oceny ważności umowy, jak w sprawie *Harbour Assurance v. Kansa General International* (1993), z wyjątkiem oszustwa lub działania bez umocowania przez pełnomocnika. W tych przypadkach wady te powodują stan nieważności klauzuli arbitrażowej – tak np. orzeczono w uzasadnieniu do *Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov* (2007) – por. tamże, s. 39–40.

²³⁵ S.J. Ware, *Arbitration Law's Separability...*, s. 109–110.

oświadczenia woli, wówczas właściwy jest arbitraż, ponieważ nie jest kwestionowana wyłącznie sama klauzula (*de iure* umowa) o arbitraż²³⁶.

Istnieje bogate orzecznictwo dotyczące tego zagadnienia. W Sądzie Najwyższym USA²³⁷ przeważa stanowisko, że możliwość żądania arbitrażu z „nieważnych umów” uzależniona jest od okoliczności, czy zarzuca się wadliwość samego porozumienia o arbitrażu, czy też nieważność całej umowy, zawierającej klauzulę o arbitrażu²³⁸.

Szczególnie w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r. mniejszą wagę przyznano rozróżnieniu na nieważność i wzruszalność, a podkreślono konieczność rozstrzygnięcia kwestii ważności samej umowy podstawowej, wprowadzającej właściwość sądu arbitrażowego do rozpoznania sporów o ważność klauzuli arbitrażowej²³⁹. W uzasadnieniu (przypis nr 1) pojawiło się również wysoce kontrowersyjne stwierdzenie, że zagadnienie ważności umowy należy odróżnić od tego problemu, czy w ogóle jakiegokolwiek porozumienie zostało zawarte, np. czy w ogóle nastąpiło podpisanie umowy, umocowanie do działania w cudzym imieniu, czy wreszcie zdolność psychiczna do złożenia oświadczenia woli²⁴⁰.

Stanowisko Sądu Najwyższego USA zostało poddane ostrej krytyce w piśmiennictwie²⁴¹. Zważywszy na istotę wady trafnie podkreślono, że w sytuacji szczególnie poważnych przypadków wadliwości (np. sfałszowanie podpisu strony umowy, działanie bez umocowania w cudzym imieniu, brak zdolności do czynności prawnych, zawarcie umowy z osobą psychicznie chorą lub małoletnim), jakkolwiek sformułowany jest zarzut, to w istocie *per se* obejmuje zarzut braku samego porozumienia o arbitrażu (klauzuli umownej)²⁴².

W orzeczeniu *Beverly Burden, et al. v. Check into Cash of Kentucky, Llc, et al.* dodatkowo wskazano, że istotne jest także zbadanie istnienia podstępstwa (oszustwa) co do faktów (*fraud in the factum*) i co do motywów (*fraud in the inducement*). Sąd podkreślił, że w komentarzu do The Restatement (Second) of Contracts w § 163 (1979) podstęp co do faktów lub co do wykonania (*execution*) powoduje nieważność umowy (*contract void*), natomiast podstęp co do motywów nakazuje przyjęcie wzruszalności umowy. Udowodnienie przyczyn

²³⁶ Por. szerzej tamże, s. 111.

²³⁷ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, z 1967, drugim z kluczowych rozstrzygnięć w tym zakresie jest orzeczenie SN USA w sprawie *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* z 2006 r.

²³⁸ Por. szerzej, wraz z orzecznictwem i doktryną na ten temat, A.S. Rau, *Separability in the United States Supreme Court*, „U of Texas Law, Public Law Research Paper” 2006, nr 102, s. 17, 31 oraz N. Andrews, *Arbitration and Contract...*, s. 37.

²³⁹ Por. szerzej S.J. Ware, *Arbitration Law's Separability...*, s. 111.

²⁴⁰ Por. szerzej tamże, s. 115–117.

²⁴¹ Por. w szczególności A.S. Rau, *Separability in the United States...*, s. 14 i nn.

²⁴² Tamże, s. 14–15.

takiej wadliwości powoduje, że roszczenia z umowy podlegają kognicji sądów powszechnych. W prawie angielskim powyższy problem rozwiązano ustawą. Arbitration Act 1996 w sekcji 7 wprowadza zasadę oddzielenia ważności umowy od ważności zapisu na sąd polubowny, ale przyznaje jednocześnie możliwość odmiennego umówienia się przez strony²⁴³.

Pomijając problem rozbieżnego definiowania nieważnej bezwzględnie umowy (*void*), w tym traktowania jej jako synonimu „nieistniejącej umowy”, w prawie amerykańskim można spotkać się dość często z konwencją wspólnego łączenia terminów „*unenforceable and void*”²⁴⁴.

Wśród podstaw zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej wyróżnia się, obok sprzeczności z ustawą, m.in. brak przyczyny w zobowiązaniu (*consideration*). Termin ten jest ponadto stosowany często przy okazji naruszeń sankcjonowanych nieegzekwowalnością umowy, stąd też można zaobserwować wiele niekonsekwencji terminologicznych²⁴⁵.

W odniesieniu do amerykańskiego rozumienia cech sankcji wzruszalności (nieważności względnej) zauważa się w nauce europejskiej, że w odróżnieniu od stanowiska prawa niemieckiego i francuskiego (gdzie umowę podlegającą tej sankcji uznaje się za ważną z potencjalną możliwością unieważnienia), wzruszalną umowę postrzega się jako umowę, która równie łatwo może stać się ważna, jak i nieważna. W ten sposób umowy te zbliżone są do przypadków nazywanych w tradycji *ius civile* czynnościami prawnymi o zawieszony ważności²⁴⁶. W przypadku sankcji wzruszalności doktryna angielska podkreśla, że umowa ta do czasu unieważnienia wywiera w pełni skutki prawne oraz osoba trzecia może nabyć w sposób ważny (skutecznie) własność²⁴⁷.

²⁴³ Por. Arbitration Act 1996, Section 7 (*Separability of arbitration agreement*).

²⁴⁴ Tak w orzecznictwie sądów stanowych na tle umów naruszających zasady wolnej konkurencji – por. szerzej np. B.M Malsberger, *Covenants...*, s. 16, 34. Na zamieszanie terminologiczne zwracają uwagę J.B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356–357.

²⁴⁵ Należy podkreślić, że nie oznacza to, że każdorazowo umowy naruszające te przepisy będą całkowicie pozbawione skutków prawnych – należy odwołać się do wykładni danego przepisu, a czasem jej rezultat będzie uprawniać do przyjęcia, że dane porozumienie ma pewne skutki prawne – por. szerzej A.L. Corbin, *Corbin on contracts...*, s. 11–12.

²⁴⁶ W. van Gerven, *The Concept of Provisional...*, s. 517, na podstawie cytatu z komentarza do *The Restatement of the Law of Contracts (1932)* autorstwa A.L. Corbin, *Corbin on contracts. A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law*, St. Paul 1964.

²⁴⁷ Tak np. J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 20.

6.2. Cechy formalne sankcji nieegzekwowalności (*unenforceability*) w prawie amerykańskim

Z punktu widzenia prawa kontynentalnego podkreśla się, że prawo amerykańskie, podobnie jak angielskie, nie pozwala na precyzyjne oddzielenie sankcji nieważności bezwzględnej od wzruszalności. Prawo amerykańskie koncentruje się na proceduralnych skutkach danej wadliwości. Zwraca się uwagę na trudności w wytyczeniu czytelnej systematyki wadliwości²⁴⁸.

Systematyka wadliwości odwołuje się do zasady egzekwowalności umowy. Egzekwowalność (wykonalność), *enforceability*, uznaje się za centralną ideę amerykańskiego prawa. Umowa spełniająca warunki ważności jest „egzekwowalna”, jeśli prawo przewiduje roszczenie, na podstawie którego można żądać i otrzymać jej wykonanie. Widoczne jest, że termin ten odwołuje się do wykonawczego aspektu zobowiązań²⁴⁹.

Mając na względzie zakres pojęciowy terminu „nieegzekwowalny”, podobnie jak przy nieważności, zwraca się uwagę na wewnętrzną sprzeczność istnienia takiej wadliwej czynności prawnej²⁵⁰. Jest to kolejny aspekt dwupłaszczyznowego zakresu znaczeniowego terminu „nieważność”.

Poszczególne przypadki umów nieegzekwowalnych określone są w The Restatement (Second) of Contracts. Podobnie jak w innych systemach *common law*, w przypadku ustawowych ograniczeń swobody umów, prymat zastosowania mają skutki naruszenia wprost wskazane w danym przepisie. Jeżeli sankcja za niezgodność z daną ustawą nie jest przewidziana, sąd musi rozważyć uzasadnienie naruszonego przepisu (*policy*) wynikające z ustawy, by podjąć decyzję w sprawie wykonalności praw z takiej umowy²⁵¹. Przy tej okazji zasadnicze zastosowanie znajdują raczej zasady porządku publicznego aniżeli cel danej ustawy²⁵².

Jak zostało wspomniane powyżej, najważniejszą podstawą do zastosowania ww. sankcji jest naruszenie porządku publicznego. Wśród zasad porządku publicznego wyodrębnia się kilka głównych kategorii związanych z przedmiotem ochrony:

1. zasady dotyczące moralności,
2. zasady dotyczące ochrony wolności ekonomicznych, np. umowy o zakazie działalności konkurencyjnej, np. §§ 187 i 188 The Restatement (Second) of Contracts,

²⁴⁸ J.B. Racine, L. Sautonie-Laguionie, A. Tenenbaum, G. Wicker, *European Contract Law, Materials...*, s. 356.

²⁴⁹ Tamże, s. 256.

²⁵⁰ Tak szerzej A.L. Corbin, *Corbin on contracts...*, s. 13.

²⁵¹ The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 40.

²⁵² Tamże, s. 40.

3. zasady dotyczące ochrony uczciwego sprawowania administracji oraz integralności wymiaru sprawiedliwości,
4. ochrona stosunków prawnych o charakterze fiducyjnym, np. umowy o określone wykonywanie prawa głosu w zarządzanych spółkach, o określony sposób zamian władz spółki, co narusza w szczególności zasadę najlepszego osądu²⁵³,
5. naruszenie innych prawnie chronionych interesów (np. oświadczenie woli, które w sposób deliktowy zakłóca możliwość wykonania umowy z osobą trzecią lub w sposób deliktowy zachęca do złamania umowy, § 194 The Restatement (Second) of Contracts.

W ramach kategorii umów naruszających zasady konkurencji, obok działalności handlowej kwalifikuje się także umowę o pracę. Ponadto przyjmuje się nielegalność klauzul wyłączających odpowiedzialność deliktową (*exculpatory clauses*)²⁵⁴, klauzul wyłączających odpowiedzialność za wprowadzenie w błąd (*misrepresentation*)²⁵⁵, umowy zachęcające do wyrządzenia czynu niedozwolonego²⁵⁶ oraz umowy wyzyskujące drugą stronę (*unconscionable contracts*)²⁵⁷. Przyjmuje się, podobnie jak w prawie angielskim, interesujące w swym ratio legis założenie, że umowa naruszająca np. zasady konkurencji jest *prima facie* nieegzekwowalna; może uzyskać skuteczność prawną, jeżeli przemawiają za tym rozsądnie oceniane interesy stron umowy oraz interesy ogólne społeczeństwa²⁵⁸.

Wypada również wspomnieć o § 181 The Restatement (Second) of Contracts, gdzie „nieegzekwowalnością” sankcjonowane jest naruszenie przepisów wymagających uzyskania licencji, rejestracji lub podobnych wymogów. Wówczas oświadczenie woli jest nieegzekwowalne, jeżeli wymogi mają cel regulacyjny oraz interes w nadaniu skuteczności oświadczenia woli jest w sposób oczywisty przeważony przez zasady porządku publicznego, stojące za wprowadzeniem naruszonych wymogów²⁵⁹.

²⁵³ Por. J.P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence...*, s. 117 wraz z przywołaną tam dalszą literaturą.

²⁵⁴ Por. § 195 The Restatement (Second) Of Contracts.

²⁵⁵ Por. § 196 The Restatement (Second) Of Contracts.

²⁵⁶ § 192 The Restatement (Second) Of Contracts: *A promise to commit a tort or to induce the commission of a tort is unenforceable on a grounds of public policy.*

²⁵⁷ Por. R.A. Mann, B.S. Roberts, *Smith and Roberson's Business...*, s. 228–229. Nadużycie związane może być zarówno z okolicznościami dotyczącymi samego procesu zawarcia umowy (np. ukrywanie istotnych postanowień umowy w ramach tzw. małego druku – *fine print*), jak i odnoszącymi się do treści umowy, które to może polegać m.in. na „niebotycznej cenie”, wyłączeniu lub znacznym ograniczeniu odpowiedzialności kontraktowej – por. również sekcja 2–302 The Uniform Commercial Code oraz § 208 The Restatement (Second) Of Contracts.

²⁵⁸ Na podstawie orzeczenia w sprawie *Harlequin Enterprises Ltd. v. Warner Books (S.D.N.Y.1986)*, F.S. Newman [w:] *Commercial Contracts. Strategies for Drafting and Negotiating* M. Moskin (red.), [b.d.] 2001, s. 8–41.

²⁵⁹ Por. § 181 [Effect of Failure to Comply with Licensing or Similar Requirement].

The Restatement (Second) of Contracts, podobnie jak np. w prawie Nowej Zelandii, przyznaje wysoki poziom uznaniowości w ocenie skutków nielegalności umowy²⁶⁰. Zgodnie z § 178 The Restatement (Second) of Contracts²⁶¹, umowa lub jej część jest nieegzekwowalna z powodu naruszenia porządku publicznego, jeżeli przepis wprost tak stanowi lub interes w uznaniu jej wykonalności prawnej jest w sposób wyraźny przeważony, w świetle okoliczności sprawy, zasadami porządku publicznego, które przemawiają przeciwko wykonalności prawnej takiej części umowy. Natomiast przy ocenie, czy zachodzi interes za nadaniem wykonalności prawnej części umowy uwzględnia się:

1. usprawiedliwione oczekiwania stron,
2. każdą stratę, która powstałaby w razie odmowy nadania wykonalności prawnej,
3. każdy rodzaj interesu publicznego, jaki przemawiałby za wykonalnością prawną danego postanowienia umowy.

Wobec ogólnego charakteru zasad porządku publicznego (*public policy*), jakie powinny przemawiać przeciwko nadaniu wykonalności prawnej umowie, ich konkretyzację dokonuje się na podstawie poniższych okoliczności:

1. istotność zasady porządku publicznego będącej uzasadnieniem przepisu lub orzeczenia sądu,
2. prawdopodobieństwo, czy odmowa nadania wykonalności prawnej umowie będzie promowała zasadę porządku publicznego, czy raczej wykroczy poza cel i uzasadnienie tej zasady,
3. powagę niewłaściwego postępowania stron oraz stopień jego umyślności,
4. bezpośredniość związków pomiędzy niewłaściwym zachowaniem stron a postanowieniem umowy²⁶².

W przypadku nielegalności wywołanej nieprawidłowym wykonaniem umowy, wadliwości badanej, jeżeli treść lub cel umowy jest formalnie niewadliwa, postuluje się, aby nie każde niedozwolone zachowanie umożliwiałoby drugiej stronie zwolnienie się z odpowiedzialności za wykonaną pracę lub dostarczone towary. W szczególności nielegalność na skutek sposobu wykonania zachodzić będzie, jeżeli nielegalność jest centralną i dominującą częścią umowy, tj. dotyczy świadczenia powoda w wykonaniu umowy²⁶³.

²⁶⁰ The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. 40.

²⁶¹ Szczegółowo analizę zarzutu naruszenia *public policy* w ramach zarzutów nielegalności umowy przeprowadził m.in. D.A. Friedman, *Bringing Order to Contracts Against Public Policy*, 39 Florida State University Law Review 2012, s. 575 i n. Autor za pomocą prawniczej bazy danych dokonał sprawdzenia statystycznie ile zarzutów niezgodności z porządkiem publicznym było podniesione przed sądami federalnymi i stanowymi od 1.07 do 31.12.2009 r.; wg autora było to 108 spraw na 1089 spraw – por. szerzej tamże, s. 580–582.

²⁶² Por. § 178 [When A Term Is Unenforceable On Grounds Of Public Policy].

²⁶³ Tak np. F.S. Newman [w:] *Commercial Contracts. Strategies...*, s. 8–43.

W doktrynie podkreśla się, że § 178 The Restatement (Second) of Contracts realizuje zasadę „żadnego skutku prawnego” (*no effect*). Model sankcji nie odwołuje się do pojęcia nieważności (*void*). Przyjęta terminologia wyjaśnia konsekwencje nielegalności odnośnie do braku zarówno wykonalności umowy, jak i ewentualnych roszczeń restytucyjnych²⁶⁴. Podkreśla się, że koncepcja nielegalności jest sądową ingerencją w prywatne porozumienie poprzez odmowę nadania mu skutków prawnych, stąd jest jednym z przykładów odstępstwa od zasady braku interwencji w autonomię woli stron (*private ordering*). Taka ingerencja musi być przede wszystkim uzasadniona potrzebą przestrzegania zasady porządku publicznego²⁶⁵.

Fundamentalne następstwo braku roszczeń z umowy nielegalnej wyraża się w § 197 The Restatement (Second) of Contracts, który stanowi, że strona nie ma roszczenia o zwrot świadczenia spełnionego z umowy, chyba że odmowa roszczenia o zwrot powodowałaby nieproporcjonalną stratę²⁶⁶.

Ochronę strony, która nie zawiniła w tym samym stopniu jak druga strona w wystąpieniu nielegalności umowy (albo gdy brak świadomości strony o sprzeczności z porządkiem publicznym jest usprawiedliwiony w danych okolicznościach sprawy), statuuje § 198 The Restatement (Second) of Contracts, wskazując, że osoba taka ma prawo do roszczenia o zwrot spełnionego świadczenia²⁶⁷.

Natomiast § 199 The Restatement (Second) of Contracts przyznaje zgodnie z zasadą *locus poenitentiae* roszczenie tej stronie umowy, która wycofała się z umowy we właściwym czasie oraz nie była zaangażowana w przyczyny nielegalności, pod dalszym warunkiem, że niewłaściwy cel transakcji nie został osiągnięty lub przyznanie roszczenia o zwrot zakończy sytuację, która jest sprzeczna z porządkiem publicznym²⁶⁸.

Podobnie jak w innych systemach prawnych *common law* przyjmuje się dopuszczalność częściowej nielegalności, jeżeli jest możliwe oddzielenie części nielegalnej (np. umowa zawierająca niedozwoloną klauzulę o zakazie konkurencji)²⁶⁹.

Obok powyższych zasad ogólnych warto zwrócić uwagę na regulację § 356 The Restatement (Second) of Contracts, gdzie została określona sankcja nieegzekwowalności w razie naruszenia przepisów dotyczących zasad określania

²⁶⁴ Por. J.P. Kostritsky, *Illegal Contracts and Efficient Deterrence...*, s. 117.

²⁶⁵ Por. tamże, s. 119 i nn.

²⁶⁶ Por. § 197 [Restitution Generally Unavailable].

²⁶⁷ Por. § 198 [Restitution in Favor of Party Who Is Excusably Ignorant or Is Not Equally in the Wrong].

²⁶⁸ Por. § 199 [Restitution Where Party Withdraws or Situation Is Contrary to Public Interest].

²⁶⁹ Por. R.A. Mann, B.S. Roberts, *Smith and Roberson's Business...*, s. 229. Do ww. przykładów nielegalnych umów odwołują się przepisy §§ 186, 187, 188, 192–196 The Restatement (Second) of Contracts.

wysokości odszkodowania umownego z tytułu naruszenia umowy, np. w razie opóźnienia (zwłoki). Wysokość ta nie może być nierozsądnie wysoka względem strat, jakie są poniesione lub spodziewane jeszcze do wystąpienia; i nie może stanowić sankcji karnej dla strony²⁷⁰.

Oceniając powyższe regulacje, szczególnie § 178 The Restatement (Second) of Contracts, trudno oprzeć się wrażeniu, że w zasadzie stanowisko większości krajowych systemów *common law* jest zbliżone w wysiłkach mających na celu zapewnienie proporcjonalności reakcji na naruszenia ustaw, norm moralnych i porządku publicznego za pomocą wnioskowania na podstawie uporządkowanych kryteriów nakazujących uwzględnić zasadnicze przesłanki wpływające na skutki prawne ww. naruszeń.

§ 7. Nieważność częściowa w systemach *common law* – przesłanki ogólne

Podobnie jak w tradycji kontynentalnej, w *common law* przyjmuje się powszechnie dopuszczalność częściowego utrzymania w mocy skutków prawnych wadliwej umowy poprzez zastosowanie mechanizmów ograniczających zasięg zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej (lub analogicznego instrumentu prawnego) tylko do niedopuszczalnych skutków prawnych. Przesłanki nieważności częściowej omawia się przy tym z nieco innej perspektywy; z punktu widzenia możliwości zachowania w ten sposób wykonalności umowy, pomimo konieczności usunięcia z umowy skutków prawnych rozumianych jako niedozwolone części normatywne (doktryna *severance, severability*)²⁷¹.

Z reguły kwestia ta poddawana jest analizie przy ocenie zasięgu nielegalności umowy i pożądanego stopnia jej nieegzekwowalności. Należy przez to podkreślić, że ze względu na pewne odrębności w stosowanych sankcjach (nie tylko nieważności bezwzględnej) bardziej precyzyjne jest określenie instytucji *severance* zbiorem reguł dotyczących utrzymania wykonalności umowy w zakresie dopuszczalnych skutków prawnych.

²⁷⁰ § 356 [Liquidated Damages And Penalties] *Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof or loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.* Powyższe rozwiązanie odpowiada przepisowi § 2–718 The Uniform Commercial Code, dotyczącego umowy sprzedaży. Naruszenie tego przepisu za podstawę sankcji nieważności *ab initio* uznaje np. E.C. Arkebauer [w:] *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, pod red. T.L. Stark, Chicago 2003, s. 228.

²⁷¹ Również stosowana jest nazwa *severability* – por. H. Kötz [w:] *Casebook...*, s. 315.

Stanowiska systemów krajowych tradycji *common law* są zróżnicowane w zakresie identyfikacji poszczególnych kryteriów tej instytucji, od nastawienia bardziej niechętnego do utrzymania umowy w mocy do stosowania skrajnie wręcz elastycznego podejścia. W zasadzie zgodność dotyczy ogólnego założenia tej instytucji. Jeżeli jej zastosowanie jest dopuszczalne, następuje w dwojaki sposób:

1. pierwszym jest możliwość dokonania przez sąd zredukowania zakresu zobowiązania umownego poprzez oddzielenie niedopuszczalnej części umowy,
2. drugim jest uchylenie całego zobowiązania umownego²⁷².

W poglądach doktryny kładzie się nacisk na niedopuszczalność sądowego określenia na nowo treści umowy i odejście od tego, co zostało wyrażone formalnie w umowie. Wyróżnia się także ustawowy tryb (*statutory severance*) ograniczenia sankcji nieważności (lub nieegzekwowalności), jeżeli sama ustawa rozstrzyga, że umieszczenie wadliwej klauzuli nie powoduje nieważności lub nieegzekwowalności całej umowy²⁷³.

W przypadku trybu sądowego zasadniczo stosowane są trzy główne przesłanki szczegółowe (przesłanki pozytywne) oraz, jak zostało wspomniane powyżej, jednocześnie usunięcie wadliwych części umowy nie może być sprzeczne z dość szeroko rozumianą zasadą porządku publicznego lub dobrymi obyczajami (przesłanka negatywna).

Z perspektywy celu sankcji nieegzekwowalności jest zrozumiałe, że dopuszczalność częściowej ważności nie dotyczy umów nieegzekwowalnych z powodu sprzeczności z normami moralnymi, w tym nielegalnych na gruncie *public policy* oraz umów nielegalnych ze względu na przestępczy charakter świadczenia, np. oszustwa podatkowe²⁷⁴.

W zakresie cech formalnych tej normy sankcjonującej można wskazać na kilka podstawowych przesłanek, istotnie różniących się od podejścia prawa polskiego, w szczególności wywodzącej się z teorii opracowanej w prawie niemieckim – tzw. hipotetycznej woli stron lub redukcji utrzymującej skuteczność.

²⁷² Por. szerzej np. P. Gillies, *Concise Contract...*, s. 168–169; *The Law Commission, Illegal Transactions...*, s. 46.

²⁷³ Por. szerzej G.H. Treitel, *The Law...*, s. 209–210, 392. Rozwiązanie takie przewidywała np. sekcja 26 Fair Trading Act 1973. W takim przypadku akty prawne z reguły posługują się sformułowaniem, że sankcji względem całej umowy nie stosuje się tylko z powodu jednej wadliwej klauzuli.

²⁷⁴ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 404; R. Halson, *Contract...*, s. 230.

Pierwszą przesłanką pozytywną jest możliwość fizycznego, dosłownego oddzielenia nieważnych postanowień umowy od jej pozostałej części²⁷⁵. Jest to zabieg na tyle techniczny, że określa się go regułą „niebieskiego ołówka” (*the blue pencil rule*)²⁷⁶. Jej sens sprowadza się w pewnym uproszczeniu do wykluczenia możliwości dokonania przez sąd ponownego określenia zobowiązania stron względem tego, co zostało wyraźnie przewidziane w umowie. Nacisk kładzie się przy tym na okoliczność, że nie można dokonać zmiany słów lub dodać nowych, które strona składająca oświadczenie woli mogła dokonać²⁷⁷. Wydzielenie niewadliwych obowiązków powinno nastąpić bez naruszania sensu i treści umowy²⁷⁸. Wyjątkiem jest m.in. dopuszczalność redukcji zakresu zobowiązania w prawie pracy dla strony słabszej (pracownika), jeżeli sąd oceni, że pracownik nierozsądnie zaakceptował zbyt szeroki zakaz konkurencji, a pracodawca działał umyślnie. Wówczas sąd określi ten obowiązek na podstawie wiedzy oraz świadomości praw pracowniczych aż do poziomu prawnie dopuszczalnego. Aksjologicznym podłożem jest częsta w praktyce niedostępność drogi sądowej dla pracowników, przeważnie z powodu obaw przed kosztami procesów²⁷⁹.

Wśród przykładów spraw sądowych możliwe jest także doszukanie się rozwiązania podobnego do ilościowej nieważności częściowej, którą przyjęto w sytuacji, gdy jest możliwe precyzyjne określenie wartości zgodnej z prawem części umowy i oddzielenie jej od reszty sprzecznej z prawem²⁸⁰.

Uchylenie całego obowiązku, stanowiącego część umowy (*elimination of a promise*), możliwe jest jedynie, jeżeli nie powoduje to upadku w całości przyczyny umowy (*consideration*). Innymi słowy określa się tę przesłankę w ten sposób, aby sprzeczny z prawem obowiązek nie formował całej przyczyny umowy i miał jedynie pomocnicze znaczenie w kontekście głównego celu umowy²⁸¹. Jeżeli obowiązek umowny, rozpatrywany w kategoriach częściowej nieważności, jest w zasadzie jedynym obowiązkiem, nierozzerwalnie skorelowanym ze

²⁷⁵ W piśmiennictwie, podkreślając techniczną możliwość oddzielenia niedopuszczalnej części umowy, wskazuje się, że pozostała część umowy nie może zostać pozbawiona znaczenia, gdyż wówczas sąd nie będzie uprawniony do zmiany treści umowy – tak np. G. Monahan, *Essential Contract Law*, wyd. 2, Cavendish 2001, s. 125.

²⁷⁶ J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 400. R. Zimmermann (R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 78) wskazał, że tego typu regułę i powściągliwość powinny stosować sądy niemieckie przejawiające rosnącą skłonność do redukcji niedopuszczalnych postanowień umownych do prawnie akceptowalnego poziomu.

²⁷⁷ G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 406.

²⁷⁸ Tamże, s. 408.

²⁷⁹ Tak w znanym orzeczeniu *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* [1913].

²⁸⁰ Por. G.H. Treitel, *The Law...*, s. 387.

²⁸¹ Tak m.in. J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 401; G.H. Treitel, *The Law...*, s. 387.

wzajemnym zobowiązaniem drugiej strony, wówczas umowa jest w całości nieważna (nieegzekwowalna)²⁸².

Trzecim warunkiem jest wspomniana konieczność uniknięcia zmiany przez sąd celu umowy²⁸³. Nie może być zwłaszcza dodana lub sformułowana od nowa treść umowy, a pozostała jej część musi zachować sens prawny bez żadnych dodatkowych zabiegów²⁸⁴. Postulat ten tłumaczy się tym, że nie jest dozwolone zastosowanie częściowej nieważności, jeżeli usunięcie wadliwego postanowienia zmieni całą naturę umowy, tj. nie tylko zostanie zmieniony zakres klauzuli umownej, ale równocześnie zmieni się sama natura kontraktu: zakres i zamiar porozumienia²⁸⁵. Przesłanki te są w szczególności aktualne na gruncie umów przekraczających poziom dopuszczalnych ograniczeń konkurencyjnych i wyłączności handlowej (*restraint of trade*)²⁸⁶, gdzie takie niedopuszczalne postanowienie może stanowić główną część klauzuli. Na gruncie tej ostatniej kategorii umów w orzecznictwie przyjmuje się niedopuszczalność utrzymania ważności całej umowy, jeżeli niedozwolone postanowienie zostało celowo zbyt szeroko ujęte w umowie²⁸⁷.

Utrzymanie częściowej ważności umowy nie prowadzi do jednolitych następstw w każdej sytuacji. Generalnie obok ważności częściowej umowy i uchylenia jedynie nielegalnej części obowiązków umownych, możliwe są dwa rozwiązania pośrednie. Pierwszym jest jednostronna częściowa nieważność (*one-sided severance*), która polega na redukcji zobowiązania jednej tylko strony²⁸⁸. Drugim rozwiązaniem jest, wraz z zachowaniem częściowej ważności umowy, przeprowadzenie restytucyjnego rozliczenia stron²⁸⁹.

Widoczne jest w świetle powyższych uwag, że są to efekty zbliżone do kontynentalnej instytucji redukcji utrzymującej skuteczność, choć w *common law* w zasadzie uznaje się dostosowanie treści wadliwej do prawnie dozwolonego zakresu poprzez mniej rygorystyczne stosowanie reguły *blue pencil*.

Warto zwrócić również uwagę na stanowisko prawa kanadyjskiego. Obok modelu tradycyjnego wypracowano nowe narzędzie dla rozpatrywania niektórych przypadków nielegalności części umowy. W odróżnieniu od tradycyjnej nazwy dodaje się sformułowanie o tzw. hipotetycznym oddzieleniu (*notional*

282 G.C. Cheshire, C.H. Fifoot, M. Furmston [w:] *Law of Contract*, s. 405.

283 Tak m.in. P. Richards, *Law...*, s. 300.

284 K. Smith, D.J. Keenan's *English...*, s. 366.

285 Tak m.in. G.H. Treitel, *The Law...*, s. 389.

286 W kwestii umów, które zabraniają lub regulują możliwość prowadzenia działalności konkurencyjnej lub narzucających wyłączność handlową (*contracts restraint of trade*) – por. szerzej np. tamże, s. 346–369.

287 J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 402; K. Smith, D.J. Keenan's *English...*, s. 366.

288 J. Beatson, *Anson's Law...*, s. 403.

289 Tamże, s. 403.

severance). Dopuszczalność zastosowania *severance* sprowadza się do konieczności zachowania przesłanek, które są połączeniem klasycznej reguły *blue pencil* oraz kryteriów subiektywnych:

- a. pozostała część umowy musi być tzw. rdzeniem porozumienia, mieć samodzielność i przydatność regulacyjną dla stron,
- b. według obiektywnego kryterium wyrażonego w generalnej klauzuli rozsądku zachodzić powinna możliwość przypisania stronom zamiaru utrzymania porozumienia bez oddzielonych postanowień,
- c. możliwe powinno być dokonanie prostego oddzielenia niedopuszczalnego postanowienia, bez jego zmiany lub dodawania umowie nowej treści (w tym ostatnim przypadku podkreśla się wagę tradycyjnej reguły *blue pencil*)²⁹⁰.

Doktryna sprowadza działanie tej odmiany częściowej nieważności do zabiegu redukcji²⁹¹. Redukcja jest sposobem reakcji, dopuszczalnym w razie zobowiązań przekraczających poziom określony przepisami. Wskazuje się na problem oceny, czy dzięki mechanizmowi redukcji możliwe jest zwiększenie zobowiązania dla osiągnięcia minimum ustawowego²⁹². Taką możliwość przewiduje prawo Nowej Zelandii w sekcji 76 Contract and Commercial Law Act 2017 (przeniesionego z sekcji 7 Illegal Contracts Act 1970), zgodnie z którym sąd może również w taki sposób zmienić treść umowy.

Nowe podejście do sankcji częściowej nieważności z powodu nielegalności umowy zapoczątkowało orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *New Solutions Financial Corporation v. Transport North American Express Inc.* z roku 2004²⁹³. W piśmiennictwie kanadyjskim wyjaśnia się, że szczególnie rażąco wadliwe umowy, niemal o celu już kryminalnym, będą jednak uznane za nieważne *ab initio*²⁹⁴.

W innych orzeczeniach przyjmuje się, obok rozwiązania klasycznego, konieczność ustalenia czy cel zakazu ustawowego może być zachowany tylko przez odmowę przyznania roszczeń kontraktowych, restytucyjnych lub odszkodowawczych. Przesunięto akcent dla judykatury w stronę przyjmowania dopuszczalności środków ochrony prawnej *ex contractu* (lub innych) jako zasady²⁹⁵.

²⁹⁰ The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 16.

²⁹¹ M. Cumyn, *Nullity of Contracts in Québec Law...*, s. 7, 10.

²⁹² Tamże, s. 7.

²⁹³ Por. bliżej The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective...*, s. 22, *passim*.

²⁹⁴ Tamże, s. 22.

²⁹⁵ Tamże, s. 22. Autorzy raportu dopuszczają możliwość szerokiego zastosowania koncepcji *notional severance* do różnych typów umów, w tym ograniczeń działalności konkurencyjnej.

Również w prawie amerykańskim odmiennie niż to przyjmuje się na gruncie tradycyjnej doktryny *severance*, dopuszcza się zmianę umowy w przypadku jej częściowej nieważności. Możliwość utrzymania ważności częściowej umowy poszerza się dodatkowo zastosowaniem kryteriów również o zabarwieniu subiektywnym. Punktem wyjścia jest zasada rozsądku, która pozwala na odstąpienie od klasycznych przesłanek reguły *blue pencil*. Odstąpienie od tej reguły wyrażone zostało w The Restatement (Second) of Contracts, które dają prymat mechanizmowi, dzięki któremu sąd może zmienić nieważne postanowienie umowne do stopnia rozsądnego w danych okolicznościach i utrzymać ważność oraz skuteczność prawną tak zmodyfikowanej klauzuli umownej. Należy podkreślić, że w orzecznictwie i nauce wskazuje się, że celowe jest ograniczenie ryzyka przekroczenia sensu tej regulacji przez przyjęcie obowiązku udowodnienia, że nieważne postanowienia umowne były w czasie zawarcia umowy przyjęte w dobrej wierze i zgodnie z zasadami uczciwego postępowania²⁹⁶.

Należy także wskazać, że zasady The Restatement (Second) of Contracts, zgodnie z doktryną *severability*, przyjmują dwa podejścia do problemu częściowej nieważności umowy (a precyzyjniej: sankcji nieegzekwowalności częściowej), które są uzależnione od kryterium podzielności i niezależności zobowiązań umownych stron, w szczególności odpowiadających sobie obowiązków, które umożliwiają częściowe wykonanie umowy.

Warunkiem ogólnym dopuszczalności utrzymania częściowej ważności (wykonalności), podobnie jak w doktrynie angielskiej, jest nienaruszenie – przez wykonanie umowy – interesu publicznego, nawet w sposób pośredni. Zwraca się uwagę na konieczność ustalenia czy wykonanie takiej umowy nie jest częścią większego planu, mającego na celu naruszenie interesu publicznego²⁹⁷.

Podzielność zobowiązań umownych zachodzi, jeżeli umowa może zostać podzielona na odrębne i niezależne od siebie wzajemne uzgodnienia (klauzule umowne). Jeżeli nie jest możliwe dokonanie podziału umowy i wydzielanie części zgodnej z prawem, to sąd może mimo to zachować ważność pozostałej części umowy. W prawie amerykańskim zabieg ten określa się doktryną „niezbędnej części umówionej transakcji” (*essential part of the agreed exchange*). Odwołuje się do niej § 184 pkt 1 The Restatement (Second) of Contracts²⁹⁸. Zgodnie z tym przepisem, sąd może zachować skuteczność prawną nieważliwej części umowy wyłącznie na korzyść strony, której nie dotyczy poważne naruszenie zasad porządku i interesu publicznego, będącego podstawą sankcji

²⁹⁶ Por. C.J. Levin, A.R. Brown [w:] *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, pod red. T.L. Stark, New York 2003, s. 546 wraz z przywoływanym tam orzecznictwem i piśmiennictwem.

²⁹⁷ Tamże, s. 542–543.

²⁹⁸ § 184 (When Rest of Agreement Is Enforceable).

nieegzekwowalności. Następnie warunkiem jest, aby świadczenie wynikające z nieegzekwowalnej części umowy nie było podstawową częścią transakcji. Komentarz do tej reguły wyjaśnia, że ustalenie, czy świadczenie jest podstawową częścią uzgodnionej transakcji zależy od ocenianej subiektywnie jego doniosłości w świetle całości kształtu uzgodnień dokonanych pomiędzy stronami²⁹⁹. Na mocy tych samych przesłanek, zgodnie z pkt 2 ww. przepisu, możliwe jest zachowanie ważności części postanowienia umownego, jeżeli strona dochodząca wykonania tego postanowienia umowy zawarła je w dobrej wierze i zgodnie ze standardami uczciwego i rozsądnego postępowania w obrocie³⁰⁰.

W tym zakresie komentarz jako przykład podaje omyłkowe umówienie się o odsetki przekraczające prawnie dopuszczalną granicę. Jeżeli strony nie wiedziały o tym przekroczeniu, wówczas dokonana będzie redukcja do poziomu dopuszczalnego maksimum. Jeżeli pożyczkodawca wiedziałby o tej wadliwości, cała umowa byłaby uznana za nieważną³⁰¹. Wynika z tego zasada odmowy zachowania w mocy umowy dla podmiotu działającego świadomie sprzecznie z prawem.

Siłą rzeczy skrótowe przedstawienie przesłanek (kwestii proceduralnych) nieważności częściowej pozwala jednak zauważyć, że paradoksalnie w systemie prawa precedensowego bardziej zwalcza się nadmierną uznaniowość i promuje mniejszą interwencję sędziowską w treść umowy aniżeli w niektórych systemach *ius civile*, w szczególności uznaniowość wynikającą z konstrukcji hipotetycznej woli stron lub redukcji utrzymującej skuteczność.

§ 8. Uwagi ogólne o wpływie sankcji sędziowskiej wg *common law* na prawo polskie

8.1. Sankcja sędziowska *structured discretion* w projekcie polskiego Kodeksu cywilnego z 2015 r.

W prawie polskim nastąpił istotny przełom w postrzeganych – jako fundamentalne – cechach formalnych sankcji nieważności bezwzględnej. W projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r. pojawiła się propozycja ustawowego unormowania *structured discretion*. Jest to istotna zmiana podejścia do rozumienia

²⁹⁹ Por. tamże, s. 544.

³⁰⁰ Por. § 184 (2) *A court may treat only part of a term as unenforceable under the rule stated in Subsection (1) if the party who seeks to enforce the term obtained it in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing.*

³⁰¹ Por. m.in. tamże, s. 543–545.

cech formalnych normy sankcjonującej stanem nieważności z mocy prawa. Zaproponowano sędziowską kompetencję do wskazania (w razie milczenia ustawy w tym zakresie) w konkretnej sprawie cech formalnych normy sankcjonującej oraz określenie, czy i w jakim zakresie powinna być zastosowana sankcja nieważności (bezwzględnej).

W propozycji z 2015 r. widoczne jest, że zaaprobowano pewien kierunek regulacji sankcji sędziowskiej w cywilistyce kontynentalnej. Komisja Kodyfikacyjna w art. 71 § 1 zaproponowała cechy formalne normy sankcjonującej, jak również wskazano, jakie racje norm merytorycznych (sankcjonowanych) powinny być uwzględniane dla określenia sankcji właściwej (art. 71 § 2 projektu z 2015 r.). Jednocześnie zmodyfikowano dotychczasowe formy *structured discretion* zaadaptowane w PECL lub DCFR. Wydaje się, że może być to rozwiązanie bardziej skuteczne i wspierające efektywność prawa w porównaniu do prawa modelowego lub rozwiązań systemów *common law*³⁰².

Porównując unormowanie DCFR z art. 71 § 2 projektu z 2015 r., należy zwrócić uwagę na zupełnie inne zasady ustalania zasięgu działania sankcji względem skutków prawnych, a także nieco odmienne kryteria oceny sankcji właściwej (proporcjonalnej). Cechy formalne normy sankcjonującej: kreowanie stanu prawnego inaczej reguluje art. 71 § 1 ust. 1 projektu w stosunku do ww. europejskich projektów. Jeśli chodzi o cechy formalne normy sankcjonującej stanem nieważności, to PECL oraz DCFR zawierają odwołanie do czterech cech sankcji statuujących, które skutki prawne będą w mocy i w jakim zakresie. Zgodnie z art. 15:102 § 2 PECL: umowa może zostać uznana za skuteczną w pełnym zakresie, za częściowo skuteczną, za bezskuteczną lub podlegać zmianie. Podobnie reguluje zakres sędziowskiej uznaniowości art. II-7:302 (2) DCFR: sąd ma następujące możliwości: uznać umowę za ważną, unieważnić ze skutkiem wstecznym umowę, w całości lub części, lub zmienić umowę lub jej skutki prawne.

Propozycja projektu I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r. w zasadzie przy odpowiednim rozumieniu czterech powyższych środków pozwala na osiągnięcie co najmniej takich rezultatów działania sankcji. Ponadto jest jednak proceduralnie znacznie bardziej przydatna w poszukiwaniu, jak powinna kształtować się

³⁰² Należy dodatkowo przypomnieć duże podobieństwo do § 178 The Restatement (Second) of Contracts, który przy ocenie, czy zachodzi interes za nadaniem wykonalności prawnej części umowy wymaga uwzględnienia następujących okoliczności: 1. *Usprawiedliwione oczekiwania stron*, 2. *Każdą stratę, która powstałaby w razie odmowy nadania wykonalności prawnej*, 3. *Każdy rodzaj interesu publicznego, jaki przemawiałby za wykonalnością prawną danego postanowienia umowy*, 4. *Wagę zasady porządku publicznego będącej uzasadnieniem przepisu lub orzeczenia sądu*, 5. *Prawdopodobieństwo, czy odmowa nadania wykonalności prawnej umowie będzie promowała zasadę porządku publicznego, czy raczej wykroczy poza cel i uzasadnienie tej zasady*, 6. *Powagę niewłaściwego postępowania stron oraz stopień jego umyślności*, 7. *Bezpośredniość związków pomiędzy niewłaściwym zachowaniem stron a postanowieniem umowy*.

norma sankcjonująca. W tym ostatnim aspekcie propozycja zmian w polskim kc jest mocniej zbliżona do niektórych regulacji *common law*. Na przykład w kanadyjskim projekcie Uniform Illegal Contracts Act z 2008 r. przewiduje się określenie skutków prawnych przez sędziego w przyznaniu ochrony w przypadku nielegalnej umowy na mocy sekcji 5 (1): restytucja; odszkodowanie; rozłożenie straty wynikającej z powstania, istnienia lub wykonania umowy (*apportionment of a loss*); odszkodowanie od strony ponoszącej winę; deklaracja; nakazanie nabycia majątku przez jakąkolwiek osobę lub nakazanie przelewu lub rozporządzenia własności na inną osobę. Dodatkowo, zgodnie z sekcją 5 (1) pkt (g), jeżeli sąd uzna, że: zgodnie z podpunktem (i) umowa byłaby rozsądna i zgodna z prawem, jeżeli: (A) usunięto by jedno lub więcej postanowień umowy lub: (B) całej umowie jako lub jednemu lub więcej z jej postanowień przyznano by tylko ograniczoną skuteczność, biorąc pod uwagę tylko ograniczony jej efekt, oraz zgodnie z pkt (ii) skreślenie lub redukcja nie wpłynęłyby na zmianę umowy stron do tego stopnia, że byłoby nieuzasadnione nadanie mocy obowiązującej tak zmienionej umowie; to wówczas sąd może wydać nakaz zmiany umowy w celu dokonania redukcji lub ograniczenia, oraz aby zmieniona umowa została wykonana w sposób zgodny z prawem, który określi sąd.

Na mocy pkt (h) sekcji 5 (1) ww. projektu z 2008 r. sąd może przyznać wszelkie inne środki prawne (*relief*), które mógł udzielić na podstawie prawa powszechnego lub słuszności, gdyby umowa nie była nigdy umową nielegalną. Środki te mogą być łączone, mają przywrócić strony do ich początkowej pozycji albo przyznać odszkodowanie. Podkreślenia wymaga, że w żadnym przypadku nie jest możliwe wliczenie do wartości roszczenia utraconych zysków. Możliwe są ponadto dalsze zabiegi moderujące wartość roszczeń [por. sekcja 5 (2)–(3) projektu Uniform Illegal Contracts Act z 2008 r.].

Podobnie działanie normy sankcjonującej przedstawia się w przywołanym rozwiązaniu prawa Nowej Zelandii (Contract and Commercial Law Act 2017, sekcja 76). Przepis ten podaje cechy formalne normy sankcjonującej, ale od strony właściwej dla podejścia *common law* łączącego skutki prawne, które wynikać mogą z zastosowania sankcji z przyznaniem określonych roszczeń lub środków ochrony prawnej.

Projekt polskiej I Księgi Kodeksu cywilnego ujmuje to w sposób następujący (art. 71 § 1), a sankcja inna niż nieważność może polegać w szczególności na:

1. nieważności czynności prawnej ze skutkiem na przyszłość;
2. obowiązaniu w miejsce postanowienia sprzecznego z normą postanowienia wynikającego z ustawy lub z dobrych obyczajów albo postanowienia najbliższego woli wyrażonej w treści czynności prawnej;
3. braku możliwości dochodzenia roszczenia;
4. bezskuteczności czynności lub jej części do czasu dopełnienia dodatkowej przesłanki, w tym uzyskania zgody oznaczonej osoby;

5. przysługiwaniu jednej lub obu stronom uprawnienia do odstąpienia albo wypowiedzenia stosunku prawnego;
6. bezskuteczności czynności względem osoby chronionej naruszoną normą;
7. odpowiedzialności odszkodowawczej jednej ze stron względem osób, których interesy były chronione naruszoną normą.

Powyższy katalog, jako katalog otwarty, stanowi prawną podstawę do strukturalnej dyskrecjonalności w celu wyszukania takiej formy zablokowania lub modyfikacji skutków prawnych, aby możliwe było uniknięcie ich całkowitej eliminacji. Pozycją wyjściową w efekcie jest uprzednie stwierdzenie przez sąd celowości zachowania części zamierzonych³⁰³ skutków prawnych w mocy oraz potrzebę zastosowania zasady reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia.

Następnie, w sposób oparty na instrukcyjnym wykazie środków i form, następuje dobór sankcji przez sąd zgodnie z zasadą proporcjonalności. Dobór cech formalnych normy sankcjonującej opiera się ściśle na założeniach aksjologicznych naruszonych norm merytorycznych i umiejętności ich uchwylenia w konkretnej sprawie stanowić będą o powodzeniu w praktyce tak ułożonej uznaniowości.

W uzasadnieniu projektu wyjaśnia się m.in., że strukturalną uznaniowość wprowadzono w celu ułatwienia wykładni i zwiększenia przewidywalności rozstrzygnięć odnośnie do rozumienia cech formalnych normy sankcjonującej³⁰⁴; Komisja Kodyfikacyjna za wskazane uznała sformułowanie dodatkowych wskaźników odnośnie do czynników, które należy uwzględnić dla doboru, która sankcja jest właściwa (art. 71 § 2 projektu)³⁰⁵. Warto uwagę zwrócić, że w uzasadnieniu podkreśla się, że wskazówki z art. 71 § 1–2 mają charakter przykładowy, nie zmierzają zatem do wprowadzenia zasady *numerus clausus* typów sankcji i okoliczności decydujących o ich właściwości.

Przy takim założeniu stwierdzenie, że intencją projektu nie jest otwarcie drogi do ustalania sankcji „sędziowskiej”, jako sankcji „szytej na miarę”, stosownie do okoliczności faktycznych konkretnego przypadku³⁰⁶, wydaje się nieco zaskakujące. Ograniczenie uznaniowości sędziowskiej nie wydaje się drogą do wykluczenia samej koncepcji sankcji sędziowskiej. Wyjaśniając, należy podkreślić, że w ramach podwalin reformy *illegality* w krajach *common law* pozostawienie sędziowskich kompetencji było oczywiste. Bardziej chodziło o ukierunkowanie orzecznictwa, spowodowanie automatyzmu w rozważaniu pewnego

³⁰³ W tym skutków prawnych przypisywalnych na mocy normy prawnej *de lege lata* wynikającej z art. 56 kc.

