

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Środki solidarnościowe w świetle Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym
- Teoretycznoprawne aspekty przedstawicielstwa podmiotów prywatnych
- Zakres uprawnienia małżonka do mieszkania będącego własnością współmałżonka
- Pojęcie *Joint Venture*
- Gacaca – „inny wymiar sprawiedliwości”
- Pozaustawowe kontratypy – zarys problematyki

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2013



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

**Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2012 r. z liczbą 6 punktów za publikację.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów
ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma
THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH)
internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Edyta Lis

UMCS Lublin

ŚRODKI SOLIDARNOŚCIOWE W ŚWIELE ARTYKUŁÓW KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA ZA AKTY SPRZECZNE Z PRAWEM MIĘDZYNARODOWYM	5
1. Wstęp	5
2. Pojęcie środków solidarnościowych	6
3. Poglądy przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego odnośnie do egzekwowania prawa międzynarodowego przez państwo nieposzkodowane	9
4. Środki solidarnościowe w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego	12
5. Podmioty uprawnione do dochodzenia odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej w przypadku naruszenia zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej jako całości.....	42
6. Podsumowanie	49
SOLIDARITY MEASURES IN THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS	54

mgr Joanna Mucha-Kujawa

Instytut Nauk Prawnych PAN

TEORETYCZNOPRAWNE ASPEKTY PRZEDSTAWICIELSTWA PODMIOTÓW PRYWATNYCH	55
1. Przesłanki społeczno-prawne instytucji przedstawicielstwa	55
2. Geneza i ewolucja konstrukcji przedstawicielstwa w świetle prawa rzymskiego	59
3. Istota przedstawicielstwa według nauki niemieckiej	63
4. Przedstawicielstwo według prawa niemieckiego.....	74
5. Wpływ niemieckiej konstrukcji przedstawicielstwa na polskie prawo prywatne.....	78
THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE REPRESENTATION OF PRIVATE ENTITIES.....	89

mgr Anna Urbańska-Łukaszewicz

Instytut Nauk Prawnych PAN

ZAKRES UPRAWNIENIA MAŁŻONKA DO MIESZKANIA BĘDĄCEGO WŁASNOŚCIĄ WSPÓŁMAŁŻONKA.....	95
I. Wstęp.....	95
II. Rekomendacja Rady Europy nr R (81) 15 z dnia 16 października 1981 r.....	96
III. Przesłanki do skorzystania z uprawnienia z art. 281 ¹ k.r.o., zakres i czas jego trwania	98
IV. Ograniczenia w rozporządzaniu mieszkaniem współmałżonka	103
V. Możliwości podważenia rozporządzenia mieszkaniem rodzinnym dokonanego przez właściciela.....	113
VI. Możliwości ochrony współmałżonka	124
Podsumowanie.....	127
THE SCOPE OF THE SPOUSE'S RIGHTS TO THE APARTMENT OWNED BY THE OTHER SPOUSE	128

mgr Joanna Wiak

UMCS w Lublinie

POJĘCIE JOINT VENTURE	129
Wprowadzenie	129
I. <i>Joint venture</i> jako typ współpracy	130
II. <i>Joint venture</i> jako zasadnicza podstawa podejmowanej współpracy	139
III. <i>Joint venture</i> jako określona forma podejmowanej współpracy	141
Podsumowanie	152
THE CONCEPT OF THE JOINT VENTURE	153

mgr Bożena Nowak-Chrząszczyk

Instytut Nauk Prawnych PAN

GACACA – „INNY” WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI.....	155
1. Wstęp	155
2. Ludobójstwo w Rwandzie	156
3. Gacaca jako mechanizm sprawiedliwości transformacyjnej.....	158
4. Ogólne zasady funkcjonowania sądów Gacaca	161
5. Kryteria oceny Gacaca	167
6. Podsumowanie	174
Bibliografia	175
GACACA – „ANOTHER” DIMENSION OF JUSTICE.....	177

mgr Paweł Brzozowski

Szczecin

POZAUSTAWOWE KONTRATYPY – ZARYS PROBLEMATYKI.....	179
OUTSIDE STATUTORY OF THE FACTORS EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY – OUTLINE OF ISSUES.....	193
Informacje dla Autorów.....	195

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Edyta Lis ■

ŚRODKI SOLIDARNOŚCIOWE W ŚWIETLE ARTYKUŁÓW KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO O ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA ZA AKTY SPRZECZNE Z PRAWEM MIĘDZYNARODOWYM

1. Wstęp

W 2001 roku Komisja Prawa Międzynarodowego, po trwających prawie pół wieku pracach, przyjęła projekt dotyczący odpowiedzialności państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym.¹ Zarówno koncepcja środków solidarnościowych² oraz problematyka podmiotów uprawnionych do stosowania takich środków stanowiły jedną z najbardziej dyskusyjnych kwestii. Ostateczna wersja Artykułów nie pozwala, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, na określenie tych podmiotów. Artykuł 54 ogranicza prawo państwa, uprawnionego

¹ Tekst Artykułów z komentarzem w: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001), Doc. A/56/10, initially distributed as Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, w: Yearbook of the International Law Commission (YbILC) 2001, vol. II, Part two, s. 20–143. Teksty dokumentów opracowywanych przez KPM powoływane w artykule dostępne są na stronie internetowej Komisji: <http://www.un.org/law/ilc/>

² W niniejszym artykule na określenie środków stosowanych w odpowiedzi na naruszenie interesu społeczności międzynarodowej przez państwo, które nie jest bezpośrednio dotknięte naruszeniem, posłużono się określeniem „środki solidarnościowe”.

na podstawie art. 48, do stosowania środków zgodnych z prawem, a nie środków solidarnościowych. W komentarzu KPM stwierdziła, iż praktyka państw dotycząca stosowania środków solidarnościowych jest ograniczona i nieukształtowana.³

W artykule dokonano analizy prac KPM odnośnie do koncepcji środków solidarnościowych stosowanych w odpowiedzi na naruszenie interesu społeczności międzynarodowej jako całości. Środki te w zdecentralizowanym systemie prawa międzynarodowego pozbawionym, jak to określił W. Riphagen, „policjanta społeczności międzynarodowej”⁴, mogą stanowić swoistego rodzaju gwarancję egzekwowania prawa międzynarodowego w przypadku poważnych naruszeń tego prawa.

Celem artykułu jest przedstawienie procesu kształtowania się uregulowań dotyczących środków solidarnościowych stosowanych w odpowiedzi na naruszenia fundamentalnego interesu społeczności międzynarodowej.

2. Pojęcie środków solidarnościowych

W literaturze przedmiotu nie ma jednolitej definicji środków solidarnościowych. Zamiennie używa się takich określeń, jak: *countermeasures in general interest*⁵, *solidarity measures*⁶, *collective countermeasures*⁷, *third – party countermeasures*⁸, *multilateral sanctions*⁹. Pojęcie to należy odróżnić od innych zbliżonych terminów, takich jak: 1) środki odwetowe – *countermeasures*¹⁰, retorsje, sa-

³ YbILC 2001, vol. II, Part two, pkt. 3, 6, s. 137, 139.

⁴ YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt 140, s. 45.

⁵ D. Alland, *Countermeasures in General Interest*, European Journal of International Law 2002, vol. 13, no. 5, s. 1221–1239.

⁶ M. Koskenniemi, *Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?*, British Yearbook of International Law 2001, vol. LXXII, s. 341–356.

⁷ A/CN.4/507/Add.4, pkt. 386–406.

⁸ M. Dawidowicz, *Public Law Enforcement without Public Law Safeguards? An Analysis of State Practice on Third-Party Countermeasures and Their Relationship to the UN Security Council*, British Yearbook of International Law 2006, vol. 77, s. 333–418.

⁹ YbILC 2000, vol. I, pkt 81, s. 311.

¹⁰ Terminami „środki odwetowe”, „indywidualne środki odwetowe” na określenie *countermeasures* posługuje się W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa za naruszenie umowy międzynarodowej*, Państwo i Prawo 2001, zeszyt 11, s. 24; idem, *Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, Studia Prawnicze 2002, zeszyt 4(154), s. 40, 45–47; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 603; Por. M. Frankowska, *Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności państw – nowa forma kodyfikacji prawa międzynarodowego?*, w: J. Menkes (red.) *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania*. Księ-

moobrona, sankcje, zawieszenie lub wygaśnięcie traktatu.¹¹ Środki odwetowe stanowią formę dozwolonej samopomocy akceptowaną przez prawo międzynarodowe. Można je określić jako akt niewypełnienia przez państwo ciężącego na nim zobowiązania w stosunku do innego państwa. Stosowane są przeciwko państwu w odpowiedzi na uprzednie naruszenie przez niego prawa międzynarodowego.¹² Środki odwetowe wyłączają bezprawność aktu pomiędzy państwem poszkodowanym a tym, które dokonało naruszenia.¹³ Retorsje¹⁴ wiąże się z pewną formą przymusu, ale nie są one środkiem służącym zadośćuczynieniu za poniesioną szkodę. Sprowadzają się one do odwetu za akt wprowadzienia niestanowiący naruszenia prawa, ale z natury swej nieprzyjazny, dokonany zgodnie ze słusznym interesem państwa, choć pośrednio szkodliwym dla innych państw. Retorsje można porównać, na gruncie krajowych porządków prawnych, do aktów powodujących powstanie *damnum sine injuria* tzn. strat poniesionych mimo braku czynu niedozwolonego.¹⁵ W komentarzu KPM podkreślono, iż działanie w samoobronie ma na celu ochronę integralności terytorialnej lub niepodległości państwa. Państwa podejmują się samoobrony w celu odparcia ataku przy użyciu siły zbrojnej, by zapobiec innym naruszeniom. Środki odwetowe stosowane są *ex post facto* przeciwko państwu, które dokonało naruszenia. Natomiast istota sankcji¹⁶ polega na tym, że ich celem jest ukaranie. Niekiedy temu celowi może

ga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek, Warszawa 2006, s. 179, 183–185. Autorka posługuje się terminem „kontraśrodki” i R. Sonnenfeld, która używa terminu „przeciwśrodki”, idem, *Kodyfikacja odpowiedzialności międzynarodowej państwa*, Opinie 2002, nr 50, s. 13. W niniejszym artykule na określenie *countermeasures* posłużono się zwrotem „środki odwetowe”.

¹¹ E. Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law. Countermeasures, the non-injured state and the idea of international community*, Routledge, London-New York 2010, s. 2.

¹² Ch. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge 2005, s. 19–20; zob. A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council. Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford 2011, s. 154–157. Szerzej w dalszej części pracy.

¹³ YbILC 2001, vol. II, Part two, komentarz do art. 22, pkt 5, s. 75.

¹⁴ Zob. L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, vol. II, 1952 London: Longmans, Green and Co, s. 134–135. L. Oppenheim twierdził, że retorsje stanowią odpłatę za niegrzeczne lub niemiłe, czy też niesprawiedliwe i niesłuszne akty w drodze aktów tego samego lub podobnego rodzaju. Akt, który wymaga odpłaty, nie jest aktem bezprawnym, gdyż dokonują go podmioty w ramach swojej kompetencji. Retorsje polegają na odwecie za akty w drodze równie nieprzyjacielskich aktów.

¹⁵ Ch. G. Fenwick, *International Law*, New York 1965, s. 635.

¹⁶ Koncepcja sankcji w prawie międzynarodowym budziła pewne kontrowersje także w przedmiocie terminologii. Na takie pytania, jak: czy sankcje stanowią nieodłączny element systemu prawnego, a stąd prawa międzynarodowego, czy ich celem jest ukaranie lub stosowanie prawa, jakie warunki muszą być spełnione, by można skorzystać z tego środka, czy określenie to może być stosowane zarówno w sposób scentralizowany,

towarzyszyć zamiar udzielenia ostrzeżenia przed ewentualnymi, ponownymi naruszeniami. Samoobrona jest reakcją na ściśle określony rodzaj naruszenia, a sankcje, włączając w to represalia, są reakcją mieszczącą się w kontekście skutków wynikających z popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego.¹⁷ W przypadku zaś naruszenia zobowiązań traktatowych istnieje możliwość zawieszenia lub wygaśnięcia traktatu w stosunku do państwa, które nie wykonuje ciążącego na nim zobowiązania. Takie postępowanie może zostać usprawiedliwione w myśl zasady *exceptio inadimpleti contractus*¹⁸, skodyfikowanej w art. 60 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.^{19,20} Zdaniem J. Crawforda *exceptio non adimpleti contractus* ma znacznie węższy zakres zastosowania niż środki odwetowe. Różnice dotyczą także celów, do których osiągnięcia zmierzają, oraz ograniczeń

jak zdecentralizowany, udzielano różnych odpowiedzi. V. Gowlland-Debbas, *Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility*, International and Comparative Law Quarterly 1994, vol. 43, s. 59, YbILC 1991, vol. II, Part one, s. 9. Zdaniem H. Kelsena sankcje polegają na przymusowym pozbawieniu stanu posiadania, takiego jak życie, wolność, wartości o charakterze ekonomicznym lub innych. Podkreślił, że są one przymusowe o tyle, że podejmowane są nawet wbrew woli podmiotu, w stosunku do którego są stosowane. W ten sposób prawo chroni życie, wolność, interesy ekonomiczne i inne przed deliktami. Sankcje stanowią wkroczenie, przy użyciu siły, w sferę interesów normalnie chronionych przez prawo. Znajdują zastosowanie, gdy popełniono delikt. Sankcje stanowią szczególną reakcję przeciwko deliktowi. Pojęcia, takie jak delikt, zobowiązanie, odpowiedzialność, są naturalnym następstwem koncepcji sankcji, idem, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London 1951, s. 706. J. L. Kunz zdefiniował sankcje jako reakcję społeczności prawnej na delikt, idem, *Sanctions in International Law*, American Journal of International Law 1960, vol. 54, s. 324. Zob. H. de Fumel, *W sprawie pojęcia odpowiedzialności państwa we współczesnym prawie międzynarodowym*, Państwo i Prawo 1976, zeszyt 3, s. 34–37; V. Gowlland-Debbas, *UN Sanctions and International Law; An Overview*, w: V. Gowlland-Debbas (red.), *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague/London/Boston 2001, s. 5.

¹⁷ YbILC 1980, vol. II, Part two, pkt 5, s. 53. Por. J. Combacau, *Sanctions*, w: R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Elsevier Amsterdam-London-New York-Oxford-Paris-Shannon-Tokyo 2000, s. 311–315.

¹⁸ Łaciński termin *exceptio non adimpleti contractus* oznacza, że strona może powstrzymać się od wykonania ciążącego na niej zobowiązania, jeżeli drugi kontrahent sam nie wykonuje tego samego lub innego związanego z nim zobowiązania, szerzej J. Crawford, S. Olleson, *The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility*, Australian Yearbook of International Law 2001, vol. 21, s. 55–76; A/CN.4/498/Add.2, pkt. 314–329, s. 40–48; M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Zakamycze 1998, s. 37.

¹⁹ Tekst w: A. Przyborska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2005, s. 48–76.

²⁰ Ch. J. Tams, op. cit., s. 21–22.

w zakresie ich stosowania. Specjalny sprawozdawca zauważył, iż stanowią one szczególną reakcję na określone naruszenie.²¹

3. Poglądy przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego odnośnie do egzekwowania prawa międzynarodowego przez państwo nieposzkodowane

Historia prawa międzynarodowego wskazuje, iż koncepcja egzekwowania prawa międzynarodowego, w przypadku naruszenia jego fundamentalnych norm, uzyskała pewną akceptację zarówno przedstawicieli nauki, jak i państw.²²

H. Grocjuś twierdził, iż pewne normy prawne są lub powinny być egzekwowane przez każde państwo, nawet w przypadku niewystąpienia bezpośredniego uszczerbku po stronie któregośkolwiek państwa.²³ W XVIII w. E. Vattel, C. van Bynkershoek rozważali, czy Anglia w 1662 r. posiadała prawo do stosowania środków solidarnościowych przeciwko Holandii, by zachować prawa Suwerennego Zakonu Maltańskiego.²⁴

J. A. Frowein, wskazując na dzieło A. G. Hefftera *Le droit international public de l'Europe* z 1866 r., stwierdził, iż koncepcja ta jest dobrze ugruntowana w prawie międzynarodowym. Jego zdaniem A. G. Heffter uznał, że państwa w takich przypadkach mogą działać w imieniu społeczności międzynarodowej oraz ludzkości w celu egzekwowania poszanowania praw człowieka.²⁵ Podobnie F. von Liszt i M. Fleischman uważali, iż podjęcie akcji zbiorowej przez wiodące

²¹ A/CN.4/498/Add.2, pkt. 323–325, s. 46. Zob. A/CN.4/507/Add.3, pkt. 363–366, s. 34–36. Por. P. Malanczuk, *Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1983, vol. 43, s. 721–722. Autor stwierdził, że środki odwetowe (represalia) mogą jedynie czasowo zawiesić działanie zobowiązania, ale nie ostatecznie. Inaczej jest w przypadku zobowiązań traktatowych, gdzie wymagany jest między stronami pewien stopień zaufania. Jeżeli zostanie ono zawiedzione, druga strona musi mieć prawo domagania się wygaśnięcia traktatu; ibidem, s. 721; zob. opinię odrębną F. de Castro w sprawie dotyczącej jurysdykcji Rady Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego z 1972 r. (*Appeal Relating to Jurisdiction of the ICAO Council*), *ICJ Reports* 1972, s. 124, 129.

²² J. I. Charney, *Third State Remedies in International Law*, *Michigan Journal of International Law* 1989, vol. 10, s. 61.

²³ H. Grocjuś, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju*, t. II, tłum. R. Bierzanek, Warszawa 1957, rozdz. XX, § XL, s. 94.

²⁴ M. Dawidowicz, op. cit., s. 337–338.

²⁵ A. J. Frowein, *Reaction by not Directly Affected States of Breaches of Public International Law*, *Recueil des Cours* 1994, vol. 248, s. 406–407.

mocarstwa jest dopuszczalne w przypadku, gdy państwo nie uznaje podstawowych zasad międzynarodowego porządku i prawa międzynarodowego.²⁶ Odmienne stanowisko prezentowali m.in. R. Phillimore, G. F. von Martens, A. von Bulmerincq, którzy obawiali się, iż istnieje wysokie ryzyko nadużyć w egzekwowaniu prawa w drodze represaliów.²⁷

W okresie przed II wojną światową można także powołać się na nieliczne przykłady z praktyki państw wskazujące na istnienie prawa państw niedotkniętych naruszeniem do stosowania represaliów²⁸, np. zbrojna neutralność w latach 1780 i 1800 (państwa uczestniczące w zbrojnej neutralności zawierały traktat, w którym zobowiązywały się, iż w przypadku bezprawnego zajęcia statku należącego do któregośkolwiek z nich przez stronę wojującą, wszystkie strony traktatu miały prawo stosować represalia przeciwko stronie wojującej)²⁹, wspólna interwencja w Chinach w 1900 r. w trakcie powstania Bokserów. Należy podkreślić, iż przypadki stosowania środków solidarnościowych przez państwa nieposzkodowane stanowiły wyjątek od ogólnej reguły, zgodnie z którą prawo do egzekwowania prawa przysługuje państwu poszkodowanemu.³⁰

W 1915 r. E. Root, porównując prawo krajowe z prawem międzynarodowym twierdził, iż w przypadku zwykłego naruszenia kontraktów w prawie krajowym, zadośćuczynienia może domagać się tylko osoba poszkodowana. Z drugiej strony uznał, iż w przypadku poważnych naruszeń, których istnienie zagraża porządkowi i bezpieczeństwu społeczności międzynarodowej, każdy ma interes prawny w dochodzeniu zadośćuczynienia. Podkreślał, że w przypadku naruszeń prawa międzynarodowego stanowiących zagrożenie dla pokoju i porządku społeczności międzynarodowej należy uznać, iż każde państwo doznało uszczerbku i każde z nich ma prawo podjęcia stosownych działań.³¹ Podobnie A. J. Peaslee w 1916 r., który dokonał rozróżnienia dwóch kategorii czynów bezprawnych na takie, które dotyczą tylko państwo poszkodowane, oraz takie, które dotyczą społeczności międzynarodowej państw. Zaproponował, by w odniesieniu do drugiej

²⁶ F. von Liszt, M. Fleichman, *Das Völkerrecht: systematisch Dargestellt*, Berlin 1925, s. 447 za A. J. Frowein, *Collective Enforcement of International Obligations*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1987, vol. 47, s. 68. Tekst wydania z 1898 r. dostępny na stronie: <http://archive.org/stream/dasvlkerrechtsy00liszg/oog#page/n7/mode/2up>

²⁷ M. Dawidowicz, op. cit., s. 338.

²⁸ J. I. Charney, op. cit., s. 61.

²⁹ M. Akehurst twierdzi, że jest to raczej przykład wspólnej interwencji przez kilka państw poszkodowanych, a nie państwa nieposzkodowane, idem, *Reprisals by Third States*, *British Yearbook of International Law* 1970, vol. XLIV, s. 3–4.

³⁰ J. I. Charney, op. cit., s. 61.

³¹ E. Root, *The Outlook for International Law*, *Proceedings of the American Society of International Law* 1915, s. 7–9.

kategorii czynów bezprawnych, organy tej społeczności, które zostaną powołane po wojnie, były odpowiedzialne za zapobieganie im i ich karanie.³² Zdaniem C. Eagletona prawo o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa uznaje prawo państwa nieposzkodowanego do stosowania środków solidarnościowych. Podkreślił, iż prawo to powinno być realizowane za pośrednictwem organizacji międzynarodowej, by zapewnić bezstronność działania. W okresie międzywojennym powołano do życia Ligę Narodów, której Rada, zgodnie z art. 16 Paktu Ligi Narodów³³, została upoważniona, w przypadku naruszenia określonych zobowiązań wynikających z Paktu, do zerwania wszelkich stosunków z państwem członkowskim, które dokonało naruszenia, a także udzielania sobie wsparcia w stosowaniu środków przeciwko państwu „naruszycielowi”.³⁴

M. Akehurst uważał, iż tylko w trzech przypadkach państwo niedotknięte naruszeniem prawa międzynarodowego może stosować środki solidarnościowe: 1) egzekwowania orzeczenia sądowego, 2) naruszenia art. 60 ust. 2(a) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. – istotne naruszenie traktatu wielostronnego, 3) oraz naruszenia norm regulujących lub zakazujących użycia siły.³⁵ Natomiast G. I. Tunkin twierdził, iż prawo takie przysługuje w przypadku: naruszenia pokoju, zagrożenia pokoju, aktu agresji, zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości, kolonializmu.³⁶ P. Weil sceptycznie odniósł się do możliwości stosowania środków solidarnościowych przez państwo nieposzkodowane, w szczególności w przypadku naruszenia zobowiązań *erga omnes*. Uważał, iż w przypadku, gdy prawo to przysługuje społeczności międzynarodowej jako całości, uznaje się, iż społeczność ta posiada reprezentację zdolną do podjęcia działań w celu ochrony jej praw. Zakładając, iż każde z państw wchodzących w skład społeczności międzynarodowej *uti singuli* podejmuje działania w celu jej ochrony, należy przyjąć, iż każde z państw z osobna, we własnym imieniu, domaga się wykonania zobowiązań *erga omnes*. W takich przypadkach każde z państw, w imię ochrony wyższych wartości, może uznać się za uprawnione do obrony społeczności międzynarodowej.³⁷

Wydaje się, iż niezależnie od wyrażanych na ten temat poglądów przez przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, każdy z autorów ograniczał

³² YbILC 1976, vol. II, Part two, pkt 40, s. 113.

³³ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28 czerwca 1919 r., Dz. U. 1920, Nr 35, poz. 200.

³⁴ M. Dawidowicz, op. cit., s. 339–340.

³⁵ M. Akehurst, op. cit., s. 1–2, 15–17.

³⁶ G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, edited and translated by William E. Butler, Harvard University Press 1974, s. 415–421.

³⁷ P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, American Journal of International Law 1983, vol. 77, no. 3, s. 432–433.

możliwość reakcji państwa nieposzkodowanego do przypadków naruszenia specjalnej kategorii norm.³⁸

4. Środki solidarnościowe w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego

Koncepcja stosowania w imieniu społeczności międzynarodowej środków solidarnościowych pojawiła się także w trakcie prac kodyfikacyjnych Komisji Prawa Międzynarodowego nad problematyką odpowiedzialności państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym.

Pierwsze prace nad kodyfikacją norm dotyczących odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa prowadzone były przez Komitet Ekspertów do spraw Kodyfikacji Prawa Międzynarodowego Ligi Narodów, haską Konferencję kodyfikacyjną, Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego oraz poprzez kodyfikacje prywatne.³⁹

W 1949 r. Zgromadzenie Ogólne przedstawiło Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM) zagadnienie odpowiedzialności państwa jako jeden z tematów do kodyfikacji. W 1955 r. KPM przystąpiła do prac dotyczących kodyfikacji norm odnoszących się do odpowiedzialności państwa, wyznaczając na sprawozdawcę F. V. G. Amadora, który ograniczył kodyfikację do kwestii odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone cudzoziemcom.⁴⁰ W 1962 r. KPM dokonała zmiany

³⁸ A. J. Frowein, *Reaction...*, s. 408.

³⁹ Szerzej P. Allot, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, Harvard International Law Journal 1988, vol. 29, s. 3–4; E. M. Borchard, *Responsibility of States at the Hague Codification Conference*, American Journal of International Law 1930, vol. 24, s. 517–540; G. H. Hackworth, *Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, American Journal of International Law 1930, vol. 24, s. 500–516; S. Rosenne (introduction), *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, Part 1, Articles 1–35*, Martinus Nijhoff Publishers 1991, s. 1–17; S. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Recueil des Cours 2001, vol. 291, s. 384, 386–388. Zob. D. Bodansky, J. R. Crook, *Symposium: The ILC's State Responsibility Articles. Introduction and Overview*, American Journal of International Law 2002, vol. 96, no. 4, s. 776–777; R. B. Lillich, *Toward the Formulation of an Acceptable Body of Law Concerning State Responsibility*, Syracuse Law Review 1965, vol. 16, s. 724–725; Y. Matsui, *The Transformation of the Law of State Responsibility*, Thesaurus Acroasium 1993, vol. XX, s. 25–40; J. Symonides, *Odpowiedzialność państwa w prawie międzynarodowym*, Studia Prawnicze 1971, zeszyt 30, s. 34–37.

⁴⁰ Report of the International Law Commission to the General Assembly, 10 U.N. GAOR Supp. (No. 9), Doc. A/2934 (1955). Teksty raportów w: YbILC 1956, vol. II, s. 173–231; YbILC 1957, vol. II, s. 104–130; YbILC 1958, vol. II, s. 47–73; YbILC 1959, vol. II, s. 1–36; YbILC 1960, vol. II, s. 41–68; YbILC 1961, vol. II, s. 1–54. Zob. R. Rosenstock,

zakresu przedmiotu kodyfikacji.⁴¹ Podkomitet zalecił, by KPM zajęła się ustaleniem ogólnych reguł odpowiedzialności państwa.⁴² R. Ago, przewodniczący podkomitetu, proponował kodyfikację tylko norm wtórnych (*secondary rules*)⁴³ dotyczących odpowiedzialności państw, niezależnie od treści naruszonego zobowiązania (*primary rules*)⁴⁴. W 1976 r. R. Ago wskazał na potrzebę wyróżnienia zobowiązań, których naruszenie wiąże się ze specjalnym reżimem odpowiedzialności, w celu ochrony podstawowych interesów społeczności międzynarodowej jako całości. Zaproponował podział na zbrodnie międzynarodowe (*international crimes*) i delikty (*delicts*). Do pierwszej grupy zaliczył te akty sprzeczne z prawem międzynarodowym, które wynikają z naruszenia zobowiązań zasadniczych dla ochrony podstawowych interesów społeczności międzynarodowej. W art. 19 wymieniono m.in.: naruszenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, zakazu agresji, prawa do samostanowienia. Deliktem, zgodnie z tą klasyfikacją, byłby czyn, który nie stanowi zbrodni międzynarodowej.⁴⁵ R. Ago podkreślił, że jeśli został popełniony akt międzynarodowo bezprawny, który naruszył podstawowe interesy społeczności międzynarodowej, np. akt agresji, to wszystkie państwa, które należą do społeczności międzynarodowej, powinny być uznane jako posiadające interes prawny w przypisaniu odpowiedzialności państwu

The ILC and State Responsibility, American Journal of International Law 2002, vol. 96, no. 4, s. 792, J. Kolasa, Odpowiedzialność majątkowa państw w świetle prac Komisji Prawa Międzynarodowego Narodów Zjednoczonych, w: H. de Fumel (red.), *Problemy odpowiedzialności majątkowej państw RWPG. Materiały z międzynarodowej sesji naukowej Warszawa 9–11 listopada 1972 r.*, Wrocław-Kraków-Warszawa-Gdańsk 1975, s. 131–143; D. Müller, *The Work of Garcia Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens*, w: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (red.), *The Law of International Responsibility*, Oxford 2010, s. 69–74.

⁴¹ V. Vadapalas, *Codification of the Law of International Responsibility by the International Law Commission: Breach of International Law and its Consequences*, Polish Yearbook of International Law 1997–1998, vol. 23, s. 35.

⁴² J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2003, s. 2.

⁴³ Szerzej J. Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility*, European Journal of International Law 1999, vol. 10, no. 2, s. 446; E. David, *Primary and Secondary Rules*, w: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (red.), *The Law...*, s. 27–33; H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998; K. C. Wellens, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends*, Netherlands Yearbook of International Law 1994, vol. 25; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law*, Recueil des Cours 1982–V, s. 188, YbILC 1973, vol. II, pkt 40, s. 169.

⁴⁴ D. Bodansky, J. R. Crook, op. cit., s. 777.

⁴⁵ N. H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for Internationally Crimes*, Oxford 2003, s. 49–50.

popołniającemu taki akt.⁴⁶ Uważał, że istnieje trwały związek pomiędzy prawami a zobowiązaniami w prawie międzynarodowym, ale ten stosunek prawny nie ogranicza się tylko do państwa poszkodowanego i państwa dokonującego naruszenia. Zobowiązanie ciężące na określonym państwie może być powiązane z prawami kilku lub nawet wszystkich podmiotów prawa międzynarodowego.⁴⁷ W związku z tym, by ustalić państwo lub państwa poszkodowane, w wyniku naruszenia zobowiązań wynikających z traktatów wielostronnych, nie tylko takie państwo musi być stroną tego traktatu, ale powinno posiadać określone prawo odpowiadające naruszonemu zobowiązaniu.⁴⁸

Komisja stwierdziła, że ustalenie stopnia odpowiedzialności będzie decydowało o możliwości uzyskania reparacji przez państwo poszkodowane lub/i zastosowanie sankcji przeciwko państwu naruszytelowi. W przypadku poważnych naruszeń stosunek prawny może powstać pomiędzy państwem naruszytelem, grupą państw lub całą społecznością międzynarodową.⁴⁹

W literaturze przedmiotu wyrażany jest pogląd, iż naruszenie norm dotyczących interesu społeczności międzynarodowej poszerza zakres państw dotkniętych tym naruszeniem oraz uprawnionych do dochodzenia odpowiedzialności od państwa-naruszyciela.⁵⁰

Kolejny sprawozdawca KPM W. Riphagen w IV Raporcie stwierdził, iż kwestia ustalenia państwa poszkodowanego stwarza trudności w przypadku, gdy następuje naruszenie normy pierwotnej ustanowionej w celu ochrony ponadpaństwowych interesów, a normy wtórne zezwalają lub zobowiązują inne państwo, poprzez działanie lub zaniechanie, do egzekwowania norm pierwotnych. Konieczne jest zastosowanie środków zbiorowych (*collective measures*) – solidarnościowych także przez państwo niedotknięte bezpośrednio naruszeniem. W związku z tym takie przypadki będą stanowiły wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą tylko państwo, którego prawa zostały naruszone, może domagać się reparacji, zastosować represalia lub powołać się na zasadę wzajemności⁵¹. Zdaniem sprawozdawcy takie wyjątki mogą wynikać z Karty Narodów

⁴⁶ P. M. Dupuy, *International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?*, Michigan Journal of International Law 1989, vol. 11, no. 1, s. 119, 123–126.

⁴⁷ YbILC 1970, vol. II, s. 192. Zob. M. Koskenniemi, *Doctrines of State Responsibility*, w: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett, *The Law...*, s. 49.

⁴⁸ K. Sachariew, *State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the Injured State and its Legal Status*, Netherlands International Law Review 1988, vol. 35, s. 276.

⁴⁹ YbILC 1969, vol. II, s. 233.

⁵⁰ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 58.

⁵¹ Zob. orzeczenie w sprawie *South West Africa Cases, Ethiopia vs. South Africa, Liberia v. South Africa, Second Phase*, Judgment of 18 July 1966, w którym Trybunał

Zjednoczonych (KNZ), pojęcia zbrodni międzynarodowych i innych reżimów obiektywnych.⁵²

Zdaniem R. Ago na taką interpretację wskazuje także stanowisko Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) wyrażone w orzeczeniu z 5 lutego 1970 r. w sprawie *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*⁵³ w kontekście rozróżnienia interesu społeczności międzynarodowej i zwykłego. Trybunał dokonał podstawowego rozróżnienia w odniesieniu do międzynarodowych zobowiązań, a w związku z tym działań prowadzących do ich naruszenia. Istnienie zobowiązań, które mają istotne znaczenie dla społeczności międzynarodowej, oznacza, iż każde państwo, także nieposzkodowane przez naruszenie, ma prawo dochodzić odpowiedzialności od państwa – „naruszyciela”.⁵⁴

W 2000 r. KPM zdecydowała o zastąpieniu koncepcji zbrodni międzynarodowych pojęciem „poważnych naruszeń zobowiązań wynikających z peremptoryjnych norm prawa międzynarodowego”. Tym samym wskazała na szerszy zakres państw uprawnionych do dochodzenia odpowiedzialności. W związku z tym należało ustalić, w jaki sposób należy traktować zobowiązania przynależne społeczności międzynarodowej, skoro koncepcja państwa poszkodowanego, w pracach KPM, była ujmowana w ramach stosunków *stricte* bilateralnych.⁵⁵

Celowe zatem okazało się rozszerzenie koncepcji państwa poszkodowanego tak, by obejmowała wszystkie państwa, którym przysługują określone uprawnienia w sytuacji naruszenia norm przynależnych społeczności międzyna-

uznał, iż współczesne prawo międzynarodowe nie przewiduje istnienia ekwiwalentu dla *actio popularis* ani uprawnienia przysługującego jakimkolwiek członkowi społeczności międzynarodowej do podjęcia działań w celu egzekwowania interesu publicznego, ICJ Reports 1966, pkt 88, s. 47.

⁵² YbILC 1983, vol. II, Part one, s. 21–22.

⁵³ ICJ Reports 1970, s. 3 i n.

⁵⁴ YbILC 1976, vol. II, Part one, s. 28–29. Zob. L. Brilmayer, I. Y. Tesfalidet, *Third State Obligations and the Enforcement of International Law*, International Law and Politics 2011, vol. 44, s. 11.

⁵⁵ W. Riphagen w trzecim raporcie określił, iż prawo międzynarodowe jest *bilateral-minded*, YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt 91, s. 36. Słowo *bilateral* można najprościej zdefiniować jako dwustronny, posiadający dwie części. W języku angielskim zwrot *bilateral* występuje od końca XVIII w., ale od początków XIX w. zaczęto używać go w znaczeniu prawnym. Wtedy też zawarto pierwsze wielostronne traktaty, J. Crawford, *Multilateral Rights and Obligations in International Law*, Recueil des Cours 2006, vol. 319, s. 335–336. Bilateralizm oznacza, iż prawo międzynarodowe zobowiązuje państwa w ich wzajemnych stosunkach, *inter se*, ale nie w stosunku do każdego z nich, International Law Commission fifty eight session Geneva, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskeniemi, A/CN.4/L. 682, pkt 383.

wej. Nawet w takim przypadku kwestią złożoną jest ustalenie, czy i w jaki sposób naruszenie takich norm dotyka różne państwa.⁵⁶

W ostatecznej wersji Artykułów kwestie „poważnych naruszeń zobowiązań wynikających z peremptoryjnych norm prawa międzynarodowego” są uregulowane w rozdziale III. Wskazano w nim, kiedy naruszenie będzie poważne (art. 40), oraz określono w art. 41 szczególne skutki prawne takich naruszeń.⁵⁷ W art. 41 ustalono jednak ograniczony katalog skutków prawnych za takie naruszenia, a także nie nałożono na państwo „naruszyciela” żadnych dodatkowych sankcji.⁵⁸

Należy zaznaczyć, iż w świetle prawa międzynarodowego w określonych okolicznościach państwo nie poniesie odpowiedzialności za naruszenie zobowiązań. Dopóki te okoliczności trwają, zobowiązanie jest bezskuteczne.⁵⁹ W trakcie prac kodyfikacyjnych KPM stwierdziła, że w następstwie zaistnienia pewnych okoliczności zachowanie państwa przestaje być bezprawne i okoliczności te pośrednio wyłączają odpowiedzialność państwa.⁶⁰ Trzeba jednak zaznaczyć, iż okoliczności te nie skutkują zwolnieniem państwa z ciążącego na nim zobowiązania, tak jak to ma miejsce w prawie traktatów w przypadku wygaśnięcia lub zawieszenia traktatu.⁶¹

W ostatecznej wersji Artykułów KPM w rozdziale V cz. I wymieniono sześć okoliczności wyłączających bezprawność aktu państwa: zgodę (art. 20), samoobronę (art. 21), środki odwetowe – *countermeasures* (art. 22), siłę wyższą – *force majeure* (art. 23), stan wyższej konieczności – nagłe działanie w celu ratowania życia ludzkiego – *distress* (art. 24), konieczność – *necessity* (art. 25).

Koncepcja środków odwetowych odzwierciedla potrzebę przywrócenia równości pomiędzy suwerennymi państwami i równowagi naruszonej w następstwie popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego.⁶² Natomiast wprowa-

⁵⁶ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 342.

⁵⁷ Szerzej zob. komentarz do rozdz. III Artykułów, s. 110–116.

⁵⁸ D. Bodansky, J. R. Crook, op. cit., s. 785.

⁵⁹ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 68.

⁶⁰ YbILC 1979, vol. II, Part one, s. 29.

⁶¹ J. Crawford, *Revising...*, s. 443–444. M. Frankowska podkreśliła, że okoliczności zwalniające z wykonania zobowiązania i okoliczności wyłączające bezprawność aktu państwa należą do zupełnie innych kategorii. W pierwszym przypadku nie pojawia się zagadnienie odpowiedzialności, gdyż zobowiązanie nie zostało niewykonane. W drugim przypadku miało miejsce niewykonanie zobowiązania i istotne jest wykazanie, że nastąpiło to zgodnie z prawem lub było usprawiedliwione, idem, *Okoliczności wyłączające odpowiedzialność majątkową państwa a współpraca gospodarcza państw RWPG*, w: H. de Fiumel (red.), *Problemy ...*, s. 83.

⁶² E. Katselli, *Countermeasures by Non-Injured States in the Law on State Respon-*

dzając do systemu prawa międzynarodowego środki solidarnościowe, przyjmowano, iż międzynarodowe zobowiązania, w szerszej perspektywie, w przypadku ich naruszenia wywołują skutki wielostronne, a środki pozostawione do dyspozycji tylko państwa poszkodowanego mogą być niewystarczające do skłonienia państwa – „naruszyciela” do wykonania zobowiązania międzynarodowego. Udział państwa trzeciego w takich przypadkach w stosowaniu środków solidarnościowych wydaje się potrzebny. Z drugiej strony w przypadku, gdy państwo poszkodowane jest zdolne do samodzielnego stosowania środków odwetowych, to ze względu na powtarzalność naruszeń, ich szeroki zasięg, nie jest wystarczające indywidualne stosowanie środków odwetowych.⁶³ W przypadku poważnych naruszeń prawa międzynarodowego brak możliwości stosowania przez państwa środków solidarnościowych oznaczałoby, że wspólny interes społeczności międzynarodowej nie jest prawnie chroniony, a ochrona występuje dopiero w przypadku naruszenia tego interesu.⁶⁴

Problematyka środków solidarnościowych lub innych kolektywnych działań podejmowanych w odpowiedzi na naruszenie zobowiązań ustanowionych we wspólnym interesie była jednym z najtrudniejszych zagadnień, jakie KPM podjęła w trakcie prac nad kodyfikacją odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw.⁶⁵ Kontrowersje dotyczące koncepcji środków odwetowych występowały od momentu zastosowania tego określenia w sentencji orzeczenia sądu arbitrażowego z 9 grudnia 1978 r. w sprawie umowy o ruchu lotniczym między Francją

sibility, s. 2, dostępne na: http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Katselli_874.pdf.

⁶³ Y. N. Hodu, R. Rios-Herran, *WTO Dispute Settlement System and the Issue of Compliance: Multilateralizing the Enforcement Mechanism*, dostępne na: http://www.cam-santiago.cl/.../50_contributionFinal1.doc, s. 4–5.

⁶⁴ G. Gaja, *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, w: J. H. H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, *International Crimes of State. A Critical Analysis of The ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter Berlin New York 1989, s. 156.

⁶⁵ J. Crawford, *The Relationship between Sanctions and Countermeasures*, J. Crawford contribution to the colloquium of the Graduate Institute of International Studies (Geneva) on United Nations Sanctions and International Law, June 1999, s. 5; wersja html, dostępne na: http://www.lcil.law.cam.ac.uk/projects/state_document_collection.php; zob. Kuei-Jung Ni, *Third State Countermeasures for Enforcing International Common Environmental Interest: the Implication and Inspiration of the ILC's Articles on State Responsibility*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 2004, vol. 22, s. 2.

i USA z 27 marca 1946 r. (*Air Service Agreement*)⁶⁶ i trwają nadal.⁶⁷ Wydawało się, iż najlepszym sposobem uniknięcia trudności związanych z środkami odwetowymi byłoby całkowite wyłączenie tego problemu z prac KPM, czego m.in. domagała się Francja.⁶⁸

Istotną kwestią, która występowała w dyskusji w KPM, było określenie podmiotów uprawnionych do stosowania środków odwetowych. W KPM rozważano, czy ograniczyć prawo stosowania tych środków wyłącznie do państwa poszkodowanego, czy je rozszerzyć.⁶⁹ Państwo zainteresowane lub trzecie to takie państwo, które nie zostało bezpośrednio poszkodowane w następstwie popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego, ale które ma interes prawny w wykonaniu naruszonego zobowiązania ze względu na wagę naruszonych praw.⁷⁰

W początkowej fazie prac kodyfikacyjnych KPM problematyka środków odwetowych została ujęta w art. 30 projektu.⁷¹ W artykule tym R. Ago nie posłużył się jednak terminem środki odwetowe (*countermeasures*), ale użył sformułowania „zgodne z prawem zastosowanie sankcji”.⁷² Co do swej istoty artykuł ten dotyczył środków odwetowych i należało domniemywać, że środki te mogą być stosowane w drodze sankcji lub innej kary za popełnienie aktu międzynarodowo bezprawnego.⁷³ Ponadto zdaniem R. Ago „sankcje” mogły być stosowane nie tylko w drodze indywidualnej decyzji państwa poszkodowanego, ale także przez inne państwa, na podstawie upoważnienia nadanego przez kompetentną organizację międzynarodową. Uważał on, że pewne zobowiązania – *erga omnes*

⁶⁶ Reports of International Arbitral Awards 1978, vol. XVIII, s. 417–493. *Under the rules of present-day international law, and unless the contrary results from special obligations arising under particular treaties, notably from mechanisms created within the framework of international organizations, each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States. If a situation arises which, in one State's view, results in the violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through "counter-measures"*, pkt 81, s. 443.

⁶⁷ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 340; P. Reuter uznał, że „*countermeasures*” to słowo, które nic nie znaczy. Zostało zastosowane przez trybunał arbitrażowy w celu uniknięcia takich określeń, jak zobowiązania wzajemne lub represalia, idem, YbILC 1983, vol. I, pkt 23, s. 102.

⁶⁸ A. Pellet, *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, w: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (red.), *The Law...*, s. 86.

⁶⁹ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 73–74.

⁷⁰ A. Bird, *Third State Responsibility for Human Rights Violations*, *European Journal of International Law* 2010, vol. 21, no. 4, s. 884.

⁷¹ Tekst artykułu w: YbILC 1979, vol. II, Part two, s. 115.

⁷² YbILC 1979, vol. I, s. 55.

⁷³ J. Crawford, *The Relationship...*, s. 2.

mają tak szeroki zakres obowiązywania, że naruszenie jednego z nich jest równoznaczne z popełnieniem aktu międzynarodowo bezprawnego w stosunku do wszystkich członków społeczności międzynarodowej, a nie tylko wobec państwa poszkodowanego. Równocześnie R. Ago podkreślał, że nie oznacza to istnienia powszechnej solidarności pomiędzy państwami polegającej na tym, iż każde państwo uznaje się automatycznie za uprawnione do odpowiedzi na takie naruszenie. Stwierdzenie naruszenia zobowiązania istotnego dla całej społeczności międzynarodowej, a także określenie, jakie środki i w jaki sposób powinny być stosowane w odpowiedzi na takie naruszenie, powinno zostać powierzone międzynarodowym instytucjom.⁷⁴

Komitet Redakcyjny ze względu na rozbieżności w stanowiskach członków Komisji w odniesieniu do pojęcia sankcji zdecydował się na skreślenie tego terminu, by zaznaczyć też, iż art. 30 nie ogranicza się do sankcji przewidzianych w KNZ.⁷⁵ Uznano, że można zastąpić określenie „sankcje” terminem „środki odwetowe” (*retaliatory measures* lub *countermeasures*).⁷⁶

W komentarzu do art. 30 zdefiniowano środki odwetowe w taki sam sposób, jak R. Ago uczynił to w odniesieniu do „sankcji”. Celem tych środków jest ukaranie za naruszenie lub zapewnienie wykonania zobowiązania. W komentarzu wyjaśniono, iż należy odróżnić stosowanie środków odwetowych od dochodzenia reparacji za poniesioną szkodę, i nie ograniczają się one do stosowania środków polegających na użyciu siły. Podkreślono, że stosowanie takich środków, w innych okolicznościach, oznaczałoby naruszenie zobowiązania międzynarodowego i praw innego podmiotu.⁷⁷

Do połowy lat 80. XX w. KPM nie przeprowadziła pogłębionej analizy postanowień dotyczących problematyki środków odwetowych. Od czasu, gdy sprawozdawcą KPM został R. Ago, Komisja rozważała środki odwetowe w kontekście okoliczności wyłączających bezprawność⁷⁸ aktu państwa. R. Ago

⁷⁴ YbILC 1979, vol. II, Part one, pkt. 91–92, s. 43–44; zob. P. Klein, *Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from Peremptory Norms of International Law and United Nations*, European Journal of International Law 2002, vol. 13, no. 5, s. 1242–1243.

⁷⁵ YbILC 1979, vol. I, s. 171.

⁷⁶ Ibidem, s. 63.

⁷⁷ YbILC 1979, vol. II, Part two, pkt 3, s. 116.

⁷⁸ KPM w trakcie prac nad projektem podkreśliła, że błędne byłoby traktowanie jako synonimów takich określeń, jak „okoliczności wyłączające odpowiedzialność” i „okoliczności wyłączające bezprawność”. KPM uznała, iż należy odróżnić pojęcie bezprawności od odpowiedzialności. Pierwsze z nich oznacza, że zachowanie państwa jest sprzeczne z tym, co wynika z ciężącego na nim zobowiązania określonego przez normy pierwotne. Termin odpowiedzialność wskazuje natomiast na skutki prawne takiego zachowania, przewidziane przez normy wtórne, YbILC 1979, vol. II, Part two, s. 107.

nie analizował warunków ani kwestii implementacji środków odwetowych, które zostały ograniczone do stosunków *stricto* bilateralnych.⁷⁹

Termin środki odwetowe ma tę zaletę, że pozwala uniknąć skojarzeń z elementem kary, jaki łączy się zazwyczaj z pojęciem sankcji⁸⁰, chociaż w prawie międzynarodowym istota sankcji nie może być sprowadzona do środków o charakterze represyjnym.⁸¹

Określenie środki odwetowe wskazuje, że zastosowanie tych środków służy powstrzymaniu aktu lub odpowiedzi na akt międzynarodowo bezprawny, jak też wyegzekwowaniu odszkodowania. Środki odwetowe są jednostronną, horyzontalną (państwo w stosunku do innego państwa) formą reakcji na czyn bezprawny.⁸² Są one legalne, jeżeli podjęto je w odpowiedzi na akt międzynarodowo bezprawny. Bezprawność takiego działania została wykluczona w takim zakresie, w jakim była to zgodna z prawem odpowiedź na akt międzynarodowo bezprawny. Artykuł 30 nie określał, w jakich przypadkach środki odwetowe będą zgodne z prawem, a ponadto ujmował je bardzo szeroko, jako akt określonego państwa niezgodny z jego zobowiązaniem w stosunku do innego państwa i skutkujący w rezultacie aktem międzynarodowo bezprawnym tego ostatniego.⁸³

W. Riphagen w IV raporcie, w kontekście zbrodni międzynarodowych, uznał, iż państwa nie zgodzą się na stosowanie środków solidarnościowych przez państwa trzecie, ani nie zaakceptują ich udziału w stosowaniu takich środków bez uprzedniego ustalenia w sposób niezależny i autorytatywny faktów oraz prawa, które ma być w takich przypadkach stosowane.⁸⁴ W związku z tym podobnie jak R. Ago, W. Riphagen uznał, iż w przypadku prawa państwa trzeciego do stosowania środków solidarnościowych niezbędne jest uprzednie uzyskanie zbiorowego upoważnienia do podjęcia takich działań. Tezę tę oparł na przykładzie Afryki Południowej, gdyż podstawą upoważnienia do podjęcia działań przeciwko niej była kolektywna decyzja uchwalona przez Radę Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ), chociaż implementacja decyzji została powierzona poszczególnym państwom.⁸⁵ Wskazywał on na więź pomiędzy systemem zwiększonej odpowiedzialności za popełnienie zbrodni międzynarodowych a mechanizmami ustanowionymi w KNZ, które służą utrzymaniu międzyna-

⁷⁹ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 339.

⁸⁰ B. Graefrath, *New Trends in State Responsibility*, Thesaurus Acroasium 1993, vol. XX, s. 135.

⁸¹ B. Graefrath, *Responsibility and Damages Caused: Relationship Between Responsibility and Damages*, Recueil des Cours 1984 – II, vol. 185, s. 64.

⁸² YbILC 1991, vol. II, Part one, pkt 15, s. 10.

⁸³ J. Crawford, *The Relationship...*, s. 3.

⁸⁴ YbILC 1983, vol. II, Part one, pkt. 65–66, s. 12–13.

⁸⁵ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 75; zob. P. Klein, op. cit., s. 1243.

rodowego pokoju i bezpieczeństwa. W szczególnie sposób więc ta była widoczna w przypadku agresji.⁸⁶ W. Riphagen uznał, iż w przypadku agresji, ale także i innych zbrodni międzynarodowych, społeczność międzynarodowa jako całość powinna stosować się do postanowień KNZ, w tym postanowień dotyczących kompetencji i funkcji poszczególnych organów ONZ, także w zakresie prawa do samoobrony.⁸⁷

K. Sachariew, w kontekście zobowiązań integralnych⁸⁸, koncepcję W. Riphagena określił jako teorię solidarnościową (*solidarity theory*), w odróżnieniu od teorii *uti singuli*, która zakłada, iż w przypadku odpowiedzialności państwa, łącznie ze stosowaniem sankcji, stosunek prawny, co do zasady, ma charakter dwustronny. Powstaje tylko pomiędzy państwem – „naruszycielem” a poszkodowanym lub państwem – „naruszycielem” a organizacją międzynarodową.⁸⁹

Stanowisko zaprezentowane przez W. Riphagena w pewnym stopniu znalazło potwierdzenie w praktyce organów ONZ, w szczególności Rady Bezpieczeństwa.⁹⁰

Propozycja W. Riphagena spotkała się także z krytyką.⁹¹ Wskazywano przede wszystkim na nieadekwatność mechanizmów istniejących w ONZ do implementacji zwiększonej odpowiedzialności za poważne naruszenia prawa międzynarodowego. Podnoszono m.in., iż Rada Bezpieczeństwa posiada ograniczone kompetencje, gdyż zgodnie z rozdz. VII KNZ ma wyłączne prawa w zakresie utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, a nie w dziedzinie

⁸⁶ P. Klein, op. cit., s. 1244.

⁸⁷ YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt. 4, 14, s. 48–49.

⁸⁸ Koncepcję zobowiązań integralnych zaprezentował Sir G. Fitzmaurice, specjalny sprawozdawca KPM w dziedzinie prawa traktatów. Twierdził, iż zobowiązania integralne to takie, które istnieją w odniesieniu do wszystkich a nie poszczególnych stron traktatów, ich moc wiążąca ma charakter absolutny, istnieje samodzielnie i przynależy każdej stronie traktatu, YbILC 1957, vol. II, pkt. 123–126, s. 54. Należy podkreślić, iż niekiedy na określenie tego typu zobowiązań używa się zwrotów: multilateralne, zbiorowe lub *erga omnes*, K. Sachariew, op. cit., przypis 13, s. 276. Zwrotu „zobowiązania integralne” używa się także na określenie zobowiązań niesynagmatycznych ustanowionych w interesie ogólnym, np. zobowiązania dotyczące praw człowieka. J. Crawford podkreślił, iż są to zobowiązania, które opierają się na zasadzie „wszystko albo nic”, tzn. wykonywanie zobowiązania przez każde państwo jest w rezultacie warunkowane wykonywaniem tego zobowiązania przez każde inne państwo, idem, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction...*, s. 41. Zob. B. Graefrath, *New Trends...*, s. 124–125.

⁸⁹ Szerzej K. Sachariew, op. cit., s. 283–285.

⁹⁰ P. Klein, op. cit., s. 1244; zob. szerzej V. Gowlland-Debbas, *Security...*, s. 55–98; N.H.B. Jørgensen, op. cit., s. 133–135.

⁹¹ M. Dawidowicz, op. cit., s. 345.

odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej; ponadto jest organem politycznym, a nie sądowym. Rada Bezpieczeństwa posiada dyskrejonálną władzę w kwalifikowaniu sytuacji, a także w stosowaniu środków przewidzianych w rozdz. VII KNZ. W związku z tym często w różny sposób kwalifikowała identyczne sytuacje. Takie zróżnicowane traktowanie jest nie do przyjęcia w przypadku określenia istnienia i skutków prawnych poważnych naruszeń norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego. Wątpliwości budzi także uprawnienie Rady Bezpieczeństwa do działania w imieniu społeczności międzynarodowej.⁹²

W. Riphagen odniósł się także do kwestii państwa poszkodowanego, która ma istotne znaczenie w kontekście wprowadzenia zobowiązań wielostronnych do dziedziny odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej.⁹³ Wyodrębnił dwie kategorie państwa poszkodowanego: bezpośrednio (*directly*) i pośrednio (*indirectly*).⁹⁴ Zaproponował w art. 5, by w przypadku popełnienia zbrodni międzynarodowych uznać wszystkie państwa za poszkodowane.⁹⁵ Państwa-strony traktatów wielostronnych są dotknięte przez naruszenie jako wspólnota, a nie poszczególne państwa.⁹⁶ W. Riphagen nie twierdził jednak, iż może to oznaczać, że każde państwo, indywidualnie, może podjąć działania w odpowiedzi na popełnienie zbrodni międzynarodowej.⁹⁷ Twierdził, iż pojedyncze państwa nie mogą pełnić funkcji „policjanta” społeczności międzynarodowej.⁹⁸ Uważał, iż istnieją wyjątki od ogólnej zasady, zgodnie z którą akt międzynarodowo bezprawny nie tworzy nowego stosunku prawnego pomiędzy państwem popełniającym go a państwem innym niż poszkodowane. Wyróżnił trzy przypadki: 1) jest więcej niż jedno państwo bezpośrednio poszkodowane; 2) norma pierwotna, której naruszenie stanowi akt międzynarodowo bezprawny zawarta jest w traktatach wielostronnych; 3) akt międzynarodowo bezprawny, stanowi naruszenie zobowiązania chroniącego fundamentalny interes, który nie jest

⁹² Szerzej P. Klein, op. cit., s. 1244, 1247–1250.

⁹³ P. M. Dupuy, *A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility*, European Journal of International Law 2002, vol. 13, no. 5, s. 1069.

⁹⁴ YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt. 32–33, s. 27.

⁹⁵ YbILC 1984, vol. II, Part one, s. 3.

⁹⁶ K. Sachariew, op. cit., s. 282.

⁹⁷ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 340.

⁹⁸ YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt 140, s. 45. Przedstawiciel Botswany w KPM, w kontekście art. 54 w wersji z 2000 r., podkreślił, iż rola międzynarodowego „policjanta” musi podlegać nadzorowi. Nie można dopuścić do sytuacji, w której jedno państwo pełni funkcję zarówno sędziego i ławy przysięgłych, A/C.6/55/SR.15, pkt 63, s. 10; Rosja A/C.6/55/SR.18, pkt 51, s. 9.

tylko interesem pojedynczego państwa.⁹⁹ Postanowienia art. 5 czytane łącznie z art. 9, 10, 12, 14¹⁰⁰ prowadzą do *actio popularis*.¹⁰¹ W. Riphagen twierdził, iż uznanie interesu społeczności międzynarodowej (ponadpaństwowego), jako przedmiotu ochrony norm prawa międzynarodowego, zmierza w kierunku uznania *actio popularis* każdego państwa mającego udział w kreowaniu takiego interesu.¹⁰²

Wśród przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego wyrażano pogląd, iż terminologia zaproponowana przez W. Riphagena – państwo bezpośrednio i pośrednio poszkodowane – jest nieściśła. Podnoszono, iż w przypadku poważnych naruszeń prawa międzynarodowego – zbrodni międzynarodowych wszystkie państwa mogą uznać się za bezpośrednio poszkodowane, chociaż nie w odniesieniu do tego samego interesu prawnego. Następuje proces rozszerzenia zakresu interesu prawnego poprzez naruszenie zobowiązań istotnych dla ochrony fundamentalnego interesu społeczności międzynarodowej, a w związku z tym także państw uprawnionych do dochodzenia odpowiedzialności.¹⁰³

Należy nadmienić, iż W. Riphagen rozważał też kwestię wzajemnych środków odwetowych (*reciprocal countermeasures*).¹⁰⁴ W artykułach zaproponowanych przez W. Riphagena środki odwetowe przybrały formę zawieszenia wykonywania zobowiązania między państwem poszkodowanym a państwem – „naruszycielem”. Mogło to nastąpić w wyniku zastosowania „słabszych” środków odwetowych w postaci wzajemności (art. 8) lub „silniejszych” środków odwetowych w drodze represaliów (art. 9).¹⁰⁵

W trakcie dyskusji nad projektem stwierdzono, że rozróżnienie między dyspozycją art. 8 a zawieszeniem wykonania zobowiązania traktatowego jest „raczej subtelne i nieco formalne”.¹⁰⁶ Ostatecznie KPM przyjęła, że wzajemne środ-

⁹⁹ YbILC 1980, vol. II, Part one, pkt 62, s. 119.

¹⁰⁰ Tekst artykułów w: YbILC 1984, vol. II, Part one, s. 2–4.

¹⁰¹ D. Alland, op. cit., s. 1229. Zob. K. Kawasaki, *The “Injured State” in the International Law of State Responsibility*, Hitotsubashi Journal of Law and Politics 2000, vol. 28, s. 27–30; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford 1997, s. 210–214; E. Schwelb, *The Actio Popularis and International Law*, Israel Yearbook on Human Rights 1972, vol. II, s. 46–56.

¹⁰² YbILC 1982, vol. II, Part one, pkt 94, s. 37.

¹⁰³ P. M. Dupuy, *International Law...*, s. 119, 123; idem, *A General...*, s. 1069.

¹⁰⁴ W art. 8 projektu przewidziano, iż z zastrzeżeniem art. 11–13 państwo poszkodowane jest uprawnione, na zasadzie wzajemności, do zawieszenia wykonywania zobowiązania w stosunku do państwa, które popełniło akt międzynarodowo bezprawny, pod warunkiem, że zobowiązanie stanowi odpowiednik lub jest bezpośrednio związane z zobowiązaniem naruszonym, YbILC 1984, vol. II, Part one, s. 3–4.

¹⁰⁵ YbILC 1985, vol. II, Part one, s. 10–11.

¹⁰⁶ YbILC 1984, vol. II, Part two, pkt 373, s. 103.

ki (*reciprocal measures*) nie stanowią odrębnej kategorii środków odwetowych i nie wymagają osobnych uregulowań. Należy je postrzegać jako szczególny sposób zastosowania zasady wzajemności w jej szerokim znaczeniu, która występuje w różnych dziedzinach prawa i stosunków międzynarodowych.¹⁰⁷

Kolejny specjalny sprawozdawca KPM – G. A. Ruiz, uwzględniając wątpliwości prezentowane w literaturze odnośnie do trafności terminu „środki odwetowe”, a także zakresu środków, jakie ma obejmować, uznał, że termin ten jest najbardziej neutralny i ogólny oraz może obejmować różnego rodzaju środki, które państwo poszkodowane może legalnie zastosować, indywidualnie lub łącznie z innymi państwami przeciwko państwu – „naruszycielowi”. Uwzględniając okoliczność, iż art. 30 był dość szeroko interpretowany, jako obejmujący środki tradycyjne klasyfikowane jako represalia i sankcje, twierdził, iż środki odwetowe należy rozumieć jako horyzontalną, jednostronną reakcję jednego lub więcej państw na akt międzynarodowo bezprawny, z wyłączeniem samoobrony i retorsji.¹⁰⁸ G. A. Ruiz w art. 47 przedstawił węższe ujęcie środków odwetowych, gdyż uznał, iż środki odwetowe są zgodne z prawem w przypadku, gdy są stosowane nie tylko w rezultacie popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego, ale także w celu uzyskania reparacji.¹⁰⁹ Podkreślał, iż zakres państw poszkodowanych będzie różnił się w zależności od charakteru i stopnia poniesionego uszczerbku. Sporo uwagi sprawozdawca poświęcił kwestii nazewnictwa państwa poszkodowanego. Wskazał, iż w piśmiennictwie, a także w KPM używano takich zwrotów, jak: państwo bezpośrednio/niebezpośrednio poszkodowane (*injured*), dotknięte (*affected*), szczególnie/nieszczególnie dotknięte (*especially affected*) uwikłane (*involved*) naruszeniem, mniej/bardziej bezpośrednio (*less/more directly*). Za mylące uznał określenie „państwo trzecie”, gdyż może odnosić się zarówno do norm pierwotnych, jak i wtórnych, a w odniesieniu do tych ostatnich jest synonimem państwa nieposzkodowanego, państwem trzecim wobec aktu międzynarodowo bezprawnego. W związku z tym rozważał, czy państwo niebezpośrednio poszkodowane ma prawo do stosowania środków odwetowych, a jeżeli tak, to, czy podlegałoby ono większym ograniczeniom niż te stosowane w odniesieniu do państwa szczególnie dotkniętego naruszeniem. Podkreślił, iż w literaturze przedmiotu prezentowane są różne stanowiska w tej kwestii.¹¹⁰ W IV raporcie G. A. Ruiz uznał, iż przy wskazaniu państwa poszkodowanego niezbędne jest ustalenie, którego państwa prawa zostały naruszone. Podniósł, iż z jednej strony w prawie międzynarodowym wszystkie zobowiązania są tak

¹⁰⁷ YbILC 1992, vol. II, Part two, pkt 151, s. 23.

¹⁰⁸ YbILC 1991, vol. II, Part one, pkt 27, s. 12.

¹⁰⁹ A/CN.4/479/Add.1, pkt 48, s. 17.

¹¹⁰ YbILC 1991, vol. II, Part one, pkt. 89–92, s. 26–28.

skonstruowane, że w przypadku ich niewypełnienia naruszają prawa jednego lub kilku określonych państw, to z drugiej strony – zarówno literatura, jak i praktyka międzynarodowa wskazują na istnienie takich norm, które mając na celu ogólny lub zbiorowy interes, tworzą zobowiązania, w których przestrzeganiu interes mają wszystkie państwa, w stosunku do których takie normy są stosowane np. rozbrojenie, ochrona i promocja praw człowieka, ochrona środowiska naturalnego, sprawy niepodlegające jurysdykcji jakiegokolwiek państwa, to dziedziny objęte takimi normami. Naruszenie takich zobowiązań jednocześnie narusza prawa wszystkich państw związanych takimi normami, niezależnie od tego, czy zostały w szczególny sposób dotknięte naruszeniem. G. A. Ruiz, przytaczając konkretne przykłady, twierdził, iż w przypadku naruszenia zobowiązań *erga omnes* poszczególne państwa nie muszą być dotknięte naruszeniem w taki sam sposób. Sytuacja państwa poszkodowanego będzie zależała od charakteru i stopnia naruszenia.¹¹¹

G. A. Ruiz zaproponował, by Zgromadzenie Ogólne, Rada Bezpieczeństwa lub MTS stwierdzały popełnienie zbrodni międzynarodowej.¹¹² W ten sposób chciał uniknąć negatywnych konsekwencji wynikających z wcześniejszych propozycji, w których odwoływano się do poszczególnych organów ONZ osobno, a nie łącznie, bez konieczności zmiany KNZ i bez uszczerbku dla kompetencji Rady Bezpieczeństwa jako organu politycznego ONZ. Koncepcja G. A. Ruiza została jednak poddana krytyce.¹¹³ Podnoszono m.in., iż propozycja ta może doprowadzić do paraliżu systemu reakcji na poważne naruszenia prawa międzynarodowego i w znacznym stopniu zmniejszyć znaczenie art. 16 i 18, które paradoksalnie przewidują surowsze ograniczenia w przypadku reakcji na popełnienie zbrodni międzynarodowej niż deliktu. Ponadto oparto się na nierealnym założeniu, iż państwa, w przypadku zbrodni międzynarodowych, wyrażą zgodę na obowiązkową jurysdykcję MTS zgodnie z art. 36 ust. 2 Statutu. Zakwestionowano zgodność proponowanych procedur z KNZ, a także konieczność

¹¹¹ YbILC 1992, vol. II, Part one, pkt. 129–138, s. 43–46. K. Sachariew, w kontekście zobowiązań integralnych, stwierdził, iż w pewnych okolicznościach państwa, w przypadku naruszenia zobowiązań, mogą zostać w szczególny sposób dotknięte naruszeniem. Sytuacja taka występuje, gdy: 1) naruszone zobowiązania traktatowe zawierały postanowienia określające państwo bezpośrednio poszkodowane oraz w szczególny sposób dotknięte naruszeniem i przewidywały dla takiego państwa dodatkowe prawa; 2) inne normy traktatowe lub zwyczajowe ustanowione poza naruszonym traktatem mogą naruszać prawa niektórych stron i skutkować dodatkowym uszczerbkiem; 3) naruszenie zobowiązań integralnych, bez naruszenia innych dodatkowych zasad, może skutkować określoną, materialną szkodą, uszczerbkiem dla jednej lub więcej stron traktatu wielostronnego, K. Sachariew, op. cit., s. 287–288.

¹¹² YbILC 1995, vol. II, Part two, p. 245–246, s. 46–47.

¹¹³ P. Klein, op. cit., s. 1251–1252.

wypracowania nowego i złożonego systemu działań podejmowanych w przypadku popełnienia zbrodni międzynarodowych.¹¹⁴

W projekcie Artykułów w wersji z 1996 r.¹¹⁵ potwierdzono prawo państwa nieposzkodowanego do stosowania środków w odpowiedzi na poważne naruszenia prawa międzynarodowego, ujęte w kontekście prawa do implementacji środków odwetowych i sformułowano bardzo szeroką definicję państwa poszkodowanego.¹¹⁶ Zgodnie z art. 40 państwo poszkodowane to takie państwo, którego prawa zostały naruszone w następstwie popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego przez inne państwo. Tylko państwo lub państwa i wszystkie z tych, których normy pierwotne (treść konkretnych zobowiązań) zostały naruszone, mają prawo powoływania się na normy wtórne (skutki odpowiedzialności) w nowym stosunku prawnym. Państwo, którego tylko interes uległ uszczerbkowi, nie może być określone jako poszkodowane. Wszystkie prawa państwa, które doznały uszczerbku, zgodnie z ogólnym reżimem odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej i pod pewnymi warunkami, uznaje się za prawa państwa poszkodowanego naruszeniem. By państwo mogło domagać się reparacji i stosowania środków odwetowych (normy wtórne) musi posiadać prawo, wynikające z treści konkretnego zobowiązania (normy pierwotnej) które odpowiada zobowiązaniu, które wiąże go z państwem – „naruszycielem”, a prawo to zostało naruszone w następstwie popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego. W ustępach 2 i 3 art. 40 podjęto próbę kategoryzacji państwa poszkodowanego ze względu na następujące kryteria: źródła prawa, charakter interesu, który podlega ochronie – wspólny interes społeczności międzynarodowej oraz skutki naruszenia.¹¹⁷ Podnoszono, iż takie definiowanie państwa poszkodowanego prawdopodobnie wiąże się z przyjętym założeniem, iż powinien istnieć ścisły związek pomiędzy naruszonym zobowiązaniem i naruszeniem „subiektywnych”¹¹⁸ praw przynależnych innemu państwu.¹¹⁹ Podkreślano, iż można podać kilka przykładów, które wskazywałyby, że beneficjentami międzynarodowych zobowiązań są nie tylko państwa, ale także jednostki i narody, np. normy regulujące ochronę praw człowieka lub prawo narodów do samostanowienia.¹²⁰ Artykuł 40 stanowi odzwierciedlenie koncepcji

¹¹⁴ YbILC 1995, vol. II, Part two, pkt. 305–307, s. 55–56.

¹¹⁵ Tekst artykułów w: YbILC 1996, vol. II, Part two, s. 58–65.

¹¹⁶ Kuei-Jung Ni, op. cit., s. 26.

¹¹⁷ Szerzej K. Kawasaki, op. cit., s. 19–20.

¹¹⁸ Zob. J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 436.

¹¹⁹ P. M. Dupuy, *A General...*, s. 1069.

¹²⁰ L. A. Sicilianos, *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, *European Journal of International Law* 2002, vol. 13, no. 5, s. 1132.

zobowiązań o charakterze *stricto* bilateralnym w prawie międzynarodowym.¹²¹ W art. 40 poza zbrodniami międzynarodowymi tylko w dwóch przypadkach uznano prawa wynikające z zobowiązań wielostronnych: strona traktatu wielostronnego lub związana normą powszechnego prawa międzynarodowego została poszkodowana naruszeniem zobowiązania w taki sposób, iż uniemożliwia to korzystanie z praw lub wypełnianie zobowiązań innym państwom; za państwa poszkodowane uważa się wszystkie państwa, gdy naruszone przez inne państwo prawo wynika z traktatów wielostronnych, naruszone prawo było wyraźnie przewidziane w traktacie w celu ochrony wspólnego interesu państw-stron traktatu.¹²² Formułowano zarzut, iż redakcja art. 40 ust. 2 jest niefortunna, a sam artykuł zbyt obszerny i nie uwzględnia wszystkich możliwych sytuacji. Co więcej, nie rozróżnia się w nim państwa poszkodowanego od państw, które posiadają jedynie interes prawny, by domagać się przestrzegania prawa międzynarodowego.¹²³ Ponadto w art. 47 uznano prawo wszystkich państw do stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na popełnienie aktu międzynarodowo bezprawnego. Pomimo tych krytycznych opinii w KPM, większość państw¹²⁴ była gotowa uznać prawo wszystkich państw do stosowania środków solidarnościowych, w odpowiedzi na poważne naruszenia prawa międzynarodowego skutkujące popełnieniem zbrodni międzynarodowych.¹²⁵ Na podstawie Artykułów w wersji z 1996 r. można sformułować następujący wniosek: środki odwetowe są możliwą konsekwencją popełnienia jakiegokolwiek aktu międzynarodowo bezprawnego. Zbrodnie międzynarodowe to akty międzynarodowo bezprawne, które skutkują uszczerbkiem dla wszystkich państw, ale zgodnie z art. 51¹²⁶ wszystkie skutki prawne będące następstwem popełnienia deliktów wynikają ze zbrodni międzynarodowych. W związku z tym wyrażany jest pogląd, iż w przypadku zbrodni międzynarodowych wszystkie państwa mają prawo do stosowania środków solidarnościowych.¹²⁷

W latach 1999–2001 KPM analizowała powiązane ze sobą kwestie dotyczące zbrodni międzynarodowych, określenia państwa poszkodowanego, środków odwetowych oraz środków solidarnościowych.¹²⁸

¹²¹ P. M. Dupuy, *A General...*, s. 1069.

¹²² Szerzej zob. J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 439–441.

¹²³ Szerzej L. A. Sicilianos, *op. cit.*, s. 1132, 1138–1140.

¹²⁴ Tylko Czechy A/CN.4/488, s. 137–138; Francja A/CN.4/488, s. 140–141; Japonia A/CN.4/492, s. 13 szczególnie ostrzegały przed uznaniem prawa wszystkich państw do stosowania środków solidarnościowych w przypadku popełnienia zbrodni międzynarodowych.

¹²⁵ J. Ch. Tams, *op. cit.*, s. 243–244.

¹²⁶ Tekst z komentarzem dostępny na: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf, s. 345–347.

¹²⁷ D. Alland, *op. cit.*, s. 1229–1230.

¹²⁸ M. Koskeniemi, *Solidarity...*, s. 340–342.

J. Crawford w pierwszym raporcie¹²⁹ ponownie poddał analizie podział aktów międzynarodowo bezprawnych na zbrodnie i delikty. Przyznał, iż po przeanalizowaniu orzecznictwa i praktyki państw można stwierdzić, iż w powszechnym prawie międzynarodowym istnieje hierarchia norm oraz występuje ich zróżnicowanie co do znaczenia w porządku prawnym, ale nie oznacza to istnienia dwóch różnych reżimów odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw.¹³⁰

J. Crawford stwierdził, na podstawie przekazanych mu przez państwa komentarzy¹³¹, że art. 19 jest powszechnie postrzegany jako przykład rozwoju, a nie kodyfikacji prawa międzynarodowego w tej materii, a zatem definicja zbrodni międzynarodowej wymaga dalszego doprecyzowania, by uniknąć błędów.¹³²

J. Crawford w suplemencie do pierwszego raportu przedstawił kilka propozycji dotyczących koncepcji zbrodni międzynarodowych popełnionych przez państwa.¹³³ Ostatecznie zalecił wyłączenie art. 19 z projektu, co jego zdaniem, nie oznaczało odrzucenia pojęcia zbrodni międzynarodowych, ale miało raczej skłonić państwa do dalszego rozwoju tej koncepcji w drodze praktyki państw i organizacji międzynarodowych, albo do potraktowania tej koncepcji jako oddzielnego przedmiotu kodyfikacji.¹³⁴

W ostatecznej wersji Artykułów dokonano rozróżnienia państwa poszkodowanego i innych państw, w odróżnieniu od wersji projektu Artykułów przyjętych w 1996 r.¹³⁵ w pierwszym czytaniu, oraz uznano, iż nie wszystkie państwa mogą zostać jednakowo dotknięte naruszeniem zobowiązania międzynarodowego.¹³⁶ W odniesieniu do zobowiązań wielostronnych, w projekcie z 2000 r. przyjęto, iż w normalnych przypadkach tylko państwo poszkodowane jest uprawnione do stosowania środków odwetowych. Można jednak wskazać przynajmniej trzy przypadki, w których uprawnienie państwa poszkodowanego do reakcji na naruszenie zobowiązania wydaje się problematyczne: 1) sytuacja, gdy tylko

¹²⁹ A/CN.4/490; A/CN.4/490/Add.1–3; por. G. Abi-Saab, *The Uses of Article 19*, *European Journal of International Law* 1999, vol. 10, no. 2, s. 339–351, który w swym artykule odpiera kolejno zarzuty stawiane przez J. Crawforda w odniesieniu do koncepcji zbrodni międzynarodowych.

¹³⁰ A/CN.4/490/Add.2, pkt 71, s. 8.

¹³¹ A/CN.4/490/Add.1, pkt. 52–59, s. 6–9. Sprawozdawca podkreślił, że te komentarze trudno jest traktować jako reprezentatywne dla społeczności międzynarodowej jako całości, ibidem, pkt 60, s. 9.

¹³² Ibidem, pkt 60, s. 9.

¹³³ Zob. A/CN.4/490/Add.2, pkt 73, s. 9; A/CN.4/490/Add.3, pkt 76, s. 2.

¹³⁴ A/CN.4/490/Add.3, pkt 101, s. 10.

¹³⁵ Tekst dostępny na: http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state_responsibility_document_collection.php#4.

¹³⁶ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 79–80.

jedno państwo jest poszkodowane, ale pozostałe posiadają interes prawny do działania, gdyż zobowiązanie zostało ustanowione w interesie ogólnym; 2) państwo poszkodowane może zwrócić się o pomoc lub być niezdolne do podjęcia działań; 3) brak jest państwa poszkodowanego.¹³⁷

W 2000 r. w VI Komitecie podczas debaty na temat środków odwetowych państwa prezentowały różne stanowiska. Niektóre domagały się usunięcia rozdziału regulującego środki odwetowe¹³⁸, ale znaczna większość¹³⁹ uznawała konieczność uwzględnienia środków odwetowych w ostatecznej wersji Artykułów z pewnymi poprawkami. W związku z tym KPM miała trzy możliwości: 1) usunąć odrębny rozdział i włączyć do art. 23 dotyczącego środków odwetowych problematykę *force majeure* i konieczności (*necessity*); 2) zachować odrębny rozdział z pewnymi poprawkami; 3) zachować rozdział w odniesieniu do środków odwetowych stosowanych przez państwo poszkodowane, a art. 54 skreślić lub przekształcić w klauzulę zawierającą zastrzeżenie.¹⁴⁰

W trzecim raporcie specjalny sprawozdawca J. Crawford stwierdził, iż projekt Artykułów powinien przewidywać prawo państw-stron zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej do stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne i potwierdzone naruszenie takich zobowiązań.¹⁴¹ Podkreślił, iż implementacja środków solidarnościowych obejmuje: stosowanie ich wspólnie przez kilka państw; w interesie publicznym przez państwo-stronę zobowiązania wielostronnego, które nie zostało poszkodowane przez naruszenie oraz przypadki, gdy stosowanie tych środków jest koordynowane przez znaczną liczbę państw zaangażowanych.¹⁴² Zgodnie z przedłożoną przez J. Crawforda propozycją środki solidarnościowe można stosować w dwóch przypadkach: 1) na żądanie i w imieniu państwa poszkodowanego (art. 50 A); 2) w przypadku braku państwa poszkodowanego zawsze, gdy ma miejsce poważne naruszenie interesu społeczności międzynarodowej jako całości.¹⁴³ Stwierdził też, iż społeczność międzynarodowa odeszła od klasycznej terminologii represaliów i przyjęła termin

¹³⁷ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 344–345.

¹³⁸ Kuba A/C.6/55/SR.18, pkt. 61–62, s. 11; Meksyk A/C.6/55/SR.20, pkt. 37–38, s. 5.

¹³⁹ Zob. np. Brazylia A/C.6/55/SR.18, pkt. 64–65, s. 12; Jordania A/C.6/55/SR.18, pkt. 15–16, s. 4; Polska A/C.6/55/SR.18, pkt 48, s. 9; Włochy A/C.6/55/SR.16, pkt 26, s. 4–5.

¹⁴⁰ J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, *The ILC's on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, European Journal of International Law 2001, vol. 12, no. 5, s. 979–980.

¹⁴¹ A/CN.4/507/Add.4, pkt 406, s. 21.

¹⁴² A/CN.4/507/Add.4, pkt 386, s. 12.

¹⁴³ A/CN.4/507/Add.4, pkt 413, s. 24–25.

„środki odwetowe” w odniesieniu do tymczasowych, odwracalnych środków stosowanych w odpowiedzi na uprzednie popełnienie aktu międzynarodowo bezprawnego.¹⁴⁴

Komisja wyjaśniła, że terminu środki odwetowe użyto zamiast pojęcia sankcji, by uniknąć nieporozumień związanych z posługiwaniem się dwoma odmiennymi koncepcjami. Należy odróżniać sytuacje, w których akt państwa stanowi bezpośrednią reakcję, niezależną od państwa poszkodowanego, na uprzednie popełnienie aktu międzynarodowo bezprawnego, od sytuacji, gdy dany środek został zastosowany w odpowiedzi na uprzednie naruszenie, ale na podstawie decyzji kompetentnej organizacji międzynarodowej. Organizacja może powierzyć zastosowanie środka państwu poszkodowanemu, innemu państwu, kilku państwom lub wszystkim państwom członkowskim.¹⁴⁵ Termin środki odwetowe obejmuje dwie formy reakcji państwa podejmowane wobec państwa naruszającego zobowiązanie międzynarodowe: zdecentralizowaną, stosowaną bezpośrednio przez państwo poszkodowane przeciwko państwu – „naruszycielowi” (np. represalia niepolegające na użyciu siły), oraz scentralizowaną, dla której używa się terminu sankcje.¹⁴⁶ Pojęcie to miało, zdaniem Komisji, objąć wszelkie środki, z wyjątkiem samoobrony, stosowane zgodnie z prawem międzynarodowym, po dokonaniu naruszenia, by zapewnić wykonanie zobowiązania.¹⁴⁷

Odnosząc się do koncepcji państwa poszkodowanego, J. Crawford stwierdził, iż art. 40 stwarzał wiele trudności, zawierał szczegółowe postanowienia dotyczące odpowiedzialności wynikającej z zobowiązań dwustronnych, natomiast był niedookreślony i niejednorodny w zakresie dotyczącym zobowiązań wielostronnych. Z redakcji artykułu wynikało, iż przyjęto niesłusznie, iż reżimy traktatowe, których celem jest ochrona wspólnego interesu, mogą powstać tylko na mocy postanowienia zawartego w traktacie wielostronnym. Ponadto w art. 40 zawarto odrębne postanowienie odnoszące się do naruszenia wynikającego z zobowiązań ustanowionych w celu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, które w sposób niejasny, pozostający w sprzeczności z innymi postanowieniami określało pojęcie państwa poszkodowanego. Ostatecznie art. 40 został zmieniony.¹⁴⁸

W ostatecznej wersji Artykułów rozdział II część III – art. 49–54 poświęcono problematyce środków odwetowych. W art. 49 określono cel i ograniczenia w stosowaniu środków odwetowych, podkreślając prawo państwa poszkodowa-

¹⁴⁴ J. Crawford, *The Relationship...*, s. 7.

¹⁴⁵ YbILC 1979, vol. II, Part two, pkt 21, s. 121.

¹⁴⁶ V. Gowlland-Debbas, *Security...*, s. 59.

¹⁴⁷ B. Graefrath, *New Trends...*, s. 134.

¹⁴⁸ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility on State Responsibility: Introduction...*, s. 25, 39.

nego do implementacji tych środków. W art. 50 zawarto katalog zobowiązań, które nie mogą zostać naruszone przez stosowanie środków odwetowych. Natomiast art. 51 przewiduje, iż środki odwetowe powinny być proporcjonalne w stosunku do poniesionego uszczerbku, a art. 52 określa warunki proceduralne, których spełnienie jest niezbędne do stosowania środków odwetowych. W art. 53 zaznaczono, iż w przypadku, gdy państwo – „naruszyciel” wypełniło ciążące na nim zobowiązanie, stosowanie środków odwetowych powinno natychmiast ustać.

Pomimo określenia wielu warunków i ograniczeń dotyczących stosowania środków odwetowych, które są wymieniane przez przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, a także przez KPM, nie ma wśród nich warunku wzajemności. Wynika to z kilku przyczyn: 1) istnieją takie zobowiązania, które nie mają charakteru wzajemnego lub mają taki charakter, że nie mogłoby ich stosowanie zostać zawieszone zgodnie z prawem, nawet przy zachowaniu wzajemności; 2) w niektórych przypadkach nie zawsze można stosować środki wzajemne (*reciprocal measures*), gdyż naruszenie zobowiązania jest jednostronne lub państwo poszkodowane wykonało ciążące na nim zobowiązanie; 3) w związku z tym, iż celem środków odwetowych jest skłonienie do zaniechania naruszenia zobowiązania, to stosowanie środków wzajemnych może okazać się niewystarczające do osiągnięcia tego celu.¹⁴⁹

Ostateczna wersja art. 54 pozostawia otwartą kwestię zakresu stosowania środków (*measures*) przez państwo, które nie jest państwem poszkodowanym przez akt międzynarodowo bezprawny, określanym mianem środków solidarnościowych. Podnoszono, iż art. 54 jest wyrazem kompromisu, gdyż bardziej odpowiednim rozwiązaniem byłoby odłożenie debaty na ten temat i poczekanie na ukształtowanie się w tym zakresie prawa zwyczajowego.¹⁵⁰ Obawiano się, iż ustanowienie prawa do stosowania środków solidarnościowych otworzy przysłowiową „puszkę Pandory”, a w związku z tym silniejsze państwa będą stosowały to prawo w sposób arbitralny.¹⁵¹ Wyrażano także pogląd, iż redakcja art. 54 może świadczyć o niedojrzałym charakterze środków solidarnościowych stosowanych przez państwo nieposzkodowane. O legalności stosowania środków solidarnościowych przez państwo inne niż poszkodowane będzie można mówić wtedy, gdy ich istnienie potwierdzi praktyka państw oraz rozstrzygnięcia organów

¹⁴⁹ N. Jansen Calamita, *Countermeasures and Jurisdiction: between Effectiveness and Fragmentation*, Georgetown Journal of International Law 2011, vol. 42, no. 2, s. 242–244.

¹⁵⁰ D. J. Bederman, *Counterintuiting Countermeasures*, American Journal of International Law 2002, vol. 96, no. 4, s. 827–828.

¹⁵¹ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 86.

międzynarodowych.¹⁵² Wyrażany jest też pogląd, iż najlepszym wsparciem dla koncepcji środków solidarnościowych stosowanych przeciwko państwu naruszającemu traktaty wielostronne są Artykuły odpowiedzialności państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym.¹⁵³ Podnoszono także, iż art. 54 w ostatecznej wersji Artykułów nie wyklucza prawa wszystkich państw do stosowania środków solidarnościowych w przypadku poważnych naruszeń zobowiązań istotnych dla całej społeczności międzynarodowej. Ujęcie art. 54 w formę klauzuli zawierającej zastrzeżenie nie wyklucza tej możliwości, przeciwnie – z redakcji art. 54 wynika, iż ją uznaje.¹⁵⁴ W pewnym sensie propozycje KPM dotyczące środków odwetowych, a w szczególności środków solidarnościowych mogą być postrzegane jako początek powszechnego egzekwowania prawa międzynarodowego.¹⁵⁵ Wyrażano pogląd, iż wieloznaczność art. 54 wynika nie tylko z jego nagłówka, który zawiera określenie *measures*, a nie środki solidarnościowe, ale także z jego treści, w której użyto zwrotu „środki zgodne z prawem”. Sformułowanie to może być interpretowane w różny sposób. Po pierwsze, może oznaczać środki solidarnościowe, po drugie, środki, które *per se* są zgodne z prawem, tj. akty retorsji, a nie stosowanie środków odwetowych. W drugim przypadku, przeciwnicy będą podnosili, iż KPM wyłączyła z zakresu prac problematykę retorsji, a środki odwetowe są środkami zgodnymi z prawem, gdyż ich bezprawność wyłącza art. 22, po spełnieniu warunków materialnych i proceduralnych określonych w art. 49–53. Ponadto art. 54 stanowi integralną część postanowień regulujących problematykę środków odwetowych.¹⁵⁶

Podnoszono także, iż ze względu na brak praktyki oraz nieokreślony stan prawny celem art. 54 nie jest kodyfikacja praktyki odnoszącej się do środków solidarnościowych zgodnych z prawem stosowanych przez państwo inne niż poszkodowane. W rzeczywistości art. 54 wytycza granice stosowania art. 48 ust. 1 określającego warunki dochodzenia odpowiedzialności przez państwo inne niż poszkodowane w przypadku, gdy naruszone zobowiązanie przynależy grupie państw i ustanowione zostało w celu ochrony wspólnego interesu tej grupy lub przynależy społeczności międzynarodowej jako całości.¹⁵⁷

Warto jednak zaznaczyć, iż w trakcie prac KPM wiele państw uważało, że nie należy zajmować się problematyką środków solidarnościowych, gdyż

¹⁵² Kuei-Jung Ni, op. cit., s. 3.

¹⁵³ Y. N. Hodu, R. Rios-Herran, op. cit., s. 9.

¹⁵⁴ A. Pellet, *The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Requiem for States Crime?*, Netherlands Yearbook of International Law 2001, vol. 32, s. 75–76.

¹⁵⁵ M. Koskeniemi, *Solidarity...*, s. 340.

¹⁵⁶ L. A. Sicilianos, op. cit., s. 1143.

¹⁵⁷ D. J. Bederman, op. cit., s. 828.

praktyka państw tym zakresie dopiero się kształtuje. Postanowienia art. 54¹⁵⁸ w wersji z 2000 r. dotyczą kontrowersyjnej kwestii zachowania równowagi pomiędzy egzekwowaniem prawa a interwencją oraz wzajemnej relacji pomiędzy akcją podjętą przez poszczególne państwa a akcją zbiorową przewidzianą w KNZ lub w porozumieniach regionalnych. Obawiano się, iż art. 54, a w szczególności ust. 2, nie znajdzie oparcia w prawie międzynarodowym i może doprowadzić do jego destabilizacji.¹⁵⁹ Z drugiej strony uważano, iż skreślenie art. 54 będzie oznaczało, że prawo do stosowania środków odwetowych przysługuje wąsko rozumianemu państwu poszkodowanemu. Wprawdzie praktyka dotycząca stosowania środków w interesie powszechnym lub wspólnym nie ma jednolitego charakteru, to jednak nie oznacza to, iż implementacja środków odwetowych zachodzi tylko w przypadku naruszenia zobowiązań bilateralnych. Nie można traktować zobowiązań zaciągniętych w interesie społeczności międzynarodowej lub we wspólnym interesie jako zobowiązań drugiej kategorii.¹⁶⁰ Część państw uznała, iż niezbędne jest dalsze doprecyzowanie postanowień art. 54¹⁶¹, inne domagały się jego skreślenia¹⁶², a niektóre sprzeciwiały stosowaniu, indywidualnie przez poszczególne państwa środków odwetowych, preferując wspólne działania podjęte przez społeczność międzynarodową.¹⁶³

Ostatecznie w latach 2000–2001 art. 54, ze względu na stanowiska prezentowane przez poszczególne państwa, został przekształcony z pełnoprawnego artykułu w klauzulę zawierającą zastrzeżenie.¹⁶⁴ Uznano, iż redakcja art. 54 w wersji z 2000 r. jest niejasna i istnieje niebezpieczeństwo wprowadzenia na grunt prawa o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa instytucji zbliżonej do sankcji zbiorowych lub zbiorowej interwencji. Środki solidarnościowe mogłyby stanowić pretekst do interwencji przez silniejsze państwa. Ponadto redakcja artykułu jest mało precyzyjna, gdyż pozwala państwu zainteresowanemu, które nie jest nawet poszkodowane, na stosowanie środków solidarnościowych bez

¹⁵⁸ Tekst artykułu w: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (1 May – 9 June and 10 July – 18 August 2000), Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, Supplement No. 10, Doc. A/55/10, s. 70–71.

¹⁵⁹ Np. Botswana A/C.6/55/SR.15, pkt 63, s. 10; Izrael A/C.6/55/SR.15, pkt 25, s. 5.

¹⁶⁰ J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, op. cit., s. 981–982. Zob. M. Spinedi, *International Crimes of State: The Legislative History*, w: J. H. H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, op. cit., s. 71–77.

¹⁶¹ Np. Algieria A/C.6/SR.18, pkt 5, s. 2; Jordania A/C.6/SR.18, pkt 17, s. 4–5.

¹⁶² Np. Kuba A/C.6/SR.18, pkt 59, s. 11; Meksyk A/CN.4/515/Add.1, s. 9–10.

¹⁶³ Np. Meksyk A/CN.4/515/Add.1, Polska A/CN.4/515/Add.2, s. 18–19.

¹⁶⁴ J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts: Retrospect*, American Journal of International Law 2002, vol. 96, no 4, s. 875.

konsultacji z państwem dotkniętym naruszeniem. Trudno jest także mówić o zachowaniu zasady proporcjonalności w przypadku, gdy zgodnie z art. 54 każde państwo jest uprawnione do stosowania środków solidarnościowych. Twierdzono, iż treść ust. 2 art. 54 wykracza poza ramy postępowego rozwoju prawa międzynarodowego.¹⁶⁵ Podnoszono, iż jego treść świadczy o innowacyjnym lub nawet rewolucyjnym rozwoju prawa międzynarodowego.¹⁶⁶

W trakcie dyskusji duża grupa państw w sposób wyraźny lub dorozumiany akceptowała prawo wszystkich państw do stosowania środków solidarnościowych w przypadku poważnych naruszeń norm prawa międzynarodowego. W tej grupie były państwa, które ogólnie akceptowały art. 54¹⁶⁷, oraz takie, które akceptując propozycje KPM, podkreślały innowacyjny charakter przyjętych rozwiązań odnoszących się do środków solidarnościowych.¹⁶⁸ Niektóre państwa¹⁶⁹ domagały się niewielkich zmian redakcyjnych.¹⁷⁰

Wyrażano też pogląd, iż odrzucenie art. 54 w wersji przyjętej tymczasowo w 2000 r. było błędem i krokiem wstecz w stosunku do stanowiska przyjętego przez Komitet Redakcyjny w poprzednich latach. Artykuł ten prawdopodobnie określał skutki prawne poważnych naruszeń prawa międzynarodowego. Konstrukcja jego była bardzo logiczna. W związku z tym, iż wszystkie państwa mają interes prawny w wypełnianiu zobowiązań istotnych dla całej społeczności międzynarodowej, do której przynależą, to uzasadnione jest twierdzenie, iż posiadają kompetencję do tego, by zapewnić wykonanie takich zobowiązań. Ponadto w myśl art. 54 nie powinno dochodzić do nadużycia prawa państwa nieposzkodowanego do stosowania środków solidarnościowych, które zostało ograniczone do działań podjętych w interesie beneficjentów naruszonego zobowiązania, a nie w jego własnym interesie. Po drugie, art. 54 stwarzał gwarancję przestrzegania warunków i ograniczeń w stosowaniu środków solidarnościowych, w szczególności zasady proporcjonalności. Ustęp 2 art. 54 nakładał obowiązek na państwa wspólnie stosujące tego typu środki, by współpracowały w przestrzeganiu warunków niezbędnych do ich zastosowania.¹⁷¹ Dowodzono, iż przyjęcie w ostatecznej wersji Artykułów art. 54 nie zamyka dyskusji na temat prawa państwa trzeciego

¹⁶⁵ A/CN.4/513, pkt. 175–182, s. 33–34.

¹⁶⁶ Japonia A/CN.4/515, s. 89.

¹⁶⁷ Np. Hiszpania A/C.6/SR.16, pkt 16, s. 3; RPA w imieniu państw członkowskich SADC A/C.6/SR.14, pkt 24, s. 6.

¹⁶⁸ Np. Argentyna A/C.6/SR.15, pkt 66, s. 10, A/CN.4/515/Add.3, s. 9; Brazylia A/C.6/SR.18, pkt 64, s. 12; Holandia A/CN.4/515, s. 87.

¹⁶⁹ Np. Austria A/CN.4/515, s. 88–89; Kostaryka A/C.6/SR.17, pkt 65, s. 11.

¹⁷⁰ J. Ch. Tams, op. cit., s. 246–247.

¹⁷¹ A. Pellet, *The New Draft...*, s. 74–75.

do stosowania środków solidarnościowych.¹⁷² Wskazuje na to także komentarz KPM do art. 22 i art. 54, a w szczególności do art. 22.¹⁷³ Komisja uznała, iż art. 54 pozostawia otwartą kwestię stosowania przez jakiekolwiek państwo środków niezbędnych do zapewnienia wykonywania zobowiązań zawartych w interesie ogólnym, które różnią się od stosowanych przez państwo poszkodowane w obronie własnego interesu prawnego. KPM podkreśliła, że art. 22 nie reguluje problematyki stosowania takich środków w tym znaczeniu, iż nie kwalifikuje ich jako środków solidarnościowych, ale też nie wyklucza takiej możliwości.¹⁷⁴ Postanowień art. 22 nie można pogodzić z art. 54, gdyż art. 22 odnosi się do środków, które z natury stanowią akty międzynarodowo bezprawne, a art. 54 dotyczy środków zgodnych z prawem. Istnieje zasadnicza różnica pomiędzy środkami w postaci retorsji, które są zgodne z prawem *per se*, a odwetowymi, które z natury są bezprawne, ale po spełnieniu określonych warunków usprawiedliwione. W związku z tym art. 22 odnosi się do wyłączenia bezprawności aktu państwa w określonych okolicznościach, co nie ma zastosowania do retorsji, gdyż ich stosowanie jest zgodne z prawem międzynarodowym. Można zatem uznać, iż KPM wyłączyła możliwość stosowania środków solidarnościowych przez państwo nieposzkodowane w przypadku naruszenia zobowiązań *erga omnes*.¹⁷⁵ Należy jednak zaznaczyć, iż taka interpretacja pozostaje w sprzeczności z intencją członków KPM, ostateczną wersją Artykułów i komentarzem KPM.¹⁷⁶

Trzeba też dodać, iż art. 41 ust. 3 regulujący konsekwencje poważnych naruszeń zobowiązań wynikających z norm peremptoryjnych powszechnego prawa międzynarodowego, przewiduje, iż nie narusza dalszych konsekwencji określonych w części II Artykułów oraz dalszych konsekwencji, które przewiduje prawo międzynarodowe w przypadku takich naruszeń. W związku z tym można uznać, iż prawo międzynarodowe stwarza możliwość stosowania przez państwo nieposzkodowane środków solidarnościowych w przypadku naruszenia zobowiązań wynikających z norm peremptoryjnych powszechnego prawa międzynarodowego.¹⁷⁷ Jest to szczególnie widoczne w przypadku pośrednich naruszeń norm peremptoryjnych poprzez stosowanie postanowień poszczególnych traktatów, gdyż państwo je stosujące w sposób niezawiniony przyczynia się do ich popełnienia. Naruszenie nie wynika z samego traktatu, ale z wykonywania jego postanowień.¹⁷⁸

¹⁷² A. Bird, op. cit., s. 896.

¹⁷³ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 86.

¹⁷⁴ YbILC 2001, vol. II, Part two, pkt 6, s. 76.

¹⁷⁵ D. Alland, op. cit., s. 1232–1233.

¹⁷⁶ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 87.

¹⁷⁷ D. Alland, op. cit., s. 1232.

¹⁷⁸ Szerzej E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 29–33, 86.

Pomimo wielu kontrowersji, jakie wywołał art. 54 w wersji z 2000 r., wśród państw i przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, lepszym rozwiązaniem od przyjętego przez KPM byłoby pozostawienie art. 54 bez zmian i wyjaśnienie wątpliwości w komentarzu. Umożliwiłoby to kształtowanie się i ujednolicenie praktyki państw.¹⁷⁹

W komentarzu do art. 54 zaznaczono, iż nie ma wielu przykładów w praktyce, które potwierdzałyby istnienie środków solidarnościowych¹⁸⁰, usprawiedliwiając tym samym ujęcie tego artykułu w formę klauzuli zawierającej zastrzeżenie.¹⁸¹ KPM w komentarzu podała jednak przykłady z praktyki wskazujące na stosowanie środków solidarnościowych przez państwo nieposzkodowane w przypadku naruszenia zobowiązań, w drodze stosowania sankcji ekonomicznych lub innych środków: embargo nałożone na Ugandę przez USA aktem uchwalonym przez Kongres w 1978 r.; środki solidarnościowe stosowane przez USA i inne państwa zachodnie w związku z wprowadzeniem stanu wojennego w Polsce, przeciwko Polsce i ZSRR polegające na zawieszeniu porozumień uprawniających do lądowania polskich i radzieckich linii lotniczych w USA, Wielkiej Brytanii, Francji, Holandii, Szwajcarii i Austrii; środki solidarnościowe stosowane przez niektóre państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej przeciwko Argentynie w 1982 r. w związku z wojną o Falkandy; USA–RPA – w związku z wprowadzeniem przez władze RPA stanu nadzwyczajnego Kongres USA, wykraczając poza zalecone przez Radę Bezpieczeństwa środki, uchwalił akt, na mocy którego zawieszono prawo do lądowania na terytorium USA samolotom linii lotniczych RPA; środki solidarnościowe stosowane przeciwko Irakowi w 1990 r. w związku z okupacją Kuwejtu – embargo gospodarcze i zamrożenie środków Iraku przez państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej i USA; środki solidarnościowe polegające na zakazie lotów, zamrożeniu funduszy Federalnej Republiki Jugosławii stosowane w odpowiedzi na katastrofę humanitarną w Kosowie.¹⁸² Następnie w komentarzu KPM wskazała na dwa przypadki zawieszenia przez państwa stosowania postanowień traktatu jako formę nacisku na państwo naruszające zobowiązania, które powołały się, w celu usprawiedliwienia działań, nie na środki solidarnościowe, ale na zasadniczą zmianę okoliczności: zawieszenie przez Holandię traktatu o pomocy rozwojowej dla Surinamu w związku z represjami stosowanymi wobec opozycji przez władzę wojskową; zawieszenie, a następnie wypowiedzenie przez państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej porozumienia dotyczącego współpracy z Jugosławią w związku z podjęciem

¹⁷⁹ L. A. Sicilianos, op. cit., s. 1143.

¹⁸⁰ YbILC 2001, vol. II, Part two, pkt 3, s. 137. Por. Ch. J. Tams, op. cit., s. 231.

¹⁸¹ A. Bird, op. cit., s. 896.

¹⁸² YbILC 2001, vol. II, Part two, pkt 3, s. 137–139.

na nowo walk, polegające na cofnięciu wszelkich preferencji handlowych.¹⁸³ J. Crawford, powołując te same przypadki w trzecim raporcie, zaznaczył, iż nie jest to wyliczenie wyczerpujące, a jedynie przykładowe. Przykłady te wskazują na chęć stosowania środków solidarnościowych przez niektóre państwa, w odpowiedzi na naruszenie zobowiązań wielostronnych. Środki te były stosowane w czasie poważniejszych kryzysów politycznych¹⁸⁴, ale trudno postrzegać poważne kryzysy polityczne w kategoriach egzekwowania prawa. Skutkowałoby to bowiem przekształceniem kryzysów dyplomatycznych w proces stosowania prawa.¹⁸⁵ J. Crawford zauważył, iż poważnym problemem jest także zagwarantowanie sprawiedliwego procesu domniemanemu państwu – „naruszycielowi”.¹⁸⁶ Istnieją dwa sposoby rozwiązania tego problemu: uchwalenie aktu, który dokładnie określałby jego istotne warunki, lub zorganizowanie skutecznego i sprawiedliwego procesu. Żadnego ze wskazanych rozwiązań nie uwzględniono w projekcie Artykułów, co wynikało raczej z naturalnej niechęci postrzegania środków solidarnościowych w kontekście kodyfikacji prawa i wprowadzania analogii z prawem krajowym.¹⁸⁷

J. Crawford stwierdził, iż prawo do stosowania środków odwetowych nie może ograniczać się do jego implementacji przez państwo bezpośrednio dotknięte naruszeniem, ale może także wynikać z naruszenia zobowiązań wielostronnych. Poczynił jednak pewne zastrzeżenia. Po pierwsze, środki solidarnościowe są stosowane przez ograniczoną grupę państw – państwa zachodnie, a zdarzają się jedynie nieliczne przykłady implementacji tych środków przez państwa azjatyckie lub afrykańskie.¹⁸⁸ Stwierdzenie to nie jest w pełni uzasadnione, gdyż wprawdzie praktyka jest w przeważającej mierze stosowana przez państwa zachodnie, to jednak nie ogranicza się do nich, np. środki solidarnościowe stosowane przeciwko RPA w związku z prowadzoną polityką apartheidu lub przez państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej i Wspólnoty Narodów (Commonwealthu) przeciwko Nigerii w związku z poważnymi naruszeniami praw człowieka. W przypadku Birmy i Zimbabwe ponad 20 państw Wschodniej Europy stosowało środki solidarnościowe. Od lat 1950 r. ponad 100 państw, głównie pochodzących z Ameryki Łacińskiej, stosowało środki solidarnościowe. Wprawdzie były to działania podejmowane w ramach organizacji międzynarodowych, np. zawieszenie członkostwa

¹⁸³ Ibidem, pkt 4, s. 139.

¹⁸⁴ A/CN.4/507/Add.4, pkt 393, s. 16–17.

¹⁸⁵ M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 347.

¹⁸⁶ A/CN.4/507/Add.4, pkt 405, s. 21.

¹⁸⁷ Szerzej M. Koskenniemi, *Solidarity...*, s. 347–354.

¹⁸⁸ Szerzej V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law: United Nations Actions in the Question of Southern Rhodesia*, The Netherlands 1990, s. 365–422.

Nigerii i Zimbabwe we Wspólnocie Narodów, to jednak były one przypisywane poszczególnym państwom członkowskim. Praktyka była zatem powszechna i reprezentatywna.¹⁸⁹ Po drugie, w większości przypadków, poza werbalnym potępieniem, państwa nie podjęły działań w odpowiedzi na naruszenia zobowiązań wielostronnych, a nawet, gdy podjęto akcje przymusowe, nie określano ich środkami solidarnościowymi.¹⁹⁰ Z drugiej strony, niejednolita, selektywna praktyka państw w zakresie stosowania środków solidarnościowych nie dowodzi, iż w takim kierunku zmierzają działania podejmowane przez społeczność międzynarodową.¹⁹¹ W niektórych przypadkach państwa twierdziły, iż przysługuje im prawo do stosowania środków solidarnościowych, albo dopuszczały się naruszenia prawa międzynarodowego, powołując się na postanowienia prawa traktatów, a nie prawo do stosowania środków solidarnościowych.¹⁹² Twierdzono nawet, iż praktyka państw w tej kwestii opiera się raczej na przesłankach natury politycznej, a nie prawnej.¹⁹³ Przykłady dowodzą, iż w przypadku braku alternatywnego prawnego usprawiedliwienia lub wskazania całkowitej bezprawności działań państw, które stosowały środki solidarnościowe, uważano je za zgodne z prawem. W innych sytuacjach, np. kryzysu w Jugosławii w 1991 r., gdy istniała możliwość powołania się na inne środki niż solidarnościowe, państwa wołały oprzeć swoje działania, niekiedy po uprzednim dokonaniu oceny politycznej¹⁹⁴, na postanowieniach prawa traktatów. Trudno jednoznacznie wskazać, czy czynniki natury prawnej lub politycznej przesądzają o stosowaniu środków solidarnościowych, chyba że państwa wyraźnie określiły konkretne działania jako bezprawne, tak np. Francja, Niemcy, Wielka Brytania w przypadku Jugosławii i Afganistanu lub Wielka Brytania w przypadku np. RPA, Birmy, Zimbabwe.¹⁹⁵ Z drugiej strony, Wielka Brytania wprowadzenie zakazu lotów nad Jugosławią w związku z kryzysem w Kosowie uzasadniała przesłankami natury moralnej i politycznej.¹⁹⁶ W związku z tym nie można ogólnie założyć, iż stosowanie środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne naruszenia norm prawa międzynarodowego opiera się na przesłan-

¹⁸⁹ M. Dawidowicz, op. cit., s. 411; YbILC 2000, vol. II, Part two, pkt 367, s. 60.

¹⁹⁰ A/CN.4/507/Add.4, pkt. 395–396, s. 17.

¹⁹¹ A. Cassese, *Remarks on the Present Legal Regulations of Crimes of States*, w: J. H. H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, op. cit., s. 207.

¹⁹² Ch. J. Tams, op. cit., s. 229.

¹⁹³ A. Cassese, op. cit., s. 207; YbILC 2000, vol. II, Part two, pkt 367, s. 60.

¹⁹⁴ Zob. opinię rzecznika generalnego Jacobsa z 4 grudnia 1997 r. w sprawie *A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz*, Case C-162/96, Judgment of the Court of 16 June 1998, European Court Reports 1998, pkt 60, dostępne na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CC0162:EN:HTML>.

¹⁹⁵ M. Dawidowicz, op. cit., s. 412–415.

¹⁹⁶ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 194.

kach politycznych i moralnych, gdyż tylko w jednym przypadku państwo publicznie powołało się na nie. Praktyka wskazuje na istnienie w tym zakresie *opinio iuris*.¹⁹⁷

J. Crawford przyznał jednak, iż wprowadzie praktyka stosowania środków solidarnościowych nie jest konsekwentna, to żaden z przypadków nie odnosi się do incydentalnych lub mniejszej wagi naruszeń zobowiązań wielostronnych, chociaż trudno jest określić dokładny ich stopień. Stwierdził, iż państwo nieposzkodowane nie może uciekać się do środków solidarnościowych w przypadku, gdy strony zainteresowane chcą skorzystać z innych środków.¹⁹⁸

CH. J. Tams wymienił, oprócz wskazanych przez KPM, kilkanaście przykładów stosowania środków solidarnościowych, które podzielił na następujące grupy: 1) przypadki, gdy państwa niebezpośrednio poszkodowane stosowały środki solidarnościowe, np. państwa zachodnie przeciwko reżimowi Idi Amina w Ugandzie (1971–1978), państwa zachodnie–Polska (1981) w związku z wprowadzeniem stanu wojennego; 2) sytuacje, gdy państwa twierdziły, iż przysługuje im prawo do implementacji środków solidarnościowych, ale ostatecznie z niego nie skorzystały, np. deklaracja państw Grupy G7 dotycząca podejmowania wspólnych działań przeciwko państwom dającym schronienie osobom uprowadzającym samoloty, tzw. Deklaracja bońska, państwa zachodnie – Iran (1979–1980) oraz przypadki, gdy państwa naruszyły prawa innego państwa, ale usprawiedliwiały je innymi okolicznościami, np. powołując się na klauzulę *rebus sic stantibus*, a nie środki solidarnościowe, np. Holandia – Surinam (1982), Wspólnota Europejska – Jugosławia (1991).¹⁹⁹ Podkreślił, iż w większości przypadków państwa stosowały środki solidarnościowe w odpowiedzi na naruszenia zobowiązań chroniących prawa człowieka, jednostek lub ich grup, które stanowią naruszenie istoty zobowiązań *erga omnes*.²⁰⁰ Stosowano je w odpowiedzi na politykę apartheidu i dyskryminację rasową, np. RPA, akty ludobójstwa, np. Uganda, konflikty wynikające z realizacji prawa do samostanowienia, np. była Jugosławia, tortury i inne naruszenia praw człowieka, np. Burundi, Surinam.²⁰¹ W przypadkach, w których naruszenia nie dotyczyły istoty zobowiązań *erga omnes*, państwa stosowały środki solidarnościowe w odpowiedzi na naruszenie zobowiązań, które zaliczano do tych, które najprawdopodobniej uzyskują status zobowiązań *erga omnes*, jak np. prawo do życia, wolność wypowiedzi, prawo do sprawiedliwego

¹⁹⁷ M. Dawidowicz, op. cit., s. 415; J. Ch. Tams, op. cit., s. 237–239.

¹⁹⁸ A/CN.4/507/Add.4, pkt. 395–400, s. 17–18.

¹⁹⁹ Ch. J. Tams, op. cit., s. 207–228. Zob. M. Dawidowicz, op. cit., s. 398–404; E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 90–201.

²⁰⁰ Ch. J. Tams, op. cit., s. 207–228, 230.

²⁰¹ A. Bird, op. cit., s. 897–898.

procesu.²⁰² W większości powołanych przykładów państwa, tj. Polska w 1981 r., Burundi w 1996 r., przeciwko którym stosowano środki solidarnościowe, były stronami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) z 1966 r.²⁰³, ale nie akceptowały kompetencji Komitetu Praw Człowieka do rozpatrywania zawiadomień międzypaństwowych i w przypadku, gdy reżim MPPOiP byłby jedynym, nie można by było zastosować środków solidarnościowych. Nie budzi większych zastrzeżeń twierdzenie, iż w przypadku, gdy procedury międzypaństwowe są niedostępne, mechanizmy egzekwowania prawa przewidziane m.in. w MPPOiP, Międzyamerykańskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka z 1969 r.²⁰⁴ nie naruszają prawa państw do stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na naruszenie zobowiązań *erga omnes*.²⁰⁵

Nie bez znaczenia pozostaje brak protestu w powoływanych przykładach ze strony państw trzecich, chociaż nie oznacza on automatycznie milczącej zgody. Brak protestu może wynikać z bardzo różnych przyczyn.²⁰⁶ Powołane przykłady, w których stosowano środki solidarnościowe w następstwie poważnych naruszeń prawa międzynarodowego, były dobrze znane społeczności międzynarodowej. Niektóre z nich były przedmiotem debat organów organizacji międzynarodowych, podczas których państwa miały możliwość wyrażenia swojego stanowiska. W przypadku nałożenia embarga na handel, zamrożenia aktywów, np. na RPA, Irak, Birmę, Burundi, Zimbabwe, państwa nie zgłosiły żadnego sprzeciwu odnośnie do stosowanych środków, a w stosunku do RPA i Burundi Unia Afrykańska zachęcała lub zalecała stosowanie środków solidarnościowych.²⁰⁷

Należy podkreślić, iż od momentu przyjęcia art. 54 nie odnotowano do tychczas żadnego rozstrzygnięcia sądowego odnoszącego się do uregulowanej w nim problematyki.²⁰⁸

W związku z tym istotne znaczenie ma ustalenie, czy wykształciła się norma zwyczajowa potwierdzająca prawo państwa nieposzkodowanego do stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne naruszenia

²⁰² Ch. J. Tams, op. cit., s. 233.

²⁰³ Tekst w: A. Przyborska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2005, s. 172–191.

²⁰⁴ Tekst dostępny na: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf.

²⁰⁵ A. Bird, op. cit., s. 898.

²⁰⁶ Zob. M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge 2008, s. 89–91.

²⁰⁷ M. Dawidowicz, op. cit., s. 411–412.

²⁰⁸ S. Olleson, *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Preliminary Draft*, British Institute of International and Comparative Law 2007, s. 280.

interesu społeczności międzynarodowej. W myśl art. 38 ust. 1(b) Statutu MTS zwyczaj stanowi dowód ogólnej praktyki przyjętej za prawo. Zwyczaj składa się z dwóch elementów: praktyki (*usus*) i przeświadczenia, że praktyka tworzy prawo (*opinio iuris*). Praktyka tworząca prawo zwyczajowe powinna być spójna, stała, jednolita, powszechna. Na element stałości i jednolitości praktyki powołał się MTS m.in. w orzeczeniu z 20 listopada 1950 r. w sprawie azylu dyplomatycznego (*Asylum*)²⁰⁹. Podobnie w orzeczeniu z 20 lutego 1969 r. w sprawie szelfu kontynentalnego na Morzu Północnym (*North Sea Continental Shelf*)²¹⁰ MTS stwierdził, iż praktyka powinna być rzeczywiście jednolita. Natomiast w orzeczeniu w sprawie działalności militarnej i paramilitarnej w i przeciwko Nikaragui (*Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua*)²¹¹ z 27 czerwca 1986 r. Trybunał uznał, iż praktyka nie musi być absolutnie zgodna, wystarczy, że zachowanie państwa jest co do zasady zgodne z daną normą, a przypadki zachowania państwa sprzeczne z normą będą uznane za jej naruszenie. Następnie MTS uznał, iż do wykształcenia się normy zwyczajowej niezbędna jest nie tylko praktyka państw, ale i przeświadczenie, że praktyka jest wiążąca na skutek obowiązywania normy prawnej, która jej wymaga. W sprawie szelfu kontynentalnego na Morzu Północnym²¹² podkreślił, iż działania państwa powinny skutkować nie tylko ugruntowaną praktyką, ale być tak wykonywane, by stanowiły dowód przeświadczenia, że praktyka jest wiążąca na mocy obowiązującej normy prawnej, która jej wymaga. Państwa powinny mieć poczucie tego, iż stosują się do zobowiązania prawnego.²¹³

Odnosząc się do praktyki państw, należy stwierdzić, iż stanowi ona dowód na stosowanie środków solidarnościowych w celu ochrony wspólnego interesu, a także świadczy o tym, iż praktyka ta jest dobrze ugruntowana w prawie międzynarodowym. Powołane przykłady wskazują na przeświadczenie prawne państw, iż stosowane środki solidarnościowe są uznane przez prawo międzynarodowe, gdyż były stosowane w odpowiedzi na naruszenie interesu społeczności międzynarodowej. Ponadto praktyka ta kształtowała się przez wiele lat, w szczególności po uznaniu istnienia w prawie międzynarodowym koncepcji zobowiązań *erga omnes*.²¹⁴ W związku z tym nie można zgodzić się ze stanowiskiem KPM, iż praktyka państw dotycząca stosowania środków solidarnościowych jest

²⁰⁹ ICJ Reports 1950, s. 276.

²¹⁰ ICJ Reports 1969, pkt 74, s. 43.

²¹¹ ICJ Reports 1986, pkt. 186, 207, s. 98, 108–109.

²¹² ICJ Reports 1969, pkt 77, s. 44.

²¹³ Zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 76–88; M. N. Shaw, op. cit., s. 72–93; B. Wierzbicki (red.). *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Białystok 2000, s. 52–75.

²¹⁴ Zob. E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 110, 203–209.

ograniczona i nieukształtowana, gdyż praktyka, przez ostatnie 60 lat, rozwijała się w sposób stały i jednolity.²¹⁵

Reasumując, można stwierdzić, iż dyskusyjny charakter środków solidarnościowych stosowanych przez państwo inne niż poszkodowane, a także zastrzeżenia zgłaszane przez niektóre państwa dotyczące uznania prawa do stosowania środków solidarnościowych w ostatecznej wersji Artykułów, wpłynęły na ostateczną decyzję KPM o ich nieuwzględnieniu.²¹⁶

5. Podmioty uprawnione do dochodzenia odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej w przypadku naruszenia zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej jako całości

Pomimo odrzucenia przez KPM koncepcji zbrodni międzynarodowych oraz państwa poszkodowanego w wersji z 1996 r., a także uznania prawa państw innych niż poszkodowane do stosowania środków solidarnościowych, Komisja przyznała, iż nie wszystkie akty międzynarodowo bezprawne mają taki sam skutek i nie wszystkie państwa są jednakowo dotknięte naruszeniem. W ostatecznej wersji Artykułów w kontekście prawa do dochodzenia odpowiedzialności wyodrębniono dwa artykuły: 42 i 48. Pierwszy z nich w sposób bardziej precyzyjny, niż czynił to art. 40, definiuje państwo poszkodowane, stosując analogię do art. 60 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. Natomiast art. 48 Artykułów, podobnie jak wzorowany na nim art. 51 (obecnie art. 49)²¹⁷ projektu Artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych przyjęty w 2008 r.²¹⁸, reguluje kwestię dochodzenia odpowiedzialności w interesie ogólnym, w szczególności w kontekście zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej jako całości, tym samym nawiązuje do orzeczenia w sprawie

²¹⁵ M. Dawidowicz, op. cit., s. 409.

²¹⁶ Zob. E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 109. Zob. A. Gattini, *A Return Ticket to 'Communitarisme' Please*, European Journal of International Law 2002, vol. 13, no. 5, s. 1184.

²¹⁷ W trakcie 63 sesji w 2011 r. Komisja przyjęła, w trakcie drugiego czytania, 67 artykułów łącznie z komentarzem, International Law Commission Report on the work of its sixty third session (26 April to 3 June and 7 July to 8 August 2011), General Assembly Official Records, Sixty-sixth Session, Supplement No. 10, Doc. A/66/10 and Add. 1, pkt. 1–13, s. 145–148.

²¹⁸ International Law Commission Report on the work of its sixtieth session (5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2008), General Assembly Official Records, Sixty-third Session, Supplement No. 10, Doc. A/63/10, pkt 140, s. 253.

Barcelona Traction.²¹⁹ Należy podkreślić, iż nie oznacza to, iż przed wydaniem tego orzeczenia przez MTS państwa nie powoływały się na ochronę wspólnego interesu społeczności międzynarodowej przed organami międzynarodowymi.²²⁰ Jako przykład można wskazać opinię doradcą Międzynarodowego Komitetu Prawników Ligi Narodów z 1920 r. w sprawie statusu Wysp Alandzkich, w której uznano demilitaryzację wysp za wiążącą także dla Finlandii, pomimo iż nie była stroną traktatu pokoju pomiędzy Szwecją a Rosją, w którym ustalono status Wysp Alandzkich. W opinii doradczej podkreślono, iż demilitaryzacja Wysp została ustanowiona w interesie europejskim i każde państwo zainteresowane ma prawo domagania się przestrzegania postanowień traktatu określających status prawny Wysp.²²¹ Podobnego przykładu dostarcza orzeczenie z 17 sierpnia 1923 r. STSM w sprawie parowca *Wimbledon* (S.S. „*Wimbledon*”).²²² STSM pozwolił na wniesienie skargi przez Wielką Brytanię, Francję, Włochy, Japonię przeciwko Niemcom w odniesieniu do ich zobowiązań polegających na niezamykaniu parowcowi „*Wimbledon*” dostępu do Kanału Kilońskiego, pomimo iż zarówno Japonia, jak i Włochy nie były naruszeniem indywidualnie poszkodowane. Zdaniem STSM każda ze stron wnoszących skargę posiadała interes w zapewnieniu wypełniania zobowiązań dotyczących Kanału Kilońskiego, które wynikały z traktatu wersalskiego, gdyż wszystkie państwa posiadają okręty wojenne i statki handlowe, które pływają pod ich banderą.²²³ STSM podkreślił, iż Kanał Kiloński przestał być wewnętrzną i narodową drogą żeglowną, a korzystanie z niej przez państwa inne niż nadbrzeżne pozostawiono całkowicie dyskrecjonalnej władzy tych państw. Kanał stał się międzynarodową drogą żeglowną, zapewniając dostęp do Bałtyku na korzyść wszystkich narodów świata.²²⁴

Artykuły 42 i 48 dla celów prawa o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym wprowadza-

²¹⁹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility on State Responsibility: Introduction...*, s. 39.

²²⁰ J. Crawford, *Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: an Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, w: U. Fastenrath, R. Geiger, D. Khan, A. Paulus, S. Schorlemer, Ch. Vedder (red.), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford 2011, s. 228.

²²¹ Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question, League of Nations–Official Journal, 20 October, Special Supplement, no. 3, s. 17 i n., dostępne na: <http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1.pdf>.

²²² PCIJ Reports 1923, Series A, no. 1, s. 15–33.

²²³ Ibidem, s. 20, 33.

²²⁴ Ibidem, s. 22, 28.

ją istotne rozróżnienie naruszeń zobowiązań bilateralnych i multilateralnych, w szczególności zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej jako całości.²²⁵ W przypadku naruszeń zobowiązań bilateralnych obejmują zobowiązania przynależne poszczególnym państwom. Mianem państwa poszkodowanego określa się państwa, które zostały dotknięte naruszeniem traktatu wielostronnego zarówno w przypadku, gdy są „szczególnie dotknięte” naruszeniem – naruszenia zobowiązań *erga omnes*, lub, gdy zobowiązanie ma charakter integralny tak, że jego naruszenie uniemożliwia korzystanie z praw lub wykonywanie zobowiązań pozostałym państwom.²²⁶ Artykuł 42 zawiera zatem wąską definicję państwa poszkodowanego.²²⁷ Twierdzono, iż rozwiązanie to pozwala na stosowanie tego artykułu także w przypadku, gdy państwo wystąpi z mniej oficjalnym roszczeniem, dochodząc odpowiedzialności. Z drugiej strony, niejako intuicyjnie KPM, nie wyeliminowała prawa zarówno państwa nieposzkodowanego, jak i jednostek innych niż państwa, do dochodzenia odpowiedzialności poprzez złożenie roszczenia w formie mniej oficjalnej.²²⁸ Postanowienia art. 48 stwarzają możliwość państwu nieposzkodowanemu do dochodzenia od państwa – „naruszyciela” odpowiedzialności w przypadku naruszenia zobowiązań przynależnych społeczności międzynarodowej jako całości. Państwo dochodzące odpowiedzialności nie działa we własnym imieniu jako państwo, które doznało uszczerbku, ale jako członek społeczności międzynarodowej jako całości.²²⁹ Wszystkie bowiem państwa są dotknięte naruszeniem zobowiązań *erga omnes* i tym bardziej przez naruszenie zobowiązań wynikających z norm peremptoryjnych powszechnego prawa międzynarodowego. Nie oznacza to, iż korzystają ze wszystkich praw, które przysługują państwom indywidualnie poszkodowanym.

Niezbędne okazało się ograniczenie praw przysługujących państwu nieposzkodowanemu, ale także i uściślenie praw, z których korzysta państwo indywidualnie poszkodowane. W szczególności ust. 2 art. 48 spełnia te warunki.²³⁰ W myśl jego postanowień państwo nieposzkodowane może domagać się zaniechania naruszenia oraz, gdy okoliczności tego wymagają, gwarancji niepowtarzalności. Reparacji można domagać się wyłącznie w imieniu państwa bezpośrednio poszkodowanego, a w jego braku – w imieniu beneficjentów naruszonego zobowiązania, np. jednostek niepaństwowych lub osób prywatnych.²³¹

²²⁵ Zob. J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 444–446.

²²⁶ L. A. Sicilianos, op. cit., s. 1139.

²²⁷ J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 446.

²²⁸ E. B. Weiss, *Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century*, *American Journal of International Law* 2002, vol. 96, no. 4, s. 800.

²²⁹ A. Bird, op. cit., s. 890.

²³⁰ L. A. Sicilianos, op. cit., s. 1139.

²³¹ Kuei-Jung Ni, op. cit., s. 35.

Określenie podmiotu uprawnionego do dochodzenia odpowiedzialności zawarte w art. 48 nie jest w pełni satysfakcjonujące.²³² Wywołało też zastrzeżenia państw²³³ i przedstawiciele nauki prawa międzynarodowego.²³⁴ Niektóre państwa²³⁵, akceptując podział na państwa poszkodowane i inne, twierdziły, iż należałoby zastąpić sformułowanie „społeczność międzynarodowa jako całość” określeniem „społeczność międzynarodowa państw jako całość”, zgodnie z treścią art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.²³⁶

Kolejne wątpliwości wiązały się z kwestią, czy państwa-strony zobowiązań „integralnych” powinny być uważane automatycznie za państwa poszkodowane w przypadku ich naruszenia, oraz czy postanowienia odnoszące się do innych państw w odniesieniu do zobowiązań ustanowionych we wspólnym lub ogólnym interesie nie są wystarczające. Można przyjąć, iż zobowiązania integralne są szczególną formą zobowiązań ustanowionych we wspólnym interesie i nie wiążą się z problematyką koncepcji naruszenia praw. Zastrzeżenia wynikały raczej z błędnego rozumienia koncepcji zobowiązań integralnych.²³⁷ W myśl art. 42 b(ii) Artykułów, który reguluje naruszenia zobowiązań „integralnych”, uznaje się wszystkie pozostałe państwa jako poszkodowane.²³⁸ Artykuł 42 dokonuje bowiem rozróżnienia pomiędzy naruszeniem zobowiązań dwustronnych – w przypadku, gdy zobowiązanie przynależy indywidualnie poszczególnym państwom, a naruszeniem zobowiązań o takim charakterze, iż radykalnie zmienia pozycję pozostałych państw, do których zobowiązanie przynależy, w odniesieniu do dalszego wykonywania zobowiązań – zobowiązania współzależne. Natomiast koncepcja naruszenia zobowiązań integralnych dotyczy zobowiązań *erga omnes partes*²³⁹, które

²³² Ibidem, s. 35.

²³³ Zob. A/CN.4/517, pkt. 39–41, s. 15–16.

²³⁴ J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility...*, s. 881; P. M. Dupuy, *Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of 'Obligations Owed to the International Community as a Whole'*, *European Journal of International Law* 2012, vol. 10, no. 4, s. 1061–1063.

²³⁵ Np. Meksyk, Francja, Wielka Brytania w kontekście art. 26 Artykułów (konieczność), A/CN.4/517/Add.1, s. 5–6.

²³⁶ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility on State Responsibility: Introduction...*, s. 40.

²³⁷ J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 447.

²³⁸ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility on State Responsibility: Introduction...*, s. 41.