³⁰⁴ R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Księga I...*, s. 104.

³⁰⁵ Tamże, s. 104.

³⁰⁶ Tamże, s. 104.

minimalnego katalogu istotnych każdorazowo okoliczności. Celem było spowodowanie w orzekaniu odruchu poszukiwania racjonalnej formuły promowania zasady reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia i wyważenia tych założeń polityki stosowania prawa w danej decyzji przez sędziego. To ostatnie zmierzało do eliminacji nazbyt mechanicznego orzekania, które jako mało elastyczne powodowało szereg rażących przykładów nieproporcjonalności sankcji w orzecznictwie. Wciąż jednak zachowano całkowitą uznaniowość sędziowską w ramach *common law* (notabene pomimo zarzucenia w Wielkiej Brytanii reformy w prawie umów, w orzecznictwie zaczęto wykorzystywać intencje projektów, dorobek prawie dziesięcioletnich uzgodnień, co samo w sobie obecnie uważa się za zapowiedź ewolucyjnej zmiany w tradycyjnym sankcjonowaniu nielegalności)³⁰⁷.

Polska propozycja z 2015 r. wydaje się zatem trafnie – i proporcjonalnie do skrajnych rozwiązań stosowanych obu ww. tradycji prawnych – regulować zarówno możliwość modyfikacji normy sankcjonującej, jak też wprowadzać nowoczesny model normatywny w celu – co było inspiracją także dla reform *illegality* – promowania reakcji proporcjonalnej do danego naruszenia. Proporcjonalność i elastyczność sankcji tylko ramowo ograniczono poprzez wskazanie przez sąd ustawowego katalogu merytorycznych okoliczności niezbędnych do wszechstronnego i pogłębionego rozstrzygnięcia sprawy.

8.2. Okoliczności materialne kreujące cechy formalne normy sankcjonującej w projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r.

Jest to najpoważniejsze wyzwanie dla koncepcji sankcji opartej na podejściu strukturalnym – ograniczonym proceduralnie. W projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego z 2008 r. nie zdecydowano się na pełną recepcję rozwiązań europejskiego prawa modelowego lub rozwiązań stosowanych w niektórych krajach *common law*. Jednak w 2015 r. dokonano gruntownej zmiany pierwotnej propozycji projektu I Księgi Kodeksu cywilnego z 2009 r. Zgodnie z art. 71 § ust. § 2, ustalając sankcję właściwą ze względu na cel naruszonej normy, sąd powinien rozważyć w szczególności:

1. interesy chronione przez naruszoną normę, a także godne ochrony interesy stron umowy i osób trzecich;
2. inne konsekwencje prawne, jakie pociąga za sobą naruszenie prawa;
3. świadomość albo brak świadomości naruszenia ustawy lub dobrych obyczajów po stronie osób dokonujących czynności;
4. czy czynność prawna zobowiązuje do zachowania zakazanego przez ustawę lub dobre obyczaje;

³⁰⁷ Por. The Law Commission, *The Illegality Defence...*, s. VII.

5. czy sprzeczność czynności z ustawą lub dobrymi obyczajami jest wynikiem nadużycia przez jedną ze stron silniejszej pozycji kontraktowej;
6. czy wykonanie obowiązków stron prowadzi do rezultatu, któremu miała zapobiegać naruszona norma.

Źródło inspiracji powyższej propozycji znajdziemy w PECL i DCFR: zgodnie z art. 15:102 (2) PECL decyzja sądu o sankcji, która powinna być proporcjonalna i odpowiednia do naruszenia, musi uwzględniać:

1. cel naruszonego przepisu,
2. kategorię osób, które przepis ma chronić,
3. inne sankcje, które mogą wynikać z naruszenia tego przepisu,
4. stopień naruszenia,
5. charakter umyślny lub nieumyślny naruszenia,
6. związek między umową a naruszeniem.

Jednocześnie prazródół propozycji prawa modelowego należy dopatrywać się w prawie anglosaskim i wspomnianym wpływie wywartym w toku prac nad prawem modelowym. Podobnie powyższe okoliczności reguluje się w prawie Nowej Zelandii z 2017 r. (poprzednio 1970 r.), w § 178 amerykańskich *The Restatement (Second) of Contract* z 1981 lub kanadyjskim projekcie z 2008 r.

Projekt polskiej I Księgi Kodeksu cywilnego z 2015 r. oraz art. 15:102 (2) PECL i art. II-7:302 (3) DCFR są w zasadzie identyczne. Porównanie tych przepisów skłania do wniosku, że zachowuje się mimo wszystko w tekście art. 71 § 2 pkt 1–3 projektu z 2015 r. trzon założeń prawa modelowego.

Polska propozycja jednak w 3 przypadkach wychodzi poza prawo modelowe oraz różni się od niego, podobnie jak prawo ww. systemów *common law*, rozbudowaniem czynników istotnych dla dopasowania sankcji przez sędziego do danego przypadku.

W polskim projekcie mamy do czynienia z odejściem od badania kryterium stopnia naruszenia na rzecz rozłożenia akcentów przez wskazanie w pkt 4–6 okoliczności dotyczących zarówno stopnia naruszenia, jak też uregulowania, że sankcja uzależniona jest od statusu legalności świadczenia strony (pkt 4)³⁰⁸. Jeżeli sprzeczność czynności z ustawą lub dobrymi obyczajami jest wynikiem nadużycia przez jedną ze stron silniejszej pozycji kontraktowej (pkt 5), w uzasadnieniu podkreśla się możliwość orzeczenia reformatoryjnej zmiany w umowie, w celu związania strony nadużywającej swej pozycji umową zmienioną na jej niekorzyść³⁰⁹. W przypadku art. 71 § 2 pkt 6 projektu z 2015 r. w uzasadnieniu trafnie zwrócono uwagę na konieczność unikania nieproporcjonalnych sankcji w razie naruszenia np. wymogów technicznych realizacji umowy³¹⁰.

³⁰⁸ R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Księga I...*, s. 109–110.

³⁰⁹ Tamże, s. 110.

³¹⁰ Tamże, s. 110.

Dla oceny projektu warto spojrzeć na pewien aspekt kanadyjskiego *Uniform Illegal Contracts Act* z 2008 r. W zakresie kognicji sądu w orzekaniu o skutkach nielegalności w sekcji 6 ww. projektu znajduje się pkt h, który brzmi, że o sankcji sędziego może orzec także wedle „innych czynników, jakie sąd uzna za doniosłe”. Pokazuje to, że tylko co do zasady w modelu *structured discretion* mamy ograniczenie kompetencji sądu, jednak nie jest to zakaz bezwzględny – sąd ma prawo w uzasadnionych przypadkach wskazać na inne czynniki, które wpłynęły na treść orzeczenia.

Podobnie należy rozumieć propozycje art. 71 projektu, gdzie *structured discretion* ma przede wszystkim służyć idei realizacji naturalnej sprawiedliwości poprzez prawidłowe procedury (sprawiedliwość proceduralna)³¹¹. Wówczas w każdym przypadku sąd powinien w uzasadnieniu wskazać, co uwzględnił, a co pominął z katalogu art. 70–71 projektu z 2015 r.

§ 9. Uwagi końcowe

Przegląd regulacji *common law* odpowiadających sankcji nieważności bezwzględnej wydaje się wspierać zarówno rozwiązania projektu zmian kc w prawie polskim, jak też dostarczać kolejnych interesujących zagadnień do przeanalizowania w przypadku powrotu do prac legislacyjnych. Szczególnie istotne jest zwrócenie uwagi na przewrotność jednopłaszczyznowego promowania zasady proporcjonalności sankcji prowadzących do stanu nieważności. Warto przy tym uwzględnić doświadczenia krajów, gdzie *structured discretion* wywołała pierwsze problemy praktyczne, co np. spowodowało zaprzestanie prac nad reformą w Wielkiej Brytanii. Tej kwestii nie oceniono jeszcze w piśmiennictwie europejskim w sposób pogłębiony i wydaje się, że będzie to centralny punkt do zrewidowania założeń nowej kodyfikacji w tym zakresie.

Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że dostrzeżenie znaczenia dla systemu prawa prywatnego zasady proporcjonalnej reakcji na dane naruszenie wytycza podstawowy kierunek modyfikacji tradycyjnego podejścia do tzw. nieważności z mocy prawa – sankcji nieważności bezwzględnej. Być może pozwoli to na wprowadzenie istotnych zmian do teorii nieważności czynności prawnej.

W *common law* widoczne są dość wyraźne tendencje do omijania problemów, które w prawie kontynentalnym dzięki terminologii ustawowej wywołują ogromne zastrzeżenia z punktu widzenia zasady efektywności systemu prawa. Większość z tych wyzwań zaadresowano w dobie *Common Frame of Reference*

³¹¹ W sprawie sprawiedliwości proceduralnej i jej pewnych konotacji dla prawa prywatnego, por. T.T. Koncewicz, *Poszukując modelu sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym. Mit czy rzeczywistość?*, Warszawa 2009, s. 82 i nn.

i prac nad poprawkami do pierwotnego projektu I Księgi Kodeksu cywilnego. Pozostaje jednak kwestia oceny, czy *de lege ferenda* nie powinno się postulować rezygnacji z rozwiązań opierających się wyłącznie na jednym słowie „nieważność”, na rzecz korzystania z bardziej rozbudowanej regulacji normatywnego modelu nieważności bezwzględnej oraz pozostałych „sankcji” prowadzących do stanu nieważności skutków prawnych.

Dorobek *common law* pokazuje, że podobnie jak w krajach *ius civile* lakoniczna terminologia w rozwiązaniach normatywnych wywiera bardzo negatywny wpływ na skuteczność i efektywność prawa. Skłonność do tworzenia syntetycznych i lakonicznych modeli normatywnych generuje spory w nauce i orzecznictwie. W tym kontekście warto postulować rezygnację z ontologicznego rozumienia nieważności na rzecz *stricte* normatywnego oraz konwencjonalnego zdefiniowania tego terminu (szczególnie w kontekście dwupoziomowego zakresu pojęciowego nieważności).

Warto zwrócić uwagę, że rosnąca rola ustawowych ograniczeń autonomii woli w prawie prywatnym powoduje wzrost ryzyka niezgodności z przepisami prawnymi, rośnie zatem skala problemu tradycyjnego stosowania nieważności bezwzględnej, a tym samym ryzyka odejścia od zasady reakcji proporcjonalnej.

Nie należy tracić z pola widzenia reakcji *common law* na naruszenia prawa lub moralności, gdy przywrócenie stanu poprzedniego mogłoby promować kolejne naruszenia albo oznaczać brak ryzyka dla podmiotów działających celowo niezgodnie z prawem. Surowe podejście jest w szczególności wskazane w celu uniknięcia sytuacji, gdy *restitutio in integrum* w praktyce oznacza dla podmiotu odpowiedzialnego za naruszenie brak sankcji. Zachęcać to może do dalszego łamania prawa lub norm pozaprawnych.

W kręgu anglosaskim przewaga podejścia procesowego nieco mityguje takie ryzyko, dla systemów *ius civile* jedynym rozwiązaniem jest adaptacja sankcji sędziowskiej oraz przejście na konwencjonalne definiowanie zakresu pojęciowego terminologii dotyczącej systemu sankcji wadliwych czynności prawnych. Powinno to być połączone z większym zaangażowaniem ustawodawcy w tworzenie przepisów z precyzyjnie określoną sankcją za ich naruszenie.

Bibliografia

- Andrews N., *Arbitration and Contract Law*, Cham 2015.
- Atiyah P.S., Adams J.N., MacQueen H.L., *Sale of Goods*, wyd. 11, Harlow 2005.
- Baloch T.A., *Unjust Enrichment And Contract*, Oxford 2009.
- Beatson J., *Anson's Law of Contract*, wyd. 27, Oxford 1998.
- Bebchuk L.A., Ben-Shahar O., *Precontractual Reliance*, „The Journal of Legal Studies” 2001, vol. 30, nr 6.
- Beckmann R.M., *Nichtigkeit und Personenschutz. Parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen 1998.
- Bierć A., *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012.
- Birks P., *Recovering Value Transferred Under an Illegal Contract*, „Theoretical Inquiries in Law” 2000.
- Burrows A., *A Restatement of The English Law of Contract*, Oxford 2016.
- Casebook On the Common Law of Europe. Contract Law*, red. H. Beale, D. Tallon, L. Bernardeau, R. Williams, Oxford 2002.
- Chen-Wishart M., *The Nature of Vitiating Factors in Contract Law [w:] Philosophical Foundations of Contract Law*, red. P. Saprai, G. Klass, G. Letsas, Oxford 2014.
- Cheshire G.C., Fifoot C.H., Furmston M., *Law of Contract*, wyd. 11, London 1986.
- Chitty on Contracts*, vol. 1, *General Principles*, pod red. H.G. Beale'a, wyd. 31, London 2014.
- Corbin A.L., *Corbin on contracts. One volume edition*, St. Paul 1952.
- Corrin Care J., *Contract Law in the South Pacific*, Cavendish 2001.
- Cumyn M., *Nullity of Contracts in Québec Law, An Overview And Comparison With The Common Law of Illegal Contracts*, Saskatchewan 2004, <http://www.ulcc.ca>.
- Drobnig U., *General Principles of European Contract Law [w:] International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, red. P. Sarcevic, P. Volken, Oceana 1986, <http://www.cisg.law.pace.edu>.
- Erbacher S., *Australian Restitution Law*, wyd. 2, Cavendish 2002.
- European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, red. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, München 2008.
- Gallagher E.G., *The Law of Suretyship*, Chicago 2000.
- Gerven W. van, *The Concept of Provisional Validity. The Doctrine of Nullity Refined [w:] Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, t. II, red. E. von Caemmerer, M. Rheinstein, S. Mentschikoff, K. Zweigert, Tübingen 1969.
- Gutowski M., *Bezskuteczność czynności prawnej*, wyd. 2, Warszawa 2017.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, wyd. 4, Warszawa 2017.
- Gutowski M., *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010.

- Halberda J., *Amerykańskie prawo bezpodstawnego wzbogacenia w Restatement z 2011 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 4.
- Halberda J., *Historia angielskich quasi-kontraktów a zasada bezpodstawnego wzbogacenia*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 1.
- Halberda J., *Historia zobowiązań quasi-kontraktowych w common law*, Kraków 2012.
- Halson R., *Contract Law*, Harlow 2001.
- International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII: *Contracts in General*, red. K. Zweigert, U. Drobnig, Tübingen–Dordrecht 1981.
- Kodeks cywilny. Księga I. Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z objaśnieniami opracowanymi przez członków zespołu problemowego KKPC*, pod red. P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.
- Kostritsky J.P., *Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory*, „Iowa Law Review” 1988, vol. 74.
- Księżak P., *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405–414 KC Komentarz*, Warszawa 2007.
- Księżak P., *Świadczenie niegodziwe*, Warszawa 2007.
- Law Reform Committee (Singapur), *Relief from Unenforceability of Illegal Contracts and Trusts*, publ. www.agc.gov.sg, [dostęp 5.7.2002].
- Leigh Anenson T., *Limiting Legal Remedies: An Analysis of Unclean Hands*, „Kentucky Law Journal” 2010, vol. 99.
- Łętowska E., *Sankcje w prawie cywilnym – zarys problemu*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19.
- Maddaugh P.D., McCamus J.D., *The Law of Restitution*, Aurora [Ontario] 2004.
- Malsberger B.M., *Covenants Not to Compete. A State-By-State Survey*, wyd. 5, vol. 1, Arlington 2006.
- Mann R.A., Roberts B.S., *Smith and Roberson’s Business Law*, Mason [Ohio] 2005.
- Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, wyd. 2, London 2006.
- McCamus J.D., *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, „Canadian Bar Review” 2011, vol. 90, nr 2.
- McKendrick E., *Contract Law*, wyd. 3, London 1997.
- Monahan G., *Essential Contract Law*, wyd. 2, Cavendish 2001.
- Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, pod red. T.L. Stark, Chicago 2003.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, red. Ch. Von Bar, E. Clive, [b.m.] 2009.
- Radwański Z., *Jeszcze w sprawie bezwzględnie nieważnych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 6.
- Raghavan K., *Failure of Consideration as a Basis for Quantum Meruit Following a Repudiatory Breach of Contract*, „Monash University Law Review” 2016, vol. 42, nr 1.
- Rau A.S., *Separability in the United States Supreme Court*, „U of Texas Law, Public Law Research Paper” 2006, no 102.

- Richards P., *Law of Contract*, Harlow 2005.
- Schaefer J.A., *Beyond a Definition: Understanding the Nature of Void and Voidable Contracts*, „Campbell Law Review” 2010, vol. 33, nr 193.
- Skorupa P., *Normatywne modele sankcji nieważności bezwzględnej a nieistniejąca czynność prawna*, „Studia Prawnicze” 2010, z. 1.
- Smith L., *Common Law and Equity in R3RUE* (February 2, 2011), „Washington and Lee Law Review” 2011, Vol. 68.
- Stone R., Devenney J., *The Modern Law of Contract*, wyd. 11, Cavendish 2015.
- Stone R., *The Modern Law of Contract*, wyd. 6, Cavendish 2005.
- Swadling W.J., *The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enrichment* [w:] *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, D. Johnston, pod red. R. Zimmermanna, Cambridge [Wlk. Bryt.] 2002.
- System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, pod red. Z. Radwańskiego, wyd. 2, Warszawa 2008.
- Szpunar A., *O konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 5.
- Szpunar A., *O konwalidacji wadliwych czynności prawnych*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 7.
- The British Columbia Law Institute, *Report on Relief Under Legally Defective Contracts: The Uniform Illegal Contracts Act*, 2008, nr 52.
- The Law Commission, *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, „Consultation Paper” 1999, nr 154.
- The Law Commission, *The Illegality Defence in Tort*, „Consultation Paper” 2001, nr 160.
- The Law Commission, *The Illegality Defence*, 2001, nr 320.
- The Law Commission, *The Illegality Defence, A Consultative Report*, „Consultation Paper” 2009, nr 189.
- Trzaskowski R., *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.
- Turner Ch., *Key Facts Key Cases, Contract Law*, Abingdon 2014.
- Ware S.J., *Arbitration Law’s Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, „Nevada Law Journal” 2007, vol. 8, nr 107.
- Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008.
- Więzowska B., *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

STRESZCZENIE

Artykuł ma na celu wprowadzenie do problematyki nieważności czynności prawnej w jurysdykcjach *common law*. W pierwszej części zostały zawarte uwagi wprowadzające dot. przyjętej metodologii i wskazane kryteria porównawcze do umiejscowienia w terminologii stosowanej w prawie polskim. Dla wyjaśnienia najważniejszych odrębności i trudności w powiązaniu nieważności w *common law* z podejściem prawa polskiego została pokrótce przedstawiona definicja stanu nieważności czynności prawnej i samej sankcji nieważności bezwzględnej.

Rozwiązania *common law* zostały omówione w zakresie terminologii i cech formalnych nieważności, głównych odmian sankcji nieważności, a także zostały przedstawione podstawowe przypadki zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej lub sankcji najbardziej zbliżonych. Została dokonana ogólna charakterystyka sankcji *void* i *voidable* wraz z definicjami, które wyróżnia nauka lub opracowania typu *restatement* (np. prawo amerykańskie lub brytyjskie).

W ramach oceny najnowszych tendencji dotyczących poszukiwania zasad proporcjonalnego i nowoczesnego stosowania sankcji nieważności bezwzględnej, w artykule szczególną uwagę zwraca się na sankcję sędziowską (*structured discretion*) wypracowaną w trakcie rozwoju poglądów na temat cech normy sankcjonującej zwanej *unenforceability*, która jest co do zasady sankcją z tytułu nielegalności i niemoralności umowy.

Przedstawienie konstrukcji norm sankcjonującej nieważnością skutków prawnych z mocy prawa pociągało za sobą analizę skutków naruszenia ustawy w *common law*, sankcji ustawowej nielegalności oraz nielegalności na gruncie prawa powszechnego, sankcji ustawowej nielegalności (*contracts illegal by statute, contracts rendered unenforceable by statute; statutory illegality*), sankcji nielegalności na gruncie prawa powszechnego (*contracts illegal at common law*). Efekt nielegalności w zakresie egzekwowalności umowy oraz *restitutio in integrum* został omówiony w ramach wskazania cennych poglądów dotyczących konieczności poszukiwania proporcjonalności sankcji nieważności bezwzględnej. Zagadnienie to jest szczególnie istotne dla prawa polskiego wskutek zaproponowania sankcji sędziowskiej (*structured discretion*) w projekcie polskiego Kodeksu cywilnego z 2015 r.

Wpływ modelu sankcji sędziowskiej na prawo polskie został ukazany na tle omówienia prac nad reformami oceny stosowanej sankcji w projektach m.in. Wielkiej Brytanii. Prace te wraz z bardzo cennymi materiałami gromadzonymi w trakcie konsultacji tych prac miały także wpływ na kształt sankcji i jej proporcjonalizacji w opracowywaniu *Common Frame of Reference*. Przeanalizowano m.in. konieczność zwrócenia szczególnej uwagi na odejście od naturalistycznego postrzegania sankcji nieważności bezwzględnej na rzecz rezygnacji z dogmatów wypracowanych jeszcze w czasach tzw. wielkich kodyfikacji XIX w. Dorobek

nauki prawa i judykatury *common law* pokazuje jednoznacznie, że lakoniczna terminologia w normatywnych modelach sankcji nieważności bezwzględnej w kręgu *ius civile* wywarła bardzo negatywny wpływ na skuteczność i efektywność prawa. W kręgu anglosaskim przewaga podejścia procesowego mityguje największe problemy, z tego wynikające ryzyko. Dla systemów *ius civile* jedynym rozwiązaniem jest adaptacja sankcji sędziowskiej oraz przejście na konwencjonalne definiowanie zakresu pojęciowego terminologii dotyczącej systemu sankcji wadliwych czynności prawnych.

Słowa kluczowe: nieważność czynności prawnej, sankcja sędziowska, normy sprzężone, norma sankcjonująca, efekt nielegalności, model normatywny nieważności, sankcja nieważności bezwzględnej, *Common Frame of Reference*, skuteczność i efektywność prawa systemu sankcji wadliwych czynności prawnych

SUMMARY

The article aims to introduce the concept of the invalidity of a juridical act in common law jurisdictions. The first part contains introductory remarks describing the adopted methodology and chosen comparative criteria to explain the terminology and notion applied. To explain the most important differences and difficulties in linking invalidity in common law with the Polish law approach, there was presented the definition of the so-called state of invalidity of the juridical act and the sanction of nullity.

Common law solutions have been discussed in terms of terminology and formal features of invalidity as a legal institution; the main types of the sanctions leading to invalidity, and also the basic cases of applying similar sanctions have been presented. The general characteristics of void and voidable contracts (sanctions) have been made, along with definitions proposed by jurisprudence or in the restatement of contract law (e.g., US or UK law).

As a part of the assessment in the article of the latest tendencies regarding the need for a proportional and modern application of sanction of invalidity, special attention was paid to the statutory structured discretion developed to search for a proper sanctioning norm called unenforceability. This is, in principle, a sanction for the illegality and immorality of a contract (or other legal juridical acts).

The operation of illegality in the law of obligations and its legal effects entailed an analysis of the effects of violating law in common law, especially: the statutory effects of illegality and illegality under common law and the effects of illegality in terms of whether the contract is rendered void or unenforceable or voidable by reason of the illegality.

As far as contract enforceability and *restitutio in integrum* is concerned, it has been discussed that in a few common law jurisdictions the legal rules should be replaced by a statutory structured discretion to seek the proportionality of such sanction. Briefly speaking, the traditional rules that the courts have developed was treated as plainly unsatisfactory and, if applied, as producing unacceptable results.

This issue is particularly important for Polish law as a result of proposing a statutory basis for the structured discretion in the draft Polish Civil Code in 2015.

The impact of such judge-made sanction in Polish law has been discussed in contrast to the background of the reforms of illegality in chosen common law countries. These efforts, together with valuable materials collected during the consultation process, also had an impact on the shape of the sanction and its proportionality in the Common Frame of Reference proposal on the invalidity of juridical acts. Final remarks in the context of Polish civil law and the normative

model of the void juridical were shortened to the necessary minimum due to the size of the article. It was recommended, among others, to be necessary to make progress in regulating normative models of invalidity as a norm for sanctioning a juridical act by removing its legal effects. It is important to pay special attention to the resignation from the naturalist perception of such absolute sanction in private law for an active approach distant from the dogmas developed in the so-called the great codifications of the nineteenth century. The achievements in that field of civil law and common law jurisprudence clearly showed that the laconic terminology mostly used in the normative models of this sanction had a very negative impact on the effectiveness and efficiency of private law. In common law, the predominance of the precedent approach mitigates the greatest problems with this resulting risk; for *ius civile* legal systems, the only solution is the adaptation of the conventional definition and model of the sanctions for defective juridical acts.

Keywords: invalidity, a juridical acts, nullity of the juridical act, the sanction of nullity, invalidity, void and voidable contracts, structured discretion, illegality and immorality of the contract, the operation of illegality, unenforceable contracts, the law of restitution, enforceability, proportionality of sanction, draft Polish Civil Code in 2015, Common Frame of Reference, effectiveness and efficiency of the private law



Mgr Kamila Pałasz
Krakowska Akademia im. A. Frycza-Modrzewskiego
palasz.kamila@gmail.com

Problematyka zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim

Abstrakt

Obrót prawnym dobrami niematerialnymi w postaci praw autorskich jest powszechną praktyką w obecnych czasach. Dzięki umowom o korzystanie z praw autorskich oraz o przeniesienie praw autorskich twórca ma możliwość swobodnego dysponowania swoimi utworami, a co za tym idzie niejednokrotnie czerpania korzyści majątkowych. Z uwagi na przyjęty w ustawodawstwie polskim dualizm praw autorskich, w przypadku śmierci twórcy autorskie prawa osobiste nie wygasają, natomiast prawa autorskie majątkowe co do zasady po 70 latach przechodzą do domeny publicznej. Należy zadać sobie jednak pytanie, czy w obecnym stanie prawnym istnieje możliwość rozporządzenia swoimi uprawnieniami autorskimi w postaci zrzeczenia się ich jeszcze za życia. Przedmiotem niniejszego artykułu jest zatem analiza problematyki dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim.

Abstract

Legal trade in intangible goods in the form of copyrights is common practice nowadays. Thanks to agreements on the use of copyrights and on the transfer of copyrights, the creator is able to freely dispose of his works and, therefore, to obtain economic benefits many times. Due to the duality of copyrights adopted in Polish legislation, in the event of the author's death, the personal copyrights do not expire, while the economic copyrights are transferred to the public

domain as a rule after 70 years. However, we should ask ourselves whether in the current legal situation it is possible to dispose of one's copyright in the form of a renunciation of the copyright while one is still alive. The subject of this article is to analyse the problem of admissibility of renunciation of copyrights in Polish legislation.

Problematyka szeroko pojętego transferu i możliwości przeniesienia praw autorskich nie jest zagadnieniem nowym w doktrynie autorskoprawnej. Liczne wywody dotyczą jednak kwestii zbywalności praw autorskich, w których nabywcą jest określony podmiot prawa cywilnego¹. Brak jest natomiast głębszej analizy problematyki dopuszczalności zrzeczenia się praw przysługujących twórcy jako sposobu wyzbycia się uprawnień autorskich jeszcze za jego życia. Pomimo jego istotnego znaczenia praktycznego i jurydycznego jest to temat pomijany w polskiej doktrynie, a ewentualne odniesienia do przedmiotowej problematyki są jedynie zdawkowe i nie wyczerpują dostatecznie tematu. Konieczne zatem jest scharakteryzowanie dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich na gruncie obecnie obowiązujących przepisów. Z uwagi jednak na charakter praw autorskich – jak się wydaje – niezbędne jest przeanalizowanie zagadnienia w szerszym wymiarze.

Impulsem do podjęcia się opracowania niniejszego tematu była ogólna refleksja nad problematyką instytucji domeny publicznej, a w szczególności nad jej zawartością². Oba te tematy mocno się łączą, bowiem – jak można sądzić – skutkiem zrzeczenia się praw autorskich będzie ich przejście do domeny publicznej. Podstawowym celem owego opracowania jest zaś przede wszystkim eksplikacja problemu zrzekalności praw autorskich w ustawodawstwie polskim przez udzielenie odpowiedzi na zasadnicze pytanie – czy obecnie obowiązujące regulacje autorskoprawne dają polskiemu twórcy możliwość zrzeczenia się

¹ Por. T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, Warszawa 2010; E. Traple, *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010; P. Ślęzak, *Umowy w zakresie współczesnych sztuk wizualnych*, Warszawa 2012; K. Grzybczyk, *Prawo właściwe dla autorskoprawnej umowy licencyjnej*, Warszawa 2010; M. Czajkowska-Dąbrowska, *Pola eksploatacji utworów, czyli o dezintegracji pojęcia [w:] Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, pod red. S. Stanisławskiej-Kloc, A. Matlaka, Warszawa 2013; J. Szczotka, *Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013.

² S. Dusollier, *Scoping study on copyright and related right and the public domain*, Geneva 2011, s. 33–36.

przysługujących mu uprawnień, a jeśli tak, to w jakim zakresie oraz jaki jest faktyczny skutek takiej czynności.

W praktyce można bowiem spotkać się z konstrukcjami, które zapewniają zrzeczenie się praw autorskich w różnym zakresie. Obecnie zdarza się już (zwłaszcza w innych krajach), iż twórcy zrzekają się przysługujących im uprawnień jeszcze za ich życia. Takie rozwiązanie zapewnia m.in. licencja Creative Commons Zero. Dzięki niej twórca, składając odpowiednie nieodwołalne oświadczenie zrzeka się praw autorskich w ich najszerszym możliwym zakresie, które dozwala obowiązujące na danym terytorium prawo autorskie³. Oznacza to tym samym, iż owa licencja daje twórcom możliwość i formalne narzędzie na wyzbycie się przysługujących im uprawnień autorskich. Między innymi z uwagi na jej funkcjonowanie w obrocie prawnym konieczne jest dokonanie analizy, czy w Polsce jest zatem w ogóle możliwe przyjęcie takiego rozwiązania.

1. Pojęcie zrzeczenia się praw

Podjmując rozważania w zakresie zrzeczenia się praw autorskich, należy w pierwszej kolejności scharakteryzować pojęcie zrzeczenia się praw, a ponadto wskazać, jakie skutki będzie ono wywierać w obrocie prawnym.

Zrzeczenie się jest podlegającym ocenie prawnej zachowaniem, czynnością, która zazwyczaj ma postać działania. W literaturze podnosi się, iż ma ono charakter intencjonalny i stanowi realizację określonego uprawnienia, którego treścią jest wola wyzbycia się przysługujących danemu podmiotowi praw⁴. Pojęcie to oznacza zazwyczaj jednostronną rezygnację bądź też wyzbycie się prawa lub uprawnienia, które co do zasady prowadzi w szerokim ujęciu do jego wygaśnięcia. Ponadto skutkiem będzie również to, iż podmiot zrzekający się prawa bądź uprawnienia nie będzie miał możliwości skorzystania już z niego w przyszłości⁵.

Zasadne jest, by – charakteryzując pojęcie zrzeczenia się praw – odnieść się do znanej prawu polskiemu klasyfikacji czynności prawnych. Największe znaczenie będzie miał podział czynności prawnych ze względu na wywołane skutki prawne. Czynności prawne możemy podzielić zatem na zobowiązujące, rozporządzające i zobowiązująco-rozporządzające. Nie ulega wątpliwości, że zrzeczenie jest formą czynności rozporządzających. Przez czynność rozporządzającą należy rozumieć taką czynność cywilnoprawną odnoszącą się do prawa

³ Tekst licencji CC0: <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.pl>, [dostęp 28.02.2018].

⁴ G. Wolak, *Umowa zrzeczenia się dziedziczenia w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2016, s. 29–41.

⁵ K. Riedl, *Materiałnoprawne skutki zrzeczenia się roszczenia w procesie cywilnym*, „Polski Proces Cywilny” 2017, nr 1.

podmiotowego, której skutkiem jest zmiana uprawnionego podmiotu bądź też zmiana treści prawa⁶. Jej celem i bezpośrednim skutkiem prawnym jest rozporządzenie prawem podmiotowym, czyli: przeniesienie, obciążenie lub jego zniesienie⁷. Podstawowym zadaniem jest zatem wywołanie zmiany w kręgu praw majątkowych podmiotu dokonującego tej czynności⁸. Czynność rozporządzająca może przybierać różne formy. Jedną z nich jest zniesienie prawa majątkowego przysługującego podmiotowi uprawnionemu. Poprzez czynność zniesienia (zrzeczenia) uprawniony podmiot pozbywa się przysługującego mu prawa, co skutkuje jego wygaśnięciem. Konieczne jest jednak zaznaczenie, iż rozporządzenie dotyczyć może tylko prawa zbywalnego, które istnieje i przysługuje podmiotowi zbywającemu w takim samym bądź też szerszym zakresie, zgodnie z obowiązującą zasadą *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁹. W związku z powyższym stwierdzić należy, iż czynność rozporządzająca w postaci zrzeczenia się danego prawa bądź uprawnienia jest czynnością wywołującą najdalej idące skutki prawne.

Problematyka zrzeczenia się praw autorskich nie jest jednolita i odmienne kształtować się będzie w zależności od tego, z jakim rodzajem praw mamy do czynienia. Wszystko to za sprawą charakterystycznej konstrukcji systemu autorskiego, jaka została przyjęta do naszego porządku prawnego. Przypomnieć należy, że polski ustawodawca przyjął rozwiązanie opierające się na dualistycznym modelu praw autorskich. Powstało ono wewnątrz systemu kontynentalnego *droit d'auteur*¹⁰. Przyjęty system akcentuje osobisty charakter uprawnień, bowiem znaczącą rolę nadaje osobistej więzi twórcy¹¹. Prawa autorskie w systemie *droit d'auteur* mniej służą społeczeństwu i rozwojowi kultury, a zdecydowanie bardziej skupiają się na ochronie interesów twórcy. Przyjęta przez polskiego ustawodawcę koncepcja zakłada, iż prawo autorskie składa się z dwóch odrębnych praw – różnych co do treści i co do charakteru: osobistych i majątkowych. Takie ukształtowanie systemu autorskiego oznacza, że na zbiór interesów twórcy składają się osobne prawa osobiste i osobne prawa majątkowe. Prawa osobiste chronią więź twórcy z utworem, a więc osobisty stosunek twórcy do stworzonego

⁶ W doktrynie prawa nie ma pełnej zgodności co do jednoznacznego wyjaśnienia pojęcia czynności rozporządzającej.

⁷ S. Sołtyński, *Czynności rozporządzające. Przyczynek do podstawowych pojęć cywilistycznych* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Prof. W. Czachórskiego*, pod red. J. Błęzyńskiego, J. Rajskego, Warszawa 1985, s. 301 i nn.

⁸ Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 734.

⁹ *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom I. *Część ogólna*, red. M. Frasz, M. Habdas, 2017, s. 458.

¹⁰ *Prawo własności intelektualnej*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, wyd. 4, Warszawa 2015, s. 38.

¹¹ A. Nowak-Gruca, *Cywilnoprawna ochrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa*, Warszawa 2013, s. 78.

dzieła. Są one ściśle związane z twórcą, mogą przysługiwać tylko jemu, a ponadto są niezbywalne i nie wygasają wraz ze śmiercią autora. Z kolei autorskie prawa majątkowe gwarantują twórcy czerpanie pożytków ekonomicznych z eksploatacji dzieła. Z uwagi na swój zbywalny charakter mogą na mocy ustawy lub umowy przysługiwać także innym niż twórca podmiotom. Są także ograniczone w czasie. Ochrona autorskoprawna trwa przez cały okres życia autora oraz co do zasady dodatkowo siedemdziesiąt lat od jego śmierci. Po jego upływie autorskie prawa majątkowe wygasają, a twórczość przechodzi do domeny publicznej.

Analizowane zagadnienie z uwagi na konstrukcję przyjętą przez polskie prawo autorskie jest niejednoznaczne. Rodzi ono w związku z tym argumenty zarówno za, jak i przeciw. Rozpoczynając od argumentów wyrażających sprzeciw wobec możliwości zrzeczenia się praw autorskich, należy odwołać się do uregulowań międzynarodowych, które dały podwaliny pod krajowe ustawodawstwa autorskie. Jednym z podstawowych aktów regulujących i kształtujących prawo autorskie jest konwencja berneńska. Wedle art. 7 ust. 1 konwencji czas trwania ochrony obejmuje życie autora i pięćdziesiąt lat po jego śmierci¹². Akt paryski konwencji stanowi z kolei w art. 7 ust. 6¹³, iż państwa członkowskie mogą w swoich krajowych ustawodawstwach ustanowić dłuższy czas trwania ochrony. Celem konwencji było stworzenie podstaw ochronnych, a także zapewnienie ich na odpowiednim poziomie¹⁴. Na gruncie wskazanych wyżej przepisów twierdzi się, iż autorskie regulacje krajowe nie mogą przyjąć krótszego okresu ochronnego niż ten wskazany w konwencji. Niniejszy akt stanowić ma niejako minimalny okres ochronny praw majątkowych, a co za tym idzie wydaje się zatem, iż niedopuszczalne jest jego skrócenie w drodze czynności prawnej. Moim zdaniem konwencja nie stanowi w swojej obecnie obowiązującej treści jednoznacznie o braku możliwości zrzeczenia się praw autorskich. Przykładem tego mogą być liczne ustawodawstwa dopuszczające możliwość zrzeczenia się uprawnień autorskich w różnym zakresie. Mimo iż kwestią priorytetową uregulowań konwencyjnych była jak najlepsza ochrona praw autorskich, uważam, że konwencja berneńska *expressis verbis* nie zakazuje ich zrzekalności.

Jeśli zaś chodzi o argumenty za możliwością zrzekania się praw autorskich, to niezbędne jest zastanowienie się, czy wprowadzenie takiego zakazu nie ograniczałoby wolnej woli i autonomii przysługujących twórcy. W prawie polskim istnieje zasada autonomii woli, która jest jedną z podstawowych założeń i dyrektyw interpretacyjnych prawa cywilnego¹⁵. Przejawia się ona przede wszystkim

¹² Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., (Dz.U. 1935 nr 84 poz. 515).

¹³ Akt paryski Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 24 lipca 1971 r. (Dz.U. z 1990, nr 82, poz. 474).

¹⁴ J. Bleszyński, *Konwencja berneńska a polskie prawo autorskie*, Warszawa 1979, s. 25.

¹⁵ *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom I. Część ogólna, red. M. Fras..., s. 207.

w tym, iż każdy podmiot ma moc w zakresie kształtowania swojej sytuacji prawnej poprzez dokonywane czynności prawne, a także przez przyznanie każdemu podmiotowi mocy decyzyjnej w zakresie sposobu wykonywania swoich uprawnień podmiotowych, zarówno przez czynności prawne, jak i faktyczne. Oznacza to, iż każdy podmiot ma wolność w kształtowaniu stosunków prawnych. Jednak należy pamiętać, że owa wolność powinna jawić się w granicach dozwolonych przez prawo. Podmioty mogą podejmować wszelkie czynności prawne, a jakiegokolwiek wyjątki od rzeczonyj zasady winny być jasno sformułowane. Jeśli chodzi o możliwość zrzecania się autorskich praw majątkowych, to wyraźnie widać, iż przyjęcie poglądu o braku takiej możliwości naruszać będzie zasadę autonomii woli. W związku z tym twierdzę, iż ograniczanie twórcy w decydowaniu o przysługujących mu uprawnieniach autorskich stoi w sprzeczności ze wskazaną zasadą prawa prywatnego. Ponadto konieczne jest wskazanie, iż możliwość zrzeczenia się uprawnień, zwłaszcza majątkowych, przez twórcę nie rodziłaby negatywnych skutków – wręcz przeciwnie. Przekazanie autorskich praw majątkowych do domeny publicznej stymulowałoby dalszy rozwój kultury i sztuki, a także wzbogacałoby zasoby społeczne, które stanowią dobro wspólne całego społeczeństwa. Oprócz tego dopuszczenie możliwości zrzecania się praw autorskich zdecydowanie usprawniłoby obrót prawny stworzonymi utworami, który obecnie rodzi liczne problemy.

Podsumowując powyższe, uważam, iż dopuszczalne jest zrzeczenie się praw autorskich. Skutkiem ich zrzeczenia się będzie skrócenie okresu ochronnego, a tym samym jednoczesne przejście twórczości do domeny publicznej. Brak jest przesłanek oraz argumentów, które zasadnie ograniczałyby taką możliwość. Każdy podmiot winien dysponować swobodną wolą i w swojej decyzyjności być ograniczony jedynie przepisami prawa bądź też zasadami współżycia społecznego. W niniejszej sytuacji brak jest bowiem podstaw do uznania konstrukcji zrzeczenia się praw autorskich za niedopuszczalną.

2. Zrzeczenie się autorskich praw osobistych

Wedle art. 16 pr. aut. *Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więz twórcy z utworem [...] ¹⁶*. Ustawodawca jednoznacznie autorskim prawom osobistym zagwarantował status praw niezbywalnych. W praktyce oznacza to, że nie mogą być one przedmiotem obrotu prawnego z uwagi na ich nierozdzielne związanie z osobą twórcy. Mając jednak na uwadze realia powszechnego obrotu,

¹⁶ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83, ze zm.).

może być trudno zaakceptować taką konstrukcję, bowiem stwarza ona nie lada przeszkodę w swobodnym obrocie dziełami. Polska ustawa autorska w treści art. 16 pr. aut. posługuje się dwoma odrębnymi określeniami: zbycie i zrzeczenie. Nie ulega wątpliwości, że obie te czynności stanowią różne postacie rozporządzania przysługującym prawem. Określenie „zbycie” oznaczać będzie przeniesienie praw (np. w drodze umowy). Zdaniem Sądu Najwyższego „zbycie” ma szerokie znaczenie w języku potocznym, niemniej jednak na gruncie przepisów prawnych nie można przypisać mu potocznego znaczenia. Według ujęcia prawnego „zbycie” oznacza „odstąpienie, scedowanie”, które może przybrać zarówno formę odpłatną (np. sprzedaż), jak i nieodpłatną (np. darowizna)¹⁷. Z kolei „zrzeczenie” stanowi formę zniesienia prawa (swego rodzaju unicestwienia, pozbycia się danego prawa).

Autorskich praw osobistych nie można się zrzec oraz zbyć zarówno w drodze *inter vivos*, jak i *mortis causa*. Ograniczenia w przenoszeniu praw osobistych wprowadzone przez polskiego ustawodawcę wynikają z faktu, że utwór stanowi wyraz osobowości twórcy i nosi znamię jego indywidualizmu. Każda zatem klauzula umowna mająca na celu zbycie bądź zrzeczenie się autorskich praw osobistych będzie bezwzględnie nieważna jako sprzeczna z art. 16 pr. aut. Za znaczące należy uznać orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Warszawie, w którym wskazano, iż *Przy zachowaniu zasady niezbywalności autorskich praw osobistych dopuszczalne jest zrzeczenie się przez twórcę wykonywania części tych praw na rzecz osób trzecich, w tym przedsiębiorców*¹⁸. W związku z tym możliwe jest zatem zobowiązanie osoby trzeciej do niewykonywania określonego prawa osobistego. Należy się jednak zgodzić z twierdzeniem J. Barty i R. Markiewicza, iż *kwestia swobody czynności prawnych w tym zakresie powinna być oceniana odrębnie dla różnych kategorii utworów i poszczególnych dóbr osobistych*¹⁹. Co istotne, zezwolenie na wykonywanie autorskich praw osobistych nie może być interpretowane jako zrzeczenie się wykonywania autorskich praw osobistych. Oznacza to, że takie działanie nie jest przez to sprzeczne z ustawą. Udzielenie zgody w zakresie niewykonywania uprawnień osobistych można zawsze odwołać.

Ciekawy pogląd będący jednocześnie *novum* został wyrażony przez J. Bartę i R. Markiewicza. Twierdzą oni, iż wykładnia literalna art. 16 pr. aut. może stanowić podstawę do wykształcenia się przeciwnej niż do tej pory interpretacji sądowej, według której poszczególne uprawnienia osobiste będą mogły stanowić przedmiot obrotu w postaci zbycia lub też nawet zrzeczenia. Według nich,

¹⁷ Wyrok SN z 4.06.2013 r., sygn. akt. I PK 8/13, LEX nr 1438499.

¹⁸ Wyrok SA w Warszawie z 14.05.2007 r., sygn. akt. I ACa 668/06, OSA 2008 nr 12, poz. 39.

¹⁹ *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Warszawa 2011, s. 167.

wskazany przepis zawiera jedynie stwierdzenie, iż nie podlega zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem. Ustawa literalnie odnosi się zatem do pojęcia „*więzi twórcy z utworem*”. Może to oznaczać możliwości zbywalności bądź zrzekalności poszczególnych praw chroniących ową więź. Argumentem na poparcie takiej tezy będzie twierdzenie, iż nie zawsze przeniesienie poszczególnych praw osobistych przesądzać będzie o równoczesnym zrzeczeniu się lub zbyciu więzi twórcy z utworem, która rozumiana jest jako całościowe osobiste prawo autorskie²⁰.

Teoretycy z zakresu prawa autorskiego twierdzą, iż w praktyce już coraz częściej spotyka się postanowienia umowne, które w gruncie rzeczy (choć nie wprost) prowadzą do zrzeczenia się autorskich praw osobistych, nawet pomimo istniejących zakazów ustawowych w tym zakresie. Uważają, że w związku z tym skuteczniejszą ochronę zapewniają te uregulowania państwowe, gdzie istnieje wprost możliwość wyzbycia się autorskich uprawnień osobistych, wymagając jednocześnie, aby owo zrzeczenie było szczegółowe i precyzyjnie dookreślone²¹. W Polsce jest to proceder wykraczający poza przyjęte ramy zwyczajowe, natomiast w krajach, gdzie zrzeczenie się jest możliwe, ustawodawca kontroluje takie zachowania, a więc i obrót prawny jest z tego powodu bezpieczniejszy. Podmioty nie szukają rozwiązań na skróty, tylko działają na podstawie ustawowo udzielonego im uprawnienia.

Niezwykłe ważny w kontekście omawianej problematyki jest fakt, iż konwencja berneńska (art. 6 bis) nie ma w swojej treści postanowień dotyczących braku możliwości przenoszenia autorskich praw osobistych. Wnioskować można a contrario, iż nie zakazuje wprowadzania rozwiązań umożliwiających zarówno ich przenoszenie, jak i zrzeczenie²². Brak wyraźnego zakazu jest bardzo często interpretowany jako swego rodzaju milcząca zgoda na zrzeczenie. Pod dyskusję należy pozostawić zatem ową kwestię i pytanie, czy polski ustawodawca przyjął właściwą konstrukcję autorskich praw osobistych. Wydawać by się mogło, na pierwszy rzut oka, że polskie prawo autorskie funkcjonuje w swojej postaci całkiem dobrze. Jednak mając na względzie realia obrotu prawnego, budzi wątpliwości, czy nie lepiej owe restrykcyjne ograniczenia nieco załagodzić, by łatwiej i prościej można było obracać utworami. Obecnie bowiem w praktyce zakaz zrzecania i zbywania prerogatyw osobistych nastęrcza wielu problemów.

W poszczególnych państwach na całym świecie wyodrębnia się różne autorskie prawa osobiste, odmiennie określa się czas ich trwania, a nawet możliwość zrzeczenia się tych uprawnień. Istnieją państwa, w których ich zrzeczenie jest możliwe i ustawowo zagwarantowane przez prawo. Zwłaszcza ma to miejsce

²⁰ Tychże, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 110.

²¹ Podają za: A.M. Niżankowska, *Prawo do integralności utworu*, Warszawa 2007, s. 291.

²² Tamże, s. 292.

w państwach systemu *common law*. Pierwszym przykładem jest ustawodawstwo brytyjskie, które zgodnie z sec. 87 (1), (2), (3) Copyright, Designs and Patents Act 1988²³ przewiduje możliwość zrzeczenia się w każdej chwili autorskich praw osobistych zwykle w wyniku umowy, ale nie tylko. W tym celu wymaga się sporządzenia pisemnego aktu, który podpisuje osoba wyzbywająca się swoich prerogatyw. Podmiot może zrzec się praw do określonego dzieła, do pewnej grupy utworów, a także do wszystkich swoich dzieł, a więc do całej twórczości. Co ważne, owo zrzeczenie dotyczy utworów już stworzonych, ale także może odnosić się do utworów stworzonych w przyszłości. W prawie brytyjskim blankietowe zrzeczenie się autorskich praw osobistych jest jak najbardziej dopuszczalne. Tak zakreślona swoboda decyzyjna w zakresie zrzekalności autorskich praw osobistych jest niemal bezgraniczna. Ponadto zrzeczenie się uprawnień osobistych może być dokonane bezwarunkowo lub warunkowo z możliwością zastrzeżenia ewentualnego odwołania dokonanego wyzbycia się praw. Brytyjska ustawa autorska zawiera domniemanie, iż wyzbycie dokonane na rzecz danego podmiotu rozciąga się na jego spadkobierców oraz licencjobjorców, chyba że wyzbywający się podmiot postanowi odmiennie.