²³⁹ Zobowiązania te przynależą danej grupie państw-stron podlegających szczerzólnemu reżimowi prawnemu, takiemu jak konwencje regionalne dotyczące ochrony praw człowieka, L. A. Sicilianos, op. cit., s. 1136. Zob. D. N. Hutchinson, *Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties*, *British Yearbook of International Law* 1988, vol. 59, s. 155–156; M. Ragazzi, op. cit., s. 200–203. Zdaniem Autora, który posługuje się,

mają swe źródło w traktatach, oraz zobowiązań *erga omnes*, które wywodzą się ze zwyczaju.²⁴⁰

Wątpliwości powstawały także w związku z rozumieniem pojęcia „powoływanie” (*invocation*) odpowiedzialności, które nie zostało wprost zdefiniowane.²⁴¹ W komentarzu KPM uznała, iż należy je rozumieć jako stosowanie środków o względnie formalnym charakterze, np. wniesienie skargi lub wszczęcie postępowania przeciwko innemu państwu przed trybunałem międzynarodowym. Krytyka ze strony innego państwa, wezwanie do przestrzegania zobowiązania, zastrzeżenie prawa przez państwo lub zgłoszenie protestu nie wchodzi w zakres pojęcia „powołanie” odpowiedzialności.²⁴² Z definicji wynika prawo do wystąpienia z roszczeniem przez państwo poszkodowane w rozumieniu art. 42 oraz państwo zainteresowane w kontekście art. 48.²⁴³ Ponadto, przyjmując wąską koncepcję „powoływania” odpowiedzialności, pojawia się kwestia zakresu „ochrony wspólnego interesu”, oraz pytanie, które ze zobowiązań międzynarodowych, w mniejszym lub większym zakresie, nie zostały ustanowione w celu ochrony takiego interesu.²⁴⁴

Artykuły 42 i 48 nie pozbawiają prawa państwa, które nie jest poszkodowane lub zainteresowane w kontekście art. 48, do „przypomnienia” państwu – „naruszycielowi” o ciążącym na nim zobowiązaniu. Takie rozwiązanie stanowi dyplomatyczną formę środków solidarnościowych, które nie zostały wprost uregulowane w art. 54.²⁴⁵ Artykuł 48 nie tylko przyznaje, iż określone normy przynależą społeczności międzynarodowej jako całości, ale w rezultacie oznacza, iż każde państwo posiada *locus standi*, by powołać się na jego postanowienia w imieniu i na rzecz społeczności międzynarodowej jako całości.²⁴⁶ J. Crawford w IV raporcie stwierdził, iż art. 48 zapewnia równowagę pomiędzy wspólnym

określając na tego typu zobowiązania, zwrotem *self-existent obligations*, stanowią one szerszą kategorię niż zobowiązania *erga omnes* i pomimo podobieństw między nimi w strukturze prawnej istnieją między nimi zasadnicze różnice, *ibidem*, s. 203; A. A. Cançado Trindade stwierdził, że zobowiązania *erga omnes partes* mogą w przyszłości przyczynić się do wykrystalizowania zobowiązań *erga omnes latu senso* należnych społeczności międzynarodowej jako całości, *idem*, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Recueil des Cours 2005, vol. 316, s. 353–356.

²⁴⁰ P. M. Dupuy, *A General...*, s. 1072.

²⁴¹ I. Scobbie, *The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'*, *European Journal of International Law* 2002, vol. 13, no. 5, s. 1205.

²⁴² YbILC 2001, vol. II, Part two, pkt 2, s. 117.

²⁴³ I. Scobbie, *op. cit.*, s. 1206.

²⁴⁴ J. Crawford, *Multilateral Rights...*, s. 449.

²⁴⁵ J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility...*, s. 881.

²⁴⁶ J. Crawford, *Responsibility for Breaches of Communitarian Norms...*, s. 227.

interesem państw w wypełnianiu zobowiązań, które chronią podstawowe wartości dla całej społeczności międzynarodowej, i zrównoważonym interesem wynikającym z niewszczywania postępowania spornego przed organami międzynarodowymi.²⁴⁷

Artykuł 48 był także przedmiotem rozważań MTS już po przyjęciu tekstu Artykułów przez KPM wraz z komentarzem w 2001 r.²⁴⁸ W opinii odrębnej do orzeczenia MTS z 19 grudnia 2005 r. w sprawie działalności zbrojnej na terytorium Konga (*Armed Activities on the Territory of the Congo – Democratic Republic of Congo v. Uganda*)²⁴⁹ sędzia B. Simma stwierdził, powołując się na opinię doradczą z 9 lipca 2004 r. w sprawie budowy muru na terytoriach okupowanej Palestyny (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*)²⁵⁰, iż w odniesieniu do naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego Uganda posiada prawo do wystąpienia z roszczeniem na podstawie art. 1 IV Konwencji genewskiej²⁵¹. Powołując się na art. 48 Artykułów dowodził, iż zobowiązania wynikające z traktatów regulujących prawa człowieka oraz naruszenia prawa dokonane przez Demokratyczną Republikę Konga stanowią przykłady zobowiązań, które przynależą grupie państw, do których zalicza się także Ugandę. Zostały one ustanowione w celu ochrony wspólnego interesu państw-stron Konwencji. Podkreślił też, iż zobowiązania wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego i traktatów chroniących prawa człowieka są wiążącymi zobowiązaniami *erga omnes*. Powołał się także na komentarz do art. 4 IV Konwencji genewskiej, zgodnie z którym zamiarem projektodawców Konwencji było stosowanie jej postanowień *erga omnes*, gdyż uważane są za kodyfikację pewnych zasad. Odwołał się także do opinii doradczej MTS z 8 lipca 1996 r. w sprawie legalności użycia broni jądrowej (*Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*), w której stwierdzono, iż znaczna część norm stosowanych w trakcie konfliktów zbrojnych ma tak podstawowe znaczenia dla poszanowania jednostki i elementarnego względu dla ludzkości, że te normy są przestrzegane przez wszystkie państwa, niezależnie o tego, czy zwiły się Konwencją, gdyż stanowią nienaruszalne zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego.²⁵² Potwierdził to MTS w opinii w sprawie budowy muru na terytoriach okupowanej Palestyny uznając, iż normy międzynarodowego prawa humanitarnego konstytuują

²⁴⁷ A/CN.4/517, pkt 42, s. 16.

²⁴⁸ S. Olleson, op. cit., s. 263.

²⁴⁹ ICJ Reports 2005, s. 168 i n.

²⁵⁰ ICJ Reports 2004, pkt 158, s. 199–200.

²⁵¹ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny, podpisana w Genewie 12 sierpnia 1949 r., Dz. U 1956, Nr 38, poz. 171, załącznik.

²⁵² ICJ Reports 1996, pkt 79, s. 257.

zobowiązania, które z istoty mają charakter *erga omnes*.²⁵³ B. Simma przypomniał także orzeczenie MTS w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, w którym Trybunał stwierdził, iż zobowiązania *erga omnes* ze względu na swój charakter dotyczą wszystkich państw i ze względu na charakter praw, których dotyczą, można uznać, iż wszystkie państwa posiadają interes prawny w zapewnieniu ich przestrzegania.²⁵⁴ Podkreślił, iż podobnie stwierdziła KPM w komentarzu do Artykułów o odpowiedzialności państw za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym. Uznał, iż gdyby społeczność międzynarodowa odrzuciła istnienie tego interesu nie tylko w przypadku naruszeń zobowiązań *erga omnes*, ale także całkowicie nie uwzględniła tych podstawowych zobowiązań, a w zamian nie zaoferowała nic, pozbawiłaby jednostki bezterminowo wszelkiej ochrony prawnej i prawo międzynarodowe straciłoby na znaczeniu.²⁵⁵

Stanowisko KPM wyrażone w art. 48 Artykułów znajduje także potwierdzenie w komentarzu ogólnym nr 31 Komitetu Praw Człowieka dotyczącym charakteru ogólnych zobowiązań prawnych nałożonych na państwa-strony MPPOiP. Komitet podkreślił, iż normy dotyczące podstawowych praw człowieka stanowią zobowiązania *erga omnes*. Państwo-strona MPPOiP, którego nie można określić jako poszkodowane, posiada interes w dochodzeniu odpowiedzialności innego państwa-strony MPPOiP, nawet w przypadku, gdy państwo dokonujące naruszenia nie przyjęło jurysdykcji Komitetu, zgodnie z art. 41, do rozpatrywania zawiadomień międzypaństwowych. Każde państwo-strona Paktu jest zobowiązane w odniesieniu do każdego innego państwa-strony do wykonywania zaciągniętych zobowiązań. Komitet przedstawił pogląd, zgodnie z którym naruszenie praw zawartych w MPPOiP przez jakiekolwiek państwo-stronę Paktu wymaga uwagi pozostałych państw-stron. Zwrócenie uwagi na możliwe naruszenia praw gwarantowanych w MPPOiP przez inne państwa, a także wezwanie ich do przestrzegania ciążących na nich zobowiązań wynikających z Paktu nie są aktami nieprzyjaznymi, ale są odzwierciedleniem uzasadnionego interesu wspólnoty.²⁵⁶

Należy podkreślić, iż reakcja państwa innego niż poszkodowane została ograniczona do domagania się zaniechania naruszenia oraz otrzymania reparacji

²⁵³ ICJ Reports 2004, pkt 157, s. 199.

²⁵⁴ ICJ Reports 1970, pkt 33, s. 32.

²⁵⁵ ICJ Reports 2005, pkt. 35, 39–41, s. 347–350.

²⁵⁶ General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, pkt 2, dostępne na: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f?OpenDocument>.

w imieniu państwa poszkodowanego lub beneficjentów naruszonego zobowiązania przez stosowanie środków dopuszczonych przez prawo międzynarodowe.²⁵⁷

6. Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, iż problematyka stosowania przez państwa środków w odpowiedzi na naruszenie interesu społeczności międzynarodowej stanowi przedmiot rozważań przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego. Kwestia ta znalazła odzwierciedlenie także w praktyce międzynarodowej. Dyskusje poprzedzające przyjęcie art. 54 Artykułów o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym świadczą o praktycznej doniosłości poruszanej problematyki, ale także wskazują na trudności w uzyskaniu ogólnej akceptacji państw w zakresie stosowania środków w odpowiedzi na naruszenie interesu społeczności międzynarodowej. Powołane przykłady wskazują na liczne przypadki stosowania przez państwo nieposzkodowane środków solidarnościowych.

Należy także podkreślić, iż dotychczas środki te stosowane były rozważnie, zatem wyrażane obawy dotyczące groźby ich nadużywania były nieuzasadnione. Niesłusznie też KPM w komentarzu do art. 54 stwierdziła, że środki te stosowały tylko państwa zachodnie. Zrezygnowanie przez KPM w ostatecznej wersji Artykułów z uregulowania dotyczącego prawa stosowania środków solidarnościowych jest niezrozumiałe. W 1996 r. projekt Artykułów przyjęty w pierwszym czytaniu, w kontekście zbrodni międzynarodowych, przewidywał prawo wszystkich państw do stosowania tych środków w odpowiedzi na poważne naruszenia prawa międzynarodowego. Poważne wątpliwości budzi także twierdzenie, iż obecny art. 54 stanowi „ulepszoną” wersję postanowień z 2000 r.

W ostatecznej wersji Artykułów art. 54 uznaje, ale formalnie nie uprawnia do stosowania przez państwo nieposzkodowane środków solidarnościowych. Stanowi on legitymację prawną dla państwa nieposzkodowanego do stosowania pewnych środków zgodnych z prawem w przypadku naruszenia zobowiązań zawartych w celu ochrony wspólnego interesu społeczności międzynarodowej.²⁵⁸

Problematyka stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne naruszenia prawa międzynarodowego m.in. norm *ius cogens*, zobowiązań *erga omnes* dotyczy egzekwowania przez państwa prawa międzynarodowego²⁵⁹

²⁵⁷ E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 86.

²⁵⁸ Kuei-Jung Ni, op. cit., s. 42.

²⁵⁹ Szerzej J. Brunnée, *Enforcement Mechanism in International Law and International Environmental Law*, s. 3–9, dostępne na: <http://www.law.utoronto.ca/documents/>

w przypadku naruszeń norm istotnych dla społeczności międzynarodowej. W zdecentralizowanym systemie prawa międzynarodowego, w którym decydującą rolę odgrywa zgoda państw, kwestią dyskusyjną pozostaje egzekwowanie fundamentalnych norm dla społeczności międzynarodowej. W związku z tym koncepcja środków solidarnościowych nie tylko wypełnia istniejącą lukę prawną, ale także stanowi gwarancję przestrzegania i egzekwowania prawa międzynarodowego w przypadku zagrożenia fundamentalnego interesu społeczności międzynarodowej.²⁶⁰ Z drugiej strony, nie należy zapominać o ewentualnych negatywnych następstwach, jakie mogą wiązać się z zastosowaniem takich środków. Pojawia się bowiem pytanie, czy państwa nie będą w sposób dyskrecyjny, kierując się własnym interesem, podejmowały decyzji o stosowaniu środków solidarnościowych? Niewątpliwie istnieje poważne ryzyko, iż środki solidarnościowe mogą być wykorzystywane jako pretekst do podjęcia interwencji na terytorium innego państwa. W pewnych przypadkach stosowanie środków solidarnościowych może zatem stanowić pewnego rodzaju zagrożenie, a nie wzmocnienie wysiłków na rzecz utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W takich sytuacjach środki solidarnościowe mogą stanowić nadmierną reakcję na naruszenie przekraczającą pewne normy. Ponadto istnieje niebezpieczeństwo, że określone państwa uznają, iż są upoważnione do odpowiedzi na naruszenia interesu społeczności międzynarodowej i mogą samodzielnie stosować środki solidarnościowe przeciwko państwu – „naruszycielowi”.²⁶¹ W związku z tym należy postawić kolejne pytanie, czy prawo międzynarodowe jest wystarczająco przygotowane na podjęcie ryzyka ewentualnych naruszeń jego norm, w zamian za prawo do stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne naruszenia norm ustanowionych w interesie całej społeczności międzynarodowej? Czy koszty, jakie będzie trzeba ponieść, nie będą zbyt wysokie? Obecnie trudno jest udzielić odpowiedzi na tak postawione pytania.

Należy także podkreślić, iż pewne zastrzeżenia budzi brak konsekwencji w działaniach Komisji. Z jednej strony wyodrębniła w art. 40 kategorię poważnych naruszeń norm imperatywnych powszechnego prawa międzynarodowego, a jednocześnie nie określiła wyraźnie w Artykułach mechanizmów egzekwowania tak istotnych dla społeczności międzynarodowej naruszeń. Podobnie w przypadku określenia „społeczność międzynarodowa jako całość”²⁶² – Komisja

brunnee/BrunneeEnforcementMechanismsInt_ILaw.pdf.

²⁶⁰ Zob. E. Katselli, *Countermeasures...*, s. 2.

²⁶¹ Zob. YbILC 1979, vol. II, Part one, pkt 91, s. 43.

²⁶² Por. art. 53 Konwencji wiedeńskiej, w którym użyto określenia „społeczność międzynarodowa państw jako całość”.

wprawdzie posługuje się w komentarzu tym pojęciem, ale go nie definiuje.²⁶³ W związku z tym, iż środki solidarnościowe stanowią odpowiedź na poważne naruszenia norm ustanowionych w interesie społeczności międzynarodowej jako całości, należało wyraźnie określić, kto jest członkiem tej społeczności.

Brak bezpośredniego określenia w art. 54 prawa do stosowania środków solidarnościowych paradoksalnie stawia w uprzywilejowanej pozycji państwo – „naruszyciela” istotnego interesu społeczności międzynarodowej. Stwarza wrażenie jego bezkarności.

Rozwiązanie przyjęte w art. 54 po raz kolejny wywołało dyskusję odnośnie do podmiotów uprawnionych do odpowiedzi na naruszenie fundamentalnego interesu społeczności międzynarodowej, a także określenie celu, zakresu, intensywności, stosowanych środków solidarnościowych. W braku takich elementów odpowiedź na poważne naruszenia interesu społeczności międzynarodowej mogłaby stanowić formę kary (zemsty) prywatnej. Niewątpliwie stosowanie różnego rodzaju środków kolektywnych cechuje pewnego rodzaju arbitralność.

W tym kontekście należy rozważyć, kto stwierdzałby popełnienie poważnych naruszeń norm ustanowionych w interesie społeczności międzynarodowej jako całości, które podmioty byłyby uprawnione do odpowiedzi na takie naruszenie, jaka procedura jest odpowiednia do stosowania środków solidarnościowych. W związku z tym pojawia się pytanie, czy mechanizm przewidziany w KNZ²⁶⁴, którego celem jest ochrona międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, jest odpowiedni w kontekście środków solidarnościowych?²⁶⁵ W tym kontekście stwierdzić należy, iż odpowiedź na tak poważne naruszenia nie może być pozostawiona poszczególnym państwom lub grupie państw.²⁶⁶ Konieczne byłoby jej zinstytucjonalizowanie, ale np. czy pod auspicjami ONZ. Należy zgodzić się z argumentami, podnoszonymi przez oponentów takiego rozwiązania, gdyż Rada Bezpieczeństwa jest organem politycznym, który w kwalifikowaniu określonych sytuacji kieruje się przesłankami natury politycznej. W związku z tym wielokrotnie Rada w różny sposób określała takie same sytuacje. Ponadto stali członkowie Rady dysponują prawem weta, które może doprowadzić do paraliżu decyzyjnego. Kompetencje Rady ogranicza się do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Trudno jest także uznać piętnastu członków Rady Bezpieczeństwa za gremium reprezentujące interesy całej

²⁶³ Zob. komentarz do części III, pkt. 1–7, s. 110–112.

²⁶⁴ Tekst w: A. Przyborska-Klimczak (oprac.), op. cit., s. 5–32.

²⁶⁵ Zob. V. Gowlland-Debbas, *Security...*, s. 53–98; P. M. Dupuy, *Implications of Institutionalization of International Crimes of States*, w: J. H. H. Weiler, A. Cassese, M. Spinedi, op. cit., s. 177–184; J. A. Frowein, *Reaction...*, s. 423–425; P. Klein, op. cit., s. 1244–1250.

²⁶⁶ Zob. P. M. Dupuy, *Back...*, s. 1068–1069.

społeczności międzynarodowej.²⁶⁷ Ponadto tylko w przypadkach określonych w rozdz. VII KNZ może wydawać wiążące decyzje.²⁶⁸ Natomiast Zgromadzenie Ogólne ma prawo uchwalania zaleceń, które mają oczywiście określone znaczenie polityczne, ale nie stanowią wystarczającej podstawy do stosowania środków solidarnościowych. Trudno jest także przyjąć koncepcję G. A. Ruiza, zgodnie z którą w procedurze stosowania środków solidarnościowych przewidziano udział Zgromadzenia Ogólnego, Rady Bezpieczeństwa i Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.²⁶⁹ W związku z tym wskazywano, jako alternatywne rozwiązanie w przypadku, gdy poważne naruszenia interesu społeczności międzynarodowej stanowią także zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, pozostawienie kwestii stosowania środków solidarnościowych w kompetencji Rady Bezpieczeństwa lub państw, działających samodzielnie lub kolektywnie, bądź przez państwa członkowskie ONZ.²⁷⁰

Praktyka wskazuje jednak, iż w pewnych przypadkach poważne naruszenia norm prawa międzynarodowego *ad hoc* doprowadziły do zjednoczenia wysiłków członków tej społeczności na rzecz ochrony ofiar tych naruszeń, poza mechanizmem przewidzianym w KNZ, np. interwencja wojsk NATO przeciwko Federalnej Republice Jugosławii. Działania były prowadzone bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa, w myśl postanowień rozdz. VII KNZ oraz nie stanowiły przypadku zbiorowej samoobrony zgodnie z art. 51 Karty. Nastąpiło użycie siły sprzecznie z postanowieniami KNZ.²⁷¹ Przypadek Kosowa stanowi zatem

²⁶⁷ Zob. V. Gowlland-Debbas, *Security...*, s. 71; P. Malanczuk, *op. cit.*, s. 742–753.

²⁶⁸ Por. opinię doradcą MTS z 21 czerwca 1974 r. w sprawie skutków prawnych dla państw stałej obecności Południowej Afryki w Namibii (Południowo-Zachodnia Afryka) pomimo rezolucji Rady Bezpieczeństwa 276 (1970) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, pkt. 20, 113, s. 22, 52–53, opinię odrębną Sir G. Fitzmaurica, *ibidem*, pkt 113, s. 293.

²⁶⁹ YbILC 1995, vol. II, Part one, pkt. 85–140, s. 20–30. Por. P. Klein, *op. cit.*, s. 1252–1254.

²⁷⁰ Szerzej J. A. Frowein, *Reaction...*, s. 412–416; P. Klein, *op. cit.*, s. 1254–1255; B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, Recueil des Cours 1994, vol. 250, s. 303–304.

²⁷¹ Szerzej np. A. Cassese, *Ex Iniuria ius Oritur: Are we moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, European Journal of International Law 1999, vol. 10, no. 1, s. 23–30. Autor wskazał na sześć warunków, które usprawiedliwiają stosowanie siły zbrojnej poza systemem przewidzianym w KNZ, m.in.: w przypadku poważnych naruszeń praw człowieka, w tym utraty życia przez setki czy tysiące osób, gdy Rada Bezpieczeństwa jest niezdolna do podjęcia akcji przymusowej, w związku z tym ogranicza się tylko do potępienia takich poważnych naruszeń lub kwalifikuje sytuację, jako zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa; grupa państw podjęła wysiłki w celu powstrzymania naruszeń przy wsparciu

dowód na to, iż w pewnych okolicznościach, gdy mają miejsce poważne naruszenia prawa międzynarodowego godzące w interesy społeczności międzynarodowej, uwzględniając czynniki natury politycznej i moralnej, wobec braku adekwatnej do okoliczności reakcji ONZ²⁷², nie pozostaje nic innego, jak zastosować środki solidarnościowe. Z drugiej strony w przypadku Syrii zabrakło zarówno zdecydowanej reakcji ONZ, jak i członków społeczności międzynarodowej, w obliczu poważnych naruszeń praw człowieka, norm międzynarodowego prawa humanitarnego²⁷³, co podważyło wiarygodność Organizacji i jej organów, a także systemu prawa międzynarodowego. Wspólnym mianownikiem dla obu przypadków jest paraliż decyzyjny Rady Bezpieczeństwa, wynikający z zastosowania weta przez niektórych stałych członków Rady. Ze względu jednak na potrzebę szybkiego reagowania na tak poważne naruszenia, przypadki Kosowa i Syrii stanowią argument na rzecz przeciwników adekwatności mechanizmów przewidzianych w KNZ do stosowania środków solidarnościowych.

Należy podkreślić, iż niewskazanie przez Komisję podmiotów uprawnionych do odpowiedzi na naruszenia norm fundamentalnych dla tej społeczności oraz odpowiednich mechanizmów może skutkować tym, iż taka odpowiedź przekształci się, jak określiła to K. Marek, w „sprawiedliwość tłumy” (*mob-justice*).

Wydaje się, iż granicę stosowania środków solidarnościowych wyznaczają normy imperatywne powszechnego prawa międzynarodowego oraz art. 2 ust. 4 KNZ. W tym kontekście pojawia się także kwestia przestrzegania zasady proporcjonalności²⁷⁴ w przypadku stosowania środków solidarnościowych w odpowiedzi na poważne naruszenia interesu społeczności międzynarodowej. Trud-

lub braku sprzeciwu większości członków Organizacji Narodów Zjednoczonych, ibidem, s. 27; B. Simma, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, *European Journal of International Law* 1999, vol. 23, no. 1, s. 1–22. Por. P. M. Dupuy, *Back...*, s. 1066–1067.

²⁷² Zob. rezolucję Rady Bezpieczeństwa z 31 marca 1998 r., S/RES/1160, pkt 8; z 23 września 1998 r., S/RES/1199.

²⁷³ Zob. np. rezolucje Zgromadzenia Ogólnego z 16 lutego 2012 r., A/RES/66/253 z 3 sierpnia 2012 r., A/RES/66/253 B, z 20 grudnia 2012 r., A/RES/67/183; z 15 maja 2013 r., A/RES/67/262; oświadczenia Rady Bezpieczeństwa z 1 marca 2012 r. SC/10564; z 27 maja 2012 r., SC/10658; z 24 października 2012 r., SC/10800; rezolucje Rady z 21 kwietnia 2012 r., S/RES/2043; z 20 lipca 2012 r., S/RES/2059; z 27 września 2013 r., S/RES/2118; rezolucje Rady Praw Człowieka z 14 czerwca 2013 r., A/HRC/RES/23/26; z 27 września 2013 r., A/HRC/RES/24/22. Por. rezolucję odnoszącą się do Libii z 26 lutego 2011 r., S/RES/1970; 17 marca 2011 r., S/RES/1973. Wszystkie powołane dokumenty są dostępne na stronie internetowej Organizacji Narodów Zjednoczonych: <http://www.un.org>.

²⁷⁴ Szerzej E. Cannizzaro, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, *European Journal of International Law* 2001, vol. 12, no. 5, s. 889–916.

no byłoby ją utożsamiać z zasadą proporcjonalności stosowaną w przypadku pozostałych naruszeń.

Współcześnie prawo międzynarodowe zostało wzbogacone o nowe zasady, normy i koncepcje. W związku z tym większej konkretyzacji podlegają też wartości istotne dla społeczności międzynarodowej. Poszerza się krąg podmiotów uprawnionych do dochodzenia odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej. Prawo międzynarodowe nie ogranicza się do regulowania stosunków *stricto* bilateralnych. Poszukuje nowych mechanizmów egzekwowania prawa międzynarodowego w przypadku jego poważnych naruszeń.²⁷⁵

SOLIDARITY MEASURES IN THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

In 2001 the International Law Commission (ILC) successfully completed its work on the topic of state responsibility for internationally wrongful acts.

This study presents an analysis which focuses on the ILC work on the issue of collective countermeasures taken in response of breach of an obligation owed to the international community as a whole. That conception was one of the most sensitive area in its work on state responsibility. Furthermore, ILC raises fundamental question about subject entitled to take such measures. Unfortunately the adoption of this Articles has been far from the answer to that question. Article 54 limits the right of the state entitled under article 48 to use lawful measures rather than countermeasures. ILC in its commentary stated that state practice on this subject is limited and embryonic. However, ILC mentioned a few examples in which the state, other than the injured, responds to the breach of the obligations for the protection of the general interest.

The purpose of this analysis is to show the process of emergence of regulations concerning the question of solidarity measures taken in reaction to serious violation of fundamental international community interest.

The concept of collective countermeasures, in a decentralized international legal system which lacks, as W. Riphagen said, "policeman of the international community", fills a legal gap and is a guarantee of enforcement of international law in case of violation of fundamental international community interest.

²⁷⁵ Zob. E. Katselli Proukaki, *The Problem...*, s. 5.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Joanna Mucha-Kujawa ■

TEORETYCZNOPRAWNE ASPEKTY PRZEDSTAWICIELSTWA PODMIOTÓW PRYWATNYCH

1. *Przesłanki społeczno-prawne instytucji przedstawicielstwa.* Życie codzienne, zwłaszcza udział w obrocie, wymaga dokonywania wielu czynności prawnych, składania wielu oświadczeń woli. Podmiot, dokonując określonej czynności, np. zawierając umowę, sam poprzez swoje oświadczenie woli (tzw. samookreślenie się¹) zgodnie z zasadą prywatnej autonomii², kształtuje swoją sytuację prawną (kształtuje swoje stosunki prawne). Zatem co do zasady, każdy podmiot dokonuje sam w swoim imieniu czynności prawnych. Jednak w wielu sytuacjach jest niezbędne, aby osoba trzecia występowała i składała oświadczenia prawne za innego, ponieważ ten nie może sam działać.³ W rozwiniętych

¹ W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, s. 752.

² Więcej nt. zasady autonomii, zwanej zasadą wolności, której główną cechą jest „dokonywanie swobodnych wyborów własną wolą i mocą” zob., A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 41 i nast.; B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 732–733; M. Safjan, w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, tom 1, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 273 i nast.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wydanie 2 zmienione, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2001, s. 33; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, 9. wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 18–19.

³ H. J. Musielak zauważa, że osoby trzecie mogą odbierać lub składać oświadczenia woli jako przedstawiciel i poprzez to zobowiązywać przedstawianego w drodze

gospodarkach istnieją „figury” prawne, które umożliwiają działanie ze skutkiem dla kogoś innego, co jest zarazem konieczne i niezbędne.⁴ „Figurą” taką jest np. przedstawicielstwo, przez które w szerokim sensie rozumie się każde działanie, które dokonuje się dla innego⁵.

Jeżeli określone prawodawstwo uznaje i akceptuje „działanie w cudzym imieniu” (przedstawicielstwo), to dany podmiot może – nadal korzystając z autonomii woli (samookreślenia) – upoważnić (autoryzować, umocować) inny podmiot, aby dokonał dla niego pewnej wiążącej go czynności. Zatem „przedstawicielstwo w żaden sposób nie sprzeciwia się zasadzie prywatnej autonomii, co więcej – jest jej pewną konsekwentną realizacją”⁶. Dotyczy to nie tylko przedstawicielstwa dokonywanego przez czynność prawną, ale też ustanawianego z mocy ustawy czy z urzędu.

czynności prawnych (§ 164 ust. 1 i 3); mogą jako posłaniec przenosić i odbierać oświadczenia dla kogoś innego; mogą działać przy spełnianiu zobowiązań; w ramach prawa deliktowego będą zobowiązane do poniesienia odpowiedzialności za sprzeczne z prawem wyrządzenie szkody przez osoby pomagające przy spełnieniu czynności w określonych przesłankach wskazanych w § 831 ust. 1. Osoby trzecie mogą w drodze umów nabywać roszczenia na korzyść osób trzecich lub być objęte ochroną prawną umowną, mogą w miejsce wierzyciela lub dłużnika wystąpić i mogą zajmować ich pozycję ze wszystkimi związanymi z tym prawami i obowiązkami. Ponadto, osoby prawne muszą pozwalać się reprezentować, np. przez zarejestrowane stowarzyszenie (§ 26 ust. 2 zd. 1), spółka akcyjna (§ 78 ust. 1 ustawy o spółce akcyjnej) przez zarząd, spółka z o.o. przez zarządcę (§ 31 ust. 1 ust. o sp. z o.o.), oświadczenia woli za osoby niezdolne do czynności prawnych muszą być składane przez ich przedstawicieli ustawowych, w wielu przypadkach z praktycznych przyczyn istnieje niepodważalna potrzeba, aby przestrzeń działania jednostki powiększyć w drodze czynności prawnych – tzw. przedstawicielstwo z woli. H. J. Musielak, *Grundkurs BGB*, 10. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2007, s. 443.

Podobnie w polskiej literaturze, gdzie zauważa się, że „żaden podmiot prawa prywatnego nie może samowolnie ingerować w cudzą sferę prawną, tj. rozporządzać cudzymi prawami majątkowymi lub zaciągać zobowiązania na cudzy rachunek”. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 243.

⁴ Np. wyłączny posiadacz przedsiębiorstwa będzie się okazywać jako działający we wszystkich czynnościach, które należą do jego przedsiębiorstwa – tzn. on będzie zakupywał materiały, uzyskiwał ich prawo własności, on będzie sprzedawał produkty, zbywał je itd. Ponieważ jednak ta działalność nie może być wyłącznie przez niego wykonana, musi być możliwe, aby działali za niego i dla niego pracownicy. Oznacza to, że musi istnieć technika prawna, która pozwala pracownikowi w ramach przedsiębiorstwa występować jako działający przedsiębiorca. D. Schwab, M. Löhnig, *Einführung in das Zivilrecht*, 18. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010, s. 330.

⁵ L. Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Neudrud der Ausgabe Wien 1885, Aalen 1962, s. 1.

⁶ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 752.

Przedstawicielstwo na podstawie ustawy lub z urzędu nie narusza zasady prywatnej autonomii, ponieważ w tej sytuacji przedstawiany (reprezentowany⁷) nie jest w stanie działać, korzystając z prawa do samookreślenia, z prawa do decydowania o sobie. Dlatego należy stwierdzić, iż „w sytuacji przedstawicielstwa z woli chodzi o realizację, o sposób korzystania z prywatnej autonomii, a w sytuacji przedstawicielstwa z ustawy – o możliwość działania, korzystania z prawa przez reprezentowanego”⁸.

Ponieważ pełnomocnictwo wynika z własnej woli mocodawcy, nie ogranicza jego prywatnej autonomii, a raczej stanowi jej rozszerzenie oraz rozszerzenie możliwości tkwiących w prywatnej autonomii (własna możliwość działania prawnego reprezentowanego zostaje nienaruszona). Natomiast w przypadku przedstawicielstwa ustawowego również nie może być mowy o naruszeniu prywatnej autonomii, gdyż osoby, dla których ustawa przewiduje ustanowienie przedstawiciela (np. ustawowy przedstawiciel dziecka, opiekun), z autonomii takiej nie mogą (w całości lub w części) korzystać. Osobom takim brakuje prawnej i faktycznej zdolności do samodzielnego działania. Ustawodawca przewiduje przedstawicielstwo ustawowe dla osoby, która mimo że jest podmiotem prawa, nie może korzystać (całkowicie lub w sposób ograniczony) ze swej prywatnej autonomii – przedstawicielstwo wypełnia tę lukę, stanowi niejako pewne zastępstwo (substytut) brakującej zdolności do działania w taki sposób, że to przedstawiciel ustawowy może za taką osobę działać.⁹

W przeciwieństwie do ograniczonej dopuszczalności przedstawicielstwa¹⁰ w prawie¹⁰ rzymskim, obecnie w prawie prywatnym i procesowym obowiązuje

⁷ W niniejszym opracowaniu posługuję się wyrażeniem „reprezentowanego”, co mogłoby sugerować, że jest to wyrażenie wynikające z teorii reprezentacji, ale tak nie jest. Wyrażenie „reprezentowany” używane jest jedynie z braku odpowiednika wyrażenia „*Vertreter*”, które oznacza osobę przedstawianą przez przedstawiciela – „reprezentowanego”.

Pojęcie „reprezentowany” jest niejednoznaczne, np. o niejednoznaczności pojęcia na gruncie prawa upadłościowego zob. D. Zienkiewicz, *Upadły a reprezentant upadłego, w: Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik (red.), LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 833–841.

⁸ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 752.

⁹ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, München 2004, s. 832.

¹⁰ S. Perner w *Słowniku prawa cywilnego* tak wyjaśnia przedstawicielstwo. *Przedstawicielstwo*: (bezpośrednie lub wprost) jest czynnością prawną przedstawiciela dla kogoś innego w jego imieniu, prowadzi do bezpośredniego uprawnienia lub zobowiązania reprezentowanego. To działanie będące czynnością prawną przedstawiciela ma skutek taki, jak gdyby reprezentowany sam działał. Przesłankami skutecznego przedstawicielstwa są: działanie w cudzym imieniu, umocowanie do reprezentacji i co najmniej ograniczona zdolność do czynności prawnych. Przedstawicielstwo jest przy pewnych czynnościach,

zasada, że przedstawicielstwo w czynnościach prawnych i w procesie jest w sposób ogólny dopuszczalne¹¹.

Konstrukcja instytucji, które dotyczą zasad *reprezentacji* podmiotów prywatnych, posiada znaczenie nie tylko teoretyczne, lecz także praktyczne. Dla współczesnego obrotu prawnego przedstawicielstwo, a zwłaszcza pełnomocnictwo, ma ogromne znaczenie praktyczne, gdyż ułatwia i przyspiesza obrót prawny, jednocześnie wpływając na zwiększenie jego intensywności. Z kolei przedstawicielstwo ustawowe umożliwia udział w obrocie osobom, które z różnych względów osobiście nie mogą brać w nim udziału – nie mogą ważnie dokonywać czynności prawnych.

Celem niniejszego opracowania jest prezentacja teoretycznoprawnych aspektów przedstawicielstwa podmiotów prywatnych na tle rozwiązań przyjętych w prawie rzymskim, niemieckim (*Stellvertretung*) oraz w prawie polskim.

Na gruncie prawa kontynentalnego konstrukcja przedstawicielstwa korzeniami sięga prawa rzymskiego, gdzie wykształciła się konstrukcja zastępstwa, umożliwiającą dokonanie czynności prawnych za pośrednictwem osób trzecich. Z dorobku prawnego Cesarstwa Rzymskiego czerpało prawo niemieckie, którego konstrukcje, w tym przedstawicielstwo, oddziałują istotnie na regulacje prawne współczesnych państw, w tym na prawo polskie.

Przyjęta obecnie w prawie niemieckim konstrukcja przedstawicielstwa (zarówno materialnoprawna i procesowa), będąca wynikiem wielowiekowego rozwoju, charakteryzuje się nowoczesnymi rozwiązaniami legislacyjnymi, służącymi zaspokajaniu potrzeb codziennego życia gospodarczego.

Przez porównanie konstrukcji przedstawicielstwa z celami, zadaniami i funkcjami przedstawicielstwa w prawie niemieckim zostaną przedstawione zasadnicze cechy obowiązującej obecnie w Polsce regulacji prawnej, przy czym wykazane zostanie, iż niemiecka konstrukcja opiera się na mechanizmie zachowania, zaś polska – na zasadzie fikcji prawnej.

tzew. w najwyższym stopniu osobistych zainteresowanego, wyłączone, np. niedopuszczają przedstawicielstwa czynności prawne zawarcia małżeństwa, testament. Jeśli podstawą przedstawicielstwa jest pełnomocnictwo, wtedy mówimy o dowolnym (dobrowolnym) przedstawicielstwie z woli; jeśli polega przedstawicielstwo na ustawie lub decyzji organu (sądu), mówi się o ustawowym przedstawicielstwie, np. rodziców w stosunku do nieletnich dzieci (§ 144), organy osób prawnych są organizacyjnymi przedstawicielami (patrz – zachowanie u osób prawnych). S. Perner, *Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, s. 509.

¹¹ Zdaniem B. Windscheida *jest to co najmniej zasada*. Zob. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band*, sechste verbesserte und vermehrte Auflage, Frankfurt a.M., Literarische Anstalt Rütten und Loening 1887, s. 201.

Natomiast jak takie przekształcenie się dokonało (chodzi o dopuszczalność przedstawicielstwa), jest do dzisiaj – zdaniem L. Mitteis – nie całkiem wyjaśnioną tajemnicą. L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 78.

2. Geneza i ewolucja konstrukcji przedstawicielstwa w świetle prawa rzymskiego. „Prawo cywilne rzymskie uznało zastępstwo nie bez oporu i jedynie w ciasnych granicach”¹². Owa „niechęć” do zastępstwa jako takiego w prawie rzymskim wynikała z nieprzydatności, nieużyteczności i zbędności takiej konstrukcji prawnej w obrocie, gdyż Rzymianie posługiwali się specyficznymi konstrukcjami reprezentacji, wynikającymi z ustroju niewolniczego i organizacji rodzinnej.¹³

W szczególności w prawie rzymskim osoby zdolne do czynności prawnych, o ile posiadały zdolność prawną (tj. mogły być podmiotem praw i obowiązków), działając same kształtowały własną sytuację prawną. Jeśli zachodziła potrzeba „zastępstwa” w dokonaniu danej czynności prawnej, Rzymianie posługiwali się skonstruowanymi przez siebie specyficznymi formami reprezentacji¹⁴, w tym reprezentacji pośredniej¹⁵, wynikającymi z ustroju niewolniczego (np. zawieranie umów przez niewolnika)¹⁶ oraz organizacji rodzinnej.¹⁷ Szczególna rola w tym zakresie przypadła osobom *alieni iuris*, które mogły nabywać dla

¹² R. Sohm, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1925, s. 240; W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 750; O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 296.

Jednak później, w prawie justyniańskim, dopuszczono pewne formy działania przez zastępców bezpośrednich. Zob. R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 241; B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 205 i n.; M. Smyk, *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 25 i n.

¹³ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, wydanie 5 zmienione, PWN, Warszawa 1997, s. 219.

¹⁴ Szczególną rolę pełniły powództwa prawa pretorskiego – tzw. powództwa o charakterze dodatkowym, które umożliwiały osobom *alieni iuris* pełnienie naturalnych zastępców swoich zwierzchników familijnych. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 439–441.

¹⁵ Obecnie w prawie niemieckiego obszaru językowego przez przedstawicielstwo pośrednie rozumie się przedstawicielstwo nie wprost, polegające na tym, że przedstawiciel pośredni działa dla kogoś innego, ale we własnym imieniu. W odróżnieniu od bezpośredniego przedstawicielstwa przedstawiciel pośredni nie stwarza żadnego uprawnienia ani zobowiązania tego, w imieniu kogo on działa wobec osoby trzeciej, np. działający tylko na podstawie zlecenia dla kogoś innego. Pojęcie pośredniego przedstawicielstwa jest błędne albo mylące, ponieważ pośredni przedstawiciel nie jest właściwie żadnym przedstawicielem. Tak S. Perner, *Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, s. 509.

Zob. też W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, wydanie II, PWN, Warszawa 1966, s. 271.

¹⁶ Szerzej zob. R. Sohm, *Instytucje, ...*, op. cit., s. 242.,

¹⁷ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 219.

Ale wówczas „nabycia na podstawie prawa zastępstwa (na podstawie tego, iż działający ma wolę zastąpienia drugiej osoby) nie uznawało jednak prawo cywilne”. R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 240.

swego zwierzchnika bez ograniczenia, lecz nie mogły obciążać go długami¹⁸, a dodatkowo z uwagi na brak zdolności majątkowej i podleganiu władzy zwierzchników (*sui iuris*), osobom tym nie można było przypisać odpowiedzialności (odpowiedzialność ponosił zwierzchnik).¹⁹

Ponadto, w niektórych sytuacjach, gdy nie można było osobiście dokonać określonej czynności z przyczyn prawnych lub faktycznych, posługiwano się instytucjami posłańca i pełnomocnika. W szczególności w celu usunięcia przeszkód faktycznych w dokonaniu czynności można było posłużyć się posłańcem (np. w celu przekazania innemu własnego oświadczenia woli²⁰), natomiast aby usunąć przeszkody prawne, korzystano z pełnomocnictwa. Pełnomocnik nazywany bywał zastępcą, ponieważ działając niejako *zastępował* osobę udzielającą pełnomocnictwa. Zastępca składał oświadczenie własne, lecz skutki prawne oświadczenia miały kształtować sytuację zastępowanego (mocodawcy), stąd „układy z pełnomocnikiem należy tak traktować, jak gdyby były prowadzone z mocodawcą samym”²¹.

Analizując instytucję zastępstwa w prawie rzymskim, R. Sohm wyróżnił dwa jego rodzaje: zastępstwo prawnie konieczne (np. w przypadku braku zdolności do działania), zwane zastępstwem ustawowym²² i zastępstwo dowolne, spowodowane wystąpieniem przeszkód faktycznych. Drugi rodzaj zastępstwa R. Sohm określił jako „jeden ze sposobów zawiadywania własnymi interesami”²³.

¹⁸ „Przysporzenia z ich czynności prawnych przypadały wprost zwierzchnikowi familijnemu, natomiast zobowiązania zaciągnięte przez osoby *alieni iuris* obciążały go tylko „dodatkowo” w granicach ściśle określonych prawem pretorskim”. Ponadto, jak zauważa K. Kolańczyk, „spośród tej kategorii osób podległych władzy rekrutowali się też w pierwszym rzędzie posłańcy”. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 219. W. Osuchowski wskazuje, że „posłaniec (*nuntius*) nie był zastępcą, ale jedynie narzędziem do przenoszenia cudzego oświadczenia woli”. W. Osuchowski, *Zarys...*, op. cit., s. 271, Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 320. Zob. też W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1990, s. 169–171, 439–440.

¹⁹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 439.

²⁰ Jak trafnie zauważa R. Sohm, „posłaniec oszczędza nam tylko chód, a nie załatwiania zawarcia czynności prawnej. Posłaniec jest jedynie narzędziem, za pomocą którego wysyłający sam składa oświadczenie, t. j. za pomocą którego sam zawiera umowę. Posłańcem jest ten, kto składa oświadczenie jako obce oświadczenie (oświadczenie wysyłającego go)”. R. Sohm, *Instytucje*, ..., op. cit., s. 238–239.

²¹ Ibidem, s. 239.

²² „Ustawą jest prawo ustanowione przez państwo. (...). We współczesnym języku, który przeniknął do języka konstytucji, „ustawą” nazywa się każdy i tylko taki akt państwowy, który został stworzony przez organ ustawodawczy w przepisanej do tego formie (w drodze ustawodawczej)”. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 128–129.

²³ Wskazując sposób rozróżnienia między pełnomocnictwem ustawowym a dowolnym R. Sohm zaznaczył, że „podczas gdy w pierwszym wypadku owo zastępstwo

Prawo rzymskie, zgodnie z zasadą *nemo alieno nomine agere potest* (nikt nie może działać w cudzym imieniu), nie uznawało zastępstwa bezpośredniego²⁴. Działanie w cudzym imieniu i z bezpośrednimi skutkami dla reprezentowanego zostało wprowadzone do prawa rzymskiego pod wpływem *ius gentium*.²⁵ W czasach Cesarstwa zastępstwo możliwe było jedynie przy nabyciu posiadania i przy nieformalnym nabyciu praw, w drodze tradycji.²⁶ Szczególną pozycję pełnił tzw. prokurator (tj. zarządca majątku i częsty zastępca procesowy – „mąż zaufania i zastępca pana domu”²⁷), który wprost nabywał dla swojego mocodawcy posiadanie, własność.

Podążając za zmieniającymi się warunkami gospodarczymi i dla ułatwienia i usprawnienia obrotu, prawo justyniańskie²⁸ rozszerzyło krąg podmiotów uprawnionych do bycia zastępcami bezpośrednimi na opiekuna i na każdego pełnomocnika, a ostatecznie na każdą osobę wolną.²⁹ Zastępstwo nie zostało wprowadzone jednak do prawa obligacyjnego. Na tym gruncie utrzymała się zasada, że „kontrakty zobowiązują i uprawniają wyłącznie kontrahenta, tak, że kontraktów nie można z mocą prawną zawierać w cudzem imieniu”.³⁰ Dopiero prawo pretorskie złagodziło ten rygor, by ostatecznie sformułować zasadę, że wierzytelność z kontraktu przysługiwała zastępcy, a nie mocodawcy. Inaczej było, gdy zastępcą był niewolnik lub *filius familias* mocodawcy – wówczas prawo z kontraktu nabywał bezpośrednio mocodawca, lecz jego podstawą było prawo rodzinne i podleganie władzy ojcowskiej, nie zaś prawo dotyczące zastępstwa.³¹

Znane prawu rzymskiemu zastępstwo pośrednie³², polegało na tym, że zastępca dokonywał czynności we własnym imieniu i ze skutkami dla siebie, a następnie w drodze czynności prawnej przenosił skutki dokonanych czynności na zastępowanego (np. kognitor i prokurator w procesie formułkowym, opiekun i kurator w prawie familijnym, mandatariusz, *negotiorum gestor* w prawie

istnieje z mocy ustawy bez względu na wolę zastąpionego, to w drugim wypadku opiera się ono na czynności prawnej (oświadczenie woli) t. j. na udzielonem przez zastąpionego pełnomocnictwie”. R. Sohm, *Instytucje*, ..., op. cit., s. 240.

²⁴ W. Osuchowski, *Zarys...*, op. cit., s. 271.

²⁵ Zob. R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, wydanie 2, PWN, Warszawa 1969, s. 78.

²⁶ R. Sohm, *Instytucje*, ..., op. cit., s. 241.

²⁷ Ibidem, s. 241.

²⁸ B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 205–210.

²⁹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 220.

³⁰ R. Sohm, *Instytucje*, ..., op. cit., s. 241.

³¹ Ibidem, s. 242.

³² Więcej nt. tzw. zastępstwa pośredniego (cichego) zob. np. R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 244. Zob. też R. Taubenschlag, *Rzymskie...*, op. cit., s. 78.

obligacyjnym).³³ Podkreślić jednak należy, że pod względem prawnym zastępstwo pośrednie (*mittelbare Stellvertretung*) nie miało i nie ma nic wspólnego z zastępstwem (bezpośrednim), nie jest zastępstwem w ogóle³⁴. W odróżnieniu od zastępstwa bezpośredniego, przy zastępstwie pośrednim osoba trzecia, działając w interesie zastępowanego, dokonuje czynności i składa oświadczenia w swoim imieniu, skutki tych czynności występują w jej sferze prawnej (nie w sferze prawnej zastępowanego). Aby skutki dokonanej przez przedstawiciela pośredniego czynności prawnej dotyczyły reprezentowanego, konieczne jest dokonanie przez zastępcę pośredniego drugiej (kolejnej) czynności prawnej, przenoszącej skutki prawne dokonanej czynności na zastępowanego³⁵.

Podkreślić należy, że – jak wyjaśnił P. Laband – „pojęcie przedstawicielstwa jest szczególnie zaciemnione poprzez ciągle jeszcze występujące odróżnienie między bezpośrednim i pośrednim przedstawicielstwem. Przez pośrednie przedstawicielstwo rozumie się sytuację, w której ktoś dokonuje czynności na rachunek kogoś innego. Tutaj kontraktuje on w jego własnej osobie, on jest podmiotem zawartej umowy i tylko zobowiązany jest, aby nabyte przez niego prawo przenieść na rzecz osoby trzeciej, jak również uprawniony jest do żądania, aby zaciągnięte zobowiązania bez szkody dla tej osoby trzeciej, ta osoba przejęła. W tym przypadku nie mamy w ogóle do czynienia z przedstawicielstwem”³⁶. P. Laband kategorycznie stwierdził, iż Joseph Unger słusznie powiedział: „pośrednie przedstawicielstwo jest *contradictio in adjecto*”.³⁷

W toku rozwoju prawa dopuszczalność przedstawicielstwa została uznana dopiero w XVII w. Natomiast w XIX w., w tzw. wielkich kodyfikacjach, tj. w pruskim *Allgemeine Landrecht*³⁸, we francuskim Kodeksie Napoleona³⁹, w austria-

³³ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, op. cit., s. 220.

³⁴ R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 244; O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 297–298. Podobnie F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, Nakład Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1945, s. 40–41. Podobnie w prawie austriackim, w którym również odróżnia się przedstawicielstwo bezpośrednie od tzw. pośredniego. Zob. P. Bydlinski, *Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis*, 8. wesentlich überarbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010, s. 78.

³⁵ R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 244.

³⁶ P. Laband, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Erlangen, Bd. 10, 1866, s. 195.

³⁷ Ibidem, s. 195.

³⁸ „Oświadczenie woli, przez które ktoś udziela komuś innemu prawa załatwienia dla niego i zamiast niego jakiegoś interesu, nazywa się zleceniem lub pełnomocnictwem” – Część pierwsza, Tytuł trzynasty, § 5, *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) vom 05.02.1794.

³⁹ Art. 1984–2010 *Code civil des Français* z 21.03.1804 r., *Kodex Napoleona*

ckim ABGB⁴⁰, wyraźnie już uregulowano pełnomocnictwo w związku ze zleceniem (zlecenie nie było instytucją samodzielną, odrębną od pełnomocnictwa).⁴¹

3. *Istota przedstawicielstwa według nauki niemieckiej.* W XIX w., w niemieckiej nauce prawa wraz z rozwojem tzw. teorii woli, powstał spór o istotę przedstawicielstwa. W szczególności sporne było, w jakim stosunku pozostaje wola reprezentowanego i przedstawiciela w czynnościach dokonywanych przez przedstawiciela, tzn. czy podmiot, który dokonuje czynności – przedstawiciel, oświadcza własną wolę czy wykonuje wolę reprezentowanego⁴².

Teoria woli przyjmowała, że skutki prawne czynności prawnych znajdują się w bezpośrednim stosunku do woli dokonania czynności prawnej, w efekcie czego między wolą przedstawiciela i przedstawianego nie udało się utworzyć identyczności⁴³. Jednakże obszernie rozważania, dotyczące istoty przedstawicielstwa i teorii woli, stały się podstawą do ukształtowania się teorii dotyczących przedstawicielstwa.

Jedną z teorii, zaprezentowaną przez G. F. Puchtę⁴⁴, negowała przedstawicielstwo jako powszechną, ogólną instytucję. Zgodnie z tą teorią nie było możliwe, by reprezentowany mógł być zobowiązany przez wolę reprezentującego na podstawie czynności obligacyjnej. Zobowiązany był zawsze ten, kto dokonywał danej czynności.

Kolejną teorią przedstawicielstwa, wypracowaną przez XIX-wieczną doktrynę niemiecką, była tzw. **teoria fikcji** (*Geschäftsherrntheorie*), zgodnie z którą to zawsze reprezentowany dokonuje zamierzonej czynności prawnej, a przedstawiciel jest jedynie nosicielem jego woli (F. C. von Savigny⁴⁵). Według

z przypisami, tom I, Drukarnia Xieży Pijarów, Warszawa 1808, s. 319–325; Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa Polskiego, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1923, s. 472–478.

⁴⁰ § 1002–1033 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, austriacki Kodeks cywilny z 1811, z mocą obowiązującą od 1 maja 1812, StF: JGS Nr. 946/1811.

⁴¹ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 750.

⁴² Ibidem, s. 750.

⁴³ Ibidem, s. 752.

⁴⁴ G. F. Puchta, *Lehrbuch für Institutionen – Vorlesungen*, München: Weber 1829, s. 25–26.

⁴⁵ F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, III Band, Bei Veit und Comp., Berlin 1840.

W polskiej literaturze teoria ta nazywana bywa: (1) **teorią fikcji** – J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963, s. 31 i nast., A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 341, (2) **teorią podmiotu interesu** – B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 743, (3) **teorią reprezentowanego** – M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, tom 2*, drugie wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa

tej teorii działa przedstawiciel, a reprezentowanemu na zasadzie fikcji prawnej przypisane są skutki czynności dokonanych przez przedstawiciela. Wola reprezentowanego jest wolą przedstawiciela dokonującego czynności prawnej. W teorii tej element fikcji prawnej stanowi oświadczenie woli i działanie reprezentowanego oraz to, że przedstawiciel nie składa oświadczenia woli i nie działa – jest tylko nosicielem woli reprezentowanego (z tego wynika, że oświadczenie woli i działanie przedstawiciela nie istnieje). W teorii tej nie występuje konstrukcja zarachowania (fikcja zawiera już element zarachowania), ponieważ skutki czynności prawnej od razu są przypisane reprezentowanemu. Zaznaczyć jednak należy, że jeśli zgodnie z tą teorią przedstawiciel miałby być jedynie „nosicielem” woli reprezentowanego, to w ogóle nie będzie to przedstawicielstwo, a jedynie np. zastępstwo pośrednie.

Wpływ na kształtowanie się instytucji przedstawicielstwa wywarła również **tzw. teoria pośrednia (*Vermittlungstheorie*)** L. Mitteis⁴⁶, zgodnie z którą przy przedstawicielstwie (o ile polega ono na pełnomocnictwie) współdziałają przedstawiciel i reprezentowany. Teoria ta nazwana jest teorią pośrednią i zgodnie z nią stan faktyczny danej czynności tworzą dwa oświadczenia woli: oświadczenie mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa oraz oświadczenie przedstawiciela, zmierzające do wywołania określonych skutków prawnych dla reprezentowanego⁴⁷. Z punktu widzenia konstrukcji prawnej teoria ta nie wnosi do teorii przedstawicielstwa nic nowego, gdyż udzielenie pełnomocnictwa czy ustanowienie przedstawicielstwa ustawowego, jak i dokonanie czynności, których skutki są zarachowywane reprezentowanemu, występują zarówno w teorii reprezentacji, jak i teorii fikcji. Wyjaśniając, elementem realnym tej teorii jest oświadczenie woli, które składa reprezentowany (składa oświadczenie woli udzielenia pełnomocnictwa) i przedstawiciel (składa oświadczenie woli i dokonuje czynności prawnej, zmierzającej do wywołania skutków prawnych).

Teoria ta zawiera jedynie mechanizm ustanowienia przedstawiciela przez udzielenie pełnomocnictwa, nie wyjaśnia natury prawnej przedstawicielstwa, nie wskazuje mechanizmu działania przedstawiciela i zasad, w oparciu o które oświadczenie woli przedstawiciela uznane jest za oświadczenie woli reprezentowanego, jak również nie rozstrzyga o dokonaniu czynności ze skutkiem dla reprezentowanego.

Szeroko dyskutowana była, by ostatecznie zostać uznaną za dominującą, **tzw. teoria reprezentacji (*Repräsentationstheorie*)**⁴⁸, według której

2008, s. 468; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 242.

⁴⁶ L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 110.

⁴⁷ Ibidem, s. 182.

⁴⁸ Polskie ustawodawstwo w zakresie przedstawicielstwa również opiera się na

przedstawiciel, dokonując czynności, reprezentuje reprezentowanego. Podkreślić należy, że to przedstawiciel dokonuje czynności prawnej, lecz skutki prawne bezpośrednio dotyczą reprezentowanego⁴⁹. Aby ta konstrukcja (jej wynik) pozostała w zgodzie z teorią woli, posłużono się fikcją prawną w taki sposób, że przyjęto, iż oświadczenie woli przedstawiciela należy traktować jako oświadczenie woli przedstawianego⁵⁰. Częściowo zadowalano się po prostu pozytywistycznym założeniem, że należy dokonać w przedstawicielstwie, zgodnie z prawną jego konstrukcją, rozdzielenia przyczyn i skutków w taki sposób, iż oświadczenie woli jest dokonywane przez przedstawiciela, a skutki występują dla lub przeciwko reprezentowanemu⁵¹.

Elementem *realnym* tej teorii jest dokonanie czynności przez przedstawiciela, zaś element *fikcji* można odnaleźć w przyjęciu, że oświadczenie woli przedstawiciela należy traktować jak oświadczenie woli reprezentowanego. Po pierwsze – z zarachowania dokonanego na podstawie ustawy wynika, że działa reprezentowany (tzn. oświadczenie woli formułuje, składa przedstawiciel). Działanie przedstawiciela jest działaniem reprezentowanego. Po drugie – reprezentowany nie formułuje oświadczeń woli ani nie działa (ale np. w pełnomocnictwie może mocodawca wyrazić wolę zakupu przez co wpłynie na wolę przedstawiciela. Oznacza to, że oświadczenie reprezentowanego może istnieć lub nie istnieć, nie dociera do adresata czynności i nie ma znaczenia prawnego dla istnienia czynności prawnej; przyjmuje się to na zasadzie fikcji prawnej).

Teoria reprezentacji opiera się również na konstrukcji *zarachowania* prawnego, które polega na tym, że skutki prawne czynności dokonanej przez przedstawiciela dotyczą - są zarachowywane reprezentowanemu, a oświadczenie woli przedstawiciela należy traktować jak oświadczenie reprezentowanego.

teorii reprezentacji. B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 744; M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 468.

⁴⁹ „Prawo dokonania czynności prawnej w imieniu kogoś innego może być uzasadnione: 1) w publicznej instytucji, np. opiece, 2) w konstrukcji osoby prawnej, 3) w pełnomocnictwie udzielonym przez mocodawcę (Geschäftsherrn)”. B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 211.

⁵⁰ B. Windscheid w pierwszym tomie Pandektów stwierdza, że „stosunek przedstawicielstwa należy pomyśleć jako taki, w którym oświadczenie woli przedstawiciela wywołuje takie skutki prawne, jakie musiałyby wystąpić, jeśli oświadczenie tego samego rodzaju byłoby złożone przez reprezentowanego”. B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 207–208. W związku z powyższym zauważa W. Flume, „należy pomyśleć (**przyjąć na zasadzie fikcji**), iż oświadczenie woli przedstawiciela jest oświadczeniem woli reprezentowanego. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 752.

⁵¹ W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 752.

Zarachowanie na podstawie przepisów ustawy jest elementem realnym przedstawicielstwa, dokonywanym w oparciu o fikcję prawną i elementy realne (działa przedstawiciel, nie działa reprezentowany, istnieje oświadczenie woli przedstawiciela).

Pojęcie **zarachowania** (*Zurechnung*)⁵², na którym opiera się konstrukcja przedstawicielstwa w prawie niemieckim, ma zastosowanie we wszystkich naukach normatywnych⁵³, w tym także w prawie, w którym od momentu nadania mu nowego znaczenia przez H. Kelsena rola jego nieustannie rośnie i jest niekwestionowana⁵⁴.

⁵² Wyjaśnić należy, że pojęcie zarachowania pojawiło się już w pracach S. von Pufendorfa. On jako pierwszy postawił temat „zarachowania” w centralnym punkcie swoich rozważań. S. von Pufendorf rozważał zarachowanie trzyetapowo, tzn. można zarachować człowiekowi pewne działanie, jeśli uważa się, że człowiek jest uznawany za stwórcę prawa (1), jeśli uważa się, że on może być zobowiązany, by ponosić odpowiedzialność (2), jeśli uważa się, że można obciążyć go skutkami, które on wywołał swoim działaniem (3). Ten ostatni, trzeci etap (stopień) zarachowania, który dałby sprowadzić na człowieka skutki, które wynikają z jego działania, odpowiada temu, co Kelsen nazywał zarachowaniem. Na teorii zarachowania S. von Pufendorfa, oparł swoją teorię I. Kant. Według I. Kanta, autor (stwórca) czynu (działania) jest jednoznacznie źródłem swoich czynów (działań). Jak zaznaczył J. Hruschka, powołując się na „Metafizykę moralności” (*Die Metaphysik der Sitten*), wyraźnie mówi Kant: „zarachowanie jest sądem czy wyrokiem, przez który każdy jest uznany za stwórcę, (sprawcę) jego działania” („*Zurechnung ... ist das Urteil, wodurch jem and als Urheber (causa libera) einer Handlung ... angesehen wird*”). J. Hruschka, *Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants*, w: H. Kelsen: *Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Grundlagen der Rechtswissenschaft* 3, S. L. Paulson, M. Stolleis, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, Tübingen 2005, s. 8.

⁵³ H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (W rozwinięciu nauki o normie prawnej)*, tom I, Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego, Wilno 1935, s. 123.

Wiecej na temat klasyfikacji nauk zob. np. T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, PWN, Warszawa 1986, s. 355 i n.; J. Such, w: *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź, Zakład Narodowy imienia Ossolińskich, Wydawnictwo PAN 1987, s. 298 i n.

⁵⁴ Pojęcie to można zastosować w prawie cywilnym, w prawie administracyjnym, w prawie karnym.

Na gruncie prawa cywilnego, omawiając pojęcie zdolności do czynności prawnych, K. Larenz, M. Wolff wskazują, iż „dla zarachowania działań innej osoby na korzyść lub jako obciążenia podmiotu prawa przewidziane są różnorodne przepisy”, w tym dotyczące przedstawicielstwa (§ 164 BGB). K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 111.

W prawie karnym pojęcie zdolności zarachowania (*Zurechnungsfähigkeit*) miało zastosowanie przy określaniu zdolności (jej braku – *Zurechnungsunfähigkeit*) do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa (§§ 51, 55, 58 Kodeksu karnego z 15 maja 1871 r. (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15 Mai 1871). Na mocy drugiej reformy prawa karnego z 1969 r. pojęcie to zostało zastąpione pojęciem *Schuldungsfähigkeit* (§§

Istotą zarachowania prawnego jest powiązanie skutków działania podmiotu z działaniem podmiotu w oparciu o normę prawną, która pozwala (uprawnia, zobowiązuje) dokonać zarachowania. Jako przykład zarachowania wskazał H. Kelsen prawo rzymskie, które „nakładało wysoką karę pieniężną na tego, z czyjego domu dachu coś na przechodnia spadło i zabiło go— śmierć zatem przechodnia zarachowywana była właścicielowi domu. Nie ulega żadnej wątpliwości, że w powyższym przypadku między osobą właściciela domu a śmiercią przechodnia nie może być żadnego związku, a w najmniejszej już mierze związku opartego na przyczynowości. Właściciel domu, który możliwie w domu nie był, możliwie nawet o swej własności nie wiedział, nie mógł być przyczyną śmierci przechodnia, a tem mniej można przyjąć, że śmierć przechodnia była jego celem.”⁵⁵

*Zarachowanie nie jest, jak przyjmuje to tradycyjna teoria, zdaniem H. Kelsena, powiązaniem określonych zachowań z tak zachowującym się człowiekiem, gdyż to nie wymaga żadnego powiązania poprzez normę prawną; zachowanie jest nieoddzielne od zachowującego się tak człowieka, także zachowanie niezdolnego do zarachowania jest jego zachowaniem, jego działaniem lub zaniechaniem, także gdy nie jest bezprawne.*⁵⁶ Ponadto zarachowanie prawne nie dokonuje się w oparciu

20, 21 StGB). C. Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 11 neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1992, s. 1430, 1017–1018.

Zkolei na gruncie prawa administracyjnego pojęcie zarachowania można odnaleźć np. u J. Łętowskiego, który omawiając pojęcie organu administracji stwierdza, iż „organ działa w imieniu i na rachunek państwa” oraz iż „organy administracji, niezależnie od swojego miejsca w hierarchii i konkretnych zadań, nie mają „własnej” osobowości prawnej, lecz są tzw. *stationes fisci*, a więc reprezentują Skarb Państwa jako pewną ogólną całość”. J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, PWN, Warszawa 1990, s. 62–63. Natomiast H. Maurer stwierdza, iż podmioty administracyjne jako takie posiadają zdolność prawną, ale nie posiadają zdolności do czynności prawnych i z tego względu „podmioty administracyjne potrzebują ludzi, którzy dla nich działają i tym samym czynią je zdolnymi do czynności prawnych. Z punktu widzenia techniki prawnej następuje to za pomocą pojęć prawnych organu i piastuna organu. Organy są prawnie stworzonymi instytucjami podmiotu administracyjnego, które realizują jego właściwość; natomiast piastun organu to osoba wykonująca konkretnie zadania przypisane organowi. Zachowanie osób sprawujących dany urząd, mające skutki prawne, jest zatem przypisywane temu organowi i temu podmiotowi administracyjnemu”. H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeine Verwaltungsrecht*, Kolonia Limited, Wrocław 2003, s. 234–235. Zatem zarachowanie działań i skutków działań piastuna organu osobie prawnej, której jest organem, jest uniwersalnym mechanizmem wyjaśniającym funkcjonowanie osoby prawnej – składania przez nią oświadczeń woli, korzystania ze zdolności do czynności prawnych.

⁵⁵ H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki...*, op. cit., s. 120.

⁵⁶ H. Kelsen, *Kausalität und Zurechnung*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, herausgegeben von Hans R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Franz Steiner Verlag, Verlag Österreich, Wien –

o przyczynowo-skutkowe wyjaśnienie zdarzeń, ale w oparciu (i na podstawie) o normę prawną.⁵⁷ „Zarachowanie, które wyraża się w pojęciu zdolności zarachowania, jest powiązaniem określonego zachowania, a mianowicie bezprawia ze skutkami (następstwem) bezprawia, dlatego można powiedzieć, że skutki bezprawia są zarachowane bezprawiu, ale nie są one wywoływane przez akt bezprawia jako jego przyczynę. Nauka prawa nie używa poprzez to kauzualnego wyjaśnienia fenomenów prawnych bezprawia i skutków bezprawia, to jest oczywiste. W przepisach prawnych, które opisują te fenomeny, działa nie naczelną zasada kauzalności, lecz naczelną zasadą, która można – jak pokazała to niniejsza analiza – określić jako zarachowanie”⁵⁸.

Korzystając z zaproponowanego przez Kelsena rozumienia zarachowania i jego znaczenia dla konstrukcji normy prawnej, można podjąć się wyjaśnienia natury przedstawicielstwa i jego funkcjonowania jako konstrukcji prawnej.

Nauka niewłaściwie nazwała teorię zaproponowaną przez F. C. von Savignego teorią fikcji⁵⁹, ponieważ obie te teorie, to jest tzw. teoria fikcji, jak i tzw. teoria reprezentacji, oparte są na fikcji prawnej. Jednak nadanie takiej nazwy pozwoliło na odróżnienie tych dwóch teorii od siebie, w innym przypadku mielibyśmy do czynienia z teorią reprezentowanego⁶⁰ i teorią reprezentacji, co ze względu na podobnie brzmiące nazewnictwo wprowadzałoby zamęt w odróżnieniu tych teorii.

Z analizy doktrynalnych teorii przedstawicielstwa wynika, że *de facto* tylko dwie teorie wyjaśniają mechanizm przedstawicielstwa – tzw. teoria fikcji i tzw. teoria reprezentacji, przy czym obie te teorie zawierają elementy fikcji prawnej.

Stuttgart 2010, s. 545.

⁵⁷ „Zarachowanie oznacza stosunek normatywny”. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłumaczenie R. Szubert, red. nauk. A. Bosiacki, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2014, s. 169.

⁵⁸ H. Kelsen, *Kausalität und Zurechnung...*, op. cit., s. 545.

⁵⁹ H. Kelsen zapoczątkował w teorii prawa analizę znaczenia fikcji dla budowy systemu prawnego i jego funkcjonowania w wielu jego aspektach: fikcji państwa, narodu, reprezentacji parlamentarnej. H. Kelsen, *O istocie i wartości demokracji*, autoryzowany przekład F. Turynowej, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1934 r, s. 20–39; H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki...*, op. cit., s. 230 i nast.

Badania poświęcone fikcjom H. Kelsen prowadził przez całe życie i podsumował je w artykule: H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, w: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, herausgegeben von Hans R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Band 2, Franz Steiner Verlag, Verlag Österreich, Wien – Stuttgart 2010, s. 993–1014.

⁶⁰ Krajowa doktryna na określenie *teorii fikcji* posługuje się pojęciem *teoria reprezentowanego*, zob. np. M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 468; A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 242.

Na gruncie teoretycznym mechanizm przedstawicielstwa teorii reprezentacji wyjaśnia za pomocą fikcji prawnej, polegającej na tym, że oświadczenie woli (czynności dokonane) przedstawiciela uznaje się za oświadczenie woli (czynności dokonane) przedstawianego (reprezentowanego) oraz konstrukcji prawnej zachowania przedstawianemu skutków prawnych oświadczenia woli, złożonego przez przedstawiciela.

De lege lata, z punktu widzenia przepisów prawa (podejście pozytywistyczne) przy przedstawicielstwie przepisy regulują oświadczenie woli, działanie, skutki działań w taki sposób, że działanie przedstawiciela jest jego działaniem, a skutki tych działań występują po stronie reprezentowanego.

Analizując znaczenie i cel *fikcji prawnej*⁶¹, na której oparte są teorie wyjaśniające istotę przedstawicielstwa, można zauważyć, że fikcja prawna jest pewną konstrukcją – tworem nauki prawa⁶² (nie przysługuje jej realne istnienie),

⁶¹ Podręczniki akademickie zazwyczaj pomijają zagadnienie fikcji prawnej, ewentualnie ograniczając się do wskazania przepisów opartych na fikcji prawnej. Zob. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 83.

W podręczniku np. A. Łopatki zawarta jest następująca definicja: „Z fikcją prawną mamy do czynienia, gdy ustawodawca każe uznać coś za istniejące, każe przyjmować, że miał miejsce pewien stan faktyczny, choć wiadomo, że to coś nie istnieje, że dany stan faktyczny jest niemożliwy”. A. Łopatka, *Prawoznawstwo*, Wydawnictwo WSHiP im. R. Łazarskiego, Warszawa 2002, s. 184. Natomiast W. Tatarkiewicz pisze, że „fikcji jest w nauce i filozofii niezmiernie wiele: są nimi bez mała wszystkie ogólne pojęcia i teorie, (...), wszystkie personifikacje i hipotezy (...). Fikcją jest oczywiście (...) Benthama wywodzenie wszystkich urządzeń państwowych z interesu, (...), Platona pojęcie idei czy Kanta pojęcie rzeczy samej w sobie.” W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 105.

⁶² „Z fikcją mamy do czynienia wtedy, gdy poznanie – i w szczególności także prawne – w jego dążeniu, w jego przedmiocie – także prawnym (jurydycznym), nauki prawa jest prawo, porządek prawny, prawne *Sollen* – dokonuje pewnego „obejścia”, w której świadomie popada w sprzeczność z jej przedmiotem; oczywiście tylko w tym celu, aby go poprzez to lepiej ująć: tak jak taternik czasami jest zmuszony, zmierzając do upragnionego szczytu, skierować się na drogę poboczną lub wprost pójść w innym kierunku po to, by ominąć przeszkodę stojącą na drodze i poprzez to łatwiej osiągnąć swój cel. W tym sensie istnieją prawdziwe tzn. teoretyczno-poznawcze fikcje nauki prawa. Fikcje poznania prawa, a więc myślenia skierowanego na duchowe opanowanie/zrozumienie porządku prawnego. Fikcje teorii prawa. Takie fikcje, pojęcia pomocnicze, konstrukcje pomocnicze, jakimi są np. pojęcie podmiotu prawa lub pojęcie prawa podmiotowego.”, H. Kelsen, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen...*, op. cit., s. 995. Ponadto, zdaniem H. Kelsena, fikcja istnieje nie w istocie pojęcia (...), lecz w fałszywym twierdzeniu, że pojęcie to zawiera określenie jakiegoś realnego stanu rzeczy, że określa coś, co faktycznie ma należeć do świata rzeczywistości, a faktycznie w nim nie istnieje. Tem, co (...) odrzucić należy, jest właśnie logiczna sprzeczność leżąca w tem, że coś, co w rzeczywistości nie istnieje, uznaje się za rzeczywistość. Sprzeczność ta stanowi metodyczny błąd polegający na szukaniu w pojęciu, które nie jest abstrakcją rzeczywistości, właśnie tejże rzeczywistości.”

sprzecznym z porządkiem prawnym (sfera faktów jest tu bez znaczenia)⁶³. Jak zauważa B. Wróblewski, „fikcja prawna stanowi prawdę w języku ustawowym, która może być jednocześnie fałszem w języku empirycznym”.⁶⁴ Ponadto fikcja nie dotyczy faktów. Fakty, które powinny zostać rozpoznane prawidłowo, mają znaczenie dopiero w momencie stosowania prawa. Fikcja jest tworem nauki prawa, jest konstrukcją pomocniczą – swego rodzaju narzędziem („drabiną”⁶⁵), które służy do poznania (zrozumienia) porządku prawnego (ustroju, budowy prawa, sytuacji stosunku prawnego).

By wyjaśnić mechanizm działania przez przedstawiciela, przyjęto fikcję prawną, zarówno w tzw. teorii fikcji, jak i w tzw. teorii reprezentacji. Przy rozstrzyganiu konkretnej sprawy, organ rozstrzygający, w sytuacji gdy ma do czynienia z działaniem przedstawiciela, musi mieć świadomość fikcji prawnej (kto inny działa, a skutki dotyczą kogo innego). Dlatego też dla ustalenia prawidłowości dokonanej czynności musi zbadać szereg kwestii, w tym: zdolność przedstawiciela do złożenia oświadczenia woli, do dokonania czynności prawnej, czy działał w zakresie umocowania (np. przedstawiciel Skarbu Państwa), czy mógł dokonać czynności, bada kompetencje i ogólne wymogi ważności oświadczeń woli (czynności) określone w Części ogólnej Kodeksu cywilnego, a w odniesieniu do czynności procesowych, dokonywanych przed Sądem Najwyższym, zobowiązany jest stwierdzić, czy dokonujący czynności procesowej posiadał zdolność postulacyjną).

Celem fikcji prawnej jest poznanie prawa. Fikcja, którą doktryna stwarza dla poznania działania przedstawiciela, pozwala zrozumieć i uznać czynności pewnych podmiotów za czynności innych podmiotów, np. że działanie przedstawiciela jest działaniem mocodawcy, gdy np. spółka z o.o. złożyła oświadczenie o uznaniu powództwa, chociaż złożył je prokurent spółki działający w imieniu spółki. Fikcja prawna pozwala zrozumieć i uznać czynność za czynność spółki, podczas gdy w sferze faktów (zdarzeń) – w świecie *Sein* – była to czynność konkretnej osoby, a nie spółki. Fikcje prawne pozwalają zrozumieć złożoność porządku prawnego.

H. Kelsen, *Podstawowe zagadnienia nauki...*, op. cit., s. 235.

⁶³ Np. spersonifikowana osoba fizyczna, osoba prawna są sprzeczne z porządkiem prawnym, gdyż one nie istnieją realnie, a traktowane jako realnie istniejące, są sprzeczne z porządkiem prawnym, bo istnieją tylko jurystycznie. Podobnie jest z osobą państwa, które realnie nie istnieje – jest personifikacją nauki prawa lub polityki. Zob. też W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, op. cit., s. 105.

⁶⁴ B. Wróblewski, *Język prawny i język prawniczy*, Wydawnictwo Polskiej Akademii Umiejętności, Kraków 1948, s. 60.

⁶⁵ W. L. Jaworski określa fikcję jako drabinę, „którą odrzuca się po dojściu do zamierzonego celu”. W. L. Jaworski, *Prawo administracyjne. Zagadnienie ogólne*, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1924, s. 182.

W analizie konstrukcji przedstawicielstwa *de lege lata* zostanie zastosowana fikcja prawna, na której oparta jest teoria reprezentacji oraz zarachowanie, które pozwala zrozumieć mechanizm przypisania przez ustawę skutków działań przedstawiciela reprezentowanemu.

Istota i konstrukcja przedstawicielstwa na gruncie prawa niemieckiego jest wyjaśniana przez mechanizm zarachowania, który jest ogólną koncepcją wyjaśniającą system budowy norm prawnych. W polskiej teorii konstrukcja zarachowania dopiero „przebija się” do świadomości prawnej i tylko wyjątkowo służy do wyjaśnienia niektórych konstrukcji prawnych, zasadniczo doktryna posługuje się konstrukcją fikcji prawnej.⁶⁶

Teorie tzw. fikcji i reprezentacji są opisem istniejącego prawa, obie oparte są na fikcji prawnej.

Mechanizm przedstawicielstwa można opisać za pomocą fikcji prawnej, posługując się jedną z teorii lub wybierając ogólny mechanizm zarachowania. Można więc opisać i wyjaśnić przedstawicielstwo za pomocą tzw. teorii fikcji i tzw. teorii reprezentacji (obie są teoriami fikcji), a można się odwołać wyłącznie do zarachowania. Wówczas, patrząc na konkretne rozwiązania prawa pozytywnego, można stwierdzić, na której konstrukcji fikcji opiera się prawo i o tym będą rozstrzygały sformułowania semantyczne, normy. Po drugie, dokonując analizy *de lege lata* prawa obowiązującego, można wskazać, w którym przepisie ustawodawca dokonuje zarachowania i jakie ustanawia warunki tego zarachowania. Patrząc na konstrukcję przedstawicielstwa w dziedzinie prawa materialnego i procesowego, można wskazać na elementy dla ich wyjaśnienia. W tym celu można posłużyć się teorią fikcji prawnej (niezależnie od jej wersji) lub konstrukcją zarachowania, wskazując warunki możliwości (dopuszczalności) tego zarachowania.

Wyjaśniając konstrukcję przedstawicielstwa za pomocą konstrukcji zarachowania (jego warunków), analizie poddać należy: umocowanie przedstawiciela, działanie w sytuacji przekroczenia umocowania lub bez umocowania. W szczególności, aby reprezentowanemu przypisać skutki działania przedstawiciela, należy sprawdzić, czy jest on umocowany do działania, to znaczy, że należy wyjaśnić, czy posiada on zdolność zarachowania, to znaczy zdolność do przypisania mu skutków. Jeśli przedstawiciel tę zdolność posiada, to znaczy, że skutki prawne dotyczą reprezentowanego (tak jest na gruncie prawa materialnego i procesowego).

Umocowanie przedstawiciela może opierać się na ustawie lub na oświadczeniu reprezentowanego. W pierwszym przypadku mamy do czynienia

⁶⁶ Zob. np. W. L. Jaworski, *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 182; B. Wróblewski, *Język prawny i...*, op. cit., s. 60; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 83.

z przedstawicielstwem ustawowym, w drugim – z pełnomocnictwem⁶⁷. Źródłem powstania umocowania pełnomocnika może być tzw. stosunek podstawowy (wewnętrzny) pełnomocnictwa (np. umowa zlecenia)⁶⁸. Z tym związane jest istotne odróżnienie P. Labanda między pełnomocnictwem a zleceniem⁶⁹, które przeprowadził w ten sposób, że zlecenie jest konstrukcją prawa zobowiązań, a pełnomocnictwo jednostronną czynnością (jest to tzw. teoria niezależności pełnomocnictwa)⁷⁰. Podobnego zdania był L. Mitteis⁷¹, który twierdził, że „zlecenie jest dla stosunku przedstawicielstwa irrelewantne”.⁷²

W przypadkach przedstawicielstwa ustawowego fakty, które wywołują skutki działań przedstawiciela dla reprezentowanego nie są aktem woli (elementem woli) określonych osób (reprezentowanego, czy przedstawiciela), lecz powstają na podstawie specjalnego działania ustawy lub udzielenia na mocy urzędu i ostatecznie stanowią element dokonanych czynności (na tych samych, wskazanych wyżej podstawach). Praktyczna okazuje się okoliczność, że podstawą przedstawicielstwa nie jest wola określonych osób, ale to, że w takich przypadkach reprezentowany nigdy nie mógłby rzeczywistej (konkretnej, praktycznej) woli mieć. Także czynności prawne ustawowo umocowanego są oceniane tylko według osoby tego, kogo one dotyczą. Oznacza to różnorodność istoty ustawowego przedstawicielstwa i odmiennosc w stosunku do przedstawicielstwa na podstawie woli, która przedstawicielstwo to ustanawia⁷³.

Przyjęcie tradycyjnego podziału przedstawicielstwa na przedstawicielstwo ustawowe i przedstawicielstwo z woli (pełnomocnictwo) prowadzi do rozróżnienia podstaw oceny prawidłowości czynności dokonanych przez przedstawiciela. W sytuacji, gdy mamy do czynienia z pełnomocnictwem (przedstawicielstwem z woli), do oceny prawidłowości czynności dokonanych przez przedstawiciela należy brać pod uwagę wolę, na podstawie której ustanowiony jest przedstawiciel. Natomiast przy przedstawicielstwie ustawowym czynności, których

⁶⁷ W niemieckiej nauce prawa wyróżnia się, podążając za myślą B. Windscheida, trzy podstawy (źródła) prawa do dokonania czynności prawnej w imieniu kogoś innego: (1) publiczny urząd (np. opieka nad nieletnim), (2) konstrukcja osoby prawnej, (3) pełnomocnictwo udzielone przez mocodawcę. B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 211. Podobnie w polskiej literaturze, zob. przypis nr 111.

⁶⁸ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 246–247.

⁶⁹ Zaznaczyć należy, że niektóre systemy prawne wiążą pełnomocnictwo ze zleceniem, np. austriacki Kodeks cywilny § 1002, francuski Kodeks cywilny – art. 1984.

⁷⁰ P. Laband, *Die Stellvertretung...*, op. cit., s. 206.

⁷¹ L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 183.

⁷² W polskiej doktrynie np. zdaniem Z. Krzemińskiego, stosunek pełnomocnictwa jest stosunkiem niezależnym i samodzielnym. Z. Krzemiński, *Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 45.

⁷³ L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 183.

dokonuje przedstawiciel ustawowy, ocenia się według jego osoby. Oznacza to, że w tym przypadku dla oceny prawidłowości czynności dokonanych przez przedstawiciela znaczenie ma zdolność do czynności prawnych przedstawiciela itd., a nie osoby reprezentowanego, ponieważ ten jest pozbawiony zdolności do czynności prawnych i nie mógł w ogóle swej woli wyrazić^{74, 75}

Ogólnie mówiąc, władza przedstawicielska jest uprawnieniem, aby innego skutecznie reprezentować i dla niego (poprzez oświadczenia woli) wywoływać skutki prawne (kształtować jego sytuację prawną), a polega albo na przepisie prawnym (przedstawicielstwo ustawowe), albo na czynności prawnej (przedstawicielstwo z woli). Udzielana przez czynność prawną moc przedstawicielska jest w ustawie nazywana pełnomocnictwem (§ 164 ust. 2 zd. 1 BGB).⁷⁶

Istota przedstawicielstwa polega na tym, że osoba trzecia – przedstawiciel – dokonuje dla reprezentowanego czynności prawnej, przez co bezpośrednio uprawnia lub zobowiązuje reprezentowanego.⁷⁷ Dzięki mechanizmowi zarachowania to reprezentowany, a nie przedstawiciel (który *de facto* dokonał czynności), jest stroną czynności prawnej i jego dotyczą skutki prawne tej czynności. Przy czym przedstawicielstwo nie pozbawia reprezentowanego zdolności samodzielnego dokonywania czynności prawnych, chyba że reprezentowany nie posiada pełnej zdolności do czynności prawnych i może podejmować działania wyłącznie przez przedstawiciela.⁷⁸ Oczywiście jest, że takie cudze prawne zachowanie, które wywiera skutek w sferze prawnej reprezentowanego, musi zależeć od szczególnych przesłanek.⁷⁹

⁷⁴ Ibidem, s. 183.

⁷⁵ Według B. Frensch ustawa wprowadza ustawowe przedstawicielstwo tam, gdzie reprezentowany nie jest w pełni zdolny do czynności prawnych lub z innych przyczyn nie jest w stanie dokonywać własnych czynności (tj. czynności dotyczących jego samego) w sposób odpowiedzialny we własnym imieniu. W tych przypadkach ustawowe przedstawicielstwo umożliwiać ma reprezentowanemu udział w obrocie prawnym. B. Frensch, w: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar*, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand 2011, s. 227.

Na gruncie prawa polskiego podobnie twierdzi J. Wyrwisz, zdaniem którego przedstawiciel ustawowy „podejmuje czynności prawne w imieniu i w interesie nie mogącej działać samodzielnie innej osoby”. J. Wyrwisz, *Natura prawna przedstawicielstwa ustawowego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo XXIX, Wrocław 1969, s. 61.

⁷⁶ H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 449.

⁷⁷ Ibidem, s. 444.

⁷⁸ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 829.

⁷⁹ H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 444.

4. **Przedstawicielstwo według prawa niemieckiego.** W prawie niemieckim przesłanki przedstawicielstwa sformułowane zostały w § 164 BGB⁸⁰. Zgodnie z wymogami, zawartymi w § 164 BGB, aby przedstawicielstwo było skuteczne, musi być złożone oświadczenie woli (tzw. czynne przedstawicielstwo (§ 164 ust. 1 zd. 1) lub do odbioru – bierne przedstawicielstwo (§ 164 ust. 3); przedstawiciel musi działać w imieniu przedstawianego (a więc w cudzym imieniu)⁸¹; przedstawiciel musi działać w granicach przysługującej mu mocy przedstawicielskiej (umocowania); przedstawicielstwo musi być dopuszczalne⁸².

Zgodnie z regulacją § 164 ust. 1 BGB przedstawicielstwo dotyczy oświadczeń woli, lecz możliwe jest także przy działaniach podobnych do oświadczeń woli (czynności prawnych), jak np. przy wezwaniu, przy żądaniu potwierdzenia (§ 108 ust. 2 BGB), przy wyznaczeniu terminu (§ 281 ust. 1 zd. 1 BGB); natomiast wykluczone jest przy czynnościach faktycznych⁸³. Zgodnie z tym przepisem, opierając się na mechanizmie zarachowania, oświadczenie woli złożone przez osobę, która na mocy przysługującej mu władzy reprezentowania działa, jest skuteczne bezpośrednio dla i przeciw reprezentowanemu (przedstawicielstwo czynne lub bierne) bez różnicy, czy oświadczenie zostało złożone wyraźnie w imieniu reprezentowanego, czy jedynie z okoliczności wynika, że ono powinno wywołać skutek w jego imieniu i w jego sferze prawnej.⁸⁴

Posługując się mechanizmem zarachowania, przyjmuje się, że to reprezentowany, a nie przedstawiciel jest stroną czynności i jego dotyczą skutki prawne danej czynności. Stosownie do tego § 164 ust. 1 BGB przewiduje, że złożone przez przedstawiciela oświadczenie woli bezpośrednio oddziałuje dla lub prze-

⁸⁰ Podkreślić należy, że BGB, pod wpływem poglądu R. Iheringa i P. Labanda (P. Laband, *Die Stellvertretung...*, op. cit., s. 206), uwzględnił podział na zalecenie i przedstawicielstwo jako odrębne instytucje. Z. Krzeмиński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 8.

⁸¹ Jest to tzw. zasada jawności przedstawicielstwa. Zob. H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 444.

⁸² Niektóre prawne oświadczenia mogą być dokonywane tylko przez daną osobę, np. zawarcie małżeństwa, rozporządzenia na wypadek śmierci. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 296.

Zdaniem O. Palandt, przedstawicielstwo jest wyłączone przy czynnościach w najwyższym stopniu osobistych, dotyczy to przede wszystkim zawarcia małżeństwa (§ 1311 BGB), zawiązania związku partnerskiego (zgodnie z ustawą o związkach partnerskich ust. 1), przy przedstawicielstwie przy dziedziczeniu (§ 2274 BGB) i przy poszczególnych czynnościach z prawa rodzinnego i prawa dziedziczenia (§§ 1596 IV, 1600a, 1626c, 1750 III, 1760 V, 2282, 2347 II, 2351 BGB). O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008, s. 170.

⁸³ Jako czynność faktyczną należy określić pewien proces, który skierowany jest na czysto faktyczny rezultat i z którym ustawa wiąże określone skutki prawne. H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 444. Zob. też R. Sohm, *Instytucje...*, op. cit., s. 240.

⁸⁴ D. Schwab, M. Löhnig, *Einführung...*, op. cit., s. 331.

ciw reprezentowanemu i dlatego § 164 ust. 1 BGB jest pewną **formą zarachowania skutków prawnych oświadczeń woli**⁸⁵. Jak stwierdza B. Frensch, pojęcie bezpośredniego przedstawicielstwa obejmuje czynności prawne w imieniu reprezentowanego, których skutki prawne dotyczą osoby reprezentowanego. W § 164 ust. 1 BGB chodzi więc o pewną normę zarachowania skutków prawnych oświadczenia woli. Zgodnie z dominującym poglądem dotyczącym zasady reprezentacji oznacza to, że przedstawiciel tworzy sam oświadczenie woli i reprezentuje reprezentowanego, podczas gdy skutki prawne dotyczą wyłącznie osoby reprezentowanego⁸⁶.

Przedstawicielstwo jest dopuszczalne, o ile wyjątkowo nie zostało uznane przez ustawę za niedopuszczalne. W szczególności chodzi o oświadczenia o osobistej naturze, które nie mogą być w ogóle dokonywane przez przedstawiciela⁸⁷ (np. sporządzenie testamentu (§ 2064 BGB), zawarcie umowy małżeńskiej (§ 2274 BGB), zawarcie małżeństwa (§ 1311 zd. 1 BGB))⁸⁸. Jeśli ustawa nie dopuszcza przedstawicielstwa, dokonana przez przedstawiciela czynność nie może być przez reprezentowanego zatwierdzona (nie może on wyrazić na nią zgody), lecz musi być na nowo dokonana.⁸⁹ W takiej sytuacji nie będzie można zarachować reprezentowanemu skutków działań przedstawiciela.

Jak już zaznaczono wyżej, powstanie umocowania przedstawiciela dochodzi do skutku w dwojaki sposób. Albo przez prawne oświadczenie reprezentowanego, który w ten sposób udziela pełnomocnikowi władzy działania (tzw. pełnomocnictwo z woli)⁹⁰, lub też przez upoważnienie ustawowe (zawarte w ustawie,

⁸⁵ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 829.

⁸⁶ B. Frensch, w: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 218.

⁸⁷ Zdaniem B. Windscheida, co najmniej zasadą jest, że oświadczenie woli może, o ile dla czynności prawnej nie istnieje przeszkoda przepisanej formy, być dokonana także przez kogoś innego. B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 201.

⁸⁸ Przede wszystkim chodzi o czynności dotyczące stosunków rodzinnych i dziedziczenia. Czynności takie nazywa się, jak wskazuje W. Flume, „czynnościami w najwyższym stopniu osobistymi”. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 761.

⁸⁹ Przedstawicielstwo może być wyłączone przez czynność prawną, i tak np. pomimo, że prokura treściowo jest nieograniczana, może reprezentowany porozumieć się z osobami trzecimi, że dla określonych między nimi stosunków prawnych określone czynności prawne przez lub przeciwko niemu nie mogą być dokonane przez prokurenta. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 761.

⁹⁰ W teorii prawa cywilnego toczył się spór nt. sposobu powstania pełnomocnictwa – tzn. czy powstaje ono w wyniku czynności jednostronnej, czy dwustronnej. Zwolennikami teorii przyjmującej, że pełnomocnictwo powstaje w wyniku czynności jednostronnej są: J. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*. Neubearbeitung 2008, red. M. Martinek, Sellier – dr Gruyter, Berlin 2008, s. 111; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München 2010, s. 282; K.

np. w przypadku umocowania rodziców lub zwierzchnim zarządzeniu, np. akcie korporacyjnym⁹¹)⁹². Przy czym, w porządku prawnym, który oparty jest na autonomii woli, przedstawicielstwo ustawowe stanowi wyjątek⁹³. Ustawa przewiduje je jedynie w sytuacjach, w których należy powierzyć komuś innemu opiekę nad jakąś osobą (tak jest w przypadku, gdy rodzice są ustanawiani jako przedstawiciele ustawowi niezdolnych do czynności dzieci – § 1629 ust. 1 pkt 1 BGB).

Z podstawy powstania przedstawicielstwa wynika jego zakres. Przy pełnomocnictwie zakres ten wynika z oświadczenia o udzieleniu pełnomocnictwa, a mocodawca może dowolnie go określić. Przy przedstawicielstwie ustawowym zakres umocowania wynika z ustawy.⁹⁴

Jeśli przedstawiciel działa w imieniu reprezentowanego i w ramach przysługującego mu przedstawicielstwa, skutki prawne dokonanych przez przedstawiciela czynności dotyczą sfery prawnej reprezentowanego. Czynność prawna, dokonana przez przedstawiciela, jest czynnością reprezentowanego ze wszystkimi wynikającymi z niej prawami i obowiązkami, a co za tym idzie – przy zawarciu umowy reprezentowany uzyskuje pozycję strony umowy, natomiast jednostronne oświadczenia woli są uznawane za złożone przez reprezentowanego. Oświadczenia, które doszły do przedstawiciela uznaje się jakby doszły do reprezentowanego⁹⁵ – są mu zarachowywane.

Również od zakresu umocowania przedstawiciela, zależy możliwość kwestionowania przez reprezentowanego oświadczeń woli złożonych przez przedstawiciela, które z mocy prawa są wiążące dla reprezentowanego.⁹⁶ Prawo do uchylenia się od skutków oświadczenia, złożonego przez przedstawiciela, przysługuje wyłącznie reprezentowanemu (jemu zarachowane są skutki oświadcze-

Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 870.

⁹¹ Uprawniony do reprezentowania organ osoby prawnej ma pozycję przedstawiciela ustawowego. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 780; K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 83. Odmiennie w doktrynie polskiej, gdzie dominuje stanowisko nieuznające organów osób prawnych za przedstawicieli ustawowych – zob. przypis 137.

⁹² K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 831.

⁹³ D. Schwab, M. Löhnig, *Einführung...*, op. cit., s. 339. Zob. też K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 831.

⁹⁴ przy spółkach – z umowy spółki, względnie statutu. Ustawowe przedstawicielstwo i władza przedstawicielska dla osób prawnych i spółek musi w każdym przypadku być tak szeroka, by przedstawiciel sam lub wielu wspólnie mogło załatwiać wszystkie sprawy. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 833. Zob. też B. Frensch, w: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 228 i nast.

⁹⁵ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 866.

⁹⁶ Więcej na ten temat zob. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 866–867.

nia przedstawiciela). Co prawda, to przedstawiciel złożył oświadczenie woli, lecz dokonał tego niejako „w miejsce reprezentowanego”⁹⁷ i dane oświadczenie jest traktowane – stosując zasadę zarachowania – jako oświadczenie reprezentowanego. Oznacza to, iż prawne skutki działania przedstawiciela dotyczą wyłącznie reprezentowanego, jemu są zarachowywane. Dlatego też wymogi, dotyczące kształtowania i oświadczenia woli, należy oceniać pierwotnie według osoby przedstawiciela⁹⁸.

Ponieważ prawo do zakwestionowania oświadczenia woli jako prawo kształtujące powinno przysługiwać temu, dla którego oświadczenie działa, reprezentowany musi mieć prawo do zakwestionowania tego oświadczenia woli. Inną kwestią jest, czy przedstawiciel może złożyć oświadczenie o uchyleniu się czy zakwestionowaniu oświadczenia zamiast reprezentowanego ze skutkiem dla niego. To zależy od zakresu umocowania. Podobne rozważania należy przeprowadzić w kwestii prawa odwołania oświadczenia woli, złożonego przez przedstawiciela w imieniu reprezentowanego i w zakresie umocowania.⁹⁹

Przedstawiciel, mimo że dokonał czynności prawnej, nie jest jej stroną. W szczególności nie może wywodzić roszczeń z dokonanej przez siebie dla reprezentowanego czynności. Inaczej sytuacja będzie się kształtować, jeśli przedstawiciel dokonał czynności jednocześnie we własnym i w cudzym imieniu, tj. jeśli dokonał czynności dla siebie i dla reprezentowanego (czynność taka będzie wywoływała skutki prawne w jego sferze prawnej i w sferze prawnej reprezentowanego). W takiej sytuacji przedstawiciel mógłby wywodzić roszczenia z tej czynności. Zaznaczyć należy, że przy skutecznym przedstawicielstwie przedstawiciel zasadniczo nie może domagać się od reprezentowanego spełnienia zobowiązań, które wynikają z dokonanej przez niego czynności. To byłoby niecelowe z tego względu, że działanie przedstawiciela dokonane było w reprezentacji kogoś innego i jego obciążałoby niedopuszczalnym ryzykiem.¹⁰⁰ Natomiast w sytuacji, w której przedstawiciel narusza swój obowiązek działania, ponosi on odpowiedzialność za winę w kontraktowaniu (*culpa in contrahendo*)¹⁰¹.

Przedstawiciel, jak wskazano wyżej, by móc skutecznie dokonywać czynności w imieniu i na rzecz reprezentowanego, powinien być skutecznie umocowany. Jeśli przedstawiciel dokonuje czynności prawnej w imieniu reprezentowa-

⁹⁷ Ibidem, s. 866–867.

⁹⁸ O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 298.

⁹⁹ K. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 867.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 867.

¹⁰¹ H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 461; K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 868.

Jak podkreśla H. J. Musielak, § 278 BGB należy stosować wyjątkowo. Zob. H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 461.

nego bez umocowania, nie działa ani na rzecz, ani przeciw reprezentowanemu i nie można reprezentowanemu zarachować skutków dokonanej przez przedstawiciela czynności. Ponieważ jednak kontrahent na podstawie działania przedstawiciela (bez umocowania) w imieniu reprezentowanego zawarł czynność, ustawodawca dla jego ochrony umożliwił następcze zatwierdzenie (wyrażenie zgody) takiej pierwotnie nieskutecznej czynności prawnej. Owo zatwierdzenie dokonuje się pod wskazanymi w ustawie przesłankami. Przez zatwierdzenie przekształca się zawieszona nieskuteczność czynności w skuteczność. W razie odmowy zatwierdzenia przez reprezentowanego występuje ostateczna nieskuteczność dokonanej czynności.¹⁰²

Skuteczność dokonanej bez umocowania czynności zależy od jej potwierdzenia, do czasu którego skutki czynności są zawieszone.¹⁰³

5. Wpływ niemieckiej konstrukcji przedstawicielstwa na polskie prawo prywatne. Na gruncie polskiego prawa prywatnego „skutki czynności prawnej odnoszą się z reguły do tego, który czynności prawnej dokonuje”¹⁰⁴, korzystając przy tym z przyznanej mu przez prawo autonomii woli.¹⁰⁵ Jednakże zdarzają się sytuacje, w których samodzielne, osobiste działanie nie jest możliwe, czy to z przyczyn faktycznych, czy też prawnych. Wówczas, dla dokonania czynności prawnej, dopuszczalne jest posłużenie się inną osobą¹⁰⁶, a czynność taka – zgodnie z art. 95 § 2 k.c. – pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.

¹⁰² Dodać należy, że w ustawa odróżnia możliwość następczego uskutecznienia czynności przedstawiciela dla reprezentowanego w przypadku umów i jednostronnych czynności prawnych. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 901.

¹⁰³ B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 213–218, 255.

¹⁰⁴ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 467.

¹⁰⁵ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 467. Podobnie Z. Krzemiński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 3.

Jak zauważył B. Gawlik „przedstawicielstwo oparte na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo) nie narusza zasady autonomii stron w dziedzinie czynności prawnych, a raczej prowadzi do rozszerzenia zakresu jej funkcjonowania.” B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 731.

¹⁰⁶ Przyczyny posłużenia się do dokonania czynności inną osobą są różne. Każde takie działanie za inną osobę, zdaniem L. Mitteis, jest przedstawicielstwem w szerokim znaczeniu, w znaczeniu życia potocznego. Poprzez tę powszechność użycia terminu „przedstawicielstwa” pojęcie to staje się bezwartościowe i wyczerpane i jako takie należy je odrzucić. Zob. L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 1–2.

Polska doktryna rozróżnia przyczyny pośłużenia się inną osobą przy dokonaniu czynności prawnej – podobnie jak odróżnił to R. Sohm¹⁰⁷ – na faktyczne (spowodowane np. brakiem czasu czy też fachowych umiejętności) i prawne (wynikające z braku wymaganej zdolności do czynności prawnych¹⁰⁸).¹⁰⁹ Dodatkowo, zdaniem A. Woltera, przez pełnomocnictwo rozszerzona zostaje sfera działania podmiotów w obrocie cywilnoprawnym¹¹⁰, lecz nie oznacza to, że pełnomocnik może uczynić więcej niż mocodawca.

Umocowanie przedstawiciela, podobnie jak na gruncie prawa niemieckiego, może opierać się na ustawie lub na oświadczeniu reprezentowanego¹¹¹. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, w drugim – z pełnomocnictwem (art. 96 k.c.)¹¹². Zasadą jest, zdaniem M. Pazdana, że we wszystkich przypadkach, w których przedstawicielstwo nie

¹⁰⁷ R. Sohm, *Instytucje*, ..., op. cit., s. 240.

¹⁰⁸ Zdaniem F. Zolla, „osoby, które nie mają wcale albo nie mają pełnej zdolności do działania, nabywają prawa i zaciągają obowiązki przy współdziałaniu swych przedstawicieli ustawowych lub wprost przez nich”. F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie, tom I, część ogólna*, wydanie drugie, Księgarnia Powszechna, Kraków 1948, s. 98. Ponadto, według J. Fabiana „osoba pozbawiona zdolności do czynności prawnych może być reprezentowana tylko przez przedstawiciela ustawowego. Dotyczy to zarówno działania w sądzie, jak i poza sądem. J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 37.

Więcej nt. zdolności do czynności prawnych i skutkach jej braku zob. A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 187 i nast.

¹⁰⁹ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 467.

¹¹⁰ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 337.

¹¹¹ W polskiej literaturze wskazuje się – podobnie jak w nauce niemieckiej (zob. przypis nr 67) na różne podstawy (źródła) prawa do dokonania czynności prawnej w imieniu kogoś innego. Tak np. S. Szer wyróżniał, niezbyt wyraźnie oddzielone od siebie: przedstawicielstwo na podstawie ustawy, orzeczenia sądowego i woli reprezentowanego, S. Szer, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 257; R. Longchamps de Berier wyróżniał pełnomocnictwo, przedstawicielstwo ustawowe, przedstawicielstwo statutowe. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, op. cit., s. 122–139 (§ 19) i s. 81 (§ 14, IV). Podobnie F. Zoll, który wykazywał, iż umocowanie może polegać na a) przepisie ustawy, b) na postanowieniu sądowym, c) na umowie między przedstawicielem a reprezentowanym. F. Zoll, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 41.

¹¹² M. Pazdan wskazuje na dychotomiczny podział przedstawicielstwa, tj. na przedstawicielstwo ustawowe i pełnomocnictwo. M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 470.

J. Fabian określił pełnomocnictwo jako „moc prawną udzieloną przez mocodawcę do sporządzenia czynności prawnych w jego imieniu i z bezpośrednim skutkiem prawnym dla niego.” Przy czym owa moc prawna „nie stanowi prawa podmiotowego. Pełnomocnik bowiem nie działa w swojej sferze prawnej, działa nie *suo iure*, lecz *alieno iure*. Jeżeli wynikają dla niego prawa podmiotowe, to wynikają one nie z umocowania, lecz ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa”. J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 70–71.

opiera się na woli reprezentowanego, będziemy mieli do czynienia z przedstawicielstwem ustawowym, którego źródłem są wskazane w ustawie stosunki prawne (np. rodzicielski – rodzice z mocy ustawy – art. 98 k.r.o. – są przedstawicielami małoletniego dziecka) lub wydane na podstawie ustawy orzeczenia (np. ustanowienie opiekuna – art. 145 k.r.o.).¹¹³ Ogólnie mówiąc, przy przedstawicielstwie ustawowym źródłem umocowania przedstawiciela są inne zdarzenia prawne niż czynność prawna reprezentowanego¹¹⁴, a ani ustanowienie przedstawiciela ustawowego, ani też skuteczność dokonanych przez niego czynności prawnych nie zależą od woli reprezentowanego¹¹⁵. Podział ten nie zmienia konstrukcji przedstawicielstwa¹¹⁶.

Podział przedstawicielstwa na przedstawicielstwo ustawowe i pełnomocnictwo powszechnie akceptowano i akceptuje się (obecnie wobec wyraźnej regulacji art. 96 k.c.) w polskiej doktrynie, np. L. Domański¹¹⁷, J. Korzonek i J. Rosenblüth¹¹⁸, A. Wolter¹¹⁹, S. Szer¹²⁰, J. Wiszniewski¹²¹, J. Fabian¹²², Z. Krzemiński¹²³, M. Pazdan¹²⁴, A. Bierć¹²⁵, Z. Radwański^{126, 127}.

¹¹³ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 470.

¹¹⁴ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 321.

¹¹⁵ B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 732.

¹¹⁶ Owa jednolita konstrukcja przedstawicielstwa opiera się, zdaniem B. Gawlika, na kompetencji do działania w cudzym imieniu. B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 736.

¹¹⁷ L. Domański, *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna, Tom I*, Warszawa 1936, Maria Ginter – Księgarnia Wydawnictw Prawniczych, s. 453–492.

¹¹⁸ J. Korzonek, J. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz, tom I*, wydanie drugie, Księgarnia Powszechna, Kraków 1938, s. 225–231.

¹¹⁹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 336.

¹²⁰ S. Szer, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 256–267.

¹²¹ J. Wiszniewski, *Zarys prawa cywilnego*, wydanie III, Warszawa 1972, s. 163–168.

¹²² J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 20.

¹²³ Z. Krzemiński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 3.

¹²⁴ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 470.

¹²⁵ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 242–258.

¹²⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 321 i n.

¹²⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 321 i n.

Na temat pełnomocnictwa procesowego zob. J. Sobkowski, *Pełnomocnictwo procesowe. Jego istota, powstanie i wygaśnięcie*. Prace Wydziału Prawa UAM nr 27, Poznań 1967; Z. Krzemiński, *Pełnomocnik...*, op. cit.; M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe cywilne. Funkcja i struktura procesu*, Nakład Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1947, s. 137–158; E. Waśkowski, *Podręcznik procesu cywilnego*, Drukarnia Zorza, Wilno 1932, s. 185–189; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*,

W odróżnieniu od ogólnej regulacji pełnomocnictwa w k.c. (art. 98–108 k.c.), przedstawicielstwo ustawowe nie posiada analogicznej regulacji. Jest to wynikiem silnego związania przedstawicielstwa z poszczególnymi instytucjami prawnymi, w ramach których przedstawicielstwo funkcjonuje i uregulowania go w przepisach, dotyczących tychże instytucji¹²⁸.

Ponadto przedstawicielstwo dzieli się na czynne i bierne. Przedstawicielstwo czynne obejmuje dokonywanie czynności prawnych, zaś bierne ogranicza się do odbioru oświadczeń woli (art. 109 k.c.), aczkolwiek w praktyce zazwyczaj oba te rodzaje przedstawicielstwa występują łącznie.¹²⁹

Na gruncie prawa polskiego, podobnie jak w prawie niemieckim (§ 164 BGB¹³⁰) wyróżnia się cztery przesłanki skutecznego działania przedstawiciela i tylko wtedy, gdy zaistnieją te przesłanki, zachowanie przedstawiciela wywoła skutki prawne dla reprezentowanego:

- 1) posiadanie przez przedstawiciela umocowania i działanie w jego granicach,
- 2) posiadanie przez przedstawiciela zdolności reprezentowania,
- 3) działanie w imieniu reprezentowanego,
- 4) czynność prawna jest tego rodzaju, że może jej dokonać przedstawiciel¹³¹. M. Pazdan wskazuje też dodatkową przesłankę, tj. że umocowanie dotyczy dokonania czynności prawnej, a nie innych zachowań¹³².

Z czynnością prawną, której może dokonać przedstawiciel, będziemy mieć do czynienia w zasadzie – zgodnie z art. 95 k.c. – przy każdej czynności, która nie została wyłączona mocą ustawy i jej właściwość pozwala na jej dokonanie przez przedstawiciela. Z mocy ustawy przez przedstawiciela nie można

wydanie 6, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 239–246; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, wydanie 8, Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 152–157; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, wydanie 1, Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 103–108.

¹²⁸ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 322.

¹²⁹ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 474–475. Podobny podział przedstawicielstwa na czynne i bierne występuje w niemieckiej nauce prawa prywatnego. Zob. np. W. Flume, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 752.

¹³⁰ Zob. np. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 296 i n.; K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 829 i n.; O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, op. cit., s. 170 i n.; H. J. Musielak, *Grundkurs BGB...*, op. cit., s. 444 i n.

¹³¹ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 481 i n.

¹³² M. Pazdan wskazuje na odstępstwo od tej zasady w sytuacji, w której przedstawiciel może dokonać czynności zgodnych z prawem, zbliżonych do czynności prawnych, o ile ich natura nie stoi temu na przeszkodzie (np. wyznaczenie terminu – art. 561 § 2 k.c.). M. Pazdan, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, tom I*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 451–452.

np. sporządzić czy odwołać testamentu (art. 944 §2 k.c.), natomiast z powodu właściwości danej czynności prawnej (z powodu jej osobistego charakteru) nie można np. dokonać przebaczenia (art. 930 i 1010 § 1 k.c.).¹³³

Jeśli chodzi o działanie w imieniu reprezentowanego, jest ono konieczne dla wywołania skutków prawnych w sferze reprezentowanego, a z zachowania przedstawiciela musi wynikać, że działa on jako przedstawiciel. Obojętne jest przy tym, czy działanie w imieniu reprezentowanego jest w sposób wyraźny, czy dorozumiany¹³⁴ – jest to tzw. zasada jawności¹³⁵.

Jak już zaznaczono wyżej, powstanie umocowania przedstawiciela dochodzi do skutku w dwojaki sposób: albo przez prawne oświadczenie reprezentowanego, który w ten sposób udziela pełnomocnikowi władzy działania (tzw. pełnomocnictwo z woli)¹³⁶, albo też przez upoważnienie ustawowe (zawarte w ustawie np. w przypadku umocowania rodziców lub zwierzchnim zarządzeniu, np. akcie korporacyjnym¹³⁷).

¹³³ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 507–508.

¹³⁴ Jak wskazuje M. Pazdan, przedstawiciel nie musi wymieniać z imienia i nazwiska osoby, w imieniu której działa, lecz wystarczy, że w świetle zachowania przedstawiciela lub z kontekstu sytuacji osoba reprezentowana jest dla kontrahenta rozpoznawalna. M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 505.

Podobnie stwierdza B. Gawlik: „oświadczenie o udzieleniu pełnomocnictwa może być złożone również w sposób dorozumiany”. B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 785.

¹³⁵ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 505; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 340.

¹³⁶ Jak już zaznaczono wcześniej, w teorii prawa cywilnego toczył się spór na temat sposobu powstania pełnomocnictwa – tzn. czy powstaje ono w wyniku czynności jednostronnej, czy dwustronnej. W Polsce zwolennikami teorii przyjmującej, że pełnomocnictwo powstaje w wyniku czynności jednostronnej są M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe cywilne. Funkcja i struktura procesu*, Nakład Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1947, s. 152; S. S. Szer, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 262; J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 46; J. Sobkowski, *Pełnomocnictwo procesowe...*, op. cit., s. 19; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 341.

R. Longchamps de Berier, jak wskazano w przypisie 111, wyróżniał trzy rodzaje zastępstwa, tj.: pełnomocnictwo, przedstawicielstwo ustawowe, przedstawicielstwo statutowe. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, op. cit., s. 122–139 (§ 19) i s. 81 (§ 14, IV); zaś F. Zoll twierdził, że zwykle pełnomocnictwo (*Vollmacht*) jest umową, lecz może być i aktem jednostronnym. F. Zoll, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 41.

¹³⁷ Odmienne niż w regulacjach niemieckich (zob. przypis nr 91), w doktrynie polskiej zastrzega się, iż „przedstawicielami ustawowymi nie są organy osób prawnych”, co dotyczy również Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, gdyż podmioty te mogą działać w procesie osobiście lub przez pełnomocników procesowych. Tak K. Piasiecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze w sprawach cywilnych*, 2 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 219. Inaczej R. Longchamps de Berier, R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, op. cit., s. 81, który, stwierdzając „w przepisach tych przeważnie

Z podstawy powstania przedstawicielstwa wynika jego zakres. Przy pełnomocnictwie zakres ten wynika z oświadczenia o udzieleniu pełnomocnictwa, a mocodawca może dowolnie go określić. Przy przedstawicielstwie ustawowym zakres umocowania wynika z ustawy.¹³⁸

Kwestia kogo – przedstawiciela czy reprezentowanego dotyczą wady oświadczeń woli, dobra lub zła wiara przedstawiciela, w prawie polskim nie została wyraźnie rozstrzygnięta. Jednak wobec treści art. 95 § 2 k.c., zgodnie z którym to przedstawiciel dokonuje czynności prawnej, której ostateczne skutki dotyczą reprezentowanego, to przy przedstawicielstwie ustawowym przedstawicielowi należy przypisywać te okoliczności, natomiast w przypadku pełnomocnictwa – decydować będzie całokształt okoliczności¹³⁹.

Przedstawiciel, by móc skutecznie dokonywać czynności w imieniu i na rzecz reprezentowanego, powinien być skutecznie umocowany. Jeśli przedstawiciel dokonuje czynności prawnej w imieniu reprezentowanego bez umocowania, nie działa ani na rzecz, ani przeciw reprezentowanemu. Ponieważ jednak kontrahent na podstawie tego działania przedstawiciela w imieniu reprezentowanego zawarł czynność, ustawodawca dla jego ochrony umożliwił następcze zatwierdzenie (wyrażenie zgody) takiej pierwotnie nieskutecznej czynności prawnej. Owo zatwierdzenie dokonuje się pod wskazanymi w ustawie przesłankami. Przez zatwierdzenie przekształca się zawieszona nieskuteczność czynności

przynajmniej się zarządowi charakter przedstawiciela (zastępcy) osoby prawnej ...”, przychyliła się do stanowiska, iż organy osób prawnych są przedstawicielami ustawowymi osób prawnych. We wcześniejszej swej pracy „*Studia nad istotą osoby prawnej*”, Lwów 1911 zauważa, iż „skoro zwolennicy teorii organu przyznają, że wola powzięta przez organ, nie jest psychologicznie wolą związku, lecz wolą organu, stwierdzają tem samem, że organ, wytwarzając tę wolę, stanowi inną jednostkę niż związek, a to już do pojęcia zastępstwa wystarcza” (s. 208). Odmienne również A. Klein, *Charakter prawny organów osób prawnych*, w: *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego. Opera ad ius civile pertinentia: charisteria Witoldo Czachórski oblata*, Officina Publica Libris Scientificis Edendis, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1985, s. 121 i n.

Za osoby prawne, które ze względu na brak organów nie mogą prowadzić swoich spraw, w procesie działa przedstawiciel ustawowy (art. 66 k.p.c. i art. 42 k.c.). Tak. J. Gudowski, w: T. Ereciński (red.), *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, tom I, wydanie 3 zmienione*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001, s. 206; W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977, s. 153.

¹³⁸ W polskiej doktrynie podobnego zdania jest np. B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego...*, op. cit., s. 749.

¹³⁹ Może np. zdarzyć się sytuacja, w której reprezentowany był w złej wierze, a czynności dokonywał pełnomocnik będący w dobrej wierze – wówczas reprezentowany nie może korzystać z dobrej wiary. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 341.

w skuteczność. W razie odmowy zatwierdzenia przez reprezentowanego występuje ostateczna nieskuteczność dokonanej czynności.¹⁴⁰

Posiadanie przez przedstawiciela umocowania i działanie w jego granicach wynika zazwyczaj ze stosunku, który łączy przedstawiciela z reprezentowanym, np. rodzic i dziecko – władza rodzicielska, podobnie jest przy umocowaniu opiekuna, kuratora, współnika spółki cywilnej, pełnomocnika itd. Umocowanie jest niezbędne, gdyż jak zauważa A. Bierć, „żaden podmiot prawa prywatnego nie może samowolnie ingerować w cudzą sferę prawną, tj. rozporządzać cudzymi prawami majątkowymi lub zaciągać zobowiązania na cudzy rachunek”¹⁴¹.

Podkreślić należy, że przy przedstawicielstwie ustawowym w odróżnieniu od pełnomocnictwa (gdzie reprezentowany sam – opierając swój wybór m.in. na zaufaniu – wybiera i ustanawia swojego pełnomocnika), reprezentowany nie ma wpływu na ustanowienie przedstawiciela ani na wybór osoby przedstawiciela.¹⁴²

W odniesieniu do pełnomocnictwa¹⁴³ źródłem umocowania pełnomocnika jest oświadczenie woli reprezentowanego¹⁴⁴, a granice umocowania określa treść¹⁴⁵ pełnomocnictwa.¹⁴⁶ Zaznaczyć należy, że stosunek pełnomocnictwa powstać może w sposób dowolny, tj. na podstawie ustnego lub pisemnego oświadczenia woli, w sposób dorozumiany. Jeśli jednak ważność czynności prawnej, do dokonania której zostało udzielone pełnomocnictwo, wymaga szczególnej

¹⁴⁰ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 498. Na gruncie prawa niemieckiego, ustawodawca odróżnia możliwość następczego skutecznienia czynności przedstawiciela dla reprezentowanego w przypadku umów i jednostronnych czynności prawnych. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 901.

¹⁴¹ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 243.

¹⁴² Ibidem, s. 243.

¹⁴³ W przypadku pełnomocnictwa możemy wyróżnić: treść pełnomocnictwa (która decyduje o umocowaniu do działania), przedmiot pełnomocnictwa (który określa, jakich czynności pełnomocnik może dokonać w imieniu mocodawcy) oraz granice umocowania (które obejmują przedmiot umocowania oraz krąg osób, w stosunku do których pełnomocnik może podejmować czynności – komu może składać oświadczenie woli w imieniu mocodawcy). J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 70, 78–86, 89–103.

¹⁴⁴ Jest to tzw. czynność prawna upoważniająca, która sama z siebie nie rodzi po stronie pełnomocnika obowiązku wykonania umocowania. A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 246. Podobnie w prawie procesowym J. Fabian, według którego pełnomocnictwo to moc prawna, polegająca na upoważnieniu do działania, lecz nie wynika z niej obowiązek działania. J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 70.

¹⁴⁵ Według J. Fabiana, treść pełnomocnictwa stanowi sytuacja prawna pełnomocnika w stosunku do mocodawcy, wytworzona na mocy aktu udzielenia pełnomocnictwa. J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 70.

¹⁴⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 338–339.

formy, udzielenie pełnomocnictwa¹⁴⁷ powinno być dokonane w tej formie szczególnej¹⁴⁸ – tzw. forma pochodna pełnomocnictwa¹⁴⁹. Ponadto źródłem powstania umocowania pełnomocnika może być tzw. stosunek podstawowy (wewnętrzny) pełnomocnictwa (np. umowa zlecenia)¹⁵⁰. Z tym związane jest istotne odróżnienie P. Labanda między pełnomocnictwem a zleceniem¹⁵¹, które przeprowadził w ten sposób, że zlecenie jest konstrukcją prawa zobowiązań, a pełnomocnictwo jednostronną czynnością (jest to tzw. teoria niezależności pełnomocnictwa)^{152,153}. Odróżnienie to przyjęte jest też w prawie polskim – np. Z. Krzeziński stwierdza, że stosunek pełnomocnictwa jest stosunkiem niezależnym i samodzielny¹⁵⁴.

Relacja ta została wyczerpująco przeanalizowana w polskiej nauce prawa przez J. Sobkowskiego, który zauważył, że „stosunek podstawowy bez względu na to, jak się on kształtuje, nie wchodzi w zakres umocowania. Stosunek podstawowy i pełnomocnictwo procesowe mają inne cele do spełnienia i dlatego też mają one inną treść”¹⁵⁵, a ponadto „(...) rozdział między pełnomocnictwem procesowym i jego stosunkiem podstawowym wygaśnięcie tego stosunku, szczególnie na skutek jego wypowiedzenia, nie powoduje wygaśnięcia pełnomocni-

¹⁴⁷ Zaznaczyć należy, że „udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością prawną w rozumieniu prawa cywilnego”, J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 43.

¹⁴⁸ Z. Krzeziński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 53.

¹⁴⁹ Np. pełnomocnictwo do przeniesienia własności nieruchomości powinno być pod rygorem nieważności zawarte w formie aktu notarialnego, gdyż zgodnie z art. 158 k.c. do zawarcia takiej umowy wymagana jest forma aktu notarialnego. A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 246. Zob. też J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, op. cit., s. 50 i n.

¹⁵⁰ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 246–247.

¹⁵¹ Zaznaczyć należy, że niektóre systemy prawne wiążą pełnomocnictwo ze zleceniem, np. austriacki Kodeks cywilny § 1002, francuski Kodeks cywilny – art. 1984.

¹⁵² P. Laband, *Die Stellvertretung...*, op. cit., s. 206.

¹⁵³ Podobnego zdania był L. Mitteis, który stwierdził, że „zlecenie jest dla stosunku przedstawicielstwa irrelewantne”, L. Mitteis, *Die Lehre...*, op. cit., s. 183.

¹⁵⁴ Z. Krzeziński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 45. Jak się wydaje, pogląd o oddzieleniu i niezależności pełnomocnictwa od zlecenia nie jest powszechny, bo np. J. Gudowski stwierdza, że „u podłoża pełnomocnictwa procesowego, w jego warstwie źródłowej, leży stosunek podstawowy (wewnętrzny). Podobnie jak w wypadku pełnomocnictwa prawa materialnego przyjmuje się, że stosunkiem tym jest zazwyczaj umowa zlecenia albo umowa o pracę. (...) Udzielenie pełnomocnictwa procesowego jest w typowym przypadku poprzedzone zawarciem umowy cywilnoprawnej, a następnie oświadczeniem reprezentowanego o udzieleniu pełnomocnictwa osadzonego w reżimie prawa prywatnego, obejmującego upoważnienie do wykonania zastępstwa sądowego oraz podejmowania czynności przed sądem (czynności procesowych).” J. Gudowski, *Pełnomocnictwo procesowe na tle podziału prawa na publiczne i prywatne*, Polski Proces Cywilny, rok II, nr 1 (2) z 2011r., Lexis Nexis, s. 19–20.

¹⁵⁵ J. Sobkowski, *Pełnomocnictwo procesowe...*, op. cit., s. 34.

ctwa procesowego (...)", które „może wygasnąć tylko w oparciu o wyraźne przepisy procesowe”¹⁵⁶.

W sytuacji przekroczenia przez przedstawiciela umocowania lub działania bez umocowania, będziemy mieli do czynienia z tzw. rzekomym (pozornym) przedstawicielstwem¹⁵⁷. Skutki działania rzekomego przedstawiciela (*falsus procurator*) nie będą dotyczyły sfery prawnej reprezentowanego. Podobnie skutki prawne dokonanej przez rzekomego przedstawiciela czynności prawnej nie będą miały wpływu na jego sferę prawną (art. 95 § 2 k.c.), skoro rzekomy przedstawiciel dokonał czynności prawnej w imieniu kogoś innego (w imieniu reprezentowanego)¹⁵⁸. Sytuacja taka została uregulowana w art. 103 k.c. w stosunku do rzekomego pełnomocnika i znajdzie analogiczne zastosowanie przy rzekomym przedstawicielstwie. W szczególności reprezentowany ma możliwość potwierdzenia czynności dokonanej przez przedstawiciela bez umocowania lub z przekroczeniem granic w imieniu reprezentowanego i możliwość ta jest uprawnieniem kształtującym reprezentowanego. W wyniku potwierdzenia czynności przez reprezentowanego uchyla się stan bezskuteczności zawieszonej danej czynności, a w sferze prawnej reprezentowanego aktualizują się jej skutki.¹⁵⁹ Natomiast brak potwierdzenia umowy dokonanej przez rzekomego pełnomocnika powoduje nieważność tej umowy, a rzekomy pełnomocnik jest zobowiązany zwrócić nienależne świadczenie (tj. to, co otrzymał od drugiej strony, np. umowy) i naprawić szkodę, którą poniosła druga strona przez to, że zawarła umowę z pełnomocnikiem nieumocowanym lub takim, który przekroczył granice umocowania¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Ibidem, s. 38–39.

¹⁵⁷ S. Szer, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 259; M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 497 i n.; Z. Krzemiński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 123.

¹⁵⁸ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 497. Zob. też W. Dubis, *Uwagi o odpowiedzialności odszkodowawczej pełnomocnika rzekomego*, w: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 105–113; Z. Kuniewicz, *Uwagi o zakresie stosowania art. 103 k.c.*, w: *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll (red.), Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 153–165.

¹⁵⁹ Co do formy potwierdzenia zasadniczo panuje dowolność, jednakże przy czynnościach, do ważności których potrzebna jest forma szczególna, potwierdzenie powinno być dokonane również w formie szczególnej. M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 498.

Zob. też A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 339.

Podobnie w prawie niemieckim, gdzie skuteczność dokonanej bez umocowania czynności zależy od jej potwierdzenia, do czasu którego skutki czynności są zawieszone. Zob. B. Windscheid, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 213–218, 255.

¹⁶⁰ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 250.

W procesie działanie bez umocowania powoduje nieważność postępowania¹⁶¹. Ponadto „na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego można zaliczyć je do bezwzględnych przesłanek procesowych dodatnich”¹⁶², których brak skutkuje nieważnością postępowania i jest brany pod uwagę przez sąd z urzędu w każdym stanie sprawy.

Posiadanie przez przedstawiciela zdolności reprezentowania (tj. zdolności do czynności prawnych) bywa związane z innymi wymogami stawianymi osobie przedstawiciela. Tak np. rodzice, poza posiadaniem pełnej zdolności do czynności prawnych, by być przedstawicielami ustawowymi dziecka, powinni posiadać dodatkowo władzę rodzicielską (art. 98 k.r.o.). Ogólnie, zdolność do reprezentowania w każdym przypadku przedstawicielstwa powinna być oceniana i analizowana indywidualnie, aczkolwiek z reguły jej badanie będzie się odbywało w odniesieniu do posiadania przez przedstawiciela zdolności do czynności prawnych.¹⁶³ Jednakże pełnomocnikiem zwykłym może być każda osoba fizyczna, nawet o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, której mocodawca udzielił pełnomocnictwa¹⁶⁴.

Na gruncie prawa niemieckiego konstrukcja prawna przedstawicielstwa opiera się na mechanizmie zarachowania i jest zróżnicowana ze względu na źródła powstania, zakres umocowania, pozycję prawną reprezentowanego.

Polska konstrukcja przedstawicielstwa w swej warstwie teoretycznej wydaje się być oparta na konstrukcji fikcji prawnej – na fikcyjnym założeniu, że w sytuacji, gdy realnie działa przedstawiciel, w sferze prawnej przyjmuje się, że działanie przedstawiciela wywołuje skutki prawne dla reprezentowanego. W polskiej nauce nie wykorzystuje się konstrukcji zarachowania dla mechanizmu działania przedstawiciela (brak oddziaływania prawa niemieckiego w tym

¹⁶¹ Wyjątek stanowi art. 97 k.p.c. dopuszczający do podjęcia naglej czynności przez osobę, która chwilowo nie może przedstawić pełnomocnictwa. Zob. też Z. Krzeziński, *Pełnomocnik...*, op. cit., s. 124.

¹⁶² J. Sobkowski, *Pełnomocnictwo procesowe...*, op. cit., s. 55.

Przesłanka ta zalicza się do tzw. „przesłanek ważności procesu cywilnego”, gdyż brak jej bez względu na to, kiedy się ujawni, czy powstanie, powoduje nieważność procesu cywilnego. Zob. W. Siedlecki, *Nieważność procesu cywilnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965, s. 79 i n.; Z. Resich, *Przesłanki procesowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1966, s. 137 i n. Odmiennego zdania jest J. Jodłowski, według którego pełnomocnictwo nie należy do przesłanek procesowych. J. Jodłowski, w: J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 74.

¹⁶³ M. Pazdan, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 503.

¹⁶⁴ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 340; A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, op. cit., s. 246.

zakresie), w związku z tym uzasadnione jest przypuszczenie, że działanie przedstawiciela oparte jest na założeniu fikcji prawnej.

Wpływ niemieckiej konstrukcji przedstawicielstwa na polską konstrukcję tej instytucji odnaleźć można m.in. w przesłankach skutecznego działania przedstawiciela, w sposobie działania przedstawiciela oraz skutkach dokonanych przez niego czynności prawnych (analogicznie w prawie materialnym i procesowym). W szczególności stosunek przedstawicielstwa (zewnętrzny) powstaje na podstawie ustawy, decyzji sądu lub wskutek czynności prawnej, podjętej na podstawie statutu (osoby prawne¹⁶⁵). Przedstawicielstwo obejmuje umocowanie z ustawy (np. rodzice), orzeczenia sądu (opiekun, kurator, syndyk – KRO i pr. upadłościowe i naprawcze), decyzji administracyjnej (aktu urzędowego).

Na podstawie wskazanych wyżej źródeł przedstawicielstwa należy stwierdzić, że na powstanie tego stosunku nie ma wpływu wola reprezentowanego (decyduje wola ustawodawcy), gdyż reprezentowany sam nie może wyrazić swojej woli (tak w przypadku osób fizycznych, zaś w przypadku osób prawnych wola powstaje przez działanie organów. Organy pełnią funkcję przedstawicieli organizacyjnych, a same nie mogą się powołać ani ustanowić przedstawicielami, ale przez rezygnację czy śmierć np. zarządu przedstawicielstwo wygasa). Dodatkowo, reprezentowany nie ma wpływu na ustanowienie konkretnego przedstawiciela.

W zakresie zasady wolności konstrukcja przedstawicielstwa ustawowego realizuje – zarówno na gruncie prawa niemieckiego, jak i w prawie polskim – autonomię woli reprezentowanego, gdyż bez skutecznie ustanowionego przedstawiciela ustawowego reprezentowany nie mógłby w ogóle z autonomii korzystać (ewentualnie w ograniczonym zakresie). Ponadto przedstawicielstwo ustawowe obejmuje nie tylko dokonywanie czynności, ale tworzenie woli – przedstawiciel ustawowy składa własne oświadczenie woli w imieniu reprezentowanego i – na mocy zarachowania – ze skutkiem dla niego. Prawdliwość dokonanych przez przedstawiciela ustawowego czynności oceniana jest na podstawie kwalifikacji przedstawiciela (np. jego zdolności do czynności prawnych), dodatkowo przedstawiciel musi działać w zakresie umocowania.