Możliwość takiego zrzeczenia się jest dogmatycznie interesująca, ponieważ doktryna brytyjska uważa prawa moralne za podstawowe prawa człowieka, a także określa je jako dające minimalną gwarancję pozycji prawnej autora. Jednak, co najważniejsze, praktyka całkowitego zrzeczenia się autorskich praw osobistych nie jest kwestionowana przez żadnego twórcę. Najczęściej do zrzeczenia się uprawnień osobistych dochodzi w umowach wydawniczych, gdzie zbywcy przenoszą nie tylko majątkowe prawa autorskie, ale także dokonują zrzeczenia się praw osobistych²⁴. W konsekwencji brytyjskie ustawodawstwo stworzyło rozwiązanie, które jest bardzo praktyczne w obrocie prawnym²⁵.

Z kolei w Kanadzie zgodnie z sec. 14.1 (2) Copyright Act of Canada autorskie prawa osobiste nie mogą być przeniesione (z wyjątkiem dziedziczenia), ale za to można się ich zrzec w całości lub w części²⁶ w dowolnej formie. Kanadyjskie prawo autorskie pozwala twórcom zrzec się praw moralnych nawet bez ich pisemnej zgody. Praktyka ta znajduje poparcie w kanadyjskim orzecznictwie

²³ Copyright, Designs and Patents Act 1988, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295, [dostęp 2.11.2017].

²⁴ D. Skauradszun, *Approaching or overtaking: transferring copyright in Germany and in the UK*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2011, vol. 6, nr 9, s. 4.

²⁵ Na przykład, jeśli utwór został stworzony przez dużą liczbę współtwórców, każdy z nich może przenieść swoją pozycję prawną i zrzec się swoich praw osobistych, tak aby ta pozycja prawna mogła zostać połączona w pakiet i być efektywnie wykonywana przez jedną osobę [D. Skauradszun, *Approaching or overtaking...*, s. 4.].

²⁶ Copyright Act of Canada (R.S.C., 1985, c. C-42), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/page-4.html#h-8>, [dostęp 2.11.2017].

sądowym. Autorskich praw osobistych wyzbyć się można, zastrzegając odpowiednie postanowienie w umowie, np. w umowach wydawniczych. Co ważne, zbycie praw majątkowych nie stanowi automatycznie zrzeczenia się praw moralnych. Jeśli zatem twórca chce pozbyć się swoich uprawnień osobistych przy okazji przeniesienia praw majątkowych, należy zadbać o to, by licencje bądź cesje obejmowały wyraźne pisemne oświadczenie twórcy o zrzeczeniu się autorskich praw osobistych²⁷.

Prawo autorskie obowiązujące w Stanach Zjednoczonych Ameryki znacząco różni się od prawa kanadyjskiego. Jak zostało wcześniej wskazane, ustawodawstwo Kanady dozwala na wyzbycie się uprawnień osobistych w całości lub w części i odnosi się do wszystkich rodzajów dzieł. Natomiast amerykańskie prawo autorskie, owszem, daje możliwość zrzeczenia się praw moralnych, jednak tylko co do tzw. dzieł sztuki wizualnej. Dokonanie czynności zrzeczenia się autorskich praw osobistych gwarantuje § 106A e(1) VARA, statuując w swojej treści przesłanki konieczne do ich prawidłowego wyzbycia się. Niezbędna jest wyraźna zgoda twórcy na zrzeczenie się praw osobistych. Jest to odmiennosc od systemu kanadyjskiego, w którym możliwe jest i praktykowane dorozumiane zrzeczenie się uprawnień moralnych. Czynność winna być dokonana w formie pisemnej i podpisana przez zrzekającego się autora. Ponadto dokument dotyczący wyzbycia się autorskich praw osobistych musi szczegółowo określać dzieło, do którego praw zrzeka się uprawniony podmiot²⁸.

Oprócz wskazanych wyżej państw również wśród krajów Europy kontynentalnej możemy wyróżnić ustawodawstwa, które pozwalają na zrzeczenie się uprawnień osobistych. Należy tutaj wskazać Luksemburg, gdzie w nowej ustawie autorskiej z 2001 r. znalazło się postanowienie stanowiące o tym, iż twórca może zrzec się uprawnień osobistych, jak i przenieść je w części bądź w całości, o ile jednak nie zostanie naruszony jego honor lub reputacja. Ponadto w Finlandii, Danii, Holandii czy Szwecji autorskie prawa moralne mogą zostać uchylone w pewnym zakresie lub też częściowo przez uprawniony podmiot. Natomiast w Irlandii brak jest ograniczeń, jeśli chodzi o zrzeczenie się autorskich praw moralnych.

W świetle powyższego można zauważyć, iż wiele państw przyjęło w swoich ustawodawstwach odpowiednio dostosowane rozwiązania – jedne w szerszym, a drugie w ograniczonym zakresie uregulowały kwestię wyzbycia się uprawnień osobistych. Niewątpliwie istotny wpływ na regulacje w zakresie zrzeczenia się praw autorskich w poszczególnych ustawodawstwach ma kwestia przyjęcia przez dane państwo określonego systemu autorskiego. Wielka Brytania, USA oraz

²⁷ <http://users.trytel.com/~pbkerr/copyright.html>, [dostęp 2.11.2017].

²⁸ <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html> – The Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA), [dostęp 2.11.2017].

Kanada to kraje systemu *common law*, w których obowiązuje system *copyright* stawiający uprawnienia majątkowe na piedestale, przyznając autorskim prawom osobistym mniejsze znaczenie praktyczne. Jednak nie należy zapominać, że jeśli twórca zrzeknie się przysługujących mu autorskich praw osobistych w państwie, gdzie możliwość ich wyzbycia jest możliwa, to nie znaczy to, że wyzbywa się ich wszędzie. W krajach, gdzie praw osobistych nie można się zrzec, uprawnienia osobiste będą nadal mu przysługiwały i w razie ich naruszenia będzie miał możliwość interwencji w celu ich ochrony.

Polska ustawa autorska wprost w art. 16 pr. aut. wprowadza zakaz zrzecania się więzi twórcy z utworem jako całości. Dopuszczalne jest wobec tego zrzeczenie się poszczególnych jej uprawnień składających się na treść autorskich praw osobistych. Nie jest to jednak *expressis verbis* wyrażone w przepisach i takowe uprawnienie należy wyprowadzić po dogłębnej interpretacji. Orzecznictwo polskie milczy, uznając jedynie możliwość zrzeczenia się ich wykonywania. W związku z tym niejasność i nieprecyzyjność przepisów ustawowych stwarza problemy natury praktycznej. Ugruntowane przekonanie historyczne o niemożliwości zrzeczenia się prerogatyw osobistych jako tych immanentnie związanych z osobą twórcy, w obecnych realiach rodzi liczne problemy podczas swobodnego obrotu dziełami. Konstrukcje przyjęte w zagranicznych ustawodawstwach są w tym względzie bardziej przejrzyste w swoich założeniach. Rozwiązanie przyjęte w Wielkiej Brytanii jest najbardziej korzystne dla twórcy, a co za tym idzie korzystne dla obrotu autorskiego. Zważając na istniejące już regulacje, a więc zakaz całkowitego zrzeczenia się więzi twórcy z utworem, wydaje się, że postanowienia dotyczące zrzecania się poszczególnych pojedynczych elementów lub części uprawnień autorskich mogłyby mieć zastosowanie w naszym systemie autorskim.

3. Zrzeczenie się autorskich praw majątkowych

Drugą grupą uprawnień przysługujących twórcy są autorskie prawa majątkowe. Ich zakres i treść wyznacza art. 17 pr. aut., wedle którego *Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórca przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu*²⁹. Podstawową cechą autorskich praw majątkowych jest ich zbywalny charakter, a to oznacza, że twórca ma możliwość rozporządzania swoimi prawami. Ustawa autorska wskazuje dwa sposoby przejścia uprawnień majątkowych. Mogą być one przenoszone na inne osoby (zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne)

²⁹ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83, ze zm.).

inter vivos pod postacią zawartej umowy, a ponadto będą również wchodziły do masy spadkowej (*mortis causa*), podlegać więc będą dziedziczeniu. Jeśli chodzi o możliwość umownego przeniesienia autorskich praw majątkowych, to ustawa wyróżnia dwie podstawowe postaci umów, jakie może zawrzeć uprawniony podmiot. Jest to po pierwsze umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych, a po drugie umowa upoważniająca do korzystania z utworu, czyli tzw. umowa licencyjna. Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych ma na celu przejście składnika całości prawa autorskiego wyodrębnionego gospodarczo oraz prawnie³⁰. Z kolei umowa licencyjna to umowa, wedle której – zgodnie z art. 67 ust. 1 pr. aut. – twórca może udzielić upoważnienia do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania³¹. Wskazane w ustawie autorskiej sposoby przejścia autorskich praw majątkowych to teoretycznie jedyne możliwości, jakie zapewnia obecnie obowiązujące prawo autorskie w przypadku chęci twórcy do wyzbycia się swoich uprawnień majątkowych. Należy zadać sobie jednak pytanie, czy istnieje możliwość swego rodzaju pozbycia się praw i przeniesienia ich automatycznie do zasobów domeny publicznej. Można wyobrazić sobie przecież sytuację czysto teoretyczną, gdzie twórca stworzył utwór, lecz nie chce, aby przysługiwały mu żadne prawa. Nie chce też czerpać z nich żadnych korzyści materialnych.

Jedynym odniesieniem ustawodawcy do możliwości zrzekania się autorskich praw majątkowych jest art. 18 ust. 3 pr. aut., zgodnie z którym *Prawo do wynagrodzenia, o którym mowa w art. 19 ust. 1, art. 19¹, art. 20 ust. 2–4, art. 20¹ oraz art. 70 ust. 2¹, nie podlega zrzeczeniu się, zbyciu ani egzekucji*³². Prawo do wynagrodzenia jest jednym z praw wchodzących w skład triady uprawnień majątkowych przysługujących twórcy z racji stworzenia utworu. Już na pierwszy rzut oka widać, iż nawet jeśli istniałaby możliwość zrzeczenia się autorskich praw majątkowych, to czynność zrzeczenia nie będzie dotyczyła uprawnienia do wynagrodzenia we wskazanych przypadkach. Zapis ten obowiązuje twórcę, ale także jego spadkobierców, którzy nabyli owo uprawnienie³³.

Stworzenie czegokolwiek spełniającego przesłanki utworu z chwilą jego ustalenia podlega automatycznie ochronie prawnej. Nie bierze się pod uwagę woli twórcy, czy chce on, aby jego twórczość została objęta ochroną autorską, czy też nie. Ochrona powstaje z mocy samego prawa³⁴. Twórca może bowiem chcieć

³⁰ M. Kępiński, *Umowy prawa autorskiego* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13: *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2017, s. 702.

³¹ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83, ze zm.).

³² *Ibidem*.

³³ I. Matusiak, *Treść prawa autorskiego* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, pod red. P. Ślęzaka, Warszawa 2017, s. 199.

³⁴ K. Grzybczyk, *Przedmiot prawa autorskiego* [w:] *tamże*, s. 39.

(nie można wykluczyć wszak takich przypadków), aby jego twórczość zasiłała dorobek publiczny, wspomagając przy tym twórcze procesy innych podmiotów. Polskie prawo autorskie skupia się jednak bardzo mocno na ochronie praw, nie mając na względzie potencjalnej woli autora. Twórca wyrażający wolę zrzeczenia się autorskich praw majątkowych najczęściej mógłby kierować się zapewne realizacją jakiegoś celu społecznego. Oświadczenie mające za przedmiot zrzeczenie się uprawnień majątkowych prawdopodobnie służyłoby poszerzeniu i wspieraniu szeroko pojętego dobra wspólnego, dobra kulturalnego – wspomagając tym samym rozwój artystyczny i twórczy nowych twórców. Dla autora, który chciałby wesprzeć swoją twórczością domenę publiczną, nie powinny mieć żadnego znaczenia kwestie ekonomiczne, bowiem razem ze zrzeczeniem się autorskich praw majątkowych wyzbywałby się on możliwości zarobkowania na niej.

W doktrynie spotkać można głosy, iż niedopuszczalne jest na gruncie obecnie obowiązujących przepisów przeniesienie utworu do domeny publicznej jeszcze za życia twórcy. Jednak *expressis verbis* ustawa tego nie zabrania. Teorię głoszącą o możliwości zrzekania się autorskich praw majątkowych prezentuje I. Matusiak, który stwierdza iż, *autorskie prawa majątkowe są zbywalne, gdyż mogą być przedmiotem obrotu w drodze inter vivos i mortis causa; można się ich zrzec (z wyjątkiem sytuacji uregulowanych w art. 18 ust. 3 pr. aut.)*³⁵. Autorskie prawa majątkowe zostały określone jako uprawnienia podlegające zrzeczeniu również przez J. Sieńczyło-Chlabcz³⁶. Wskazani autorzy krótko odnoszą się do tej kwestii, nie prezentując jednak głębszych rozważań na ten temat. Istnieje pogląd, wedle którego zrzeczenie się autorskich praw majątkowych, np. wskutek posłużenia się oświadczeniem *Creative Commons Zero (CC0)* na gruncie polskiego prawa autorskiego wywrze skutek w postaci udzielenia przez twórcę licencji niewyłącznej³⁷. J. Barta i R. Markiewicz uważają, iż w kwestii zrzekalności praw autorskich można zastanawiać się jedynie nad skutecznością zrzeczenia się w formie przyjętej przez CC0, prawa do wynagrodzenia, ale poza zakresem restrykcji wynikającej z art. 18 ust. 3 pr. aut³⁸.

Również zagraniczne ustawodawstwa, oprócz kilku wyjątków, nie podejmują zagadnienia zrzeczenia się praw majątkowych i nie regulują wprost takiego uprawnienia w swoich ustawach krajowych. Do wspomnianych wyjątków zalicza się m.in. Kenia oraz Chile, w których literalnie wskazana jest możliwość zrzekania się autorskich praw majątkowych. I tak np. sec. 45(1b) Copyright Act of Kenya stanowi, iż w skład domeny publicznej wchodzi utworów, w odniesieniu

³⁵ I. Matusiak, *Treść prawa autorskiego*, s. 171.

³⁶ *Prawo własności intelektualnej*, red. J. Sieńczyło-Chlabcz..., s. 96.

³⁷ K. Siewicz, *Analiza prawna Creative Commons 0*, s. 4–5, http://fbc.pionier.net.pl/pro/wp-content/uploads/2012/07/CC0_analiza.pdf.

³⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, wyd. 7, Warszawa 2017, s. 174.

do których autorzy zrzekli się praw. Ponadto wedle sec. 45(2) Copyright Act of Kenya zrzeczenie się praw przez twórcę lub jego następcę prawnego musi być sporządzone na piśmie i upublicznione. Ograniczeniem jest brak sprzeczności zrzeczenia się z uprzednio zawartym postanowieniem umownym dotyczącym danego dzieła. Autorskie ustawodawstwa krajowe nie regulują wprost możliwości zrzeczenia się uprawnień majątkowych bądź prawa autorskiego jako całości z uwagi głównie na ich znaczenie ekonomiczne. Dla wszystkich państw bardzo ważnym elementem systemu autorskiego jest ochrona interesów twórcy i umożliwienie mu czerpania jak najlepszych korzyści ze stworzonego dzieła.

Podstaw do dyskusji na temat zasadności ewentualnego wprowadzenia możliwości zrzekania się autorskich praw majątkowych należy upatrywać już na poziomie funkcji prawa autorskiego, do których należy stymulacja rozwoju twórczego przez ochronę praw przysługujących twórcy z racji stworzenia utworu, a także poprzez swobodny dostęp do dóbr kulturalnych stanowiących inspirację dla nowych twórców. Konstrukcja prawa autorskiego nakierunkowana jest jednak w przeważającej części na ochronę twórcy. Nie ulega wątpliwości, że twórcy zrzekający się autorskich praw majątkowych wzbogaciliby znacząco zasoby domeny publicznej. Tym samym większe pokłady dostępnej twórczości aktywizowałyby i skłaniałyby nowych twórców do tworzenia nowych utworów. Przez to, że skorzystanie z dzieła, jego rozpowszechnienie wymaga zgody i nierzadko zapłaty sporego wynagrodzenia, to twórczość może nie być zbyt powszechnie dostępna dla ogółu. Ponadto długi 70-letni okres ochronny doprowadza do tego, że po jego wygaśnięciu często zapomina się o twórcy i jego dziełach. Oprócz celów stymulacyjnych, utwory znajdujące się w domenie publicznej pełnią rolę edukacyjną w zakresie kulturowym, artystycznym i twórczym, dlatego też, moim zdaniem, wszelkie działania (oczywiście w zakresie dozwolonym przez obowiązujące prawo) mające na celu wspieranie i zasilanie domeny publicznej należy traktować pozytywnie. Jeżeli twórca pragnie zrzec się autorskich praw majątkowych i „przekazać” swoją twórczość do domeny publicznej, rozwijając tym samym twórczość i rynek autorski, to w moim odczuciu jest to dobry argument za tym, aby takowe zrzeczenie się praw uznać za możliwe. Jest to twierdzenie przewrotne z uwagi na wykształcone w doktrynie, literaturze i historii prawa autorskiego przekonanie o nadrzędności ochrony twórcy i zabezpieczeniu jego interesów majątkowych, niemniej jednak uważam, że należy głęboko zastanowić się przede wszystkim nad znalezieniem „zdrowego” balansu pomiędzy ochroną twórcy, a stymulacją twórczości i swobodnym dostępem do dóbr niematerialnych uzyskiwanym przez społeczeństwo. Oczywiście obie te funkcje są niezwykle ważne, lecz moim zdaniem należałoby wyważyć stosunek pomiędzy nimi właśnie m.in. dzięki takim działaniom. Głównym zarzutem, który oddziałuje dość mocno na kwestię zrzekania się autorskich praw majątkowych jest to, iż w obecnym kształcie instytucja domeny publicznej nie działa poprawnie. Jeżeli

jakieś dzieło przechodzi do domeny publicznej, to społeczeństwo w większości nie dowiaduje się o tym. Rozwój twórczy nie bazuje tylko na tantiemach i korzyściach materialnych, które zapewnia prawo autorskie, ale także twórczość, która już stała się wolna, w głównej mierze inicjuje procesy twórcze. Mimo iż teoretycznie twórczość przechodzi do domeny publicznej i staje się ogólnodostępna, to jednak faktycznie mało kto wie o jej wyswobodzeniu się z ram ochrony autorskiej. Uważam zatem, że instytucja domeny publicznej powinna wyjść naprzeciw obecnym czasom i w dobie informatyzacji i rozwoju technologicznego wykształcić sposoby informowania społeczeństwa o przechodzeniu twórczości do domeny publicznej, a tym samym rozwijać twórczość, tworząc za ich wzorem lub na ich podstawie nowe utwory i napędzając tym samym obrót autorski.

Przyjmując, iż możliwe jest zrzeczenie się uprawnień majątkowych, mając na względzie cel takiego zrzeczenia, a więc wsparcie rozwoju twórczości i udostępnienie jej do swobodnego użytku społecznego, nietrudno nie zauważyć, że, niestety, cel ten będzie zrealizowany tylko pośrednio. Tak naprawdę istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo, iż społeczeństwo dowie się o takowym procedurze. Wydaje się, iż dobrym rozwiązaniem mogłoby być funkcjonowanie swego rodzaju bazy utworów wolnych od autorskoprawnej ochrony. Być może rozwiązaniem byłoby wprowadzenie pewnego rodzaju formalizmu prowadzonego przez odpowiednio do tego przygotowane instytucje bądź jednostki. Myślę, że większa świadomość odnośnie do zasobów domeny publicznej lepiej pobudzałaby autorów do tworzenia nowej twórczości. Jeżeli przyjmiemy założenie o dopuszczalności zrzeczenia się autorskich praw majątkowych, to nasunie się kilka jurydycznie i praktycznie istotnych kwestii. Należy do nich problematyka formy i pochodnych zagadnień formalnych związanych ze zrzeczeniem się uprawnień majątkowych. Wątpliwości mogą pojawiać się podczas rozważania kwestii formy zrzeczenia, zakresu dopuszczalności, pól eksploatacji, utworów przyszłych itd. Ponieważ tematem niniejszego opracowania jest ogólna analiza dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich, a nie szczegółowe konstatacje formalne – jedynie wskazuję na problematyczne kwestie, które w związku z przyjęciem takiego stanowiska wymagają przeanalizowania.

4. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, iż dokonana analiza zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim ukazała interesujące wnioski końcowe. Prawa autorskie przysługujące twórcom z racji stworzenia utworu są zróżnicowane ze względu na swój odmienny charakter. Dlatego też różnić się będzie także ich status w kwestii zrzekalności. W stosunku do autorskich praw osobistych, mimo iż ustawa wyraźnie zakazuje zrzeczenia się więzi twórcy

z utworem jako całością, to istnieje możliwość zrzeczenia się jej poszczególnych części. Mimo iż jest to nowy i kontrowersyjny pogląd, wydaje się on zasadny. Mając na uwadze interpretację art. 16 pr. aut., w pełni popieram prezentowane stanowisko o możliwości zrzeczenia się poszczególnych elementów wchodzących w skład autorskich uprawnień osobistych. Zauważyć należy, iż dopuszczenie możliwości zrzeczenia się ich elementów składowych wyeliminowałoby liczne problemy natury praktycznej występujące obecnie w obrocie prawnym.

Jeśli chodzi o autorskie prawa majątkowe, to obecnie obowiązująca ustawa milczy w kwestii zrzekania się prerogatyw majątkowych, ustanawiając dwa sposoby przejścia, a niejako też pozbycia się ich za życia twórcy – umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz umowę o korzystanie z utworu. Co istotne, nie ma w ustawie autorskiej *expressis verbis* wyrażonego zakazu zrzekania się autorskich praw majątkowych – zatem *a contrario* należy przyjąć, iż możliwe jest zrzeczenie się autorskich praw majątkowych. Polski ustawodawca, opierając się na jak najlepszej i jak najszerszej ochronie autorskoprawnej, nie przewidział możliwości, iż twórca może mieć wolę wyzbycia się swoich uprawnień majątkowych. Wyzbycie się przysługujących praw jeszcze za życia twórcy w zakresie autorskich praw majątkowych oznaczać będzie zatem znaczne skrócenie okresu ochronnego i przejście utworu do domeny publicznej.

Mimo iż teoretycznie dopuszczalne jest zrzeczenie się poszczególnych autorskich praw osobistych oraz autorskich praw majątkowych (z wyjątkiem prawa do wynagrodzenia w przypadkach wskazanych w art. 18 ust. 3 pr. aut.), to w praktyce jest wielce wątpliwe czy dokonana przez twórcę czynność wywołałaby zamierzony skutek oraz czy taka czynność byłaby akceptowana w powszechnym obrocie prawnym. Należy stwierdzić, że wszelkie wątpliwości w tej materii wyeliminowałby konkretny i jednoznaczny przepis prawny.

Postulaty *de lege ferenda*:

1. Dopuszczenie możliwości zrzeczenia się praw autorskich w zakresie uprawnień majątkowych poprzez uregulowanie konkretnego i jednoznacznego przepisu prawnego.
2. Dopuszczenie możliwości zrzeczenia się poszczególnych uprawnień osobistych poprzez doprecyzowanie treści art. 16 pr. aut.
3. Akceptacja w obrocie prawnym skuteczności i ważności złożonego oświadczenia twórcy o zrzeczeniu się przez niego przysługujących mu uprawnień autorskich w określonym zakresie.

Bibliografia

Akty prawne

- Akt paryski Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 24 lipca 1971 r. (Dz.U. z 1990, nr 82, poz. 474).
- Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r. (Dz.U. 1935 nr 84 poz. 515).
- Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83, ze zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok SA w Warszawie z 14.05.2007 r., sygn. akt. I ACa 668/06, OSA 2008 nr 12, poz. 39.
- Wyrok SN z 4.06.2013 r., sygn. akt. I PK 8/13, LEX nr 1438499.

Literatura

- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, wyd. 7, Warszawa 2017.
- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2013.
- Błęszyński J., *Konwencja berneńska a polskie prawo autorskie*, Warszawa 1979.
- Dusollier S., *Scoping study on copyright and related right and the public domain*, Geneva 2011.
- Grzybczyk K., *Prawo właściwe dla autorskoprawnej umowy licencyjnej*, Warszawa 2010.
- Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, pod red. M. Frasa, M. Habdas, Warszawa 2017.
- Niżankowska A.M., *Prawo do integralności utworu*, Warszawa 2007.
- Nowak-Gruca A., *Cywilnoprawna ochrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa*, Warszawa 2013.
- Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, Warszawa 2011.
- Prawo własności intelektualnej*, red. J. Sieńczyło-Chlabicz, wyd. 4, Warszawa 2015.
- Riedl K., *Materiałnoprawne skutki zrzeczenia się roszczenia w procesie cywilnym*, „Polski Proces Cywilny” 2017, nr 1.
- Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Prof. W Czachórskiego*, pod red. J. Błęszyńskiego, J. Rajskiego, Warszawa 1985.

- Siewicz K., *Analiza prawna Creative Commons 0*, http://fbc.pionier.net.pl/pro/wp-content/uploads/2012/07/CC0_analiza.pdf.
- Skauradszun D., *Approaching or overtaking: transferring copyright in Germany and in the UK*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2011, vol. 6, nr 9.
- Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, pod red. S. Stanisławskiej-Kloc, A. Matlaka, Warszawa 2013.
- System Prawa Prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, wyd. 2, Warszawa 2012.
- System Prawa Prywatnego*, t. 13: *Prawo autorskie*, pod red. J. Barty, wyd. 2, Warszawa 2007.
- Szczotka J., *Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013.
- Ślęzak P., *Umowy w zakresie współczesnych sztuk wizualnych*, Warszawa 2012.
- Targosz T., Włodarska-Dziurzyńska K., *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, Warszawa 2010.
- Traple E., *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010.
- Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, pod red. P. Ślęzaka, Warszawa 2017.
- Wolak G., *Umowa zrzeczenia się dziedziczenia w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2016.

Netografia

- <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.pl>
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=127295
<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/page-4.html#h-8>
<http://users.trytel.com/~pbkerr/copyright.html>
<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

STRESZCZENIE

Rozważania w zakresie problematyki dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim w niniejszym opracowaniu zostały podzielone – zgodnie z przyjętą dualistyczną koncepcją praw autorskich – na charakterystykę dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich zarówno w zakresie uprawnień osobistych, jak i majątkowych, przysługujących twórcy z racji stworzenia utworu. Zagadnienie szeroko pojętego transferu i przenoszenia praw autorskich jest kompleksowo omawiane zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w literaturze przedmiotu. Brak jest natomiast w doktrynie prawniczej i piśmiennictwie rozważań nad możliwością wyzbycia się uprawnień autorskich przysługujących twórcy jeszcze za jego życia. Niniejsze opracowanie udziela zatem odpowiedzi na pytanie – co w sytuacji, kiedy twórca nie chce, aby przysługiwały mu jakiegokolwiek uprawnienia autorskie. Rozprawia się z problemem, czy obecnie obowiązujące przepisy autorskie pozwalają na możliwość zrzeczenia się ich. W pierwszej kolejności konieczne było scharakteryzowanie pojęcia zrzeczenia się praw, co stanowiło podstawowy asumpt do dalszych bardziej szczegółowych rozważań. Ewentualna możliwość zrzeczenia się praw autorskich odmiennie kształtować się będzie w zależności od tego, z jakim charakterem uprawnień mamy do czynienia. W przypadku autorskich praw osobistych ową kwestię reguluje art. 16 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Mimo to analiza tegoż przepisu dostarczyła nowych wniosków w omawianym zakresie. Jeśli chodzi o autorskie prawa majątkowe, to należy wskazać, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie ma *expressis verbis* jednoznacznych regulacji dotyczących zrzecania się praw autorskich, w związku z tym konieczne było dokonanie wykładni przepisów autorskich w tym obszarze. Omawiane problematyczne zagadnienie zostało dostrzeżone jednak przez zagranicznych ustawodawców i uregulowane w regulacjach krajowych, np. Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych czy Kanady. Analiza przepisów zagranicznych w tym zakresie stanowi jedną z części niniejszego opracowania. Przedstawione zostały również argumenty za, jak i przeciw dopuszczalności zrzeczenia się praw autorskich w ustawodawstwie polskim. Ostatecznie, przeprowadzona analiza ukazała jurydycznie cenne wnioski końcowe oraz postulaty *de lege ferenda*, które wykształciły się na tle całej pracy.

Słowa kluczowe: prawo autorskie, zrzeczenie, utwór, domena publiczna, autorskie prawa osobiste, autorskie prawa majątkowe

SUMMARY

The subject of this article is to analyse the problem of admissibility of renunciation of copyrights in Polish legislation. The problem of broadly understood transferability of copyrights is widely discussed both in court rulings and in the literature of the subject. The present paper therefore answers the question – what if the author does not want any copyrights to be vested in him. The eventual possibility of waiving copyrights will vary depending on the nature of the rights we are dealing with. In the case of personal copyrights, this problem is regulated by Article 16 of the Act on Copyright and Related Rights. As far as economic copyrights are concerned, it should be pointed out that in the current legal situation there is no explicit regulation on the renunciation of copyrights, therefore it was necessary to interpret copyright law in this area. However, the discussed problem was recognised by foreign legislators and regulated in national regulations, e.g. in the United Kingdom, the United States or Canada. The solutions adopted in the indicated countries were described, presenting interesting concepts for solving the analysed problem.

Keywords: copyrights, waiver, renunciation, work, public domain, personal copyrights, economic copyrights



Dr hab. Jerzy Rotko, prof. INP PAN
Instytut Nauk Prawnych PAN
rotkojerzy@poczta.onet.pl

Problem zanieczyszczenia wód śródlądowych substancjami chemicznymi w świetle prawa europejskiego oraz prawa krajowego – uwagi krytyczne

Abstrakt

Uchwalenie w 2017 r. nowej ustawy Prawo wodne nie rozwiązało wszystkich problemów związanych z wdrażaniem tych przepisów ramowej dyrektywy wodnej, których celem jest zapobieganie zanieczyszczeniom wód substancjami chemicznymi. W artykule wskazano na przyczyny tych trudności – zewnętrzne i wewnętrzne. Te pierwsze dostrzeżono w cechach regulacji europejskiej, takich jak jej fragmentaryczność i rozproszenie. Przyczyny wewnętrzne to legislacyjne usterki polskiej ustawy z 2017 r. Jej przepisom zarzucić można przede wszystkim brak precyzji i konsekwencji w rozgraniczaniu funkcji prawnych przypisanych

substancjom szkodliwym oraz substancjom priorytetowym, nadto nadmierny rygoryzm.

Abstract

The adoption of the new Water Law in 2017 did not solve all problems related to the implementation of those provisions of the Water Framework Directive, which aim to prevent water pollution with chemical substances. The article indicates the external and internal reasons for these difficulties. The former lie in the features of European regulation, such as its fragmentation and dispersion. Internal reasons are legislative defects of the Polish act from 2017. Its provisions can be criticized primarily for the lack of precision and consistency in the delimitation of legal functions assigned to both hazardous substances and priority substances, and also excessive rigor.

1. Wprowadzenie

Z uwagi na wielość sytuacji, w których woda występuje jako przedmiot praw i obowiązków, unormowania ich dotyczące są obecne w wielu aktach prawnych. Szczególną rolę odgrywają przepisy prawa wodnego, zaliczane do prawa ochrony środowiska w jego szerokim rozumieniu. W polskiej tradycji legislacyjnej podstawowe zasady gospodarowania zasobami wodnymi określają ustawy gałęziowe, nazywane od 1962 roku Prawem wodnym. Obecna ustawa z dnia 20 lipca 2017 r.¹ obejmuje swoim zakresem regulacji przede wszystkim wody śródlądowe, ale także morskie wody przybrzeżne i wody morza terytorialnego (zwłaszcza rozdział 7 w dziale III). Ze względu na egzystencjalne i gospodarcze znaczenie wód słodkich najbardziej rozbudowane są przepisy odnoszące się do wód śródlądowych – powierzchniowych i podziemnych.

Od pewnego czasu przedmiotem zainteresowania prawodawcy są nie tylko same wody, ale także ekosystemy lądowe od nich zależne. Potwierdzają to przepisy dyrektywy 2000/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2000 r. ustanawiającej ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej² (zwanej dalej ramową dyrektywą wodną), która tworzy normatywny fundament europejskiego prawa wodnego. W dyrektywie znaczące dla tej kwestii wypowiedzi zawiera art. 1 lit. a), natomiast w polskiej ustawie art. 50 i 51. Przepisy ustawy podkreślają, że ochronie podlegają wszystkie wody jako integralna część środowiska oraz siedlisko dla organizmów. Rozbudowane unormowania ochronne ustawy służą przede wszystkim osiągnięciu celów

¹ Dz.U. poz. 1566 i 2180, z 2018 r. poz. 650, 710, 1479, 1669 i 1722.

² Dz.U. UE L 327 z 22.12.2000 r., ze zm.

środowiskowych, zdefiniowanych dla jednolitych części wód powierzchniowych, jednolitych części wód podziemnych oraz obszarów chronionych, a także poprawie jakości wód oraz biologicznych stosunków w środowisku wodnym i na terenach podmokłych. Cele środowiskowe są uzupełniane przez cele społeczne (chodzi zwłaszcza o zapewnienie odpowiedniej jakości wód powierzchniowych, wykorzystywanych do zaopatrzenia ludności w wodę do spożycia) i cele gospodarcze.

Jednolite części wód to najmniejsze standardowe obiekty środowiska wodnego, które podlegają ocenie. Według ustawowej definicji oznaczają one oddzielne i znaczące elementy wód powierzchniowych, takie np. jak jezioro, sztuczny zbiornik wodny, rzeka czy wody przejściowe (art. 16 pkt 20) lub określoną objętość wód podziemnych, występującą w obrębie warstwy wodonośnej lub zespołu takich warstw (art. 16 pkt 19)³.

Cele środowiskowe tworzą zagregowaną, wielopiętrową konstrukcję wymagań ustalanych odrębnie dla wód powierzchniowych i podziemnych (wśród tych pierwszych wyróżnia się wody naturalne, choć pojęcie to wprost się nie pojawia, oraz wody sztuczne i silnie zmienione)⁴. Kluczowe znaczenie dla jednych i drugich ma dążenie do zapobieżenia pogorszeniu istniejącego stanu wód oraz osiągnięcie stanu określanego jako dobry. Cel ten powinien być zostać osiągnięty do dnia 22 grudnia 2015 r.

Nadrzędne pojęcie dobrego stanu wód jest formułą porządkującą zróżnicowane wymogi, która oddaje:

- a. ogólne wyrażenie stanu osiągniętego przez jednolitą część wód powierzchniowych, charakteryzowanego przez gorszy ze stanów (w odniesieniu do wód naturalnych) lub potencjałów (w odniesieniu do wód sztucznych i silnie zmienionych) – ekologiczny lub chemiczny,
- b. ogólne wyrażenie stanu osiągniętego przez jednolitą część wód podziemnych, charakteryzowanego przez gorszy ze stanów – ilościowy lub chemiczny⁵.

³ W granicach Rzeczypospolitej Polskiej wyznaczono kilka tysięcy jednolitych części wód. Tytułem przykładu: na obszarze stosunkowo niedużego dorzecza Pregoly znajduje się 120 rzecznych jednolitych części wód, 101 jeziornych oraz 2 jednolite części wód podziemnych. Zob. rozporządzenie RM z dnia 18.10.2016 r. w sprawie planu gospodarowania wodami na obszarze dorzecza Pregoly, Dz.U. poz. 1959, pkt 5.1., s. 105–109.

⁴ Zob. rozporządzenie MŚ z dnia 21.07.2016 r. w sprawie sposobu klasyfikacji stanu jednolitych części wód powierzchniowych oraz środowiskowych norm jakości dla substancji priorytetowych, Dz.U. poz. 1187 oraz rozporządzenie MŚ z dnia 21 grudnia 2015 r. w sprawie kryteriów i sposobu oceny stanu jednolitych części wód podziemnych, Dz.U. z 2016 r. poz. 85.

⁵ Zob. J. Rotko, *Ramowa dyrektywa wodna – analiza prawna*, Poznań 2013, s. 148 i tam cyt. lit. Zob. także uwagi Z. Bukowskiego do art. 38d ustawy [w:] *Prawo wodne. Komentarz*, pod red. B. Rakoczego, Warszawa 2013, s. 239 i nn.

Cele środowiskowe zostają skonkretyzowane dla poszczególnych jednolitych części wód w planie gospodarowania wodami na obszarze dorzecza (odpowiednio dla stanu i potencjału ekologicznego, stanu chemicznego oraz w odniesieniu do wód podziemnych – stanu ilościowego). Najczęściej celem dla jednolitych części wód powierzchniowych jest dobry stan lub dobry potencjał ekologiczny oraz dobry stan chemiczny. Rzadko pojawia się bardzo dobry stan lub potencjał ekologiczny. Sporadycznie plany ustalają „mniej rygorystyczny cel środowiskowy – z uwagi na brak możliwości technicznych”⁶. W odniesieniu do jednolitych części wód podziemnych celem dominującym jest dobry stan ilościowy i dobry stan chemiczny⁷. Znaczenie celów, które wykraczają poza ustawowe minimum, uwidacznia się w kontekście zasady niepogarszania stanu wód⁸.

Powodem szczególnej troski prawodawcy europejskiego i krajowego są zagrożenia powodowane przez substancje chemiczne uznawane za niebezpieczne, wprowadzane do wód w wyniku działalności człowieka bezpośrednio lub pośrednio. Determinują one stan chemiczny wód i najczęściej to one przesądzają o końcowej ocenie konkretnej jednolitej części wód. W odniesieniu do wód powierzchniowych obowiązuje państwa członkowskie dodatkowy cel, związany ze szczególną grupą substancji chemicznych, to jest z substancjami priorytetowymi. W myśl art. 16 ust. 1 i 8 dyrektywy, państwa powinny podejmować niezbędne działania, aby „stopniowo redukować zanieczyszczenia powodowane przez substancje priorytetowe oraz dążyć do zakończenia lub stopniowej eliminacji zrzutów, emisji i strat priorytetowych substancji niebezpiecznych”.

Zwalczanie zagrożeń chemicznych wymaga użycia odpowiednich instrumentów prawnych. W prawie wodnym do najważniejszych należą normy jakości środowiska wodnego oraz normy dozwolonej emisji zanieczyszczeń (standardy emisyjne), które wyznaczają jednocześnie dwa podstawowe kierunki prawnej ochrony wód⁹.

⁶ Odstępstwa od wyznaczonych celów dopuszcza pod pewnymi warunkami zarówno ramowa dyrektywa wodna, jak i ustawa.

⁷ Zob. dla przykładu zestawienie celów środowiskowych dla jednolitych części wód powierzchniowych i podziemnych w przywołanym w przypisie 3 rozporządzeniu RM w sprawie planu gospodarowania wodami na obszarze dorzecza Pregoly, s. 105–109.

⁸ Pojęcie niepogarszania stanu wód jest źródłem prawnych kontrowersji. Zob. np. P. Schütte, M. Warnke, E. Wittrock, *Die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot: rechtliche und praktische Lösungsvorschläge*, „Zeitschrift für Umweltrecht” 2016, z. 4, s. 215 i n. Do rozwiązania wielu problemów przyczynił się wyrok TS UE z dnia 1.07.2015 r. (C-461/13). Zob. np. M. Kohls, *Das Verschlechterungsverbot und die Geister, die das BVerwG rief*, „Zeitschrift für Umweltrecht” 2017, z. 7–8, s. 385 i nn.

⁹ Trzecim kierunkiem jest ochrona obszarowa, urzeczywistniana poprzez wyznaczenie obszarów specjalnych, przede wszystkim stref i obszarów ochronnych (innym celem służą obszary specjalne wyznaczane na potrzeby ochrony przeciwpowodziowej). W zasadzie służą one ochronie jakościowej. Ponadto wyróżnić można także ochronę ilościową wód, urzeczywistnianą w szczególności przez reglamentację poboru oraz programy retencji.

Ramowa dyrektywa wodna nakłada na państwa członkowskie obowiązek łączonego stosowania norm jakości wód i norm emisji zanieczyszczeń (zasada łączonego podejścia). Potrzebę taką zaakcentowano w pkt 40 preambuły¹⁰ oraz w art. 10 dyrektywy zatytułowanym „Łączone podejście dla źródeł punktowych i rozproszonych”. Istotą wyrażonego w nim obowiązku jest ustalanie obostrzonych ograniczeń emisji, opartych co do zasady na najlepszych dostępnych technikach lub na odpowiednich dopuszczalnych wartościach emisji, względnie na najlepszych praktykach środowiskowych (w odniesieniu do tzw. emisji rozproszonych), jeśli tego wymaga cel lub norma jakości wód.

Łączone podejście do norm jakości i norm emisji jest koncepcją rozwiązywania problemów przede wszystkim chemicznego zanieczyszczenia środowiska (zresztą nie tylko wód), dzięki której można przewyciężyć ograniczenia związane z każdym jej elementem składowym z osobna i jednocześnie wykorzystać ich zalety. Gdyby poprzestać na samym określaniu norm jakości, wyrażających uśrednione wielkości rozprzestrzeniających się zanieczyszczeń, to polityka oparta na takim podejściu mogłaby prowadzić do lokalnego pogorszenia stanu środowiska, możliwego do uniknięcia, gdyby tylko wykorzystać istniejące możliwości techniczne ich eliminowania, leżące u podstaw autonomicznych norm dopuszczalnej emisji. W literaturze pojawia się w związku z tym konkluzja, że normy jakości elementów środowiska koncentrują się na dystrybucji zanieczyszczeń, a normy dopuszczalnej emisji na ich eliminacji. Niewątpliwą zaletą norm jakości środowiska jest ich przydatność do trwałego zabezpieczenia jakości środowiska, natomiast ich wadą niewielka zdolność sterowania strumieniami zanieczyszczeń¹¹.

Powstaje pytanie o kryteria wyznaczania dopuszczalnego poziomu zanieczyszczeń w określonej przestrzeni. Dawniej uwzględniano głównie potrzeby ochrony życia i zdrowia ludzi. Obecnie, dzięki rozwojowi wiedzy, można określać także z dużą precyzją zdolność absorbowania zanieczyszczeń przez określony ekosystem bez szkody dla zachowania jego funkcji, w tym jego możliwości regeneracyjnych. Należy przy tym wyraźnie rozdzielić sferę ustalania faktów, opartą na kryteriach naukowych, od wiązania z nimi prawnych konsekwencji, do czego dochodzi dopiero w procesie tworzenia prawa przez legitymowane podmioty demokratycznego państwa prawnego¹².

Zaletą podejścia opartego na autonomicznych dopuszczalnych wartościach emisji jest możliwość progresywnego redukowania zanieczyszczeń przy

¹⁰ O treści: „W odniesieniu do zapobiegania zanieczyszczeniom i kontroli wspólnotowa polityka wodna powinna być oparta na podejściu łączonym, z zastosowaniem kontroli zanieczyszczeń u źródła poprzez ustanowienie dopuszczalnych wartości emisji oraz środowiskowych norm jakości”.

¹¹ Zob. I. Appel, *Emissionsbegrenzung und Umweltqualität*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1995, z. 7, s. 402.

¹² Tamże, s. 406.

wykorzystaniu istniejącej wiedzy technicznej. Takie rozwiązanie wydaje się prostsze dla organów administracji publicznej, rozstrzygających o dopuszczalnej emisji w ramach postępowań zmierzających do udzielenia pozwolenia na emisję. Wymaga natomiast istnienia przepisów wykonawczych, ustalających standardy emisyjne. Zróżnicowanie i szczegółowość takich przepisów, w tym stosowanych w nich parametrów, może być znaczna. Podejście takie jest neutralne w kontekście warunków prawnych prowadzenia działalności gospodarczej, której towarzyszy emitowanie zanieczyszczeń, gdyż zakres obowiązków nakładanych w interesie ochrony środowiska jest dla wszystkich podmiotów taki sam i nie ma związku z lokalizacją zakładu.

W tym wariantcie kluczowe jest określenie stopnia progresji stosowanych technik i technologii oczyszczania zanieczyszczeń, które odprowadzane są do środowiska. W rachubę wchodzi zwykle takie standardy, jak: ogólnie uznane reguły techniki, dostępne techniki, najlepsze dostępne techniki i najlepsze dostępne praktyki środowiskowe (te ostatnie uwzględniają specyfikę tzw. emisji rozproszonych).

Słabym punktem norm dopuszczalnej emisji jest nieuwzględnianie ryzyka kumulowania się zanieczyszczeń. Poszczególne emisje z osobna mogą się wydawać mało znaczące, ale ich zsumowanie może w niesprzyjających okolicznościach doprowadzić do przekroczenia progów bezpieczeństwa¹³.

Przedstawiony wyżej model zbudowany jest na założeniu, że normy dopuszczalnej emisji mają charakter autonomiczny i oparte są na standardzie technicznym, który poddaje się obiektywnej weryfikacji. Może być również tak, że normy jakości i normy emisji współistnieją na odmiennej zasadzie: te drugie wynikają z tych pierwszych¹⁴. W końcu możliwe jest także jednoczesne stosowanie obu powyższych koncepcji w odniesieniu do wybranych grup substancji¹⁵.

Aby wykorzystać potencjał tkwiący w łączonym podejściu, należałoby zapewnić kompatybilność (spójność) parametrów służących do opisu stanu wód oraz parametrów wykorzystywanych w konstrukcji norm dopuszczalnej emisji. Innymi słowy, standardy emisyjne powinny operować takimi samymi wskaźnikami jak normy jakości. Rzeczywistość prawna odbiega jednakże od tego

¹³ Tamże, s. 403.

¹⁴ Takie rozwiązanie obowiązywało w Polsce trzydzieści lat (to jest w latach 1961–1991). Mimo pewnego podobieństwa do koncepcji łączonego podejścia, o którym mowa w ramowej dyrektywie wodnej, nie oddaje ono jego istoty.

¹⁵ Taki model przyjęto w dyrektywie 76/464/EWG w sprawie zanieczyszczenia spowodowanego przez niektóre substancje niebezpieczne odprowadzane do środowiska wodnego Wspólnoty: w odniesieniu do substancji niebezpiecznych z wykazu I bezpośrednio określone zostały normy emisji, natomiast dla substancji z wykazu II miały być określone w specjalnych programach ochrony wód, uwzględniających między innymi obowiązujące wówczas dyrektywy.

modelowego wzorca, a przyczyny tego tkwią przede wszystkim w złożonych uwarunkowaniach rozwoju regulacji europejskiej, co przekłada się także na stan prawa polskiego.

2. Substancje zanieczyszczające w ustawie Prawo wodne

Normy jakości wód oraz normy emisji zanieczyszczeń do wód (i do ziemi) spełniają w ochronie wód samodzielne funkcje prawne, chociaż przyczyniają się do osiągnięcia wspólnego celu. I jedne, i drugie wykazują pewne podobieństwo do norm technicznych. Jest ono widoczne w dookreślaniu wymagań za pomocą parametrów liczbowych. Normy jakości wód oraz normy emisji zanieczyszczeń odnoszą się przede wszystkim do wybranych substancji chemicznych¹⁶, którym przypisuje się właściwość powodowania zanieczyszczenia wód.

Substancje takie tworzą w prawie europejskim i polskim kilka kategorii, a ich terminologiczne zróżnicowanie, wyrażone przymiotnikowo, oddaje przypisane im funkcje. Współistnienie pokrewnych pojęć pozostaje rezultatem dokonującego się rozwoju prawa europejskiego i ma w założeniu charakter przejściowy.

Przyjmując jako punkt odniesienia przepisy ustawy Prawo wodne z 2017 r., wskazać należy przede wszystkim na trzy pojęcia zdefiniowane w art. 17¹⁷, to jest na:

- a. substancje zanieczyszczające (pkt 58)¹⁸,

¹⁶ Reglamentacji podlegają jednak także wprowadzane do wód energie (zwłaszcza ciepło) oraz drobnoustroje chorobotwórcze.

¹⁷ Dodać należy, że pojęcie substancji zostało zdefiniowane w ustawie Prawo ochrony środowiska (art. 3 pkt 36).

¹⁸ Substancje zanieczyszczające oznaczają substancje mogące spowodować zanieczyszczenie, w szczególności: a) organiczne związki chlorowcowe lub substancje, które mogą tworzyć takie związki w środowisku wodnym, b) związki fosforoorganiczne, c) związki cynoorganiczne, d) substancje lub preparaty, lub produkty ich rozkładu, o udowodnionych właściwościach rakotwórczych lub mutagennych lub właściwościach mogących zakłócać w środowisku wodnym lub przez to środowisko funkcje: reprodukcyjne, steroidogenowe, hormonów tarczycy lub inne funkcje endokrynologiczne, e) trwałe węglowodory oraz trwałe i bioakumulujące się toksyczne substancje organiczne, f) cyjanki, g) metale lub ich związki, h) arsen lub jego związki, i) produkty biobójcze lub środki ochrony roślin, j) substancje w zawiesinie, k) substancje, które przyczyniają się do eutrofizacji rozumianej jako wzbogacanie wód biogenami, w szczególności związkami azotu lub fosforu, powodującymi przyspieszony wzrost glonów oraz wyższych form życia roślinnego, w którego wyniku następują niepożądane zakłócenia biologicznych stosunków w środowisku wodnym oraz pogorszenie jakości tych wód, l) substancje wywierające niekorzystny wpływ na bilans tlenu, których pomiaru można dokonać przy użyciu wskaźników, takich jak: pięciodobowe biochemiczne zapotrzebowanie tlenu (BZT5) i chemiczne zapotrzebowanie tlenu.