¹⁶⁵ Aczkolwiek odmiennie niż w regulacjach niemieckich (zob. przypis nr 91), w doktrynie polskiej dominuje pogląd, że przedstawicielami ustawowymi nie są organy osób prawnych. Zob. przypis 137.

THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE REPRESENTATION OF PRIVATE ENTITIES

The institution of representation is of enormous theoretical and practical significance for contemporary legal sphere: it facilitates and accelerates legally binding activities, enabling participation of persons who, for various reasons, cannot validly undertake legal acts themselves.

In the continental Europe, the construction of representation originates from the Roman law, which inspired the German law (*Stellvertretung*), which in turn considerably influenced contemporary legal systems in various countries, including the Polish law.

Comparison of the construction of representation in the Polish law with the objectives, tasks and functions of representation in the German law will demonstrate characteristic features of the Polish legal regulation and influence of the German law thereupon. In addition, it will demonstrate that the German construction of representation is based on *Zurechnung* mechanism, while the Polish construction refers to legal fiction.

Literatura

- 1) Bień A., Zarys prawa prywatnego. Część ogólna, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2012,
- 2) Broniewicz W., Postępowanie cywilne w zarysie, wydanie 8, Lexis Nexis, Warszawa 2005,
- 3) Bydlinski P., Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 8. wesentlich überarbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010,
- 4) Code civil des Français z 21.03.1804 r., Kodex Napoleona z przypisami, tom I, Drukarnia Xięży Pijarów, Warszawa 1808,
- 5) Creifelds C., Rechtswörterbuch, 11 neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1992,
- 6) Dolecki H., Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, wydanie 1, Lexis Nexis, Warszawa 2005,
- 7) Domański L., Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna, Tom I, Warszawa 1936, Maria Ginter – Księgarnia Wydawnictw Prawniczych,
- 8) Dubis W., Uwagi o odpowiedzialności odszkodowawczej pełnomocnika rzekomego, w: Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka, C. H. Beck, Warszawa 2010,
- 9) Fabian J., Pełnomocnictwo, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963,
- 10) Flume W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York 1965,
- 11) Frensch B., w: H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, BGB Kommentar, 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand 2011,
- 12) Gawlik B., w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego. Tom I. Część ogólna, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985,
- 13) Gierke O., Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1895,
- 14) Gudowski J., w: T. Ereciński (red.), Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, tom I, wydanie 3 zmienione, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001,
- 15) Gudowski J., Pełnomocnictwo procesowe na tle podziału prawa na publiczne i prywatne, Polski Proces Cywilny, rok II, nr 1 (2) z 2011 r., Lexis Nexis,
- 16) Hruschka J., Die Zurechnungslehre Kelsens im Vergleich mit der Zurechnungslehre Kants, w: Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Grundlagen der Rechtswissenschaft 3, S. L. Paulson, M. Stolleis, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, Tübingen 2005,

- 17) Jaworski W. L., Prawo administracyjne. Zagadnienie ogólne, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1924,
- 18) Jodłowski J., Resich Z., Lapierre J., Misiuk-Jodłowska T., Weitz K., Postępowanie cywilne, wydanie 6, Lexis Nexis, Warszawa 2009,
- 19) Jodłowski J., w: J. Jodłowski, W. Siedlecki, Postępowanie cywilne. Część ogólna, Warszawa 1958,
- 20) Kelsen H., Czysta teoria prawa, tłumaczenie R. Szubert, red. nauk. A. Bosiacki, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2014,
- 21) Kelsen H., Kausalität und Zurechung, w: Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, herausgegeben von Hans R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Franz Steiner-Verlag, Verlag Österreich, Wien – Stuttgart 2010,
- 22) Kelsen H., O istocie i wartości demokracji, autoryzowany przekład F. Turynowej, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1934,
- 23) Kelsen H., Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego (W rozwinięciu nauki o normie prawnej), tom I, Wydawnictwo Akademickiego Koła Prawników Studentów Uniwersytetu Stefana Batorego, Wilno 1935,
- 24) Kelsen H., Zur Theorie der juristischen Fiktionen, w: Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, herausgegeben von Hans R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Band 2, Franz Steiner Verlag, Verlag Österreich, Wien - Stuttgart 2010,
- 25) Klein A., Charakter prawny organów osób prawnych, w: Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego. Opera ad ius civile pertinentia: charisteria Witoldo Czachórski oblata, Officina Publica Libris Scientificis Edendis, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1985,
- 26) Korzonek J., Rosenblüth J., Kodeks zobowiązań. Komentarz, tom I, wydanie drugie, Księgarnia Powszechna, Kraków 1938,
- 27) Kotarbiński T., Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk, PWN, Warszawa 1986,
- 28) Krzeziński Z., Pełnomocnik w sądowym postępowaniu cywilnym, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971,
- 29) Kuniewicz Z., Uwagi o zakresie stosowania art. 103 k.c., w: Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi, J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll (red.), Lexis Nexis, Warszawa 2012,
- 30) Laband P., Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Erlangen, Bd. 10, 1866,

- 31) Larenz K., Wolff M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004,
- 32) Larenz K., Wolff M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck, München 2004,
- 33) Litewski W., Rzymskie prawo prywatne, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1990,
- 34) Longchamps de Berier R., Zobowiązania, wydanie II, Księgarnia Wydaw. Gubrynowicz i Syn, Lwów 1939,
- 35) Łętowski J., Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe, PWN, Warszawa 1990,
- 36) Łopatka A., Prawoznawstwo, Wydawnictwo WSHiP im. R. Łazarskiego, Warszawa 2002,
- 37) M. Safjan, w: System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, tom 1, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007,
- 38) Maurer H., Ogólne prawo administracyjne. Allgemeine Verwaltungsrecht, Kolonia Limited, Wrocław 2003,
- 39) Mitteis L., Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Neudrud der Ausgabe Wien 1885, Aalen 1962,
- 40) Musielak H. J., Grundkurs BGB, 10. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2007,
- 41) Osuchowski W., Zarys rzymskiego prawa prywatnego, wydanie II, PWN, Warszawa 1966,
- 42) Pazdan M., w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, tom I, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008,
- 43) Pazdan M., w: Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna, tom 2, drugie wydanie, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008,
- 44) Perner S., Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005,
- 45) Prawo cywilne obowiązujące na obszarze b. Kongresowego Królestwa Polskiego, Nakładem Księgarni F. Hoesicka, Warszawa 1923,
- 46) Puchta G. F., Lehrbuch für Institutionen – Vorlesungen, München: Weber 1829,
- 47) Radwański Z., Prawo cywilne – część ogólna, 9. Wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007,
- 48) Resich Z., Przesłanki procesowe, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1966,

- 49) Rosenberg L., Schwab K.H., Gottwald P., Zivilprozessrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010,
- 50) Savigny F. C. von, System des heutigen Römischen Rechts, III Band, Bei Veit und Comp., Berlin 1840,
- 51) Schwab D., Löhnig M., Einführung In das Zivilrecht, 18. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2010,
- 52) Siedlecki W., Nieważność procesu cywilnego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965,
- 53) Siedlecki W., Postępowanie cywilne. Zarys wykładu, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977,
- 54) Smyk M., Pełnomocnictwo według Kodeksu cywilnego, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, Kolańczyk K., Prawo rzymskie, wydanie 5 zmienione, PWN, Warszawa 1997,
- 55) Sobkowski J., Pełnomocnictwo procesowe. Jego istota, powstanie i wygaśnięcie. Prace Wydziału Prawa UAM nr 27, Poznań 1967,
- 56) Sohm R., Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego, Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, Warszawa 1925,
- 57) Staudinger J., Kommentar zum Bürgerlichen Gezeztbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzten. Eckpfeiler des Zivilrechts. Neubearbeitung 2008, red. M. Martinek, Sellier – dr Gruyter, Berlin 2008,
- 58) Szer S., Prawo cywilne. Część ogólna, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1962,
- 59) Tatarkiewicz W., Historia filozofii, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004,
- 60) Taubenschlag R., Rzymskie prawo prywatne, wydanie 2, PWN, Warszawa 1969,
- 61) Waligórski M., Polskie prawo procesowe cywilne. Funkcja i struktura procesu, Nakład Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1947,
- 62) Waśkowski E., Podręcznik procesu cywilnego, Drukarnia Zorza, Wilno 1932,
- 63) Windscheid B., Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, sechste verbesserte und vermehrte Auflage, Frankfurt a.M., Literarische Anstalt Rütten und Loening 1887,
- 64) Wiszniewski J., Zarys prawa cywilnego, wydanie III, Warszawa 1972,
- 65) Wolter A., Ignarowicz J., Stefaniuk K., Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, wydanie 2 zmienione, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2001,
- 66) Wróblewski B., Język prawny i język prawniczy, Wydawnictwo Polskiej Akademii Umiejętności, Kraków 1948,

-
- 67) Wyrwisz J., *Natura prawna przedstawicielstwa ustawowego*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo XXIX, Wrocław 1969,
 - 68) Zienkiewicz D., *Upadły a reprezentant upadłego*, w: *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik (red.), LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012,
 - 69) Zoll F., *Prawo cywilne w zarysie*, tom I, część ogólna, wydanie drugie, Księgarnia Powszechna, Kraków 1948,
 - 70) Zoll F., *Zobowiązania w zarysie według polskiego Kodeksu zobowiązań*, Nakład Gebethnera i Wolffa, Warszawa 1945.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Anna Urbńska-Łukaszewicz ■

ZAKRES UPRAWNIENIA MAŁŻONKA DO MIESZKANIA BĘDĄCEGO WŁASNOŚCIĄ WSPÓŁMAŁŻONKA

I. Wstęp

Jednym z obowiązków osób pozostających w związku małżeńskim jest wspólne pożycie. Polega ono między innymi na wspólnym zamieszkiwaniu i prowadzeniu gospodarstwa domowego. Aby skutecznie mogło być realizowane, małżonkowie muszą mieć możliwość zamieszkania razem, np. w mieszkaniu będącym ich wspólną własnością albo własnością jednego z nich. Lokal ten mogą także wynajmować czy mieszkać u rodziców.

Zawarte w tym opracowaniu rozważania, dotyczące zakresu uprawnienia małżonka do mieszkania współmałżonka i ochrony mieszkania rodzinnego, zostały ograniczone tylko do prawa własności na nieruchomości, które należy do majątku osobistego jednego z nich. Warto jednak zwrócić uwagę na to, iż zakres uprawnienia do ochrony mieszkania rodzinnego i korzystania z niego jest szerszy i obejmuje także między innymi ograniczone prawo rzeczowe czy tytuły obligacyjne (np. najem, użyczenie).¹

Systemy prawne państw europejskich różnie podchodzą do omawianego zagadnienia. W wielu z nich wprowadza się związane z mieszkaniem rodzinnym uprawnienia i specjalną jego ochronę. Polski kodeks rodzinny i opiekuńczy posługuje się terminem „mieszkanie rodzinne”. W literaturze przedmiotu

¹ Szerzej K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2010, s. 309–310, M. Jadczak, *Kontrowersje na tle art. 28¹ KRO*, *Monitor Prawniczy* 2008, nr 17, s. 920–922.

podkreślono, że nie każde mieszkanie małżonków może być uznane za mieszkanie rodzinne.² Tylko jedno z nich może być uważane za takie – a mianowicie to, które stanowi ośrodek życia rodziny³, tj. stale w nim zamieszkującej grupy rodzinnej, zaspokajającej w tym mieszkaniu swe potrzeby.⁴ Istotę wspólnego rodzinnego mieszkania trafnie ujął Z. Radwański, zaznaczając, że „doniosłość mieszkania dla rodziny wyraża się w tym, że stanowi ono „przestrzenną ramę” dla wykonywania właściwie wszystkich praw rodziny – poczynając od zaspokajania biologicznych potrzeb jej członków, poprzez prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, aż do realizacji funkcji psychicznych, kulturowych i społecznych”.⁵ Pełni ono także doniosłą funkcję społeczną.

Mieszkanie rodzinne jest zatem miejscem, w którym rodzina zamieszkuje, uważając je za centrum swojego życia i zaspokajania jej podstawowych potrzeb.

Celem tego artykułu jest zbadanie, czy jeden z małżonków ma wpływ na dokonywanie czynności, odnoszących się do własności domu czy mieszkania współmałżonka, które służy zaspokajaniu potrzeb rodziny, w szczególności, czy ma wpływ na rozporządzanie tym prawem.

II. Rekomendacja Rady Europy nr R (81) 15 z dnia 16 października 1981 r.

Problematyka mieszkania rodzinnego i wpływu małżonków na współdecydowanie o jego losie była poruszana na arenie międzynarodowej. Komitet Ministrów Rady Europy przyjął Rekomendację w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego.⁶ Dokument ten nie wiąże bezpośrednio żadnego państwa, wprowa-

² A. Dyoniak, *Specjalny status praw majątkowych mających istotne znaczenie dla funkcjonowania rodziny*, w: *Problemy kodyfikacyjne prawa cywilnego. Studia i rozprawy. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, red. S. Sołtysiński, Poznań 1990, s. 552.

³ A. Dyoniak, *Specjalny status praw...*, op. cit., s. 552.

⁴ M. Nazar, *Małżeńska wspólność spółdzielczych praw do lokali mieszkalnych*, *Kwartalnik Prawa Krajowego* 2003, z. 2, s. 345.

⁵ Z. Radwański, *Problematyka prawna mieszkania wspólnego małżonków w świetle prawa lokalowego oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, *Państwo i Prawo* 1976, nr 5, s. 34.

⁶ *Rekomendacja nr R (81) 15 z dnia 16 października 1981 r. w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego*, w: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze. Tom 1. Prawo rodzinne*, red. M. Safjan, Warszawa 1994, s. 295 i n.

dza jedynie założenia i zalecenia dla państw należących do Rady Europy, celem ujednolicenia ustawodawstw tych państw.⁷

Rekomendacja pozostawia państwom członkowskim uregulowanie pojęcia mieszkania rodzinnego. Natomiast w załączniku ustanawia pięć zasad odnoszących się do prawa małżonków do mieszkania rodzinnego. Dwie pierwsze dotyczą poruszanej w tej pracy problematyki. Kolejne związane są z prawem do mieszkania w przypadku rozwodu, śmierci małżonka i zawarcia umowy najmu.

Pierwsza zasada wprowadza konieczność uzyskania zgody małżonka na czynność prawną, która mogłaby naruszać bezpośrednio prawo drugiego do zajmowania mieszkania rodzinnego. Jeżeli małżonek odmawia wyrażenia zgody (np. w sytuacji gdy mieszkanie musi być sprzedane z przyczyn finansowych)⁸ lub nie można jej uzyskać (z powodu choroby, nieobecności)⁹, wówczas można zwrócić się do sądu lub innego organu, właściwego według prawa danego państwa, o udzielenie upoważnienia do dokonania tej czynności.

Prawo wewnętrzne może wprowadzić możliwość ujawniania prawa do zajmowania mieszkania w jawnych rejestrach publicznych, by w ten sposób zapewnić większą skuteczność tego prawa wobec osób trzecich. Funkcję tę mogłyby pełnić np. księgi wieczyste.

Druga zasada określa skutki niezachowania postępowania w wypadku dokonania czynności prawnej naruszającej prawo współmałżonka do zajmowania mieszkania rodzinnego bez uzyskania zgody tego współmałżonka. Wówczas czynność małżonka, który jest właścicielem, może być uznana za nieważną albo może ona wywołać inne skutki prawne, jeżeli nie jest możliwe zachowanie prawa do mieszkania.

Eksperci z Państw Członkowskich Rady Europy oraz obserwatorzy z Kanady, Finlandii, Stolicy Apostolskiej i Haskiej Konwencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, przygotowujący Rekomendację i Komentarz do niej, podkreślili, że ważna jest ochrona prawa każdego z małżonków do zajmowania wspólnego mieszkania i konieczność zapobiegania jednostronnemu rozporządzeniu nim.¹⁰

⁷ Artykuł 15 b Statut Rady Europy z dnia 5 maja 1949 r. (Dz.U. 1994 Nr 118, poz. 565). Ustalenia Komitetu mogą, w stosownych wypadkach, przybierać formę zaleceń dla rządów członków. Komitet może zwracać się do rządów członków o informacje o działaniach przez nich podjętych w związku z tymi zaleceniami.

⁸ *Komentarz do Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków...*, op. cit., s. 303.

⁹ *Komentarz do Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków...*, op. cit., s. 303.

¹⁰ *Komentarz do Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków...*, op. cit., s. 300.

Zauważyli też, że celem Rekomendacji jest zapewnienie bezpieczeństwa współmałżonkowi przed bezprawnym zmuszeniem go do opuszczenia lokalu. Powinien on zostać pozbawiony prawa do korzystania z mieszkania na mocy orzeczenie sądu, nie zaś przez współmałżonka.¹¹

Ze względu na fakt, iż mieszkanie stanowi zazwyczaj najważniejszy składnik majątku rodzinnego, eksperci zalecili również rozważenie wprowadzenia instytucji współwłasności prawa do mieszkania, na przykład przez wprowadzenie szczególnego prawa własności do tego składnika majątku czy ustanowienie domniemania współwłasności mieszkania.¹²

III. Przesłanki do skorzystania z uprawnienia z art. 28¹ k.r.o., zakres i czas jego trwania

1. Zakres i przesłanki

Wprowadzony nowelizacją z dnia 14.06.2004 r. do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego art. 28¹ k.r.o. odpowiada niektórym wymogom Rekomendacji Rady Europy w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa rodzinnego. Podkreślić jednak należy, że do czasu wejścia w życie nowelizacji uprawnienie małżonka do korzystania z mieszkania współmałżonka było wywodzone z innych przepisów – m.in. z art. 23 zd. 2 k.r.o. oraz 27 k.r.o.¹³ Uważano, że jest to element treści stosunku prawnego, gdyż małżonkowie zobowiązani są do wzajemnej pomocy i współdziałania dla dobra założonej przez siebie rodziny.¹⁴ Można nawet znaleźć w doktrynie pogląd, że wprowadzenie art. 28¹ k.r.o. było zbędne, ze względu na uznanie prawa do mieszkania za oczywiste.¹⁵ Przeważała jednak opinia, że omawiane zagadnienie jest na tyle doniosłe, że wymaga ustawowego unormowania.¹⁶

¹¹ *Komentarz do Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków...*, op. cit., s. 301.

¹² *Komentarz do Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków...*, op. cit., s. 301.

¹³ Wyrok SN z dn. 08.06.1977, sygn. akt IV PRN 277/77, opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, 1978, Nr 3, poz. 53; K. Krzekotowska, *Obowiązek alimentacyjny a mieszkanie*, Nowe Prawo. 1988, nr 9, s. 35 i n.

¹⁴ M. Nazar, *Prawa rozwiedzionych małżonków do wspólnie zajmowanego mieszkania*, Warszawa 1988, s. 35.

¹⁵ K. Zawada, *Uwagi o zamierzonej nowelizacji majątkowego prawa małżeńskiego oraz niektórych innych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2003, nr 4, s. 923.

¹⁶ *Rządowy projekt ustawy o zmianie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2003, z. 3, s. 698.

Uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. jest prawem podmiotowym, czyli złożoną sytuacją prawną, na którą składają się uregulowane przez normy prawne zachowania jednego podmiotu, z którymi są związane obowiązki innego podmiotu, a uprawniony z reguły może żądać, aby organ państwa doprowadził do zrealizowania tych obowiązków¹⁷. Składa się na nie uprawnienie do korzystania z mieszkania w celu zaspokajania potrzeb, a jego odpowiednikiem jest obowiązek udostępnienia mieszkania przez małżonka, któremu przysługuje tytuł prawny do lokalu.¹⁸ Stanowi ono przykład stosunku rodzinno-prawnego, z którego wynika uprawnienie majątkowe.¹⁹ Podkreślić należy, że prawo to przysługuje niezależnie od ustroju majątkowego małżeńskiego i jest zaliczane w doktrynie do tzw. ustroju podstawowego – *regime primaire*²⁰. Przysługuje ono małżonkowi bez względu na to, czy małżeństwo jest bezdzietne lub wprowadzie ma dzieci, ale te utrzymują się samodzielnie.²¹

Jeżeli prawo do mieszkania przysługuje jednemu z małżonków, drugi jest uprawniony do korzystania z niego w celu zaspokajania potrzeb rodziny. Ostateczne granice uprawnienia z art. 28¹ k.r.o. nie zostały jednak w doktrynie do końca sprecyzowane. Można postawić pytanie, czy i w jakim zakresie dotyczy ono sytuacji, gdy jeden z małżonków jest właścicielem kilku mieszkań? Czy małżonek jest zobowiązany do udostępnienia mieszkania, w którym sam mieszka, czy jakiegokolwiek innego? Można znaleźć opinię, że uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. znajduje zastosowanie w sytuacji, w której małżonkowie mają do dyspozycji tylko jedno mieszkanie²², w którym oboje wspólnie zamieszkują, a jeden z nich ma do niego tytuł prawny.²³ Wyrażono pogląd, że jest to sprzeczne z sensem językowo-logicznym art. 28¹ k.r.o.²⁴

¹⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 88; M. Pyziak-Szafnicka, *Prawo podmiotowe w: System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*. Tom 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 700 i n.

¹⁸ A. Bieranowski, w: *Małżeńskie prawo majątkowe*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2008, s. 430.

¹⁹ T. Smoczyński, *Prawa i obowiązki małżonków*, w: *System prawa prywatnego. T. 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 219.

²⁰ K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...* op. cit., s. 309.

²¹ Por. wytyczne SN – całej Izby Cywilnej i Administracyjnej – w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach o alimenty, z dn. 16.12.1987, sygn. akt III CZP 91/86, opubl. OSNC 1988, nr 4, poz. 42.

²² J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego (cz. I)*, Rejent 2004, nr 8, s. 145.

²³ T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 109; T. Sokołowski, *Uwagi o projektowanej regulacji stosunków majątkowych między małżonkami*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, nr 1, s. 140–141.

²⁴ A. Bieranowski, *Małżeńskie prawo...*, op. cit., s. 432.

Przekonujące wydaje się stanowisko, że małżonek nie musi udostępniać mieszkania, w którym sam mieszka, jeżeli udostępni inne mieszkanie o podobnym standardzie.²⁵ Takie rozwiązanie nie stałoby w sprzeczności z zasadą życia małżonków na równej stopie. Może zostać ono wykorzystane m.in. w sytuacji, gdy małżonkowie pozostają w konflikcie. Ponadto uważa się, że gdy małżonek jest właścicielem więcej niż jednego mieszkania i więcej niż jedno służy do zaspokajania potrzeb rodziny (np. gdy małżonek, poza mieszkaniem w mieście, jest właścicielem nieruchomości położonej nad morzem, w której rodzina spędza większość weekendów), to współmałżonek jest uprawniony do korzystania ze wszystkich takich mieszkań. Natomiast gdy tylko jedno z nich służy zaspokojeniu potrzeb rodziny, wówczas uprawnienie przysługuje do tego jednego.²⁶

W literaturze można znaleźć opinię, iż uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. znajduje zastosowanie także wtedy, gdy oboje małżonkowie mają prawa do jednego lub kilku mieszkań.²⁷ Podobny pogląd wyraził także Sąd Najwyższy, zauważając, że nabycie prawa z art. 28¹ k.r.o. nie zostało uzależnione od nieprzysługiwania prawa do innego lokalu mieszkalnego.²⁸ Moim zdaniem, takie rozumienie przepisu jest zbyt szerokie, gdyż uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. jest zatem przeznaczone dla osób, które nie mają innego miejsca, w którym mogłyby zamieszkać i zaspokajać potrzeby rodzinne.

Ponadto uprawnienia wynikające z art. 28¹ k.r.o. nie są tak szerokie, jak możliwości właściciela wynikające z art. 140 k.c. i obejmują jedynie prawo do posiadania i używania mieszkania. Korzystanie powinno polegać na używaniu rzeczy zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Nie obejmuje to prawa do pobierania pożytków i czerpania z nich korzyści, ani uprawnienia do dyspozycji faktycznych.²⁹

Zatem, aby współmałżonek mógł skorzystać z omawianego uprawnienia, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- pozostawanie w związku małżeńskim,
- posiadanie przez jednego z małżonków tytułu prawnego do mieszkania,
- brak jakiegokolwiek tytułu prawnego do tego czy innego mieszkania przez współmałżonka.

²⁵ M. Olczyk, *Komentarz do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U.04.162.1691), LEX/el 2005, A. Bieranowski, *Małżeńskie prawo...*, op. cit., s. 432.

²⁶ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 137.

²⁷ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 137; M. Jadczak, *Kontrowersje na tle...*, op. cit., s. 922.

²⁸ Wyrok SN z dn. 21.03.2006 r., sygn. akt V CSK 185/05, opubl. OSNC 2006, nr 12, poz. 208.

²⁹ K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 311.

Ponadto lokal ten ma służyć zaspokajaniu potrzeb rodziny, przez które należy rozumieć normalne, codzienne jej potrzeby, wymagające bezwzględnie zaspokojenia, bez konieczności podejmowania specjalnych decyzji przez małżonków.³⁰ Choć zaznacza się, że chodzi nie tylko o zapewnienie „dachu nad głową”, ale także godziwych warunków do życia.³¹

2. Ustanie uprawnienia z art. 28¹ k.r.o.

Uprawnienie do korzystania z mieszkania przestaje przysługiwać, gdy wygasną przesłanki jego stosowania. Może to mieć miejsce w sytuacji:

- ustania więzi rodzinno-prawnych: rozwiązania małżeństwa przez śmierć, rozwód czy unieważnienie małżeństwa;
- utraty przez małżonka tytułu prawnego do mieszkania;
- gdy nie będzie ono wykorzystywane do zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny;
- uzyskania przez małżonka korzystającego z uprawnienia tytułu prawnego do innego mieszkania.

Należy jednak pamiętać o uprawnieniu z art. 923 § 1 k.c., zgodnie z którym małżonek i inne osoby bliskie spadkodawcy, które mieszkały z nim do dnia jego śmierci, są uprawnione do korzystania w ciągu trzech miesięcy od otwarcia spadku z mieszkania i urządzenia domowego w zakresie dotychczasowym. Rozrządzenie spadkodawcy wyłączające lub ograniczające to uprawnienie jest nieważne. W literaturze wyrażono także pogląd, że uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. gaśnie dopiero po upływie 3 miesięcy od otwarcia spadku, jeżeli spadkodawca mieszkał ze współmałżonkiem.³² Stanowisko to wydaje się jednak niesłuszne, ze względu na to, że stosunek rodzinny ustał, a więc prawo wygasło. Ponadto art. 923 § 1 k.c. stanowi autonomiczne uprawnienie.³³

Do wyżej wymienionych przesłanek można czasami zaliczyć pozostawanie przez małżonków w separacji faktycznej. Należy mieć jednak na uwadze, że stan ten nie uchyla obowiązku wzajemnej pomocy pomiędzy małżonkami. Zatem separacja faktyczna nie powinna wywierać ujemnego wpływu na zakres zaspokajania potrzeb dzieci z małżeństwa, a potrzeb tych w praktyce nie da się oddzielić od potrzeb tego z rodziców, przy którym dzieci pozostały.³⁴

³⁰ Zobacz szerzej wyrok SN z dn. 22.09.1966, sygn. akt I CR 544/66, opubl. OSP 1967, nr 9, poz. 225.

³¹ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 136.

³² J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 120.

³³ Szerzej A. Bieranowski, w: *Małżeńskie prawo...* op. cit., s. 435.

³⁴ Wytoczne SN z dn. 16 grudnia 1987 r., sygn. akt III CZP 91/86, opubl. OSNCP 1988 nr 4, poz. 42.

W literaturze przedmiotu rozważano także, czy na zaprzestanie korzystania z mieszkania można spojrzeć przez pryzmat nadużycia prawa z art. 5 k.c., czyli działania w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Jako przykład jego zastosowania podaje się sytuację, w której małżonek traci prawo z art. 28¹ k.r.o., poprzez takie działania, które doprowadziły do rozpadu rodziny, w szczególności poprzez fizyczne opuszczenie mieszkania czy korzystanie z niego w sposób naganny.³⁵ Zachowania takie będą powodowały utratę omawianego uprawnienia jedynie wówczas, gdy dopuszcza się ich małżonek nie będący właścicielem mieszkania. Działania sprzeczne z zasadami współżycia społecznego czynione przez małżonka właściciela nie mogą wpływać na utratę prawa do korzystania z mieszkania przez drugiego małżonka, stale zamieszkującego w tym mieszkaniu i wykorzystującego go do zaspokajania potrzeb rodziny.³⁶

Odpowiedzi wymaga także pytanie, czy małżonek będący w separacji może korzystać z mieszkania drugiego małżonka? Orzeczenie separacji wywołuje takie skutki, jak orzeczenie rozwodu, gdy ustawa nie stanowi inaczej. Sąd powinien rozstrzygnąć o sposobie korzystania z mieszkania przez okres wspólnego w nim zamieszkiwania (art. 58 § 2 k.r.o. w zw. z art. 61³ § 1 k.r.o.). Należy jednak mieć na uwadze, że na podstawie 61⁴ k.r.o. nakłada się na małżonków, wobec których orzeczono separację, obowiązek wzajemnej pomocy. Wydaje się, że uprawnienie do korzystania z mieszkania współmałżonka przysługuje, gdy przemawiają za tym względy słuszności³⁷, m.in. w sytuacji choroby czy wychowywania wspólnych małoletnich dzieci³⁸. Może ono wynikać także z obowiązku alimentacyjnego.³⁹ Są to zatem dodatkowe przesłanki, które muszą wystąpić, aby skorzystać z tego uprawnienia. Choć w doktrynie zdarzają się także głosy, że orzeczenie separacji odbiera małżonkowi prawo do korzystania z mieszkania⁴⁰, albo odwrotnie, że uprawnienie to nie wygasa, z uwagi na użycie przez ustawodawcę w art. 28¹ k.r.o. słowa „małżonek”. Natomiast mimo orzeczenia separacji dalej mamy do czynienia z małżonkami.⁴¹

³⁵ K. Gromek, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* Warszawa 2009, s. 254–255.

³⁶ Podobnie A. Bieranowski, w: *Małżeńskie prawo...*, op. cit., s. 434.

³⁷ M. Olczyk, Komentarz do art. 28¹ KRO..., op. cit.

³⁸ T. Smoczyński, *Prawa i obowiązki małżonków...*, op. cit., s. 220.

³⁹ A. Bieranowski, w: *Małżeńskie prawo...*, op. cit., s. 434; A. Sylwestrzak, *Skutki separacji małżonków*, Warszawa 2007, s. 224.

⁴⁰ K. Gromek, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 254; A. Bieranowski, w: *Małżeńskie prawo...*, op. cit., s. 434.

⁴¹ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka w przypadku sprzedaży lokalu mieszkalnego stanowiącego majątek odrębny współmałżonka i służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych rodziny* – cz. I, *Monitor Prawniczy* 2009, nr 15, s. 815.

IV. Ograniczenia w rozporządzaniu mieszkaniem współmałżonka

1. Dwie konstytucyjne wartości

Zarówno prawo własności, jak i rodzina, które mają znaczenie dla omawianego zagadnienia, są wartościami chronionymi konstytucyjnie. Należą do zasad prawnych. Są to wiążące normy prawne, które mają charakter nadrzędny w stosunku do innych norm w obrębie systemu prawnego i które zajmują szczególną rolę w tym systemie, przede wszystkim ze względu na ich uzasadnienie aksjologiczne. Zasady te wyznaczają kierunki tworzenia prawa poprzez wskazanie, jakie wartości należy chronić, czy też dają wskazówki potrzebne do interpretacji przepisów prawnych.⁴²

Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18 Konstytucji). Zaznaczyć należy, że obowiązek ochrony i opieki nad rodziną nakłada na władze publiczne określone obowiązki związane z realizacją wskazanych przez ustawodawcę celów działalności tych władz, ale nie daje podstaw do wyprowadzenia z art. 18 Konstytucji jakichkolwiek praw podmiotowych.⁴³

Rzeczpospolita Polska wprowadza także ochronę własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia (art. 21 ust. 1 Konstytucji).

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3, art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji). Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że „konieczność”, którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji, zawiera w sobie „postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń.” Natomiast proporcjonalność oznacza adekwatność celów i środków, które służą jego osiągnięciu⁴⁴. W każdym przypadku należy zbadać, czy istnieje rzeczywista potrzeba dokonania ingerencji w prawa bądź wolności jednostki. Analiza może polegać na porównaniu chronionych dóbr i wartości

⁴² Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993, s. 55; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003, s. 102–104.

⁴³ Wyrok TK z dn. 10.07.2000 r., sygn. akt SK 21/99, opubl. OTK 2000, nr 5, poz. 144.

⁴⁴ Wyrok TK z dn. 25.02.1999 r., sygn. akt K 23/98, opubl. OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

z tymi, które w ich efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia.⁴⁵

Należy zwrócić uwagę także na art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zgodnie z którym każda osoba ma prawo do poszanowania mienia. Nie można pozbawiać nikogo prawa własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego.⁴⁶

Rozważając konstytucyjność ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawcę, Trybunał Konstytucyjny⁴⁷ zaproponował listę pytań, na które trzeba udzielić odpowiedzi, aby ustalić, czy ingerencja w wolność była dopuszczalna. Trzeba zbadać zatem, czy:

- 1) wprowadzona regulacja ustawowa służy i jest konieczna dla ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków własnościowych,
- 2) zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy,
- 3) regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana,
- 4) efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nałożonych przez nią na obywatela.

Ustawodawca dał wyraz ochronie rodziny, przyznając małżonkowi możliwość korzystania z mieszkania współmałżonka, przyznając mu do niego tytuł prawny w art. 28¹ k.r.o. Czy uprawnienie to lub czy inne, ewentualne, dalej idące prawa, naruszają prawo własności współmałżonka? Odpowiedź na to pytanie zostanie udzielona w dalszej części pracy.

2. Ograniczenie prawa własności na podstawie art. 140 k.c.

Artykuł 140 k.c. określa treść i zakres prawa własności przez przyznanie właścicielowi uprawnienia do: korzystania z rzeczy (posiadania, pobierania pożytków i innych przychodów z rzeczy, przetwarzania, zużycia, zniszczenia) oraz do rozporządzania rzeczą (wyzbycia się, obciążenia).⁴⁸ Zgodnie z negatywną definicją prawa własności właścicielowi wolno robić z rzeczą wszystko, z wyjątkiem tego, co jest mu zakazane.⁴⁹ Co zatem jest mu zakazane?

⁴⁵ Wyrok TK z dn. 12.01.1999 r., sygn. akt P 2/98, opubl. OTK 1999, Nr 1, poz. 2.

⁴⁶ Dziennik Ustaw 1993, nr 61, poz. 284.

⁴⁷ Wyrok TK z dn. 25.02.1999 r., sygn. akt K 23/98, opubl. OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

⁴⁸ T. Filipiak, *Własność i inne prawa rzeczowe*, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II, Własność i inne prawa rzeczowe*, red. A. Kidyba, Warszawa 2009, s. 18.

⁴⁹ J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 71.

Konstytucja chroni prawo własności. Dlatego ograniczenia prawa własności mogą wynikać, jak napisano wyżej, jedynie z ustaw i muszą być one proporcjonalne. Ograniczenia wprowadza już sam art. 140 k.c. Przyznaje on właścicielowi uprawnienia, w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego, do korzystania z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa. Zgodzić należy się z doktryną, że prawo własności nie jest prawem absolutnym i niczym nieograniczonym.⁵⁰

a) Ustawa

Granice wykonywania prawa własności określają ustawy.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy reguluje zasady zarządu majątkiem wspólnym oraz majątkami osobistymi, zostawiając każdemu z małżonków samodzielny zarząd tymi ostatnimi.

Niewątpliwie uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. wpływa na treść prawa własności i go ogranicza. Kodeks rodzinny i opiekuńczy *expressis verbis* przyznaje bowiem małżonkowi prawo do korzystania z mieszkania współmałżonka w celu zaspokajania potrzeb rodziny.

Należy zastanowić się, czy poza tym przepisem możemy znaleźć w ustawie inne ograniczenia prawa własności związane z poruszaną problematyką.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje, że małżonkowie są zobowiązani do wzajemnej pomocy, do współdziałania dla dobra rodziny oraz że decydują wspólnie o istotnych sprawach rodziny (art. 23 k.r.o.), a w braku porozumienia każdy z nich może zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie (art. 24 k.r.o.). Pojęcie „istotne sprawy rodziny” nie zostało przez ustawodawcę skatalogowane i zależy zawsze od konkretnej sytuacji. Zalicza się do niego sprawy osobiste i majątkowe małżonków albo choćby jednego z nich, mające wpływ na całą rodzinę, np. określenie miejsca zamieszkania czy zarobkowy wyjazd małżonka za granicę⁵¹. Rozporządzanie mieszkaniem rodzinnym, które jest ważnym składnikiem majątku małżonka, służącym do zaspokajania potrzeb całej rodziny, należy do istotnych spraw. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że art. 24 k.r.o. nie znajdzie zastosowania, gdy małżonek rozporządza składnikiem majątku osobistego.⁵² Kodeks rodzinny i opiekuńczy uzależnia stosowanie tego przepisu jedynie od ustalenia, czy czynność należy do istotnych spraw rodziny.

⁵⁰ J. Nadler, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 292 i podana tam literatura.

⁵¹ Postanowienie SN z dn. 19.05.1972 r., sygn. akt II CZ 105/72, opubl. OSNCP 1972, nr 12, poz. 222.

⁵² Glosa L. Stecki do wyroku SN z dn. 10.02.1982 r., III CRN 257/81, OSPIKA 1983, nr 2, poz. 25.

Trzeba jednak rozważyć granicę wspólnego decydowania majątkiem osobistym każdego z małżonków. Czy zalicza się do niego uprawnienie do rozporządzania, czy nawet idąc dalej, do zarządu składnikami majątku osobistego małżonka, które mają istotne znaczenie dla funkcjonowania rodziny? Czy podjęcie decyzji o zawarciu małżeństwa i założeniu rodziny jest lub powinno być wystarczającą podstawą do pewnych ograniczeń w zarządzie omawianymi składnikami?⁵³ Należy także postawić pytanie, jaki wpływ na skuteczność czynności prawnej dokonanej przez małżonka, będącego właścicielem, ma niepodjęcie wspólnej decyzji, które może wynikać z tego, że małżonek nie wyraził zgody na rozporządzenie mieszkaniem, czy w ogóle niepodjęte zostały ze współmałżonkiem jakiejkolwiek rozmowy? Czy współmałżonek chcący rozporządzić swoim prawem musi wystąpić do sądu o rozstrzygnięcie tej kwestii? Czy jest to sytuacja, w której w ogóle można wystąpić do sądu? Co się stanie, gdy sąd stwierdzi, że zamierzona czynność stoi w sprzeczności z dobrem rodziny, a mimo to małżonek dokona rozporządzenia? Czy przepis z art. 23 k.r.o. to dostatecznie silna podstawa dla ograniczenia prawa własności? Pytań w tej sprawie można postawić wiele.

W literaturze zostało zaprezentowane stanowisko, zgodnie z którym rozstrzyganie w trybie art. 24 k.r.o. nie dotyczy tych spraw, dla których przewidziano *expressis verbis* inne rozstrzygnięcia.⁵⁴ Wydaje się, że art. 140 k.c. mógłby stanowić taką podstawę. Jednakże przedstawiono także pogląd, zgodnie z którym jest pewne ograniczenie w nieograniczonym prawie rozporządzania przedmiotami należącymi do majątku osobistego małżonka, gdyż małżonek ma wpływ na rozporządzanie składnikami majątku osobistego drugiego małżonka, które zaliczyć można do mających znaczenie dla funkcjonowania rodziny. Nieporozumienia małżonków mogą być rozstrzygane przez sąd na gruncie art. 24 k.r.o.⁵⁵

Należy jednak zauważyć, że rozstrzygnięcia sądu wydane na podstawie art. 24 k.r.o. nie nadają się do egzekucji, jak i nie mają charakteru sprawy osądzonej. Zwraca się uwagę, że rolą sądu jest wskazanie na optymalne rozwiązanie dla rodziny, a nie ostateczne rozstrzyganie sporu.⁵⁶ Sami małżonkowie nie są też związani jego decyzją i mogą odmiennie rozwiązać swój konflikt.

Skorzystanie z art. 24 k.r.o. może jedynie stanowić pomoc dla małżonków, którzy nie potrafią wspólnie podjąć decyzji, a chcą to uczynić. Sąd, jako organ niezaangażowany emocjonalnie w spór mógłby subiektywnie spojrzeć na sprawę i wskazać najbardziej optymalne rozwiązanie. Ustawodawca powinien jednak

⁵³ M. Jadcza, *Kontrowersje na tle art. ...*, op. cit., s. 918.

⁵⁴ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 62.

⁵⁵ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985, s. 172–173.

⁵⁶ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, op. cit., s. 62–63.

zastanowić się, czy małżonkowie w takich sytuacjach nie powinni być obligatoryjnie kierowani do mediacji.

Podstawy prawnej przyznającej małżonkowi uprawnienia do decydowania o mieszkaniu współmałżonka poszukuje się także w art. 27 k.r.o., zgodnie z którym oboje małżonkowie są zobowiązani według swoich sił oraz możliwości zarobkowych i majątkowych przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli. W sytuacji, gdy małżonek posiadający prawo do mieszkania, rozporządza nim i przez to uniemożliwia współmałżonkowi korzystanie z tego lokalu, wówczas narusza obowiązek z art. 27 k.r.o.⁵⁷ Przepis ten nie daje małżonkowi jednak żadnego uprawnienia do wywierania wpływu na decyzje współmałżonka.

b) Zasady współżycia społecznego

Art. 140 k.c. wskazuje także, że wykonywanie prawa własności powinno odbywać się w granicach określonych przez zasady współżycia społecznego. Są to oceny moralne (aprobata lub dezaprobata), wyrażona w postaci uzasadnionych przez te oceny norm, regulujących postępowanie jednych osób wobec innych.⁵⁸ Zostały one wprowadzone do Kodeksu cywilnego, aby uelastyczyć prawo i pozwolić organowi orzekającemu dostosować je do okoliczności konkretnej sprawy.⁵⁹ Działania właściciela sprzeczne z zasadami współżycia społecznego są działaniami pozaprawnymi, a tym samym mogą dawać podstawę do dochodzenia roszczenia przez poszkodowanego.⁶⁰ Należy także zauważyć, że czynności prawne właściciela, sprzeczne z zasadami współżycia społecznego będą oceniane pod kątem ich ważności na podstawie art. 58 § 2 k.c.

W literaturze zauważono, że może wyjątkowo dojść do sytuacji, w której pozbawi się rodzinę faktycznego miejsca zamieszkania, gdy nie ma ona możliwości zamieszkania u innych osób czy skorzystania z pomocy organów administracji państwowej.⁶¹ Nie podano jednak, jaką zasadę współżycia społecznego naruszałoby takie rozporządzenie. Należałoby w tej sytuacji rozważyć całokształt sytuacji i motywy działania drugiego małżonka. Być może wskazówek można

⁵⁷ B. Żukowski, P. Piątek, *Obrona małżonka w przypadku sprzedaży lokalu mieszkalnego stanowiącego majątek odrębny współmałżonka i służącego zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych rodziny – cz. II*, Monitor Prawniczy 2009, nr 16, s. 872.

⁵⁸ P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 14.

⁵⁹ M. Safjan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449¹¹*. Tom I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 327.

⁶⁰ A. Stelmachowski, *Treść i wykonywanie prawa własności*, w: *System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, red. T. Dybowski, Warszawa 2007, s. 240–241.

⁶¹ B. Żukowski, P. Piątek, *Obrona małżonka...*, op. cit., Nr 16, s. 874.

szukać w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁶², która określa zachowania określone jako przemoc w rodzinie. Rozumie się przez nią naruszenie podstawowych praw człowieka, w tym prawa do życia i zdrowia oraz poszanowania godności osobistej. Natomiast przez przemoc w rodzinie należy rozumieć jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste członków rodziny, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, netykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą (art. 2 pkt 2 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie).

Małżonek, który jest właścicielem, musiałby przez wykonywanie prawa własności naruszać godność lub dobra osobiste współmałżonka. Wówczas współmałżonek mógłby szukać ochrony na tej podstawie.

Zasady współżycia społecznego pozwalają także na ochronę przed eksmisją „na bruk” i przyznanie małżonkowi lokalu socjalnego. Zagadnienie to zostanie omówione w dalszej części pracy.

3. Art. 28¹ k.r.o. a konstytucyjna ochrona własności

Należy przypomnieć, że zarówno prawo własności, jak i rodzina, są wartościami chronionymi konstytucyjnie. Konstytucyjna ochrona tych praw i możliwość ingerencji w nie została już opisana wyżej.

Obecnie art. 28¹ k.r.o. ogranicza prawa właściciela poprzez przyznanie współmałżonkowi prawa do korzystania z mieszkania w celu zaspokojenia potrzeb rodziny. Regulacja ta nie była kwestionowana pod względem jej zgodności z Konstytucją i ingerencją w prawo własności. Została ona wprowadzona w ustawie i jest konieczna w demokratycznym państwie dla ochrony rodziny zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ograniczenia te nie naruszają też istoty prawa własności. Na mocy art. 28¹ k.r.o. małżonek-właściciel nie został ograniczony w korzystaniu, rozporządzaniu czy pobieraniu pożytków ze swojego prawa. Także inne przepisy prawa nie przyznają małżonkowi możliwości wywierania skutecznego wpływu na rozporządzanie czy zarząd składnikami należącymi do majątku osobistego współmałżonka.

Uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. zostało wprowadzone po to, aby chronić małżeństwo i rodzinę, które są także wartościami konstytucyjnymi. Przyznaje one małżonkowi jedynie uprawnienie do korzystania z mieszkania w celu zaspoka-

⁶² Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie z dnia 29 lipca 2005 r. Dz.U. Nr 180, poz. 1493 ze zmianami.

jania potrzeb rodziny. Przesłanki do skorzystania z tego prawa zostały szczegółowo określone.

Spełniona została zasada proporcjonalności ograniczeń. Mając to na uwadze, należy zauważyć, że obecnie uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. nie narusza konstytucyjnego prawa własności.

4. Postulaty doktryny

W literaturze przedmiotu zauważa się, że ochrona mieszkania rodzinnego, aby najskuteczniej spełniała swoją rolę, powinna działać w stosunkach między małżonkami, jak i na zewnątrz. Ważne jest także zapewnienie bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami i umożliwienie osobie trzeciej zapoznania się ze szczególnym statusem mieszkania. Mogłyby o nim informować np. księgi wieczyste.⁶³

Na gruncie obowiązujących przepisów nie można małżonkowi przyznać uprawnienia do realnego wpływania na decyzję współmałżonka rozporządzającego mieszkaniem rodzinnym należącym do jego majątku osobistego. Nie przyznaje go art. 28¹ k.r.o., 24 k.r.o. ani art. 27 k.r.o. Rekomendacja Rady Europy w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego zaleca uregulowanie obowiązku uzyskania zgody współmałżonka dla jakiegokolwiek czynności prawnej, która naruszałaby jego prawo do mieszkania rodzinnego. W przypadku nieudzielenia takiej zgody lub odmowy bez uzasadnienia proponuje ona, aby przyznać małżonkowi możliwość zwrócenia się do sądu o udzielenie upoważnienia do dokonania tej czynności.

Ustawodawca, wbrew postulatом doktryny, nie zrealizował tej zasady.⁶⁴ Podnosi się, że *de lege lata* obowiązująca regulacja jest niewystarczająca.⁶⁵ Czynność małżonka można jedynie oceniać w stosunkach między małżonkami jako naruszenie obowiązku wzajemnej pomocy lub zaspokajania potrzeb rodziny.⁶⁶ Postuluje się, że powinna zostać wprowadzona szersza ochrona małżonka,

⁶³ A. Bieranowski, *Koncepcja mieszkania rodzinnego jako przedmiotu szczególnej i kompleksowej ochrony prawnej*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego*, red. E. Drozd, A. Oleszka, M. Pazdan, Kluczbork 2007, s. 37.

⁶⁴ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 137; K. Pietrzykowski, *Nowe przepisy o małżeńskich ustrojach majątkowych*, Palestra 2005, nr 3–4, s. 31; K. Krzekotowska, *Uprawnienia małżonków do mieszkania a rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy*, *Państwo i Prawo* 1993, nr 11–12, s. 72; A. Bieranowski, *Koncepcja mieszkania rodzinnego...*, op. cit., s. 37.

⁶⁵ K. Pietrzykowski, *Nowe przepisy o małżeńskich ustrojach majątkowych*, Palestra 2005, nr 3–4, s. 31.

⁶⁶ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny...*, op. cit., s. 137.

poprzez uzależnienie skuteczności rozporządzania mieszkaniem rodzinnym od zgody małżonka.⁶⁷ Przyjęcie konieczności uzyskania zgody współmałżonka dla dokonania tej czynności odpowiadałoby zaleceniom przyjętym przez Komitet Rady Europy. Podobne rozwiązanie funkcjonuje już w wielu krajach Europy.⁶⁸ Inną możliwością mogłoby być uznanie czynności prawnej rozporządzającej mieszkaniem rodzinnym, dokonanej bez zgody małżonka, za nieważną. Jednak, jak podkreślono, zbyt rygorystyczna byłaby sankcja nieważności dla każdej takiej czynności, gdyż wystarczyłaby sankcja bezskuteczności zawieszona.⁶⁹

Niezrozumienie w doktrynie spotkał także fakt, że zalecenia Rady Europy zostały przyjęte tylko co do umowy najmu, a nie do innych praw. Wyrażono pogląd, zgodnie z którym regulacja z art. 680¹ k.c., która wprowadza małżeńską wspólność umowy najmu, powinna zostać uogólniona także na inne prawa. Jego autor proponuje zmianę treści art. 28¹ k.r.o. na następującą:

„§ 1. Prawo do mieszkania nabyte przez oboje małżonków lub jedno z nich w czasie trwania małżeństwa dla zaspokojenia potrzeb rodziny przysługuje im wspólnie niezależnie od istniejącego między nimi małżeńskiego ustroju majątkowego. (...).

§ 2. Powstanie rozdzielności majątkowej w czasie trwania małżeństwa nie pociąga za sobą ustania wspólności prawa do mieszkania. Jednakże sąd, stosując odpowiednio przepisy o ustanowieniu rozdzielności majątkowej, może znieść wspólność tego prawa”.⁷⁰

Z wyrażonych poglądów ten ostatni jest najdalej idący. Automatycznie powoduje, że mieszkanie rodzinne nabyte przez małżonków w czasie trwania małżeństwa zawsze będzie przysługiwało im wspólnie. Wówczas małżonkowie muszą podejmować wszelkie decyzje o rozporządzaniu nim zgodnie z przepisami o zarządzie majątkiem wspólnym. Należy zadać jednak pytanie, co w sytuacji, gdy prawo własności do mieszkania, które służy zaspokajaniu potrzeb rodziny, zostało nabyte przed zawarciem związku małżeńskiego, albo co się dzieje z pierwszym mieszkaniem, gdy małżonkowie nabywają kolejne mieszkanie służące zaspokajaniu potrzeb, a pierwszym chcą rozporządzić? Traci ono już przymiot „służącego zaspokajaniu potrzeb”, czy wówczas pozostawałaby wspólność prawa, czy może przechodził do majątku małżonka, do którego weszłoby na zasadach ogólnych?

⁶⁷ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój...*, op. cit., s. 173.

⁶⁸ A. Lutkiewicz-Rucińska, *Uwagi do projektu zmiany małżeńskiego prawa majątkowego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, z nr 1, s. 149–150.

⁶⁹ A. Bieranowski, *Koncepcja mieszkania rodzinnego...*, op. cit., s. 37–38.

⁷⁰ K. Zawada, *Uwagi o zamierzonej nowelizacji...*, op. cit., s. 923–924.

Należy zauważyć, że podobne rozwiązanie wprowadzał, uchylony już art. 215 § 2 ustawy prawo spółdzielcze. Zgodnie z nim spółdzielcze prawo do lokalu, należało wspólnie do obojga małżonków bez względu na istniejące między nimi stosunki majątkowe, jeżeli zostało przydzielone obojgu małżonkom lub jednemu z nich w czasie trwania małżeństwa dla zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych rodziny.

W literaturze pozostawiono do rozważenia kwestię, czy nie wprowadzić domniemania wzruszalnego, zgodnie z którym do majątku wspólnego należałoby m.in. mieszkanie małżonków.⁷¹

Pojawiają się też głosy przeciwne, że nie widzi się powodów, dla których należałoby przyznać współmałżonkowi uprawnienie do decydowania o mieszkaniu współmałżonka. Zmierzałoby to do nieuzasadnionego ograniczenia małżonka w rozporządzaniu jego prawem własności.⁷²

5. Znaczenie art. 28¹ k.r.o.

Przedstawione wyżej opinie rozszerzające uprawnienia małżonka z art. 28¹ k.r.o. są jedynie, w obecnym stanie prawnym, tylko postulatami.

Uprawnienie z art. 28¹ k.r.o., co zostało przedstawione wyżej, nie narusza konstytucyjnego prawa własności. Nie można jednak przeprowadzać wykładni rozszerzającej ograniczenia tego prawa. Ustawodawca musiałby wprowadzić konkretny przepis pozwalający małżonkowi współdecydować o mieszkaniu.

Należy jednak podkreślić, że *de lege lata* małżonek powinien konsultować i podejmować ważne decyzje ze współmałżonkiem (art. 24 k.r.o.). Zawarcie małżeństwa wiąże się z dobrowolnym nałożeniem na siebie pewnych obowiązków. Jednym z nich jest rozstrzyganie wspólnie o istotnych sprawach rodziny. Zatem rozporządzanie mieszkaniem rodzinnym, które należy do majątku osobistego, wymaga zastosowania art. 24 k.r.o.⁷³

Jest to jednak obowiązek rodzinny, który wynika z ogólnych praw i obowiązków małżonków. Prawo nie przewiduje sankcji w postaci nieważności czynności prawnej dokonanej bez zgody małżonka. Brak zaufania, samodzielne działanie może prowadzić do rozpadu więzi pomiędzy małżonkami i powodować zaistnienie przesłanek rozwodowych. Wszelkie ograniczenia prawa własności muszą *expressis verbis* wynikać z ustawy. Nie można dokonywać wykładni

⁷¹ K. Pietrzykowski, *Rekomendacja nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego a stan prawny obowiązujący w Polsce*, w: *Standardy prawne Rady Europy*. Tom 1. red. M. Safjan, s. 311.

⁷² J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu...*, op. cit., s. 146.

⁷³ Tak też K. Krzekotowska, *Uprawnienia...*, op. cit., s. 72.

rozszerzającej. Podsumowując, *de lege lata* małżonek-właściciel może rozporządzać swoim prawem bez konieczności uzyskania zgody współmałżonka.⁷⁴

Naruszenie art. 24 k.r.o. i samodzielne rozporządzenie mieszkaniem rodzinnym może naruszać obowiązek wzajemnej pomocy (art. 23 k.r.o.) lub obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27 k.r.o.)⁷⁵, wyjątkowo także może naruszać zasady współżycia społecznego.

Dla dobra rodziny małżonkowi powinno przysługiwać uprawnienie do podważania rozporządzeń współmałżonka dotyczących mieszkania rodzinnego, gdy jego działania są sprzeczne z dobrem rodziny. Jak zastało podkreślone wyżej, samo zawarcie małżeństwa wpływa w znaczący sposób na prawa i obowiązki, a także wolność osób wstępujących w ten związek. Zawierają go oni dobrowolnie i świadomie nakładają na siebie pewne zobowiązania. O mieszkaniu rodzinnym, które stanowi istotny składnik majątku, powinni decydować wspólnie, kierując się dobrem rodziny. W sytuacji braku kryzysu z całą pewnością tak pewnie będą czynić. Natomiast gdy nie będą w stanie się porozumieć, małżonek-właściciel nie powinien jednostronnie decydować o przyszłości mieszkania rodziny. Uważam, że najwłaściwsze byłoby ustanowienie konieczności uzyskania zgody małżonka-niewłaściciela na rozporządzanie mieszkaniem rodzinnym, pod rygorem bezskuteczności zawieszanej. W przypadku niewyrażenia przez niego zgody, spór rozstrzygałby sąd mając na uwadze dobro całej rodziny.

Czy takie rozwiązanie naruszałoby konstytucyjną zasadę ochrony prawa własności? Należałoby zbadać tę sytuację dokładnie i rozważyć, czy ograniczenie prawa własności byłoby zgodne z zasadą proporcjonalności. Porównywane będą dwie wartości: ochrona własności i ochrona rodziny. Czy możliwe jest uszczuplenie uprawnień właściciela do samodzielnego rozporządzania mieszkaniem rodzinnym na korzyść ochrony rodziny?

Trybunał Konstytucyjny, oceniając taki przypadek, starałby się odpowiedzieć na następujące pytania, czy:

- 1) wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków społecznych,
- 2) zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy,
- 3) regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana,

⁷⁴ K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny...*, op. cit., s. 311.

⁷⁵ M. Sychowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 137.

- 4) efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nałożanych przez nią na obywatela.⁷⁶

Odpowiadając na postawione wyżej pytania, należy zauważyć, że zarówno w literaturze przedmiotu, na arenie międzynarodowej, jak i w orzecznictwie zauważono problematykę mieszkania rodzinnego. Świadczy o tym chociażby omówiona Rekomendacja Rady Europy w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego.⁷⁷

Wprowadzona regulacja służyłaby ochronie rodziny przed jednostronnym rozporządzaniem mieszkaniem rodzinnym. Przyznawałaby uprawnienie współmałżonkowi do wyrażenia zgody na rozporządzenie tym mieszkaniem. Zawarcie związku małżeńskiego nakłada na małżonków pewne szczególne obowiązki, między innymi wspólne pożycie, wierność, wzajemną pomoc. Małżonek jest zatem świadomy, że jego wolność zostaje w pewien sposób ograniczona. Ponadto mieszkanie rodzinne jest szczególnym składnikiem majątkowym, mającym istotne znaczenie dla wszystkich jej członków, gdyż służy zaspokajaniu potrzeb całej rodziny. Nałożenie obowiązku współdecydowania przez małżonków o tym mieniu byłoby celowe i komponowałoby się z pozostałymi obowiązkami małżonków. Ograniczenia własności musiałyby zostać wprowadzone w ustawie zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Warto podkreślić, że polskie prawo spełnia zalecenia Rekomendacji w sytuacji, w której mieszkanie rodzinne należy do obojga małżonków. Wówczas, na rozporządzenie takim mieszkaniem potrzebna jest zgoda współmałżonka. Kwestię tę reguluje zarząd majątkiem wspólnym, w tym art. 37 k.r.o.⁷⁸

V. Możliwości podważenia rozporządzenia mieszkaniem rodzinnym dokonanego przez właściciela

1. Uwagi ogólne

Małżonek będący właścicielem mieszkania, które należy do jego majątku osobistego, może samodzielnie nim rozporządzać. Powinien jednak skonsultować tę czynność ze współmałżonkiem, jak zresztą każdą czynność stanowiącą istotną sprawę rodziny (art. 24 k.r.o.). Ale do ważności czynności prawnej nie potrzebuje jednak uzyskania jego zgody.

⁷⁶ Wyrok TK z dn. 25.02.1999 r., sygn. akt K 23/98, opubl. OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

⁷⁷ Rekomendacja nr R (81) 15 w sprawie praw..., op. cit., s. 295 i n.

⁷⁸ K. Pietrzykowski, Rekomendacja nr R (81) 15., op. cit., s. 312.

W literaturze wyrażono pogląd, że małżonkowi na podstawie art. 28¹ k.r.o. przysługuje wierzytelność w stosunku do drugiego małżonka, której treścią jest dopuszczenie do korzystania oraz nieprzeszkadzanie w korzystaniu z mieszkania w celu zaspokajania potrzeb rodziny oraz że jest to prawo podmiotowe względne skonkretyzowane przedmiotowo.⁷⁹

Należy zastanowić się, czy prawo przyznaje współmałżonkowi jakąkolwiek ochronę, gdy czynność prowadząca do utraty mieszkania rodzinnego została już dokonana, np. gdy małżonek będący właścicielem darował je osobie trzeciej. Czy do ochrony małżonka można zastosować przepisy dotyczące ochrony wierzyiciela przed niekorzystnymi działaniami dłużnika, które umieszczone są w Kodeksie cywilnym, takie jak: art. 58 k.c. dotyczący nieważności czynności prawnej z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, art. 59 k.c. o bezskuteczności względnej umowy, czy też art. 527 k.c. o skardze paulińskiej?⁸⁰

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań należy odpowiedzieć na pytanie, czy i w jakim zakresie instytucje z Kodeksu cywilnego (bezskuteczność zawieszoną, skargę paulińską czy nieważność czynności prawnej) można zastosować do instytucji prawa rodzinnego oraz dłaczego uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. jest zobowiązaniem.

2. Zastosowanie instytucji z Kodeksu cywilnego do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Nie wdając się w szczegółowe rozważania nad miejscem prawa rodzinnego w systemie prawa, uznać należy, że stosunek Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do Kodeksu cywilnego jest taki, jak *lex specialis* do *lex generalis*.⁸¹ By nie pozostawić tej kwestii dyskusjom, kodyfikаторzy prawa cywilnego planują włączenie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do Kodeksu cywilnego w ten sposób, aby stanowił on IV księgę.⁸²

⁷⁹ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...*, nr 15, op. cit., s. 817–818.

⁸⁰ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...*, nr 16, op. cit., s. 874–876; B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...* op. cit., cz. I Monitor Prawniczy 2009, nr 15, s. 818–819.

⁸¹ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i stosunki cywilnoprawne...*, op. cit., s. 32. i podana tam literatura; Z. Radwański, *Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz, Toruń 2008, s. 181 i n. Odmiennie: E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji*, w: *Finis legis Christus, Księga pamiątkowa dedykowana księdzu profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin. Tom 2*, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2008, s. 1022.

⁸² Szerzej E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi na temat przedstawionego...*, op. cit., s. 1021 i n.

Następnie należy zastanowić się, czy stosunki rodzinne należą do stosunków cywilnoprawnych? Stosunek prawny to stosunek społeczny, tetyczny (polegający na oddziaływaniu jednej osoby na inną, oparty na wyznaczonym przez jakąś normę obowiązku określonego zachowania się jednej z nich w stosunku do drugiej) uregulowany przez prawo.⁸³ Wyznacza go norma prawna wskazująca na uprawnienia i obowiązki stron. Stosunki te powstają z momentem zajścia jakiegoś zdarzenia prawnego – zawarcia umowy, wyrządzenia szkody czy powstania więzi rodzinnej.

Stosunki rodzinnoprawne różnią się od typowych stosunków cywilnych. Nie można do nich stosować instytucji dawności, nie mogą powstać przez dłużgotrwały stan faktyczny, np. przez wspólne pożycie dwóch osób. Ponadto mają one złożoną strukturę, są trwałe, niektóre z nich kończą się dopiero z momentem śmierci.⁸⁴ Pomimo swoistych cech, stosunki rodzinnoprawne regulowane są metodą cywilistyczną, która uwzględnia równość podmiotów.⁸⁵ Uznawane są one za podtyp stosunku cywilnego.⁸⁶

Ze stosunków rodzinnoprawnych wynikają określone prawa podmiotowe. Jednym z nich jest właśnie prawo, którego głównym elementem jest uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. Czy jednak stosunek ten jest też stosunkiem zobowiązaniowym?

W doktrynie nie kwestionuje się zasadności odwoływania się do prawa cywilnego, przy prowadzeniu analiz dotyczących instytucji i stosunków rodzinnoprawnych. Rozbieżności istnieją jedynie co do zakresu stosowania tego prawa.⁸⁷ Nie wypracowano w tej sprawie jednolitego stanowiska. Trafny jest pogląd, zgodnie z którym do poszczególnych instytucji prawa rodzinnego oraz do oceny konkretnego zdarzenia prawnego należy analizować zakres zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego.⁸⁸ Do omawianych zagadnień związanych z możliwością podważenia przez małżonka rozporządzenia mieszkaniem rodzinnym dokonanym przez drugiego małżonka-właściciela, nie jest zatem wykluczone użycie instytucji, takich jak: nieważność czynności prawnych z uwagi na ich sprzeczność

⁸³ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 167–168; S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 114–116.

⁸⁴ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i stosunki...*, op. cit., s. 38.

⁸⁵ T. Smoczyński, *Stosunek alimentacyjny a stosunek zobowiązaniowy*, RPE-iS 1985, nr 1, s. 19. 4; T. Smoczyński, *O stosunku prawnym opartym na więzi rodzinnej*, w: *W poszukiwanie dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. Agnieszka Choduń i Stanisław Czepita, Szczecin 2010, s. 691 i n.

⁸⁶ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i stosunki...*, op. cit., s. 38.

⁸⁷ J. Preussner-Zamorska, *Wady oświadczenia woli na gruncie prawa rodzinnego (ocena aktualnego stanu prawnego i wnioski de lege ferenda)*, w: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. (Studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci profesora Zbigniewa Radwańskiego*, red. S. Sołtysiński, Poznań 1990, s. 533.

⁸⁸ J. Preussner-Zamorska, *Wady oświadczenia...*, op. cit., s. 534.

z zasadami współżycia społecznego, bezskuteczność względną umowy, czy też skargę paulińską. Należy jednak zbadać zastosowanie każdej z nich w konkretnym stanie faktycznym.

Przypomnijmy, że aby współmałżonek mógł dochodzić roszczenia z art. 28¹ k.r.o., musi zostać spełnionych kilka przesłanek: 1) zawarcie związku małżeńskiego – czyli powstanie stosunku rodzinnoprawnego, 2) jeden z małżonków musi posiadać tytuł prawny do mieszkania, 3) współmałżonek nie może posiadać żadnego tytułu prawnego do mieszkania oraz 4) lokal ten ma służyć zaspokajaniu potrzeb rodziny. Po zaistnieniu ich wszystkich powstaje skonkretyzowane roszczenie jednego małżonka w stosunku do drugiego o udostępnienie korzystania z mieszkania. Czy zatem roszczenie to ma postać zobowiązania, w którym wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia, a dłużnik powinien to świadczenie spełnić? Wydaje się, że tak. Wierzyciel, czyli małżonek nie dysponujący tytułem prawnym do mieszkania, może żądać od dłużnika – współmałżonka, który posiada tytuł prawny do mieszkania, aby umożliwił mu korzystanie z mieszkania w celu zaspokajania potrzeb rodziny. Ponadto M. Nazar uważa, że rodzinnoprawny tytuł do mieszkania, jako prawo podmiotowe, przybiera postać wierzytelności i stanowi element treści stosunku prawnego małżeństwa. Jego treścią są również uprawnienia do posiadania, używania mieszkania.⁸⁹

Wobec powyższego należy spróbować poddać badaniu te instytucje z Kodeksu cywilnego, które ewentualnie mogłyby służyć małżonkowi do ochrony praw wynikających z art. 28¹ k.r.o.

3. Bezskuteczność względna umowy – art. 59 k.c.

Pierwszą z omawianych instytucji jest bezskuteczność względna umowy. Czy możemy się do niej odwołać, gdy małżonek-właściciel za pomocą umowy rozporządził mieszkaniem i pozbawił współmałżonka prawa do korzystania z niego?

Zgodnie z art. 59 k.c. w razie zawarcia umowy, której wykonanie czyni całkowicie lub częściowo niemożliwym zadośćuczynieniu roszczeniu osoby trzeciej, osoba ta może żądać uznania umowy za bezskuteczną w stosunku do niej, jeżeli strony o jej roszczeniu wiedziały albo jeżeli umowa była nieodpłatna. Uznania umowy za bezskuteczną nie można domagać się po upływie roku od jej zawarcia. Przepis ten chroni osoby mające cywilnoprawne roszczenie przed niełojalnym działaniem zobowiązanego.⁹⁰

⁸⁹ M. Nazar, *Prawa rozwiedzionych...*, op. cit., s. 34–35.

⁹⁰ P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 141–142.

Przepis art. 59 k.c., zamieszczony w części ogólnej Kodeksu cywilnego, nie zawiera żadnych ograniczeń, jeśli chodzi o rodzaj roszczeń, jak również ograniczeń co do przedmiotu umowy, jaka czynić ma niemożliwym zadośćuczynienie roszczeniu osoby uprawnionej⁹¹. Warto jednak wskazać, gdyż wydaje się, że wzmacnia to prezentowany tu kierunek myślenia, iż Sąd Najwyższy dopuścił możliwość ochrony roszczeń alimentacyjnych na podstawie art. 59 k.c.⁹²

Niemożność zadośćuczynienia roszczeniu osoby trzeciej musi mieć charakter trwały⁹³. Przepis ten nie znajdzie zatem zastosowania, gdy małżonek, który tak rozporządził swoim mieszkaniem, że tylko chwilowo pozbawił współmałżonka możliwości korzystania z niego, bo w krótkim odstępie czasu zakupił czy wynajął nowy lokal. Roszczenie z art. 28¹ k.r.o. zaktualizuje się również w stosunku do nowego mieszkania. Natomiast art. 59 k.c. może mieć zastosowanie, gdy małżonek utraci tytuł prawny do mieszkania i nowego nie nabędzie. Należy jednak pamiętać, że obowiązek udostępnienia mieszkania jest powiązany z obowiązkiem dbania według swoich sił i możliwości zarobkowych i majątkowych o założoną rodzinę (art. 27 k.r.o.). Należy mieć także na uwadze, że dostarczenie mieszkania do korzystania jest jedynym ze sposobów przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny⁹⁴, przybierającym postać obowiązku alimentacyjnego między małżonkami. Jego wykonanie może polegać na także na dostarczaniu odpowiedniej sumy pieniędzy. Zatem, gdy małżonek straci uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. z uwagi na to, iż współmałżonek np. sprzeda swoje mieszkanie, a nowego nie kupi i nie nabędzie innego tytułu prawnego do lokalu (np. nocuje w hotelu), czy nabędzie je, ale nie będzie ono mogło służyć zaspokajaniu potrzeb rodziny, to wówczas małżonkowi przysługuje powództwo z art. 27 k.r.o. o dostarczanie środków na utrzymanie rodziny. Uzyskane w ten sposób pieniądze można przeznaczyć na wynajem mieszkania.

Może jednak zdarzyć się tak, że małżonek-właściciel sprzeda mieszkanie i nabędzie nowy tytuł prawny do lokalu. Czy wówczas w każdym wypadku będzie współmałżonkowi przysługiwało prawo do korzystania z tego nowego mieszkania? Wydaje się, że nie. Jako przykład można wskazać sytuację,

⁹¹ Orzeczenie SN z dnia 19.11.1968, sygn. akt III CZP 100/68 Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych rok 1969, Nr 11, poz. 189.

⁹² Orzeczenie SN z dnia 10.02.1982, sygn. akt III CRN 257/81, Opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych rok 1982, Nr 8–9, poz. 133, z glosami: A. Oleszko, OSPIKA 1984, nr 10, poz. 213, L. Stecki, OSPIKA 1983, nr 2, poz. 25, S. Rzonca, OSPIKA 1985, nr 11, poz. 219, B. Kuczek, OSPIKA 1986, nr 11, poz. 219.

⁹³ P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny...*, op. cit., s.143.

⁹⁴ K. Krzekotowska, *Obowiązek...*, op. cit., s. 35 i n.

w której małżonkowie są w separacji faktycznej, a jeden – niewierny z małżonków wyprowadził się od rodziny, sprzedał mieszkanie i zamieszkał u swojego nowego partnera. Nabędzie on wówczas inny tytuł prawny do lokalu, np. bezpłatne użyczenie. Skorzystanie przez drugiego małżonka z uprawnienia z art. 28¹ k.r.o. uzależnione jest od przysługiwania prawa do mieszkania. Ustawa nie wymienia, jakie to ma być prawo, zatem uprawnienie to dotyczy także użyczenia. Czy zatem małżonkowi przysługuje roszczenie o zamieszkanie ze współmałżonkiem, który posiada nowy tytuł prawny do lokalu, i jego nowym partnerem? Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy odnieść się do dalszych przesłanek z art. 28¹ k.r.o. – czyli korzystania z mieszkania w celu zaspokajania potrzeb rodziny. Nie do pogodzenia z tym celem byłaby sytuacja, w której małżonek wprowadza się do pomieszczenia zajmowanego przez współmałżonka wraz z jego/jej nowym partnerem. Przyznanie wówczas uprawnieniami z art. 28¹ k.r.o. i pozbawienie małżonka ochrony z innych przepisów, np. omawianego art. 59 k.c. byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (ochroną rodziny), normami moralnymi, takimi jak nielojalność, nieodpowiedzialność, konstytucyjną ochroną rodziny (art. 71, art. 18 Konstytucji). Zatem w opisanej wyżej sytuacji małżonkowi, pomimo nabycia przez współmałżonka nowego prawa do lokalu, nie będzie przysługiwało roszczenie jego udostępnienia, z uwagi na fakt, iż mieszkanie nie będzie służyło zaspokajaniu potrzeb rodziny.

Mając możliwość żądania zasądzenia określonej kwoty pieniędzy na podstawie art. 27 k.r.o., w każdej sytuacji należy zbadać, czy utrata uprawnienia z art. 28¹ k.r.o. powoduje trwałą utratę niemożności korzystania z mieszkania współmałżonka. Ochrona z art. 59 k.c. będzie miała charakter wyjątkowy i zaistnieje dopiero wówczas, gdy małżonek, który rozporządził własnością, nie uzyskał nowego tytułu prawnego, albo pomimo tego, że je uzyskał, nie będzie ono służyło zaspokajaniu potrzeb rodziny oraz nie można będzie zasądzić od niego alimentów.

Należy mieć także na uwadze ochronę, jaką przyznaje art. 136 k.r.o., zgodnie z którym, jeżeli w ciągu ostatnich trzech lat przed sądowym dochodzeniem świadczeń alimentacyjnych osoba, która była już do tych świadczeń zobowiązana, bez ważnego powodu zrzekła się prawa majątkowego lub w inny sposób dopuściła do jego utraty, albo jeżeli zrzekła się zatrudnienia lub zmieniła je na mniej zyskowne, nie uwzględnia się wynikłej stąd zmiany przy ustalaniu zakresu świadczeń alimentacyjnych.⁹⁵ Oboje małżonkowie podczas trwania małżeństwa są zobowiązani do zaspokajania potrzeb rodziny. Ciąży zatem na nich

⁹⁵ T. Smoczyński, *Obowiązek alimentacyjny*: w: *System prawa rodzinnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2003, s. 735 i n.

skonkretyzowany obowiązek. Sąd, zasądzając alimenty na rzecz rodziny, powinien, oceniając sytuację materialną zobowiązanego, zbadać, czy rozporządzenie mieszkaniem nastąpiło z ważnego powodu oraz co się stało z uzyskanym za nie ekwiwalentem.

Należy zauważyć, że skorzystanie przez małżonka z art. 59 k.c. nie wpływa na zakres uprawnień współmałżonka do rozporządzenia swoim prawem.⁹⁶ Jego uprawnienia wynikające z przysługiwania prawa własności nie zostały naruszone. Pewną ochronę przyznają jednak zasady prawa rodzinnego i instytucja małżeństwa, które małżonkowie dobrowolnie zawarli, przez co nałożyli na siebie obowiązki, np. współdziałania dla dobra założonej przez siebie rodziny.

Zakładając hipotetycznie możliwość skorzystania z tej drogi, należy zastanowić się, jakie przesłanki musi wykazać małżonek pozbawiony prawa do mieszkania, żeby móc dochodzić swojego uprawnienia. Artykuł 59 k.c. stanowi, że aby skorzystać z ochrony na tej podstawie strony umowy mają wiedzieć o roszczeniu z art. 28¹ k.r.o., albo umowa musi być nieodpłatna. Ciężar udowodnienia przesłanek spoczywa na małżonku, który stracił uprawnienie do korzystania z mieszkania – art. 6 k.c. Należy zastanowić się, jaka powinna być zatem świadomość osoby, z którą małżonek zawarł odpłatną umowę. Czy wystarczy, że wie, że kontrahent pozostaje w związku małżeńskim i rozporządza lokalem, w którym zamieszkuje ze współmałżonkiem i że służy on zaspokajaniu potrzeb rodziny?⁹⁷ Czy może powinien jeszcze wiedzieć o tym, że współmałżonek nie ma innego tytułu prawnego do mieszkania? Z całą pewnością nie wystarczy ustalenie samej jedynie możliwości dowiedzenia się z łatwością o tym roszczeniu⁹⁸, bo strony powinny wiedzieć o roszczeniu, ale nie muszą zdawać sobie sprawy ze skutków zawarcia umowy dla osoby uprawnionej.⁹⁹ Małżonek uprawniony musi zatem udowodnić, że strony umowy wiedziały o korzystaniu przez niego z mieszkania na podstawie art. 28¹ k.r.o.¹⁰⁰ Łatwiejszą dowodowo sytuację małżonek

⁹⁶ Glosa L. Stecki do wyroku SN z dn. 10.02.1982 r., III CRN 257/81, OSPIKA 1983, nr 2, poz. 25.

⁹⁷ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...*, op. cit., nr 16, s. 875. Uważają oni, że wystarczy sama wiedza o pozostawaniu w związku małżeńskim i wspólnym zamieszkiwaniu.

⁹⁸ M. Safjan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449*¹⁰. Tom I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 335.

⁹⁹ M. Safjan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, op. cit., s. 335.

¹⁰⁰ Odmienne B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...*, op. cit., nr 16, s. 875. Uważają oni, że wystarczy, aby osoba trzecia wiedziała o pozostawaniu zbywcy w związku małżeńskim oraz o wspólnym zamieszkiwaniu małżonków w lokalu będącym przedmiotem transakcji.

będzie miał, jeżeli umowa była nieodpłatna. Nie musi wówczas wykazywać stanu wiedzy osoby trzeciej.

Jeżeli małżonek wytoczy powództwo o ustalenie, że przedmiotowa umowa jest bezskuteczna w stosunku do niego i sąd uzna jego powództwo za zasadne, wówczas zawarta przez współmałżonka i osobę trzecią umowa pozostanie nadal ważna w stosunkach między nimi. Będzie ona bezskuteczna jedynie w stosunku do małżonka-powoda. Oznacza to, że małżonek dalej może korzystać ze swojego uprawnienia na podstawie art. 28¹ k.r.o.

4. Nieważność czynności prawnej – art. 58 k.c.

Kolejna droga ochrony to możliwość ustalenia nieważności czynności prawnej. Zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Ponadto nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jest to nieważność bezwzględna. Czynność prawna nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Czy rozporządzenie mieszkaniem rodzinnym można uznać za czynność nieważną?

Poza sporem jest, że przez ustawę rozumieć należy bezwzględnie obowiązujące przepisy uregulowane m.in. w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym.¹⁰¹ Sprzeczność czynności z ustawą została już omówiona wyżej. Przypomnieć należy, że małżonek ma obowiązek rozstrzygać wspólnie ze swoim współmałżonkiem o istotnych sprawach rodziny, a do takich należy rozstrzyganie o mieszkaniu rodzinnym (art. 24 k.r.o.). Natomiast za niewypełnienie tego obowiązku nie jest nałożona żadna sankcja. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym brak jest *de lege lata* innych podstaw, aby uznać samodzielne rozporządzenie mieszkaniem rodzinnym za czynność sprzeczną z ustawą.

Jeżeli chodzi o sprzeczność czynności z zasadami współżycia społecznego to wyjątkowo może dojść do tego, że rozporządzenie mieszkaniem rodzinnym będzie uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w szczególności, gdy działanie małżonka zostanie określone jako przemoc w rodzinie, małżonek celowo lub ze zwykłej złośliwości będzie chciał pozbawić współmałżonka mieszkania.

Natomiast nie widzę podstaw do zakwalifikowania zachowania małżonka będącego właścicielem mieszkania jako obejścia prawa, czyli do dokonania czynności, która wprost nie jest zakazana, ale zmierza do wywołania skutków

¹⁰¹ M. Safjan, w: *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 316.

czynności zakazanej.¹⁰² Prawo nie przewiduje zakazu rozporządzania swoją własnością. Jeżeli jednak właściciel czyni to w zamiarze uchylecia się od obowiązku alimentacyjnego realizowanego w postaci zaspokajania potrzeb rodziny, to należy wziąć pod uwagę, że uprawnionego chroni dyspozycja powoływanego już wyżej art. 136 k.r.o. Wówczas pokrzywdzony małżonek może wytoczyć powództwo o zasądzenie odpowiedniej kwoty pieniędzy na zaspokajanie potrzeb rodziny. Sprzedane mieszkanie jest uwzględniane w tym procesie, tak jakby umowa nie została zawarta i rozszerza majątek zobowiązanego, gdyż jego sprzedaż jest czynnością dokonaną w celu zmniejszenia możliwości alimentacyjnych.

Podsumowując, małżonek może wytoczyć powództwo o ustalenie nieważności czynności prawnej tylko wówczas, gdy czynność współmałżonka jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. *De lege lata* nie ma podstaw, aby uznać działania małżonka za sprzeczne z ustawą czy zmierzające do obejścia prawa.

5. Skarga pauliańska

W literaturze rozważano także zastosowanie instytucji skargi pauliańskiej w celu wzruszenia czynności rozporządzenia mieszkaniem dokonanej przez małżonka właściciela. Zgodnie z art. 527 § 1 k.c., gdy wskutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli osoba trzecia uzyskała korzyść majątkową, każdy z wierzycieli może żądać uznania tej czynności za bezskuteczną w stosunku do niego, jeżeli dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli, a osoba trzecia o tym wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła się dowiedzieć. Czynność prawna dłużnika jest dokonana z pokrzywdzeniem wierzycieli, jeżeli wskutek tej czynności dłużnik stał się niewypłacalny albo stał się niewypłacalny w wyższym stopniu niż był przed jej dokonaniem. Skarga pauliańska chroni roszczenie pieniężne, ale w szerokim znaczeniu.¹⁰³ Tzn. obejmuje także wierzytelności niepieniężne, w których pojawiło się zastępcze świadczenie pieniężne. W omawianej sytuacji przysługuje małżonkowi roszczenie niepieniężne (o możliwość korzystania z mieszkania), ale zastępczo podstawę stanowić by mogło obliczenie wartości świadczeń, na podstawie art. 27 k.r.o., które oblicza się jak alimenty. Autorzy tego pomysłu stwierdzili jednak, że zastosowanie tej instytucji do skargi pauliańskiej jest bezpodstawne, gdyż w momencie powstania roszczenia o alimenty, związanego ze sprzedażą lokalu, lokal ten nie znajduje się już w majątku dłużnika. A ochrona roszczenia o alimenty będzie dotyczyła majątku istniejącego w chwili powstania tego roszczenia.¹⁰⁴ Czy zrobili to słusznie? Nie można zapominać

¹⁰² P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, op. cit. s.137.

¹⁰³ P. Machnikowski, w: *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 945.

¹⁰⁴ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka ...*, op. cit., nr 16, s. 876.

o dwóch aspektach. Mianowicie o artykule 136 k.r.o. oraz o działaniu dłużnika z zamiarem pokrzywdzenia przyszłych wierzycieli – art. 530 k.c. Jeżeli osoba trzecia uzyskała korzyść majątkową odpłatnie, wierzyciel może żądać uznania czynności za bezskuteczną tylko wtedy, gdy osoba trzecia o zamiarze dłużnika wiedziała.

Ochrona uprawnionego na podstawie art. 136 k.r.o. polega na tym, że przy wymiarze alimentów sąd nie będzie brał pod uwagę rozporządzania mieszkaniem, jeżeli zostało ono bez powodów utracone i uzna, że pozostaje one w majątku zobowiązanego. Ochrona ta może być jednak niewystarczająca, gdy dłużnik alimentacyjny nie ma innego majątku. Uprawniony współmałżonek nie będzie mógł skutecznie uzyskać należnych mu alimentów. Jeżeli tak się stało, wierzyciel alimentacyjny może wówczas sięgnąć do ochrony przewidzianej w Kodeksie cywilnym. Natomiast jeżeli utrata mieszkania nastąpiła z ważnych powodów, wówczas ochrona z Kodeksu cywilnego nie znajdzie zastosowania.¹⁰⁵ Nie wystąpi wówczas przesłanka działania z zamiarem pokrzywdzenia wierzyciela.

Małżonkowie są zobowiązani, każdy według swoich sił i możliwości, do zaspokajania potrzeb rodziny. Treść i zakres tego obowiązku ustanawiają małżonkowie. Występują oni w podwójnej roli wierzyciela i dłużnika. Każdy z nich ma roszczenie o spełnienie obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, którego może dochodzić na drodze sądowej. Małżonek rozporządzający mieszkaniem wie zatem, że ciąży na nim obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny. Powinien liczyć się z konsekwencjami postępowania wbrew temu obowiązkowi i ochroną współmałżonka przez zastosowanie art. 136 k.r.o. oraz ze skargą pauliańską.

Jeżeli małżonek przez rozporządzenie mieszkaniem przestał zaspokajać potrzeby rodziny, wówczas współmałżonek może wystąpić z powództwem o zasądzenie odpowiedniej kwoty pieniędzy na zaspokajanie tych potrzeb. Sąd będzie przy tym badał możliwości zarobkowe i majątkowe zobowiązanego, a także rozważy, czy rozporządzenie mieszkania nastąpiło z ważnych powodów (art. 136 k.r.o.). Jeżeli sąd zasądzi odpowiednią kwotę pieniędzy, a małżonek nie będzie jej uiszczał z powodu braku środków finansowych, wówczas małżonek może wystąpić o ochronę ze skargi pauliańskiej. Po utracie prawa do lokalu nie może od razu wystąpić z powołaniem się na ochronę z tej instytucji, gdyż obowiązek udostępnienia mieszkania nie jest świadczeniem pieniężnym.

Małżonek korzystający ze skargi pauliańskiej będzie musiał wykazać, że współmałżonek działał ze świadomością jego pokrzywdzenia, a osoba trzecia wiedziała o tym lub mogła się dowiedzieć przy zachowaniu należytej staranno-

¹⁰⁵ Glosa S. Rzonca do wyroku SN z dn. 10.02.1982 r., III CRN 257/81, opubl. OSPIKA 1985, nr 11, poz. 219.

ści. Prawo ułatwia wykazywanie tych przesłanek poprzez różnego rodzaju domniemania. Wierzyciel nie musi udowadniać, że dłużnik działał z zamiarem jego pokrzywdzenia, wtedy gdy dokonał czynności ze wskazanymi w ustawie osobami: będącą w bliskim z dłużnikiem stosunku, przedsiębiorcą pozostającym z dłużnikiem w stałych stosunkach gospodarczych (art. 527 § 3 i 4 k.c.). Ponadto nie jest istotna świadomość kontrahenta dłużnika, gdy czynność była nieodpłatna (art. 528 k.c.). Domniemywa się, że jeżeli w chwili darowizny dłużnik był niewypłacalny, działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli. To samo dotyczy wypadku, gdy dłużnik stał się niewypłacalny wskutek dokonania darowizny (art. 529 k.c.).

Podsumowując, należy przyjąć, że mogą zdarzyć się sytuacje, że małżonek proszukający ochrony w omawianych przypadkach skorzysta z instytucji skargi pauliańskiej.

6. Ochrona wynikająca z art. 27 k.r.o. i 28 § 1 k.r.o.

Ochrony małżonka można szukać także w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Zgodnie z art. 27 k.r.o. małżonkowie obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli. Wykonywanie tego obowiązku polega na zaspokojeniu usprawiedliwionych potrzeb grupy rodzinnej. Brać zatem należy pod uwagę potrzeby całej rodziny, takie jak mieszkanie, prąd, gaz, a także potrzeby indywidualne każdego jej członka, m.in. wyżywienie, odzież.

Zatem obowiązek z art. 27 k.r.o. może zostać spełniony, jak już wyżej wskazano, m.in. przez dostarczenie mieszkania, które służy zaspokajaniu potrzeb rodziny. Nie jest jednak wykluczone, że samo dostarczenie mieszkania nie będzie wyczerpywało w całości tego obowiązku.

Jeżeli małżonek naruszy obowiązek z art. 27 k.r.o. i przez rozporządzenie lokalem uniemożliwi zaspokajanie potrzeb rodziny i nie zaspokaja ich w inny sposób, wówczas małżonek może skorzystać z ochrony przewidzianej w art. 28 § 1 k.r.o., czyli może żądać, ażeby sąd nakazał wypłatę wynagrodzenia współmałżonka do jego rąk.¹⁰⁶ Żądanie uzależnione jest od pozostawania przez małżonków we wspólnym pożyciu. Natomiast jeżeli małżonkowie przestaną razem zamieszkiwać, wówczas małżonkowi, który utracił uprawnienie z art. 28¹ k.r.o., przysługuje roszczenie o zasądzenie od współmałżonka odpowiedniej ilości pieniędzy na zaspokajanie potrzeb rodziny na podstawie art. 27 k.r.o.

¹⁰⁶ B. Żukowski, P. Piątak, *Obrona małżonka...*, op. cit., nr 16, s. 872.

Omawiane roszczenia są oddzielnym prawem małżonka niezależnym od art. 28¹ k.r.o. Może bowiem się zdarzyć, że małżonek, korzystając z mieszkania współmałżonka, wystąpi z jednym z tych roszczeń, czy odwrotnie małżonek, który rozporządził mieszkaniem rodzinnym, będzie spełniał swój obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny w inny sposób i jego współmałżonkowi nie będzie przysługiwało żadne roszczenie.

W literaturze wyrażono pogląd, że dochodzenie uprawnienia z art. 28 k.r.o. jest właściwe ze względów celowościowych, gdyż gdy jeden z małżonków niedopełnia ciążącego na nim obowiązku, drugi – pokrzywdzony może domagać się kompensaty, która byłaby surogatem prawa do korzystania z mieszkania przysługującego na podstawie art. 28¹ k.r.o.¹⁰⁷ Zauważono, że dopuszczalne jest oszacowanie wartości uprawnienia z art. 28¹ k.r.o. Wywiedziono to z możliwości oszacowania wkładu matki, polegającego na osobistych staraniach o utrzymanie i wychowanie dziecka, które ma charakter niepieniężny, dającego się przeliczyć na rentę pieniężną.¹⁰⁸ Pogląd ten wydaje się jednak nieprzekonujący, gdyż uprawnienie z art. 28 k.r.o. jest niezależne od utraty czy przysługiwania uprawnienia z art. 28¹ k.r.o. i nie stanowi jego surogatu.

VI. Możliwości ochrony współmałżonka

1. Ochrona posesoryjna

Należy również zastanowić się, czy dopuszczalna jest ochrona posesoryjna w stosunkach między małżonkami na tle uprawnienia do korzystania z mieszkania. Polega ona na przysługiwaniu roszczenia o przywrócenie stanu poprzedniego i o zaniechanie naruszeń. Skierowana jest przeciwko temu, kto samowolnie naruszył posiadanie, jak również przeciwko temu, na czyją korzyść naruszenie nastąpiło. Roszczenie to nie jest zależne od dobrej wiary posiadacza, ani od zgodności posiadania ze stanem prawnym, chyba że prawomocne orzeczenie sądu lub innego powołanego do rozpoznawania spraw tego rodzaju organu państwowego stwierdziło, że stan posiadania powstały na skutek naruszenia jest zgodny z prawem (art. 344 § 1 k.c.).

Stanowisko o dopuszczalności takiego roszczenia jest akceptowane w doktrynie¹⁰⁹, jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W orzeczeniu z dn. 27 października 1968 r. Sąd stwierdził, że małżonkowi, który został wyrzuty z posiada-

¹⁰⁷ B. Żukowski, P. Piątek, *Obrona...*, op. cit., nr 16, s. 873.

¹⁰⁸ Orzeczenie SN z dnia 21.03.1967, sygn. akt II CR 497/66, nieopubl.

¹⁰⁹ S. Madaj, *Dopuszczalność powództwa posesoryjnego między małżonkami*, NIP 1960, nr 7–8, s. 1039.

nia, przysługuje ochrona posesoryjna, a dla istnienia tej ochrony, bez znaczenia jest okoliczność, że mieszkanie jest położone w domu objętym wspólnością ustawową małżeńską.¹¹⁰ Konieczne jest jednak, aby oboje małżonkowie mieli możliwość samodzielnego korzystania z mieszkania.¹¹¹

Czy podstawą roszczenia o ochronę posiadania będzie art. 28¹ k.r.o.? W literaturze uważa się, że właściwą podstawą jest art. 344 k.c., który przyznaje współposiadaczowi ochronę, tj. możliwość wytoczenia powództwa w razie wyzucia go z posiadania.¹¹²

2. Współmałżonek jako lokator

Czy w razie utraty prawa do korzystania z lokalu małżonkowi przysługuje ochrona przed wyrzuceniem „na bruk”? Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy współmałżonek-właściciel sprzeda nieruchomość. Odpadnie wówczas jedna z przesłanek do korzystania z art. 28¹ k.r.o., a tym samym nastąpi utrata tytułu prawnego do korzystania z lokalu. Jakie uprawnienia ma wówczas małżonek niebędący właścicielem? Czy opisany przypadek możemy uznać za „sprzedaż mieszkania z lokatorem”?

Rozwiązaniem opisanego problemu mogłoby być przyznanie przez sąd małżonkowi prawa do lokalu socjalnego. Czy małżonek, którego prawo do mieszkania wynikało z art. 28¹ k.r.o., ma status lokatora?

Kwestię tę rozważał Sąd Najwyższy w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 21.03.2006 r.¹¹³ W analizowanym przypadku, mąż-właściciel sprzedał mieszkanie, a nabywca wszczął proces o eksmisję przeciwko żonie i córce poprzedniego właściciela. Sąd Najwyższy słusznie odwołał się w tej sprawie do ustawowej definicji lokatora, zapisanej w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21 czerwca 2001 r.¹¹⁴, zgodnie z którą lokatorem jest najemca lokalu lub osoba używająca lokalu na podstawie innego tytułu prawnego niż prawo własności.

¹¹⁰ Uchwała SN z dnia 27.10.1969 r., sygn. akt III CZP 49/69, opubl. OSN 1970, z. 6, poz. 103.

¹¹¹ K. Krzekotowska, *Stosunki między małżonkami na tle korzystania z mieszkania*, NP 1976, nr 7–8, s. 1382.

¹¹² M. Olczyk, *Komentarz do art. 28¹...*, op. cit.

¹¹³ Wyrok SN z dnia 21.03.2006 r., sygn. akt V CSK 185/05, opubl. OSNC 2006, nr 12, poz. 208.

¹¹⁴ Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21 czerwca 2001 r. Tekst jednolity z dnia 7 lutego 2005 r. (Dz.U. Nr 31, poz. 266).

Innym tytułem prawnym, o którym mówi ustawa, jest uprawnienie do korzystania z mieszkania na podstawie art. 28¹ k.r.o., które powstaje z chwilą zawarcia małżeństwa. Uznanie współmałżonka za lokatora powoduje zatem obowiązek po stronie sądów rozstrzygających sprawę o eksmisję zbadania, czy małżonkowi przysługuje prawo do lokalu socjalnego, biorąc pod uwagę dotychczasowy sposób korzystania przez niego z lokalu oraz ich szczególną sytuację materialną i rodzinną (art. 14 ust. 3 ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21 czerwca 2001 r.). Sąd bada także, czy małżonek, który utracił prawo do mieszkania, nie powinien uzyskać lokalu socjalnego ze względu na zasady współżycia społecznego.

Zwrócono też uwagę na konieczność doprecyzowania omawianej sentencji orzeczenia Sądu Najwyższego.¹¹⁵ Zauważono, że należy uzupełnić definicję lokatora poprzez dodanie do niej określenia, że używa on lokalu dla zaspokajania celów mieszkaniowych. Podniesiono, że ustawodawca posłużył się w art. 28¹ k.r.o. terminem „korzystanie w celu zaspokajania potrzeb”, a nie „zamieszkiwanie”. Natomiast zdaniem autorki tego poglądu uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. ma szerszy zakres, rozumiany nie tylko jako zapewnienie dachu nad głową, ale i godziwych warunków egzystencji. Rozumie przez to nie tylko zamieszkiwanie, ale także inne cele, np. krótkotrwałe pobyty wypoczynkowe. Należy zatem odróżnić dwa pojęcia: „małżonek będący lokatorem ze względu na przysługujący mu rodzinnoprawny tytuł do lokalu” oraz szersze pojęcie „małżonek mający rodzinnoprawny tytuł do lokalu”.¹¹⁶ Trudno zgodzić się z tym poglądem, gdyż uprawnienie z art. 28¹ k.r.o. przysługuje, gdy małżonkowi nie przysługuje jakiegokolwiek tytuł prawny do tego czy innego mieszkania. Powinno być ono zatem wykorzystywane do zamieszkiwania i zaspokajania podstawowych potrzeb. Wykładnia rozszerzająca pojęcia z art. 28¹ k.r.o. jest niedopuszczalna, gdyż prowadziłaby do zwiększenia uprawnień małżonka kosztem ograniczenia własności drugiego małżonka, zatem mogłaby zostać uznana za niekonstytucyjne ograniczenie prawa własności współmałżonka. Ponadto, nawet gdyby małżonek wykorzystywał lokal w tym szerszym pojęciu, tj. na krótkotrwałe wizyty, wówczas musiałby mieć możliwość zamieszkiwania w innym lokalu. W tej sytuacji sąd nie zasądziłby mu lokalu socjalnego, gdyż nie byłoby do tego podstaw (art. 14 ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego).

¹¹⁵ A. Sylwestrzak, Glosa do wyroku SN z dn. 21 marca 2006 r., V CSK 185/05, opubl GSP-Prz. Orz.2007 z. 2., s. 94–97.

¹¹⁶ A. Sylwestrzak, Glosa do wyroku SN z dn. ..., op. cit., s. 94–97.

3. Odszkodowanie

W literaturze rozważano także, czy małżonkowi przysługuje roszczenie odszkodowawcze z art. 415 k.c. w przypadku rozporządzenia mieszkaniem rodzinnym należącym do majątku osobistego jednego z małżonków bez zgody współmałżonka. A. Dyoniak uważa, że tak, w sytuacji gdy postępowanie współmałżonka można uznać za czyn niedozwolony z uwagi na jego sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.¹¹⁷ Aby taka sytuacja miała miejsce, małżonkowi trzeba byłoby wykazać winę, natomiast drugi małżonek musiałby ponieść szkodę, która pozostawałaby w związku przyczynowym ze szkodą. Szkodę stanowiłaby przykładowo różnica w opłacie za wynajem czy czynsz. Jednakże autor nie wskazał, jaka zasada współżycia społecznego ma zostać naruszona. Jako przykład można wymienić zasadę dobra rodziny, czy zapewnienia jej odpowiednich warunków bytu.

Dalej uważa on, że w razie, gdy małżonek postępuje niezgodnie z porozumieniem małżonków lub postanowieniem sądu wydanym na podstawie art. 24 k.r.o., to narusza obowiązek określonego zachowania, przez co małżonek taki może odpowiadać za szkodę wyrządzoną w majątku wspólnym na podstawie art. 471 k.c.¹¹⁸ Autor nie podał jednak żadnego przykładu wystąpienia takiej szkody. Mogłaby ją stanowić opłata za wynajem nowego lokalu.

Małżonek mógłby wówczas wytoczyć pozew o zapłatę za szkodę, którą poniósł przez zachowanie współmałżonka naruszające art. 415 k.c. czy 471 k.c.

Podsumowanie

Przedstawiona problematyka dotycząca zakresu uprawnienia małżonka do mieszkania będącego własnością współmałżonka jest niezmiernie szeroka i obejmuje wiele zagadnień.

Na uwadze należy mieć fakt, że ścierają się tutaj dwie konstytucyjne wartości: ochrona prawa własności i ochrona rodziny. Pewną ochronę przyznają małżonkowi zasady prawa rodzinnego i instytucja małżeństwa. Związek ten małżonkowie dobrowolnie zawarli, przez co nałożyli na siebie obowiązki np. współdziałania dla dobra założonej przez siebie rodziny. Nie można zapominać jednak o ochronie prawa własności, która tylko wyjątkowo może być ograniczona. Ustawodawca musiał zatem wypośrodkować interesy obojga małżonków. Uczynił to w art. 28¹ k.r.o., przyznając małżonkowi uprawnienie do korzysta-

¹¹⁷ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój...*, op. cit., s. 173.

¹¹⁸ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój...*, op. cit., s. 173.

nia z mieszkania współmałżonka w celu zaspokajania potrzeb rodziny. Małżonek nie może jednak podejmować realnych decyzji odnośnie tej nieruchomości. Może jedynie próbować podważać czynności współmałżonka. Czynić to może wyjątkowo, w zasadzie głównie wtedy, gdy nie ma możliwości uzyskać zastępczego świadczenia pieniężnego na zaspokajanie potrzeb rodziny.

THE SCOPE OF THE SPOUSE'S RIGHTS TO THE APARTMENT OWNED BY THE OTHER SPOUSE

The article concerns an essential issue, which is an apartment or real estate owned only by one of the spouses. The purpose of this paper is to study whether one of the spouses has an impact for activities relating to the ownership of the house, or apartment other spouse. Important is the fact that subject matter concerns two constitutional values: protection of property rights and the protection of the family.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Joanna Wiak ■

POJĘCIE JOINT VENTURE

Wprowadzenie

Pewne inicjatywy, a mianowicie duże i skomplikowane, wymagają podjęcia działań kooperacyjnych. Z powyższym zagadnieniem łączy się używane w obrocie prawnym pojęcie „joint venture”. Termin ten nie doczekał się jednak ujednolicenia, co prowadzi do chaosu interpretacyjnego.

W języku angielskim „*joint venture*” w dosłownym tłumaczeniu oznacza „wspólne przedsięwzięcie” lub „wspólne ryzyko”. Pojęcie „*joint venture*” jest używane na tle m.in. wspólnotowego prawa antymonopolowego, gdzie stanowi określenie wspólnego przedsiębiorstwa (art. 2 ust. 4, art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹). Podobnie w polskim prawie antymonopolowym rozumiane jest jako wspólny przedsiębiorca (art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²). W regulacji z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego „*joint venture*” oznacza wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym³). Natomiast na gruncie prawa zamówień

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE L 24/1); dalej rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004.

² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.); dalej u. o. k. k.

³ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 ze zm.); dalej u. p. p. p.

publicznych funkcjonuje pojęcie „spółki *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających” oznaczające spółkę posiadającą podmiotowość prawną, utworzoną przez zamawiających (pkt 32 preambuły, art. 23 ust. 2 lit. b), ust. 4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁴ w zw. z art. 136 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁵).

W doktrynie pojęcie „*joint venture*” rozumiane jest jako typ współpracy gospodarczej bądź jej określona forma prawna⁶. Natomiast moim zdaniem omawiany termin może być używany na oznaczenie pewnego typu współpracy, zasadniczej jej podstawy albo określonej formy podejmowanego współdziałania. Na użytek niniejszej materii „typ” oznacza odmianę, rodzaj współpracy. „Podstawa” stanowi źródło podejmowanego współdziałania. Z kolei „formę” należy odnieść do zagadnienia kooperacyjnej struktury organizacyjnej.

I. *Joint venture* jako typ współpracy

Joint venture jako typ współpracy charakteryzuje się swoistymi cechami. Po pierwsze współpraca, co jest oczywiste, zostaje podjęta przez co najmniej dwa podmioty. W literaturze jednolicie przyjmuje się, że pojęcie *joint venture* obejmuje współpracę gospodarczą wyłącznie pomiędzy przedsiębiorcami⁷. Należy zwrócić jednak uwagę na regulację z materii zamówień publicznych.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L 134/1); dalej dyrektywa nr 2004/17/WE.

⁵ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); dalej p. z. p.

⁶ Tak A. Burzyński, *Joint venture w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Studia Prawnicze 1976, z. 1–2, s. 124; M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint venture) w prawie antymonopolowym*, Prawo Spółek 2002, nr 12, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint venture w prawie antymonopolowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 8, s. 13.

⁷ Tak S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 245 i n.; idem, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 123–125; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011, s. 610 i n.; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, pod red. W. J. Katnera, Warszawa 2010, s. 878 i n.; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 16, *Prawo spółek osobowych*, pod red. A. Szajkowskiego, Warszawa 2010, s. 603; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41–42; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13.

Dyrektywa nr 2004/17/WE⁸ statuuje wyłączenia spod przepisów o zamówieniach publicznych dla m.in. spółek *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających⁹. Zgodnie z art. 2 pkt 12 p. z. p. zamawiającym jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy, określona w art. 3 ust. 1 p. z. p. Status ten przysługuje:

- 1) jednostkom sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych¹⁰. Katalog podmiotów tworzących sektor finansów publicznych został określony w art. 9 powołanej ustawy;
- 2) innym niż określone w pkt 1 państwowym jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, np. Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe, działającemu na podstawie ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach¹¹;
- 3) innym niż określone w pkt 1 osobom prawnym utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Podmiotami należącymi do tej grupy są np. Telewizja Polska S.A., Polskie Radio S.A. i spółki radiofonii regionalnej;

- 4) związkom podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3, np. działającym w formie stowarzyszeń: Związkowi Województw RP, Związkowi Powiatów RP czy Związkowi Gmin RP;

⁸ Implementację dyrektywy w omawianym zakresie do polskiego systemu prawnego stanowi art. 136 p. z. p.

⁹ Zob. pkt 32 preambuły, art. 23 ust. 2 lit. b), ust. 4 lit. a) dyrektywy nr 2004/17/WE.

¹⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2011 r. Nr 12, poz. 59 ze zm.).

- 5) innym niż określone w pkt 1–4 podmiotom, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 p. z. p. (zamówienia sektorowe), a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych (prawami szczególnymi lub wyłącznymi są prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania – art. 3 ust. 2 p. z. p.), np. Polskim Kolejom Państwowym, albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–4, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
- a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
 - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;
- 6) innym niż określone w pkt 1 i 2 podmiotom, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
- a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–4;
 - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p. z. p.;
 - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych czy wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych bądź budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną, lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
- 7) podmiotom, z którymi zawarto umowę koncesji na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi¹², w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

¹² Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 ze zm.).

Status zamawiającego przysługuje przede wszystkim, ale niewyłącznie podmiotom prawa publicznego¹³ i niekoniecznie będącym przedsiębiorcami.

Ponadto należy wspomnieć, że ze względu na wdrażanie w Polsce partnerstwa publiczno-prywatnego współpraca może zostać podjęta przez podmiot publiczny w rozumieniu art. 2 pkt 1 u. p. p., ale wyłącznie z partnerem prywatnym posiadającym status przedsiębiorcy. Podmiotem publicznym w rozumieniu niniejszej regulacji jest:

- 1) jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inna niż określona w pkt 1 osoba prawna utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt. 1, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują ją w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorującego lub zarządzającego,
- 3) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2.

Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 2 u. p. p. za partnera uznaje się przedsiębiorcę lub przedsiębiorcę zagranicznego. W omawianej ustawie nie wyodrębniono samoistnej definicji przedsiębiorcy i przedsiębiorcy zagranicznego ani nie wprowadzono odesłania do przepisów odrębnych ustaw. W tym zakresie

¹³ Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. dotyczącej koordynacji procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134/114), pod pojęciem podmiotu prawa publicznego należy rozumieć każdy podmiot, który:

- 1) ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
 - a) finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego;
 - b) jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów;
 - c) ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego;

szerzej na ten temat Urząd Zamówień Publicznych, Obowiązek stosowania ustawy prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy prawo zamówień publicznych na podstawie art., 3 ust 1 pkt 5, www.uzp.gov.pl.

konieczne staje się odwołanie do właściwych postanowień ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁴.

Podsumowując tę część wywodów, należy uznać, że współpraca w ramach *joint venture* może zostać podjęta przez wszystkie podmioty prawa niekoniecznie posiadające status przedsiębiorców, chyba że przepisy nakładają takowy obowiązek.

W ramach omawianego zagadnienia warto zauważyć, że współpraca może zostać podjęta przez podmioty będące względem siebie konkurentami albo działające na różnych szczeblach obrotu. W związku z tym wyróżnia się odpowiednio horyzontalne (*horizontal*) *joint venture* oraz wertykalne (*vertical*) *joint venture*¹⁵. Możliwy jest również przypadek mieszany polegający np. na podjęciu współpracy przez co najmniej dwa podmioty pozostające w stosunku do siebie w charakterze konkurentów wraz z co najmniej jednym działającym na innym szczeblu obrotu. Wydaje się więc, że zasadne staje się wyodrębnienie również horyzontalno-wertykalnego (*horizontal-vertical*) *joint venture*.

Po drugie, współpraca podejmowana przez podmioty przejawia się we wspólnych działaniach¹⁶. Przy czym należy opowiedzieć się za szerszym rozumieniem „działania” i objąć nim również zachowania bierne uczestników *joint venture*, w postaci np. powstrzymania się od podejmowania określonej działalności, w tym konkurencyjnej, znoszenia używania dla celów *joint venture* pomieszczeń, urządzeń należących do jednego z uczestników¹⁷ czy ograniczające się do udziału kapitałowego. Jednak istota współdziałania opiera się na zachowaniach czynnych. W związku z tym działaniom pasywnym uczestników należy przypisać charakter uboczny.

¹⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.); zob. T. Skoczyński, *Ustawa...*, s. 45 i powoływana tam literatura.

¹⁵ Tak M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41–42; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 248, prezentuje odmienną klasyfikację, posługując się kryterium rodzaju ogniwa obrotu objętego wspólnym działaniem. Autor dokonuje podziału *joint venture* na: horyzontalne (*horizontal*) *joint venture*, pionowe (*vertical*) *joint venture*, konglomerat (*conglomerate joint venture*) oraz typu pajęczyny (*spider's web joint venture*). Pierwsze tworzone są przez przedsiębiorców na tym samym szczeblu, np. produkcji czy dystrybucji. Drugie łączą przedsiębiorców pozostających w stosunku do siebie w chwili zawarcia porozumienia w sytuacji kupującego i sprzedawcy. Trzecia sytuacja ma miejsce wówczas, gdy wyroby przedsiębiorców nie są względem siebie konkurencyjne. Natomiast ostatnie obejmują przedsiębiorców na różnych szczeblach produkcji i dystrybucji wyrobów konkurencyjnych i niekonkurencyjnych.

¹⁶ S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

¹⁷ Zob. A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania – część szczegółowa*, pod red. A. Kidyby, s. 1071; A. Herbet, *Spółka cywilna. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2008, s. 212.

Ponadto *joint venture* obejmuje wspólne działania uczestników zarówno ograniczone czasowo i przedmiotowo do realizacji konkretnego, jednorazowego zadania¹⁸, co stanowi cechę charakterystyczną np. konsorcjów¹⁹, jak i te, które

¹⁸ S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245 i 247; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 611, wątpliwie twierdzi, że wyłącznie takie wspólne działania stanowią wspólne przedsięwzięcie będące szczególnym rodzajem wspólnego działania. Natomiast A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 877 i n.; A. Szumański, *Pojęcie i charakter prawny umowy kooperacji przemysłowej w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Prawnicze 1991, z. 140, s. 65; idem, *Ustawa o umowach offsetowych. Komentarz*, Kraków 2000, s. 32; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 67; P. Siwerski, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 października 2010 r.*, III CZP 69/10, LEX/el. 2012, nr 144237; Prezydent RP w postanowieniu z dnia 16 lutego 2007 r. w sprawie podania do publicznej wiadomości Raportu o działaniach żołnierzy i pracowników WSI oraz wojskowych jednostek organizacyjnych realizujących zadania w zakresie wywiadu i kontrwywiadu wojskowego przed wejściem w życie ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych wykraczających poza sprawy obronności państwa i bezpieczeństwa Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (M. P. z 2007 r. Nr 11, poz. 110); Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., V SA 573/03, LEX nr 736066 (stanowisko w pełni zaakceptowane następnie przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 4 sierpnia 2004 r., GSK 733/04, LEX nr 799842; Komisja (WE) w rozporządzeniu nr 1126/2008 z dnia 3 listopada 2008 r. przyjmującym określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. U. UE. L 320/1) oraz w rozporządzeniu nr 2238/2004 z dnia 29 grudnia 2004 r. zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 1725/2003 w sprawie przyjęcia niektórych międzynarodowych standardów rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady, w odniesieniu do MSSF nr 1, MSR nr 1 do 10, 12 do 17, 19 do 24, 27 do 38, 40 i 41 oraz interpretacji SKI nr 1 do 7, 11 do 14, 18 do 27 oraz 30 do 33 (Dz. U. UE. L 394/1); Komisja Europejska w decyzji z dnia 16 marca 2005 r. w sprawie pomocy państwa, którą Włochy (Region Lazio) zamierzają udzielić celem ograniczenia emisji gazów cieplarnianych (Dz. U. UE z 2006 r. L 244/8); Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 27 stycznia 2000 r., C-164/98, P DIR International Film Srl i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich, LEX nr 82696 oraz w wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r., C-254/03 P, Eduardo Vieira SA v. Komisja Wspólnot Europejskich, European Court Reports 2005/1/I-237, słusznie używają terminu „wspólne przedsięwzięcie” jako synonimu *joint venture*. Moim zdaniem wspólne przedsięwzięcie wcale nie musi oznaczać wykonania jednego, konkretnego zadania. Przykładu w omawianym zakresie dostarcza brzmienie m.in. art. 2 pkt 4 lit. b) ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, w rozumieniu którego przedsięwzięciem jest świadczenie usług; Dania i Grenlandia w porozumieniu w formie wymiany listów dotyczącym zmiany Umowy w sprawie rybołówstwa zawartej między Europejską Wspólnotą Gospodarczą z jednej strony i Rządem Danii oraz Rządem Lokalnym Grenlandii z drugiej strony (Dz. U. UE z 1994 r. L 351/16), wątpliwie dokonały odróżnienia spółek *joint venture* od wspólnych przedsięwzięć.

¹⁹ Za uznaniem konsorcjów jako mieszczących się w pojęciu „*joint venture*” opowiada się S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 258; idem, *Prawo...*, s. 123; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 618; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603;

nie mające powyższego charakteru, co z kolei stanowi element właściwy m.in. syndykatów i pooli²⁰.

Wspólne działania podmiotów niekoniecznie muszą wiązać się z obowiązkiem utworzenia majątku odrębnego od majątków poszczególnych uczestników *joint venture*. Z uwagi na powyższe nie można zgodzić się z poglądem, zgodnie z którym istotnym elementem podejmowanego współdziałania w ramach *joint venture* jest wniesienie wkładów do wspólnej działalności²¹. W wielu przypadkach

W. J. Katner, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej. Komentarz do art. 55¹, LEX/el. 2009, nr 47598; W. Rosener, *Podstawy prawne gospodarki wolnorynkowej*, pod red. M. Luttera, J. Semlera, Warszawa 1997, s. 279 i n.; A. Niewęglowski, *Charakter prawny porozumień o współpracy w dziedzinie prac badawczych*, *Studia Iudicata Lublinesia* 2008, nr 11, s. 193; J. Lic, *Konsorcjum czy spółka cywilna*, cz. I, *Monitor Zamówień Publicznych* 2009, nr 1, s. 14; odmiennie J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2011, s. 886; K. Golat, R. Golat, *Umowy nietypowe w obrocie cywilnoprawnym*, Warszawa – Jaktorów 2001, s. 211–212; L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 139; R. Szumański, *Ograniczone regulacje prawa holdingowego*, Państwo i Prawo 2001, nr 3, s. 20; P. Siwerski, *Glosa...*; A. Michalak, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*. Rozdział IV, pkt 6, LEX/el. 2006, nr 52052; Europejski Bank Centralny w wytycznych nr EBC/2004/18 (2004/703/WE) z dnia 16 września 2004 r. dotyczących dokonywania zamówień na dostawę banknotów euro (Dz. U. UE L 320/21); Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w opinii w sprawie: „Polityka turystyczna a współpraca między sektorem publicznym a prywatnym” (Dz. U. UE z 2005 r. C 74/7); Komisja (UE) w rozporządzeniu nr 1031/2010 z dnia 12 listopada 2010 r. w sprawie harmonogramu, kwestii administracyjnych oraz pozostałych aspektów sprzedaży na aukcji uprawnień do emisji gazów cieplarnianych na mocy dyrektywy nr 203/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającej system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we wspólnocie (Dz. U. UE L 302/1); M. Bielecki, *Problematyka powiązań typu dominacja-zależność w k. s. h. – cz. 1 i 2*, *Monitor Prawniczy* 2006, nr 12–13, s. 625, 695, odróżnia „więzy” konsorcjalne od *joint venture*, na których oparte są stosunki pomiędzy przedsiębiorcami, kwalifikowane przez różne dziedziny prawa jako kreujące relacje typu dominacja-zależność.

²⁰ Za uznaniem syndykatów i pooli jako mieszających się w pojęciu „*joint venture*” opowiada się S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 247, 269 i n.; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 611; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603; syndykatów W. J. Katner, w: *Kodeks...*; odmiennie J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz...*, t. 2, s. 886; A. Michalak, *Ochrona...*

²¹ Tak A. Burzyński, *Joint...*, s. 127; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 252, słusznie uznaje, że wspólne działanie, często wymaga odpowiedniej bazy majątkowej, w sensie np. pomieszczeń biurowych i ich wyposażenia czy środków finansowych na pokrycie kosztów powstałych w związku *joint venture*; za brakiem konieczności utworzenia wspólnego majątku pomiędzy uczestnikami konsorcjum opowiada się L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 81.

wyodrębnienie majątku jest zbyteczne. Dotyczy to szczególności sytuacji, w której podmioty podejmujące współpracę nie ponoszą solidarnej odpowiedzialności za zobowiązanie powstałe w związku z realizacją wspólnego przedsięwzięcia.

Po trzecie, podjęta współpraca zmierza do osiągnięcia pewnego wspólnego celu. Pojęcie wspólnego celu oznacza dążenie do osiągnięcia rezultatu będącego wynikiem chociażby częściowej zbieżności interesów współdziałających podmiotów. Każdy z uczestników jest zainteresowany jego osiągnięciem i podporządkowuje swoje działania jego realizacji²². Przy czym są one podejmowane przynajmniej częściowo we wspólnym imieniu lub na wspólny rachunek, co wynika z istoty *joint venture*.

Wspólny cel, do osiągnięcia którego dążą uczestnicy *joint venture* nie musi być celem gospodarczym²³. Pojęcie celu gospodarczego należy odnieść do korzyści mających dającą się określić wartość gospodarczą, którą może stanowić osiągnięcie czy ułatwienie wypracowania zysku lub swoistego „zysku” polegającego na oszczędności wydatków²⁴. Natomiast uczestnicy *joint venture* mogą podjąć działania ukierunkowane na urzeczywistnienie wspólnego celu także albo wyłącznie o charakterze np. charytatywnym.

Po czwarte, uczestnicy *joint venture* osiągają wspólne korzyści ze współdziałania w sensie ułatwienia czy w ogóle umożliwienia realizacji przedsięwzięcia, jak i osobne w znaczeniu zaspokojenia ich określonych, indywidualnych potrzeb stanowiących jedną z pobudek podjęcia współpracy²⁵.

²² A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1070.

²³ Odmienne S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; idem, *Prawo...*, s. 123; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610; A. Szumański, *Pojęcie...*, s. 65; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13; za możliwością braku istnienia wspólnego celu gospodarczego opowiada się A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 881. Biorąc pod uwagę argumenty powoływane przez autora, czyli zachodząca wielokrotnie sytuacja działania uczestników *joint venture* we własnym imieniu i na własny rachunek, które to czynności nie wiążą pozostałych stron oraz osiąganie korzyści gospodarczych przez każdą stronę osobno, wydaje się, że neguje on jeden z podstawowych elementów tego rodzaju współpracy, a mianowicie wspólność celu.

²⁴ Zob. szerzej na temat pojęcia celu gospodarczego stanowiącego jedną z cech konstytutywnych spółki cywilnej A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1069–1070 i powołana tam literatura; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 550–551.

²⁵ Na cechę wspólnych korzyści jako charakterystyczną dla współpracy w ramach *joint venture* zwracają uwagę bez szerszego omówienia S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610. Natomiast A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 881, co już zostało zauważone, odnosząc się do korzyści gospodarczych twierdzi, że są one osiągane przez każdą stronę osobno; A. Burzyński, *Joint...*, s. 127–128, powołując się na orzeczenie w sprawie Commercial Lumber Co v. Nelson, 181 Okla. 122, 124 72 P. 2d 82, 83 (1937), wątpliwie uznaje, że *joint*

Po piąte, uczestnicy *joint venture* ponoszą z reguły wspólne ryzyko podejmowanego współdziałania²⁶ w sensie prawdopodobieństwa nieosiągnięcia zamierzonych efektów czy wystąpienia okoliczności utrudniających realizację wspólnego celu. W samym założeniu, podjęcie współpracy służy m.in. wyłączeniu możliwości zajścia powyższych przypadków. Przeprowadzenie przez dany podmiot samodzielnych działań zmierzających do realizacji określonego przedsięwzięcia byłoby utrudnione albo w ogóle niemożliwe ze względu na brak odpowiedniego potencjału, czyli ryzyko jego niepowodzenia uległoby zwiększeniu.

Natomiast konieczny podział ryzyk, takich jak m.in. ryzyka budowy, dostępności, popytu²⁷ pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym stanowi cechę konstytutywną współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 1 ust. 2 u. p. p. p.). Kluczową zasadą partnerstwa publiczno-prywatnego jest to, że dane ryzyko w całości lub w większości powinno być przekazane stronie, która jest w stanie najlepiej sobie z nim poradzić²⁸. Podkreśleniem istotności podziału ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym jest to, że zgodnie z art. 6 ust. 2 pkt. 1 u. p. p. p. stanowi on jeden z obligatoryjnych kryteriów oceny ofert w toku wyboru partnera prywatnego.

W literaturze wyróżnia się również kolejną, swoistą cechę *joint venture*, a mianowicie działanie uczestników z reguły, ale niekoniecznie pod wspólną firmą²⁹. Należy uznać, że działanie pod wspólną firmą jest właściwe dla współpracy łączącej się z powołaniem nowego podmiotu o statusie przedsiębiorcy. Wyjątek

venture nie powstaje, jeżeli każda ze stron czerpie indywidualne korzyści ze wspólnej działalności, nie uczestnicząc w podziale wspólnego zysku.

²⁶ Tak, lecz bez szerszej analizy S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

²⁷ W art. 18a ust. 1 u. p. p. p. zostały wymienione, lecz niezdefiniowane ryzyka: budowy, dostępności, popytu. Z kolei art. 18a ust. 2 u. p. p. p. stanowi, że minister właściwy do spraw gospodarki w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych oraz po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego może określić, w drodze rozporządzenia, zakres poszczególnych rodzajów ryzyka oraz czynniki uwzględniane przy ich ocenie, mając na względzie zapewnienie przejrzystości poszczególnych rodzajów ryzyka. Obecnie jedynymi aktami prawnymi, które mogą okazać się pomocne w odniesieniu do kwestii ryzyk są wytyczne Komisji Europejskiej dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, styczeń 2003, s. 63 i n., www.ppp.gov.pl oraz uchylone już rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 czerwca 2006 r. w sprawie ryzyk związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego (Dz. U. Nr 125, poz. 868).

²⁸ Por. Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego, s. 63–64.

²⁹ S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 245; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 610.

dotyczy sytuacji, w której obowiązek taki wynika z przepisów szczególnych, np. 160 i 205 k. s. h.³⁰

II. *Joint venture* jako zasadnicza podstawa podejmowanej współpracy

W literaturze przyjmuje się, że pojęcie *joint venture* jako forma prawna współpracy gospodarczej stanowi rodzaj umowy łączącej przedsiębiorców³¹. Moim zdaniem, w omawianym przypadku lepsze kryterium wyróżniające stanowi „zasadnicza podstawa podejmowanej współpracy między podmiotami”. Źródło wspólnych zachowań podmiotów z reguły wynika z zawartej między nimi umowy, ale niewyłącznie. Współpraca może zostać bowiem podjęta na skutek zawarcia innego porozumienia lub zdarzenia prawnego, które jest niezależne od woli uczestników.

Porozumienie jest pojęciem szerszym niż umowa. Przede wszystkim dla bytu porozumienia nie jest konieczne istnienie prawnie skutecznego zobowiązania, egzekwowanego przy zastosowaniu prawnych środków przymusu³². Taki przypadek będzie zachodził m.in. w odniesieniu do porozumień dżentelmeńskich. W razie niedotrzymania zaciągniętych w ten sposób zobowiązań sprawca nie odpowiada wprawdzie za szkodę wywołaną niewykonaniem umowy, ale naraża się na utratę zaufania lub na wrogię względem niego, lecz dopuszczalne prawem, przeciwdziałania zawiedzionych podmiotów³³. Przy czym należy uznać, że nie wszystkie zachowania zaliczane do porozumień mogą stanowić wiążącą podstawę podejmowanej współpracy między uczestnikami *joint venture*. Dotyczy to w szczególności zdarzeń, które stanowią dopiero podstawę do dokonania czynności prawnych, czyli czynności przygotowawczych (poprzedzających) zawarcie umowy, takich jak np. listy intencyjne (*letters of intent*). Porozumienie jako wiążąca podstawa współdziałania musi mieć charakter definitywny, a nie jak w przypadku listów intencyjnych wyrażać tylko ogólny zamiar zawarcia umowy

³⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.); dalej k. s. h. Powołane przepisy odnoszą się do spółek kapitałowych nawet w sytuacji, gdy są one podmiotami z grupy *non profit*.

³¹ Tak A. Burzyński, *Joint...*, s. 128; M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint venture...*, s. 13.

³² Zob. decyzję Komisji Europejskiej z dnia 13 lipca 1994 r., 94/601/EC, Commission Decision of 13 July 1994 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Dz. U. UE L 243/1).

³³ S. Włodyka, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 25.

w przyszłości bez konkretyzacji jej warunków. Deklaracje intencji mogą wszakże obejmować pożądane cele, jakie należy osiągnąć, ale nawet, jeżeli wskazują na niektóre treści przyszłej umowy, powinny być traktowane najwyżej jako zaproszenie do zawarcia umowy (art. 71 k.c.³⁴)³⁵.

Za porozumienie należy uznać zachowania prowadzące do osiągnięcia przez strony konsensusu odnośnie podjęcia współpracy. Osiągnięcie omawianego konsensusu łączy się ze złożeniem zgodnych oświadczeń woli przez uczestników *joint venture*. Jedynie w odniesieniu do porozumień dżentelmeńskich składające się na nie oświadczenia nie mają charakteru oświadczeń woli w ścisłym, cywilnoprawnym tego słowa znaczeniu³⁶.

Podjęcie współpracy przez podmioty wiąże się również zasadniczo ze swobodą decyzji co do zawarcia porozumienia, jego formy oraz wyboru kontrahenta (art. 353¹ k.c.). Należy jednak zauważyć, że swoboda decyzji co do podjęcia współpracy może być wynikiem przymusu wynikającego np. z ekonomicznej sytuacji rynkowej danego podmiotu. Ponadto przepisy niejednokrotnie narzucają określoną formę dla danego porozumienia. Przykład w omawianym zakresie stanowi obowiązek zawarcia umowy konsorcjum w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 23 ust. 4 p. z. p., jeżeli oferta takich wykonawców została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej ich współpracę. Natomiast wybór kontrahenta może być ograniczony najwyżej celem umowy³⁷, co oznacza konieczność podjęcia współpracy z podmiotem posiadającym np. wymagany potencjał techniczny, osobowy (kadrowy), ekonomiczny i finansowego czy pożądane doświadczenie lub wiedzę w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia.

Jak już zostało stwierdzone źródło współpracy między podmiotami może stanowić również zdarzenie prawne, które jest niezależne od woli uczestników *joint venture*, np. decyzja administracyjna.

Joint venture rozumiane jako zasadnicza podstawa współpracy stanowi umowę, na mocy której strony zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu poprzez podjęcie współdziałania na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka.

³⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

³⁵ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 865.

³⁶ S. Włodyka, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 2, s. 25.

³⁷ A. Kidyba, *Prawo...*, s. 856–857.

III. *Joint venture* jako określona forma podejmowanej współpracy

1. Istota pojęcia

Przyjęcie kolejnego znaczenia *joint venture* stanowi konsekwencję wynikającą z podstawy podjętej współpracy, która przewiduje albo nie przewiduje utworzenia nowej, wspólnej struktury organizacyjnej. W związku z tym wyróżnia się odpowiednio *joint venture* strukturalne oraz funkcjonalne³⁸.

2. *Joint venture* strukturalne

Joint venture strukturalne to nowa, wspólna struktura organizacyjna, która niekoniecznie musi posiadać podmiotowość prawną. Przykładem jest spółka cywilna³⁹, która co prawda nie jest przedsiębiorcą ani w ogóle podmiotem stosunków cywilnoprawnych, jednak z uwagi na występujące elementy o charakterze organizacyjnym można ją uznać za pewną strukturę organizacyjną, organizację wspólników, pozbawioną jednak odrębnej od nich podmiotowości prawnej. Wskazują na to w szczególności obowiązujące w spółce reguły prowadzenia spraw i reprezentacji, częściowe wyodrębnienie majątku spółki od majątków wspólników przez objęcie go wspólnością łączną, zasady odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a także wywoływanie skutków prawnych przez działania jednego wspólnika w ramach prawa do reprezentacji, zarówno wobec pozostałych wspólników, jak i wobec osób trzecich⁴⁰. Na marginesie należy wspomnieć, że spółka cywilna posiada w ograniczonym zakresie podmiotowość podatkową⁴¹.

³⁸ Por. S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 247–248 oraz powoływana tam literatura. Autor zwraca uwagę, że *joint venture* strukturalne określane jest również mianem połączeniowego. Natomiast *joint venture* funkcjonalne zwane jest inaczej kooperacyjnym (*cooperative joint venture*) albo umownym (*contractual joint venture*); M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41 oraz R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13, wyróżniają formę strukturalną *joint venture* (*concentrative joint venture*) oraz umowną (*cooperative albo contractual joint venture*).