- b. substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego (pkt 57)¹⁹,
- c. substancje priorytetowe (pkt 56)²⁰.

Powyższe wyliczenie nie jest kompletne, jako że w prawie europejskim oraz ustawie (art. 116 pkt 3, art. 118 i 119) mowa jest także o „substancjach szczególnie szkodliwych zawartych na liście obserwacyjnej”. Lista obserwacyjna jest instrumentem pozyskiwania i gromadzenia informacji służących do przyszłej identyfikacji substancji priorytetowych, w szczególności w odniesieniu do nowych substancji zanieczyszczających²¹. Utworzenie takiej listy oraz stosowne uprawnienia wykonawcze powierzono Komisji (zob. pkt 33 preambuły do dyrektywy 2013/39/UE). W przepisach pojawiają się też „inne substancje zanieczyszczające”, to jest inne niż substancje priorytetowe, ale w zasadzie traktowane tożsamo.

Ponieważ wskazane wyżej pojęcia mają swoje źródło w prawie europejskim, należy na wstępie ustalić, czy ich transpozycja do prawa krajowego została przeprowadzona prawidłowo.

Ad a)

Substancja zanieczyszczająca została zdefiniowana w ramowej dyrektywie wodnej jako „każda substancja, która może prowadzić do zanieczyszczenia, w szczególności te wymienione w załączniku VIII” (art. 2 pkt 31). Z kolei zanieczyszczenie (art. 2 pkt 33) to bezpośrednie lub pośrednie wprowadzenie, na skutek działalności człowieka, substancji lub ciepła do powietrza, wody lub ziemi, które mogą być szkodliwe dla zdrowia ludzkiego lub jakości ekosystemów wodnych lub ekosystemów lądowych bezpośrednio zależnych od ekosystemów wodnych, czego rezultatem są szkody materialne, lub które ogranicza lub zakłóca udogodnienia lub prawnie uzasadnione użytkowanie środowiska.

¹⁹ Substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego to takie substancje lub grupy substancji, które są toksyczne, trwałe oraz zdolne do bioakumulacji, a także inne substancje lub grupy substancji, których poziom osiąga stan niepokojący.

²⁰ Z kolei substancje priorytetowe oznaczają substancje stanowiące zanieczyszczenie chemiczne wód powierzchniowych oraz zagrożenie, które może spowodować w szczególności ostrą i chroniczną toksyczność dla organizmów wodnych, akumulację zanieczyszczeń w ekosystemie oraz utratę siedlisk i różnorodności biologicznej, jak również zagrożenia dla zdrowia ludzkiego, i których emisje do wód należy stopniowo ograniczać, a w przypadku priorytetowych substancji niebezpiecznych – substancje lub grupy substancji, które są toksyczne, trwałe i podatne na bioakumulację, oraz inne substancje lub grupy substancji, których poziom osiąga stan niepokojący, które stopniowo należy usuwać ze środowiska wodnego w celu ich wyeliminowania.

²¹ Na pierwszej liście obserwacyjnej znalazły się substancje zanieczyszczające będące pozostałościami farmaceutyków, które dostają się do wód ze ściekami komunalnymi (m.in. dikolfenak). Zob. R. Breuer, K.F. Gärditz, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 4. Auf., München 2017, s. 108.

Polska definicja substancji zanieczyszczających (razem z definicją zanieczyszczenia zamieszczoną w art. 16 pkt 74) oddaje wiernie wzór europejski²².

Ad b)

Substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego zostały opisane w art. 2 pkt 29 dyrektywy ramowej jako substancje lub grupy substancji, które są toksyczne, trwałe i podatne na bioakumulację, oraz inne substancje lub grupy substancji, których poziom osiąga stan niepokojący. Tę definicję przejmują art. 16 pkt 57 ustawy Prawo wodne. W tym przypadku także mamy zgodność ze źródłem europejskim.

Ta kategoria substancji wymaga krótkiego komentarza. Przypomnieć bowiem trzeba, że pojęciem tym posługiwała się także ustawa Prawo wodne z 2001 r. na użytek transpozycji i wdrożenia dyrektywy 76/464/EWG w sprawie zanieczyszczenia spowodowanego przez niektóre substancje niebezpieczne odprowadzane do środowiska wodnego Wspólnoty (zwanej dalej dyrektywą 76/464/EW), a następnie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/11/WE z dnia 15 lutego 2006 r. w sprawie zanieczyszczenia spowodowanego przez niektóre substancje niebezpieczne odprowadzane do środowiska wodnego Wspólnoty, będącej wersją ujednoliconą dyrektywy 76/464/EWG (zwanej dalej dyrektywą 2006/11/WE). Substancje takie zostały ujęte w formie dwóch wykazów, stanowiących załącznik do dyrektywy²³. Dyrektywa ta, podobnie jak i bliźniacza dyrektywa 80/68/EWG w sprawie ochrony wód podziemnych przed zanieczyszczeniami spowodowanymi przez niektóre substancje niebezpieczne, ze zmianami wprowadzonymi przez dyrektywę 91/692/EWG (zwana dalej dyrektywą 80/68/EWG), nie ustalała jednak żadnych konkretnych parametrów, określających wymagania, jakim powinny odpowiadać ścieki. W tym celu wydane zostały dyrektywy wykonawcze²⁴.

²² Nie zmienia tego fakt posłużenia się w definicji zanieczyszczenia pojęciem „emisji”, obecnym w ustawie Prawo ochrony środowiska (i tam zdefiniowanym), do której Prawo wodne odsyła.

²³ Wykaz I objął substancje wybrane na podstawie ich toksyczności, trwałości i bioakumulacji, z wyjątkiem tych, które są biologicznie nieszkodliwe lub ulegają szybkiemu rozkładowi w substancje biologicznie nieszkodliwe. W wykazie tym znalazły się np. związki fosforoorganiczne, rtęć i jej związki, substancje, które mają właściwości rakotwórcze, trwałe oleje mineralne i węglowodory ropopochodne. Wykazem II objęto niektóre substancje należące do wykazu I, dla których wartości dopuszczalne nie zostały jednak określone. Ponadto uwzględniono w nim m.in.: biocydy i ich pochodne, niewystępujące w wykazie I, ponadto cyjanki, fluorki, toksyczne lub trwałe związki organiczne krzemu, nietrwałe oleje mineralne i węglowodory ropopochodne, a także substancje, które mają ujemny wpływ na bilans tlenu (szczególnie amoniak i azotyny).

²⁴ Chodzi o: dyrektywę 82/176/EWG w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów rtęci z przemysłu elektrolizy chlorków metali alkalicznych, ze zmianami wprowadzonymi przez dyrektywę 91/692/EWG; dyrektywę

Kontroli i ograniczaniu emisji obu grup substancji służyły nieco inne rozwiązania prawne. Celem nadrzędnym dla substancji z wykazu I była całkowita, choć nienatychmiastowa, eliminacja zanieczyszczenia wód takimi substancjami (a więc docelowa emisja na poziomie „zero”), zaś w przypadku substancji z wykazu II należało dążyć do ich stopniowego ograniczania. W obu przypadkach dokonywanie emisji wymagało uzyskania stosownego pozwolenia, z tym że dla substancji z wykazu I dopuszczalne wartości zanieczyszczeń określone zostały bezpośrednio w dyrektywach wykonawczych, natomiast dla substancji z wykazu II takie dopuszczalne wartości emisji miały być ustalane na podstawie norm jakości wód, przewidzianych w specjalnych programach ochrony wód, uwzględniających obowiązujące wówczas dyrektywy, odnoszące się do jakości wybranych typów wód.

Kontrola i ograniczanie substancji z wykazu I uwzględniały zatem przede wszystkim możliwości techniczne ich eliminowania, a stosowne parametry określające stopień oczyszczenia ścieków miały charakter powszechny. Kontrola substancji z wykazu II była natomiast warunkowana sytuacją lokalną (potrzebami ochronnymi wód odbiornika). Podkreślić należy, że polskie przepisy nie przewidywały stworzenia programów ochrony wód na użytek wdrożenia dyrektywy 76/464/EWG.

Najwyższe dopuszczalne wartości wskaźników zanieczyszczeń, przejęte z dyrektyw wykonawczych, stanowią w dalszym ciągu treść tabeli I załącznika nr 4 do rozporządzenia MŚ z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (dalej jako rozporządzenie MŚ z dnia 18 listopada 2014 r.)²⁵, mimo że dyrektywy te zostały z dniem 22 grudnia 2012 r. uchylone. Nie obowiązuje także dyrektywa 76/464/EWG ani dyrektywa 2006/11/WE, będąca jej wersją ujednoczoną²⁶.

83/513/EWG w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów kadmu, ze zmianami wprowadzonymi przez dyrektywę 91/162/EWG; dyrektywę 84/156/EWG w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów rtęci z sektorów innych niż przemysł elektrolizy chlorków metali alkalicznych, ze zmianami wprowadzonymi przez dyrektywę 91/692/EWG; dyrektywę 84/491/EWG w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów heksachlorocyklohexanu; dyrektywę 86/280/EWG w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów niektórych substancji niebezpiecznych objętych wykazem załącznika do dyrektywy 76/464/EWG, ze zmianami wprowadzonymi przez dyrektywy 88/347/EWG, 90/415/EWG i 91/692/EWG.

²⁵ Dz.U. poz. 1800.

²⁶ Co prawda są autorzy skłonni przyjąć odmienny wniosek. Chodzi o to, że w myśl art. 22 ust. 2 dyrektywy ramowej wymienione w nim dyrektywy miały utracić moc obowiązującą po upływie 13 lat od dnia wejścia dyrektywy ramowej w życie (to jest z dniem 23 grudnia 2013 r.). Rzecz w tym, że dyrektywę 76/464/EWG uchylono wcześniej i zastąpiła ją dyrektywa 2006/11/WE. Kierując się zasadą *lex posteriori* przyjąć by należało, że art. 22 ust. 2 nie

Przypis 2 do przywołanego wyżej rozporządzenia zawiera natomiast informację, iż: „Niniejsze rozporządzenie dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy Rady 91/271/EWG z dnia 21 maja 1991 r. dotyczącej oczyszczania ścieków komunalnych (Dz. Urz. WE L 135 z 30.05.1991, str. 40, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, t. 2, str. 26), dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) [wersja przekształcona] (Dz. Urz. WE L 334 z 17.12.2010, str. 17, z późn. zm.)”.

Prowadzi to do wniosku, że standardy emisyjne określone w nieobowiązujących już przepisach europejskich nadal pozostają w krajowym obrocie prawnym, choć uległ zmianie ich status prawny²⁷. Niedostosowanie terminologii polskich aktów prawnych do aktualnego stanu prawa europejskiego prowadzi jednak do niepotrzebnych komplikacji (o czym dalej).

Ad c)

Pewien problem jest z osobliwą definicją substancji priorytetowych. Według art. 2 pkt 30 dyrektywy „substancje priorytetowe” oznaczają substancje określone zgodnie z art. 16 ust. 2 dyrektywy i wymienione w jej załączniku X. Wśród tych substancji są „priorytetowe substancje niebezpieczne”, które oznaczają substancje określone zgodnie z art. 16 ust. 3 i 6, dla których winny być podjęte działania zgodnie z art. 16 ust. 1 i 8 dyrektywy ramowej. Art. 16 opisuje zatem rozbudowany program działania zarówno prawodawcy europejskiego, jak i krajowego, którego wybrane elementy zostały uwzględnione w polskiej definicji zamieszczonej w art. 16 pkt 56 ustawy Prawo wodne. Dokonany w niej wybór elementów konstruujących definicję substancji priorytetowych wydaje się zadowalający.

Oceniając powyższe definicje z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej, dostrzega się ich zróżnicowaną konstrukcję. W przypadku substancji priorytetowych oraz substancji szczególnie szkodliwych zastosowano klasyczne definicje równościowe. Występuje w nich wyrażenie składające się z rodzaju (*genus*) i różnicy gatunkowej (*differentia specifica*)²⁸. Rzecz w tym, że na ich podstawie trudno dostrzec dzielące je różnice, jako że użyte w nich sformułowania nie eliminują nieostrości. Błędny byłby choćby wniosek, że tylko substancje priorytetowe

obejmuje aktów uchwalonych po wejściu w życie dyrektywy ramowej. Tak: R. Breuer, K.F. Gärditz, *Öffentliches und privates Wasserrecht...*, s. 104, choć jest to pogląd odosobniony.

²⁷ Być może tę okoliczność ma na myśli H. Ginzky, twierdząc, że standardy te uległy „renacjonalizacji”. Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung von Schadstoffeinträgen in Oberflächengewässer*, „Zeitschrift für Umweltrecht” 2009, z. 5, s. 248.

²⁸ Zob. *Zarys metodyki pracy legislatora. Ustawy. Akty wykonawcze. Prawo miejscowe*, pod red. A. Malinowskiego, Warszawa 2009, s. 298.

stanowią zanieczyszczenie chemiczne wód. Nie inaczej jest bowiem z substancjami szczególnie szkodliwymi dla środowiska wodnego.

Najogólniejszy charakter ma definicja substancji zanieczyszczających, która jest klasyczną definicją nierównościową, tak zwaną zakresową (przez wyliczenie). Jest jednocześnie definicją cząstkową, gdyż nie wylicza „wszystkich podzbiorów odpowiadających zakresowi definiendum”. Nie sposób nie zauważyć, że jest ona obciążona błędem logicznym określanym jako *circulus in definiendo*²⁹, w jego wersji *idem per idem*. Nie ma w niej też dopowiedzenia, że substancjami zanieczyszczającymi są w szczególności substancje priorytetowe oraz substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego (które miały kluczowe znaczenie do czasu uchwalenia dyrektywy ramowej).

Powyższe definicje nie wystarczają, pomimo transpozycyjnej poprawności, aby na ich podstawie sformułować wnioski co do wzajemnych relacji wyjaśniających pojęć: ani ich relacji zakresowych, ani funkcjonalnych, nawet stosunku ogólności/szczegółowości³⁰. Można co najwyżej potwierdzić, że pojęcie substancji zanieczyszczających ma najbardziej ogólny charakter i z tego względu powinno zawierać w sobie dwa kolejne. O tym, że ich zakresy na siebie zachodzą, ale nie pokrywają się w pełni, przekonamy się dopiero, analizując szczegółowe przepisy prawa, przede wszystkim europejskiego. Należy w każdym razie stwierdzić, że powyższy trójpodział nie ma cech podziału w pełni logicznego (nie jest podziałem rozłącznym).

Posługiwanie się takimi nierozłącznymi pojęciami w sposób oczywisty sprawia trudności. Nieuchronnie musiały się one także pojawić przed polskim ustawodawcą. Powstaje – w zasadzie retoryczne – pytanie, czy nie należało już na etapie prac nad projektem ustawy podjąć próbę ich doprecyzowania, za którego sprawą otrzymalibyśmy bardziej klarowny obraz spełnianych przez nie funkcji. Wydaje się, że na przeszkodzie stanęły dwie okoliczności: zawilość i zmienność regulacji europejskiej oraz presja czasu. W ich następstwie może jednak powstać wrażenie, że rozwiązania polskiej ustawy cechuje regulacyjny rozgardiasz. Podkreślić trzeba raz jeszcze, że taki stan rzeczy oddaje sytuację panującą w prawie europejskim. Pewne dodatkowe problemy interpretacyjne wynikają jednak z niedociągnięć krajowego ustawodawcy: nieprzemysłanej lokalizacji przepisów w strukturze ustawy, niedostosowania terminologii do zmian zachodzących w prawie europejskim, jak również z mylnych rozstrzygnięć. Aby takie twierdzenie udowodnić, należy przedstawić najpierw aspekt norm jakości wód, a następnie zasady kontroli i ograniczania wprowadzania zanieczyszczeń do wód.

²⁹ Tamże, s. 300, 303.

³⁰ Można jednak twierdzić, że nie to jest ich zasadniczym celem.

3. Normy jakości wód powierzchniowych

Była już mowa o tym, że o stanie osiągniętym przez jednolitą część wód powierzchniowych decyduje jej stan (lub potencjał) ekologiczny oraz stan chemiczny. O wyniku przesądza gorszy z tych dwóch stanów. O ile stan chemiczny opiera się na jednorodnych kryteriach, o tyle stan (lub potencjał) ekologiczny jest determinowany przede wszystkim przez elementy biologiczne, ale z uwzględnieniem wpływu elementów fizykochemicznych i hydromorfologicznych. Elementy fizykochemiczne także nie są jednorodne, gdyż dzielą się na ogólne (w tej grupie są m.in. sole, temperatura, warunki tlenowe) i specyficzne. Z tego powodu obecność zanieczyszczeń chemicznych w wodzie powierzchniowej uwzględniana jest dwojako: dla pewnych substancji tylko pośrednio, poprzez ich wpływ na stan komponentów biologicznych, a dla innych bezpośrednio, z wykorzystaniem odpowiednich parametrów³¹.

Na poziomie europejskim jednolite normy jakości wód powierzchniowych istnieją tylko dla wybranych substancji chemicznych z tej drugiej grupy, przede wszystkim dla substancji priorytetowych. Normy dla pozostałych powinny określić samodzielnie państwa członkowskie³².

Jednolite normy jakości dla wód powierzchniowych określone zostały w przepisach dyrektywy PE i Rady 2008/105/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie środowiskowych norm jakości w dziedzinie polityki wodnej, zmieniającej i w następstwie uchylającej dyrektywy Rady 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG i 86/280/EWG oraz zmieniającej dyrektywę 2000/60/WE (zwanej dalej dyrektywą 2008/105/WE). Uwzględniały one wyjściowo 33 substancje lub grupy substancji priorytetowych oraz osiem innych substancji zanieczyszczających, dla których środowiskowe normy jakości uznano za identyczne z tymi ustanowionymi w prawodawstwie obowiązującym przed dniem 13 stycznia 2009 r.³³ Kolejne substancje dołączone zostały do wykazu substancji priorytetowych przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/39/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. zmieniającej dyrektywę 2000/60/WE i 2008/105/WE w zakresie substancji priorytetowych w dziedzinie polityki wodnej (zwanej dalej dyrektywą 2013/39/UE).

³¹ Wyrażono pogląd, że jest to konstrukcja błędna, stwarzająca niepotrzebne zamieszanie. Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung...*, s. 243.

³² Tamże, s. 244.

³³ Chodzi o osiem substancji zanieczyszczających, objętych zakresem dyrektywy Rady 86/280/EWG z dnia 12 czerwca 1986 r. w sprawie wartości dopuszczalnych dla ścieków i wskaźników jakości wód w odniesieniu do zrzutów niektórych substancji niebezpiecznych zawartych w wykazie I załącznika do dyrektywy 76/464/EWG. Zob. pkt 11 preambuły do dyrektywy 2008/105/WE.

Ustalone w dyrektywie 2008/105/WE normy odnoszą się zasadniczo do wód, tym niemniej dyrektywa dostrzega, że w pewnych sytuacjach celowe jest ustanowienie środowiskowych norm jakości dla fauny i flory. Dzięki nim można zapewnić ochronę przed skutkami pośrednimi heksachlorobenzenu, heksachlorobutadienu i rtęci oraz zatruciem wtórnym tymi substancjami. Dyrektywa daje jednakże państwom członkowskim możliwość wyboru pomiędzy monitorowaniem i stosowaniem wspomnianych środowiskowych norm jakości dla fauny i flory a ustanowieniem bardziej rygorystycznych, zapewniających taki sam poziom ochrony środowiskowych norm jakości dla wód powierzchniowych (pkt 15 preambuły). Ponadto państwa członkowskie uzyskały możliwość alternatywnego ustalenia środowiskowych norm jakości wyłącznie dla osadów lub fauny i flory na szczeblu krajowym i stosowania ich zamiast środowiskowych norm jakości dla wód (pkt 16).

Transpozycji tej dyrektywy do prawa polskiego dokonano, przyjmując 22 października 2014 r. rozporządzenie MŚ w sprawie sposobu klasyfikacji stanu jednolitych części wód powierzchniowych oraz środowiskowych norm jakości dla substancji priorytetowych³⁴, które zostało zastąpione przez rozporządzenie MŚ z dnia 21 lipca 2016 r. o identycznym tytule³⁵. Określa ono środowiskowe normy jakości, uwzględniające także kolejne substancje dołączone do wykazu substancji priorytetowych przepisami dyrektywy 2013/39/UE.

Uzupełnianie listy substancji priorytetowych oraz określanie kolejnych środowiskowych norm jakości wpływa na zmienność ram czasowych dla ich osiągnięcia (wynika to z art. 16 ust. 8 dyrektywy ramowej). W polskiej ustawie zagadnienie to unormowane zostało w rozdziale 2 działu XIII, to jest w przepisach przejściowych, dostosowujących i końcowych. Takie umiejscowienie tych przepisów nie jest wolne od wątpliwości. Nie wydaje się, aby były to przepisy przejściowe lub dostosowujące w tradycyjnym znaczeniu. Prawodawcy z innych krajów Unii Europejskiej (dla przykładu z Niemiec) nie mają obaw przed określaniem terminów na osiągnięcie celów środowiskowych w przepisach merytorycznych.

Dla substancji priorytetowych określonych w art. 560 ust. 3 ustawy dobry stan chemiczny wód powierzchniowych powinien zostać osiągnięty do dnia 22 grudnia 2021 r., natomiast dla substancji, o których mowa w jego ust. 1 w terminie do dnia 22 grudnia 2027 r.

Dla pozostałych substancji priorytetowych określenie stanu chemicznego wód powierzchniowych powinno być opierać się przed końcem 2015 r. wyłącznie na substancjach i środowiskowych normach jakości określonych w dyrektywie 2008/105/WE w wersji obowiązującej na dzień 13 stycznia 2009 r. (chyba

³⁴ Dz.U. poz. 1482.

³⁵ Dz.U. poz. 1187.

że wspomniane środowiskowe normy jakości były bardziej rygorystyczne niż środowiskowe normy jakości zmienione na mocy dyrektywy 2013/39/UE, w którym to przypadku zastosowanie miały te drugie).

4. Normy jakości wód podziemnych

Mniej rozbudowana jest regulacja europejska odnosząca się do jakości wód podziemnych. Dotyczy to zarówno ramowej dyrektywy wodnej, jak i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/118/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie ochrony wód podziemnych przed zanieczyszczeniem i pogorszeniem ich stanu (zwanej dalej dyrektywą 2006/118/WE). Kluczowe dla zwalczania zanieczyszczenia wód powierzchniowych pojęcie substancji priorytetowych w ogóle się nie pojawia w odniesieniu do wód podziemnych. W dyrektywach (ramowej oraz 2006/118/WE) mowa jest ogólnie o substancjach zanieczyszczających.

Nadrzędnym celem dyrektywy 2006/118/WE jest zapewnienie osiągnięcia dobrego stanu jednolitych części wód podziemnych, który opisywany jest przez dwa komponenty: „dobry stan ilościowy” i „dobry stan chemiczny”.

Dobry stan chemiczny oznacza taki stan jednolitej części wód podziemnych, że:

- a. nie stwierdza się intruzji soli ani innych,
- b. nie są naruszone normy jakości ustalone na podstawie innych przepisów, stosownie do art. 17 dyrektywy ramowej,
- c. inne wody powierzchniowe lub ekosystemy lądowe zależne od wód podziemnych nie są obciążone.

Obowiązujące normy jakości zostały ustalone tylko dla azotu (norma wynosi 50 mg/l) i pestycydów (0,1 µg/l), które są rozumiane jako pojęcie nadrzędne obejmujące środki ochrony roślin i biocydy.

Dla pozostałych 7 substancji zanieczyszczających, mających charakter antropogeniczny, państwa członkowskie powinny (stosownie do art. 4 i załącznika nr II) samodzielnie określić wartości progowe. Chodzi o: arsen, kadm, ołów, rtęć, jony amonowe, chlorkowe i siarczanowe, trichloroetan i tetrachloroetan oraz parametr określany jako przewodność. Parametry te, mimo odrębnej nazwy rodzajowej, nie różnią się od strony prawnej od norm jakości. Mogą zostać ustanowione także dla innych substancji, o ile przyczyniają się one do zakwalifikowania wody podziemnej do kategorii „zagrożonych”. Wartości progowe³⁶ (graniczne) mogą obowiązywać dla całego kraju, obszaru dorzecza lub dla jednolitej

³⁶ W myśl § 5 ust. 2 rozporządzenia MŚ z dnia 21 grudnia 2015 r. „Wartościami progowymi są wartości graniczne elementów fizykochemicznych określone w załączniku do rozporządzenia dla III klasy jakości wód podziemnych”.

części wód podziemnych. Uważa się, że może to zagrozić pewności prawa oraz wpływać na konkurencyjność gospodarek. Dlatego nałożono na państwa członkowskie obowiązki informacyjne, aby Komisja mogła kontrolować sposób wdrażania przepisów dyrektywy. Kryteria ustalania wartości granicznych określa część A załącznika nr II dyrektywy.

Samo ustalenie norm jakości wód podziemnych nie jest wystarczające dla zapewnienia ich ochrony, gdyż procesy prowadzące do przekroczenia norm jakości zachodzą bardzo powoli i trudno na nie wpłynąć. Dlatego wprowadzono w art. 17 ust. 2 lit. b) dyrektywy ramowej instrument „ustalania trendu” oraz „zmiany trendu”. W art. 5 ust. 1 dyrektywy 2006/118/WE ograniczono jednak znaczenie tego przepisu, gdyż przesądzono, że państwa członkowskie identyfikują wszelkie znaczące i utrzymujące się trendy wzrostowe stężenia zanieczyszczeń, grup zanieczyszczeń lub wskaźników zanieczyszczeń, ale tylko wtedy, gdy występują w obrębie jednolitych części wód podziemnych lub grup takich części, które zostały uznane za zagrożone. Państwa członkowskie definiują początkowy punkt odwrócenia takich trendów jako określony odsetek wartości wyznaczających normy jakości wód podziemnych. Z reguły chodzi o 75%. Tak więc dla azotu obowiązek podjęcia działań dla odwrócenia trendu zostanie związany z wartością 37,5 mg/l³⁷.

W celu przeniesienia tej dyrektywy do prawa krajowego wydane zostało w dniu 23 lipca 2008 r. rozporządzenie MŚ w sprawie kryteriów i sposobu oceny stanu wód podziemnych³⁸, zastąpione następnie przez rozporządzenie MŚ z dnia 21 grudnia 2015 r. o identycznym tytule³⁹.

5. Normy dozwolonej emisji zanieczyszczeń do wód

Należy przypomnieć, że pierwsze projekty leżące u podstaw ramowej dyrektywy wodnej akcentowały potrzeby ochrony ekologicznej jakości wód, kosztem ujednoliconych standardów emisyjnych. Propozycje te zostały skrytykowane zwłaszcza przez stronę niemiecką, która stała na stanowisku, że przesłanką skuteczności ochrony wód powinno być stosowanie jednolitych norm dopuszczalnej emisji, niezależnych od jakości wód odbiornika i uwzględniających zasadę przezorności. Odpowiedzią na tę krytykę stała się pierwsza poprawka do projektu Komisji, opublikowana w dniu 26 listopada 1997 r., która zawierała m.in. konkretyzację idei tzw. łączonego podejścia, a także akcentowała potrzebę zwalczania

³⁷ Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung...*, s. 241.

³⁸ Dz.U. Nr 143, poz. 896.

³⁹ Dz.U. poz. 85.

emisji substancji priorytetowych⁴⁰. Na tych elementach opiera się też współczesna europejska konstrukcja kontroli i ograniczania zanieczyszczeń wprowadzanych do wód w wyniku ludzkiej działalności.

Nie da się zaprzeczyć, że istniejący przed rokiem 2000 system prawnej kontroli i ograniczania emisji do wód, oparty zwłaszcza na dyrektywie 76/464/EWG oraz wydanych na jej podstawie dyrektywach wykonawczych, nie spełnił pokładanych w nim nadziei. Krytyczne uwagi wzbudzał zwłaszcza wąski zakres parametrów ustalonych na ich podstawie. Szczegółowe standardy emisyjne zawarte zostały w pięciu dyrektywach wykonawczych, a ich celem nie była kontrola wszelkich emisji przemysłowych, ale tylko tych zawierających substancje niebezpieczne, ujęte w dwóch wykazach dyrektywy 76/464/EWG. Pomimo że Komisja sporządziła w 1982 r. listę substancji, dla których docelowo powinny zostać skonkretyzowane normy emisji (najpierw objęła ona 129, a następnie 132 substancje), to praktycznie niewiele z tego wyniknęło. Dyrektywy wykonawcze objęły swoimi przepisami tylko 17 spośród nich.

Według jednej z koncepcji powstały deficyt miał zostać usunięty za sprawą przepisów dyrektywy 96/61/WE w sprawie zintegrowanego zarządzania i zapobiegania zanieczyszczeniom (zwanej dalej dyrektywą 96/61/WE), ale i to nie zostało zrealizowane. Po pierwsze, dotyczyła ona tylko największych instalacji, pozostawiając poza zakresem regulacji znaczną liczbę mniejszych podmiotów, które korzystając ze środowiska, wprowadzały ścieki. Po drugie, Rada powinna była ustalić na wniosek Komisji stosowne normy emisji na użytek tych instalacji dopiero wtedy, gdyby okazało się to konieczne w skali ówczesnej Wspólnoty (a więc zgodnie z zasadą subsydiarności). Do tego czasu należało stosować przepisy dotychczasowe (czyli w zakresie ochrony wód wspomniane już dyrektywy wykonawcze do dyrektywy 76/464/EWG). Po trzecie, jeśli z instalacji emitowane były w znacznych ilościach substancje umieszczone na liście w załączniku III do dyrektywy, to właściwy organ musiał wprawdzie ustalić dozwolone normy emisji, ale mógł też przyjąć inne ekwiwalentne parametry lub środki techniczne ograniczające emisje.

Wszystko to doprowadziło w efekcie do osłabienia koncepcji ochrony wód poprzez jednolite normy emisji⁴¹. Nie dziwi więc, że nadzieje na przełamanie tego impasu powiązano z ramową dyrektywą wodną, mimo początkowej koncentracji uwagi na normach jakości wód. W jej przepisach wskazuje się wyraźnie na potrzeby ograniczania emisji wybranych substancji chemicznych. Przyjęte rozwiązania są mocno rozbudowane, często wariantowe, co stwarza w rezultacie problemy interpretacyjne oraz realizacyjne. Kluczowe dla koncepcji ochrony wód, uwzględniającej ograniczanie emisji, są następujące rozwiązania dyrektywy ramowej.

⁴⁰ Zob. J. Rotko, *Ramowa dyrektywa wodna...*, s. 94 i nn.

⁴¹ Zob. R. Breuer, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 3. Auf., München 2004, s. 47, 55.

Po pierwsze, aspekt ograniczania emisji współtworzy fundamentalne cele środowiskowe, na co wskazuje zwłaszcza art. 4 ust. 1 lit a) nr iv dyrektywy. Zgodnie z nim „Państwa Członkowskie wdrażają konieczne środki zgodnie z art. 16 ust. 1 i 8 w celu stopniowego redukowania zanieczyszczenia substancjami priorytetowymi i zaprzestania lub stopniowego eliminowania emisji, zrzutów i strat niebezpiecznych substancji priorytetowych”⁴². Na plan pierwszy wysuwa się zatem zwalczanie zagrożeń dla wód powierzchniowych powodowanych przez substancje priorytetowe.

Po drugie, wzmocnieniem koncepcji kontroli i ograniczania emisji jest omówiona już wcześniej zasada łączonego podejścia, przewidziana w art. 10 dyrektywy ramowej.

Po trzecie, obowiązki państw członkowskich związane z ograniczaniem emisji określa art. 10 ust. 2 dyrektywy ramowej i wskazuje na użyteczne narzędzia realizacyjne. Należą do nich: najlepsze dostępne techniki, odpowiednie dopuszczalne wartości emisji i najlepsze praktyki środowiskowe (w odniesieniu do emisji rozproszonych). Jednocześnie artykuł ten wymienia już istniejące, jak i planowane dyrektywy, które powinny zostać zintegrowane z systemem dyrektywy ramowej do dnia 22 grudnia 2012 r. W tej grupie wskazano między innymi na dyrektywę 91/271/EWG z dnia 21 maja 1991 r. w sprawie oczyszczania ścieków komunalnych, dyrektywę 91/676/EWG z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie ochrony wód przed azotem pochodzenia rolniczego, ale także na dyrektywy wykonawcze do dyrektywy 76/464/EWG⁴³, które mocą art. 11 dyrektywy 2008/105/WE zostały z dniem 22 grudnia 2012 r. uchylone.

Po czwarte, konkretyzacji powyższych celów służyć mają „strategie” eksponowane w nadtytule art. 16 dyrektywy ramowej. Pojęcie to pojawia się także w treści artykułu, ale tylko raz – w ust. 9, w myśl którego Komisja może także przygotować „strategie” przeciwdziałania zanieczyszczeniu wód przez inne zanieczyszczenia lub grupy zanieczyszczeń, w tym wszelkie zanieczyszczenia będące skutkiem wypadków.

Zwraca uwagę wskazówka sformułowana w art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej. Przewiduje ona dwutorowe działanie w stosunku do substancji priorytetowych: zasadą podstawową jest ich stopniowe ograniczanie, ale powinno ta zostaje wzmocniona w odniesieniu do substancji priorytetowych

⁴² Pojęcie emisji, zrzutów i strat niebezpiecznych substancji priorytetowych nie zostało w dyrektywie zdefiniowane. Zdaniem H. Ginzky’ego zwrot ten obejmuje wszystkie możliwe warianty wprowadzania zanieczyszczeń. „Zrzuty” oznaczają przypadki celowego działania, „emisje” przypadki niechciane, ale dające się kontrolować, natomiast „straty niebezpiecznych substancji priorytetowych” przypadki niechciane i niepoddające się kontroli. Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung...*, s. 246.

⁴³ Chodzi o: dyrektywy Rady 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG i 86/280/EWG.

niebezpiecznych, wobec których podejmowane mają być środki zmierzające do „zaprzestania lub stopniowego wyeliminowania zrzutów, emisji i strat”. W tym celu Komisja powinna przedłożyć w ciągu dwóch lat od włączenia danej substancji do wykazu substancji priorytetowych stosowne propozycje, obejmujące co najmniej ograniczanie emisji ze źródeł punktowych i środowiskowe normy jakości. Pierwsza lista takich substancji pochodzi z 20 listopada 2001 r., niemniej jednak pierwszy stosowny projekt powstał dopiero w lipcu 2006 r., otwierając drogę do uchwalenia dyrektywy 2008/105/WE w dniu 16 grudnia 2008 r.

Dodać w końcu należy, że zgodnie z art. 16 ust. 6 w projektowanych działaniach odnoszących się do substancji priorytetowych niebezpiecznych powinien zostać także określony plan czasowy, zakładający ich całkowitą eliminację w nieprzekraczalnym terminie 20 lat, liczonym od dnia przyjęcia tych propozycji przez Parlament Europejski i Radę (tzw. *phasing-out*).

Była już mowa o dyrektywie 2008/105/WE w sprawie środowiskowych norm jakości w dziedzinie polityki wodnej. Określono w niej tylko normy jakości wód powierzchniowych. Nie zawiera ona natomiast żadnych ustaleń co do środków ograniczania emisji ani co do przedsięwzięć służących osiągnięciu całkowitej eliminacji substancji priorytetowych niebezpiecznych w terminie 20 lat.

Wyjaśnienie takiego stanu rzeczy zawiera uzasadnienie projektu dyrektywy, dołączony do niego *Impact Assessment*, a także pkt 7 preambuły dyrektywy 2008/105/WE⁴⁴. Wskazuje się w nim, że „Od roku 2000 przyjęto wiele aktów prawnych Wspólnoty będących środkami kontroli emisji zgodnie z art. 16 dyrektywy 2000/60/WE w odniesieniu do poszczególnych substancji priorytetowych. Ponadto wiele środków ochrony środowiska wchodzi w zakres innych obowiązujących przepisów Wspólnoty. W związku z tym priorytetowe znaczenie należy nadać wdrożeniu i przeglądowi obowiązujących aktów prawnych, a nie ustanawianiu nowych środków kontroli”.

Poza tym w art. 5 dyrektywy 2008/105/WE mowa jest o tym, że po analizie wykazów emisji, zrzutów i strat, przygotowywanych przez państwa członkowskie, Komisja dokona oceny, czy wartości emisji, zrzutów i strat podane w wykazie zbliżają się do wartości zgodnych z celami dotyczącymi redukcji lub zaprzestania emisji, zrzutów i strat określonymi w art. 4 ust. 1 lit. a) pkt (iv) dyrektywy 2000/60/WE. Dopiero na tej podstawie Komisja rozstrzygnie o potrzebie wprowadzenia zmian w obowiązujących aktach prawnych i zadecyduje o wprowadzeniu dodatkowych środków, obejmujących także ograniczanie i kontrolę emisji.

Podobne sformułowania znaleźć także można w preambule dyrektywy 2013/39/UE. W pkt 11 wskazuje się na potrzebę poprawy koordynacji między dyrektywą 2000/60/WE, rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny,

⁴⁴ Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung...*, s. 247.

udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów oraz odpowiednim prawodawstwem sektorowym „w celu wykorzystania potencjalnych synergii”, wspierających wdrażanie dyrektywy 2000/60/WE. Podkreśla się także możliwość stopniowego ograniczania zanieczyszczenia substancjami priorytetowymi oraz zaprzestania lub stopniowego wyeliminowania zrzutów, emisji i strat priorytetowych substancji niebezpiecznych, „w sposób najbardziej opłacalny” za pomocą unijnych środków kontroli u źródła, odnoszących się do poszczególnych substancji⁴⁵.

Motywy te opatrzone w literaturze krytycznymi komentarzami. W szczególności H. Ginzky zauważa, że rezygnacja z europejskich norm emisji narusza art. 16 ust. 6 i 8 dyrektywy ramowej. Nawet jeśli dyrektywa nie przewiduje określania takich standardów emisyjnych dla wszystkich substancji priorytetowych, to powinny zostać ustanowione przynajmniej dla najważniejszych sektorów działalności. Z drugiej strony autor ten zdaje się krytycznie oceniać także fakt „renacjonalizacji” standardów emisyjnych, przejętych do systemów państw członkowskich z dyrektyw wykonawczych do dyrektywy 76/464/EWG, mimo że z art. 16 ust. 6 i 8 dyrektywy ramowej wynika, że w sytuacji braku porozumienia na poziomie Unii stosowne aktywności prawodawcze powinny podjąć państwa członkowskie⁴⁶.

Wcześniej wspomniano już o krytycznej ocenie prawa europejskiego odnoszącego się do ochrony wód. Stan prawodawstwa przed rokiem 2000 przyrównywano w literaturze niemieckiej do wielobarwnej tkaniny, zszytej z różnych kawałków⁴⁷. W istocie cytowani autorzy odnoszą te cierpkie uwagi również do współczesnej regulacji. Zauważają, że ramowa dyrektywa wodna tworzy przede wszystkim formalne ramy dla dyrektyw wykonawczych o specjalistycznym charakterze a ich zróżnicowane zakresy przedmiotowe podtrzymują aktualność dawnych problemów. Chodzi zwłaszcza o fragmentyzację unormowań, wskutek czego stan prawny jest obecnie tak samo mało przejrzysty i rozproszony, jak wcześniej⁴⁸.

⁴⁵ Ze wskazaniem na rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 528/2012 z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie udostępniania na rynku i stosowania produktów biobójczych, dyrektywę 2001/82/WE PE i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, dyrektywę 2001/83/WE PE i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz dyrektywę PE i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola).

⁴⁶ Zob. H. Ginzky, *Die Pflicht zur Minderung...*, s. 248. Ten fragment rozważań wydaje się nieco niejasny. Być może pogląd autora należy rozumieć tak, że zaniechania prawodawcy europejskiego zostały niejako usprawiedliwione „zadowoleniem” państw członkowskich z dotychczasowych przepisów.

⁴⁷ Zob. R. Breuer, *Öffentliches und privates Wasserrecht...*, s. 46 i nn.

⁴⁸ Zob. R. Breuer, K.F. Gärditz, *Öffentliches und privates Wasserrecht...*, s. 71. W innym miejscu (s. 104) autorzy ci mówią o „systemowej abstynencji” europejskiego prawa wodnego.

6. Normy jakości wód oraz normy dozwolonej emisji w ustawie Prawo wodne z 2017 r.

Przepisy europejskie odnoszące się do jakości wód oraz ograniczania i kontroli zanieczyszczeń zostały uwzględnione w polskiej ustawie Prawo wodne przede wszystkim w jej dziale III „Ochrona wód” (art. 50–162), który składa się z siedmiu rozdziałów⁴⁹. Cele ochrony wód, w tym cele środowiskowe, tworzą treść rozdziału pierwszego. W nim określona została struktura celów oraz zamieszczono upoważnienia do wydania rozporządzeń określających między innymi normy jakości wód podziemnych (art. 53 ust. 1) oraz normy jakości dla wód powierzchniowych (art. 53 ust. 4). W art. 54 wyrażona została zasada łączonego podejścia.

Zastanawia odmienne umiejscowienie upoważnienia do wydania rozporządzenia określającego wykaz substancji priorytetowych oraz rozporządzenia określającego wykaz substancji szczególnie szkodliwych. Delegacja odnosząca się do tego drugiego wykazu znajduje się w art. 99 ust. 1, a więc w rozdziale 3, zatytułowanym „Oczyszczanie ścieków komunalnych”, mimo że problematyka substancji szczególnie szkodliwych zdecydowanie wykracza poza zagadnienie ścieków komunalnych. W tym rozporządzeniu powinny zostać określone warunki, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi jakichkolwiek ścieków (a nie tylko ścieków komunalnych), w tym najwyższe dopuszczalne wartości substancji zanieczyszczających.

Z kolei delegacja do wydania rozporządzenia formułującego wykaz substancji priorytetowych zamieszczona została w art. 114, a więc w rozdziale 5 „Substancje zanieczyszczające”. Rzecz w tym, że problematykę substancji priorytetowych (ale także substancji szczególnie szkodliwych zawartych na liście obserwacyjnej) ujmuje się w tym rozdziale przede wszystkim przez przyzmat norm jakości wód powierzchniowych oraz monitoringu (art. 115–119). Nie wspomina się w tych przepisach w ogóle o ustalaniu standardów emisyjnych dla takich substancji, porzostając na nałożeniu na ministra właściwego do spraw gospodarki wodnej obowiązku sporządzania dla każdego obszaru dorzecza wykazu emisji, zrzutów oraz strat substancji priorytetowych (art. 117).

Zdziwienie rośnie, gdy uwzględni się zakazy odnoszące się do ścieków wprowadzanych do wód lub do ziemi, sformułowane w ustawie w art. 78 (rozdział 2 „Zasady ochrony wód”). W myśl tego przepisu (pkt 1 lit. b) ścieki nie mogą zawierać „substancji priorytetowych określonych w przepisach wydanych

⁴⁹ Są to: rozdział 1 „Cele ochrony wód i cele środowiskowe” (art. 50–74), rozdział 2 „Zasady ochrony wód” (art. 75–85), rozdział 3 „Oczyszczanie ścieków komunalnych” (art. 86–101), rozdział 4 „Ochrona wód przed zanieczyszczeniem azotanami pochodzącymi ze źródeł rolniczych” (art. 102–112), rozdział 5 „Substancje zanieczyszczające” (art. 113–119), rozdział 6 „Ochrona ujęć wody oraz zbiorników wód śródlądowych” (art. 120–142) i rozdział 7 „Ochrona wód morskich” (art. 143–162).

na podstawie art. 114^o. Artykuł 78 wzorowany jest na art. 41 ustawy Prawo wodne z 2001 r., z tą różnicą, że w pkt 1 lit. b) w miejsce czterech wskazanych tam wcześniej substancji (znanych jako DDT, PCB, PCT, HCH⁵⁰) wstawiono teraz całą klasę substancji priorytetowych. Poza tym wytyczne dla prawodawcy ministerialnego, związane z określaniem najwyższych dopuszczalnych wartości substancji zanieczyszczających w ściekach, sformułowane zostały w obecnej ustawie w art. 99, który traktuje o substancjach szczególnie szkodliwych, ale w ogóle nie wspomina o substancjach priorytetowych.

Można by stwierdzić, że jest w tym widoczna konsekwencja dokonanych przez ustawodawcę wyborów, co prowadzi do wniosku, że na gruncie polskiej ustawy Prawo wodne substancje priorytetowe mają znaczenie wyłącznie w kontekście norm jakości wód powierzchniowych, jako że podmioty odprowadzające ścieki, zawierające takie substancje, zostały pozbawione możliwości ich legalnego odprowadzania do środowiska⁵¹. Nie negując poprawności takiego nastawienia w perspektywie długoterminowej, zauważyć jednak trzeba, że polskie przepisy wprowadzają niezwykle surową regułę, która poważnie potraktowana (a przepisów ustawy nie można traktować inaczej) musi się okazać zabójcza dla polskiego przemysłu. Egzekwowanie takiego zakazu doprowadzić bowiem musi do natychmiastowego unieruchomienia, między innymi, wszystkich konwencjonalnych elektrowni węglowych, jako że w ściekach odprowadzanych z instalacji do spalania węgla znajduje się rtęć, będąca na liście substancji priorytetowych⁵². Nie trzeba przypominać, że przepisy europejskie nie wymagają takiego rygoryzmu. Dążenie do całkowitego wyeliminowania substancji priorytetowych niebezpiecznych powinno zostać dokonane dopiero po upływie dwudziestu lat, liczonych od dnia przyjęcia stosownych propozycji przez PE i Radę (*phasing-out*). Propozycje takie nie zostały przedłożone.

⁵⁰ To unormowanie należy widzieć przez pryzmat przepisów określających substancje, których produkcja, stosowanie i wprowadzanie do obrotu jest w Polsce zabronione. Chodzi o art. 160 ustawy Prawo ochrony środowiska oraz wydane na jego podstawie rozporządzenie MŚ z dnia 9 grudnia 2003 r. w sprawie substancji stwarzających szczególne zagrożenie dla środowiska (Dz.U. Nr 217, poz. 2141). W jego następstwie przyjęto także w rozporządzeniu MŚ z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz.U. poz. 1800), że substancje te nie mogą się pojawić w ściekach. Zob. przypis 3 do tabeli I w załączniku nr 4 do tego rozporządzenia. Zob. także komentarz M. Górskiego do art. 160 [w:] M. Górski, M. Pchałek, W. Radecki, J. Jerzmański, M. Bar, S. Urban, J. Jendrośka, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 667 i nn.

⁵¹ Podkreślić trzeba, że formułujący zakazy art. 78 wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2018 r.

⁵² Wynika to z przepisów rozporządzenia MŚ z dnia 6 maja 2016 r. w sprawie wykazu substancji priorytetowych (Dz. U. poz. 681). Rtęć oznaczona została w załączniku do rozporządzenia jako substancja priorytetowa niebezpieczna (l.p. 21).

Zauważyć także trzeba, że nadal obowiązują przepisy rozporządzenia MŚ z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego⁵³. Najwyższe dopuszczalne wartości wskaźników zanieczyszczeń dla wielu substancji priorytetowych (choć określenie to w rozporządzeniu się nie pojawia), w tym rtęci, określa tabela I załącznika nr 4. W myśl art. 566 ustawy rozporządzenie zachowuje moc, jednak nie dłużej niż przez 18 miesięcy liczonych od dnia 1 stycznia 2018 r.

Można się zastanawiać, co jest źródłem rozbieżności między przepisami polskiej ustawy a przepisami europejskimi. Być może jedna z przyczyn tkwi w nieprawidłowym tłumaczeniu ramowej dyrektywy wodnej. Oficjalna polska wersja językowa zawiera błędy, między innymi w treści art. 16 ust. 8. Była już mowa o tym, że opisuje on strategię legislacyjną Komisji, odnosząc się do substancji priorytetowych, obejmujące „co najmniej” środki ograniczania emisji ze źródeł punktowych oraz normy jakości (zdanie 1). W przypadku nieosiągnięcia porozumienia na płaszczyźnie europejskiej, stosowne obowiązki przechodzą na państwa członkowskie (zdanie 2). W polskiej wersji językowej ten aspekt ograniczania emisji ze zdania drugiego całkowicie zniknął.

Inna rzecz, że występujący w dyrektywie (w jej wersji anglojęzycznej) zwrot „*emission controls*” przetłumaczono jako „kontrola emisji”, chociaż polski termin „kontrola” ma odrębne znaczenie⁵⁴. Co prawda, inne wersje językowe dyrektywy ramowej również posługują się terminem „kontrola” (dla przykładu hiszpańska „*controles de emisión*” i włoska „*controlli sulle emissioni*”), niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, że w wersji niemieckiej („*Emissionsbegrenzung*”) oraz czeskiej („*omezování emisí*”) występuje pojęcie lepiej oddające treść obowiązku, jako że mowa jest w nich wprost o „ograniczaniu” (co sugeruje aktywne działanie), a nie pasywnej „kontroli” emisji.