³⁹ Zob. szerzej na temat spółki cywilnej w szczególności: A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1067 i n.; A. Herbet, *Spółka...*; idem, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 463 i n.; J. Gudowski, w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz...*, t. 2, s. 879 i n.; K. Pietrzykowski, w: *Kodeks cywilny*, t. II. *Komentarz do art. 450–1088*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 820 i n.; J. Jezioro, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod. red. E. Gniewka, Warszawa 2011, s. 1392 i n.; L. Siwik, w: M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2009; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Warszawa 2008; G. Bieniek, *Spółka cywilna. Problematyka prawna*, Zielona Góra 2001; M. Woroniecki, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1997.

⁴⁰ A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *Kodeks...*, t. III, s. 1067–1068.

⁴¹ Zob. w szczególności art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od

Takiej samej kwalifikacji może podlegać *joint venture* we wspólnotowym prawie przede wszystkim odnoszącym się do problematyki antymonopolowej, na gruncie którego pojęciem „*joint venture*” określa się wspólne przedsiębiorstwo, które najczęściej stanowi nowo utworzona spółka⁴². Na wstępie, konieczne wydaje się zdefiniowanie samego terminu „przedsiębiorstwo” na użytek omawianej materii. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omawianym pojęciem obejmuje się każdą jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania⁴³.

towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) oraz art. 13 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626 ze zm.).

⁴² Zob. w szczególności rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE L 133/1); ogłoszenia Komisji Europejskiej dot. uprzednich zgłoszeń koncentracji: sprawa nr COMP/M.4469 – Scholz/voestalpine/Scholz Austria (Dz. U. UE z 2007 r. C 39/28), sprawa nr COMP/M.4139 – Sony/NEC/JV (Dz. U. UE z 2006 r. C 54/2), sprawa nr COMP/M.4596 – Wärtsilä Technology Oy/Hyundai Heavy Industries Co/JV (Dz. U. UE z 2007 r. C 108/38), sprawa nr COMP/M.4234 – Carlson/One Equity Partners/Carlson Wagonlit (Dz. U. UE z 2006 r. C 130/4); obwieszczenie Komisji Europejskiej w sprawie uproszczonej procedury stosowanej do niektórych koncentracji na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (Dz. U. UE z 2005 r. C 56/32); streszczenie decyzji Komisji Europejskiej z dnia 9 stycznia 2009 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz z funkcjonowaniem Porozumienia EOG, Sprawa COMP/M.5153 – Arsenal/DSP (Dz. U. UE C 227/24); zawiadomienie Komisji Europejskiej w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz. U. UE z 2008 r. C 267/1); S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Rozdział I, pkt 6*, LEX/el. 2010, nr 115034; rozporządzenie Komisji (WE) nr 800/2008 z dnia 9 sierpnia 2008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu Traktatu (Dz. U. UE L 214/3); wytyczne Urzędu Nadzoru EFTA z dnia 30 listopada 2006 r. w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. 53 i 54 Porozumienia EOG (Dz. U. UE C 291/46).

⁴³ Zob. w szczególności wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 23 kwietnia 1991 r., C-41/90, Klaus Höfner i Fritz Elser v. Macrotron GmbH, pkt 21, European Court Reports 1991/4/I-01979; z dnia 11 grudnia 1997 r., C-55/96, Job Centre Coop. arl, pkt 21, ECR 1997/12/I-07119; z dnia 18 czerwca 1998 r., C-35/96; Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włosa, pkt 36, European Court Reports 1998/7/I-03851; z dnia 23 marca 2006 r., C-237/04, Enirisorse SpA v. Sotacarbo SpA, pkt 3, European Court Reports 2006/3B/I-02843; z dnia 10 stycznia 2006 r., C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, pkt 3, European Court Reports 2006/1A/I-00289; wyrok Sądu (dawniej: Sądu Pierwszej Instancji) z dnia 13 grudnia 2006 r., T-217/03, FNCBV i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich, pkt 2 (Dz. U. UE C 2006/331/32); G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim*

Biorąc pod uwagę powyższe, za *joint venture* należy uznać każdą wspólną jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania podlegającą trwałej, wspólnej kontroli co najmniej dwóch przedsiębiorstw. Warto zauważyć, że przedstawione ujęcie *joint venture* jest również zasadne ze względu na niejednokrotne, zamienne używanie zwrotów „wspólne przedsiębiorstwo” i „wspólny przedsiębiorca”⁴⁴.

Z zaproponowanej przeze mnie definicji *joint venture* wynika, że w ogóle o jego istnieniu można mówić tylko wówczas, gdy powstaje trwała, wspólna kontrola co najmniej dwóch przedsiębiorstw nad innym przedsiębiorstwem⁴⁵. Podstawę wspólnej kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie lub łącznie przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych lub prawnych dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

- 1) własność lub prawo użytkowania całości lub części aktywów przedsiębiorstwa;
- 2) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

W odniesieniu do *joint venture* wspólna kontrola istnieje wówczas, gdy dwa lub więcej przedsiębiorstw ma możliwość wywierania decydującego wpływu na inne przedsiębiorstwo. Wywieranie decydującego wpływu oznacza zwykle uprawnienia umożliwiające „zablokowanie” działań, które wyznaczają strategiczne zachowania przedsiębiorstwa⁴⁶.

Biorąc pod uwagę regulację zawartą w rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004, można wyróżnić *joint venture* o pełnym zakresie funkcji oraz *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji⁴⁷. Dokonanie powyższej klasyfikacji jest

prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2009, s. 60, słusznie zwraca uwagę, że rozległość materii traktatowej, w której posłużono się pojęciem „przedsiębiorstwa”, wymaga jego odmiennej interpretacji na potrzeby poszczególnych dziedzin prawa.

⁴⁴ Zob. m.in. ogłoszenia Komisji Europejskiej dot. zamiaru koncentracji: sprawa COMP/M.5876 – Turmed/RACC/JV (Dz. U. UE z 2010 r. C 171/15, sprawa COMP/M.6555 – Posco/MC/MCHC/JV (Dz. U. UE z 2012 r. C 144/7).

⁴⁵ Por. M. Szydło, *Kontrola...*, s. 42; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 14.

⁴⁶ Punkt 91 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE C 95/1).

⁴⁷ Podobnie M. Szydło, *Stosowanie...*, s. 65–66, używa terminologii „pełnofunkcyjne i niepełnofunkcyjne *joint venture*”. Określeniem „pełnego zakresu funkcji” posługuje się Komisja Europejska w sekcji IV skonsolidowanego obwieszczenia z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; tak

zasadne, ze względu na podejście prawa europejskiego do nadzoru nad ich tworzeniem.

Utworzenie *joint venture* o pełnym zakresie funkcji, odmiennie niż powołanie do życia *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji, stanowi koncentrację o wymiarze wspólnotowym⁴⁸ w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁴⁹.

Komisja Europejska w skonsolidowanym obwieszczeniu z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącym kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁵⁰ uznała, że dla spełnienia kryterium pełnego zakresu funkcji wystarczy, gdy *joint venture* jest samodzielne pod względem operacyjnym. Przy dokonywanej ocenie należy wziąć pod uwagę następujące czynniki:

- 1) wystarczające zasoby do samodzielnego działania na rynku,
- 2) działania wykraczające poza jedną konkretną funkcję na rzecz spółek dominujących,
- 3) stosunki sprzedaży ze spółkami dominującymi,
- 4) działanie w sposób trwały.

Oznacza to, że powstanie trwałej, wspólnej kontroli połączone utworzeniem *joint venture* o pełnym zakresie funkcji musi prowadzić do zmian w strukturze zainteresowanych przedsiębiorstw.

Na gruncie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 można dokonać bardziej szczegółowej klasyfikacji, wyróżniając *joint venture* koncentracyjne i koncentracyjno-koordynacyjne⁵¹. Z pierwszym typem mamy do czynienia wówczas,

również na gruncie poprzedniego, nieobowiązującego już obwieszczenia z dnia 2 marca 1998 r. w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE C 66/1).

⁴⁸ Koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli są spełnione wymogi kwotowe dotyczące obrotów przedsiębiorstw określone w art. 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

⁴⁹ Zob. art. 3 ust. 4 oraz art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

⁵⁰ Zob. pkt. 94–105 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

⁵¹ W literaturze przedmiotu dokonuje się klasyfikacji wspólnych przedsiębiorców na *joint venture* o charakterze koncentracyjnym i kooperacyjnym – tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 144; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 470–471; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 13 oraz M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41, uznają, że „czyste typy” *joint venture* należą do wyjątków, dlatego też można mówić o podmiotach funkcjonalnie niesamodzielnych, tj. o przewadze elementu kooperacji oraz funkcjonalnie samodzielnymi, tj. o przewadze czynnika koncentracji.

gdy *joint venture* pełni w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego przedsiębiorstwa⁵² przy jednoczesnym braku koordynacji zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne (art. 3 ust. 4 w zw. z art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

Podstawę dla wyodrębnienia drugiego typu *joint venture* o pełnym zakresie funkcji stanowi art. 2 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. W myśl powyższego przepisu w stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniana jest zgodnie z kryteriami 101 ust. 1 i 3 TFUE w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem. Oznacza to, że zachowania te, mogąc wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, nie mogą zostać podjęte w celu lub ze skutkiem zapobieżenia, ograniczenia lub zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym, chyba że przyczynia się to do polepszenia produkcji lub dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników znacznej części zysku, który z tego wynika. Komisja, dokonując tej oceny, bierze pod uwagę w szczególności czy dwa lub więcej przedsiębiorstw macierzystych utrzymuje w znaczącym stopniu swą działalność na tym samym rynku co *joint venture* lub na rynku, który stanowi poprzednie lub następne ogniwo albo na sąsiednim, ściśle powiązanym. Ponadto, czy koordynacja będąca bezpośrednim wynikiem utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa daje zainteresowanym przedsiębiorstwom możliwość eliminowania konkurencji w zakresie znacznej części produktów lub usług (art. 2 ust. 5 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004).

Ocena aspektów koncentracyjnych i koordynacyjnych *joint venture* koncentracyjno-koordynacyjnego dokonywana jest w ramach tego samego postępowania prowadzonego na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. Nie uwzględnia się tutaj rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003⁵³, które jest zasadniczo właściwe w przypadku stosowania art. 101 TFUE.

⁵² W art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 posłużono się określeniem „podmiot gospodarczy”, które jest zbieżne z pojęciem „przedsiębiorstwa” w znaczeniu przyjętym na użytek wspólnotowego prawa antymonopolowego – zob. pkt 92 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Z uwagi na nomenklaturę przyjętą w prawie polskim w niniejszym opracowaniu posługuję się pojęciem „przedsiębiorstwa”.

⁵³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. U. UE z 2003 r. L 1/1); dalej rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003.

Na gruncie przepisów wspólnotowych możliwe jest również wyodrębnienie *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji. Swoistą jego cechą stanowi brak pełnienia w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego przedsiębiorstwa. Powstanie *joint venture* o niepełnym zakresie funkcji nie stanowi w ogóle koncentracji w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004. W związku z tym ocena aspektów jego tworzenia jest dokonywana na podstawie art. 101 i 102 TFUE oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003.

Jak już zostało stwierdzone, *joint venture* strukturalne może stanowić także powołana przez uczestników nowa, wspólna struktura organizacyjna posiadająca podmiotowość prawną, która niekoniecznie musi posiadać status przedsiębiorcy. Powyższy przypadek będzie zachodził w sytuacji podjęcia przez uczestników współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu wyłącznie o charakterze niegospodarczym, np. charytatywnym, kulturalnym, na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka, łączącego się z zawiązaniem np. spółki kapitałowej czy stowarzyszenia.

Z kolei *joint venture* strukturalne posiada status przedsiębiorcy, jeżeli uczestnicy tworzą np. spółkę osobową, kapitałową (w tym europejską) ukierunkowaną na osiągnięcie przychodów, czy stowarzyszenie prowadzące działalność gospodarczą, spółdzielnię (również europejską), europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych. Również powołanie do życia *joint venture* w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli wspólnego przedsiębiorcy, spowoduje wspomnianą konsekwencję. Utworzenie *joint venture* przez dwóch lub więcej przedsiębiorców stanowi przypadek koncentracji w rozumieniu omawianej regulacji, który zgodnie z art. 13 ust. 2 u. o. k. k. podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Powyższa konieczność zachodzi w sytuacji, gdy:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro.

W tym miejscu warto odnieść się do uprzednio poczynionych rozważań dotyczących *joint venture* we wspólnotowym prawie antymonopolowym, za które należy uznać każdą, wspólną jednostkę prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania podlegającą trwałej, wspólnej kontroli co najmniej dwóch przedsiębiorstw. Natomiast w polskim

prawie antymonopolowym omawianym terminem określa się wspólny podmiot będący przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k. W związku z tym, utworzenie *joint venture* na gruncie omawianej ustawy łączy się zawsze z powstaniem osoby prawnej lub osobowej spółki handlowej⁵⁴. Przy czym tak jak we wspólnotowym prawie antymonopolowym, przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa w ujęciu podmiotowym) biorący udział w jego utworzeniu zachowują swój status.

Ponadto dla omawianej formy koncentracji na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bez znaczenia pozostaje to, czy utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w efekcie doprowadza do powstania nad nim wspólnej kontroli sprawowanej przez uczestników⁵⁵. Oznacza to, że odmiennie niż na gruncie wspólnotowego prawa antymonopolowego można mówić o samym zjawisku koncentracji, jak i w ogóle o *joint venture*, w sytuacji samego utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, bez względu jak następnie będzie on kontrolowany.

Z uwagi na powyższe, należy uznać, że wspólnotowe pojęcie *joint venture* jest ujmowane szerzej⁵⁶. W związku z tym przedstawiona przeze mnie klasyfikacja na użytek wspólnotowego prawa antymonopolowego nie będzie miała zastosowania na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁷.

⁵⁴ Tak również A. Wierciński, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Warszawa 2011, s. 425. Wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym *joint venture* jako wspólny przedsiębiorca w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może zostać zorganizowane w formie spółki cywilnej – tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa...*, s. 144; K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 469.

⁵⁵ A. Wierciński, w: *Ustawa...*, s. 426.

⁵⁶ Odmiennie R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 17, który uznaje, że pojęcie „wspólnego przedsiębiorcy” występujące w art. 13 ust. 2 pkt 3 u. o. k. k. jest „funkcjonalnie zbieżne” do zawartego w rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004 pojęcia „*joint venture* o pełnym zakresie funkcji”; podobnie M. Szydło, *Kontrola...*, s. 45.

⁵⁷ Tak również A. Wierciński, w: *Ustawa...*, s. 426; odmiennie K. Kohutek, w: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa...*, s. 472; C. Banasiński, M. Bychowska, B. Cebula, K. Dolińska, R. Kamiński, M. Kanak, K. Karasiewicz, M. Mrówka, M. Orzeł-Kołodziejczyk, E. Piontek, K. Pomorska, K. Rózewicz-Ładoń, A. Sekinda, M. Stec, N. Szadkowski, I. Szewczyk, W. Szymczak, E. Witkowska-Grochowalska, Ł. Wroński, P. Zagaj, A. Zawłocka, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontki, Warszawa 2009, s. 341, uznają, że polska ustawa antymonopolowa nie przewiduje warunku trwałego spełnienia wszystkich funkcji samodzielnego przedsiębiorcy przez *joint venture*. W związku z tym autorzy uznają, że reżimowi z art. 13 u. o. k. k. podlegają wszystkie typy *joint venture* wyróżniane na gruncie wspólnotowego prawa antymonopolowego; R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 16 i 17, uznaje, że obowiązkowi zgłoszenia podlegają wyłącznie formy aktywności przedsiębiorców, które wykazują cechy właściwe określonym w europejskim prawie konkurencji *concentrative joint venture*, czyli poddane regulacji rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004.

Jednak usiłując się do niej odnieść, można jedynie stwierdzić, że w polskim prawie antymonopolowym pojęcie będące przedmiotem niniejszego opracowania obejmuje wyłącznie wspólnotowe rozumienie *joint venture* o pełnym zakresie funkcji, w sytuacji, gdy utworzony wspólny podmiot posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k.⁵⁸ Natomiast definitywnie należy uznać, że obowiązek zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o niepełnym zakresie funkcji nie znajduje w ogóle jakiegokolwiek poparcia w ustawie.

3. *Joint venture* funkcjonalne

Cechą charakterystyczną *joint venture* funkcjonalnego jest brak powołania przez uczestników podejmujących współpracę odrębnej, wspólnej struktury organizacyjnej. Powyższe jest szczególnie widoczne w sytuacji zawarcia przez strony umowy poolu będącej typem umowy *joint venture*. Stanowi ona zobowiązanie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców do gromadzenia we wspólnym zasobie praw podmiotowych, zysków bądź ryzyk w celu wspólnego wykonywania praw względnie podziału majątku albo ryzyk według przyjętego w umowie klucza⁵⁹. Jak podkreśla się w doktrynie, mechanizm poolu wyczerpuje się w po-

⁵⁸ M. Szydło, *Kontrola...*, s. 45 oraz R. Stankiewicz, *Joint...*, s. 17, z niewiadomych przyczyn twierdzą, że desygnaty przedsiębiorcy zawarte w art. 4 pkt 1 lit. a) u. o. k. k. nie posiadają znaczenia z punktu widzenia tworzenia wspólnych przedsiębiorców. Za wystarczające uznają określone w art. 4 pkt 1 u. o. k. k. Oznacza to, że w ujęciu autorów *joint venture* musi posiadać status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Natomiast nie może być osobą prawną czy jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

⁵⁹ A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879, s. 625; zob. na temat różnych rodzajów pooli w szczególności idem, s. 879, 928 i n. oraz powoływana tam literatura; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 273–274; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 626–627; A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 112; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 610; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 314–315; pkt 36, 60–77 Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 81 Traktatu WE do sektora usług transportu morskiego z dnia 26 września 2008 r. (Dz. U. UE. C 245/2); M. Żak, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 12 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz o zmianie innych ustaw. Komentarz do art. 97, LEX/el. 2005, nr 7781*; Pismo Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 12 czerwca 2008 r., IBPB3/423–489/08/AM, Ustalenie wysokości odsetek od wewnętrznego oprocentowania rachunków w związku z realizacją umowy cash pool, www.mofnet.gov.pl; M. Bazylczuk, *Umowa konsolidacji rachunków bankowych (cash pooling) na tle ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych – wybrane zagadnienia*, Doradztwo Podatkowe 2007, nr 4, s. 16 i n.; D. Fuchs, w: *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. II. *Komentarz do art. 9 rozporząd-*

rozumieniu między uczestnikami, co czyni zbędnym powołanie wyodrębnionej struktury organizacyjnej⁶⁰.

Również w konsekwencji zawarcia umowy konsorcjum stanowiącej typ umowy *joint venture*, współdziałanie uczestników może mieć charakter funkcjonalny. Co prawda umowa konsorcjum z reguły kwalifikowana jest jako umowa spółki cywilnej⁶¹, ale zwraca się również uwagę na to, że może ona zostać ukształtowana w taki sposób, że nie będzie spełniać przesłanek z art. 860 i n. k. c.⁶². W przypadku, gdy stanowi ona umowę nienazwaną, współdziałanie uczestników przybiera z reguły właśnie wspomniany charakter funkcjonalny, od którego nie stanowi wyjątku sytuacja, w której na mocy umowy konsorcjum albo w inny właściwy sposób, powołuje się spośród podmiotów podejmujących współpracę tzw. lidera. Kompetencje lidera mogą obejmować w szczególności reprezentację wszystkich uczestników⁶³ czy koordynację ich wspólnych działań. W związku z tym, wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym lider konsorcjum uzyskuje w stosunku do pozostałych uczestników pozycję dominującą w tym sensie, iż uzyskuje on zwykle wpływ na ich działalność gospodarczą⁶⁴. Moim zdaniem użycie zwrotu „pozycja dominująca” jest nieodpowiednie, przede wszystkim ze względu na to, że zadania lidera mogą zostać powierzone także osobie trzeciej. Uczestnicy nie posiadają w żadnym stopniu pozycji zależnej od lidera, a tym

dzienia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych pod red. Z. Brodeckiego, M. Glicz, M. Serwach, LEX/el. 2010, nr 64010, w odniesieniu do omawianych w pracy zagadnień utożsamia pool z konsorcjum ubezpieczeniowym; A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 64 uznaje, że na gruncie regulacji przewidzianej w tytule 15 § 78a Kodeksu Stanów Zjednoczonych (ang. *United States Code*) pool oznacza wpływanie na ceny poprzez operacje dokonywane przez osoby działające w porozumieniu, który w Polsce w ujęciu autora z niewiadomych przyczyn zwany jest spółdzielnią.

⁶⁰ Zob. A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 879; S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 273; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 625; A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 610.

⁶¹ Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 258; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 618, którzy dodatkowo wskazują, że umowa konsorcjum stanowi ewentualnie spółkę jawną; w odniesieniu do konsorcjum bankowego I. Heropolitańska, E. Borowska, *Kredyty i gwarancje bankowe*, Warszawa 1996, s. 61.

⁶² Zob. A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 604 i powoływana tam literatura; L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 140 i n.; J. A. Strzępka, *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, *Monitor Prawniczy* 2012, nr 14, s. 738; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 883.

⁶³ Zob. w szczególności art. 23 ust. 1 i 3 p. z. p., który dopuszcza możliwość tworzenia konsorcjów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz statuuje obowiązek ustanowienia przez nich pełnomocnika.

⁶⁴ Tak S. Włodyka, *Prawo...*, s. 124–125.

bardziej od osoby trzeciej. Oczywiście czynności podejmowane przez omawiane podmioty wywierają wpływ na współpracę wszystkich uczestników konsorcjum, ale nie jest to wpływ decydujący, co w moim przekonaniu stanowi zasadniczą cechę dominacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy bezsprzecznie uznać, że powołanie przez uczestników konsorcjum lidera, jak również osoby trzeciej, której przysługują tożsame kompetencje, nie stanowi utworzenia nowej, odrębnej struktury organizacyjnej zmierzającej do realizacji wspólnego celu przez współpracujących uczestników, czyli nie jest kryterium kwalifikującym *joint venture* jako strukturalne. W omawianym przypadku również nie zachodzi negacja czysto funkcjonalnego charakteru *joint venture*⁶⁵, ponieważ w stosunkach różnego rodzaju powszechnie korzysta się z „pomocy” różnych podmiotów.

4. Spółka *joint venture*

W obrocie prawnym funkcjonuje również niejednolicie ujmowane pojęcie „spółki *joint venture*”, w literaturze rozumiane jako typ⁶⁶ albo forma prawna⁶⁷ właściwa dla zjawiska współpracy gospodarczej.

Wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym w pełni uzasadnione jest posługiwanie się terminem „spółka *joint venture*” na określenie każdego umownego współdziałania dwóch lub więcej przedsiębiorców dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego⁶⁸. Pomijając kwestie zakresu podmiotowego pojęcia *joint venture* oraz wspólnego celu, co zostało uprzednio omówione, moim zdaniem takie rozumienie omawianego pojęcia jest zbyt szerokie. Skutkuje bowiem uznaniem za spółki *joint venture* m.in. spółdzielni czy stowarzyszeń.

⁶⁵ Odmienne ibidem, s. 124.

⁶⁶ Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613.

⁶⁷ Tak w odniesieniu do *joint venture corporation* (JVC) A. Burzyński, *Joint...*, s. 129. Autor utożsamia JVC ze spółką akcyjną lub z ograniczoną odpowiedzialnością, której cechą charakterystyczną jest bardzo silna rola elementu osobowego; podobnie M. Szydło, *Kontrola...*, s. 41, uznaje za JVC wspólne przedsiębiorstwo posiadające odrębną osobowość prawną, w formie spółki kapitałowej; A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878, wyraża pogląd, zgodnie z którym partnerzy zainteresowani wyodrębnieniem wspólnej działalności tworzą zwykle spółkę kapitałową, najczęściej z ograniczoną odpowiedzialnością, która jest określana mianem spółki *joint venture*.

⁶⁸ Tak S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250; S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613; J. Szwaia, *Recenzja monografii S. Włodyki, Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, opublikowana w Monitorze Prawniczym 2001, nr 10, s. 545; podobnie A. Szumański, *Ustawa...*, s. 32. Autorzy w istocie utożsamiają pojęcia „spółki *joint venture*” z „*joint venture*” – na ową wątpliwą klasyfikację zwraca uwagę również A. Herbet, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 16, s. 603.

Termin „spółka *joint venture*” jest również używany dla określenia współpracy międzynarodowej⁶⁹. Nie można jednak stwierdzić, że stanowi on synonim spółki z udziałem zagranicznym. Słusznie wskazuje się bowiem, że nie ma obecnie w systemie prawnym żadnych podstaw dla takiego uznania⁷⁰. Wydaje się, że lepsze określenie mogłaby stanowić „spółka z udziałem wspólnika będącego osobą zagraniczną w rozumieniu art. 5 pkt 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej”.

Jednak moim zdaniem, należałoby uznać, że termin spółka *joint venture* stanowi właściwe określenie wyłącznie dla typu współpracy dwóch lub więcej podmiotów polegającego na podjęciu współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści, z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka oraz przy jednoczesnym wykorzystaniu elementów konstrukcji powiązań gospodarczych charakterystycznych spółkom. Oznacza to, że na gruncie prawa polskiego spółka *joint venture* może przybrać formę prawną spółki cywilnej lub handlowej. Dopuszczalne jest również w granicach swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. połączenie

⁶⁹ Zob. w szczególności art. 13 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Rady (UE) nr 36/2012 z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie środków ograniczających w związku z sytuacją w Syrii oraz uchylające rozporządzenie (UE) nr 442/2011 (Dz. U. UE. L 16/1); pkt 22 preambuły, art. 6 lit. c), art. 11 ust. 1 decyzji Rady (UE) nr 2010/413/WPZiB z dnia 26 lipca 2010 r. w sprawie środków ograniczających wobec Iranu i uchylającej wspólne stanowisko 2007/140/WPZiB (Dz. U. UE. L 195/39); art. 4 ust. 2 lit. b) umowy ramowej z dnia 2 kwietnia 1990 r. o współpracy handlowej i gospodarczej między Europejską Współnotą Gospodarczą a Republiką Argentyńską (Dz. U. UE. L 295/67); art. 15 ust. 1 trykt 4 umowy z dnia 11 maja 1992 r. między Europejską Współnotą Gospodarczą a Republiką Albanii w sprawie wymiany handlowej oraz współpracy handlowej i gospodarczej (Dz. U. UE. L 343/2). W literaturze z zakresu ekonomii i zarządzania również samo pojęcie „joint venture” używane jest dla określenia współpracy międzynarodowej – zob. R. Oczkowska, *Joint venture jako strategia wejścia przedsiębiorstw zagranicznych na polski rynek. Koncepcja marketingowa*, Kraków 2005, s. 83 i n. oraz powoływana tam literatura.

⁷⁰ Tak A. Opalski, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 9, s. 878; odmiennie Izba Skarbowa w Łodzi, Pismo z dnia 22 września 2011 r., IPTPB1/415–63/11–2/DS, www.mofnet.gov.pl; R. Szczęsny, *Zarząd w spółkach kapitałowych. Rozdział X, pkt 7*, LEX/el. 2004, nr 43576, którzy pomimo uchylecia ustawy z dnia 14 czerwca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz. U. z 1997 r. Nr 26, poz. 143 ze zm.) mocą art. 99 pkt 3 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) utożsamiają „spółkę *joint venture*” ze „spółką z udziałem zagranicznym”; natomiast S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 250 oraz S. Włodyka, M. Spyra, w: *System Prawa Handlowego...*, t. 5, s. 613, z niewiadomych przyczyn rozpatrują nieobowiązującą ustawę o spółkach z udziałem zagranicznym i wskazują, że na jej podstawie tworzone są spółki mieszane o charakterze krajowo-zagranicznym, ale także zagraniczne spółki jednoosobowe lub wieloosobowe, które nie stanowią w ogóle formy współpracy (kooperacji) gospodarczej.

elementów ich konstrukcji, prowadzące w konsekwencji do powstania niejako formy mieszanej.

W tym miejscu warto zwrócić również uwagę na uprzednio wspomnianą regulację z zakresu zamówień publicznych, w której funkcjonuje pojęcie „spółki *joint venture* z udziałem podmiotów zamawiających”, czyli spółki posiadające podmiotowość prawną, utworzonej przez zamawiających. Posiadanie wspomnianej podmiotowości prawnej uwarunkowane jest brzmieniem art. 136 ust. 2 i 3 p. z. p., w którym ustawodawca posługuje się określeniem „podmiot utworzony przez zamawiających”. Oznacza to, że w prawie polskim omawianym terminem obejmuje się spółkę osobową albo kapitałową utworzoną przez zamawiających. Jedyną spółkę handlową, która z pewnością nie mieści się w pojęciu będącym przedmiotem niniejszych rozważań, stanowi spółka partnerska, z uwagi na to, że jest ona tworzona przez wspólników (partnerów) będących tylko osobami fizycznymi, w celu wykonywania jednego lub więcej wolnych zawodów określonych w art. 88 k. s. h. (*numerus clausus*).

Podsumowanie

„*Joint venture*” jest pojęciem bardzo wieloznacznym i trudno przypisać mu jednolite określenie. Powyższe uwarunkowane jest przede wszystkim tym, że termin będący przedmiotem niniejszego opracowania stanowi określenie właściwe dla materii zarówno prawa publicznego, jak i prywatnego. Po pierwsze, *joint venture* może być rozumiane jako typ współpracy podmiotów prawa polegający na podjęciu współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu na warunkach zapewniających wspólne, jak i indywidualne korzyści oraz z reguły przy wspólnym ponoszeniu ryzyka.

Po drugie, *joint venture* jako zasadnicza podstawa kooperacji stanowi umowę, na mocy której strony podejmują współpracę przy uwzględnieniu elementów właściwych, uprzednio wymienionych dla tego typu współpracy. Należy jednak pamiętać, że źródło wspólnych zachowań podmiotów może wynikać z innego zawartego porozumienia bądź zdarzenia prawnego, które jest niezależne od woli uczestników.

Po trzecie, *joint venture* jako forma podejmowanej współpracy oznacza nowo utworzoną wspólną strukturę organizacyjną, która poniekąd wyręcza uczestników ją tworzących w ich wspólnym działaniu (*joint venture* strukturalne) lub powiązanie uczestników o charakterze niezinstytucjonowanym (*joint venture* funkcjonalne)⁷¹.

⁷¹ Por. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 123.

W odniesieniu do używanego w obrocie pojęcia „spółka *joint venture*” należy opowiedzieć się za dopuszczalnością jego stosowania wyłącznie dla typu współpracy dwóch lub więcej podmiotów opartej na wykorzystaniu elementów konstrukcji powiązań gospodarczych charakterystycznych spółkom.

THE CONCEPT OF THE *JOINT VENTURE*

The article encompasses an analysis of non-uniformly concept of *joint venture*, which is located in co-operative issues, taking Polish and European regulations under consideration. The considerations present three aspects – *joint venture* as a type of co-operation, the general foundation and the specified form of co-operation.

As a type of entities co-operation means co-operation, which aims to attainment a common target under conditions, which ensures common and individual benefit. In this case entities usually incur common risk.

As the general basis of the cooperation is the agreement whereby the parties take up cooperate, taking into account the elements relevant to this type of co-operation.

As a form of co-operation is a new common structure or non institutional connection. This study has also raised the issue of „*joint venture* company”, which is the only appropriate term for a type of entities co-operation based on the use of elements of construction for companies.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Bożena Nowak-Chrząszczuk ■

GACACA – „INNY” WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI

1. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest system sądów Gacaca wdrożony w Rwandzie w latach 2001–2012, będący odpowiedzią na zbrodnię ludobójstwa, która miała miejsce w tym kraju w 1994 r.

W pierwszej części artykułu omówione zostaną cechy tego systemu jako mechanizmu sprawiedliwości transformacyjnej oraz podstawowe zasady procedury obowiązującej przed sądami Gacaca. Z opisu tego powinien wyłonić się obraz instytucji o złożonym charakterze, która służyć miała realizacji licznych celów, w tym przede wszystkim pociągnięciu do odpowiedzialności sprawców ludobójstwa, pojednaniu społeczeństwa rwandyjskiego i ujawnieniu prawdy o okolicznościach ludobójstwa.

W drugiej części niniejszego opracowania spróbuję poszukać odpowiednich kryteriów umożliwiających sformułowanie ogólnej oceny systemu sądów Gacaca jako mechanizmu sprawiedliwości transformacyjnej, a następnie takiej oceny dokonać. Złożoność stawianych Gacaca celów, ich wzajemny, niekiedy rozbieżny stosunek, a także różnorodność możliwych perspektyw oceny powodują, że ustalenie obiektywnych kryteriów, prowadzących do spójnych wniosków jest trudne. Poszukując tych kryteriów odwołuję się do sytuacji będącej bezpośrednim powodem ludobójstwa, aby następnie ocenić, czy działalność sądów Gacaca przyczyniła się do naprawy tej sytuacji oraz uchYLENIA niebezpieczeństwa jej odrodzenia się.

Chociaż dla europejskiego prawnika system sądów Gacaca może wydawać się egzotyczny, należy do dobrze znanych w Europie, ale nie zawsze

sprawdanych do wspólnego mianownika, mechanizmów sprawiedliwości transformacyjnej. System sądów Gacaca, podobnie jak przeprowadzona w Polsce lustracja, Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze, Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii czy Komisja Prawdy i Pojednania w RPA, służy społecznej i politycznej transformacji z dyktatorskiego systemu masowych naruszeń praw człowieka do systemu demokratycznego państwa prawa opartego na szacunku do godności człowieka. Chociaż mechanizmy te różnią się pomiędzy sobą, wykorzystując zmienne środki, metody i ramy instytucjonalne, a także stanowiąc reakcję na różnorodne sytuacje i konflikty, w gruncie rzeczy służą analogicznym celom.

Dla opisu niektórych instytucji funkcjonujących w procedurze Gacaca posłużyłam się nazewnictwem stosowanym w polskim prawie karnym. Zwracam jednak uwagę, że miało to na celu ogólne przybliżenie charakteru tych instytucji, nie zaś sugestię co do tożsamości rozwiązań przyjętych w polskim i rwandyjskim prawie.

2. Ludobójstwo w Rwandzie

W okresie trzech miesięcy 1994 roku¹ doszło w Rwandzie do zmasowanych ataków na ludność cywilną, w wyniku których śmierć poniosło od 500.000 do 1.000.000 osób, w większości ludności Tutsi i umiarkowanych Hutu.

Zbrodnia została zaplanowana i zorganizowana przez ekstremistyczne ugrupowania zrzeszające osoby z pochodzenia Hutu działające w strukturach władzy cywilnej i militarnej oraz w mediach. Ideologia «Hutu Power» postulująca społeczną i polityczną dyskryminację Tutsi, stanowiąca źródło wydarzeń z 1994 roku, znalazła licznych zwolenników w społeczeństwie rwandyjskim silnie podzielonym od czasów kolonialnych. W okolicznościach kryzysu gospodarczego wywołanego załamaniem się światowego rynku kawy do wykonania ludobójczego planu udało się zwerbować większą część ludności Hutu.

Eksterminacja ludności Tutsi i umiarkowanych Hutu ustała wraz z zakończeniem wojny domowej stanowiącej tło dla ludobójstwa i przejęciem władzy w Rwandzie przez Rwandyjski Front Patriotyczny składający się z dawnych uchodźców Tutsi przebywających na terytorium Ugandy, a obecnie rządzącą w Rwandzie partię polityczną.

¹ Od 7 kwietnia 1994 r. (data zestrzelenia samolotu z prezydentem Rwandy Juvenalem Habyarimaną na pokładzie) do 4 lipca tego samego roku.

Masowy charakter zbrodni zarówno po stronie sprawców, jak i ofiar oraz jej wyjątkowo brutalny przebieg skutkował w Rwandzie zupełnym rozpadem więzi społecznych, struktur państwowych, w tym struktur wymiaru sprawiedliwości oraz upadkiem gospodarki krajowej. Około 500.000 osób było początkowo podejrzanych o udział w ludobójstwie, a 120.000–130.000 osób² zostało tymczasowo aresztowanych³.

Po zakończeniu działań zbrojnych nowe władze w Rwandzie podjęły decyzję o pociągnięciu do odpowiedzialności sprawców zbrodni ludobójstwa oraz związanych z nią przestępstw, obejmując postępowaniami karnymi wszystkich możliwych do zidentyfikowania i ujęcia uczestników ataków, poczynając od organizatorów na wszystkich szczeblach władzy, przez podżegających do krwawych ataków pracowników prasy do indywidualnych „wykonawców” planu likwidacji ludności Tutsi. W 1996 r. uchwalono więc ustawę określającą ramy prawne dla osądzenia sprawców ludobójstwa⁴. Na mocy jej przepisów, w ramach istniejącego systemu sądownictwa⁵ powołano do życia specjalne izby orzekające wyłącznie w sprawach związanych z ludobójstwem.

Jednocześnie na podstawie Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 955 z dnia 8 listopada 1994 r. działalność rozpoczął Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (MTKR). W proces sądenia sprawców ludobójstwa włączyły się także sądy krajowe w Belgii, Francji i Szwajcarii.

Szybko okazało się, że z uwagi na skalę problemu oraz zdziesiątkowaną – po ludobójstwie – kadrę profesjonalnych prawników⁶ sądy powszechne oraz MTKR nie byłyby w stanie wykonać zadania rozliczenia sprawców ludobójstwa. Przed sądami powszechnymi i wojskowymi w przeciągu 5 lat przeprowadzonych

² Penal Reform International *Eight Years on ... A Record of Gacaca Monitoring in Rwanda*, 2010, s. 13, <http://www.penalreform.org/files/WEB%20english%20gacaca%20rwanda-5.pdf> (wejście: 5 marca 2013 r.); C. Mibenge *Enforcing International Humanitarian Law at the National Level: The Gacaca Jurisdiction of Rwanda*, Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 7, 2004, s. 411.

³ „Każdy Ruandyjczyk jest albo ocalonym z ludobójstwa, albo sprawcą, albo przyjacielem ocalonego lub sprawcy”. P. Kagame, w: P. Clark i Z. D. Kaufman *After Genocide. Transitional Justice, Post – Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, Columbia University Press, New York, 2009, s. xxi.

⁴ Organic Law No. 08/96 of August 30, 1996 r. On the Organization of Prosecutions for Offences constituting the Crime of Genocide of Crimes against Humanity committed since October 1, 1990.

⁵ Powszechnego i wojskowego.

⁶ W listopadzie 1994 r. w Rwandzie działało 244 sędziów, 12 prokuratorów oraz 137 pracowników administracyjnych w sądownictwie. Po sesjach szkoleniowych przeprowadzonych w 1996 r. liczba sędziów wzrosła do 841, prokuratorów do 210, a pracowników administracyjnych do 910 (<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw>).

zostało ok. 6.000 ze 120.000 postępowań. Oznaczało to, że przeprowadzenie wszystkich przewidywanych na tamten moment postępowań zajęłoby 100 lat.

Aby przyspieszyć proces osądzania sprawców ludobójstwa, konieczne stało się powołanie do życia instytucji, która odznaczałaby się wysokim poziomem efektywności procedowania, a jednocześnie przyczyniłaby się do odbudowy społecznej w kraju. Postanowiono więc o utworzeniu tymczasowego systemu sądownictwa wzorowanego na tradycyjnej instytucji służącej rozwiązywaniu sporów charakterystycznej dla krajów Afryki Środkowej, noszącej w Rwandzie nazwę *gacaca*⁷ (co w języku *kinyarwanda* oznacza „sprawiedliwość na trawie”). W tych niesformalizowanych sądach spory pomiędzy członkami lokalnej społeczności rozstrzygane są na publicznych zgromadzeniach⁸, w których biorą udział dorosli członkowie tej społeczności⁹ i każdy z nich uprawniony jest do zabrania głosu. Na początku dwudziestego wieku *gacaca* stanowiła podstawowy system wymiaru sprawiedliwości w Rwandzie. We wcześniejszym okresie funkcjonowania sądów *gacaca* rozstrzygnięcie zobowiązujące jedną ze stron sporu do zapłaty odszkodowania lub restytucji podejmowane było przez cieszących się autorytetem przedstawicieli społeczności (starszyznę). Z czasem państwo rozpoznawało znaczenie sądów *gacaca* i w ograniczonym zakresie wpływało na ich działalność. W okresie postkolonialnym rola sędziów została powierzona lokalnym urzędnikom państwowym. Sądy *gacaca* funkcjonowały równolegle z państwowym wymiarem sprawiedliwości. Stały się one głównym forum rozstrzygania sporów o charakterze cywilnoprawnym wykorzystywanym na terenach wiejskich, podczas gdy w miastach wymiar sprawiedliwości wykonywany był przez sądy powszechne. Wyłącznie sądy powszechne właściwe były w sprawach karnych.

Funkcjonowanie tradycyjnych sądów *gacaca* ma podstawy wyłącznie w lokalnym prawie zwyczajowym.

3. Gacaca jako mechanizm sprawiedliwości transformacyjnej

System sądów Gacaca utworzony w Rwandzie jako odpowiedź na zbrodnię ludobójstwa należy do mechanizmów sprawiedliwości transformacyjnej. Służą

⁷ W niniejszym opracowaniu wyraz *gacaca* pisany małą literą oznaczać będzie tradycyjne i nieformalne sądy *gacaca*, podczas gdy Gacaca pisane wielką literą powinno być rozumiane jako system sądów powołany do rozliczenia zbrodni ludobójstwa, którego działanie uregulowane zostało w opisanych w niniejszym opracowaniu aktach prawnych.

⁸ Chociaż publiczne rozwiązywanie konfliktu, nieobecne w jego wcześniejszych historycznych odsłonach, jest rezultatem ewolucji systemu *gacaca*.

⁹ Historycznie wyłącznie mężczyźni.

one transformacji społeczeństwa funkcjonującego w ramach systemu dyktatorskiego opartego na przemocy i naruszeniach podstawowych praw człowieka do systemu demokratycznego państwa prawa. Głównymi celami jakie stawia się instytucjom sprawiedliwości transformacyjnej są: wymierzenie kary osobom odpowiedzialnym za naruszenia praw człowieka, ujawnienie prawdy o naruszeniach popełnionych w poprzednim systemie i budowa (lub odbudowa) jednolitego społeczeństwa. W stosowanych na świecie modelach transformacyjnych różny akcent kładziono na poszczególne cele w zależności od specyfiki sytuacji w danym kraju, prawnych, gospodarczych i politycznych uwarunkowań.

Do mechanizmów sprawiedliwości transformacyjnej zalicza się: procesy karne, komisje prawdy (i pojednania), lustracje, systemy odszkodowań, reformy społeczne. Mając na uwadze złożoność celów stawianych systemom sprawiedliwości transformacyjnej, przyjmowane w praktyce modele mają charakter hybrydowy, łącząc w sobie kilka z ww. instytucji. Jedną z nich, której wybór zdeterminowany jest wiodącymi celami politycznymi i ekonomicznymi, przybiera rolę dominującą, a inne mają charakter wtórny, uzupełniający. I tak pracom komisji prawdy i pojednania towarzyszą pojedyncze procesy karne głównych sprawców naruszeń praw człowieka lub ciągi postępowań cywilnych, w których ofiary żądają naprawienia szkody przy wykorzystaniu środków charakterystycznych dla prawa cywilnego, a więc roszczenia o odszkodowanie. Również w modelach, w których dominującą rolę odgrywają procesy karne wdrażane są szczególnie rozwiązania ułatwiające dochodzenie roszczeń na drodze cywilnej. Same procesy karne różnią się od tych funkcjonujących w ramach standardowego systemu sądownictwa karnego. Ich przebieg zmodyfikowany jest poprzez wzmocnienie zasady jawności postępowania czy wdrożenie mechanizmów służących nadzwyczajnemu złagodzeniu kary, ugód obrończych¹⁰ czy chociaż częściowej amnestii. Trudno także wyobrazić sobie efektywny model sprawiedliwości transformacyjnej, któremu nie towarzyszyłyby rozbudowane reformy społeczne.

Model sprawiedliwości transformacyjnej przyjęty w Rwandzie oparty jest przede wszystkim na systemie sądów Gacaca, a także sądach powszechnych i wojskowych. Ich działalności towarzyszyły także daleko idące reformy społeczne.

Nie tylko model sprawiedliwości transformacyjnej, którego element stanowiła Gacaca, był złożony i wielowarstwowy. Również sama Gacaca miała charakter hybrydowy¹¹. Sądy Gacaca pełniły przede wszystkim funkcję sądów

¹⁰ Ang.: *plea bargain*.

¹¹ Na hybrydowy charakter systemu Gacaca z uwagi na jego cele i metody zwraca uwagę P. Clark (*P. Clark The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge 2010).

karnych, bowiem ich działalność koncentrowała się na pociągnięciu oskarżonych do odpowiedzialności karnej. Składy orzekające rozstrzygały o odpowiedzialności oskarżonego za zarzucany mu czyn noszący znamiona przestępstwa w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. Wyroki sądów Gacaca zawierały rozstrzygnięcie w przedmiocie kary, której egzekucja odbywała się przy wykorzystaniu przymusu państwowego. Z drugiej strony jednak element (obowiązkowej) partycypacji społecznej w funkcjonowaniu Gacaca oraz daleko posunięta jawność i bezpośredniość postępowania przybliżały Gacaca do komisji prawdy i pojednania¹².

Podobnie jak w przypadku innych rozwiązań przyjmowanych w ramach modeli sprawiedliwości transformacyjnej, również przed Gacaca postawiono złożone cele:

- „zakończenie kultury bezkarności” oraz pociągnięcie do odpowiedzialności wszystkich osób, które uczestniczyły w ludobójstwie,
- pojednanie Rwandyjczyków i utworzenie jednolitego społeczeństwa poprzez odbudowę więzi społecznych,
- ujawnienie prawdy o przyczynach, przebiegu i skutkach ludobójstwa.

Dzięki wdrożeniu systemu tysięcy mniejszych sądów Gacaca planowano także przyspieszyć proces sądenia sprawców ludobójstwa, co przełożyło się miało na zwolnienie oskarżonych lub podejrzanych z nadmiernie przedłużającego się (około dziesięcioletniego) „tymczasowego” aresztu. W 1998 roku w więzieniach przeznaczonych dla 18.000 osób przebywało ok. 145.000 tymczasowo aresztowanych¹³.

Realizacji powyższych celów służyć miał szereg rozwiązań przyjętych w procedowaniu sądów Gacaca, dotyczących struktury sądów i składu sędziowskiego, sposobu organizacji posiedzeń sądowych oraz zasad wymiaru kary.

Złożoność celów stawianych Gacaca utrudnia dobór odpowiednich kryteriów oceny jej funkcjonowania. Z jednej strony, patrząc na Gacaca jako na sąd karny, zasadne jest oczekiwanie, iż jej działalność będzie zgodna z zasadami sprawiedliwego procesu. Z drugiej strony, doszukując się w jej funkcjonowaniu cech komisji prawdy i pojednania, domagamy się skuteczności w odbudowie więzi społecznych. W formułowanych obecnie ocenach Gacaca dominuje perspektywa procesu karnego, co powoduje jej masową krytykę. Takie jednostronne podejście jest jednak poważnym i nieuprawnionym uproszczeniem. Pomija bowiem

¹² Z dużym uproszczeniem system sądów Gacaca porównać można do klasycznego systemu sądownictwa (co najmniej z założenia) nacechowanego elementami właściwymi postępowaniu mediacyjnemu.

¹³ International Centre for Prison Studies (http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=39, wejście: 25 lutego 2013 r.).

pozostałe cele Gacaca, a także nie uwzględnia szerszego kontekstu społecznego, w jakim funkcjonowała. Idea gacaca jest przecież wytworem kultury rwandyjskiej (czy szerzej: afrykańskiej). Odzwierciedla rozumienie przez Rwandyjczyków sprawiedliwości i sposobu jej wymierzania. Ich przywiązanie do tej idei odnajdujemy w licznych nieformalnych modelach funkcjonujących równolegle z „państwową” Gacaca wdrażanych w ośrodkach karnych czy wspólnotach religijnych, służących jako forum wyznania winy / grzechu w związku z udziałem w ludobójstwie.¹⁴

4. Ogólne zasady funkcjonowania sądów Gacaca

W przeciwieństwie do tradycyjnej gacaca, działalność sądów Gacaca przeznaczonych do rozliczenia sprawców ludobójstwa i rekonstrukcji społeczeństwa została uregulowana przepisami prawa.

Sądy Gacaca powołane zostały na mocy Prawa Organicznego Nr 40/2000 z dnia 26 stycznia 2001 r. („Prawo o Gacaca Nr 40/2000”)¹⁵. Po zakończeniu programu pilotażowego regulację tę zastąpiło Prawem Organicznym Nr 16/2004 z dnia 19 czerwca 2004 r. („Prawo o Gacaca Nr 16/2004”)¹⁶ następnie znowelizowanym w 2006 i 2007 roku, a ostatecznie przepisami Prawa Organicznego Zmieniającego i Uzupełniającego Prawo o Gacaca Nr 13/2008 z dnia 19 maja 2007 r.¹⁷ („Prawo o Gacaca Nr 13/2008”).

Sądy Gacaca zakończyły swoją działalność w dniu 18 czerwca 2012 roku.

4.1. Właściwość

Do właściwości sądów Gacaca należało orzekanie w sprawach aktów ludobójstwa, przestępstw przeciwko ludzkości oraz innych przestępstw wymienio-

¹⁴ P. Clark, op. cit., s. 65–66.

¹⁵ Organic Law Setting Up Gacaca Jurisdiction and Organizing Prosecutions for Offences Constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity Committed between October 1, 1990 and December 31, 1994.

¹⁶ Organic Law No. 16/2004 Establishing the Organisation, Competence and Functioning of Gacaca Courts Charged with Prosecuting and Trying the Perpetrators of the Crime of Genocide and Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994).

¹⁷ Organic Law No 13/2008 of 19/05/2007 modifying and complementing Organic Law No. 16/2004 of 19/6/2004 establishing the organisation, competence and functioning of Gacaca courts charged with prosecuting and trying the perpetrators of the crime of genocide and other crimes against humanity committed between October 1, 1990 and December 31, 1994 as modified and complemented to date.

nych w rwandyjskim Kodeksie karnym popełnionych z zamiarem ludobójczym lub zamiarem popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości popełnionych w okresie od 1 października 1990 r. do 31 grudnia 1994 r.¹⁸

Wprowadzono trzy kategorie podejrzanych / oskarżonych (zgodnie z pierwotnym podziałem: 4). Do kategorii I zaliczono podejrzanych o organizację, podżeganie, kierowanie zbrodnią ludobójstwa i zbrodnią przeciwko ludzkości, członków władz krajowych i lokalnych w strukturach administracji publicznej, partii politycznych, wojska, policji, przywódców religijnych, a także podejrzanych o gwałt oraz tortury na narządach płciowych. Kategoria II obejmowała podejrzanych o zabójstwo, tortury oraz spowodowanie uszkodzenia ciała. Do kategorii III zaliczono podejrzanych o przestępstwa przeciwko mieniu z wyłączeniem przypadków, kiedy sprawca i pokrzywdzony doszli do porozumienia¹⁹.

Sprawy podejrzanych należących do kategorii I przekazano do właściwości sądów powszechnych. Podejrzani zaliczeni do kategorii II i III sądzeni byli przed sądami Gacaca. Na mocy nowelizacji z 2008 r. rozszerzono właściwość sądów Gacaca o niektóre sprawy dotyczące podejrzanych z kategorii I, w tym podejrzanych o przestępstwa przemocy na tle seksualnym.

Struktura sądów Gacaca podporządkowana została podziałowi administracyjnemu kraju. Na najniższym szczeblu powołano do życia Gminne Sądy Gacaca²⁰, których właściwością objęto orzekanie w sprawach oskarżonych z kategorii III. Na poziomie sektora powołano do życia Sektorowe Sądy Gacaca²¹, którym powierzono orzekanie w sprawach oskarżonych z kategorii II, a następnie, po nowelizacji z 2008 r., także kategorii I (z wyjątkiem spraw, które pozostały w sądach powszechnych), i Apelacyjne Sądy Gacaca²² rozpoznające apelacje od wyroków Sektorowych Sądów Gacaca.

Po ostatecznym ustaleniu właściwości miejscowej na terytorium Rwandy działało ok. 11.000 sądów Gacaca.

4.2. „Sprawiedliwość bez prawników”

Nawiązując do tradycyjnego systemu rozwiązywania lokalnych sporów, Gacaca miała stanowić afrykańską odpowiedź na afrykańskie problemy. To odwołanie do tradycyjnego wzorca wyrażało się przede wszystkim w strukturze sądów i organów sądowych, procedurze wyboru ich członków, a także sposobie

¹⁸ Art. 1 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

¹⁹ Art. 9 Prawa o Gacaca Nr 13/2008.

²⁰ Gacaca Court of the Cell.

²¹ Gacaca Court of the Sector.

²² Gacaca Court of Appeal.

rozumienia funkcji wymiaru sprawiedliwości koncentrującego się na przywróceniu równowagi społecznej, a nie wymiarze adekwatnej kary. W praktyce sformalizowana Gacaca różniła się jednak znacznie od jej tradycyjnego wzorca²³, będąc systemem uregulowanym w obowiązujących przepisach, właściwym do rozstrzygania o odpowiedzialności karnej.

W wymiarze sprawiedliwości uczestniczyć mieli więc członkowie lokalnej społeczności, w której doszło do przestępstwa. To oni występowali w roli sędziów, aktywnych uczestników dyskusji zmierzającej do ustalenia prawdy o przebiegu ludobójstwa oraz stron procesu pojednawczego.

W ramach sądu Gacaca funkcjonowały trzy organy, których skład i sposób wyboru członków różnił się w zależności od szczebla administracyjnego, na którym zorganizowany był sąd. Najbardziej reprezentatywny z uwagi na partycypacyjny charakter sądów Gacaca miał skład i procedury wyboru członków organów w Gminnych Sądach Gacaca. Zasady te zostały więc opisane poniżej.

Do organów sądu Gacaca należały: Zgromadzenie Ogólne, Ława i Komitet Koordynacyjny.

Zgromadzenie Ogólne Gminnego Sądu Gacaca składało się z pełnoletnich mieszkańców danej gminy, stanowiąc forum, przed którym prowadzone było postępowanie (lub jego część)²⁴. Uczestnictwo w Zgromadzeniach Ogólnych było obowiązkowe²⁵.

Ława Gminnego Sądu Gacaca to organ składający się (po kolejnych nowelizacjach) z 7 osób²⁶ o uznanej reputacji wybieranych przez właściwe Zgromadzenie Ogólne spośród jego uczestników. Członkowie Ławy to sędziowie, których główne zadanie polegało na rozstrzygnięciu o odpowiedzialności oskarżonego i wymierzeniu kary. Poza tym kompetencje Ławy odpowiadały typowym uprawnieniom sędziego znanym ze współczesnych systemów wymiaru sprawiedliwości. Ława kierowała posiedzeniami sądu, wzywała i przesłuchiwała świadków oraz badała składane zeznania²⁷, mogła zarządzić

²³ Konstrukcja sformalizowanej Gacaca wykorzystuje elementy systemu tradycyjnego z różnych okresów jego rozwoju.

²⁴ Posiedzenia sądów Gacaca były jawne z wyjątkiem sytuacji, gdy – w określonych przepisami okolicznościach – podjęta została decyzja o prowadzeniu posiedzenia za zamkniętymi drzwiami (art. 21 Prawa o Gacaca Nr 16/2004).

²⁵ Art. 29 Prawa o Gacaca Nr 16/2004. Udział w Zgromadzeniach Ogólnych łączył się jednak z poważnymi niedogodnościami i wymagał poświęcenia przez mieszkańców na posiedzenia czasami nawet 2 dni w tygodniu.

²⁶ Początkowo 19, następnie 9, a od roku 2008 z 7 sędziów. W skład Ław wchodziły także zastępcy sędziów.

²⁷ Art. 34 i 39 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

poszukiwanie i tymczasowe aresztowanie podejrzanego lub jego warunkowe zwolnienie.

Charakterystyczne dla Gacaca było to, że sędziowie nie posiadali wykształcenia prawniczego, a zamiast tego musieli spełniać wymogi dotyczące postawy etycznej i posiadać umiejętności retoryczne. Sędzią nie mogła zostać osoba, która uczestniczyła w ludobójstwie lub była skazana na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 6 miesięcy²⁸, ale także osoba aktywna politycznie, urzędnik instytucji publicznej, funkcjonariusz policji lub wojska²⁹. Założeniem Gacaca było bowiem powierzenie wymiaru sprawiedliwości zainteresowanym wspólnotom lokalnym, co miało w założeniu dać wszystkim obywatelom poczucie współdecydowania, przyczyniając się w efekcie do pojednania. Ostatecznie w całym kraju powołano 170.000 sędziów, z czego większość to wykształcone osoby w średnim wieku (a 35% sędziów stanowiły kobiety³⁰). W przypadku Sektorowych Sądów Gacaca i Apelacyjnych Sądów Gacaca dominowali sędziowie z wyższym wykształceniem.³¹

Nieposiadający wykształcenia prawniczego sędziowie Sądów Gacaca uczestniczyli w szkoleniach przed objęciem stanowisk; dodatkowe sesje szkoleniowe organizowane były także w późniejszym czasie. Podczas tych krótkich sesji przekazywano sędziom podstawową wiedzę o zasadach funkcjonowania Gacaca, podstawowych zasadach prawnych, prawach człowieka, rozwiązywaniu konfliktów, zarządzaniu ludźmi, psychologii, zarządzaniu finansami.³² Szkolenia te trudno uznać za wystarczające, mając na uwadze wagę problemów, z jakimi spotykać się mieli sędziowie³³.

Komitet Koordynacyjny, którego członków sędziowie wybierali spośród siebie, pełnił funkcje administracyjne i porządkowe.

Rola publicznego prokuratora „zapożyczanego”, z funkcjonującego równolegle klasycznego systemu wymiaru sprawiedliwości ograniczona była do podejmowania czynności śledztwa i przekazywania zgromadzonych dowodów właściwemu sądowi Gacaca. Prokurator nie brał natomiast udziału w posiedzeniach Gacaca.

²⁸ Art. 14 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

²⁹ Art. 15 Prawa o Gacaca Nr 16/2004

³⁰ C. Mibenge, op. cit., s. 413.

³¹ P. Clark, op. cit., s. 76.

³² C. Mibenge, op. cit., s. 414.

³³ Penal Reform International, op. cit., s. 21 i 31; Human Rights Watch, *Justice Compromised. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*, maj 2011, s. 66–67.

4.3. Przebieg postępowania

Postępowanie przed sądami Gacaca podzielone było na kilka etapów.

Niezależnie od ustalonej właściwości rzeczowej sądów Gacaca, wyłącznie do Gminnych Sądów Gacaca należało prowadzenie dwóch wstępnych (przygotawczych) etapów postępowania. Dotyczyło to także spraw, w których ostatecznie orzekały sądy powszechne.

W trakcie pierwszego etapu Zgromadzenie Ogólne sporządzało wykazy zawierające podstawowe informacje wykorzystywane w późniejszych etapach postępowań, tj. przede wszystkim wykazy podejrzanych, pokrzywdzonych oraz spisy przedmiotów majątkowych utraconych w trakcie ludobójstwa.

Następnie Gminne Sądy Gacaca przypisywały podejrzanych do poszczególnych kategorii i przekazywały sprawy wykraczające poza ich właściwość do odpowiednich sądów.

Główny etap postępowania – rozprawa – prowadzony był już przed właściwym do rozpoznania sprawy sądem: Gacaca lub sądem powszechnym. Podczas rozprawy oskarżony składał wyjaśnienia, a świadkowie, w tym świadkowie powołani przez oskarżonego i pokrzywdzony – zeznania. Etap ten kończył się wydaniem wyroku, od którego³⁴ przysługiwała stronom apelacja rozpatrywana przez sąd Gacaca wyższego stopnia³⁵. W szczególnych przypadkach (np. ujawnienia nowych dowodów) sprawa mogła zostać poddana rewizji na wniosek nie tylko oskarżonego czy pokrzywdzonego, ale także każdej zainteresowanej osoby. Rewizja rozpatrywana była przez Apelacyjny Sąd Gacaca.³⁶

Zwyczajne posiedzenia Gminnych Sądów Gacaca odbywały się raz w tygodniu³⁷, a Sektorowych Sądów Gacaca – raz na trzy miesiące³⁸.

Członkowie Zgromadzenia Ogólnego mieli obowiązek aktywnego uczestniczenia w posiedzeniach. Każdy uczestnik Zgromadzenia Ogólnego był jednocześnie uprawniony i zobowiązany do zabierania głosu w trakcie posiedzenia, zadawania pytań oskarżonym zmierzających do ustalenia ich winy lub niewinności. Odmowa złożenia zeznań (rozumiana także jako nieujawnienie posiadanej wiedzy o aktach ludobójstwa) lub złożenie fałszywych zeznań stanowiło przestępstwo ścigane przez sądy Gacaca³⁹.

Równie ważna była już jednak sama obecność wszystkich (pełnoletnich) członków lokalnej wspólnoty, którzy poprzez wysłuchanie stron i świadków stawali się stroną procesu pojednawczego.

³⁴ Z wyjątkiem wyroków w sprawach przestępstw przeciwko mieniu.

³⁵ Art. 89 i n. Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

³⁶ Art. 24 Prawa o Gacaca Nr 13/2008.

³⁷ Art. 17 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

³⁸ Art. 19 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

³⁹ Art. 29 Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

4.4. Zasady wymiaru kary: ugoda obrończa

System sądów Gacaca to mechanizm sprawiedliwości transformacyjnej wpisujący się jednocześnie w ramy sprawiedliwości restoratywnej.

Wymiar sprawiedliwości restoratywnej koncentruje się na wynagrodzeniu krzywd doświadczonych przez pokrzywdzonego, nie zaś – jak w przypadku wymiaru sprawiedliwości represyjnej – na sprawiedliwej odpłacie i wymiarze kary współmiernej do wyrządzonej krzywdy. Wyrazem tego dążenia było w przypadku Gacaca zastosowanie instytucji ugody obrończej, której istota polegała na nadzwyczajnym złagodzeniu kary w zamian za przyznanie się oskarżonego/podejrzanego do winy⁴⁰.

Skorzystanie przez oskarżonego / podejrzanego z dobrodziejstwa nadzwyczajnego złagodzenia kary uwarunkowane było spełnieniem kilku przesłanek. Oskarżony musiał nie tylko przyznać się do winy, ale także wyjawić wszelkie istotne okoliczności dotyczące czynu przestępnego, w tym informacje o ofiarach, miejscu porzucenia zwłok oraz dane pozostałych współsprawców. Ostatecznie oskarżony wyrażał skruchę i prosił o przebaczenie. Oskarżony zobowiązany był – co do zasady – do osobistego stawiennictwa na posiedzeniu Gacaca, co służyło także uwiarygodnieniu skruchy. Oskarżony nie miał także prawa do skorzystania z pomocy obrońcy⁴¹.

Zasady obniżania kary w przypadku skorzystania przez oskarżonego / podejrzanego z instytucji ugody obrończej zostały ujęte w poniższej tabeli⁴².

Jak widać z poniższego zestawienia, jeżeli oskarżony zdecydował się na skorzystanie z instytucji ugody obrończej, przyznając się do winy dopiero na etapie rozpoznawania sprawy przez sąd II instancji lub w trakcie ponownego rozpoznawania sprawy, nie mógł już skorzystać z możliwości zamiany połowy z wymierzonej kary na obowiązek wykonywania prac społecznych.⁴³

⁴⁰ Art. 54 i n. Prawa o Gacaca Nr 16/2004.

⁴¹ Zdarzały się jednak pojedyncze przypadki, gdy sąd Gacaca dopuszczał do udziału w postępowaniu profesjonalnego obrońcę. (Human Rights Watch, op. cit., s. 28).

⁴² Na podstawie art. 72 i n. Prawa o Gacaca Nr 16/2004 z uwzględnieniem zmian wynikających z przepisów Prawa o Gacaca Nr 13/2008. Osoby skazane za przestępstwa zaliczone do I lub II kategorii były ponadto pozbawione praw publicznych.

⁴³ Art. 12 Prawa o Gacaca Nr 13/2008.

Kategoria podejrzanych		Standardowe zagrożenie karą (nieprzyznanie się do winy lub odmowa uwzględnienia)	Sankcja karna w przypadku przyznania się do winy przed sporządzeniem wykazu	Sankcja karna w przypadku przyznania się do winy po sporządzeniu wykazu
I		dożywotnie pozbawienie wolności (z zastrzonym rygorem)	20–24 lat pozbawienia wolności	25–30 lat pozbawienia wolności
II	zabójstwo lub usiłowanie zabójstwa	25–30 lat pozbawienia wolności	7–12 lat pozbawienia wolności, z czego połowa zostaje zawieszona z obowiązkiem wykonywania prac społecznych	12–15 lat pozbawienia wolności, z czego połowa zostaje zawieszona z obowiązkiem wykonywania prac społecznych
	spowodowanie uszkodzenia ciała	5–7 lat pozbawienia wolności, z czego połowa zostaje zawieszona z obowiązkiem wykonywania prac społecznych	1–3 lat pozbawienia wolności, z czego połowa zostaje zawieszona z obowiązkiem wykonywania prac społecznych	3–5 lat pozbawienia wolności, z czego połowa zostaje zawieszona z obowiązkiem wykonywania prac społecznych
III		Odszkodowanie lub restytucja	Instytucja ugody obrończej nie ma zastosowania	Instytucja ugody obrończej nie ma zastosowania

5. Kryteria oceny Gacaca

5.1. Różne perspektywy oceny

System sądów Gacaca szybko znalazł się w ogniu krytyki. Wyrazy dezaprobaty formułowane były zarówno przez bezpośrednich uczestników procesu, w tym oskarżonych i ofiary, jak i obserwujące działalność sądów organizacje pozarządowe, w tym Human Rights Watch, Amnesty International, African Rights czy Penal Reform International.