Omawiając rozwiązania ustawy, wskazać także trzeba na art. 82, który ma (przynajmniej potencjalnie) istotne znaczenie dla praktyki określania warunków wprowadzania ścieków. Jego pierwowzorem był § 4 ust. 2 i 4 rozporządzenia MOŚZNiL z dnia 5 listopada 1991 r. w sprawie klasyfikacji wód oraz warunków, jakim powinny odpowiadać ścieki wprowadzane do wód lub do ziemi⁵⁵, wydanego na podstawie ustawy Prawo wodne z 1974 r. Z jednej strony upoważniał on organ wydający pozwolenie wodnoprawne do ustalenia wskaźników zanieczyszczeń w ściekach niższych od określonych w załączniku nr 2 (czyli do obostrzenia

⁵³ Dz.U. poz. 1800.

⁵⁴ Takie tłumaczenie jest konsekwentnie stosowane także w innych przepisach dyrektywy ramowej, np. w pkt 25 preambuły, czy w art. 10 ust. 3. Słownik *Oxford Dictionaries* zawiera następujące wyjaśnienie dla hasła „control”: *The power to influence or direct people's behaviour or the course of events.*

⁵⁵ Dz.U. Nr 116, poz. 503.

wymagań), a nawet do odmowy wydania pozwolenia, jeżeli zachodził jeden z trzech wskazanych tam przypadków, m.in. gdy ścieki miały być wprowadzanie do wód na obszarach parków narodowych, jak również wtedy, gdy średniodobowa ilość wprowadzanych ścieków przekraczała określone wartości przepływu wody w cieku. Z kolei ust. 4 stwarzał podstawę do złagodzenia wymagań, jeżeli uzyskanie wartości wskaźników zanieczyszczeń określonych w załączniku nr 2 nie było możliwe mimo zastosowania dostępnych technik i technologii oczyszczania ścieków oraz zmian w procesie produkcji, a równocześnie za utrzymaniem lub podjęciem takiej produkcji przemawiał interes społeczny. Rozwiązanie to zostało następnie przyjęte (ze zmianami) do ustawy Prawo wodne z 2001 r. W myśl art. 41 ust. 5 organ mógł obostrzyć wymagania, jeżeli istniejące urządzenia oczyszczające to umożliwiały, natomiast złagodzić (ust. 6), jeżeli dotrzymanie najwyższych dopuszczalnych wartości nie było możliwe mimo zastosowania dostępnych technik i technologii oczyszczania ścieków oraz zmian w procesie produkcji, a jednocześnie stan wód odbiornika i ich podatność na eutrofizację pozwalał na dokonanie odstępstw. To rozwiązanie zostało włączone do ustawy obecnej (art. 82), z niewielką korektą dotyczącą opisu skutków dla jakości wód. Zauważyć należy, że przypadek obostrzania wymagań może oddziaływać kontrproduktywnie, jako że zniechęca do stosowania progresywnych technik i technologii oczyszczania ścieków. Z kolei potrzeby środowiskowe stosowania obostrzeń uwzględnia już zasada łączonego podejścia, a przywołane przesłanki łagodzenia wymagań są w istotnej mierze niespójne z prawem europejskim. Ramowa dyrektywa wodna akcentuje bowiem potrzebę wiązania norm dopuszczalnej emisji ze źródeł przemysłowych przede wszystkim z najlepszą dostępną techniką, a zatem standardem bardziej progresywnym niż ten określony przez dostępne techniki i technologie oczyszczania ścieków. Z pewnością nie da się zastosować tego przepisu do przypadków wprowadzania substancji priorytetowych i substancji niebezpiecznych.

W polskiej literaturze przedmiotu brakuje analiz poświęconych temu unormowaniu. Nie jest też pewne, czy i w jakim zakresie korzystają z niego organy administracji publicznej. Wydaje się jednak, że przepis art. 82 powinien zostać usunięty z ustawy jako rozwiązanie kontrproduktywne i niedostosowane do prawa europejskiego.

7. Wnioski

Przepisy europejskie, odnoszące się do problematyki chemicznych zanieczyszczeń wód, charakteryzuje fragmentyzacja unormowań. Stan prawny jest mało przejrzysty i rozproszony. Podstawowe znaczenie odgrywają przepisy ramowej dyrektywy wodnej, ale przewidziany w niej program działań legislacyjnych

doświadcza wielu ograniczeń. Powściągliwość prawodawcy europejskiego powoduje, że obowiązek tworzenia prawa związanego z kontrolą i ograniczaniem emisji przechodzi na państwa członkowskie. Dyrektywy wykonawcze do dyrektywy ramowej koncentrują się wokół problematyki norm jakości wód, natomiast aspekt kontroli i ograniczania emisji schodzi na plan dalszy. Brak pełnej korelacji pomiędzy normami jakości wód i normami dopuszczalnej emisji ogranicza praktyczne znaczenie zasady łączonego podejścia.

Przepisy polskiego prawa wodnego, służące wdrożeniu zasad europejskiej polityki ochrony wód, cechuje brak spójności. Uwaga ustawodawcy skupia się na aspektach kontroli jakości wód powierzchniowych i podziemnych. Szczególnie eksponowane są substancje priorytetowe, co odpowiada kierunkom rozwoju prawa europejskiego. Zagadnienia kontroli i ograniczania emisji zachowują w obecnej ustawie w większości kształt znany z ustawy z 2001 r. Przejęte z niej rozwiązania, w niewielkim stopniu zmodyfikowane, przyczyniają się jednak siłą bezwładu do powstania regulacyjnego bezładu. Chodzi przede wszystkim o unormowanie substancji priorytetowych wyłącznie w odniesieniu do norm jakości i objęcie wszystkich substancji priorytetowych zakazem ich wprowadzania. Różnica pomiędzy substancjami szkodliwymi a substancjami priorytetowymi ulega zatarciu. Obie te kategorie obejmują w znacznej mierze te same substancje, mimo że ustawa wiąże z nimi odrębne skutki prawne. Przykładem może być rtęć, uznana za substancję priorytetową niebezpieczną, objętą zakazem wprowadzenia w ściekach, choć równocześnie nie przestaje jednak być substancją niebezpieczną, nieobjętą takim zakazem, dla której przepisy rozporządzenia MŚ z dnia 18 listopada 2014 r. określają w tabeli I załącznika nr 4 najwyższe dopuszczalne wartości wskaźników zanieczyszczeń.

Bibliografia

- Appel I., *Emmissionsbegrenzung und Umweltqualität*, „Deutsches Verwaltungsblatt“ 1995, z. 7.
- Breuer R., *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 3. Auf., München 2004.
- Breuer R., Gärditz K.F., *Öffentliches und privates Wasserrecht*, 4. Auf., München 2017.
- Kohls M., *Das Verschlechterungsverbot und die Geister, die das BVerwG rief*, „Zeitschrift für Umweltrecht“ 2017, z. 7–8.
- Ginzky H., *Die Pflicht zur Minderung von Schadstoffeinträgen in Oberflächengewässer*, „Zeitschrift für Umweltrecht“ 2009, z. 5.
- Górski M., Pchałek M., Radecki W., Jerzmański J., Bar M., Urban S., Jendrońska J., *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Rotko J., *Ramowa dyrektywa wodna – analiza prawna*, Poznań 2013.
- Prawo wodne. Komentarz*, pod red. B. Rakoczego, Warszawa 2013.
- Schütte P., Warnke M., Wittrock E., *Die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot: rechtliche und praktische Lösungsvorschläge*, „Zeitschrift für Umweltrecht“ 2016, z. 4.
- Zarys metodyki pracy legislatora. Ustawy Akty wykonawcze. Prawo miejscowe*, pod red. A. Malinowskiego, Warszawa 2009.

STRESZCZENIE

W artykule omówiono wybrane problemy prawne związane z zanieczyszczeniem wód substancjami chemicznymi. Krytycznej ocenie poddano sposób, w jaki przepisy nowego Prawa wodnego wdrażają unormowania prawa europejskiego, na które składa się przede wszystkim ramowa dyrektywa wodna oraz akty wykonawcze. Regulacja europejska jest fragmentaryczna, a stan prawny jest mało przejrzysty i rozproszony. Przepisy wykonawcze do dyrektywy ramowej koncentrują się na problematyce norm jakości wód, natomiast aspekt kontroli i ograniczania emisji schodzi na plan dalszy. Brak pełnej korelacji pomiędzy normami jakości wód i normami dopuszczalnej emisji ogranicza praktyczne znaczenie zasady łączonego podejścia. Okoliczności te wpływają także na kształt polskich rozwiązań, które dodatkowo cechuje brak spójności oraz nadmierny rygoryzm. Chodzi przede wszystkim o unormowanie substancji priorytetowych wyłącznie w odniesieniu do norm jakości i objęcie wszystkich substancji priorytetowych bezwzględnym zakazem ich wprowadzania, który w prawie europejskim jest celem perspektywicznym. Generalnie przepisom ustawy z 2017 r. brakuje precyzji i konsekwencji w rozgraniczaniu funkcji prawnych przypisanych w prawie europejskim substancjom szkodliwym oraz substancjom priorytetowym.

Słowa kluczowe: ramowa dyrektywa wodna, ustawa Prawo wodne, zanieczyszczenie wód, substancje priorytetowe, substancje niebezpieczne, zasada łączonego podejścia

SUMMARY

The article discusses selected legal problems related to water pollution with chemical substances. The way in which the provisions of the new Water Law implement the European law regulations, which mainly consist of the Water Framework Directive and implementing acts, have been critically assessed. The European regulation is fragmented and the legal status is distracted and not very transparent. The implementing provisions of the Framework Directive focus on the issue of water quality standards, while the aspect of control and reduction of emissions goes to the background. The lack of full correlation between water quality standards and emission limit values limits the practical importance of the combined approach principle. These circumstances also influence the shape of Polish solutions, which are additionally characterized by lack of coherence and excessive rigor. This concerns primarily standardizing priority substances only in relation to quality standards and covering all priority substances with an absolute ban on their introduction, which is a promising target in European law. Generally, the provisions of the Act of 2017 lack precision and consistency in the delimitation of legal functions in European law attributed to hazardous substances and priority substances.

Keywords: water Framework Directive, Water Law, water pollution, priority substances, dangerous substances, the combined approach principle



Prof. dr hab. Irena Rzeplińska
Instytut Nauk Prawnych PAN
irenkarzeplinska@wp.pl

Dr Justyna Włodarczyk-Madejska
Instytut Nauk Prawnych PAN
wlodarczyk.madejska@gmail.com

Przestępczość cudzoziemców w Polsce na podstawie danych policyjnej statystyki przestępczości za lata 2013–2016

Abstrakt

W artykule prezentujemy analizę zbiorowości cudzoziemców podejrzanych o popełnienie przestępstwa w Polsce w latach 2013–2016, na podstawie policyjnej statystyki przestępczości. Analizujemy obywatelstwo podejrzanych cudzoziemców, płeć, strukturę ich przestępczości, miejsce popełnienia przestępstwa w podziale na województwa. Odwołujemy się do analizy zbioru danych w policyjnych statystykach przestępczości za lata 2004–2012. Podejrzani cudzoziemcy w Polsce, w latach 2013–2016 to 1% zbiorowości podejrzanych ogółem.

Abstract

The article presents an analysis of the foreigners population suspected of committed crimes in Poland in 2013–2016 years, on the basis of police crime statistics. We analyze the citizenship and sex of suspected foreigners, structure the crime they committed but also place where the crime was committed (divided into voivodships). We refer to the analysis in the set of crime police statistics for the 2004–2012 years. Suspected foreigners in Poland, in 2013–2016 years, was 1% of the total population of suspects.

Wstęp

Cudzoziemcy są zauważalnie obecni po 1989 r. na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a w ostatniej dekadzie wyraźnie obecni jako pracownicy. Bez cudzoziemskich pracowników niektóre z branż gospodarki, np. budownictwo, nie dałyby sobie rady z efektywnym wykonaniem kontraktów. Dziś wiemy, że cudzoziemcy będą z nami mieszkać – warto wiedzieć, w jaki sposób funkcjonują w polskim, ale coraz bardziej międzynarodowym społeczeństwie. Elementem tej wiedzy, tego obrazu mieszkających z nami cudzoziemców, jest poznanie rozmiarów, struktury i dynamiki popełnianych przez cudzoziemców, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przestępstw¹.

Prezentujemy obraz przestępczości cudzoziemców w Polsce na podstawie policyjnej statystyki przestępczości w latach 2013–2016. Decyzja, aby przedstawić obraz przestępczości cudzoziemców w świetle danych policyjnej statystyki od 2013 r. wynikała z jednego podstawowego powodu – w 2013 r. zmieniony został sposób rejestracji danych o podejrzanych o popełnienie przestępstw cudzoziemców. Zarządzenie nr 5 Komendanta Głównego Policji z dnia 31.01.2013 r. stanowi, iż źródłem informacji o charakterze statystycznym, za czas od 1.01.2013 r., jest System Analityczny, umożliwiający generowanie danych o przestępczości na podstawie danych Krajowego Systemu Informatycznego Policji, w którym, w przypadku przestępstwa wykrytego i rejestracji informacji o podejrzanym – pole z informacją o obywatelstwie musi zostać wypełnione w każdym przypadku. Rejestracja informacji o podejrzanym, do 2012 r. włącznie, nie zawierała obligacji wypełnienia pola: obywatelstwo podejrzanego. Analizując dane policyjnej statystyki przestępczości cudzoziemców, trzeba tę kwestię mieć na uwadze – za obrazowany w statystyce od 2013 r., w porównaniu z latami 2012, 2011 itd., wzrost podejrzanych cudzoziemców odpowiada, po pierwsze, rejestrowanie każdego podejrzanego cudzoziemca. Pokazanie obrazu przestępczości cudzoziemców na podstawie policyjnej statystyki przestępczości ma jeszcze jeden powód: na stronie Komendy Głównej Policji, w dziale statystyki, informacje o przestępczości cudzoziemców kończą się na 2012 roku².

Równorzędnym powodem pozostaje ciekawość badacza: w jakim zakresie i czy zmieniła się przestępczość cudzoziemców w Polsce po 2012 r., gdy

¹ A. Błaszczak, *Polska zawalczy o imigrantów*, „Rzeczpospolita”, 26.07.2018 r., s. A20.

² Okres wcześniejszy, lata 2004–2012, przedstawiliśmy w monografii: *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, pod red. W. Klause, K. Laskowskiej, I. Rzeplińskiej, Warszawa 2017, w rozdziale: I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce – na podstawie policyjnych statystyk przestępczości*. Opracowanie powstało w ramach projektu badawczego SIC – Modułowy Wielozadaniowy System Identyfikacji Cudzoziemców wraz z modułem analizy ryzyka ofiar przestępstwa handlu ludźmi (DOBR – BIO4/055/13127/2013).

weźmiemy pod uwagę rodzaje przestępstw i obywatelstwo podejrzanych o ich popełnienie.

Przestępczość cudzoziemców należąca do zbioru tzw. przestępczości granicznej jest rejestrowana w zbiorze danych statystycznych Komendy Głównej Straży Granicznej – tego zbioru tu nie analizujemy, przedmiotem artykułu pozostaje główna statystyka przestępczości – policyjna³.

Dane policyjnej statystyki przestępczości to dane o przestępczości ujawnionej – i tylko takiej przestępczości dotyczy prezentowana analiza. Nie mamy wiedzy o skali przestępczości nieujawnionej cudzoziemców – zdajemy sobie sprawę (jest to wiedza powszechna dla kryminologów), że są takie czyny przestępne cudzoziemców, gdzie pokrzywdzony, który ze względu na okoliczności i wzajemne ze sprawcą powiązania nie melduje o dokonanym przestępstwie.

Obywatelstwo podejrzanych cudzoziemców

Cudzoziemcy zarejestrowani jako podejrzani w policyjnej statystyce przestępczości w latach 2013–2016 są obywatelami 109 państw. Państw położonych na wszystkich kontynentach – od Europy, poprzez Azję i Afrykę, obie Ameryki, a na Australii kończąc. Najliczniejszą grupę podejrzanych stanowią, łącznie za cały okres lat 2013–2016, obywatele Ukrainy – 37% wszystkich podejrzanych cudzoziemców (15 103 osoby) w analizowanym, ww. okresie. Następnie kolejno – liczni, to ci, którzy występują jako podejrzani powyżej 200 razy: obywatele Białorusi, Bułgarii, Rumunii, Niemiec, Rosji, Litwy, Czech, Armenii, Słowacji, Gruzji, Łotwy oraz Włoch.

Po jednym podejrzany, w ciągu tych czterech lat, odnotowano obywateli państw: Brytyjskie Terytorium Oceanu Indyjskiego, Cypr, Czarnogóra, Gwinea Równikowa, Madagaskar, Mali, Sri Lanka, Tajlandia, Tanzania, Togo, Wybrzeże Kości Słoniowej, Zimbabwe.

Podejrzani o popełnienie przestępstw w Polsce, w latach 2013–2016, obywatele państw Unii Europejskiej łącznie stanowią ponad 1/3 wszystkich podejrzanych cudzoziemców w tym czasie.

Podejrzani obywatele państw spoza Unii Europejskiej, łącznie obywatele państw europejskich i spoza Europy – to 63% wszystkich podejrzanych cudzoziemców w latach 2013–2016. Zdecydowanie dominują w tej grupie obywatele

³ M. Perkowska zdefiniowała pojęcie „przestępczość graniczna” następująco: „...czyny zabronione, które są związane z przemieszczaniem podmiotów i przedmiotów przez granicę państwową, bez względu na to przeciwko jakiemu dobru prawem chronionemu (interes państwa czy interes jednostki) jest skierowany czyn”. M. Perkowska, *Dynamika i struktura przestępczości granicznej cudzoziemców w Polsce na podstawie danych statystycznych Komendy Głównej Straży Granicznej* [w:] *Przestępczość cudzoziemców...*, s. 119.

państw europejskich, stanowiąc w niej 88%, a są to obywatele: Ukrainy, Białorusi, Rosji. Znacznie mniej liczni to obywatele: Armenii, Gruzji, Mołdawii, Turcji. Pozostali to obywatele Albanii, Bośni i Hercegowiny, Serbii i Czarnogóry, Kosowa, Macedonii, Norwegii, Serbii, Szwajcarii, Islandii.

Wśród podejrzanych, w analizowanym okresie, zdecydowanie dominują, stanowiąc 93% wszystkich odnotowanych podejrzanych cudzoziemców, obywatele państw Europy.

Obywatele państw spoza Europy to 7% w stosunku do cudzoziemców podejrzanych ogółem, w tym ponad połowę stanowią obywatele państw Azji. Obywatele państw zaliczających się do grupy określanej jako kraje arabskie to 18%, a obywatele państw Afryki – 10%. Podejrzani o popełnienie przestępstwa w Polsce, ale mniej liczni niż wymienieni, są obywatele Ameryki Północnej, Kanady, Ameryki Południowej, Australii i dwóch podejrzanych obywateli Nowej Zelandii.

Wśród podejrzanych obywateli państw Afryki, najliczniejsi są Nigeryjczycy – co drugi podejrzany pochodzący z Afryki jest obywatelem Nigerii. Najliczniejsi w grupie państw azjatyckich są obywatele Chin – 176 oraz obywatele Wietnamu – 179 podejrzanych (w ciągu czterech lat). Po kilkudziesięciu podejrzanych to obywatele Indii, Kazachstanu i Pakistanu.

Obywatele państw Maghrebu oraz Bliskiego Wschodu (co określa się jako kraje arabskie) to po kilkadziesiąt osób (poniżej 50), w ciągu czterech analizowanych lat. Najliczniejsi są obywatele Egiptu, Tunezji, Algierii, obywateli Syrii odnotowano 14 w ciągu czterech lat gromadzenia danych.

Obywatele Ukrainy to najliczniejsza nacja obecna na terytorium Polski. W 2016 r. pracowało legalnie w Polsce 1 200 000 obywateli Ukrainy⁴. Około miliona według szacunków przebywa na terenie Polski i pracuje w sposób nieuregulowany. Gdyby przyjąć, że rocznie w latach 2013–2016, przebywało i pracowało legalnie na terenie Polski po 1 000 000 obywateli Ukrainy, to moglibyśmy powiedzieć, wyłącznie szacunkowo, że co dwusetny obywatel Ukrainy, przebywający legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, stał się podejrzany o popełnienie przestępstwa w Polsce. Dziś w Polsce w roku 2018 obok dominujących jako pracownicy obywateli Ukrainy „idą” obywatele Białorusi, Nepalu, Indii, Mołdawii, Bangladeszu⁵.

⁴ A. Paulukiewicz, Raport Narodowego Banku Polskiego 4.01.2017, https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/publikacje/rynek_pracy/index_pre.html [dostęp 25.07.2018].

⁵ A. Błaszczak, *Polska zawalczy o imigrantów...*, s. A20.

Cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstw na terenie Polski w latach 2013–2016

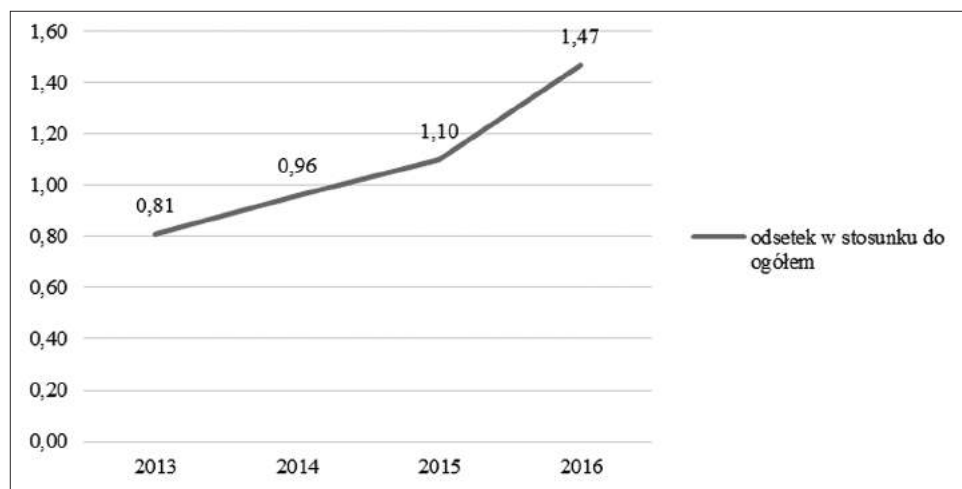
Jak już wspomnieliśmy, w latach 2013–2016 w statystykach policyjnych zostało zarejestrowanych 15 103 obywateli 109 państw (a zatem dwukrotnie więcej niż w latach 2004–2012) podejrzanych o popełnienie 10 292 przestępstw na terenie Polski. Różnorodność kraju pochodzenia, jak i rodzaj popełnionego czynu (łącznie 276 różnych kwalifikacji) wyklucza i niejako czyni niecelowym przeprowadzenie szczegółowych analiz. Stąd, chcąc pokazać fakty najbardziej istotne, analizy przeprowadzone w niniejszym artykule mają charakter wybiórczy. Wybór ten w pierwszej kolejności ograniczają rodzaj i zakres dostępnych danych. Dane te pochodzą tylko z jednego źródła, mianowicie statystyk policyjnych. Dają więc wiedzę na temat liczby osób, którym został przedstawiony zarzut popełnienia przestępstwa w odniesieniu do obywatelstwa, kwalifikacji prawnej czynu, płci sprawcy oraz miejsca rejestracji czynu. W dalszej kolejności wybór ten dotyczy zakresu prowadzonych analiz. Nie sposób opisać rodzaju przestępczości wszystkich cudzoziemców. Dlatego też skupiamy się jedynie na obywatelach krajów najbardziej widocznych w statystykach oraz tych, którzy pojawiają się zupełnie sporadycznie. Analizy te odnosimy do poprzedniej dekady, pamiętając, że rejestracja podejrzanych, od 2013 r., wymaga obowiązkowego wpisania obywatelstwa do kwestionariusza statystycznego – tego obowiązku nie zawierały formularze sprzed 2013 r. Pokazujemy w ten sposób szersze tło dla omawianego zagadnienia.

Słowem przypomnienia: mimo że liczba podejrzanych cudzoziemców w czteroletnim okresie wyniosła ponad 15 tys., to stanowi ona znikomy odsetek ogółu podejrzanych zarejestrowanych w tym czasie w statystyce policyjnej (czyli 1 432 423) – 1,05% w całym analizowanym okresie. Odsetek ten – jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli 1 – systematycznie wzrastał z roku na rok (co pokazuje również wykres 1). Był on również wyższy od tego zanotowanego dla danych z lat 2004–2012 (wahającego się dla skrajnych lat w przedziałach od 0,67% do 0,43%)⁶. Na zmiany w tym zakresie niewątpliwie wpływ miał odmienny sposób rejestracji tego typu zdarzeń.

⁶ I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce...*, s. 20–21.

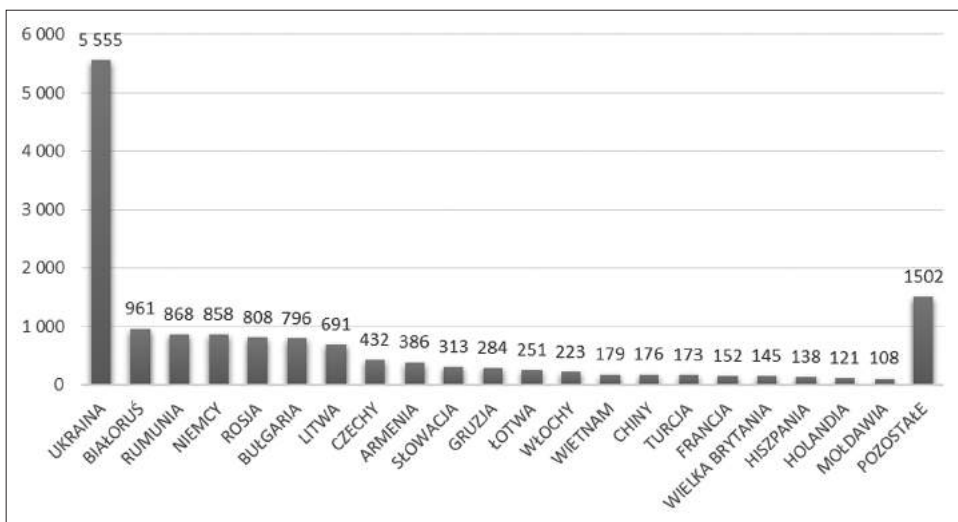
Tabela 1. Podejrzani cudzoziemcy w stosunku do podejrzanych ogółem w latach 2013–2016

Rok	Podejrzani ogółem	Podejrzani cudzoziemcy	Odsetek w stosunku do ogółem
2013	438 524	3 539	0,81
2014	362 820	3 488	0,96
2015	318 713	3 496	1,10
2016	312 366	4 580	1,47
Ogółem	1 432 423	15 103	1,05

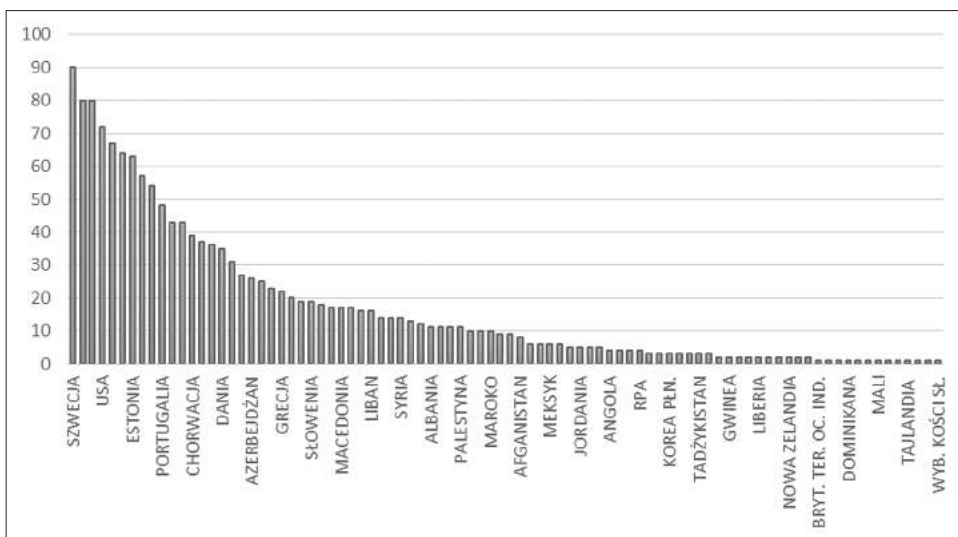
**Wykres 1.** Podejrzani cudzoziemcy w stosunku do ogółem podejrzanych w latach 2013–2016 (%)

Kto najczęściej popełnia przestępstwa na terenie Polski? Jak wynika z danych zamieszczonych na wykresie 2, w grupie tej wyraźnie dominującą pozycję zajmują obywatele Ukrainy. W analizowanym okresie byli oni notowani przez policję 5555 razy (tj. 36,8%), a zatem wielokrotnie częściej niż obywatele pozostałych państw. Dość silną grupę stanowią również obywatele Białorusi (961 razy, tj. 6,4%), Rumunii (868, tj. 5,8%), Niemiec (858, tj. 5,7%), Rosji (5,4%), Bułgarii (796, tj. 5,3%) i Litwy (691, tj. 4,6%). Zdecydowanie rzadziej w statystykach policyjnych pojawiali się obywatele Czech, Armenii, Słowacji, Gruzji, Łotwy czy Włoch, choć i oni byli notowani co najmniej dwieście razy. Obywatele pozostałych państw pojawiali się w statystykach sporadycznie i stanowili mniej niż 1,5% ogółu podejrzanych. W grupie tej zdecydowanie najrzadziej – jeden raz w ciągu

czterech lat – wystąpili obywatele: Brytyjskiego Terytorium Oceanu Indyjskiego, Cypru, Czarnogóry, Dominikany, Gwinei Równikowej, Madagaskaru, Mali, Singapuru, Sri Lanki (Cejlonu), Tajlandii (Syjamu), Tanzanii, Togo, Wybrzeża Kości Słoniowej.



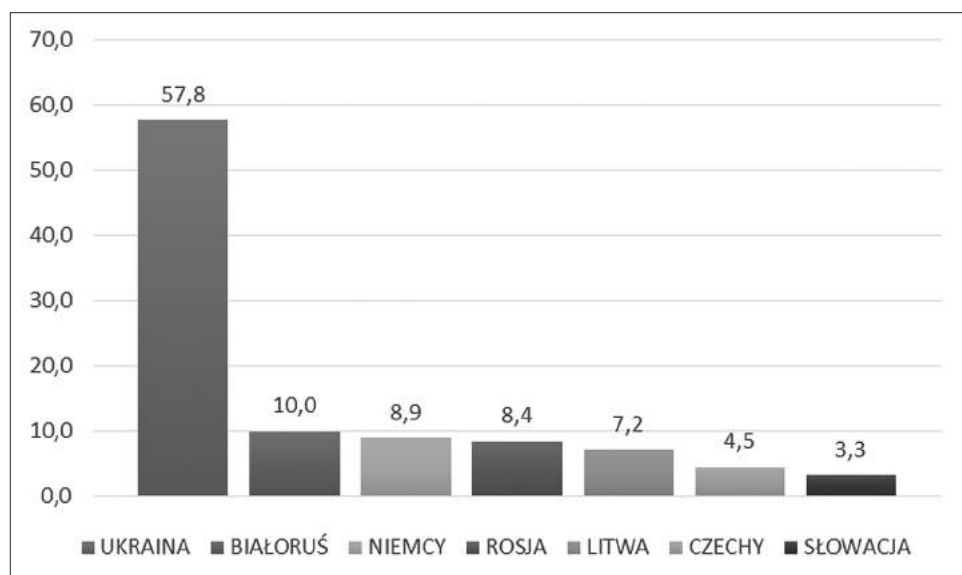
Wykres 2. Cudzoziemcy najczęściej podejrzani o popełnienie przestępstwa w Polsce w latach 2013–2016



Wykres 3. Cudzoziemcy najrzadziej podejrzani o popełnienie przestępstwa w Polsce w latach 2013–2016

Z uwagi na znaczną liczbę państw, których obywatele zostali zanotowani w rejestrze podejrzanych, nie sposób pokazać ich wszystkich w zgrabny sposób. Stąd na wykresie 2 prezentujemy tylko obywatele tych państw, którzy byli notowani co najmniej 100 razy. Dla zobrazowania pokazujemy również kategorię pozostałych obywatelstw. Jest ona dość liczna – kumuluje bowiem 1502 obywatele łącznie z 88 państw. Na wykresie 3 prezentujemy z kolei obywatele państw, którzy w statystykach policyjnych pojawili się nie więcej niż 100 razy.

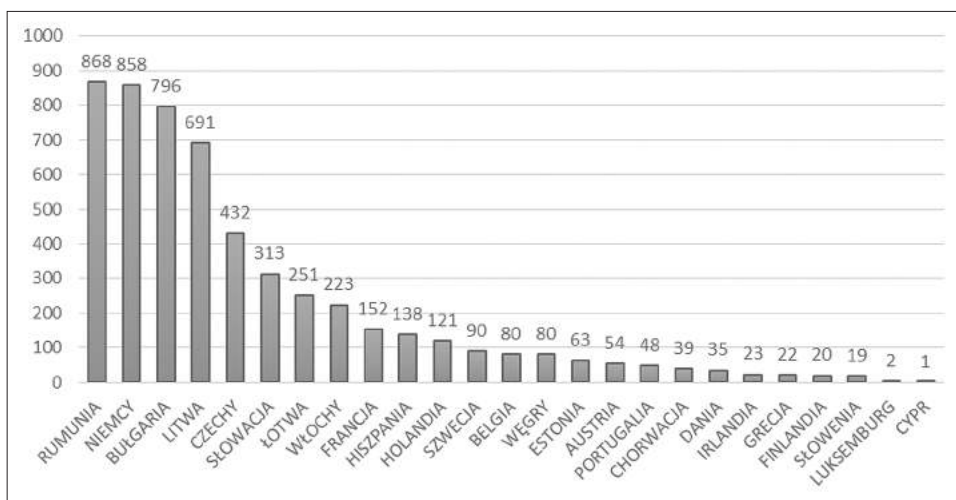
Bez wątplenia nasi graniczni sąsiedzi mają swój największy udział w grupie cudzoziemców podejrzanych o popełnienie przestępstwa (łącznie 9618, tj. 64%). Tak znaczny odsetek generują przede wszystkim obywatele Ukrainy z 58-proc. udziałem. Zdecydowanie rzadziej w przestępczy proceder angażują się obywatele Białorusi, Niemiec, Rosji czy Litwy. Obywatele Czech i Słowacji podejrzani o popełnienie przestępstwa na terenie Polski należą do rzadkości.



Wykres 4. Sąsiedzi Polski podejrzani o popełnienie przestępstwa w Polsce w latach 2013–2016 (%)

Co trzeci cudzoziemiec podejrzany o popełnienie przestępstwa na terenie Polski to obywatel państw członkowskich Unii Europejskiej (5419). W statystykach policyjnych wyróżniają się obywatele państw takich jak Rumunia, Niemcy, Bułgaria i Litwa – notowani najczęściej (łącznie 60%) – oraz obywatele Luksemburga i Cypru pojawiający się incydentalnie. Malta jako jedyny kraj Unii Europejskiej nie pojawiła się w statystykach policyjnych w analizowanym okresie.

Należy zauważyć, że odsetek obywateli państw Unii Europejskiej podejrzanych o popełnienie przestępstw na terenie Polski utrzymuje się na niemal stałym poziomie od 2004 roku.



Wykres 5. Obywatele państw UE podejrzani o popełnienie przestępstwa w Polsce w latach 2013–2016

Przestępczość cudzoziemców w latach 2013–2016

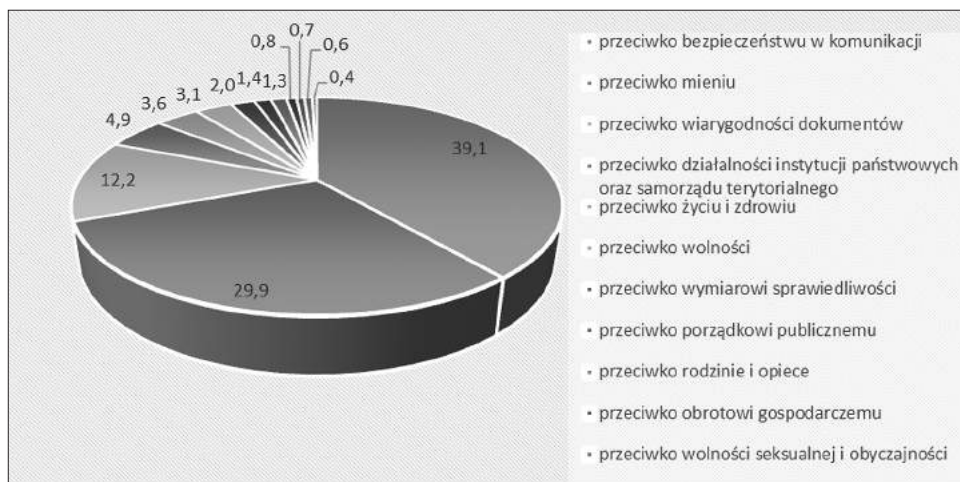
Czyny popełniane przez podejrzanych cudzoziemców w większości (85% – analogicznie do okresu 2004–2012⁷) były kwalifikowane z kodeksu karnego⁸ (por. tabela 2). Z uwagi na tak znaczny odsetek ten rodzaj przestępczości omawiamy bardziej wnikliwie.

Jak wynika z danych zamieszczonych na wykresie 6, najczęstszym powodem rejestracji cudzoziemców w statystykach policyjnych były trzy grupy przestępstw – skierowanych przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (39%), przeciwko mieniu (30%) oraz przeciwko wiarygodności dokumentów (12%) – stanowiące łącznie 81% ogółu czynów zakwalifikowanych z kodeksu karnego. Najczęstszym rodzajem przestępstw wpisujących się w ogólną kategorię

⁷ Por. Tamże, s. 30.

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600), dalej: k.k.

skierowanych przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji było prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu lub w stanie odurzenia (łącznie 2944 przypadki). W przestępczości przeciwko mieniu dominują kradzieże oraz oszustwa (odpowiednio 1150 i 381 przypadków). Z kolei przestępstwa skierowane przeciwko wiarygodności dokumentów to przede wszystkim te zakwalifikowane z art. 270 k.k., czyli podrabianie, przerabianie dokumentu i używanie go jako autentycznego. Pięć proc. stanowiły czyny przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego – najczęściej naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza oraz przekupstwo (odpowiednio 104 i 124 przypadki). Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu to 3% ogółu popełnionych (3,6% zakwalifikowanych z k.k.), przy czym ponad połowa z nich to bójki i pobicia. W analizowanym okresie cudzoziemcy byli podejrzani o dokonanie 15 zabójstw⁹, w tym 3 ze szczególnym okrucieństwem. Podobny udział miały przestępstwa przeciwko wolności. Pozostałe kategorie wymienione w k.k. stanowiły nie więcej niż 2% ogółu. Najrzadziej cudzoziemcy byli podejrzani o popełnienie przestępstw przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko obrotowi gospodarczemu (każda z wymienionych kategorii stanowiła mniej niż 1%).



Wykres 6. Rodzaj przestępstw, o których popełnienie podejrzani byli cudzoziemcy w latach 2013–2016 (%)

⁹ Podejrzani o te czyny byli obywatele Armenii, Bułgarii, Gwinei, Kirgistanu, Litwy, Niemiec, Rosji, Ukrainy.

Czyny popełniane przez obywateli państw pojawiających się najrzadziej w statystyce policyjnej (notowanych tylko jeden raz w analizowanym czteroletnim okresie) to niealimentacja (art. 209 § 1 k.k., obywatele Brytyjskiego Terytorium Oceanu Indyjskiego i Tanzanii), prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości (art. 178a § 1 k.k., obywatele Cypru), zniszczenie mienia ruchomego (art. 288 § 1 k.k., obywatele Czarnogóry), kradzież (art. 278 § 1 k.k., obywatele Madagaskaru i Singapuru), przywłaszczenie (art. 284 § 2 k.k., obywatele Tajlandii), posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 1 i 2 u.p.nark.¹⁰, obywatele Dominikany i Sri Lanki), oznaczanie towarów podrobionym znakiem towarowym (art. 305 ust. 1 Prawa własności przemysłowej¹¹, obywatele Gwinei Równikowej), zakłócenie przetargu publicznego (art. 305 § 1 k.k., obywatele Somalii).

Podstawą rejestracji cudzoziemców w statystykach policyjnych było również podejrzenie popełnienia przestępstw, o których mowa w innych ustawach – zwłaszcza ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii (blisko dwukrotnie wyższy odsetek udziału tego rodzaju przestępczości niż w latach 2004–2012¹²), prawie własności przemysłowej oraz kodeksie karnym skarbowym¹³. Pierwsza z nich stanowiła podstawę rejestracji 699 przypadków. Były to głównie czyny zdefiniowane w art. 55, a zatem: przywóz, wywóz, przewóz, wewnątrzspółnotowe nabycie, wewnątrzspółnotowa dostawa środków odurzających, substancji psychotropowych, nowych substancji psychoaktywnych lub słomy makowej i art. 62, czyli posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych. Przestępstw kwalifikowanych z ustawy prawo własności przemysłowej pojawiło się 373. Wszystkie dotyczyły sytuacji określonej w art. 305, tj. wprowadzania do obrotu towarów z podrobionym znakiem towarowym. Kodeks karny skarbowy natomiast był podstawą 273 rejestracji. Najczęściej, bo w 245 przypadkach były to czyny wymienione w art. 65, a zatem najogólniej mówiąc, przestępstwa akcyzowe.

Zdecydowanie najrzadziej, choć warto o tym wspomnieć, cudzoziemcy popełniali czyny wymienione w następujących ustawach: o rachunkowości¹⁴ (39 przypadków, w tym 31 z art. 79 ustawy), o produktach pochodzenia

¹⁰ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1030 z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 776).

¹² I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce...*, s. 24 (odsetek czynów z tej ustawy wynosił 3,6%).

¹³ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2226 z późn. zm.).

¹⁴ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 395 z późn. zm.).

zwierzęcego¹⁵ (25, a 24 z nich dotyczyły czynu z art. 25 ust. 5 ustawy, tj. wywożenia produktów pochodzenia zwierzęcego z terytorium Rzeczypospolitej Polski do państw trzecich środkami transportu, na które nie nałożono plomb), o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁶ (17 przypadków), ustawie prawo farmaceutyczne¹⁷ (17 przypadków dotyczących wprowadzenia do obrotu lub przechowywania w celu wprowadzenia do obrotu produktu leczniczego bez pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, tj. art. 124), ustawie o ochronie zwierząt¹⁸ oraz kodeksie spółek handlowych¹⁹ (odpowiednio 14 i 8 przypadków).

Tabela 2. Przepięstwa według kwalifikacji prawnej

Kwalifikacja prawna	N	%
Kodek karny (Ustawa z dn. 6.06.1997 r.)	8 767	85,2
Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii (z dn. 29.07.2005 r.)	699	6,8
Prawo własności przemysłowej (Ustawa z dn. 30.06.2000 r.)	373	3,6
Kodeks karny skarbowy (Ustawa z dn. 10.09.1999 r.)	273	2,7
Ustawa o rachunkowości (z dn. 29.09.1994 r.)	39	0,4
Ustawa o produktach pochodzenia zwierzęcego (z dn. 16.12.2005 r.)	25	0,2
Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (z dn. 4.02.1994 r.)	17	0,2
Prawo farmaceutyczne (Ustawa z dn. 6.09.2001 r.)	17	0,2
Ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych (z dn. 20.03.2009 r.)	15	0,1
Ustawa o ochronie zwierząt (z dn. 21.08.1997 r.)	14	0,1
Kodeks spółek handlowych (Ustawa z dn. 15.09.2000 r.)	8	0,1
Inne	45	0,4
Ogółem	10 292	100,0

¹⁵ Ustawa z dnia 16 grudnia 2005 r. o produktach pochodzenia zwierzęcego (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 242 z późn. zm.).

¹⁶ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1191 z późn. zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2211 z późn. zm.).

¹⁸ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1840 z późn. zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 z późn. zm.).

Dane zamieszczone na wykresie 6 jako pierwsze pozwalają zorientować się co do ogólnego trendu przestępczości cudzoziemców w Polsce. Nie dają jednak szczegółowej wiedzy dotyczącej przestępczości poszczególnych grup obywateli. Istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania jest natomiast uzyskanie odpowiedzi na pytanie, jakiego rodzaju czyny popełniają cudzoziemcy najbardziej widoczni w statystykach policyjnych. Innymi słowy, czy rodzaj przestępczości określa kraj pochodzenia? W analizowanej grupie znaleźli się więc obywatele: Ukrainy, Białorusi, Rumunii, Niemiec, Rosji, Bułgarii i Litwy. Analizy przeprowadzone w tej części artykułu dotyczą danych za lata 2013–2015. Jest to zatem okres krótszy od tego analizowanego w poprzednich fragmentach artykułu. Dlatego też wartości podawane w tym miejscu będą co do zasady niższe. Niniejsza analiza uwzględnia tylko 12 rodzajów popełnionych czynów. Kryterium doboru był fakt odnotowania danego czynu co najmniej 50 razy w statystyce policyjnej.

Przestępczość podejrzanych cudzoziemców z 7 analizowanych krajów znacząco nie odbiega od omawianego powyżej trendu dotyczącego ogółu podejrzanych cudzoziemców. Najbardziej charakterystycznym czynem stanowiącym podstawę rejestracji przez policję (średnio w co trzecim przypadku) było prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości. Choć ten rodzaj czynu plasuje się na pierwszym miejscu w niemal każdej grupie, to jak wynika z danych zamieszczonych w tabeli 3, także i tu widoczne są pewne różnice. Zdecydowanie najczęściej czynu tego dopuszczali się obywatele Niemiec – blisko co drugi, najrzadziej natomiast obywatele Rumunii (co dziesiąty).

O przestępstwo fałszowania dokumentu i używania go za autentyczny (art. 270 § 1 k.k.) najczęściej byli podejrzani nasi wschodni sąsiedzi – obywatele Ukrainy (w co piątym przypadku) i Białorusi (w co siódmym przypadku) oraz Rosji (w co szóstym przypadku). Sporadycznie natomiast fałszowanie dokumentu dotyczyło obywateli Bułgarii, Niemiec i Litwy – około 3%.

Przestępstwa akcyzowe (określone w art. 65 ust. 1 k.k.s.) – jak wynika z tabeli 3 – są charakterystyczne tylko dla jednej z analizowanych grup – Ukrainy (132 obywatele, tj. 4%).

Podejrzany o posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych (art. 62 ust. 1 u.p.nark.) to najczęściej obywatel Niemiec (co dziesiąty podejrzany w tej grupie). Dwukrotnie rzadziej o popełnienie tego czynu byli podejrzani obywatele Bułgarii i Rosji. W około 3% ten rodzaj przestępczości dotyczył obywateli Białorusi i Ukrainy, najrzadziej natomiast (w kilku przypadkach) – Litwy i Rumunii.

Podejrzani o nielegalne używanie znaku towarowego to przede wszystkim obywatele Bułgarii (co siódmy w tej grupie) oraz Rumunii (blisko co dziesiąty).

Podejrzanie o udział w bójce i pobiciu (art. 158 k.k.) pojawiło się tylko wobec 5 analizowanych krajów. Z całą pewnością, o czym już pisałyśmy, ten rodzaj

przestępczości pojawia się sporadycznie w odniesieniu do ogółu podejrzanych cudzoziemców – najczęściej jednak u obywateli Bułgarii i Rosji (w około 3%).

Spowodowanie wypadku komunikacyjnego (art. 177 § 1 k.k.) również rzadko stanowi podstawę rejestracji cudzoziemców w statystykach policyjnych. O popełnienie tego rodzaju czynu najczęściej byli podejrzani obywatele Niemiec (6,7%), najrzadziej obywatele Rumunii (1,4%).

Podejrzani o kradzież to zdecydowanie najczęściej obywatele Rumunii (co trzeci), nieco rzadziej obywatele Białorusi (co siódmy) i Rosji (co dziesiąty).

Przestępstwo kradzieży z włamaniem pojawia się w statystykach bardzo rzadko. Niemniej jednak stanowi podstawę rejestracji blisko 5% obywateli Rumunii, a zatem około dwukrotnie częściej niż obywateli pozostałych państw.

Obywatele Rumunii wyróżniają się na tle innych obywateli również częstością bycia podejrzanych o przestępstwo oszustwa. Oszustwo stanowiło podstawę rejestracji blisko co ósmego obywatela Rumunii, podczas gdy w innych grupach odsetki podejrzanych za ten rodzaj przestępczości nie przekraczały 4% (4,1% Niemcy, najrzadziej Ukraina – 1,6%).

Podejrzani o paserstwo umyślne (art. 291 k.k.) to przede wszystkim (w co czwartym przypadku) obywatele Litwy. Sporadycznie ten rodzaj przestępczości dotyczył obywateli Białorusi (2,8%), jeszcze rzadziej natomiast obywateli pozostałych państw.

Paserstwo nieumyślne w zasadzie nie różnicuje analizowanych grup. W każdej z nich pojawiało się ono bardzo sporadycznie (mniej niż 1%), choć nieco częściej wśród obywateli Ukrainy (2,4%).

Podsumowując tę część, można powiedzieć, że szczegółowa analiza podejrzanych cudzoziemców pokazuje pewne różnice co do rodzaju popełnianych przez nich czynów. Obywatele Białorusi to podejrzani głównie o prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, fałszowanie dokumentu i używanie go jako autentycznego oraz o kradzież (w latach 2004–2012 było to przede wszystkim fałszowanie dokumentów oraz wyrabianie i wprowadzanie do obrotu wyrobów tytoniowych²⁰). Obywatele Bułgarii to również podejrzani o prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, ale także o nielegalne używanie znaku towarowego. Obywatele Litwy również byli przede wszystkim podejrzani o prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, a dodatkowo o paserstwo umyślne. Wśród obywateli Niemiec zdecydowanie dominowało przestępstwo prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości, dość często pojawiało się również podejrzenie o posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych (w latach 2004–2012 na drugim miejscu znajdowały się przestępstwa akcyzowe²¹). Wśród

²⁰ Por. I. Rzeplińska, J. Włodarczyk-Madejska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce...*, s. 25.

²¹ Tamże.

Tabela 3. Przystępczość cudzoziemców najbardziej widocznych w statystykach w okresie 2013–2015

	Białoruś		Bułgaria		Litwa		Niemcy		Rosja		Rumunia		Ukraina	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Art. 178a § 1 kk	211	29,2	124	19,9	176	32,7	258	39,0	165	26,0	72	11,3	1042	32,0
Art. 270 § 1 kk	103	14,3	15	2,4	18	3,3	23	3,5	102	16,1	42	6,6	666	20,4
Art. 65 § 3 kks	2	0,3	0	0,0	1	0,2	1	0,2	1	0,2	0	0,0	132	4,0
Art. 62 ust. 1 u.p.nark.	19	2,6	37	5,9	3	0,6	61	9,2	37	5,8	2	0,3	84	2,6
Art. 305 ust. 1 Prawo własności przemysłowej	3	0,4	89	14,3	0	0,0	1	0,2	3	0,5	52	8,1	26	0,8
Art. 158 § 1 kk	3	0,4	19	3,0	0	0,0	0	0,0	20	3,1	6	0,9	54	1,7
Art. 177 § 1 kk	32	4,4	17	2,7	26	4,8	44	6,7	18	2,8	9	1,4	78	2,4
Art. 278 § 1 kk	109	15,1	37	5,9	33	6,1	29	4,4	65	10,2	173	27,0	274	8,4
Art. 279 § 1 kk	6	0,8	11	1,8	18	3,3	8	1,2	10	1,6	30	4,7	57	1,7
Art. 286 § 1 kk	23	3,2	25	4,0	21	3,9	27	4,1	3	0,5	84	13,1	52	1,6
Art. 291 § 1 kk	20	2,8	4	0,6	126	23,4	1	0,2	6	0,9	10	1,6	44	1,3
Art. 292 § 1 kk	3	0,4	5	0,8	1	0,2	0	0,0	2	0,3	2	0,3	79	2,4
Ogółem	722	100,0	624	100,0	538	100,0	661	100,0	635	100,0	640	100,0	3261	100,0

podejrzanych obywateli Rosji przeważali podejrzani o prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości, fałszowanie dokumentu, kradzież (w poprzednim okresie obok prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości oraz kradzieży pojawiało się przekupstwo²²). Obywatele Rumunii z kolei to przede wszystkim podejrzani o kradzież i oszustwo, ale również o prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości. W latach 2004–2012 były to przede wszystkim podejrzani dotyczące oznaczania produktów podrobionym znakiem towarowym lub obrót produktami oznaczonymi podrobionym znakiem towarowym²³. Dwie kolejne pozycje pokrywają się z tymi odnotowanymi w ciągu ostatnich czterech lat. U obywateli Ukrainy natomiast ponad połowa podejrzanych to ci, którzy prowadzili pojazd w stanie nietrzeźwości oraz fałszowali dokument i posługiwali się nim jako autentycznym. W okresie 2004–2012, obok prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości – najczęściej byli oni podejrzani o popełnienie przestępstw handlu towarami bez akcyzy. Dopiero na trzecim miejscu plasowało się fałszowanie dokumentów²⁴.

Płeć cudzoziemców popełniających przestępstwa na terenie Polski

Cudzoziemiec podejrzany o popełnienie przestępstwa na terenie Polski to przede wszystkim mężczyzna (ok. 90%). Kobiety stanowiły ok. 10% ogółu. Tendencja w tym zakresie utrzymywała się w całym analizowanym okresie i jest ona również spójna z danymi za poprzedni okres, tj. 2004–2012.

Tabela 4. Podejrzani cudzoziemcy w latach 2013–2016 według płci

Płeć	2013		2014		2015		2016	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Kobieta	371	10,48	338	9,69	314	8,98	416	9,08
Mężczyzna	3 168	89,52	3 150	90,31	3 182	91,02	4 164	90,92
Ogółem	3 539	100,00	3 488	100,00	3 496	100,00	4 580	100,00

Udział kobiet nie stanowi jednak wartości stałej i niezmiennej w każdej grupie obywateli. Wśród obywateli krajów takich, jak: Rumunia, Bułgaria, Słowacja,

²² Tamże.

²³ Tamże.

²⁴ Tamże, s. 25–26.

Chiny, Australia, Kanada, Mongolia, Brazylia ich udział był blisko dwukrotnie wyższy (i wynosił ok. 20%). Są również i takie kraje, w których ich udział był zdecydowanie sporadyczny, np. Litwa, Gruzja, Turcja, Francja, Belgia, Pakistan, Egipt, Tunezja (od 0 do 4%)²⁵.

Miejsce rejestracji przestępczości cudzoziemców – miejsce popełnienia czynu

Analiza jednostek rejestrujących przestępczość cudzoziemców pozwala zorientować się co do miejsca popełniania czynów. W co piątym przypadku właściwa była Komenda Stołeczna Policji w Warszawie, w co ósmym – KWP w Lublinie, w co dziesiątym natomiast – KWP w Rzeszowie. Można zatem powiedzieć, że regionem Polski najbardziej nasyconym przestępczością cudzoziemców jest województwo mazowieckie (łącznie KSP Warszawa i KWP Radom to 22,2% ogółu). Województwo to skupia więcej niż 1/5 ogółu podejrzanych cudzoziemców. Żaden inny region nie odznacza się tak wyraźnie w statystykach policyjnych. Różnica między dwiema kolejnymi jednostkami, tj. KWP Lublin i KWP Rzeszów jest znaczna (blisko 10 punktów procentowych). Dość widoczne są również: Podlaskie, Dolnośląskie, Lubuskie, Małopolskie, a także Śląskie z odsetkiem na poziomie 6–7%. Rzadziej – ok. 3–5% – przestępczość podejrzanych cudzoziemców była notowana w Wielkopolsce, w Łodzi, Szczecinie i Gdańsku. Sporadycznie natomiast jednostką rejestrującą były komendy w Kielcach, Opolu, Bydgoszczy czy Olsztynie (na poziomie 1–2%). Można zatem powiedzieć, że podobnie jak w analizach za lata 2004–2012 wyraźnie dominującą pozycję zajmuje województwo mazowieckie. Na drugim miejscu natomiast – choć ze znaczną różnicą procentową – znajdują się województwa lubelskie i podkarpackie. W tym ostatnim przypadku odsetek podejrzanych cudzoziemców w ostatnich czterech latach był wyższy niż w minionej dekadzie (o 3 punkty procentowe). Poza tym nie zaobserwowałyśmy generalnie większych zmian co do nasilenia przestępczością cudzoziemców w poszczególnych województwach.

Obywatele których państw są najczęściej podejrzani o popełnienie przestępstw w poszczególnych regionach Polski? W województwie mazowieckim (KSP Warszawa, KWP Radom) w analizowanym okresie zanotowano 3356 cudzoziemców z 85 różnych państw. Najczęściej – bo w 40% przypadków (tj. 1148) – podejrzany o popełnienie przestępstwa był obywatel Ukrainy. Żadne inne państwo nie pojawiło się tak licznie. Na drugim miejscu byli obywatele Rosji (217, tj. 8%), w dalszej kolejności natomiast obywatele Bułgarii i Gruzji (po około 7%), Białorusi (około 5%). Rejestracja obywateli pozostałych

²⁵ Tamże, s. 28–30.

państw w statystyce policyjnej sięgała poziomu nieprzekraczającego 5%. Najrzadziej – bo w pojedynczych przypadkach – w regionie tym byli notowani obywatele Brazylii, Gwinei Równikowej, Konga, Madagaskaru, RPA, Somalii, Sri Lanki, Togo, Wenezueli.

Tabela 5. Miejsce rejestracji czynu w latach 2013–2016

	N	%
KSP Warszawa	2 853	18,89
KWP Lublin	1 870	12,38
KWP Rzeszów	1 435	9,5
KWP Wrocław	1 053	6,97
KWP Kraków	1 025	6,79
KWP Białystok	1 011	6,69
KWP Gorzów Wlkp.	918	6,08
KWP Katowice	844	5,59
KWP Poznań	771	5,1
KWP Łódź	632	4,18
KWP Szczecin	525	3,48
KWP Radom	503	3,33
KWP Gdańsk	499	3,3
KWP Olsztyn	341	2,26
KWP Bydgoszcz	277	1,83
KWP Opole	249	1,65
Centralne Biuro Śledcze Policji (CBŚP)/ KGP Biuro Spraw Wewnętrznych	167	1,11
KWP Kielce	130	0,86
Razem	15 103	100,00

W województwie lubelskim zostało zarejestrowanych 1870 podejrzanych. Większość z nich (bo blisko 75%) to bezpośredni sąsiedzi graniczni. Ponad 60% ogółu (1201) to obywatele Ukrainy. Przeciętnie co dziesiąty podejrzany (225) to obywatel Białorusi. 7% podejrzanych stanowili również obywatele Rosji. Każde inne obywatelstwo pojawiało się mniej niż w 3% przypadków. W regionie tym incydentalnie byli notowani m.in. obywatele Kosowa, Czarnogóry, Cypru, Uzbekistanu, Estonii, Francji, Belgii i Austrii.

W województwie podkarpackim policja zanotowała 1435 podejrzanych cudzoziemców. Są to przede wszystkim (bo w 1170 przypadkach, czyli 82%) obywatele Ukrainy. Tak wysoki odsetek (wyższy niż w innych regionach) należy tłumaczyć bliskością terytorium. Podobnych wniosków nie można jednak wyciągnąć w stosunku do obywateli Słowacji. W KWP Rzeszów odnotowano bowiem 12 obywateli tego kraju podejrzanych o popełnienie przestępstwa na terenie Polski. 6% podejrzanych stanowili natomiast obywatele Rumunii. Pojedyncze przypadki to m.in. obywatele Chin, Serbii, Wietnamu, Izraela, Szwecji, Syrii, Maroka czy Omanu. W województwie tym możemy mówić o minimalnie wyższym odsetku podejrzanych cudzoziemców niż w latach 2004–2012 (o około 2 punkty procentowe).

W województwie dolnośląskim w rejestrze policji pojawiło się 1053 podejrzanych cudzoziemców. 38% z nich (tj. 397) to obywatele Ukrainy. Kolejne miejsce pod względem częstości odnotowań zajmują sąsiedzi graniczni – 120 obywateli Czech (tj. 11,4%) oraz 87 obywateli Niemiec (8,3%). Podobny odsetek (7,3%) generują obywatele Rumunii, 5,3% natomiast obywatele Bułgarii. Incydentalne przypadki dotyczyły m.in. obywateli Gwinei, Japonii, Koreańskiej Republiki Ludowo-Demokratycznej, Meksyku, Nepalu, Nowej Zelandii i Zimbabwe.

W województwie małopolskim zarejestrowano 1025 podejrzanych cudzoziemców. Także i w tym regionie przeważają obywatele Ukrainy (236, tj. 23%), choć ze zdecydowanie mniejszym odsetkiem. Drugie miejsce zajmują sąsiedzi graniczni – obywatele Słowacji (115, tj. 11,2%). Na dalszym pozycjach plasują się m.in. obywatele Rumunii (z odsetkiem 8,5%) oraz Wielkiej Brytanii (blisko 6%).

W województwie podlaskim liczba zarejestrowanych podejrzanych cudzoziemców wyniosła 1011. Najczęściej byli to bezpośredni sąsiedzi graniczni, a zatem obywatele Białorusi (w co trzecim przypadku) oraz Litwy (prawie w co trzecim przypadku). Co dziesiąty podejrzany to obywatel Rosji, co czternasty – obywatel Łotwy. W regionie tym obywatele Ukrainy stanowili mniej niż 5% ogółu. Incydentalne odnotowania dotyczyły m.in. obywateli Hiszpanii, Szwecji, Kanady, Egiptu czy Azerbejdżanu.

W województwie lubuskim w analizowanym okresie policja zarejestrowała 918 podejrzanych cudzoziemców. Najczęściej, bo w co piątym przypadku byli to sąsiedzi graniczni – Niemcy (178). Równie często podejrzanyimi byli obywatele Bułgarii (154, tj. 16,8%), Ukrainy (154, tj. 15,3%) i Litwy (110, tj. 12%). Blisko 8% ogółu podejrzanych stanowili również obywatele Białorusi i niemal tyle samo Rumunii. Odnotowani w statystykach tylko jeden raz byli m.in. obywatele Danii, Arabii Saudyjskiej, Libanu, Serbii i Czarnogóry czy Kolumbii.

W województwie śląskim policja zarejestrowała 844 podejrzanych. Również i w tym regionie dominowali obywatele Ukrainy (179, tj. 21,2%). 17-proc.

udział mieli sąsiedzi graniczni – obywatele Czech. Podobny odsetek (13%) stanowili obywatele Rumunii, 5–6% natomiast to obywatele Słowacji i Bułgarii. W pojedynczych przypadkach pojawiały się m.in.: Libia, Meksyk, Albania, Kamerun, Indie.

W województwie wielkopolskim na 771 zarejestrowanych podejrzanych cudzoziemców 294 (ponad 38%) było z Ukrainy. Obywatele żadnego innego kraju nie pojawili się tak licznie w statystykach. Dla przykładu, na drugim miejscu znaleźli się obywatele Niemiec i Litwy, z wynikiem 58 odnotowań dla każdego z nich (7,5%), a zatem pięciokrotnie niższym. Około 6–7% stanowili również obywatele Bułgarii i Rumunii. Najrzadziej w regionie tym notowana była przestępczość obywateli państw takich, jak np. Argentyna, Iran, Peru, Arabia Saudyjska.

W województwie łódzkim 1/3 podejrzanych cudzoziemców (632) stanowili obywatele Ukrainy. Co ósmy podejrzany to obywatel Rumunii. W regionie tym w analizowanym okresie zarejestrowano również 30 obywateli Armenii, 31 Białorusi, 32 Litwy i 37 Bułgarii. Każda z tych grup stanowiła około 5% ogółu. W regionie tym o popełnienie przestępstwa został podejrzany jeden obywatel Wybrzeża Kości Słoniowej, ale również m.in. Wenezueli i Konga.

W województwie zachodniopomorskim w analizowanym okresie zostało zarejestrowanych 525 podejrzanych cudzoziemców. Ponad 40% z nich to obywatele Niemiec, a zatem państwa graniczącego bezpośrednio. Dość licznie (bo w 18%) pojawili się tu również obywatele Ukrainy. Obywatele wszystkich pozostałych krajów byli notowani 20 razy (jak Litwa i Rumunia) oraz mniej. Najrzadziej w regionie tym rejestrowano obywateli m.in. Etiopii, Gwinei, Iranu.

Udział województwa pomorskiego w ogóle jednostek wojewódzkich policji rejestrujących przestępczość cudzoziemców to tylko 3%, tj. 499 podejrzanych, w tym najczęściej obywatele Ukrainy (blisko 33%). W rejestrze znalazło się również 58 obywateli Niemiec, 35 Rosji i 30 Szwecji. Notowania obywateli innych krajów nie przekroczyły 30 w całym analizowanym okresie.

W województwie warmińsko-mazurskim liczba zarejestrowanych podejrzanych cudzoziemców wyniosła 341. Niemal połowa z nich to bezpośredni sąsiedzi graniczni – obywatele Rosji. KWP Olsztyn zarejestrowała 32 obywateli Niemiec i dokładnie tylu samo obywateli Ukrainy. Rejestracja obywateli pozostałych państw była dość znikoma i nie przekraczała poziomu 25.

W województwie kujawsko-pomorskim, KWP w Bydgoszczy zarejestrowała 277 podejrzanych cudzoziemców, przy czym 1/3 z nich (94) to obywatele Ukrainy. W komendzie tej zarejestrowano również 33 obywateli Rumunii. Wszystkie pozostałe państwa pojawiały się bardzo rzadko (mniej niż 20 razy).

W województwie opolskim zarejestrowano 249 podejrzanych cudzoziemców. Niemal połowa z nich to obywatele Ukrainy (105). W analizowanym okresie zarejestrowano także 40 obywateli Czech, a zatem ponaddwukrotnie mniej

oraz 27 obywateli Niemiec. Obywatele pozostałych państw pojawiali się w statystykach sporadycznie (mniej niż 20 razy).

W województwie świętokrzyskim, mającym najmniejszy udział w rejestracji podejrzanych cudzoziemców, pojawiło się 130 cudzoziemców, w tym m.in. 35 obywateli Ukrainy, 30 obywateli Bułgarii, 13 obywateli Rumunii.

Dodatkowo w Centralnym Biurze Śledczym Policji zarejestrowano 167 cudzoziemców podejrzanych o popełnienie przestępstwa na terenie Polski. Byli to przede wszystkim obywatele Ukrainy (30), Bułgarii (20) oraz Armenii (16).

Zakończenie

Tematem niniejszego artykułu byli cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstwa na terenie Polski. Źródłem danych umożliwiających przeprowadzenie zamieszczonych analiz były statystyki Komendy Głównej Policji. Z całą pewnością jest to tylko jedno z wielu źródeł dostarczających wiedzy w tym zakresie, ale źródło podstawowe, informujące jaki jest obraz ilościowy i strukturalny cudzoziemców, którzy dopuścili się przestępstwa w Polsce.

Dobór źródła był świadomą decyzją autorkę opracowania. Po pierwsze, statystyki te rejestrują początek historii kontaktu obywateli innych państw z polską policją. Bez względu na rodzaj zakończonych postępowania, pozwalają odpowiedzieć na pytanie, wobec ilu cudzoziemców w momencie rejestracji istniało przypuszczenie, że dopuścili się oni czynu niezgodnego z prawem. Po drugie, artykuł ten pozwala zauważyć, jak zmiana sposobu rejestracji przestępczości cudzoziemców (właśnie na etapie policji) wpłynęła na jej obraz.

Na podstawie przeprowadzonej analizy można powiedzieć, że cudzoziemcy podejrzani o popełnienie przestępstw na terenie Polski są specyficzną grupą podejrzanych. Po pierwsze, stanowią znikomy odsetek ogółu (nieco ponad 1%). Podobnego wniosku z całą pewnością nie można postawić w odniesieniu do innych państw Unii Europejskiej. Dla przykładu w 2010 roku w Niemczech cudzoziemcy stanowili 21,9% wszystkich podejrzanych, w Austrii – 23,5%, w Belgii – 30,6%, we Włoszech – 31,9%, w Hiszpanii – 34%²⁶. Po drugie, czyny o których popełnienie w Polsce byli podejrzani obywatele innych państw również miały specyficzny charakter. Popełniali oni co do zasady przestępstwa z Kodeksu

²⁶ M.F. Aebi, G. Akdeniz, G. Barclay, C. Campistol, S. Caneppele, B. Gruszczynska, S. Harrendorf, M. Heiskanen, V. Hysi, Jörg-Martin J., A. Jokinen, A. Kensey, M. Killias, C.G. Lewis, E. Savona, P. Smit, R. Þórisdóttir, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Strasbourg 2017, s. 78, http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2018/03/Sourcebook2014_2nd_revised_printing_edition_20180308.pdf [dostęp 17.09.2018].

karnego (blisko 90%). Wśród nich przeważały te skierowane przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w tym przede wszystkim prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości. Równie często byli oni podejrzani o przestępstwa przeciwko mieniu (głównie kradzieże i oszustwa) oraz przeciwko wiarygodności dokumentów (zwłaszcza podrabianie dokumentu i używanie go jako autentycznego). Niniejszy artykuł pokazuje jednak, że obywatele poszczególnych państw w różnym stopniu wpisują się w ten ogólny trend. Przykładowo obywatele Ukrainy to przede wszystkim podejrzani o fałszowanie dokumentów i przestępstwa akcyzowe, obywatele Niemiec natomiast najczęściej notowani byli z powodu prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości oraz posiadanie narkotyków. Przestępczość ta – o czym świadczy porównanie analiz z lat 2004–2012 z okresem 2013–2016 – się zmienia.

Z przeprowadzonych analiz wynika, że cudzoziemiec podejrzany o popełnienie przestępstwa na terenie Polski to głównie obywatel Ukrainy (blisko 40% ogółu). Tendencja w tym zakresie pozostaje niezmienna od 2004 roku. Mimo że inne państwa również dość wyraźnie pojawiają się w statystykach (np. Białoruś, Rumunia, Niemcy, Rosja, Bułgaria, Litwa), to żadne z nich, nie aż tak licznie (każde od 4 do 6%). Sąsiedzi Polski, w naturalny sposób, najłatwiej przekraczają granice i mają tutaj swoje interesy: przyjeżdżają po zakupy, do pracy, na studia, ale także handlując towarami bez akcyzy, jak alkohol i papierosy.

Poza Białorusią, Ukrainą i Rosją, sąsiedzi Polski to członkowie Unii Europejskiej – należą do grupy podejrzanych obywateli państw Unii Europejskiej, którzy łącznie stanowią ok. 33%. Udział granicznych sąsiadów Polski w ogóle podejrzanych cudzoziemców to 64%, przy dominującym udziale obywateli Ukrainy jako podejrzanych.

Również mimo stałego trendu co do udziału kobiet w ogóle podejrzanych cudzoziemców, z różnych krajów udział ten przyjmuje różne wartości. O ile co do zasady stanowią one 10% ogółu, tak obywatelki niektórych krajów angażują się dwukrotnie częściej (jak np. Rumunii, Bułgarii, Słowacji, Chin, Australii, Kanady, Mongolii i Brazylii), z innych z kolei nie pojawiają się one w ogóle lub w znikomym odsetku (np. Litwy, Gruzji, Turcji, Francji, Belgii, Pakistanu, Egiptu, Tunezji).

Przyglądając się przestępczości cudzoziemców w Polsce, tej formalnie zarejestrowanej, w latach 2013–2016, nasuwa się kilka spostrzeżeń: niski poziom przestępstw skierowanych przeciwko osobie, znaczący udział przestępstwa kradzieży zwykłej oraz pierwsze miejsce (to tak samo jak w dekadzie 2004–2012) dla przestępstwa prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości. Ten ostatni rodzaj zachowania świadczy o pewnym rozprężeniu i braku poszanowania dla norm, braku poszanowania dla bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Badania akt spraw karnych cudzoziemców skazanych za przestępstwo przekupstwa, wskazują, że wręczanie łapówki funkcjonariuszowi bardzo często miało miejsce

przy zatrzymaniu i stwierdzeniu, że prowadzący pojazd cudzoziemiec był w stanie nietrzeźwości. Tłumaczeniem cudzoziemca, szczególnie sąsiada zza wschodniej granicy, było przekonanie, że „sprawę” da się załatwić przez wręczenie pieniędzy funkcjonariuszowi, a poza tym, że jest to równoznaczne z zapłaceniem mandatu²⁷.

Powszechne w świecie współczesnym przemieszczanie się ludzi, migracje, a w Europie łatwość podróżowania bez wiz – to okoliczności, w których migrujący cudzoziemcy mogą popełnić przestępstwo, a niektórzy zdecydowani są, przyjeżdżając do innego kraju, że w celu uzyskania korzyści majątkowej, przestępstwo popełnią. Ze względu na bezpieczeństwo państwa i celowość orientacji w rodzaju i zakresie popełnianych przez cudzoziemców przestępstw – policyjne statystyki tej przestępczości powinny być analizowane.

²⁷ I. Rzeplińska, *Cudzoziemcy – sprawcy przestępstwa przekupstwa na terenie Polski*, „Archiwum Kryminologii” 2016, t. XXXVIII, s.175–191.

Bibliografia

Wykaz aktów prawnych

- Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1191 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 395 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1840 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2226 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 776 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1577 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 2211 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1030 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 16 grudnia 2005 r. o produktach pochodzenia zwierzęcego (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 242 z późn. zm.).

Literatura

- Aebi M.F., Akdeniz G., Barclay G., Campistol C., Caneppele S., Gruszczyńska B., Harrendorf S., Heiskanen M., Hysi V., Jörg-Martin J., Jokinen A., Kensey A., Killias M., Lewis C.G., Savona E., Smit P., Þórisdóttir R., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Strasbourg 2017, http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2018/03/Sourcebook2014_2nd_revised_printing_edition_20180308.pdf [dostęp 17.09.2018].
- Błaszczak A., *Polska zawalczy o imigrantów*, „Rzeczpospolita”, 26.07.2018 r.
- Paulukiewicz A., Raport Narodowego Banku Polskiego 4.01.2017, https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/publikacje/rynek_pracy/index_pre.html [dostęp 25.07.2018].

- Perkowska M., *Dynamika i struktura przestępczości granicznej cudzoziemców w Polsce na podstawie danych statystycznych Komendy Głównej Straży Granicznej* [w:] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, pod red. W. Klause, K. Laskowskiej, I. Rzeplińskiej, Warszawa 2017.
- Rzeplińska I., *Cudzoziemcy – sprawcy przestępstwa przekupstwa na terenie Polski*, „Archiwum Kryminologii” 2016, t. XXXVIII.
- Rzeplińska I., Włodarczyk-Madejska J., *Przestępczość cudzoziemców w Polsce – na podstawie policyjnych statystyk przestępczości* [w:] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, pod red. W. Klause, K. Laskowskiej, I. Rzeplińskiej, Warszawa 2017.

STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu jest analiza przestępczości cudzoziemców w Polsce na podstawie policyjnej statystyki przestępczości za lata 2013–2016. Na ten obraz przestępczości cudzoziemców rzutuje jedna poważna zmiana w stosunku do danych w policyjnej statystyce przestępczości w latach przed 2013 rokiem: od 2013 roku wypełnienie w kwestionariuszu statystycznym pola: „obywatelstwo podejrzanego” jest obligatoryjne.

Cudzoziemcy zarejestrowani jako podejrzeni w policyjnej statystyce przestępczości, w latach 2013–2016 są obywatelami 109 państw i stanowią 1% podejrzanym ogółem. Dominują – 64% – obywatele państw sąsiednich, graniczących z Polską, wśród których zdecydowaną większość stanowią obywatele Ukrainy.

Najczęstszym powodem rejestracji cudzoziemców w statystykach policyjnych były trzy grupy przestępstw: skierowanych przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (39%), przeciwko mieniu (30%) oraz przeciwko wiarygodności dokumentów (12%). Najczęstszym rodzajem przestępstwa w kategorii przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji było: prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu lub w stanie odurzenia. Podejrzeni cudzoziemcy, w znaczącej liczbie, z tendencją wzrostową od dekady 2004–2012, byli rejestrowani za przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Najbardziej nasyconym przestępczością cudzoziemców regionem Polski jest województwo mazowieckie, a następnie województwa graniczne: lubelskie, podkarpackie, dolnośląskie, małopolskie, podlaskie, lubuskie. Sprawcami są mężczyźni – kobiety cudzoziemki to 10% ogółu podejrzanym cudzoziemców.

Słowa kluczowe: przestępczość cudzoziemców w Polsce, obywatelstwo podejrzanym cudzoziemców, struktura przestępczości, płeć, regionalizacja przestępczości cudzoziemców

SUMMARY

The subject of the article is the analysis of crimes committed by foreigners in Poland, based on police crime statistics for the 2013–2016 years. One serious change affects this image of foreigners' crimes in relations to data in police crimes statistics in the years before 2013. From 2013 year it is an obligation to fill in the statistical questionnaire the field: „citizenship of the suspect”.

Foreigners registered as suspects in police crimes statistics, in the 2013–2016 years are citizens of 109 countries and constitute 1% of all suspects. This group was dominated by 64% of the citizens of neighboring countries bordering on Poland, the majority of whom are Ukrainian citizens.

The most common reasons for the registration of foreigners in police statistics were three groups of offenses: against communication security (39%), against property (30%) and against credibility of documents (12%). Generally, main type of crime in the category against security in communication was driving under the influence of alcohol or being in a intoxication state. A significant number, with a raising trend, were also foreigners registered for crimes committed under the act on counteracting drug addiction. The most severe of foreigners crime region was: masovian district but also Lublin, Podkarpackie and Silesian districts. The perpetrators are men – foreigners women are 10% of all suspected foreigners.

Keywords: crime of foreigners in Poland, citizenship of suspected foreigners, crime structure, sex, regionalization of foreigners crime



Mgr Jarosław Tekliński
Instytut Nauk Prawnych PAN
jteklinski132@wp.pl

Podstawy obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności

Abstrakt

Jedną z podstawowych zasad prawa karnego wykonawczego jest zasada bezwzględności wszczęcia postępowania wykonawczego (art. 9 § 1 k.k.w.).

Bezwzględne wykonanie orzeczenia, szczególnie tego, które stanowi o bezwzględnej karze pozbawienia wolności, służy realizacji zasady humanitaryzmu i poszanowania godności ludzkiej skazanego (art. 4 § 1 k.k.w.).

Odroczenie wykonania kary jest jednym z nielicznych odstępstw od zasady wyrażonej w art. 9 § 1 k.k.w., przy czym zważywszy na jej wyjątkowy charakter, przepisy statuujące ustawowe przesłanki jej stosowania nie podlegają wykładni rozszerzającej. Dzieje się tak za sprawą tego, że odroczenie wykonania kary bez istnienia ważkich przyczyn narusza zarówno wspomnianą zasadę bezwzględnego wykonania wyroku, jak i konstytucyjną zasadę osądzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), czy rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie (art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności).

Niniejszy artykuł stanowi próbę kompleksowego spojrzenia na problematykę materialnych podstaw obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności. Analiza obowiązującego porządku prawnego, przeprowadzona przez pryzmat oceny zarówno orzecznictwa, jak i poglądów doktryny, doprowadza autora do konkluzji, że obecna regulacja jest wadliwa i *de lege ferenda* wymaga pilnych zmian, w kierunku przez niego zaproponowanym.

Abstract

One of the basic principles of executive criminal law is the principle of immediate enforcement proceedings (art. 9 § 1 k.k.w.). Immediate enforcement of the verdict, especially the one which provides for the absolute penalty of imprisonment, is for the implementation of the principle of humanity and respect for the human dignity of the convicted person (art. 4 § 1 k.w.w.).

Postponement of the execution of a sentence is one of the few exceptions to the rule expressed in art. 9 § 1 k.k.w., however, considering its exceptional character, provisions stating the statutory conditions for its application are not subject to an extended interpretation. This is due to the fact that postponing the execution of a penalty without serious grounds violates both the aforementioned principle of immediate enforcement of the sentence and the constitutional principle of trial without unreasonable delay (article 45 section 1 of the Constitution of the Republic of Poland) or consideration of the case within a reasonable period (article 6 section 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

This article is an attempt to look at the issue of material basis for obligatory postponement of imprisonment. The analysis of the current legal order, carried out through the prism of assessing both case-law and doctrinal views, leads the author to the conclusion that the current regulation is flawed and *de lege ferenda* requires urgent changes in the direction proposed by him.

1. Uwagi wstępne

Jedną z podstawowych zasad prawa karnego wykonawczego jest wyrażona w art. 9 § 1 k.k.w. zasada bezzwłocznego wszczęcia postępowania wykonawczego, gdy orzeczenie stało się wykonalne. Jej rozwinięcie następuje w § 2 przez dyspozycję, że m.in. wyrok staje się wykonalny z chwilą uprawomocnienia, chyba że ustawa stanowi inaczej, jak i przez stwierdzenie (§ 3), że postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym stają się wykonalne z chwilą wydania, chyba że ustawa stanowi inaczej lub sąd wydający postanowienie albo powołany do rozpoznania zażalenia wstrzymają jego wykonanie.

Z drugiej strony, jednym z nielicznych odstępstw od zasady bezzwłocznego wykonania kary jest instytucja jej odroczenia, której przesłanki stosowania określają przepisy art. 150 k.k.w. i art. 151 k.k.w.

W myśl tego pierwszego odroczenia następuje do czasu ustania przeszkody, wówczas gdy wykonanie kary pozbawienia wolności jest niemożliwe z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby (§ 1), przy czym ciężka choroba definiowana jest (§ 2) jako taki stan skazanego, w którym umieszczenie

go w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo.

Zgodnie zaś z art. 151 § 1 k.k.w. sąd może odroczyć wykonanie kary pozbawienia wolności na okres do roku, jeżeli jej natychmiastowe wykonanie pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki¹, a w przypadku kobiet ciężarnych lub osób samotnie sprawujących opiekę nad dzieckiem, na okres do 3 lat po urodzeniu dziecka. Może ono również nastąpić w przypadku kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze do roku, jeżeli liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekracza w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów, z wyłączeniem skazanych za przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby jej użycia; określonych w art. 64 § 1 i 2 i art. 65 k.k., a także skazanych za czyny z art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych (§ 2).

Z powyższego wynika, że podstawę obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności stanowi na tyle ciężki stan zdrowia skazanego, który uniemożliwia mu, pomimo przysługujących gwarancji w zakresie ochrony zdrowia, odbycie tej kary. Nie jest to zatem obligatoryjność całkowicie bezwzględna, bo nie zależy od zupełnie obiektywnych warunków, a obligatoryjność zwykle określana mianem obligatoryjności względnej². Samo bowiem ustalenie istnienia choroby psychicznej lub somatycznej nie determinuje decyzji sądu, która uzależniona jest dodatkowo od uznania, że stan zdrowia skazanego jest na tyle ciężki, że odizolowanie go od społeczeństwa może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo.

Omawiana instytucja nie ma zbyt szerokiego zastosowania, o czym świadczą dane statystyczne jej dotyczące. Ma jednak duże znaczenie praktyczne, ponieważ prowadzi nie tylko do okresowego niewykonania kary pozbawienia wolności, lecz także dzięki art. 152 k.k.w. do całkowitego uniknięcia odbywania kary bezwzględnej pozbawienia wolności.

Przechodząc do danych statystycznych: przykładowo w 2015 r. skazano na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania – 33 952 osoby, zaś w 2016 r. – 43 695³. Przy uwzględnieniu osób, które powinny być osadzone w zakładzie karnym z uwagi na: zarządzenie wykonania zastępczych kar pozbawienia wolności, w miejsce nieuiszczonych kar grzywnien (37 835 w 2015 r. i 36 422 w 2016 r.) i ograniczenia wolności (10 624 w 2015 r.

¹ Mogą to być skutki różne, ale wśród nich także skutki w stanie zdrowia, które nie są aż tak poważne jak te, które są określone w art. 150 § 2 k.k.w. (zagrożenie życia lub spowodowanie poważnego niebezpieczeństwa dla zdrowia).

² Ilekroć w dalszym ciągu niniejszego opracowania używany będzie termin „odroczenie obligatoryjne”, będzie chodziło w rzeczywistości o „odroczenie względnie obligatoryjne”.

³ *Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych 2012–2016*, ed. II, Warszawa 2017, s. 23.

i 12 262 w 2016 r.); zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności, której wykonanie wcześniej warunkowo zawieszono (33 862 w 2015 r. i 30 375 w 2016 r.), jak i odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia (5896 w 2015 r. i 4900 w 2016 r.), otrzymamy odpowiednio: 122 169 osób w 2015 r. i 127 654 osoby w 2016 r.⁴

W 2015 r. odroczone wykonanie kary w trybie art. 150 § 1 k.k.w. w 681 przypadkach (co stanowi 0,55% ogółu populacji osób, które powinny być osadzone w zakładzie karnym), zaś w trybie art. 151 k.k.w. w 7942 przypadkach (6,5%). W 2016 r. odpowiednio w: 776 (0,6%) i 6123 (4,79%) przypadkach⁵. Powyższe dane świadczą o wyjątkowym, mając na uwadze zakres zastosowania, charakterze tak obligatoryjnego, jak i fakultatywnego odroczenia wykonania kary, aczkolwiek w przypadku tego drugiego, procentowy udział osób z niego korzystających do populacji osób, które powinny być osadzone w jednostkach penitencjarnych, jest stosunkowo wysoki.

Kluczowe dla zastosowania lub niezastosowania wobec skazanego zarówno obligatoryjnego, jak i fakultatywnego odroczenia wykonania kary jest dokonanie przez sąd oceny, czy w warunkach więziennych stan zdrowia skazanego nie ulegnie określonemu w ustawie pogorszeniu. Ocena sądu będzie zależała od dwóch czynników. Po pierwsze od stworzonej przez prawo instytucjonalnej możliwości ochrony zdrowia skazanego. Po drugie od praktycznej zdolności systemu penitencjarnego, aby te możliwości wdrożyć.

Gdy chodzi o te pierwsze, to należy stwierdzić, że obowiązujące regulacje prawne otwierają duże możliwości świadczenia opieki zdrowotnej w warunkach izolacji penitencjarnej bez konieczności uciekania się m.in. do wspomnianej tu instytucji, która notabene, wpisuje się w realizację obowiązku nałożonego na organy sądowe, a dotyczącego ochrony zdrowia osób skazanych⁶.

Wypada zacząć od tego, że zgodnie z określonym w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP prawem człowieka do ochrony zdrowia władze publiczne, niezależnie od sytuacji materialnej jednostki, muszą zapewnić jej dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, na warunkach i w zakresie określonym ustawą (ust. 2).

W odniesieniu do ochrony zdrowia osób osadzonych w jednostkach penitencjarnych to rozwinięcie tej gwarancji następuje m.in. w ustawie z dnia

⁴ Źródło: Dane statystyczne zawarte w sprawozdaniach MS-S10 sądów rejonowych i okręgowych za lata 2015 i 2016, udostępnione autorowi przez Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości. Obliczenia własne autora.

⁵ Jw. Obliczenia własne autora.

⁶ Zob. szerzej K. Postulski, *Stan zdrowia skazanego w aspekcie zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8, s. 164.

9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej⁷. W art. 2 ust. 2 tej ustawy czytamy, że do podstawowych zadań Służby Więziennej należy na przykład: prowadzenie oddziaływań penitencjarnych i resocjalizacyjnych wobec skazanych, przez m.in. organizowanie specjalistycznych oddziaływań terapeutycznych, zapewnienie przestrzegania ich praw, w tym opieki zdrowotnej oraz zapewnienie w jednostkach penitencjarnych porządku i bezpieczeństwa. Jednocześnie ustawa dopuszcza możliwość działania podmiotów leczniczych w ramach zakładów karnych i aresztów śledczych (art. 8 ust. 2 i 3).

Z obowiązkami nałożonymi na Służbę Więzienną sprzężone są uprawnienia skazanych. Podstawowe w tym zakresie regulacje zawierają przepisy art. 102 pkt 1 k.k.w. i art. 115 k.k.w. W myśl pierwszego skazany ma prawo, ze względu na zachowanie zdrowia, do odpowiedniego: wyżywienia, odzieży, warunków bytowych, pomieszczeń, świadczeń zdrowotnych oraz warunków higieny. Drugi zaś przepis przyznaje skazanym prawo do bezpłatnych świadczeń zdrowotnych, leków i artykułów sanitarnych (§ 1), wyłączając prawo do wyboru (§ 1a):

- lekarza i pielęgniarki ambulatorium z izbą chorych;
- lekarza, pielęgniarki i położnej podstawowej opieki zdrowotnej, określonych w ustawie z dnia 27 października 2017 r. o podstawowej opiece zdrowotnej⁸;
- świadczeniodawcy udzielającego ambulatoryjnych świadczeń opieki zdrowotnej, lekarza dentystry oraz szpitala, określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁹.

Wyłączenie to nie ma charakteru bezwzględnego, albowiem w szczególności uzasadnionych sytuacjach, za zgodą dyrektora zakładu karnego i po uzyskaniu opinii lekarza zakładu, skazany może korzystać na swój koszt z wybranego przez siebie lekarza lub innego podmiotu leczniczego oraz z dodatkowych leków i innych wyrobów medycznych (§ 6).

Skazany ma również prawo do bezpłatnych protez, przedmiotów ortopedycznych i środków pomocniczych, o ile ich brak mógłby pogorszyć jego stan

⁷ Tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1542. Zob. również rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z: 14 czerwca 2012 r. w sprawie udzielania świadczeń zdrowotnych przez podmioty lecznicze dla osób pozbawionych wolności (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 2131) i 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. z 29.12.2016 r., poz. 2231).

⁸ Tj. Dz.U. z 2019 r., poz. 357.

⁹ Tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1510 ze zm. W orzecznictwie trafnie zauważono, że zadanie więziennej służby zdrowia nie sprowadza się do zaspokajania dowolnych, często wygórowanych oczekiwań osadzonych, a jedynie do utrzymania ich zdrowia w stanie niepogorszonym – tak post. SA w Katowicach z 24.07.2002 r., II AKz 659/02, OSA 2003/2/11.

zdrowia lub uniemożliwić odbywanie kary pozbawienia wolności. W pozostałych przypadkach prawo to przysługuje odpłatnie (§ 2)¹⁰.

Regułą jest, że świadczenia zdrowotne udzielane są przez podmioty lecznicze przeznaczone do leczenia osób pozbawionych wolności (§ 4). Brak takiej możliwości, w szczególności, gdy zachodzi konieczność natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych z uwagi na zagrożenie życia lub zdrowia skazanego, poddania go specjalistycznym badaniom, leczeniu lub rehabilitacji oraz zapewnienia świadczeń zdrowotnych skazanemu, korzystającemu z przepustki lub czasowego zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego otwiera dopuszczalność udzielenia świadczeń zdrowotnych przez pozawięzienne podmioty lecznicze (§ 5 art. 115 k.k.w.)¹¹.

Szczególne regulacje w zakresie ochrony zdrowia dotyczą kobiet ciężarnych lub karmiących dziecko oraz skazanych wymienionych w art. 96 § 1 k.k.w.

Z mocy art. 87 § 3 k.k.w. kobietom ciężarnym lub karmiącym dziecko administracja zakładu ma obowiązek zapewnienia opieki specjalistycznej, pod której pojęciem kryje się opieka: ginekologiczna, położnicza i doradztwo laktacyjne¹². W myśl zaś § 4 art. 87 k.k.w. na życzenie skazanej matki, może być ona umieszczona wraz z dzieckiem do ukończenia przez nie trzeciego roku życia, w domu dla matki i dziecka, o ile względy wychowawcze lub zdrowotne, wsparte opinią lekarza albo psychologa, nie przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki. Skierowanie do takiego domu ma na celu umożliwienie matce sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem. Wspomniane wyżej względy mogą również przemawiać tak za przedłużeniem, jak i za skróceniem okresu pobytu w domu. Podjęcie ww. decyzji wymaga zgody sądu opiekuńczego¹³.

¹⁰ Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13 listopada 2003 r. w sprawie warunków i sposobu zaopatrzenia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych w protezy, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze (Dz.U. z 2.12.2003 r., Nr 204, poz. 1986).

¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia z 9 maja 2012 r. w sprawie szczegółowych warunków, zakresu i trybu współdziałania podmiotów leczniczych z podmiotami leczniczymi dla osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności (Dz.U. z 18.05.2012 r., poz. 547).

¹² J. Lachowski [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. tegoż, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 417.

¹³ Zob. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek (Dz.U. z 8.10.2003 r., Nr 175, poz. 1709). Zgodnie z załącznikiem nr 1 do rozporządzenia w Polsce funkcjonują dwa domy dla skazanych matek z dziećmi: przy Zakładzie Karnym Nr 1 w Grudziądzu i przy Zakładzie Karnym w Krzywańcu. Także zob. § 28 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego... – przypis 7, zgodnie z którym w przypadku kobiet ciężarnych

Przepis art. 96 § 1 k.k.w. zawiera katalog skazanych obligatoryjnie kierowanych do odbycia kary w systemie terapeutycznym. Są to skazani: z niepsycho-tycznymi zaburzeniami psychicznymi, upośledzeni umysłowo, uzależnieni od alkoholu albo innych środków odurzających lub psychotropowych oraz niepełnosprawni fizycznie – wymagający oddziaływania specjalistycznego¹⁴.

W konkluzji dotychczasowych rozważań stwierdzić należy, że całokształt przedstawionych uregulowań prawnych stwarza szerokie możliwości należytej ochrony zdrowia osób pozbawionych wolności.

2. Choroba psychiczna

2.1. Problemy definiowania

Z woli ustawodawcy, choroba psychiczna jako przesłanka obligatoryjnego odroczenia wykonania kary, została wyeksponowana na miejscu pierwszym. Problematyka związana z jej zdefiniowaniem jest nie tylko złożona, ale budzi również najwięcej kontrowersji, co skłania do szerszego jej przybliżenia.

Zgodnie z definicją przyjętą przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), zdrowie psychiczne jest dobrostanem, „w którym jednostka realizuje swoje możliwości, potrafi poradzić sobie z różnorodnymi sytuacjami życiowymi, jest w stanie uczestniczyć w życiu społecznym oraz produktywnie pracować. Zdrowie psychiczne jest fundamentem dobrego samopoczucia i efektywnego funkcjonowania

i karmiących dyrektor jednostki, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii lekarza, może dokonywać niezbędnych odstępstw od określonego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności, w zakresie uzasadnionym potrzebami stanu fizycznego lub psychicznego tych kobiet.

¹⁴ Zob. § 27 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego... – przypis 7, gdzie w ust. 1 czytamy, że wobec skazanych przebywających w szpitalach, izbach chorych oraz leczonych poza nimi, a także przewlekle chorych i rekonwalescentów, dyrektor może, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii lekarza, dokonywać niezbędnych odstępstw od przewidzianego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie uzasadnionym stanem zdrowia tych skazanych. Zasady te (ust. 2) stosuje się odpowiednio wobec skazanych z rozpoznaniem niepsycho-tycznych zaburzeń psychicznych, upośledzonych umysłowo, uzależnionych od alkoholu albo innych środków odurzających lub psychotropowych oraz niepełnosprawnych fizycznie. Dyrektor może dokonywać tych odstępstw na wniosek lub po zasięgnięciu opinii lekarza lub psychologa. Zob. również Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 2003 r., w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych (tj. Dz.U. z 2013 r., poz. 1067).

osoby w społeczeństwie”¹⁵. Ów dobrostan obok stanu kompletnego dobrostanu fizycznego i społecznego, składa się na ogólną definicję zdrowia¹⁶.

Podjęciu identyfikującemu zdrowie psychiczne z dobrostanem psychicznym przeciwstawia się ujęcie zdrowia w innych perspektywach teoretycznych, a mianowicie: biomedycznej i holistyczno-funkcjonalnej¹⁷.

W modelu biomedycznym zdrowie należy do kategorii zobiektywizowanej, najczęściej definiowanej jako stan, w którym nie występują żadne zakłócenia w funkcjach biologicznych organizmu. Zależy ono od odporności biologicznej jednostki; do jego załamania dochodzi wówczas, gdy człowiek nie jest w stanie przeciwstawić się negatywnym wpływom otoczenia. W modelu tym tak zdrowie, jak i choroba pozostają poza kontrolą jednostki¹⁸.

W modelu holistyczno-funkcjonalnym zdrowie przejawia się „we wzajemnej relacji, jaka zachodzi między człowiekiem a jego otoczeniem i jest procesem ukierunkowanym na zapewnienie dynamicznej równowagi”¹⁹. O jego poziomie decydują zarówno czynniki patogenne, jak i zasoby odpornościowe, mieszczące się w człowieku, w środowisku naturalnym i społeczno-kulturalnym. W tym modelu nacisk kładzie się na świadomą aktywność chorego, jego rodziny i środowiska w procesie przejmowania kontroli i walki z chorobą, przywracania zdrowia i powiększenia jego wytrzymałości²⁰.

W literaturze przedmiotu H. Sęk wskazuje, że zdrowie psychiczne nie jest stanem uniwersalnym, a raczej procesem „osiągania (przez człowieka) pewnego idealnego stanu w różny sposób poprzez autokreację w określonych warunkach społecznych”²¹. Podobnie zdrowie psychiczne postrzega L. Korzeniowski, którego zdaniem stanowi ono zespół cech i reakcji indywidualnych, nieodbiegających od normy psychicznej. Tę ostatnią nakazuje ujmować w kategoriach dynamicznych, twierdząc, że stan rozumiany jako norma psychiczna związany jest nie tylko z indywidualnymi cechami człowieka, ale również z normami społeczno-kulturowymi, obowiązującymi w środowisku, w jakim funkcjonuje. W tym znaczeniu, jak podaje, np. kanibalizm u ludów prymitywnych nosi cechy obyczaju,

¹⁵ Podaję za L. Gromulską, *Zdrowie psychiczne w świetle dokumentów Światowej Organizacji Zdrowia*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2010, nr 64, s. 127.

¹⁶ Tamże.

¹⁷ H. Sęk, *Jakość życia a zdrowie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 2, s. 113.

¹⁸ Tamże, s. 113–114.

¹⁹ Tamże, s. 114.

²⁰ A. Ostrzyżek, J.T. Marcinkowski, *Biomedyczny versus holistyczny model zdrowia a teoria i praktyka kliniczna*, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2012, nr 93(4), s. 683.

²¹ H. Sęk [w:] *Leksykon psychiatrii*, pod red. S. Puzyńskiego, Warszawa 1993, s. 537.

w naszej zaś szerokości geograficznej jest z reguły następstwem choroby psychicznej lub wypaczenia sfery popędowej²².

Także S. Pużyński pisze, że granica między tzw. normą psychiczną (zdrowie psychiczne) a patologią (choroba psychiczna) może być nieostra, płynna i uwarunkowana czynnikami społeczno-kulturowymi²³. I dodaje, że różnorodność definicji zdrowia psychicznego ma bezpośrednie przełożenie zarówno na określenie kryteriów rozpoznawania i klasyfikacji chorób (zaburzeń) psychicznych, jak i na pojmowanie takich pojęć praktyki klinicznej, jak: „poprawa”, „remisja” czy też „wyleczenie”²⁴.

W zależności od przyjętego modelu zdrowia i choroby używa się umownie pojęć typu „poprawa kliniczna” rozumiana jako zmniejszenie ilości i/lub nasilenia części czy też wszystkich objawów wcześniej zdiagnozowanych lub „poprawa społeczna” rozumiana jako poprawa funkcjonowania jednostki, przy jednoczesnym utrzymaniu się części, a nawet większości objawów klinicznych. Podkreśla się przy tym, że dokładniejszemu określeniu podlega stopień poprawy, który może być nieznaczny, częściowy lub znaczny²⁵.

Termin „remisja” najczęściej odnosi się do zaburzeń nawracających (głównie afektywnych) i oznacza okres niewystępowania objawów klinicznych, przy istniejącej obawie nawrotu zaburzeń²⁶. S. Pużyński wskazuje także, że terminy „wyleczenie” czy „powrót do zdrowia psychicznego” budzą najwięcej kontrowersji, albowiem część medyków, w odniesieniu zwłaszcza do rezultatów leczenia nawracających zaburzeń afektywnych, zaburzeń z grupy schizofrenii, przewlekłych zaburzeń lękowych czy uzależnień, bądź unika używania tego terminu, bądź też podchodzi do niego z ostrożnością. Inna część nie wierzy w możliwość całkowitego wyleczenia lub też uzależnia taką diagnozę od ustalenia długiego okresu (rzędu co najmniej kilku lat) niewystępowania jakichkolwiek przejawów zaburzeń. Są również i tacy, którzy poprawę stanu zdrowia w stopniu znacznym uważają za „wyleczenie”²⁷.

Podobnie jak termin „zdrowie psychiczne”, tak i termin „choroba psychiczna” nie jest szczegółowo dookreślony, albowiem psychiatria nie podaje ani też nie odnosi się do jednej choroby psychicznej, czy do zespołu chorób,

²² L. Korzeniowski [w:] *Encyklopedyczny słownik psychiatrii*, pod red. L. Korzeniowskiego, S. Pużyńskiego, wyd. III, Warszawa 1986, s. 627.

²³ S. Pużyński, *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, „Psychiatria Polska” 2007, t. 41, nr 3, s. 300.

²⁴ S. Pużyński, *Dylematy współczesnej psychiatrii. Problemy kliniczne, etyczne, prawne*, wyd. I, Warszawa 2015, s. 88.

²⁵ Tamże, s. 88–89.

²⁶ Tamże, s. 89.

²⁷ Tamże.

rozumianego jako kilka przechodzących w siebie nawzajem stanów chorobowych²⁸. Dotychczas nie opracowano również jednego katalogu chorób psychicznych, nie ustalono jednoznacznych kryteriów pozwalających na opracowanie terminologii tych chorób²⁹. Nie wydaje się przy tym, by stan ten w najbliższej przyszłości uległ zmianie.

Polski prawodawca nie podjął próby zdefiniowania pojęcia „choroba psychiczna”, pomimo tego, że posługuje się nim zarówno na gruncie prawa karnego, jak i innych gałęzi prawa. Nie znajdziemy jej w szczególności w podstawowym akcie z zakresu ochrony zdrowia psychicznego, którym jest ustawa o ochronie zdrowia psychicznego³⁰.

W publikacjach naukowych (poczynając od lat 70.) zanika termin „choroba psychiczna”. Jego miejsce zajmuje określenie „zaburzenie” (*disorder*), które zaczyna pełnić nadrzędną rolę w odniesieniu do ogółu stanów chorobowych, będących przedmiotem zainteresowania psychiatrii klinicznej³¹.

Terminem „choroba psychiczna” nadal posługuje się *Wielki słownik medyczny*, który wyróżnia choroby psychiczne w znaczeniu węższym i szerszym.

²⁸ M. Tomaszewska, *Charakter prawny decyzji o ubezwłasnowolnienie w sądowym stosowaniu prawa*, Toruń 2008, s. 187. Zob. też post. SA w Łodzi z 28.12.2005 r., IIAKzw824/05, KZS2006, z. 1, poz. 42.

²⁹ S. Pużyński, *Dylematy...*, s. 145–146.

³⁰ Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1878).

³¹ Podaję za S. Pużyńskim, *Choroba psychiczna...*, s. 304. Zob. również tenże, *Dylematy...*, s. 143–148. Na stronie 147 tegoż opracowania autor podaje, że po publikacji artykułu *Choroba psychiczna...*, w 2007 r., na zadane przez niego pytanie o celowość likwidacji terminów „choroba psychiczna” i pochodnych typu: „chory psychicznie”, „osoba chora psychicznie”, w praktyce klinicznej, skierowane do kilkunastu jego kolegów lekarzy psychiatrów, niemal wszyscy zajmujący się opiniowaniem sądowo-psychiatrycznym i regulacjami prawnymi dotyczącymi psychiatrii odpowiedzieli, że jest to pojęcie zbędne. Argumentowali to tym, że podane pojęcia są nieprecyzyjne, mogą wprowadzać adresata w błąd, są źródłem częstych nieporozumień i zamieszania, a ponadto mają zabarwienie pejoratywne. Przedstawiciele mniej licznej zbiorowości, którą tworzyli głównie starsi stażem lekarze, z wieloletnim doświadczeniem, powoływali się natomiast na tradycję i szkodliwość zbyt częstych zmian nazewnictwa w diagnostyce psychiatrycznej. Drugie stanowisko razi brakiem jakiegokolwiek logicznej argumentacji, za takową bowiem nie możemy uznać twierdzenia, że to, co funkcjonuje od wielu lat jest dobre, tylko dlatego, że funkcjonuje właśnie od wielu lat. Zob. również F. Bolechała, *Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2009, t. 59, nr 4, s. 311, który także zwraca uwagę na fakt, że w wielu opracowaniach naukowych terminy: „choroba psychiczna” i „zaburzenie psychiczne” występują zamiennie, często bez sprecyzowania ich zakresu znaczeniowego. Autor ten słusznie zauważa, że język prawny wymaga, by pojęcia w nim zawarte, były jasno i obiektywnie zdefiniowane, co przy występującym dysonansie słownym może w przypadku konfrontacji lekarzy i prawników prowadzić do pewnych niejasności oraz wzajemnego niezrozumienia.

W tym pierwszym choroba psychiczna jest synonimem psychozy³², do której w psychiatrii zalicza się przede wszystkim: schizofrenię, psychozę maniakalno-depresyjną i paranoję, ale także i np. psychozę afektywną (np. choroba afektywna dwubiegunowa i jednobiegunowa – depresja lub mania), psychozy: wieku podeszłego, spowodowane używaniem substancji psychoaktywnych lub alkoholu, kiłową, pourazową czy też starczą. W ujęciu szerszym choroba psychiczna definiowana jest jako wszelkiego rodzaju zaburzenia typu psychotycznego, którym towarzyszą objawy psychotyczne, takie jak np.: omamy, urojenia, ciężkie zaburzenia nastroju, emocji itp.³³.

Wielki słownik medyczny do zaburzeń psychicznych, które stanowią termin zbiorczy, zalicza oprócz: nerwic, upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości, nałogów, niektórych dewiacji seksualnych oraz zaburzeń psychosomatycznych również i psychozy³⁴, przy czym – jak już wiemy – choroba psychiczna zgodnie z tą publikacją, w ujęciu węższym jest synonimem psychozy.

W *Leksykonie psychiatrii* termin „choroba psychiczna” nie jest definiowany, zaś „zaburzenie psychiczne” (*mental disorder*) oznacza: „ogół zaburzeń czynności psychicznych i zachowania, które są przedmiotem zainteresowania (diagnostyka, leczenie, profilaktyka, badania etiologii i patogenezy) psychiatrii klinicznej”. Dzielą się one na zaburzenia psychotyczne, czyli psychozy i niepsychotyczne, który to podział nie jest ścisły, albowiem w przebiegu niektórych zaburzeń niepsychotycznych, mogą pojawiać się objawy psychotyczne (np. zaburzenia świadomości)³⁵.

Podobnie jak w *Leksykonie*, tak i w *Encyklopedycznym słowniku psychiatrii* nie znajdziemy definicji „choroby psychicznej”³⁶. Zaburzenie psychiczne (psychotyczne lub niepsychotyczne) definiowane jest jako „ogół zaburzeń czynności psychicznych, które są przedmiotem zainteresowania psychiatrii klinicznej”³⁷.

W publikacji *Leksykon terminów psychiatria i zdrowie psychiczne*³⁸ termin „choroba psychiczna” nie występuje. Zaburzenie definiowane jest jako mało

³² *Wielki słownik medyczny*, pod red. J. Komender, M.J. Mossakowskiego, T. Orłowskiego, K. Ostrowskiego, W. Rudowskiego, A. Trzebskiego, Warszawa 1996, s. 187 oraz s. 1131–1134, na których podane są rodzaje psychoz.

³³ Tamże, s. 187.

³⁴ Tamże, s. 1516.

³⁵ S. Pużyński [w:] *Leksykon psychiatrii...*, s. 526.

³⁶ Zob. przypis 22.

³⁷ S. Pużyński [w:] *Encyklopedyczny słownik psychiatrii...*, s. 614.

³⁸ *Leksykon* został wydany przez WHO w 1989 r. (wyd. I) i w 1994 r. (wyd. II) pod tytułem *Lexicon of Psychiatric and Mental Health Terms*. Polskie wydanie, na podstawie upoważnienia Dyrektora Generalnego WHO, udzielonego Instytutowi Psychiatrii i Neurologii w Warszawie pochodzi z 2001 r., w tłumaczeniu J. Wciórki. Wydaje się, że bardziej fortunny byłby przekład, zgodnie z którym tytuł materiału brzmiałby „Leksykon określeń psychiatrii i zdrowia psychicznego”.

precyzyjne określenie, obejmujące wszelkie zaburzenia psychiczne tak wrodzone, jak i nabyte³⁹.

Współczesne klasyfikacje psychiatryczne: ICD-10⁴⁰ oraz DSM-5⁴¹ zrezygnowały z posługiwania się terminem „choroba psychiczna” na rzecz terminu „zaburzenie”⁴².

Jak wskazują autorzy, ICD-10 termin „zaburzenie” używany jest w tej klasyfikacji z uwagi na chęć uniknięcia wątpliwości, jakie wiążą się z nieściśłym terminem „choroba” (*disease* lub *illness*), który używany jest celem wskazania na istnienie systemu możliwych do stwierdzenia objawów lub zachowań powiązanych w większości przypadków z cierpieniem i z zaburzeniami funkcjonowania jednostki⁴³. Podobne stanowisko prezentują autorzy DSM-IV oraz DSM-5, zwracający uwagę na fakt, że termin „zaburzenie” nie ma zadowalającej definicji operacyjnej, tak co do znaczenia, jak i granicy. Może być rozważany na płaszczyźnie np. distresu, dyskontroli, niesprawności. Autorzy DSM-u poddają krytyce koncepcję tworzenia odrębnej kategorii zaburzeń psychicznych – stwierdzając, że oznaczałoby to przeciwstawianie ich zaburzeniom somatycznym, podczas gdy w każdym zaburzeniu występują przejawy obu rodzajów zaburzeń. Jednocześnie podkreślają, że mimo tych wątpliwości i trudności używanie określenia „zaburzenia psychiczne” podyktowane jest głównie względami pragmatycznymi, albowiem sprecyzowanie definicji i kryteriów rozpoznawania określonych kategorii diagnostycznych może być pomocne w odróżnieniu normy od patologii⁴⁴.

³⁹ Tamże, s. 88.

⁴⁰ Tytuł oryginału: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10*. Przekład w języku polskim, wydany przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, na mocy upoważnienia udzielonego przez Dyrektora Generalnego Światowej Organizacji Zdrowia – Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych, Rewizja 10, t. 1, wyd. 2008, dostępna na stronie: https://www.csioz.gov.pl/fileadmin/user_upload/.../icd10tomi_56a8f5a554a18.pdf, s.207–255.

⁴¹ DSM-5 (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) jest kolejną po DSM IV edycją klasyfikacji zaburzeń psychicznych Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego, która została opublikowana 18 maja 2013 roku (Źródło: Wikipedia). Zob. *Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5*, red. wyd. pol. P. Gałecki, M. Pilecki, J. Rymaszewska, A. Szulc, S. Sidorowicz, J. Wciórka, wyd. 5, Wrocław 2018.

⁴² S. Pużyński, *Choroba psychiczna...*, s. 138. Zob. również H.J. Möllers, *Możliwości i ograniczenia DSM-5 w polepszeniu klasyfikacji i diagnozy zaburzeń psychicznych*, „Psychiatria Polska” 2018, t. 52, nr 4, s. 612.

⁴³ Podaję za S. Pużyńskim, *Choroba psychiczna...*, s. 303.

⁴⁴ Tenże, *Dylematy...*, s. 138–139.

2.2. Problemy prawne

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie wysunięto postulat usunięcia z polskiego prawodawstwa określeń typu: „choroba psychiczna”, „chory (osoba chora) psychicznie”, które to anachronizmy, zdaniem autora postulatu, „mogą być przyczyną nieporozumień i nadużyć”⁴⁵. W doktrynie prawa karnego pogląd ten oceniono jako zbyt daleko idący⁴⁶. Zauważono bowiem, że pojęcie „choroba psychiczna” jest mocno zakorzenione w prawodawstwie polskim, zaś opisy zaburzeń psychicznych zawarte w klasyfikacjach psychiatrycznych, służą z jednej strony celom statystycznym, z drugiej zaś ujednoliceniu terminologii i usprawnieniu komunikowania się badaczy i klinicystów⁴⁷.

Bezsporne jest to, że pojęcie „choroba psychiczna” jest zakorzenione w prawodawstwie polskim, aczkolwiek nie można przejść do porządku dziennego nad faktem, czy to zamiennego w literaturze przedmiotu używania pojęć „choroba psychiczna”, „zaburzenie psychiczne”, czy też odchodzenia w literaturze fachowej od używania pojęcia „choroba psychiczna” na rzecz pojęcia „zaburzenie psychiczne”. Jednak wspomniane klasyfikacje służą nie tylko celom statystycznym i ułatwieniu komunikowania się badaczy i klinicystów, ale także „porządkują język”, jakim porozumiewają się na świecie osoby zajmujące się ochroną zdrowia psychicznego⁴⁸. Poza tym wspomniana już klasyfikacja ICD-10, będąca wynikiem wieloletniej współpracy ekspertów powołanych tak przez WHO, jak i Światowe Stowarzyszenie Psychiatryczne, stanowi zwarte podsumowanie wyników badań psychiatrycznych i opinii ekspertów oraz organizacji zajmujących się problematyką kliniczną psychiatrii i w istocie jest kompendialnym podręcznikiem psychiatrii⁴⁹. Warto również podkreślić, że w przeciwieństwie do innych dziedzin medycyny, w których wyodrębnienie jednostek chorobowych następuje na podstawie zarówno charakterystycznego obrazu klinicznego, jak i znanego czynnika etiologicznego oraz określonej patogenezы, w psychiatrii takim kryterium jest najczęściej obraz kliniczny, rzadziej przyczyna, która w odniesieniu do dużej

⁴⁵ Tenże, *Choroba psychiczna...*, s. 307–308. Zob. również Ch. Jabłoński, M. Kobek, D. Kowalczyk-Jabłońska, *Czy neurastenia to choroba psychiczna – sztuczny, czy rzeczywisty problem opiniodawczy?*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2011, t. 61, s. 64 oraz post. SA w Krakowie z 14.03.2016 r., II AKz53/16, KZS 2016/9/33.

⁴⁶ J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki [w:] *System prawa karnego*, t. 7: *Środki zabezpieczające*, pod red. L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2012, s. 157.

⁴⁷ Tamże, s. 156–157. Podobnego zdania jest K. Nowicki, który twierdzi, że klasyfikacje zaburzeń psychicznych, zważywszy na kodeksową definicję „ciężkiej choroby”, nie są przydatne do interpretacji art. 150 k.k.w. – K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 12, s. 55.

⁴⁸ Zob. Wprowadzenie [w:] *Leksykon terminów psychiatria i zdrowie psychiczne...*, s. 5.

⁴⁹ S. Pużyński, *Dylematy...*, s. 91.

grupy zaburzeń jest nieznaną lub mało poznana⁵⁰. Trudno zatem przyjąć bezkrytycznie twierdzenie, że klasyfikacje psychiatryczne służą jedynie celom statystycznym i ułatwieniu komunikowania się, wszak zawierają one zarówno wykaz problemów, będących przedmiotem zainteresowania współczesnej psychiatrii, jak i zwięzłą charakterystykę obrazu klinicznego poszczególnych kategorii diagnostycznych. Wiemy już natomiast, że obraz kliniczny stanowi podstawowe kryterium wyodrębnienia jednostek chorobowych w psychiatrii. Sprowadzanie zatem uznanych na świecie klasyfikacji psychiatrycznych do roli opracowań ułatwiających jedynie prowadzenie jednolitej statystyki, czy też eliminujących niedoskonałości językowe, wydaje się nieporozumieniem.

I dwie ostatnie uwagi.

Po pierwsze, obowiązujące Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2017 r. w sprawie Narodowego Programu Ochrony Zdrowia Psychicznego na lata 2017–2022⁵¹, w tym i sam Program, stanowiący załącznik do niego, nie posługują się pojęciem „osoby chorej psychicznie”, a pojęciem „osoby z zaburzeniami psychicznymi”. Nie występuje tam również odrębnie pojęcie „choroby psychicznej”. Pojawia się ono jedynie dwa razy, na początku Programu i występuje w koniunkcji z zaburzeniami psychicznymi (zwroty „Rozpowszechnianie chorób i zaburzeń psychicznych” oraz „Epidemiologia chorób i zaburzeń psychicznych” – s. 5 Programu). Poza tymi dwoma przypadkami Program konsekwentnie posługuje się pojęciem zaburzeń psychicznych. Ponadto w Programie do zaburzeń psychicznych zaliczono m.in. zaburzenia afektywne w postaci np. depresji i manii (s. 6 Programu), które to – jak wiemy zgodnie z *Wielkim słownikiem medycznym* – zaliczane są do chorób psychicznych.

Po drugie, prawo, nie tylko karne, nie jest dziedziną statyczną. Wręcz przeciwnie. Korzystając zatem z dorobku innych dziedzin nauki, w tym przypadku psychiatrii, nie może nie dopasowywać się do zmian, jakie zachodzą w tej dziedzinie, nawet kosztem odejścia od utartych i funkcjonujących od wielu lat pojęć języka prawnego. Niewątpliwie usunięciu dostrzeżonych różnic terminologicznych służyłoby przyjęcie i konsekwentne stosowanie jednego z przedstawionych wyżej terminów we wszystkich dziedzinach życia społecznego, co należy jednak traktować w kategorii postulatów *de lege ferenda*.

Podniesiona z woli ustawodawcy do rangi materialnej przesłanki obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności choroba psychiczna (obok niedorozwoju umysłowego i innego zakłócenia czynności psychicznych), stanowi negatywną przesłankę odpowiedzialności karnej, jeżeli w czasie czynu sprawca, który na nią cierpi, nie mógł rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1 k.k.).

⁵⁰ Tamże.

⁵¹ Dz.U. z 2.03.2017 r., poz. 458.

Niepoczytalność, bo o niej tutaj mowa, definiowana jest z jednej strony za pomocą kryterium biologicznego⁵² (medyczno-psychiatrycznego: choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy i inne zakłócenie czynności psychicznych), z drugiej zaś za pomocą kryterium psychologicznego (możliwość rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem). Jej istota sprowadza się zatem do wystąpienia lub też niewystąpienia zakłócenia czynności psychicznych, skutkujących tym, że sprawca w chwili czynu nie był w stanie rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem, bądź też zdolność tę miał w pełni zachowaną.

Ujawnienie tejże negatywnej przesłanki procesowej w postępowaniu przygotowawczym, skutkuje jego umorzeniem (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), a w przypadku zaistnienia podstaw do zastosowania środków zabezpieczających, wystąpieniem do sądu z wnioskiem o umorzenie postępowania i zastosowanie tychże środków (art. 324 § 1 k.p.k.). W przypadku ujawnienia jej w toku postępowania sądowego, z mocy art. 414 § 1 k.p.k. sąd zobowiązany jest do umorzenia postępowania i ewentualnie zastosowania środka zabezpieczającego.

Wystąpienie choroby psychicznej, jeżeli nie spowodowała ona stanu niepoczytalności całkowitej, nie skutkuje umorzeniem postępowania i nie wyłącza możliwości orzeczenia kary wobec sprawcy. Choroba ta może ujawnić się również w fazie wykonania orzeczenia bądź też skazany może na nią zapaść dopiero w tej fazie postępowania. Niezależnie przy tym od momentu jej ujawnienia (byleby nastąpiło to przed wprowadzeniem do wykonania kary pozbawienia wolności) może stanowić podstawę odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności.

Podjęta wyżej próba usystematyzowania pojęć „choroba psychiczna” i „zaburzenie psychiczne” jest istotna w kontekście rozbieżności co do tego, czy zaburzenie psychiczne zdiagnozowane u skazanego, stanowi podstawę obligatoryjnego odroczenia wykonania kary.

Zdaniem J. Przybysza stwierdzenie u skazanego zaburzeń psychicznych stanowi podstawę odroczenia kary w trybie art. 150 k.k.w.⁵³

Pogląd ten zakwestionował G. Wiciński, twierdząc, że zaburzenia psychiczne nie mogą stanowić takiej podstawy, albowiem nie są zaliczane do chorób psychicznych⁵⁴. Mało tego, autor ten dowodzi, że rozważania na temat dopuszczalności odroczenia (i przerwy) z powodu zaburzeń psychicznych są „nazbyt

⁵² J. Heitzman, I. Markiewicz, *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, „Psychiatria po Dyplomie” 2012, t. 9, nr 3, s. 48.

⁵³ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa*, Cz. I: *Opiniowanie w procesie karnym*. Podręcznik dla lekarzy i prawników, wyd. IV, Toruń 2007, s. 90. Autor był (wg danych zawartych w Wikipedii zmarł 23 sierpnia 2017 r.) wieloletnim lekarzem psychiatrą, biegłym sądowym z zakresu psychiatrii.

⁵⁴ G. Wiciński, *Postępowania incydentalne związane z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w programie probacji*, Łódź 2012, s. 109.

śmiało, aby można było je realnie analizować w kategoriach wykładni rozszerzającej znaczenie art. 150 § 1 k.k.w.”⁵⁵. Na wsparcie przedstawionej argumentacji odwołuje się m.in. do poglądu wyrażonego przez K. Postulskiego, którego zdaniem, skoro upośledzenie umysłowe lub inne zakłócenie czynności psychicznych nie są chorobą psychiczną w ujęciu art. 31 § 1 k.k., to nie mogą stanowić podstawy obligatoryjnego odroczenia wykonania kary⁵⁶.

Skupmy się zatem w tej chwili na pojęciach: upośledzenia umysłowego i innego zakłócenia czynności psychicznych, a dokładnie na dopuszczalności przyjęcia za podstawę odroczenia wykonania kary stanów określanych tym mianem, ograniczając się oczywiście do tych sytuacji, w których nie skutkowały one zniesieniem poczytalności, w rozumieniu art. 31 § 1 k.k. Mowa zatem o stanach faktycznych, w których zastosowano art. 31 § 2 k.k. lub też brak było podstaw do jego zastosowania, przy jednoczesnym zdiagnozowaniu upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych. Poza zainteresowaniem pozostawiam natomiast te stany, w których, w wyniku zaniedbania skutkującego brakiem danych osobopoznawczych, nie dostrzeżono deficytów psychicznych i nie przeprowadzono tak w fazie przygotowawczej, jak i rozpoznawczej postępowania dowodu z opinii biegłych. W tych bowiem sytuacjach ujawnienie omawianych stanów powinno skutkować bądź wniesieniem apelacji, jeżeli fakt ten został ujawniony przed uprawomocnieniem się orzeczenia (art. 444 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.), bądź wniesieniem kasacji (art. 519 k.p.k. w zw. z art. 523 k.p.k.), bądź też zainicjowaniem procedury wznowienia postępowania w trybie art. 540 § 1 pkt 2a. k.p.k., jako że ujawnienie tych stanów może wskazywać na to, że osądzony został skazany, mimo że jego czyn nie stanowił przestępstwa. W dwóch ostatnich przypadkach może nastąpić wstrzymanie wykonania orzeczenia (zob. art. 532 § 1 k.p.k. stanowiący podstawę do wstrzymania wykonania orzeczenia przez SN, w przypadku wniesienia kasacji i art. 545 § 1 k.p.k. w zw. z art. 532 § 1 k.p.k. dający podstawę wstrzymania wykonania orzeczenia sądowi orzekającemu w kwestii wznowienia postępowania).

Zakłócenie czynności psychicznych, zgodnie z ustawą o ochronie zdrowia psychicznego, obejmuje choroby psychiczne i upośledzenie umysłowe, które właściwe są osobom z „zaburzeniami psychicznymi” (art. 3). Omawiane określenie należy do pojęć z zakresu psychiatrii i psychologii, przy czym tego typu zakłócenia występują również i u osób zdrowych, które nie wymagają tak świadczeń zdrowotnych, jak i innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym. Sytuacje te nie są objęte ustawą o ochronie

⁵⁵ Tamże.

⁵⁶ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 497 oraz także K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 903; także S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2017, s. 589.

zdrowia psychicznego. Podkreślenia przy tym wymaga fakt, że wśród anomalii zaliczanych do „innych zakłóceń czynności psychicznych” nie ma tych zakłóceń, które nie są nimi w rozumieniu wspomnianej ustawy⁵⁷.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że sformułowanie przepisu art. 31 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że o ile choroba psychiczna stanowi patologię psychiatryczną, upośledzenie umysłowe zaś patologię neurologiczną, o tyle inne zakłócenie czynności psychicznych może wynikać zarówno z patologii medycznej, niebędącej psychiatryczną, jak i stanu niepatologicznego o charakterze fizjologicznym⁵⁸. Przyjmuje się również, że inne zakłócenie czynności psychicznych obejmuje wszystkie krótkotrwałe zaburzenia psychiczne, niezależnie od ich pochodzenia, które wystąpiły nagle u dotychczas zdrowej psychicznie jednostki⁵⁹.

Upośledzenie umysłowe zwane również oligofrenią, niedorozwojem umysłowym czy zmniejszeniem sprawności umysłowej definiowane jest jako kształtujący się w okresie rozwojowym (niedorozwój umysłowy), tj. do 18. roku życia stan, który charakteryzują istotnie mniejsza od przeciętnej ogólna sprawność intelektualna oraz zdolność przystosowania się społecznego jednostki. Obejmuje ono również stany, które wystąpiły po tym okresie, gdzie wskutek np. urazu, doszło do zaniku niektórych funkcji mózgu⁶⁰. Co charakterystyczne, zaburzenie to nie stanowi wyodrębnionej jednostki chorobowej, a niejednorodną grupę zaburzeń, spowodowanych czynnikami o różnej patogenezie, zmiennym obrazie klinicznym i przebiegu⁶¹. Może ono występować bez dodatkowych zaburzeń typu somatycznego lub psychicznego bądź też towarzyszyć mu mogą tego typu zaburzenia, przy czym ich wskaźnik jest 3–4 razy większy niż w populacji ogólnej⁶².

⁵⁷ J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki [w:] *System prawa karnego*, t. 7: *Środki zabezpieczające...*, s. 154–155.

⁵⁸ Tamże, s. 154.

⁵⁹ L. Wdowiak [w:] *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, pod red. T. Bilikiewicza, wyd. 2, Warszawa 1974, s. 494. W dalszej części pracy pomijam problematykę innych niż choroba psychiczna i upośledzenie umysłowe zakłóceń czynności psychicznych. Te bowiem o ile mogą wpływać na poczytalność sprawcy, o tyle nie stanowią podstawy do odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności, jako że – co już wskazano – definiowane są jako stany, które wystąpiły nagle u dotychczas zdrowej psychicznie jednostki.

⁶⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 20, Warszawa 2017, s. 141.

⁶¹ I. Wald [w:] *Leksykon psychiatrii...*, s. 501.

⁶² Tenże, J. Zaremba [w:] *Zasady rozpoznawania i leczenia zaburzeń psychicznych*, pod red. S. Pużyńskiego, M. Beręsewicz, Warszawa 1993, s. 117.

Upośledzenie umysłowe przyporządkowane jest do czterech grup. W klasyfikacji ICD-10 wyróżnia się upośledzenie umysłowe stopnia: lekkiego, umiarkowanego, znacznego i głębokiego⁶³.

Jest ono klasyfikowane jako niepsychotyczne zaburzenie psychiczne, aczkolwiek podział zaburzeń psychicznych na psychotyczne i niepsychotyczne nie jest dokładny, albowiem niektórym zaburzeniom niepsychotycznym mogą towarzyszyć objawy psychotyczne, np. zaburzenia świadomości.

Skazani z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, w tym upośledzeni umysłowo zgodnie z przytoczonym już w uwagach wstępnych przepisem art. 96 § 1 k.k.w., odbywają karę w systemie terapeutycznym.

Redakcja tego przepisu może uprawniać do twierdzenia, że osoby przejawiające psychotyczne zaburzenia psychiczne, w tym i upośledzeni umysłowo, którym towarzyszą takie zaburzenia nie mogą być przyjmowani do zakładów karnych. Z drugiej jednak strony obowiązujące Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności⁶⁴, w przeciwieństwie do poprzedniej regulacji (zob. uwagi niżej) nie zawiera przepisu wykluczającego możliwość przyjęcia do aresztu śledczego osoby wymagającej leczenia szpitalnego z powodu ostrej psychozy.

W kontekście dotychczas poczynionych uwag wydaje się, że kategoryczny pogląd odrzucający dopuszczalność obligatoryjnego odroczenia w przypadku zdiagnozowania u skazanego zaburzenia psychicznego nie da się obronić. Będzie on słuszny, jeżeli spojrzymy na pojęcie „choroby psychicznej” przez pryzmat klasycznego definiowania tego pojęcia. Jeżeli natomiast przyjmiemy wyraźnie eksponowane w literaturze medycznej założenie, że choroba psychiczna i zaburzenie psychiczne to pojęcia tożsame, będziemy musieli dojść do wniosku, że zaburzenie psychiczne stanowi podstawę wszczęcia procedury o odroczenie wykonania kary. Osobiście opowiadam się za przyjęciem *de lege lata* zaburzeń psychicznych (w tym i upośledzenia umysłowego) jako podstawy obligatoryjnego odroczenia wykonania kary. Akceptacja wniosku przeciwnego może w praktyce prowadzić do sytuacji, w której cel kary, wyrażony w art. 67 § 1 k.k.w. nie zostanie zrealizowany wskutek osadzenia skazanego w jednostce penitencjarnej, samo zaś osadzenie nie da się pogodzić z zasadą humanitarnego traktowania skazanych.

Kolejnym problemem, z jakim przychodzi się zmierzyć, podejmując próbę interpretacji zakresu pojęcia choroba psychiczna, w kontekście ustawowej przesłanki obligatoryjnego odroczenia, jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy

⁶³ Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych..., s. 244–245.

⁶⁴ Dz.U. z 30.06.2015 r., poz. 927, ze zm.

każda choroba psychiczna stanowi podstawę odroczenia, czy też tylko taka, która ma charakter ciężki.

Zdaniem przytłaczającej części doktryny pojęcie „ciężkiej choroby” należy odnosić do chorób innych niż psychiczne, co prowadzi do konkluzji, że każda choroba psychiczna, bez względu na stopień natężenia jej objawów, powinna być traktowana na równi z chorobą ciężką, uzasadniającą odroczenie wykonania kary. Przeciwnicy tego poglądu twierdzą natomiast, że wyrażenie „ciężka choroba” odnosi się również do choroby psychicznej. Ta wykładnia rodzi ten skutek, że odroczenie wykonania kary możliwe jest dopiero po stwierdzeniu wystąpienia ciężkiej choroby psychicznej. W tym kierunku idzie również generalnie praktyka⁶⁵.

Zdaniem C. Nowak⁶⁶ za przyjęciem pierwszego poglądu przemawia tak wykładnia językowa przepisu art. 150 § 1 k.k.w., a przede wszystkim użycie funkтора alternatywy nierozłącznej „lub” i określenia „innego”, jak i analiza ustawowych celów wykonania kary, określonych w art. 67 § 1 k.k.w. Nadto autorka ta dowodzi, że regulacja zawarta w komentowanym artykule nie jest spójna z innymi przepisami kodeksu, a przede wszystkim z treścią art. 96 § 1 k.k.w., zgodnie z którym skazani z m.in. niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi odbywają karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym. Podnosząc powyższe, wywodzi, że z obowiązku odbywania przez osoby z zaburzeniami niepsychotycznymi kary w systemie terapeutycznym nie wynika fakt, że osoby przejawiające zaburzenia psychotyczne miałyby odbywać karę w systemie zwykłym. Taka wykładnia byłaby absurdalna, albowiem dopuszczałaby wykonywanie kary przez osoby ciężiej chore, w warunkach bardziej surowych, aniżeli te, w jakich odbywają karę osoby lżej chore. Taki tok rozumowania skłonił autorkę do przyjęcia założenia, że skoro ustawodawca wyklucza możliwość terapii osób z zaburzeniami o charakterze psychotycznym, w warunkach izolacji więziennej, konieczne jest wobec tej kategorii sprawców obligatoryjne odroczenie wykonania kary.

⁶⁵ Zob. post. SA w Katowicach: z 9.06.1999 r., II AKz 304/99, Biul. SA Ka 1999/2/12–13 wraz z krytyczną glosą G. Wicińskiego, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12 oraz z 21.11.2014 r., II AKzw 1293/14, KZS 2014, z. 11, poz. 42, a nadto SA w Lublinie: z 14.02.2001 r., II AKz 496/00, OSA 2001, z. 11, poz. 85 oraz z 29.08.2001 r., II AKz 395/01, OSA 2001, nr 12, poz. 98. Odmiennie post. SA w: Krakowie z 29.11.1999 r., II AKz 512/99, KZS 1999, z. 12, poz. 30 oraz Gdańsku z 22.08.2000 r., II AKz 630/00, OSAG 2001, z. 1, poz. 7.

⁶⁶ C. Nowak, *Modyfikacje w zakresie wykonywania kary bezwzględnie pozbawienia wolności – odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności i przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności oraz problem niewykonania kary pozbawienia wolności* [w:] *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, pod red. nauk. J. Jakubowskiej-Hara, J. Skupińskiego, Warszawa 2009, s. 229–231.

Na jednoznaczność wyników wykładni językowej art. 150 § 1 k.k.w., odrzucając tym samym konieczność odwoływania się do wykładni synonimicznej, wskazują: K. Nowicki⁶⁷ czy K. Dąbkiewicz⁶⁸.

Za pierwszym z prezentowanych poglądów opowiedział się również G. Wiciński, którego zdaniem, „wyróżnienie w kontekście obligatoryjnej przesłanki odroczenia (...) wykonania kary pozbawienia wolności «ciężkich» chorób psychicznych czy jakiegokolwiek innej systematyzacji obcej wiedzy medycznej jest zabiegiem szalenie niebezpiecznym i, co nie mniej ważne, nie znajduje uzasadnienia w obszarze przepisów zarówno kodeksu karnego (art. 3 k.k., art. 31 § 1 i § 2 k.k.), jak i kodeksu karnego wykonawczego (np. art. 4 § 1 k.k.w., art. 150 § 1 k.k.w. i art. 153 § 1 k.k.w.)”⁶⁹.

Zdaniem S. Lelental choroba psychiczna stanowi podstawę odroczenia wykonania kary w każdym przypadku, bez konieczności czynienia dodatkowych ustaleń w zakresie istnienia zagrożenia dla życia skazanego lub spowodowania dla jego zdrowia poważnego niebezpieczeństwa, w przypadku osadzenia go w zakładzie karnym⁷⁰.

Przeciwko przedstawionemu stanowisku opowiada się natomiast K. Postulski⁷¹, podnosząc m.in., że po pierwsze: z treści przepisu art. 150 k.k.w. wynika, że odroczenie następuje do czasu ustania przeszkody, nie zaś wyzdrowienia, po drugie wykluczenie możliwości odbywania kary przez wszystkie osoby, u których zdiagnozowano chorobę psychiczną, doprowadziłoby do niewykonalności dużej liczby wyroków, m.in. orzekających kary wobec osób o ograniczonej poczytalności, po trzecie zaś odwołuje się do przepisów k.k.w. dopuszczających wykonanie kary wobec osób przejawiających lekkie anomalie psychiczne. Pogląd K. Postulskiego popierają W. Sych i I. Zgoliński, aczkolwiek autorzy ci nie przytaczają żadnej argumentacji, na poparcie swojego stanowiska⁷² oraz K. Mrozek⁷³.

⁶⁷ K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary...*, s. 55.

⁶⁸ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2018.

⁶⁹ G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 113.

⁷⁰ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz...*, s. 589. Tak też: S. Paweła, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1993, s. 273; G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 108, 113; C. Nowak, *Modyfikacje w zakresie...*, s. 231. Odmiennie K. Nowicki, którego zdaniem niedopuszczalne jest twierdzenie, że każda choroba psychiczna skutkować ma odroczeniem, albowiem istotny tu jest stan kliniczny skazanego – K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary...*, s. 56.

⁷¹ K. Postulski, *Stan zdrowia skazanego...*, s. 166–168.

⁷² W. Sych [w:] A. Gerecka-Żołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014, s. 153; I. Zgoliński, *Aspekty prawne orzekania i wykonywania kary pozbawienia wolności wobec osób niepełnosprawnych*, „*Studia z Zakresu Nauk Prawnoustrojowych*” 2016, VI, s. 271.

⁷³ K. Mrozek, *Obligatoryjne odroczenie wykonania kary ze względu na stan zdrowia skazanego*, Nowa kodyfikacja prawa karnego” 2014, t. XXXI, s. 93. Autorka powołuje się na identyczną argumentację jak K. Postulski.

W mojej ocenie pojęcie ciężkiej choroby jako przesłanki odroczenia odnosi się również do choroby psychicznej (nie każda zatem choroba psychiczna w rozumieniu przepisu art. 150 k.k.w. jest chorobą ciężką), co de facto przesądza o poglądzie, jaki prezentuję na temat wątpliwości dotyczących dopuszczalności gradacji chorób psychicznych, z uwagi na ich stopień ciężkości.

W ustawodawstwach innych państw wyodrębnia się choroby (schorzenia) psychiczne z przymiotnikiem wskazującym na ich nasilenie typu: „poważna”, „ciężka” choroba (schorzenie) psychiczna⁷⁴. Odnoszą się one generalnie do kwestii ustalenia niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego, nie zaś dopuszczalności oddalenia w czasie wykonania kary izolacyjnej. Fakt posługiwania się nimi nie stanowi, ani stanowić nie może, koronnego argumentu w sporze o to, czy istnieje, a jeżeli tak, to czy dopuszczalna jest na gruncie polskiego porządku prawnego gradacja chorób psychicznych, a tym samym, czy dopuszczalne jest przyjęcie jako podstawy odroczenia wykonania kary ciężkiej choroby psychicznej, czy też jedynie choroby psychicznej. Daje natomiast świadectwo tego, że pojęcie ciężkiej (poważnej) choroby psychicznej funkcjonuje w ustawodawstwach innych państw, w tym również dotyczących nie tylko kwestii poczytalności, ale także ochrony zdrowia psychicznego obywateli.

Pozostając przy tym ostatnim zagadnieniu – i przenosząc rozważania na grunt rodzimy – zauważyć należy, że autorzy opracowania „Priorytetowe działania w obszarze zdrowia psychicznego na lata 2016–2020”, analizując dokumenty tak w zakresie ochrony zdrowia psychicznego, wydane m.in. przez WHO, OECD, UE, jak i źródła rodzime (raport z badania „Epidemiologia zaburzeń psychiatrycznych i dostępność psychiatrycznej opieki zdrowotnej EZOP Polska”) przytaczają takie pojęcia, jak: łagodne i umiarkowane zaburzenia psychiczne, ciężkie i poważne choroby i zaburzenia psychiczne oraz inne (mówiąc

⁷⁴ Szerzej patrz F. Bolechała, *Stan psychiczny a odpowiedzialność...*, s. 316–317 oraz S. Pużyński, *Choroba psychiczna...*, s. 306 i *Dylematy...*, s. 140–141. Interesującą definicję „ciężkiej choroby psychicznej” przytaczają autorzy artykułu p.t. *Współwystępowanie ciężkiej choroby psychicznej i zaburzeń związanych z używaniem substancji psychoaktywnych. Wnioski programowe dotyczące zasad postępowania*, gdzie czytamy, że jest to pojęcie przyjęte w większości amerykańskich programów ochrony zdrowia psychicznego, na które składają się: rozpoznanie kliniczne, stopień upośledzenia sprawności i czas trwania zaburzenia. Jeżeli chodzi o kryterium rozpoznania klinicznego, obejmuje ono poważne zaburzenia psychiczne, do których zalicza się: schizofrenię, ciężką postać zaburzenia afektywnego dwubiegunowego, ciężką depresję. Upośledzenie sprawności jednostki dotyczy takich dziedzin aktywności, jak: funkcjonowanie zawodowe, nawiązywanie kontaktów międzyludzkich i dbałość o samego siebie. Natomiast czas trwania zaburzenia uważa się za istotny, gdy ograniczenie sprawności spowodowane chorobą trwa co najmniej dwa lata. Tytuł oryginału: *Management of persons with co-occurring severe mental illness and substance use disorder: program implications*, R.E. Drake, K.T. Mueser, M.F. Brunette, „World Psychiatry” 2007 nr 6, s. 131–136 w tłumaczeniu M. Gajdosza, „Medycyna Praktyczna –Psychiatria” 2008, nr 4, s. 83–84.

o stopniu ciężkości) zaburzenia psychiczne⁷⁵. Przesądzają tym samym dopuszczalność stopniowania ciężkości chorób (zaburzeń) psychicznych. Stanowisko to nie jest odosobnione⁷⁶, co pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że stopniowanie nasilenia chorób (zaburzeń) psychicznych w medycynie, nie budzi żadnych wątpliwości.

Przechodząc z kolei na grunt prawa karnego i poprzedzając dalsze rozważania spojrzeniem retrospektywnym, podkreślić należy, że art. 419 § 1 k.p.k. z 1928 r.⁷⁷ stanowił, że w przypadku choroby umysłowej lub ciężkiej choroby fizycznej skazanego pozostającego na wolności, następowało odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności na czas, którego nie określano z góry, a był on determinowany „wyzdrowieniem” skazanego. Za ciężką chorobę uznawany był również taki „stan cielesny skazanego, przy którym umieszczenie go w więzieniu lub areszcie” mogło „bezpośrednio zagrażać jego życiu albo nie dałoby się pogodzić z istniejącymi w więzieniu lub areszcie urzędzeniami” (art. 419 § 2 k.p.k. z 1928 r.).

Przepis ten nie budził (przynajmniej w zakresie członu pierwszego) wątpliwości interpretacyjnych, albowiem wyraźnie wskazywał na chorobę umysłową (obecnie psychiczną) lub ciężką chorobę fizyczną jako stany skutkujące odroczeniem wykonania kary. Zmiany w tym zakresie (między innymi dodanie zaimka „inny” poprzedzającego określenie „ciężkiej choroby”) nastąpiły w k.k.w. z 1969 r.⁷⁸ i w niezmienionym kształcie obowiązują do dziś. Gdyby zatem zgodnie z wolą ustawodawcy, jak twierdzi część doktryny i orzecznictwa, istniał obecnie obowiązek odroczenia w przypadku każdej choroby psychicznej, zmieniałby on przepis, który w mojej ocenie nie budził wątpliwości interpretacyjnych? Na tak postawione pytanie odpowiedź musi być negatywna. Przeciwego zdania jest G. Wiciński, który podnosząc, że skoro ustawodawca zarówno w 1969 r., jak i w 1997 r. nie przedstawił żadnego argumentu, w tym i o charakterze normatywnym, uzasadniającego odrzucenie idei ciągłości w odniesieniu

⁷⁵ W.P. Kalbarczyk, S. Murawiec i M. Kalbarczyk, *Priorytetowe działania w obszarze zdrowia psychicznego na lata 2016–2020*, Warszawa 2016, s. 18, 19, 20, 23, 24.

⁷⁶ Zob. A. Kiejna, T. Adamowski, P. Piotrowski, J. Moskalewicz, B. Wojtyniak, G. Świątkiewicz, J. Stokwiszewski, M. Kantorska-Janiec, M. Zagdańska, R.C. Kessler, *Epidemiologia zaburzeń psychiatrycznych i dostępność psychiatrycznej opieki zdrowotnej*. EZOP Polska – metodologia badania, „Psychiatria Polska” 2015, nr 49(1), s. 5–13, gdzie mowa jest o ocenie stopnia ciężkości zaburzeń psychicznych, s. 8 oraz J. Przybysz, op.cit., s. 90, który posługuje się pojęciem „ciężkiego otępienia”.

⁷⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19.03.1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 19 marca 1928 r., Nr 33, poz. 313).

⁷⁸ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 19.04.1969 r., Nr 13, poz. 98).

do podstaw obligatoryjnego odroczenia wykonania kary, wprowadzone zmiany mają charakter jedynie „stylistycznej korekty”⁷⁹.

Nie sposób w tym miejscu nie zauważyć również, że nieobowiązujące już Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 października 2012 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności⁸⁰ w ust. 1 § 34 stanowiło, że do aresztu śledczego nie przyjmowano osoby wymagającej leczenia szpitalnego z powodu ostrej psychozy. Ta, jak wiemy, jest chorobą psychiczną, zaś słowo „ostry” jest jednym z synonimów słowa „ciężki”⁸¹.

W literaturze przedmiotu odnotowujemy także pogląd wyrażony w toku interpretacji przepisu art. 156 § 1 pkt 2 k.k., penalizującego spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu m.in. w postaci trwałej choroby psychicznej, zgodnie z którym choroba psychiczna, aby stać się ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu, w rozumieniu przepisu art. 156 k.k. musi spełniać dwa kryteria: stopień trwałości i stopień ciężkości, przy którego ocenie bierze się pod uwagę to, że choroba musi wykraczać poza możliwości kompensacyjne organizmu oraz że musi być porównywalna do innych postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o których stanowi art. 156 k.k.⁸².

Przytoczone wyżej uwagi pozwalają na następującą konkluzję. Po pierwsze: choroby (zaburzenia) psychiczne podlegają stopniowaniu. Po drugie: w obecnie obowiązującym porządku prawnym podstawę obligatoryjnego odroczenia, w rozumieniu art. 150 § 1 k.k.w. może stanowić ciężka choroba psychiczna (i zaburzenie psychiczne) lub ciężka choroba somatyczna, o czym świadczy użycie zaimka „innej”, który oznacza nic innego jak: „nie ten, drugi, dalszy, pozostały, nie taki, różny, zmieniony, nowy”⁸³. Przy czym za chorobę psychiczną (zaburzenie psychiczne) uzasadniającą odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności należy rozumieć taki ciężki stan, który nie tylko wyłącza u skazanego świadomość celu wykonywania wobec niego kary i nie pozwala mu na świadome uczestnictwo w procesie jej wykonania⁸⁴, ale również uniemożliwia uchronienie go, w przypadku osadzenia w zakładzie karnym, przed wystąpieniem skutków,

⁷⁹ G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 114.

⁸⁰ Dz.U. z 2012 r., poz. 1153.

⁸¹ Zob. <https://synonim.net/synonim/ciezki>.

⁸² T. Jurek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, WKP 2010, pozycja dostępna w systemie informacji prawnej LEX, s. 36 wersji elektronicznej (zwanej dalej w.e.). Zob. również tamże, s. 21 w.e., gdzie czytamy, że „«Ciężkość» choroby może oznaczać ciężki stan somatyczny lub psychiczny w rozumieniu klinicznym”. Podkreślenia wymaga fakt, że autor jest nie tylko lekarzem medycyny, ale i prawnikiem.

⁸³ Zob. *Słownik języka polskiego*, dostępny na stronie internetowej: <https://sjp.pwn.pl/szukaj/innej.html>.

⁸⁴ Zob. K. Postulski, *Kodeks...*, s. 904.

o których mowa w art. 150 § 2 k.k.w. W przypadku stanów o mniejszym natężeniu, umożliwiających skazanemu zrozumienie istoty kary, jak i poddanie się jej poprawczemu i wychowawczemu oddziaływaniu, a jednocześnie nieniosących zagrożenia dla jego życia lub zdrowia, nie ma przeszkód do osadzenia go w zakładzie karnym⁸⁵.

3. Inna ciężka choroba

Druga określona w art. 150 § 1 k.k.w. przesłanka obligatoryjnego odroczenia wykonania kary to ciężka choroba somatyczna, która kryje się pod nazwą „innej ciężkiej choroby”.

W literaturze przedmiotu nie ma zgodności co do charakteru przepisu art. 150 § 2 k.k.w. Część komentatorów twierdzi⁸⁶, że wprowadza on definicję legalną ciężkiej choroby, część zaś, że przepis ten jedynie podkreśla to, że nie każda ciężka choroba uniemożliwia wykonanie kary⁸⁷. Natomiast zdaniem W. Sycha, skoro choroba jest kategorią medyczną, nie zaś prawną, to zawarte w art. 150 § 2 k.k.w. określenie nie stanowi definicji ciężkiej choroby, lecz „jedynie wskazówkę służącą prawidłowej ocenie konkretnej sytuacji faktycznej”⁸⁸.

Należy opowiedzieć się za pierwszym z prezentowanych poglądów, za czym przemawiają jednoznaczne wyniki wykładni językowej. W *Słowniku języka polskiego* pod red. W. Doroszewskiego⁸⁹ czytamy, że ciężki, w odniesieniu do choroby, to „niebezpieczny, zagrażający życiu”. W rozumieniu natomiast § 2 art. 150 k.k.w. ciężka choroba, to „taki stan skazanego, w którym umieszczenie go w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo”. Dodać przy tym należy, że słowo „uznać–uznawać” oznacza m.in. „1.«dojść do wniosku, że coś jest słuszne, właściwe, konieczne»; 2.«stwierdzić jakiś fakt»(...)»⁹⁰.

Za przyjęciem prezentowanego poglądu przemawia również budowa przepisu art. 150 § 2 k.k.w. Użycie w przepisie przez prawodawcę zwrotu: „za (...)”

⁸⁵ Por. uchwała składu 7 sędziów SN z 28.01.1971 r., VI KZP 71/70, OSNKW 1971, nr 4, poz. 48 oraz uchwała SN z 14.07.1977 r., VII KZP 24/77, OSNKW 1977, nr 9, poz. 93.

⁸⁶ J. Potulski [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 576; K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary...*, s. 55 oraz G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 113, który wskazuje, że w art. 150 § 2 k.k.w. ustawodawca w drodze wykładni autentycznej wyjaśnia zwrot „ciężkiej choroby”.

⁸⁷ K. Postulski, *Stan zdrowia skazanego...*, s. 165. Zob. również K. Mrozek, *Obligatoryjne odroczenie wykonania*, s. 96.

⁸⁸ W. Sych [w:] A. Gerecka-Żołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze*, s. 153.

⁸⁹ Dostępny na stronie internetowej <https://sjp.pwn.pl/sjp/ciezki;2449392.html>.

⁹⁰ *Słownik języka polskiego PWN*, dostępny na stronie <https://sjp.pwn.pl/sjp/uznac;2534123.html>.

uznaje się (...)” oznacza, że przedstawiona przez niego definicja ma charakter definicji równoważnościowej, zakresowej i pełnej⁹¹.

Pod pojęciem ciężkiej choroby somatycznej nie kryje się kalectwo, stanowiące utratę o charakterze anatomicznym lub czynnościowym ważnego narządu lub trwałe zniesienie jego czynności⁹².

O ciężarze choroby, niezależnie od jej charakteru, nie decyduje jej nazwa ani czas jej trwania, a nasilenie zachodzących w organizmie procesów patologicznych, skutkujących poważnymi zmianami zarówno czynnościowymi, jak i organicznymi jego ustroju⁹³.

Stwierdzenie stanu chorobowego jest niewystarczające do odroczenia wykonania kary. Stan ten bowiem musi uniemożliwiać jej wykonanie, tj. zagrozić życiu skazanego lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo, na wypadek osadzenia go w zakładzie karnym. Ograniczenie to jest zasadne, albowiem pojęcie ciężkiej choroby nie jest tożsame z pojęciem choroby zagrażającej życiu czy niosącej poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia chorego⁹⁴. Poza tym część ciężkich chorób może być leczona w warunkach izolacji więziennej⁹⁵. Jakże zatem stany uzasadniają odroczenie wykonania kary? Takie, które charakteryzują się poważnymi zaburzeniami podstawowych czynności układów narządów: szkieletowego, mięśniowego, pokarmowego, wydalniczego, rozrodczego, hormonalnego, oddechowego lub krążenia, z których powodu w każdej chwili może nastąpić ustanie czynności danego układu, skutkujące zgonem⁹⁶. Mniej poważne schorzenia, takie jak: otyłość, choroba niedokrwienna mięśnia serca, nerwowość,

⁹¹ Zob. J. Oniszczyk, *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 3, s. 37.

⁹² *Wielki słownik medyczny...*, s. 540.

⁹³ K. Postulski, *Komentarz...*, s. 899.

⁹⁴ Zob. wyrok SN z 18.03.1975 r., IV KR 7/75, OSNKW1975, nr 7, poz. 88, LEX nr 18982.

⁹⁵ Infrastruktura medyczna więziennej służby zdrowia jest dosyć rozbudowana. Składa się na nią 155 ambulatoriów. W skład każdego podmiotu leczniczego wchodzi ambulatorium z izbą chorych z wyjątkiem ZK Nr 2 w Łodzi. Więzienna służba zdrowia dysponuje 11 szpitalami z 27 oddziałami specjalistycznymi o różnym profilu. Poza wykonywaniem procedur diagnostyczno-leczniczych personel medyczny oddziałów szpitalnych zapewnia osadzonemu, przebywającym w warunkach ambulatoryjnych, całodobową opiekę medyczną. W ramach podmiotów leczniczych działają: oddziały szpitalne, gabinety lekarskie i stomatologiczne, pracownie: diagnostyczne, rehabilitacji i fizykoterapii oraz apteki zakładowe, a także działy farmacji szpitalnej w szpitalach w: Potulicach i Łodzi. Przytoczone dane dostępne są w zakładce Biuro Służby Zdrowia na stronie internetowej Centralnego Zarządu Służby Więziennej. Zob. także R. Mądro, G. Teresiński, K. Wróblewski, *Stany chorobowe, ich wpływ na udział w postępowaniu karnym oraz na stosowanie środków i wykonywanie kary*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4, s. 54.

⁹⁶ Zob. wyrok SN z 15.09.1983 r., II KR 191/83, OSP 1984, z. 9, poz. 192, LEX nr 20949 oraz na temat rodzajów układów narządów ciała – <https://www.bryk.pl/.../czlowiek/18968-narzady-oraz-uklady-narzadow-wystepujace-...>

nadciśnienie tętnicze oraz inne, których przebieg i skuteczność leczenia, co do zasady, nie zależą od tego, czy chory przebywa w izolacji, czy też nie, nie kwalifikują się do uznania ich za ciężkie w rozumieniu komentowanego przepisu⁹⁷.

Wystąpienie zagrożenia lub jego brak należy oceniać w każdym przypadku, mając na uwadze zarówno indywidualne właściwości ustroju skazanego, jak i warunki lecznicze, jakie ma mu do zaoferowania system penitencjarny. Do takiej konstatacji prowadzi wykładnia literalna przepisu art. 150 § 2 k.k.w., w którym – jak słusznie zauważa K. Postulski – ustawodawca nie użył wyrażenia „zazwyczaj”, obiektywizującego stan zagrożenia⁹⁸. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, albowiem każdy człowiek osobno reaguje na czynniki chorobotwórcze, co oznacza, że stwierdzenie takiej samej jednostki chorobowej u dwóch różnych osób, może prowadzić do dwóch różnych wniosków w zakresie wystąpienia omawianej przesłanki lub jej braku.

Niebezpieczeństwo wystąpienia skutku musi być poważne, tj. musi być obarczone dużym ryzykiem jego wystąpienia⁹⁹, w konkretnym układzie sytuacyjnym, w tym przypadku w konkretnych warunkach więziennych, jakie ma do zaoferowania konkretnemu skazanemu system penitencjarny.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, wskazać należy, że podstawę odroczenia stanowi tylko taki stan somatyczny lub psychiczny skazanego, który cechują poważne zmiany zachodzące w funkcjonowaniu któregośkolwiek z układów narządów, a więc zmiany o charakterze ciężkim, wymagające leczenia, jeżeli zmiany te, oceniane indywidualnie w każdym zaistniałym przypadku, w sytuacji umieszczenia skazanego w zakładzie karnym, w tym i z zapleczem szpitalnym, pomimo możliwości wdrożenia leczenia (w tym i specjalistycznego), lub w sytuacji braku możliwości takiego leczenia, obarczone są wysokim ryzykiem pogorszenia stanu zdrowia skazanego lub nawet jego śmierci¹⁰⁰.

W kontekście podsumowania jawi się pytanie, na podstawie jakich danych sąd władny jest stwierdzić, że zachodzi wysokie ryzyko pogorszenia stanu zdrowia, czy nawet śmierci skazanego, na wypadek osadzenia go w zakładzie karnym? Taką wiedzę powinni legitymować się biegli lekarze, którzy powinni mieć świadomość co do możliwości leczenia zdiagnozowanego schorzenia w warunkach izolacji penitencjarnej. W rzeczywistości jest inaczej¹⁰¹. Mają ją natomiast

⁹⁷ Zob. post. SA w Lublinie z 14.02.2001 r., II AKz 496/00, OSA 2001, z. 11, poz. 85 oraz 18.01.2006 r., II AKz w 871/05, KZS 2006, z. 6, poz. 108.

⁹⁸ K. Postulski, *Komentarz...*, s. 900.

⁹⁹ Zob. hasło „poważnie” – <https://sjp.pwn.pl/slowniki/powaznie.html>.

¹⁰⁰ Podobnie K. Postulski, *Komentarz...*, s. 901. Zob. również post. SN z 21.02.1995 r., WZ 35/95, OSNKW 1995/7–8/52.

¹⁰¹ Wniosek poparty doświadczeniem kilkunastoletniej praktyki orzeczniczej autora. Pomijam tu milczeniem fakt, że podjęcie się opiniowania przez niekompetentnego lekarza stanowi naruszenie art. 10 ust. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej (tj. z 2 stycznia 2004 r., zawierający

lekarze więziennej służby zdrowia¹⁰². To powinno każdorazowo obligować sąd do wystąpienia do właściwego organu Służby Więziennej o wskazanie istnienia (lub braku) możliwości skutecznego leczenia skazanego, eliminującego zagrożenie dla jego życia lub zdrowia¹⁰³. Wystąpienie powinno być poprzedzone uzyskaniem opinii medycznej odnośnie do stanu zdrowia skazanego, ale nie odwrotnie, albowiem szczególnie w przypadku chorób (zaburzeń) psychicznych, posiadane przez skazanych zaświadczenia lekarskie, czy też prywatne opinie, mają się nijak do rzeczywistego stanu ich zdrowia psychicznego¹⁰⁴.

Stan zdrowia skazanego determinuje czas trwania odroczenia, które z woli ustawodawcy ma być stosowane do ustania przeszkody. To rozwiązanie, w kontekście problemów związanych (szczególnie w przypadku chorób/zaburzeń psychicznych) z ustaleniem zakresu takich pojęć, jak: „poprawa”, „remisja” czy też „wyzdrowienie”, będących wynikiem m.in. różnic w ocenie efektów postępowania terapeutycznego osób wykazujących zaburzenia psychiczne,¹⁰⁵ należy uznać za trafne i *de lege lata* nie wymagające zmiany.

zmiany uchwalone w dniu 20 września 2003 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy), Warszawa 2004, dostępnego na stronie, zgodnie z którym lekarz, wykonując m.in. czynności orzecznicze, nie powinien wykraczać poza swoje umiejętności zawodowe. Zob. również T. Jurek, M. Bujak, M. Szostak, B. Świątek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie o zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności a możliwości Więziennej Służby Zdrowia*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2008, t. 58, nr 1, s. 51, a także I. Ptaszyńska-Sarosiek, A. Niemcunowicz-Janica, M. Filimoniuk, M. Okłota, Z. Wardaszka, M. Szeremeta, A. Sackiewicz, *Opiniowanie w sprawach dotyczących oceny zdolności do udziału w czynnościach procesowych oraz oceny zdolności do odbywania kary pozbawienia lub ograniczenia wolności w materiale Zakładu Medycyny Sądowej w Białymstoku w latach 2005–2009*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2010, t. 60, nr 2–3, s. 107.

¹⁰² W post. z 16.04.2003 r., sygn. akt II AKz 121/03 (KZS 2003/5/54) SA w Krakowie słusznie zauważył, że lekarz więzienny, który ocenia stan zdrowia osadzonego skazanego nie musi być specjalistą, albowiem nie stawia on diagnozy ani nie zaleca leczenia, „lecz ma jedynie wypowiedzieć się, czy istnieje zagrożenie dla zdrowia bądź życia skazanego, gdyby leczyć go w warunkach więziennych”.

¹⁰³ Obecnie wydaje się, że może to być dyrektor okręgowy Służby Więziennej – zob. „Uwagi końcowe” niniejszego opracowania, jak i również § 2 pkt 6 zarządzenia MS z dnia 12 stycznia 2018 r. w sprawie siedzib, terytorialnego zasięgu i szczegółowego zakresu działania dyrektorów okręgowych Służby Więziennej oraz struktury organizacyjnej okręgowych inspektoratów Służby Więziennej (Dz. Urz. MS z 17.01.2018 r., poz. 102 ze zm.), zgodnie z którym do zakresu działania dyrektora okręgowego SW należy sprawowanie nadzoru i koordynowanie działalności podległych jednostek organizacyjnych w zakresie m.in. opieki zdrowotnej nad osobami pozbawionymi wolności, orzecznictwa lekarskiego i współdziałania z pozawięziennymi podmiotami leczniczymi; Zob. również załącznik nr 1 do zarządzenia zawierający wykaz jednostek organizacyjnych podległych okręgowym inspektoratom Służby Więziennej.

¹⁰⁴ Szerzej na ten temat patrz D. Hajdukiewicz, *Nieuprawnione zaświadczenia lekarzy psychiatrów w postępowaniu karnym*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2005, t. 14, nr 4; taż *Postawy psychiatrów – biegłych i niebiegłych*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2005, t. 14, nr 4.

¹⁰⁵ Szerzej zob. S. Pużyński, *Dylematy...*, s. 88–90.

W przypadku ciężkiej choroby somatycznej z ustaniem przeszkody będziemy mieli do czynienia w sytuacji złagodzenia jej objawów na tyle, że nie będzie zachodziło zagrożenie życia lub poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia skazanego, w przypadku osadzenia go w zakładzie karnym. Odnośnie do ciężkiej choroby (zaburzenia) psychicznej powyższą uwagę należy uzupełnić o stwierdzenie, że stan psychiczny skazanego, uprawniający do jego osadzenia musi być na tyle dobry, że pozwoli mu na zrozumienie istoty kary oraz poddanie się jej poprawczemu i wychowawczemu oddziaływaniu.

Ustalenie stanu zdrowia skazanego, stanowiącego przeciwwskazanie do wykonania kary pozbawienia wolności, jak i okresu niezbędnego do osiągnięcia przez niego stanu uprawniającego do osadzenia go w zakładzie karnym, wymaga wiadomości specjalnych¹⁰⁶.

Zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w., jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych. Wiadomości specjalne to wiadomości wykraczające poza normalną wiedzę organu procesowego, której miernikiem jest poziom wiedzy wykształconego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym¹⁰⁷.

Zauważyć przy tym należy, że organ procesowy nie może kumulować ról procesowych, co oznacza, że nawet jeżeli ma wiadomości specjalne, pozwalające mu na samodzielne dokonanie ustaleń, bez konieczności uciekania się do opinii biegłego, musi z niej skorzystać¹⁰⁸.

Okoliczności, których ustalenie wymaga wiadomości specjalnych, muszą być istotne, nie zaś marginalne.

Za kontrowersyjne należy uznać twierdzenie K. Postulskiego dopuszczającego możliwość podjęcia decyzji o odroczeniu na podstawie wiarygodnej dokumentacji medycznej innej niż opinia lekarska, jeżeli daje ona sądowi pełnię wiedzy na temat zaistnienia przesłanek określonych w art. 150 k.k.w.¹⁰⁹. Co prawda opinia lekarska nie stanowi wyłącznego dowodu w postępowaniu wykonawczym, a dowód taki stanowią również orzeczenia lekarskie, historie chorób, wyniki badań, karty informacyjne leczenia szpitalnego itp. W mojej ocenie mają one jednak walor dowodu wskazującego na możliwość istnienia faktów, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, których rzetelne stwierdzenie może nastąpić jedynie w drodze przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Trafnie

¹⁰⁶ L.K. Paprzycki, *Opiniowanie sądowo-psychiatryczne w postępowaniu karnym, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 7–8, s. 25–26.

¹⁰⁷ Zob. wyrok SN z 15.04.1976 r., II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 10–11, poz. 133. Por. L.K. Paprzycki, *Problematyka psychiatryczna i psychologiczna w prawie i postępowaniu karnym: granice kompetencji biegłych i organów procesowych*, t. 2, Chowania 2011, s. 101.

¹⁰⁸ Zob. wyrok SN z 1.04.1988 r., IV KR 281/87, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 69.

¹⁰⁹ K. Postulski, *Kodeks...*, s. 906.

zatem dowodzi G. Wiciński, który w lekceważeniu przeprowadzenia dokładnych badań medycznych, na potrzeby postępowania incydentalnego, o którym tu mowa, upatruje naruszenia art. 68 Konstytucji RP¹¹⁰. Zdaniem tegoż autora konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia zostaną zachowane tylko wówczas, jeżeli choroba skazanego zostanie gruntownie zdiagnozowana, na podstawie wyników rzetelnie przeprowadzonych badań.

Za koniecznością przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (biegłych) przemawia również to, że odroczenie następuje do czasu ustania przeszkody, co powinno wynikać z opinii lekarskiej, tylko bowiem medyk jest w stanie w przybliżeniu określić ww. okoliczność lub też termin, w którym będzie zachodzić konieczność ponownego badania skazanego, celem zdiagnozowania jego stanu, pod kątem istnienia przesłanek odroczenia wykonania kary.

Powyższe uwagi należy uzupełnić o stwierdzenie, że zachowują one aktualność tylko wówczas, gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do stanu zdrowia skazanego. Gdy tak nie jest, sąd nie jest zobligowany do przeprowadzania specjalistycznych badań, ilekroć taką potrzebę zgłosi skazany, albowiem w praktyce mogłoby to doprowadzić do sparaliżowania postępowania wykonawczego¹¹¹.

Skazany ma obowiązek poddania się zleconym badaniom lekarskim (art. 74 § 2 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). W przypadku odmowy można go zatrzymać i przymusowo doprowadzić, a także zastosować siłę fizyczną lub środki techniczne służące obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym do wykonania danej czynności (art. 74 § 3a k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

W przypadku wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego skazanego¹¹² zachodzi konieczność powołania dwóch biegłych lekarzy psychiatrów (art. 202 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.), których zadaniem jest wskazanie zarówno istnienia u niego choroby (zaburzenia) psychicznej, jak i określenie, czy stan ten pozwala mu na świadome odbywanie kary¹¹³.

Nie ma przeszkód, by w postępowaniu wykonawczym, na wniosek biegłych psychiatrów, sąd wydał postanowienie o obserwacji skazanego w zakładzie leczniczym (art. 203 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.). Okres obserwacji podlega

¹¹⁰ G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 186–187.

¹¹¹ Post. SA w Krakowie z 20.05.1999 r., II AKz 245/99, KZS 1999/5, poz. 42, LEX nr 37117. Tak również K. Postulski, *Kodeks...*, s. 906 oraz G. Wiciński, *Postępowania...*, s. 186. Przeciwnego zdania jest J. Potulski [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego..., s. 577.

¹¹² Zob. C. Nowak, *Modyfikacje w zakresie...*, s. 231 oraz J. Potulski [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego, s. 577 oraz post. SA w Krakowie: z 21.11.2014 r., II AKzw 1293/14, KZS 2014, nr 11, poz. 42 oraz z 25.01.2015 r., II AKzw 34/15, KZS 2015, nr 2, poz. 45.

¹¹³ Zob. K. Postulski, Głosa do post. SA w Krakowie z 2.02.2016 r., II AKzw 54/16, LEX 2016 oraz post. SA w Krakowie z 27.03.2007 r., II AKzw 189/07, KZS 2007/4, poz. 43 i z 2.02.2016 r., II AKzw 54/16, KZS 2016/4, poz. 30.

zaliczeniu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności¹¹⁴. Nie powinien on trwać dłużej niż 4 tygodnie; na wniosek zakładu sąd może przedłużyć ten termin na czas określony, niezbędny do zakończenia obserwacji, nie dłuższy niż 8 tygodni (art. 203 § 3 k.p.k.).

Pozostając przy zagadnieniu dopuszczalności stosowania obserwacji sądowo-psychiatrycznej w postępowaniu wykonawczym, jako osobny problem jawi się kwestia jej stosowania w przypadku kar krótkoterminowych pozbawienia wolności, orzeczonych jako kara pierwotna oraz modalnych form wykonania kary grzywny i ograniczenia wolności w postaci zastępczej kary pozbawienia wolności – orzeczonych w wymiarze do 2 miesięcy. Należy zwrócić przy tym uwagę na fakt, że ustawodawca dopuszczalny czas pozostawania w zakładzie leczniczym wyraża w tygodniach, nie zaś w miesiącach. Przy założeniu, że czas ten podlega zaliczeniu na poczet kary pozbawienia wolności w stosunku 1:1 (art. 63 § 1 k.k.), określenie czasu pobytu w zakładzie leczniczym przy użyciu jednostki w postaci tygodnia ma ogromne przełożenie na sytuację prawną skazanego.

Zgodnie z art. 127b k.p.k., jeżeli czas trwania środków przymusu jest określony w tygodniach, miesiącach lub latach, przyjmuje się, że tydzień liczy się za 7 dni, miesiąc za 30, zaś rok za 365 dni. Przepis ten stosuje się do wszystkich środków przymusu, których czas trwania wyrażony jest ww. jednostkach, w tym również do obserwacji sądowo-psychiatrycznej¹¹⁵. Z przyjętym rozwiązaniem koresponduje przepis art. 12c k.k.w. odnoszący się do kar i innych środków podlegających wykonaniu według przepisów k.k.w.

Mając na uwadze przytoczone zasady, skonstatować należy, że maksymalny okres trwania obserwacji sądowo-psychiatrycznej nie może być dłuższy niż 56 dni. W praktyce może zatem dojść do sytuacji, że wnioskowany okres może po pierwsze przenosić okres kary pozbawienia wolności, po drugie może być niższy niż wymiar pozostałej do wykonania kary.

W pierwszym przypadku sąd, podejmując decyzję w przedmiocie przedłużenia obserwacji, nie może wyznaczyć okresu dłuższego niż 8 tygodni, co może skutkować tym, że skazany odbędzie całą karę w warunkach szpitalnych (analogicznie jak w przypadku gdy okres obserwacji będzie tożsamy z okresem orzeczonej kary pozbawienia wolności) nawet wówczas, gdy w ostatecznym rozrachunku biegli wskażą, że nie można wobec niego wykonywać kary z przyczyn określonych w art. 150 k.k.w. Wówczas sąd będzie zmuszony, w trybie art. 15 § 1 k.k.w., umorzyć postępowanie w przedmiocie odroczenia wykonania kary

¹¹⁴ Zob. wyrok SN z 10.06.1977 r., VII KZP 17/77, OSNKW 1977/7–8, poz. 73, LEX nr 19275.

¹¹⁵ S. Steinborn [w:] *Komentarz do art. 127(b) Kodeksu postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, pod red. J. Grajewskiego, P. Rogozińskiego, S. Steinborna, LEX 2016, nr 493741.

jako bezprzedmiotowe. Zaakcentować tu należy, że „odbycie kary” w zakładzie leczniczym, równoważne z wykonaniem jej w jednostce penitencjarnej, nie będzie stanowiło naruszenia konstytucyjnego prawa skazanego do ochrony zdrowia, gdyż przebywając w zakładzie leczniczym, pozostawał pod opieką wyspecjalizowanego personelu medycznego.

Sprawa komplikuje się w sytuacji opisanej jako przypadek drugi, a mianowicie wówczas, gdy wnioskowany okres obserwacji jest niższy niż wymiar pozostałej do odbycia kary. W przypadku skazania na karę pozbawienia wolności i w braku podstaw do jej odroczenia, po zaliczeniu okresu obserwacji na poczet orzeczonej kary i spełnieniu przesłanek ustawowych, skazany może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, pozostając przy tym na wolności (art. 77 § 1 k.k. oraz 78 k.k.). W okoliczności skrajnie niekorzystnej (brak odroczenia czy warunkowego przedterminowego zwolnienia) skazany powinien odbyć karę w wymiarze pozostałym do jej wykonania. Jeżeli natomiast ma do odbycia zastępczą karę pozbawienia wolności, nie może skorzystać z warunkowego przedterminowego zwolnienia, to bowiem zarezerwowane jest jedynie dla przypadków skazania na karę pozbawienia wolności. W tej sytuacji pozostaje kilka rozwiązań. Skazany może (jeśli nie otrzymał odroczenia) odbyć karę w pozostałym do wykonania wymiarze. Może się również od niej zwolnić, uiszczając grzywnę, której kwotę pomniejszy o okres „pozbawienia wolności” w myśl reguł wyrażonych w art. 46 k.k.w., lub też po wstrzymaniu wykonania zastępczej kary, może wykonać orzeczoną pracę społecznie użyteczną (art. 48a k.k.w.), jeżeli była ona uprzednio orzeczona jako forma zastępcza wykonania kary grzywny. W przypadku zaś kary ograniczenia wolności może wykonać ją po uzyskaniu od sądu decyzji o wstrzymaniu wykonania zastępczej kary pozbawienia wolności (art. 65a k.k.w.).

4. Uwagi końcowe

W obowiązującym porządku prawnym interpretację przepisu art. 150 k.k.w., w kontekście ustalenia stanów warunkujących dopuszczalność odroczenia wykonania kary, utrudnia brak ustawowej definicji pojęcia „choroba psychiczna”, zamienne jej używanie z pojęciem „zaburzenie psychiczne” czy też wręcz odstąpienie od jej używania tak w części literatury medycznej, jak i w międzynarodowych klasyfikacjach psychiatrycznych na rzecz wspomnianego już pojęcia „zaburzenia psychicznego”.

Tak w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, jak i w literaturze przedmiotu nie udzielono dotychczas jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy każda choroba psychiczna skutkuje koniecznością wszczęcia postępowania incydentalnego, zmierzającego do odsunięcia w czasie wykonania kary, czy

też jedynie ciężka choroba psychiczna rodzi taką konieczność. Brak jest również odpowiedzi na pytanie, czy taką podstawę stanowi zdiagnozowane u skazanego zaburzenie psychiczne.

Wątpliwości, których doktryna i orzecznictwo nie usunęły przez okres kilkudziesięciu lat obowiązywania kodeksów karnych wykonawczych z 1969 r. i 1997 r. skłaniają do postawienia kategorycznego postulatu *de lege ferenda* pilnej zmiany obowiązującej regulacji. Pilnej, albowiem wątpliwości związane ze zdefiniowaniem przesłanek obligatoryjnego odroczenia wykonania kary, w praktyce wymiaru sprawiedliwości, prowadzą do niedopuszczalnych z punktu widzenia gwarancji procesowych skazanego sytuacji, w których w zależności od osoby sędziego i lekarzy sporządzających opinię psychiatryczną te same stany chorobowe prowadzą do różnych, częstokroć niekorzystnych dla skazanych orzeczeń¹¹⁶. A przecież odroczenie wykonania kary stanowi swoisty „przedsionek” prowadzący do warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, w fazie jej wykonania (art. 152 k.k.w.), a więc stanowi *de facto* podstawę faktycznej modyfikacji orzeczonej w wyroku kary.

Z drugiej strony wyeksponowania w tym miejscu wymaga fakt błędów, jakie pojawiają się z uwagi na „dwutorowość” w procesie podejmowania decyzji w przedmiocie odroczenia wykonania kary, a będących wynikiem deficytów wiedzy biegłych medyków, w zakresie rzeczywistych możliwości leczniczych i organizacyjnych więziennej służby zdrowia. O ile opiniowanie na etapie pierwszym, umownie nazwijmy go „diagnozą” stanu zdrowia skazanego (dochodzi w nim do ustalenia lub wykluczenia choroby psychicznej lub fizycznej), nie jest z reguły obarczone błędami, o tyle błędy takie pojawiają się na etapie drugim – „prognozowaniu”, w którego toku następuje wyprowadzenie wniosków w przedmiocie skutków zdrowotnych, jakie może nieść dla chorego skazanego osadzenie w zakładzie karnym.

Mając na uwadze wskazane wyżej mankamenty, którymi dotknięte jest obowiązujące ustawodawstwo, proponuję następujące brzmienie przepisu art. 150 k.k.w.:

„Art. 150 § 1. Wykonanie kary pozbawienia wolności w przypadku ciężkiego zaburzenia psychicznego lub ciężkiej choroby somatycznej, uniemożliwiających wykonywanie tej kary, sąd odracza do czasu ustania przeszkody.

§ 2. Za ciężkie stany opisane w § 1 uznaje się takie, w których umieszczenie skazanego w zakładzie karnym może zagrażać życiu lub spowodować dla jego zdrowia poważne niebezpieczeństwo.

¹¹⁶ Teza oparta na obserwacji praktyki wymiaru sprawiedliwości w toku jej sprawowania przez autora.

§ 3. W celu wydania opinii o stanie zdrowia skazanego sąd powołuje co najmniej jednego biegłego lekarza, a w celu wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego skazanego, co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów.

§ 4. Ocenę, w przedmiocie stanów określonych w § 2, sąd przeprowadza po uzyskaniu informacji od właściwego organu Służby Więziennej, odnośnie do możliwości leczniczych i organizacyjnych więziennej służby zdrowia, w przypadku konkretnego skazanego”.

Takie ujęcie podstaw obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności z jednej strony powinno przesądzić spór interpretacyjny, który toczy się wokół obowiązującej regulacji, z drugiej zaś będzie odpowiadało aktualnemu stanowi wiedzy medycznej. Proponowane rozwiązanie ma jeszcze jedną ważną zaletę. Otworzy możliwość ubiegania się o odroczenie wykonania kary tym wszystkim osobom, które obecnie pozbawione jej były (i są) wskutek stosowania i wąskiego pojmowania przez część środowiska medycznego i sędziów, anachronicznego pojęcia choroby psychicznej.

Rozwiązanie zawarte w §§ 3 i 4 wyeliminuje natomiast z praktyki orzeczniczej przypadki wadliwego, bo nie popartego wiedzą po stronie biegłych lekarzy, co do możliwości leczniczych i organizacyjnych więziennej służby zdrowia, prognozowania skutków zdrowotnych izolacji penitencjarnej chorych skazanych. Do uregulowania wówczas pozostanie kwestia wskazania właściwego organu Służby Więziennej, określenia zakresu obowiązku dotyczącego udzielenia odpowiedzi na postawione przez sąd pytania, a w szczególności ustalenia wiążącego terminu jej udzielenia. Obowiązkiem tym powinien być obarczony dyrektor okręgowy Służby Więziennej, a jego konkretyzacja powinna nastąpić w drodze zarządzenia Ministra Sprawiedliwości, na podstawie delegacji zawartej w przepisie art. 12 ust. 5 ustawy o Służbie Więziennej¹¹⁷.

¹¹⁷ Zob. przypis 7.

Bibliografia

- Bolechała F., *Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2009, t. 59, nr 4.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Drake R.E., Mueser K.T., Brunette M.F., *Management of persons with co-occurring severe mental illness and substance use disorder: program implications*, „World Psychiatry” 2007, tłum. M. Gajdosz, „Medycyna Praktyczna – Psychiatria” 2008, nr 4.
- Encyklopedyczny słownik psychiatrii*, pod red. L. Korzeniowskiego, S. Pużyńskiego, wyd. III, Warszawa 1986.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. 20, Warszawa 2017.
- Gromulska L., *Zdrowie psychiczne w świetle dokumentów Światowej Organizacji Zdrowia*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2010, nr 64.
- Hajdukiewicz D., *Nieuprawnione zaświadczenia lekarzy psychiatrów w postępowaniu karnym*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2005, t. 14, nr 4.
- Hajdukiewicz D., *Postawy psychiatrów – biegłych i niebiegłych*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2005, t. 14, nr 4.
- Heitzman J., Markiewicz I., *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, „Psychiatria po Dyplomie” 2012, t. 9, nr 3.
- Hołda Z., Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2005.
- Jabłoński Ch., Kobek M., Kowalczyk-Jabłońska D., *Czy neurastenia to choroba psychiczna – sztuczny, czy rzeczywisty problem opiniodawczy?*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2011, t. 61.
- Jurek T., Bujak M., Szostak M., Świątek B., *Opiniowanie sądowo-lekarskie o zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności a możliwości Więziennej Służby Zdrowia*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2008, t. 58, nr 1.
- Jurek T., *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Warszawa 2010.
- Kalbarczyk W.P., Murawiec S., Kalbarczyk M., *Priorytetowe działania w obszarze zdrowia psychicznego na lata 2016–2020*, Warszawa 2016.
- Kiejna A., Adamowski T., Piotrowski P., Moskalewicz J., Wojtyniak B., Świątkiewicz G., Stokwiszewski J., Kantorska-Janiec M., Zagdańska M., Kessler R.C., *Epidemiologia zaburzeń psychiatrycznych i dostępność psychiatrycznej opieki zdrowotnej. EZOP – Polska – metodologia badania*, „Psychiatria Polska” 2015, nr 49(1), s. 5–13.
- Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego, wyd. 2, Warszawa 2016.
- Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, pod red. J. Lachowskiego, wyd. 2, Warszawa 2016.

- Komentarz do art. 127(b) Kodeksu postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, pod red. J. Grajewskiego, P. Rogozińskiego, S. Steinborna, LEX 2016, nr 493741.
- Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5*, pod red. Gałęckiego, M. Pileckiego, J. Rymaszewskiej, A. Szulc, S. Sidorowicza, J. Wciórki, wyd. 5, Wrocław 2018.
- Leksykon Psychiatrii*, pod red. S. Pużyńskiego, Warszawa 1993.
- Leleental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2017.
- Mądro R., Teresiński G., Wróblewski K., *Stany chorobowe, ich wpływ na udział w postępowaniu karnym oraz na stosowanie środków i wykonywanie kary*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4.
- Möllers H.J., *Możliwości i ograniczenia DSM-5 w polepszeniu klasyfikacji i diagnozy zaburzeń psychicznych*, „Psychiatria Polska” 2018, vol. 52, nr 4.
- Mrozek K., *Obligatoryjne odroczenie wykonania kary ze względu na stan zdrowia skazanego, Nowa kodyfikacja prawa karnego*, 2014, t. XXXI.
- Nowak C., *Modyfikacje w zakresie wykonywania kary bezwzględnej pozbawienia wolności – odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności i przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności oraz problem niewykonania kary pozbawienia wolności* [w:] *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, pod red. J. Jakubowskiej-Hara, J. Skupińskiego, Warszawa 2009.
- Nowicki K., *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 12.
- Oniszczyk J., *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 3.
- Ostrzyżek A., Marcinkowski J.T., *Biomedyczny versus holistyczny model zdrowia a teoria i praktyka kliniczna*, „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2012, nr 93(4).
- Paprzycki L.K., *Opiniowanie sądowo-psychiatryczne w postępowaniu karnym w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 7–8.
- Paprzycki L.K., *Problematyka psychiatryczna i psychologiczna w prawie i postępowaniu karnym: granice kompetencji biegłych i organów procesowych*, t. 2, Chowania 2011.
- Pawela S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1993.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2016.
- Postulski K., *Stan zdrowia skazanego w aspekcie zdolności do odbywania kary pozbawienia wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8.
- Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014.
- Przybyś J., *Psychiatria sądowa, Cz. I: Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników*, wyd. IV, Toruń 2007.
- Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, pod red. T. Bilikiewicza, wyd. 2, Warszawa 1974.

- Ptaszyńska-Sarosiek I., Niemcunowicz-Janica A., Filimoniuk M., Okłota M., Wardaszka Z., Szeremeta M., Sackiewicz A., *Opiniowanie w sprawach dotyczących oceny zdolności do udziału w czynnościach procesowych oraz oceny zdolności do odbywania kary pozbawienia lub ograniczenia wolności w materiale Zakładu Medycyny Sądowej w Białymstoku w latach 2005–2009*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2010, t. 60, nr 2–3.
- Pużyński S., *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, „Psychiatria Polska” 2007, t. 41, nr 3.
- Pużyński S., *Dylematy współczesnej psychiatrii. Problemy kliniczne, etyczne, prawne*, wyd. I, Warszawa 2015.
- System prawa karnego*, t. 7: Środki zabezpieczające, pod red. L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2012.
- Sęk H., *Jakość życia a zdrowie*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 2.
- Tomaszewska M., *Charakter prawny decyzji o ubezwłasnowolnieniu w sądowym stosowaniu prawa*, Toruń 2008.
- Wiciński G., *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r., II AKz 304/99, Biul. SA Ka 1999/2/12–13*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12.
- Wiciński G., *Postępowania incydentalne związane z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w programie probacji*, Łódź 2012.
- Wielki słownik medyczny*, pod red. J. Komender, M.J. Mossakowskiego, T. Orłowskiego, K. Ostrowskiego, W. Rudowskiego, A. Trzebskiego, Warszawa 1996.
- Zasady rozpoznawania i leczenia zaburzeń psychicznych*, pod red. S. Pużyńskiego, M. Beręsewicza, Warszawa 1993.
- Zgoliński I., *Aspekty prawne orzekania i wykonywania kary pozbawienia wolności wobec osób niepełnosprawnych*, „Studia z Zakresu Nauk Prawnoustrojowych” 2016, t. VI.

STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu jest analiza materialnych podstaw obligatoryjnego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności.

W części wstępnej publikacji przedstawiono obowiązującą regulację prawną w zakresie podstaw obligatoryjnego i fakultatywnego odroczenia wykonania kary oraz możliwości świadczenia opieki zdrowotnej w warunkach izolacji penitencjarnej. W niezbędnym zakresie zaprezentowano również dane statystyczne, obrazujące skalę zastosowania omawianej instytucji w praktyce orzeczniczej.

Przedmiotem dalszych rozważań czyni autor problematykę definiowania takich terminów, jak: „zdrowie psychiczne”, „choroba psychiczna”, „zaburzenie psychiczne” i związane z ich używaniem reperkusje na gruncie obowiązującego porządku prawnego. Akcentuje istnienie poglądów, zgodnie z którymi anachroniczne pojęcie „choroba psychiczna” powinno być wyeliminowane z porządku prawnego na rzecz terminu „zaburzenie psychiczne”. Zauważa przy tym, że tak w ustawodawstwach państw obcych, jak i w publikacjach rodzimych wyodrębnia się choroby (schorzenia, zaburzenia) psychiczne, którym towarzyszy przymiotnik wskazujący na ich nasilenie typu: „poważny”, „ciężki”. Przyjęcie kontrowersyjnego poglądu o dopuszczalności gradacji chorób (zaburzeń) psychicznych, obok chorób somatycznych, z uwagi na stopień ich nasilenia, nie może pozostać bez wpływu na interpretację przepisów regulujących przesłanki obligatoryjne odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności. Skutkuje bowiem zawężeniem zakresu zastosowania omawianej instytucji do przypadków wystąpienia ciężkich chorób (zaburzeń) psychicznych lub ciężkich chorób somatycznych.

Przeprowadzona analiza tak obowiązującego porządku prawnego, jak i poglądów prezentowanych w doktrynie i judykaturze pozwala na konkluzję, że aktualna regulacja prawna przesłanek obligatoryjnych odroczenia wykonania kary wymaga pilnej modyfikacji. Jej kierunek, przez wskazanie propozycji zmiany obowiązujących przepisów, przedstawia autor w uwagach kończących opracowanie.

Słowa kluczowe: choroba psychiczna, ciężka choroba, odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności, prawo karne wykonawcze, skazany, Służba Więzienna, zaburzenie psychiczne, zdrowie psychiczne

SUMMARY

The subject of the article is the analysis of the base material for obligatory postponement of the execution of the penalty of deprivation of liberty.

The introductory part of the publication presents the applicable legal regulation in the field of obligatory and facultative postponement of punishment and the possibility of providing health care in the conditions of penitentiary isolation. The statistical data illustrating the scale of application of the discussed institution in case-law practice were also presented in the work.

The subject of further considerations is made by the author with the problems of defining such terms as: “mental health”, “mental illness”, “mental disorder” and repercussions related to their use under the current legal order. He emphasizes the idea according to which the anachronistic term “mental illness” should be eliminated from the legal order in favor of the term “mental disorder.” At the same time, he notices that in the laws of foreign states, and in native publications, psychiatric diseases such as mental and psychic disorders are accompanied by an adjective indicating their severity: “serious”, “severe”. Adaptation of a controversial view on the gradations of mental diseases (disorder), including the somatic diseases and its severity, can not be left without interpretation of provisions of the obligatory conditions for postponing the execution of a prison sentence. It results in narrowing the scope of application of the discussed institution to cases of severe mental diseases (disorders) or severe somatic diseases.

The analysis of such a legal order as well as the views presented in the doctrine and judicature makes it possible to conclude that the current legal regulation of the obligatory conditions for postponement of the penalty requires urgent modification.

The way how to do it, by indicating a proposal to change the existing regulations, is presented by the author in the final comments of this work.

Keywords: mental illness, severe illness, postponement of the execution of a prison sentence, executive criminal law, person sentenced, Prison Service, mental disorder, mental health

ZASADY ZGŁASZANIA MATERIAŁÓW DO PUBLIKACJI

1. Propozycje artykułów naukowych można zgłaszać mailowo na adres studia-prawnicze@inp.pan.pl lub za pośrednictwem platformy ICI Publisher Panel <http://www.studia-prawnicze.publisherspanel.com>. Podpisaną własnoręcznie przez autora wersję papierową tekstu należy przesłać na adres: kwartalniki „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa.
2. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
3. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
4. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.
5. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków łącznie ze spacjami (w tym przypisy).
6. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
7. Do artykułu należy dołączyć streszczenie w języku polskim i angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacjami), abstrakt w języku polskim i angielskim (do 800 znaków ze spacjami), słowa kluczowe w języku polskim i angielskim (od 5 do 10 słów) oraz bibliografię załącznikową, uwzględniającą wszystkie pozycje wskazane w przypisach.
8. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o autorze (w szczególności: stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”. Pracownicy naukowi proszeni są o wskazanie afiliacji oraz informacji o źródle finansowania badań.
9. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
10. W tekście należy stosować przypisy dolne.
11. Redakcja nie zwraca autorom nadesłanych materiałów.
12. Prosimy autorów o niekierowanie do redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
13. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek autora.

14. Autorzy, których teksty zostaną zaakceptowane do druku, będą zobowiązani podpisać **umowę licencyjną** (licencja nieodpłatna niewyłączna wraz z prawem do sublicencjonowania) ze zgodą na wydanie ich utworu.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst (łącznie z tabelami – jeśli są) należy przygotować wyłącznie w formie elektronicznej w programie Word, a tabele i wykresy w programie Excel.
2. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; justacja. Należy wprowadzić numerację stron.
3. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.
4. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach.
5. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostrokątnym tzw. francuskim (« ... »).
6. W tekście ani w przypisach nie należy przytaczać pełnej treści przepisów prawnych, w tym przepisów z konwencji międzynarodowych (w języku polskim lub angielskim), chyba że jest to absolutnie niezbędne i będzie stosowane na zasadzie wyjątku.
W przypadku odwoływania się w tekście do nazwisk innych autorów należy przytoczyć ich pełne imię oraz nazwisko.
7. W przypisach bibliograficznych i bibliografii załącznikowej należy podawać pełne tytuły czasopism, bez dokonywania ich skrótów.
8. Redakcja prosi o przygotowanie przypisów bibliograficznych zgodnie z wskazówkami poniżej (dostępnymi również na stronie <https://studia-prawnicze.publisherspanel.com/resources/html/cms/FORAUTHORSINFO>).

Monografie:

- A. Siemaszko, *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1993.
- J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2000.
- H.S. Becker, *Outsiderzy. Studia z socjologii dewiacji*, tłum. O. Siara, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.

Artykuły w pracach zbiorowych:

- A. Marek, *Powrót chuligańskiego charakteru czynu w prawie karnym* [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70-tej rocznicy urodzin profesora Andrzeja Gaberle*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2007.

Czasopisma:

- D. Wójcik, *Praca kuratora dla nieletnich w opinii sędziów sądów rodzinnych i kuratorów społecznych*, „Archiwum Kryminologii” 1988, t. XV.
- S. Opotow, *Moral Exclusion and Injustice: An Introduction*, „Journal of Social Issues” 1990, t. 46, nr 1.

Źródła internetowe:

- K. Iglicka, K. Gmaj, *Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and Trends cross Europe. Country report: Poland*, listopad 2008, http://clandestino.eliamap.gr/wp-content/uploads/2009/10/clandestino_report_poland_final_2.pdf [dostęp: 15.03.2011].

Dzienniki Ustaw:

- do 2012 roku: Dz.U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107
 po 2012 r. (bez podziału na numery): Dz.U. z 2016 r. poz. 2290
 w przypadku odwoływania się do tekstu jednolitego, powyższe należy poprzedzić skrótem tj.

Kolejne powołania:

- A. Siemaszko, *Granice tolerancji...*, s. XX

9. Należy rozróżniać numerację tomów (volumes) oraz zeszytów (issues) przy czasopismach obcojęzycznych.
10. Jeśli tekst artykułu jest napisany w języku polskim, wszystkie elementy opisów bibliograficznych, nawet publikacji obcojęzycznych, powinny być w języku polskim.

Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, Routledge, London 2017, s. 3–22.

Rosenthal R., Jacobson L., *Pygmalion in the classroom*, „The Urban Review” 1968, t. 3, nr 1, s. 16–20.

11. Przywoływane w przypisach i wykazywane w bibliografii teksty angielskojęzyczne należy zapisywać następująco: małymi literami (poza nazwami własnymi) tytuły artykułów z czasopism oraz artykułów z prac zbiorowych, wielkimi literami (poza przyimkami i spójnikami) – tytuły monografii i prac zbiorowych, np.

Sykes G., Matza D., *Techniques of neutralization. A theory of delinquency*, „American Sociological Review”, 1957, t. 22, nr 6, s. 664–670.

Tulich T., *Critical reflections on preventive justice* [w:] T. Tulich, R. Anian-Welsch, S. Bronitt, S. Murray (red.), *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox*, Routledge, London 2017, s. 3–22.

Pascoe P., *What Comes Naturally. Miscegenation and the Making of Race in America*, Oxford University Press, Oxford 2010.

12. Dodatki do tytułów należy zapisywać po kropce, nie po dwukropku i nie po myślniku.
13. W przypadku powoływania się na źródła internetowe po podaniu linku do źródła należy w nawiasie kwadratowym zamieścić datę dostępu w następujący sposób: [dostęp: 28.02.2019].
14. Nazwy polskich aktów prawnych należy pisać od małej litery (z wyjątkiem Konstytucji RP). Nazwy konwencji międzynarodowych rozpoczynamy wielką literą, jednak nie zaznaczamy ich kursywą.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 6 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana autorom.

LISTA RECENZENTÓW
ARTYKUŁÓW OPUBLIKOWANYCH W 2018 R.

Bajor Barbara
Bierć Andrzej
Błachucki Mateusz
Buczowski Konrad
Daniluk Paweł
Jakubowska-Hara Jolanta
Krakhmalova Kateryna
Młynarska-Sobaczewska Anna
Namysłowska-Gabrysiak Barbara
Podrecki Paweł
Rzeplińska Irena
Skupiński Jan
Švedas Gintras
Szwarc Monika
Wieruszewski Roman
Wiśniewski Tadeusz
Wróbel Andrzej
Żakowska-Henzler Helena

Cena 42,00 zł (VAT 5%)