Z jednej strony zastrzeżenia budziły już teoretyczne założenia, na jakich oparta była Gacaca, wynikające wprost z regulacji prawnych. Z drugiej

strony wiele uwag związanych było z praktyczną działalnością sądów Gacaca, w tym ignorowaniem obowiązujących procedur przez członków Ław czy wykorzystywaniem systemu przez społeczeństwo w celu „załatwienia” prywatnych zatargów, niemających nic wspólnego z ludobójstwem⁴⁴.

Perspektywa oceny, a co za tym idzie źródło krytyki, różniła się w zależności od roli, jaką pełnił w systemie sądów Gacaca autor krytyki.

Ofiary nie mogły pogodzić się przede wszystkim z przewidzianym przepisami niskim zagrożeniem karą⁴⁵ będącym głównie skutkiem wdrożenia instytucji ugody obrończej. O ile idea sprawiedliwości restoratywnej sprawdzała się w przypadku tradycyjnej gacaca, do której właściwości należały spory o charakterze cywilnym, o tyle sprawiedliwość dla sprawców ludobójstwa powinna oznaczać – w odczuciu ofiar – surową karę, adekwatną do wagi przestępstwa.

Z kolei zarzuty oskarżonych oraz podejrzanych miały źródło w sposobie określenia jurysdykcji sądów Gacaca wyłączającego w zasadzie możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców przestępstw popełnionych przez żołnierzy Patriotycznej Armii Rwandy (militarnego skrzydła Rwandyjskiego Frontu Patriotycznego).⁴⁶ Zarzuty te odpowiadały formułowanej niejednokrotnie przy ocenie mechanizmów transformacyjnych krytyce metody postępowania określanej jako sprawiedliwość zwycięzcy („victor’s justice”) czy sprawiedliwość selektywna, sprowadzającej się do narzucenia sposobu rozumienia sprawiedliwości przez stronę wygrywającą konflikt stronie przegrywającej.

Organizacje pozarządowe zarzucały przede wszystkim brak poszanowania dla międzynarodowych standardów sprawiedliwego procesu, a w szczególności nieprzyznanie oskarżonym prawa do posiadania obrońcy.⁴⁷

5.2. Kryteria obiektywne

Z powyższego wynika, że jednoznaczna ocena, czy Gacaca rzeczywiście spełniła oczekiwania społeczne jest bardzo trudna, jeśli nie niemożliwa.

Wydaje się, że chociaż wszyscy zgadzali się co do zasadniczych celów Gacaca, to w praktyce każda z zainteresowanych grup inaczej wyobrażała sobie proces, jaki doprowadzić miał do osiągnięcia tych celów i ich wzajemną relację. O ile poszkodowani postrzegali wymiar sprawiedliwości w wykonaniu Gacaca przede wszystkim jako wymiar kary surowej, odpowiadającej ciężarowi popełnionych przestępstw i marginalizację społeczną przestępców, o tyle oskarżeni ocze-

⁴⁴ C. Mibenge, op. cit., str. 411; Human Rights Watch, op. cit., s. 94.

⁴⁵ Human Rights Watch, op. cit., s. 122–123.

⁴⁶ Human Rights Watch, op. cit., s. 125.

⁴⁷ Human Rights Watch, op. cit., s. 27.

kiwali przebaczenia i umożliwienia powrotu do domu. Organizacje pozarządowe za niezbędne uważały w pierwszej kolejności zapewnienie poszanowania zasad sprawiedliwego procesu. Z kolei z perspektywy autorów pomysłu Gacaca miała doprowadzić kraj do wewnętrznego zespolenia i umożliwić gospodarczy rozwój kraju (niemożliwy w sytuacji, w której znakomita większość mężczyzn w wieku produktywnym pozostawała w więzieniu lub na emigracji), co nie uchroniło Gacaca przed próbami (niejednokrotnie skutecznymi) podporządkowania jej działalności celom politycznym rządzącej ekipy.

Dostrzegając trudność w ustaleniu powszechnie akceptowalnych kryteriów analizy Gacaca, aktualne pozostaje jednak dążenie do sformułowania pewnych bardziej ogólnych ocen, które pozwolą nam zaakceptować bądź odrzucić system wymiaru sprawiedliwości stworzony przez Gacaca. Tym samym proponuję ustalić bezpośrednią przyczynę eskalacji przemocy w Rwandzie w połowie 1994 roku i odszukać cel Gacaca służący eliminacji tej przyczyny, a co za tym idzie – kryteria oceny realizacji tego celu.

5.3. Gacaca na drodze rozwoju gospodarczego Rwandy

Bezpośrednim powodem dla rozpoczęcia akcji ludobójczej był – co nie jest wyjątkiem w skali światowej – poważny kryzys gospodarczy, w jakim Rwanda znalazła się na początku lat dziewięćdziesiątych. W wyniku pogarszania się warunków życia ludności pogłębiły się animozje istniejące pomiędzy dwoma grupami zamieszkującymi kraj, co doprowadziło do powstania odpowiedniego gruntu do upowszechnienia idei ludobójczej.

„Na świecie jest niezliczona ilość ubogich krajów, których gospodarka jest w rozsypce, ale wydarzyło się jedynie kilka ludobójstw. Ani bieda, ani upadek gospodarczy sam nie spowodował ludobójstwa w Rwandzie. Z całą pewnością można jednak powiedzieć, że ubóstwo powiększa napięcia społeczne i, że kryzys ekonomiczny zwiększa niestabilność i, że te warunki powodują, że ludzie stają się bardziej podatni na demagogiczne wystąpienia osób podżegających do nienawiści. W Rwandzie, w końcówce lat osiemdziesiątych ubodzy ludzie stali się jeszcze bardziej ubodzy, co wywołało poważne konsekwencje wykorzystane przez «etnicznych manipulantów»”.⁴⁸ Z końcem lat osiemdziesiątych „ceny kawy spadły o 50%. Spadki były odczuwalne na każdym poziomie społeczeństwa rwandyjskiego, powodując powszechne niezadowolenie.”⁴⁹ Do niekorzystnych układów na światowych rynkach kawy dodać należy skut-

⁴⁸ International Panel of Eminent Personalities To Investigate the 1994 Genocide in Rwanda and the Surrounding Events, Organizacja Jedności Afryki „Rwanda: The Preventable Genocide”, pkt 5.2.

⁴⁹ Ibidem, pkt 5.3.

ki suszy z 1989 r., a w ostateczności wdrożenie planu strukturalnego narzucanego Rwandzie przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy i Bank Światowy (w zamian za pożyczkę, z której skorzystały wyłącznie rządzące elity kraju), powodujące drastyczne spadki przychodów i wzrost kosztów utrzymania. Ten fatalny układ gospodarczy, w jakim znalazła się Rwanda, doprowadził także do ekonomicznego (a w konsekwencji i społecznego) wykluczenia wielu młodych mężczyzn, którzy wkrótce zasilili paramilitarne jednostki⁵⁰ specjalizujące się w czystkach etnicznych.⁵¹

O ile likwidacja rzeczywistych podziałów społecznych mających za tło nienawiść „etniczną”⁵² możliwa będzie, przy odpowiedniej polityce państwa, w szczególności polityce edukacyjnej, w bardzo długiej perspektywie, o tyle na dzień dzisiejszy utrzymanie pokoju i zapobiegnięcie pogłębianiu się podziałów możliwe jest dzięki rozwojowi gospodarcemu kraju. Skoro bowiem załamanie gospodarcze Rwandy stanowiło bezpośrednią przyczynę dla rozlewu krwi, rozwój gospodarczy przyczyni się do budowy wewnętrznej stabilizacji i pokoju.

Stąd ocena Gacaca z perspektywy przyczynienia się do rozwoju gospodarczego wydaje się dzisiaj najbardziej adekwatna. Chociaż jest to uproszczenie i zredukowanie systemu o złożonych celach do wymiaru reformy gospodarczej, przyjęcie tej perspektywy umożliwia nam zastosowanie obiektywnych kryteriów oceny działalności Gacaca, która w przeciwnym razie musiałaby przybrać formę złożoną i subiektywną, uzależnioną od oceniającej grupy zainteresowanych podmiotów. Sami Rwandyjczycy (81,9% osób biorących udział w sondażu) wskazują na ubóstwo i problemy gospodarcze jako najważniejszy problem w Rwandzie w okresie po ludobójstwie.⁵³ Co więcej, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy nie jest przecież celem samym w sobie. Służy ono bowiem kształtowaniu stosunków społecznych, które definiowane są także przez sytuację ekonomiczną członków społeczeństwa. Efektywność wymiaru sprawiedliwości może, a nawet powinna, być więc oceniana także z perspektywy jego wpływu na sytuację ekonomiczną kraju.

⁵⁰ *Interhamwe i Impuzamugambi*.

⁵¹ Pkt 5.2–5.24.

⁵² „Etniczny” jest najbardziej adekwatnym w tym kontekście sformułowaniem, ale nie w pełni precyzyjnym. Tutsi i Hutu nie stanowili bowiem dwóch odrębnych grup etnicznych, ale jedynie odrębne grupy społeczne, do których przynależność określana była w latach trzydziestych przy zastosowaniu kryterium majątkowego. Teoria o dwóch grupach etnicznych stworzona została w ramach wypracowywania rasistowskich podstaw rządów kolonialnych i posłużyła w późniejszym czasie przy krzewieniu idei ludobójczych.

⁵³ S. Gabisirege, S. Babalola „Perceptions About the Gacaca Law in Rwanda: Evidence from a Multi-Method Study”. Special Publication No. 19, John Hopkins University School of Public Health, Center for Communications Programs, kwiecień 2001, s. 7.

Z pewnością Rwanda nie jest dzisiaj tym samym krajem, jakim była w przeddzień dramatycznych wydarzeń 1994 r. Nie przypomina już także znajdującego się w stanie upadku politycznego, społecznego i ekonomicznego państwa powstałego w następstwie tych wydarzeń. Rwanda jest obecnie przywoływana jako przykład sukcesów reformatorskich jej aktualnego prezydenta i autora kampanii Rwandyjskiego Frontu Patriotycznego z lat 1990–1994, Paula Kagame. Wdrożone przez niego reformy na polu ekonomicznym (wsparcie prywatnych inicjatyw gospodarczych poprzez wprowadzenie ułatwień w zakładaniu i działalności spółek, obrocie nieruchomościami, procedurach eksportowych i importowych⁵⁴), społecznym (wprowadzenie parytetów płci w organach władzy publicznej⁵⁵, zniesienie przejawów dyskryminacji kobiet w prawie rzeczowym i spadkowym), zdrowia publicznego oraz edukacji doprowadziły do stabilizacji w życiu publicznym i prywatnym⁵⁶. Jak podkreślają eksperci Banku Światowego: „Wszystkie te wysiłki przynoszą rezultaty w postaci wydajności regulacyjnej w Rwandzie. I poświęcenie Rwandy dla rozwoju sektora prywatnego, wdrażania pozytywnych reform prawnych znacznie przyczyniły się do jej nadrzędnego celu, jakim jest wzmacnianie narodowego pojednania i dobrobytu”⁵⁷. Rwanda jest dziś określana mianem „afrykańskiego Singapuru”⁵⁸.

Przeprowadzenie zakrojonych na szeroką skalę reform oraz rozbudowa infrastruktury, w szczególności transportowej (co ma ogromne znaczenie w rozwoju Rwandy – kraju pozbawionym dostępu do morza, a przez to potrzebującym dobrze rozwiniętej sieci dróg i kolei, które skomunikują kraj z ościennymi państwami posiadającymi taki dostęp; w przeciwnym razie eksport produktów, takich jak kawa czy herbata⁵⁹, może odbywać się głównie

⁵⁴ Bank Światowy: *Rwanda: fostering prosperity by promoting entrepreneurship* [w:] «*Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, edycja 10 (<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/Doing%20Business%202013>)

⁵⁵ Rwanda stała się pierwszym na świecie państwem, w którym kobiety stanowią większość parlamentarną.

⁵⁶ Z drugiej strony organizacje praw człowieka alarmują o stosowanych w Rwandzie praktykach dyktatorskich skutkujących zamykaniem opozycyjnych mediów, uniemożliwianiem działalności opozycyjnych partii. Do tego dodać należy kwestionowaną z perspektywy prawa międzynarodowego obecność Rwandy w Demokratycznej Republice Konga i jej udział w wojnach w Regionie Wielkich Jezior Afrykańskich.

⁵⁷ Bank Światowy, op. cit.

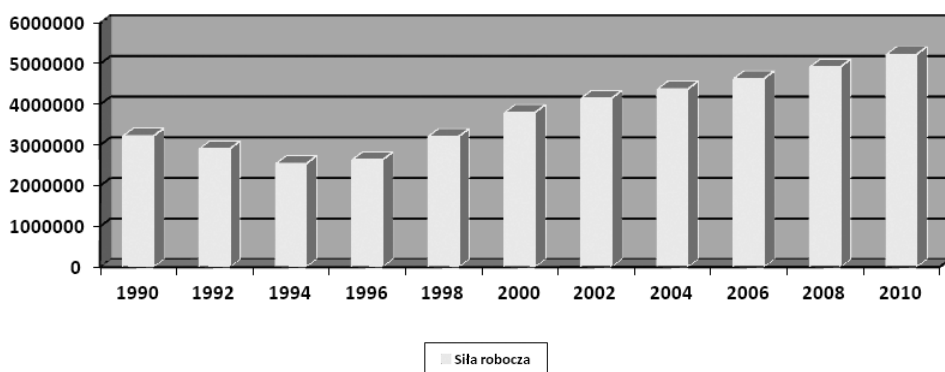
⁵⁸ *The Economist Business in Rwanda: Africa's Singapore?*, 25 kwietnia 2012 r.

⁵⁹ Kawa i herbata to główne dobra eksportowe Rwandy. Chociaż obecnie największe przychody otrzymuje z turystyki skoncentrowanej na górskich gorylach. (H. Nielsen, i A. Spenceley *The success of tourism in Rwanda –Gorillas and more. Background for the*

drogą lotniczą, co znacznie podnosi jego koszty), możliwe są pod warunkiem dysponowania odpowiednimi środkami finansowymi oraz odpowiednią siłą roboczą. O ile pieniądze na rozbudowę kraju Rwanda była w stanie pozyskać głównie dzięki wsparciu międzynarodowych instytucji finansowych i rządów innych krajów⁶⁰, o tyle siłę roboczą musiała zapewnić sama.

Tymczasem po zakończeniu ludobójstwa społeczeństwo rwandyjskie było zdziesiątkowane, z jednej strony wskutek zamordowania około 800.000 osób, a z drugiej wskutek aresztowania około 120.000–130.000 osób oraz emigracji około 1.500.000–2.000.000 osób. Odtworzenie siły roboczej w Rwandzie możliwe było więc dzięki zwolnieniu ludzi z aresztu, stworzeniu warunków zachęcających uchodźców do powrotu do kraju oraz organizacji systemu pozwalającego na wykonywanie kary za udział w ludobójstwie w warunkach wolnościowych.

Według danych Banku Światowego⁶¹ siła robocza w Rwandzie w 1994 r. wynosiła 2,5 mln osób w porównaniu do 3,2 mln w 1990 r. i 5,2 mln w 2010 r. (poniższa tabela, oparta na bazie danych Banku Światowego, uwidacznia opisany trend). Sukcesywny wzrost w sile roboczej pomiędzy 1990 a 2010 r. i dwukrotny jej wzrost pomiędzy rokiem 1994 a 2010 można jedynie częściowo przypisać szybkiemu przyrostowi naturalnemu. Uwzględniając bowiem, iż definicja siły roboczej stosowana przez Bank Światowy obejmuje osoby od 15. roku życia, to przyrost naturalny w tak krótkim czasie jedynie częściowo mógł przełożyć się na powiększenie grupy osób w wieku produktywnym.



African Success Stories Study, kwiecień 2010)

⁶⁰ A także czerpiąc korzyści z udziału sił rwandyjskich w konflikcie w Demokratycznej Republice Kongo.

⁶¹ <http://data.worldbank.org/indicator/SL.TLF.TOTL.IN>; Siła robocza to według definicji Banku Światowego populacja osób od 15. roku życia świadczących pracę przy produkcji towarów lub świadczeniu usług w danym okresie czasu. Definicja ta obejmuje zarówno osoby zatrudnione, jak i bezrobotne.

Trwająca przebudowa gospodarki jest jednak na razie kroplą w morzu potrzeb. Rwanda pozostaje jednym z najuboższych krajów świata, w którym w 2011 roku 44,9% populacji żyło na poziomie poniżej granicy ubóstwa⁶². I chociaż jest to wynik o ponad 13 punktów procentowych lepszy niż w roku 2006 to nadal nie można zaprzeczyć, że sytuacja ogromnej części rwandyjskiego społeczeństwa jest dramatyczna.

Trudno jest z całą pewnością stwierdzić, jak bardzo do przeobrażenia Rwandy przyczyniła się działalność sądów Gacaca. Niewątpliwie jednak Gacaca doprowadziła do „uwolnienia” poważnego potencjału siły roboczej. W 1998 roku w więzieniach przebywało ok. 145.000 osób, z czego większość tymczasowo aresztowana w związku z udziałem w ludobójstwie⁶³. Dodatkowo w trakcie prowadzonych przed Gacaca postępowań ujawniono kilkaset tysięcy nowych podejrzanych. Według informacji przekazanych Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka przez rząd rwandyjski do października 2008 r. do sądów Gacaca zgłoszono 1.127.706 spraw⁶⁴ (choć prawdopodobnie liczba osądzonych przez Gacaca osób była niższa⁶⁵). Penal Reform International podaje, że liczba oskarżonych mogła sięgnąć 750.000 osób, czyli 25% dorosłej populacji Rwandy.⁶⁶ Tymczasem pod koniec 2010 r. liczba aresztowanych spadła do 43.400⁶⁷, a w 2011 roku wyniosła 130⁶⁸.

Dzięki zastosowaniu mechanizmu ugód obrończych skutkujących drastycznym obniżeniem wymiaru kary, duża grupa oskarżonych (aresztowanych do czasu rozpoczęcia postępowań przez okres około 10 lat) została zwolniona z więzień tuż po uprawomocnieniu się wyroków. Na skutek zawarcia ugody obrończej podejrzani byli także zwalniani z aresztu uprzednio do rozpoczęcia procesu przed Gacaca, na wolności oczekując na wezwanie przed sąd.

⁶² <http://data.worldbank.org/country/rwanda>.

⁶³ International Centre for Prison Studies
(http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=39,
wejście: 25 lutego 2013 r.).

⁶⁴ 9 i 10 Okresowy raport Republiki Rwandy na podstawie Afrykańskiej Praw Człowieka i Ludów, lipiec 2009,
[http://www.achpr.org/files/sessions/47th/state-reports/9th-10th-2005-2009/
staterep9and10_rwanda_2009_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/47th/state-reports/9th-10th-2005-2009/staterep9and10_rwanda_2009_eng.pdf).

⁶⁵ P. Clark, op. cit., s. 51, przypis 8.

⁶⁶ Penal Reform International, op. cit., s. 28.

⁶⁷ Paralegals in Rwanda. A Case Study by Penal Reform International, styczeń 2012, s. 6,
(<http://www.penalreform.org/publications/paralegals-rwanda-case-study> ,
wejście: 25 lutego 2013 r.).

⁶⁸ Human Rights Watch, op. cit., s. 63.

W rozwoju kraju ważną rolę odgrywa także program prac społecznych („TIG”⁶⁹) oparty na świadczeniach wykonywanych przez osoby skazane przez Gacaca za udział w ludobójstwie, które skorzystały z mechanizmu ugody obrończej, dzięki czemu część wymierzonej im kary została zamieniona na obowiązek wykonywania prac społecznych. Program prac społecznych ruszył w 2005 r. Początkowo zasadą było, że skazany najpierw odbywał połowę orzeczonej kary pozbawienia wolności, a następnie druga połowa zamieniana była na obowiązek wykonywania prac społecznych. W 2008 r. odwrócono tę kolejność, a ponadto również druga połowa kary mogła ulec zamianie na obowiązek wykonywania prac społecznych. Prace te wykonywane były albo bezpośrednio w lokalnej wspólnocie, z której wywodził się skazany, albo w obozach TIG⁷⁰, a polegały głównie na budowie dróg, szkół, mieszkań dla pokrzywdzonych ludobójstwem. W połowie 2009 roku ponad 90.000 osób zostało ukaranych obowiązkiem wykonywania prac społecznych.⁷¹

Na znaczenie programu prac społecznych w rozwoju gospodarczym Rwandy wskazuje w swoim raporcie Human Rights Watch: „Prace społeczne, dzięki którym duża część społeczeństwa brała udział w odbudowie kraju, była szczególnie przydatna w świetle walki Rwandy z ubóstwem i jej zaangażowania w rozwój gospodarczy.” I dalej: „Z pewnością [program prac społecznych] odniósł sukces w zakresie ograniczenia populacji więziennej i przyczynił się do fizycznej odbudowy kraju.”⁷²

6. Podsumowanie

Wpływ, jaki wywarł powrót skazanych (i oskarżonych) do społeczeństwa, możliwy dzięki wdrożeniu systemu Gacaca, widoczny jest w ocenach Rwandyjczyków, którzy na problem patrzą ze swojej osobistej perspektywy: „Lata, w których moi synowie znajdowali się w więzieniu, miały bardzo duży wpływ na moją rodzinę. Jesteśmy ubogą rodziną i moi synowie są potrzebni na farmie. Inne rodziny pomagały nam od czasu ludobójstwa... Bóg wysłuchał nas i wszystko będzie teraz dobrze, od kiedy moi synowie wrócili do domu.”⁷³

Jednocześnie pokrzywdzonym sam fakt prowadzenia postępowań i publicznego potępienia czynów oskarżonych dał chociaż namiastkę satysfakcji

⁶⁹ Franc.: travaux d'intérêt général.

⁷⁰ Z czasem praca w obozach TIG stała się regułą.

⁷¹ Human Rights Watch, op. cit., s. 78–79.

⁷² Human Rights Watch, op. cit., s. 77, 79.

⁷³ P. Clark, op. cit., s. 180; wywiad z autorem.

wynikającej z wymiaru sprawiedliwości. Gdyby nie wdrożenie systemu sądów Gacaca byłoby to niemożliwe przy jednoczesnej akceptacji konieczności zwolnienia z więzień dziesiątek tysięcy osób i umożliwienia emigrantom powrotu (z których część stanęła przed Gacaca). Oczywiście działalność Gacaca jako taka nie może spowodować wzrostu gospodarczego w kraju. W tym celu niezbędne są głębokie reformy i inwestycje. Istnieją jednak argumenty przemawiające za tym, że Gacaca stanowiła warunek sukcesu podejmowanych przez rząd aktywności na polu gospodarczym⁷⁴. Paul Kagame tak podsumował działalność sądów Gacaca: „Spotkaliśmy się z licznymi problemami, próbując przyspieszyć działalność *gacaca*... Musimy podkreślać, że *gacaca* ma swój koniec, ponieważ, jako naród, mamy inne cele, takie jak rozwój ekonomiczny i budowanie bazy profesjonalistów.”⁷⁵

Bibliografia

1. Organic Law No. 08/96 of August 30, 1996 r. On the Organization of Prosecutions for Offences constituting the Crime of Genocide of Crimes against Humanity committed since October 1, 1990
2. Organic Law Setting Up Gacaca Jurisdiction and Organizing Prosecutions for Offences Constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity Committed between October 1, 1990 and December 31, 1994
3. Organic Law No. 16/2004 Establishing the Organisation, Competence and Functioning of Gacaca Courts Charged with Prosecuting and Trying the Perpetrators of the Crime of Genocide and Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994
4. Organic Law No 13/2008 of 19/05/2007 modifying and complementing Organic Law No. 16/2004 of 19/6/2004 establishing the organisation, competence and functioning of Gacaca courts charged with prosecuting and trying the perpetrators of the crime of genocide and other crimes against humanity committed between October 1, 1990 and December 31, 1994 as modified and complemented to date

⁷⁴ Inaczej P. Clark, op. cit., s. 183–185. Wydaje się jednak, że autor ocenia problem z nieco innej perspektywy.

⁷⁵ P. Clark, op. cit., s. 172, wywiad P. Kagame z autorem.

5. P. Clark, Z. D. Kaufman *After Genocide. Transitional Justice, Post – Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, Columbia University Press, New York, 2009
6. P. Clark, *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
7. S. Gabisirege, S. Babalola, *Perceptions About the Gacaca Law in Rwanda: Evidence from a Multi-Method Study*, Special Publication No. 19, John Hopkins University School of Public Health, Center for Communications Programs, kwiecień 2001
8. C. Mibenge, *Enforcing International Humanitarian Law at the National Level: The Gacaca Jurisdiction of Rwanda*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004
9. H. Nielsen, A. Spenceley *The success of tourism in Rwanda – Gorillas and more. Background for the African Success Stories Study*, kwiecień 2010
10. *The Economist*, *Business in Rwanda: Africa's Singapore?*, 25 kwietnia 2012.
11. Penal Reform International, *Eight Years on ... A Record of Gacaca Monitoring in Rwanda*, 2010
12. Human Rights Watch, *Justice Compromised. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*, maj 2011
13. International Panel of Eminent Personalities *To Investigate the 1994 Genocide in Rwanda and the Surrounding Events*, Organizacja Jedności Afryki, Rwanda: *The Preventable Genocide*.
14. Bank Światowy, *Rwanda: fostering prosperity by promoting entrepreneurship*, w: *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises* edycja 10
15. 9 i 10 Okresowy raport Republiki Rwandy na podstawie Afrykańskiej karty Praw Człowieka i Ludów, lipiec 2009
16. *Paralegals in Rwanda. A Case Study* by Penal Reform International, styczeń 2012
17. <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw>
18. www.prisonstudies.org
19. <http://data.worldbank.org>

GACACA – „ANOTHER” DIMENSION OF JUSTICE

The system of Gacaca courts is a transitional justice system, implemented in Rwanda in order to bring to justice perpetrators of 1994 genocide and reconcile Rwandan society. Complexity of Gacaca's objectives, its hybridity, and different possible perspectives for analysis lead to difficulties in formulating appropriate criteria for coherent assessment of the system. As the economic crisis in Rwanda was the most direct cause of escalation of violence in 1994 and economic problems in the country have been most often indicated by Rwandans and government officials as the most important problem in Rwanda following genocide the author turns to Gacaca's contribution to economic growth as the most objective criterium to assess Gacaca's success in transforming Rwandan society. Implementation of Gacaca and introduction of community service programme enabled the return to the society of a substantial part of the working-age population making the economic development of Rwanda possible.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4 (196) 2013
Warszawa 2013

Paweł Brzozowski ■

POZAUSTAWOWE KONTRATYPY – ZARYS PROBLEMATYKI

Pozaustawowe kontratypy są konstrukcją teoretyczną (koncepcją¹) funkcjonującą w polskim prawie karnym praktycznie od początku funkcjonowania samych kontratypów. Pomimo tego, że te ostatnie doczekały się licznych monografii, artykułów i innych opracowań naukowych, to tego samego nie można powiedzieć o samych pozaustawowych kontratypach. Wielu autorów poprzestaje na wygodnym dogmacie o dopuszczalności „instytucji” pozaustawowych kontratypów, a następnie przystępuje do wymienienia tych okoliczności wraz ze wskazaniem ich „znamion”. Tylko nieliczni poddają pod wątpliwość zasadność tej konstrukcji, jednak i ci nie podejmują się kompleksowej analizy tego problemu. W związku z tym postanowiłem dokonać syntezy dość mocno rozczłonkowanych poglądów na temat pozaustawowych kontratypów, tak aby wskazać na główne mankamenty tej koncepcji. Liczę, że dzięki temu dyskusja w tym zakresie dopiero się rozpocznie, co pozwoli lepiej zrozumieć tę „instytucję” i usunąć jej problemy.

Pozaustawowe kontratypy wielokrotnie nie wytrzymują konfrontacji z fundamentami polskiego systemu prawnego, w tym z filarami prawa karnego (funkcjami, zasadami) oraz poszczególnymi instytucjami i regulacjami przyjętymi przez ustawodawcę. Chodzi tu przede wszystkim o: funkcję ochronną i gwarancyjną prawa karnego, zasadę *nullum crimen sine lege*, zasadę podziału władzy, prawa pokrzywdzonego i art. 17 k.p.k. Ponadto nie ma formalnych ograniczeń

¹ Tej konstrukcji odmówiłem miana teorii ponieważ pozaustawowe kontratypy nie doczekały się głębszej analizy teoretycznej. Brak tym samym jakiś spójnych i złożonych zasad rządzących tą problematyką.

treści „znamion” poszczególnych pozaustawowych kontratypów, a sam katalog tych okoliczności jest prezentowany niejednolicie. Zwolennicy tej konstrukcji argumentują, że koncepcja ta zapewnia niezbędną elastyczność prawa karnego. Czy jednak taką elastyczność można uzyskać tylko za pomocą pozaustawowych kontratypów?

Analizę koncepcji pozaustawowych kontratypów należy zacząć od kwestii najbardziej fundamentalnych, jakimi są funkcje prawa karnego (a w szczególności funkcja ochronna i gwarancyjna). Jak się okazuje, kilku autorów już tu dostrzega mankamenty ww. konstrukcji. O relacji funkcji ochronnej z kontratypami (w tym kontratypami pozaustawowymi) wspomina między innymi A. Zoll. Według tego autora: „Wyłączenie bezprawności czynu na zasadzie kontratypu pozaustawowego osłabia ochronną funkcję prawa karnego”². Podobnie też czytamy w innej publikacji tego autora: „Kontratypy naruszają dobra mające wartość społeczną. Określoność kontratypów powinna więc umożliwić spełnienie funkcji ochronnej przez przepisy prawa karnego”³. Podobne zarzuty pod adresem pozaustawowych kontratypów można też sformułować z perspektywy funkcji gwarancyjnej, co dostrzec można w poglądach J. Warylewskiego. Autor ten, w trakcie dyskusji przeprowadzonej w ramach IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego (16 maja 2007 r.), zauważył że: „jestem przekonany, że funkcja gwarancyjna historycznie i normatywnie jest uzasadniona właśnie, jeżeli chodzi o typizację, a nie o wskazanie okoliczności wyłączających bezprawność”⁴. Czyli należy uznać, że w tym okresie autor uważał, że funkcja gwarancyjna nie odnosi się do kontratypów (w tym pozaustawowych). Analizując jednak treść podręcznika z 2009 r., można zauważyć zupełnie inny pogląd J. Warylewskiego na analizowaną relację. Warto zacytować wypowiedź tego autora w ramach przedmiotowej publikacji: „Ustawowa typizacja kontratypów spełnia też pewne funkcje gwarancyjne, których brak można zarzucić kontratypom pozaustawowym”⁵. Tezę o zmianie poglądów autora w tej materii umacnia również inny fragment tego podręcznika: „funkcja gwarancyjna uniemożliwia samowolę w procesie stanowienia i stosowania prawa karnego. Określoność przestępstwa i kary, rezygnacja z penalizacji zachowań, które nie cechują się społeczną szkodliwością, to tylko przykładowe warunki umożliwiające pełnienie tej funkcji.” Zatem można

² A. Zoll, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kk*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 86.

³ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 127

⁴ J. Warylewski, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. Jarosław Majewski, Toruń 2008, s. 123.

⁵ J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Warszawa 2009, s. 250.

uznać, że obecnie J. Warylewski dostrzega zachodzącą relację niezgodności między funkcją gwarancyjną prawa karnego a kontratypami pozaustawowymi (jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu). Całkowicie przeciwne stanowisko prezentuje A. Zoll – uważa on, że funkcja gwarancyjna wymaga gwarantowania ustawą tylko typów czynów zabronionych, a nie kontratypów (w tym też pozaustawowych): „Ze względów gwarancyjnych muszą być określone w ustawie przesłanki uzasadniające odpowiedzialność karną. Natomiast funkcja gwarancyjna prawa karnego nie wymaga ustawowego określenia katalogu okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną”⁶. Zatem krótko podsumowując, A. Zoll uważa, że koncepcja pozaustawowych kontratypów koliduje z funkcją ochronną (ale już nie z funkcją gwarancyjną prawa karnego). Zupełnie odwrotnie uważa natomiast J. Warylewski, wskazując w swoim podręczniku na niespełnianie przez tę konstrukcję wymogów funkcji gwarancyjnej.

Kolejne głosy krytyki pod adresem pozaustawowych kontratypów można wyprowadzić również z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege*. Z zasadą tą wiąże się kwestia dopuszczalności otwartego katalogu kontratypów. Istotą zasady *nullum crimen sine lege* jest między innymi to, że typy czynów zabronionych muszą być określone w akcie prawnym rangi ustawowej (*n.c.s.l. scripta*). Czy wymóg ten odnosi się też do drugiej strony odpowiedzialności karnej, a mianowicie do okoliczności ją wyłączających, takich jak kontratypy? Zdecydowana większość doktryny uważa, że nie. Pogląd, że *n.c.s.l.* nie odnosi się do kontratypów, prowadzi do wniosku, że katalog tych okoliczności jest otwarty, a w konsekwencji należy zaakceptować koncepcję pozaustawowych kontratypów. Do zwolenników takich poglądów można zaliczyć między innymi: W. Woltera⁷, A. Gubińskiego⁸, J. Warylewskiego⁹, M. Cieślaka¹⁰, I. Andrejewa¹¹, A. Krukow-

⁶ A. Zoll, *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 456, oraz podobnie w: A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 250.

⁷ Zob. W. Wolter, *Funkcje błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134. Podobnie też W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, Państwo i Prawo nr 10/1963, s. 505.

⁸ Zob. A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 6 i 7.

⁹ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Warszawa 2009, s. 248 i n. oraz J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bieleńskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 25.

¹⁰ Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 70.

¹¹ Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 215.

skiego¹², W. Świdę¹³, A. Marka¹⁴, M. Bojarskiego¹⁵, Ł. Pohla¹⁶, L. Lernella¹⁷ czy A. Zolla¹⁸. Zdecydowanie mniejszym gronem są zwolennicy objęcia kontratypów gwarancjami zasady *n.c.s.l.* Ta przewaga liczebna niekoniecznie jest jednak przewagą w sile argumentów. A. Szwarca pisał: „Kierując się celowością konsekwentnego przestrzegania zasady jedności systemu prawnego oraz obowiązywaniem w prawie karnym zasady *nullum crimen sine lege* skłaniam się do poglądu, że oparcie w ustawie winna mieć nie tylko bezprawność czynów zabronionych pod groźbą kary, ale także wyłączenie tej bezprawności.”¹⁹ Podobne stanowisko zajmuje również A. Zachuta²⁰. Niedopuszczalność otwartego katalogu kontratypów argumentuje on gwarancyjną funkcją prawa karnego, rolą pokrzywdzonego w postępowaniu karnym (w związku z ideą sprawiedliwości naprawczej), zamkniętym katalogiem źródeł prawa oraz zasadą trójpodziału władzy²¹. Znamienne jest to, że zasadę *nullum crimen sine lege* postrzega on „dwuwymiarowo”: „Drugą stroną tej gwarancji, jej lustrzanym odbiciem dla zachowania równowagi, jest także konieczność przyjęcia zasady, że tak, jak nikt poza ustawodawcą nie może decydować o tym, co podlega karze, tak nikt poza nim nie może również określać sytuacji zwalniającej sprawcę czynu zabronionego od odpowiedzialności karnej. Prawnokarne gwarancje odnoszą się bowiem nie tylko do sprawcy, ale i pokrzywdzonego”²². W związku z tym A. Zachuta skłania się do nieakceptowania koncepcji pozaustawowych kontratypów, bowiem „... nie ma teoretycznych i normatywnych podstaw do zaakceptowania możliwości występowania w naszym aktualnie obowiązującym porządku prawnym kontratypów niezaj-

¹² Zob. A. Krukowski, *Materialna treść czynu a okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną*, Nowe Prawo nr 12/1971, s. 1756.

¹³ Zob. W. Świda: *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 139.

¹⁴ Zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 165.

¹⁵ Zob. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne, część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2008, s. 170.

¹⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 257.

¹⁷ Zob. L. Lernell, *Wykłady prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1966, s. 209.

¹⁸ Zob. A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 426.

¹⁹ A. Szwarca *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe* [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. Jarosław Majewski, Toruń 2008, s. 75.

²⁰ Warto nadmienić, że autor ten jest sędzią Sądu Okręgowego w Krakowie, co pozwala mu spojrzeć na analizowany tutaj problem od strony praktycznej.

²¹ Zob. A. Zachuta: *Czy istnieją wiosenne kontratypy*, *Edukacja Prawnicza* nr 4 (79) 2006, s. 47.

²² A. Zachuta, *Czy istnieją...*, op. cit., s. 47.

dujących umocowania prawnego”²³. Również zwolennicy otwartego katalogu kontratypów wskazują na niebezpieczeństwa z tym związane. Przykładowo W. Wolter pisał: „Niebezpieczeństwo otwartego kręgu kontratypów tkwi w tym, by miejsce ewentualnego kontratypu o jakimś określonym charakterze nie zajęła li tylko odmienna ocena czynu typowo zakazanego, co z punktu widzenia praworządności jest rzeczą w pełni niewskazaną.”²⁴ Innymi słowy, problem otwartego katalogu kontratypów polega na tym, jakie są ograniczenia w tworzeniu pozaustawowych kontratypów. Wolter wskazuje również, że powinno się dążyć do możliwie jak najpełniejszej regulacji kontratypów w ustawie²⁵. Co prawda, kodeksowe kontratypy cechują się pewną ogólnikowością i problemem z nadaniem im precyzyjnej szaty (bez odwoływania się do ocen). Jednak „Ani jedna, ani druga trudność nie powinny jednak prowadzić do przemilczania ich w ustawie karnej, gdyż chodzi o zagadnienia niebłahe.”²⁶

Kolejną zasadą, która dużo dosadniej kłóci się z konstrukcją pozaustawowych kontratypów, jest fundamentalna, ustrojowa zasada podziału władzy. W tym zakresie szczególną uwagę należy zwrócić na prace naukowe A. Zolla. Autor ten wskazuje na fakt, że to, czy sędzia poprzez stosowanie pozaustawowych kontratypów narusza zasadę podziału władzy, zależeć będzie od tego, jak ustalimy relację między niezawisłością sędziowską a zasadą związania sędziego ustawą²⁷. Problem tej relacji był analizowany już od dawna. W doktrynie można było wyróżnić zatem zwolenników mocnego związania sędziego ustawą, jak i tych którzy, aprobowali związanie słabe²⁸. Dopuszczenie możliwości korzystania przez sędziego (w procesie orzekania) z pozaustawowych kontratypów ma bardzo doniosły wydźwięk w sferze zasady podziału władzy: „Uznanie pozaustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oznacza przyznanie organom wymiaru sprawiedliwości prawa do stwierdzenia braku przesłanek takiej odpowiedzialności, mimo że wystąpiły ustawowo określone jej przesłanki i brak jest ustawowych okoliczności wyłączających odpowiedzialność. Mamy więc w takim przypadku do czynienia z wkroczeniem władzy sądowniczej na obszar zarezerwowany dla ustawodawcy, a nawet więcej – z uprawnieniem władzy

²³ A. Zachuta, *Czy istnieją...*, op. cit., s. 48.

²⁴ W. Wolter, *Funkcje błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 134.

²⁵ W. Wolter, *Zasady odpowiedzialności karnej w świetle projektu kodeksu karnego*, Państwo i Prawo nr 2/1963, s. 232.

²⁶ W. Wolter, *O kontratypach i braku...*, op. cit., s. 506.

²⁷ Zob. A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 242.

²⁸ Szerzej zob. A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 243.

sądowniczej do dokonywania korektury w tym, co postanowił ustawodawca. Takie upoważnienie władzy sądowniczej powinno mieć konstytucyjne umocowanie. W obowiązującej Konstytucji umocowania takiego brak.”²⁹ Można zatem śmiało powiedzieć, że konstrukcja pozaustawowych kontratypów rażąco burzy teoretyczne założenia zasady podziału władzy, powodując że w takich sytuacjach mamy do czynienia: „... nie z twórczym uzupełnieniem wypowiedzi ustawodawczej przez sędziego, lecz z aprobowanym w literaturze i orzecznictwie niezastosowaniem się do polecenia ustawy”³⁰. Tak rażąca sprzeczność zasady podziału z koncepcją pozaustawowych kontratypów spowodowała, że A. Zoll nawet w pewnym fragmencie swojego komentarza wyraził pogląd, że: „Z uwagi na zasadę podziału władzy kontratypy powinny być w zasadzie określone ustawowo”³¹. Takie poglądy A. Zolla zaczynają być coraz częściej aprobowane we współczesnym piśmiennictwie karnistycznym, przykładowo można tu wymienić M. Królikowskiego³² czy W. Wróbla³³. W swoich wypowiedziach w ramach Kolokwium Bielańskiego również sędzia SN S. Zabłocki potwierdził, że sądowi nie wolno w taki sposób tworzyć prawa³⁴.

Dość często poruszany argument przemawiającym przeciw dopuszczalności koncepcji pozaustawowych kontratypów jest naruszanie poprzez tę konstrukcję praw pokrzywdzonego. W doktrynie prawa karnego duży nacisk kładzie się na ochronę praw oskarżonego. Na jego rzecz robi się wyłom w ogólnym zakazie wykładni rozszerzającej i analogii w prawie karnym. Do konstrukcji naruszających tę swego rodzaju równowagę podmiotów występujących w postę-

²⁹ Zob. A. Zoll, *Kodeks karny część ogólna komentarz, tom 1*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 396 oraz podobnie w: A. Zoll, *System Prawa Karnego, tom II, Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 263, oraz A. Zoll, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 86.

³⁰ A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą*, w: *Konstytucja i gwarancje...*, op. cit., s. 250.

³¹ A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 398.

³² Zob. M. Królikowski, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–3*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wydanie internetowe 2011, Wydawnictwo, C.H.Beck, nb. 74.

³³ Zob. W. Wróbel, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 95. Choć tu krytyka bardziej od strony naruszenia praw pokrzywdzonego.

³⁴ S. Zabłocki, *Zapis dyskusji*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 90: „Sędziemu, aby oprzeć rozstrzygnięcie na kontratypie pozaustawowym, nie wystarczy znajomość konstrukcji zgłoszonych przez teoretyków, nie wystarczy „powołanie się na teorię”. Musi on jeszcze możliwość odwołania się do kontratypu pozaustawowego niejako „osadzić” w systemie prawnym i systemie konstytucyjnym obowiązującym w miejscu i w momencie orzekania przez sędziego”.

powaniu karnym należy również konstrukcja pozaustawowych kontratypów³⁵. Przedstawiona wyżej preferencja oskarżonego jest spowodowana niedostrzeganiem innych podmiotów występujących w postępowaniu karnym. Chodzi tu zwłaszcza o pokrzywdzonego³⁶. Jak słusznie zauważył bowiem W. Wróbel: „... to, co działa na korzyść oskarżonego, z drugiej strony stanowi ograniczenie praw pokrzywdzonego – działa na jego niekorzyść.”³⁷ Konflikt dóbr w ramach nowoczesnego prawa karnego nie może być już rozpatrywany tylko w relacji państwo – sprawca (co wiąże się np. z „wąskim”³⁸ rozumienie funkcji gwarancyjnej czy zasady *nullum crimen sine lege*). Musi również uwzględniać ono relację państwo – ofiara (co wynika chociażby z coraz mocniej akcentowanej funkcji naprawczej prawa karnego³⁹). „Państwo jest więc z jednej strony zobowiązane do wytłumaczenia się ze stosowania środków karnych, z drugiej zaś strony jest zobowiązane do wytłumaczenia się, dlaczego rezygnuje ze ścigania za pomocą prawa karnego rodzajów zachowań zagrażających dobrom mającym wartość dla obywateli, społeczeństwa lub państwa.”⁴⁰ W przypadku pozaustawowych kontratypów państwo nie tłumaczy się ustawą z tego, że rezygnuje ze skazania, lecz tłumaczy się niejako poza prawem. Zatem ustawodawca musi działać tu dwubiegunowo i w pełni przewidywać jak dana regulacja wpłynie na status jednej, jak i drugiej strony. Bo prawo (nie tylko prawo karne, ale prawo w ogóle) można porównać do systemu naczyń połączonych, w którym poziom jednej regulacji nie pozostaje bez wpływu na pozostałe. Zaś w końcowym rezultacie to wszystko ma realne przełożenie na ludzkie problemy. Podsumowując, można jeszcze zacytować Z. Jędrzejewskiego, z którego wypowiedzi wynika ten „system naczyń połączonych”: „Każde rozszerzenie kontratypu (bezwzględne) contra verbum legis na korzyść sprawcy prowadzi eo ipso równocześnie do ograniczenia sfery wolności osoby trzeciej”⁴¹.

³⁵ Zob. np. A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 396 oraz A. Zoll: *Zapis dyskusji, w: Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 108.

³⁶ Zob. W. Wróbel, *Zapis dyskusji, w: Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 95.

³⁷ W. Wróbel, *Zapis dyskusji, w: Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 95.

³⁸ Poprzez takie, zwrot rozumiem funkcje gwarancyjną jako postulat wskazywania przez prawo karne co jest czynem zabronionym (a nie: co jest przestępstwem) i jednocześnie ochronę przed nadużyciami ze strony organów państwa (głównie sądu). W związku z tym funkcja w takim „wąskim” rozumieniu nie obejmuje kontratypów i innych okoliczności wyłączających przestępność. Analogicznie, „wąskie” pojmowanie zasady *n.c.s.l.* wiąże się dla mnie z poglądem, że zasada ta nie odnosi się do okoliczności wyłączających przestępność czynu.

³⁹ Zob. A. Zoll, *System Prawa Karnego, tom II, źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 264.

⁴⁰ Zob. A. Zoll, *System Prawa...*, op. cit., s. 224.

⁴¹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na*

Szczególnie doniosłe znaczenie dla praw pokrzywdzonego ma wpływ, jaki wywierają pozaustawowe kontratypy na jego prawo do obrony koniecznej. Chyba pierwszym autorem, który zwrócił na to zagadnienie szczególną uwagę, był H. Rajzman. Słusznie, a zarazem bardzo dosadnie zauważył on: „Kto i gdzie przekazał nauce uprawnienie do «kontratypizowania», do arbitralnego stanowienia norm, wiążących obywatela, przekreślających bezprawność krzywdzącego czynu, uznaną w ustawie, która czyn ten opisuje jak przestępstwo pewnego typu”⁴². Ponadto, analizowana tu koncepcja może pozbawić atakowanego prawa do obrony koniecznej⁴³. Jest to spowodowane tym, że napastnik działający w ramach pozaustawowego kontratypu nie działa bezprawnie. Natomiast obronę konieczną można zastosować tylko przy odpieraniu bezpośredniego bezprawnego zamachu. Zatem nie można skorzystać z kontratypu wyrażonego w art. 25 k.k., gdy napastnik atakuje nas w ramach pozaustawowego kontratypu. Takie wnioski szczególnie rażą swą „niesprawiedliwością”, ponieważ w opisanej sytuacji ustawowe prawo pokrzywdzonego do obrony koniecznej musi ustąpić pozaustawowemu prawu napastnika. Jeszcze bardziej drastycznie można powiedzieć, że ustawa znajduje się tu hierarchicznie niżej niż poglądy doktryny i orzecznictwa (hierarchii takiej bynajmniej nie przewiduje art. 87 Konstytucji RP).

Nie tylko konstrukcje teoretyczne, takie jak prezentowane tu funkcje, zasady i prawa, kłócą się z koncepcją pozaustawowych kontratypów. Konstrukcję tę trudno wytłumaczyć również z punktu widzenia niektórych przepisów ustawy – chodzi mianowicie o art. 17 k.p.k. Przedstawiona tu problematyka ma duże przełożenie na praktykę orzecniczą sądów. Nie wystarczy bowiem, by sąd stwierdził zajście pozaustawowego kontratypu w danej sprawie. Organ ten musi podjąć dane rozstrzygnięcie procesowe w oparciu o przepisy Kodeksu postępowania karnego, tak jak np. art. 17 k.p.k. Problem polega na tym, który z punktów tego przepisu wskazać jako podstawę prawną rozstrzygnięcia, w sytuacji gdy w sprawie pojawia się kontratyp pozaustawowy. W komentarzach przeważnie wskazuje się, że sąd w takiej sytuacji powinien skorzystać z art. 17 §1 pkt 2 k.p.k.⁴⁴ Takie

temat struktury przestępstwa, Warszawa 2009, dostępny w programie LEX.

⁴² H. Rajzman, *Analogia In bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, Annales UMCS, Section G, Vol. XIII, 2, 1966, s. 47.

⁴³ Zob. A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii*, op. cit., s. 427.

⁴⁴ Zob. Z. Gostyński, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego, tom I Komentarz*, red. Z. Gostyński, Warszawa 2003, s. 301. Zob. L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 17 kodeksu postępowania karnego*, red. J. Grajewski, wydanie internetowe LEX, stan prawny na 2011, nb. 4. Zob. E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, wydanie internetowe Lex Polonica, nb. 4.2 oraz E. Samborski: *Zarys metodyki pracy prokuratora*, wydanie internetowe Lex Polonica, nb. 2. Zob. P. Hofmański:

stanowisko dziwi, gdy zwróci się dokładną uwagę na treść interesującego nas tu przepisu. Druga część art. 17 §1 pkt 2 k.p.k. umożliwia nam umorzenie postępowania (albo niewszczywanie go) w sytuacji, gdy: „ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa”. Zatem ten fragment przepisu faktycznie odnosi się do okoliczności kontratypowych i innych wyłączających odpowiedzialność karną. Ustawodawca wyraźnie zaznaczył, że chodzi tylko o takie okoliczności wyłączające odpowiedzialność, które są opisane w ustawie. Na ten mankament w poglądach wskazanych autorów wskazał jednoznacznie J. Warylewski: „byłoby to rozwiązanie *contra legem* – wszak Kodeks postępowania karnego mówi wyraźnie, że to «ustawa stanowi, że to sprawca nie popełnia przestępstwa.»”⁴⁵. Zgodnie z założeniami derywacyjnej koncepcji wykładni M. Zielińskiego, przeciwstawienie jednoznaczniemu rezultatowi wykładni językowej (co w tym przypadku można by było przyjąć) rezultatami wykładni pozajęzykowej jest możliwe wtedy, gdy rezultat językowy burzy założenie o racjonalności aksjologicznej prawodawcy⁴⁶. W przedstawionej sytuacji trudno znaleźć argumenty systemowe, celowościowe, czy funkcjonalne, które przemawiałyby za rozumieniem zwrotu „ustawa” w sposób, który obejmowałby twory doktryny i orzecznictwa. Inni autorzy, wobec takiej sytuacji, poszukują ratunku w art. 17 §1 pkt 3 k.p.k. Na przedmiotowy przepis, jako rozwiązanie problemu pozaustawowych kontratypów na gruncie procedury karnej, wskazuje J. Warylewski. Argumentuje on to w następujący sposób: „nie mam jednak wątpliwości (przynajmniej w tej chwili), że ustawodawca, przewidując w art. 17 k.p.k. negatywne i pozytywne przesłanki procesowe, nie pozwala na wskazanie jako podstawy prawnej uniewinnienia czy też umorzenia wyłącznie samego opisu sytuacji, którą nazywamy kontratypem pozaustawowym. Dlatego uważam, że w przypadku wystąpienia kontratypu pozaustawowego i stwierdzenia tego już po rozpoczęciu przewodu sądowego jedyną możliwością jest wskazanie w podstawie prawnej wyroku umarzającego postępowanie karne na wystąpienie okoliczności wskazanej w 17 §1 pkt 3 k.p.k. – «społeczna szkodliwość czynu jest znikoma»”⁴⁷. Takie rozwiązanie, przy jednoczesnej akceptacji konstrukcji

Kodeks postępowania karnego, Komentarz, tom I, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 180.

⁴⁵ J. Warylewski, *Prawo karne część ogólna*, Warszawa 2009, s. 255. J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kółka Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 37.

⁴⁶ Zob. szerzej M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 343.

⁴⁷ J. Warylewski: *Prawo karne...*, op. cit., s. 256. J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, w: *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 37.

pozaustawowych kontraktów, jest wysoce wątpliwe. W dalszej kolejności Warylewski – by całkowicie nie oderwać się od konstrukcji kontraktu na rzecz społecznej szkodliwości – postuluje, aby sąd w uzasadnieniu wskazał, z jakiego kontraktu pozaustawowego skorzystał⁴⁸. Trzeba przyznać, że jest to karkołomne rozwiązanie, a wręcz „schizofreniczne” – bo w sentencji sąd wskazuje na społeczną szkodliwość, a w uzasadnieniu na pozaustawowy kontrakt. W sytuacji gdy sąd chce umorzyć postępowanie z powodu pozaustawowego kontraktu, bardziej zasadne byłoby chyba jednak skorzystanie z art. 17 §1 pkt 11 k.p.k. Przepis ten bowiem otwiera katalog negatywnych przesłanek procesowych. Takie rozwiązanie ma tylko pewien „aksjologiczny” mankament. W sytuacji gdy sąd stwierdzi zajęcie art. 17 §1 pkt 2 k.p.k. (np. w sprawie wystąpi kontrakt obrony koniecznej), to wyda on wyrok uniewinniający (art. 414 §1 zdanie drugie k.p.k.). W sytuacji „innych okoliczności wyłączających ściganie” (założmy że np. pozaustawowych kontraktów) sąd umorzy postępowanie (art. 414 §1 zdanie pierwsze k.p.k.). Czyli mamy dwa kontrakty (ta sama kategoria okoliczności wyłączających bezprawność) i dwa zupełnie innej kategorii rozstrzygnięcia (wyrok uniewinniający i wyrok umarzający). W doktrynie na możliwość takiego rozwiązania wskazał E. Samborski. Choć jednocześnie należy się zdystansować od jego poglądów, ponieważ są w tym zakresie niespójne. Samborski bowiem, w tej samej publikacji, pozaustawowe kontrakty zalicza do kategorii z art. 17 §1 pkt 2 k.p.k., a w dalszej części zaliczał je też do art. 17 §1 pkt 11 k.p.k.⁴⁹

Nieobjęcie pozaustawowych kontraktów zasadą *nullum crimen sine lege certa* wiąże się z problemem określoności znamion tych okoliczności wyłączających bezprawność. Problem ten jest ściśle związany z ograniczeniami podmiotu, który „stanowi” te okoliczności wyłączające bezprawność. Bowiem: „Tymi (kontraktami – dop. P.B.), którymi nie zajął się ustawodawca, musi zajmować się orzecznictwo i nauka (doktryna prawa karnego)”⁵⁰. Jednak o ile ustawodawcą jest podmiot ściśle określony, stanowiący w ściśle określonej przez prawo procedurze, o tyle te wymogi nie odnoszą się do doktryny i orzecznictwa. Zatem może pojawić się tu bardzo dużo sprzecznych ze sobą poglądów. O dziwo jednak, nauka prawa karnego dość spójnie wypowiada się o „znamionach” poszczególnych pozaustawowych kontraktów. Tylko w nielicznych przypadkach można zaprezentować pewne bardziej istotne doktrynalne spory. Szczególnie

⁴⁸ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 256 oraz J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontrakty pozaustawowe, w: Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 38.

⁴⁹ Zob. E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, wydanie internetowe Lex Polonica, nb. 4.2.

⁵⁰ J. Warylewski: *Prawo karne...*, op. cit., s. 249.

wyraźnie tę problematykę widać na kanwie znamion kontratypu sztuki. Generalnie do nich zalicza się to, że⁵¹:

- a) Sprawcą czynu jest artysta.
- b) Efekt czynu jest dziełem artystycznym.
- c) Motywem działania artysty jest osiągnięcie celu artystycznego.

Najbardziej sporne wydaje się określenie „dzieła artystycznego”. Niektórzy autorzy (J. J. Nalewajko i R. Kubiak) uważają, że musi się ono cechować estetyką i mistrzowskim wykonaniem⁵². Zupełnie przeciwnie uważa J. Warylewski, wskazując, że odbiór dzieła jako artystycznego przez społeczeństwo nie ma znaczenia dla oceny wypełnienia znamienia pozaustawowego kontratypu⁵³. Generalnie zatem problem tego znamienia sprowadza się do ustalenia co jest, a co nie jest sztuką. Warto jednak jeszcze raz podkreślić, że doktryna i orzecznictwo, uznane jako twórcy pozaustawowych kontratypów, nie są pohamowani żadnymi ramami prawnymi w kreowaniu tych okoliczności i ich znamion, co stanowi potencjalne zagrożenie dla pewności prawa.

Powyżej pisałem o problemie określoności znamion pozaustawowych kontratypów. Problematyczny jest jednak już ich sam charakter prawny. Tak naprawdę niemal wszystkie zachowania, mianowane dość powszechnie w części literatury jako „pozaustawowe kontratypy”, mają wiele innych „masek” nadawanych im przez różnych innych przedstawicieli doktryny. Ci ostatni raz wskazują na legalność pierwotną, raz na wyłączenie społecznej szkodliwości, czy w końcu winy. Dla jasności przedstawię to w formie skrótowego wypunktowania:

- Ryzyko sportowe: Pierwotna legalność (A. Szwarc⁵⁴, P. Kardas⁵⁵, I.

⁵¹ Zob. J. J. Nalewajko, R. Kubiak: *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, *Palestra* z. 9/2000, s. 41.

⁵² Zob. J. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako...*, *Palestra* z. 9/2000, s. 37,

⁵³ Zob. J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 378–379.

⁵⁴ Zob. A. Szwarc, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe, w: Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 67. W przeszłości jednak autor ten uważał, że ryzyko sportowe jest pozaustawowym kontratypem: Zob. J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa?, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohla, Poznań 2009, s. 132, za: A. J. Szwarc: *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977, s. 192.

⁵⁵ Zob. P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, *Przegląd Sądowy* z. 1/2009, s. 20.

- Stachura⁵⁶, R. Kubiak⁵⁷); Pozaustawowy kontratyp (A. Marek⁵⁸); Zgoda dysponenta dobrem; Ryzyko dnia codziennego (A. Gubiński⁵⁹, W. Wolter⁶⁰); Wyłączenie winy.
- Zabiegi lecznicze: Pierwotna legalność (A. Zoll⁶¹, A. Liszewska⁶²); Pozaustawowy kontratyp (J. Warylewski⁶³).
 - Karcenie wychowawcze (w pewnym sensie „uchylony” przez art. 96¹ k.r.o.): Pierwotna legalność (I. Stachura⁶⁴); Pozaustawowy kontratyp (J. Warylewski⁶⁵, L. Gardocki⁶⁶, W. Wolter⁶⁷, A. Gubiński⁶⁸, Ł. Pohl⁶⁹); Pozaustawowy kontratyp oparty na zwyczaju (M. Kopeć⁷⁰); Inne, zależnie od szczegółowych okoliczności: społeczna szkodliwość, wina (F. Cieply⁷¹).
 - Zwyczaj (zwyczajowe dowody wdzięczności, zdarzenia cykliczne): Pierwotna legalność (J. Majewski⁷², Ł. Pohl⁷³); Pozaustawowy kontra-

⁵⁶ I. Stachura, *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, Czasopismo Prawa Karnego nr 2/2007, s. 142.

⁵⁷ R. Kubiak, *Legalność pierwotna ryzyka sportowego*, Prokuratura i Prawo nr 12/2006, s. 26: „Obie te jednak okoliczności (zgoda i ryzyko) skutkują legalnością pierwotną czynności sportowych”.

⁵⁸ Zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 175.

⁵⁹ Zob. A. Gubiński, *Ryzyko sportowe*, Nowe Prawo nr 10/1959, s. 1181.

⁶⁰ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 195.

⁶¹ Zob. np. A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 397 oraz A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii...*, op. cit., s. 434 – w przypisie.

⁶² Zob. A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 83.

⁶³ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 285. Choć zarazem wskazuje, że: „kontratyp zabiegów leczniczych zaczyna coraz bardziej tracić atrybuty kontratypu pozaustawowego”.

⁶⁴ Zob. I. Stachura, *Karcenie wychowawcze...*, op. cit., s. 127.

⁶⁵ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 291.

⁶⁶ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 130.

⁶⁷ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, op. cit., s. 201.

⁶⁸ Zob. A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 66.

⁶⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 279.

⁷⁰ Zob. M. Kopeć, *Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich*, w: *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, red. F. Cieply, Warszawa 2011, s. 106.

⁷¹ Zob. F. Cieply, *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, w: *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, red. F. Cieply, Warszawa 2011, s. 94–95.

⁷² Zob. J. Majewski, *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1184.

⁷³ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 285.

- typ (M. Cieślak⁷⁴, J. Warylewski⁷⁵); Znikoma społeczna szkodliwość.
- Zgoda dysponenta dobrem: Pierwotna legalność (A. Zoll⁷⁶); Pozaustawowy kontratyp (W. Wolter⁷⁷); Zależnie od szczegółowych okoliczności czyn jest pierwotnie legalny bądź jest dokonany w ramach pozaustawowego kontratypu (A. Spotowski⁷⁸, Ł. Pohl⁷⁹, M. Mozgawa⁸⁰, T. Bojarski⁸¹).
 - Sztuka: Pozaustawowy kontratyp (J. Warylewski⁸², M. Filar⁸³); Wyłączenie winy (M. Budyn-Kulik, M. Kulik⁸⁴); Inne: stan wyższej konieczności, zgoda, zwyczaj.

W doktrynie zatem niemal każdy z zarysowanych pozaustawowych kontratypów ma „podwójne dno”. Znaczy to, że wielokrotnie podstawy, prawnej legalizacji takiego czynu doszukuje się również w innych, poza kontratypowych, okolicznościach. Niejednokrotnie przyjmuje się legalność pierwotną takich czynów. Znaczy to, że tak naprawdę koncepcja pozaustawowych kontratypów nie jest jedynym remedium na legalizację tych zjawisk. Jest to zatem kolejny argument, który przemawia przeciw dopuszczalności tej konstrukcji.

Najbardziej istotnym argumentem zwolenników konstrukcji pozaustawowych kontratypów jest konieczność zapewnienia elastyczności prawa karnego w obliczu ciągłych zmian cywilizacyjnych⁸⁵. Pozaustawowe kontratypy nie są

⁷⁴ Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 69–70.

⁷⁵ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 308.

⁷⁶ Zob. np. A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 397 oraz A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii...*, op. cit., s. 434.

⁷⁷ Zob. W. Wolter, *O kontratypach i braku...*, op. cit., s. 507.

⁷⁸ Zob. A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” nr 2/1972, s. 82.

⁷⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 283.

⁸⁰ Zob. M. Mozgawa, *Prawo karne materialne – część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2009, s. 251.

⁸¹ Zob. T. Bojarski, *Polskie prawo karne, zarys części ogólnej*, Warszawa 2008, s. 180.

⁸² Zob. J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 378.

⁸³ Zob. M. Filar, *Sztuka i zagadnienie pornografii*, Nowe Prawo nr 10/1978, s. 144. Autor ten dość szczegółowo opisuje źródła takiego poglądu oparte o osiągnięcia zagranicznej doktryny prawa karnego.

⁸⁴ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, w: *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 244–245.

⁸⁵ Zob. W. Wolter: *O kontratypach i braku...*, op. cit., s. 506. Zob. A. Gubiński:

jednak jedyną możliwością dynamicznego dopasowania prawa karnego do postępu cywilizacyjnego. Dodatkowo koncepcja ta jest bardzo słaba teoretycznie, w porównaniu z innymi metodami uelastyczniania prawa, takimi jak np. klauzule generalne wyrażone w ustawie (które mają już bardzo ugruntowaną i podbudowaną pozycję w doktrynie)⁸⁶. Najbardziej klarowną alternatywę dla konstrukcji pozaustawowych kontratypów zaprezentował chyba A. Zoll. Warto zatem zacytować poglądy tego autora: „Wydaje się że w świetle obowiązujących zasad konstytucyjnych, a w szczególności zasady podziału władzy (art. 10) oraz zasady legalizmu (art. 7 w zw. z art. 89) nie da się obronić instytucji pozaustawowych kontratypów. Myślę też, że nie ma takiej potrzeby. Jeżeli się wyraźnie oddzieli wynikający z braku ataku na dobro prawne lub braku naruszenia przyjętej reguły postępowania z tym dobrem brak społecznej szkodliwości czynu od kontratypów pozaustawowych i weźmie się pod uwagę bardzo szeroki zakres kontratypu stanu wyższej konieczności (art. 26 §1 k.k.), to rzeczywiście można mieć wątpliwości, czy kategoria kontratypów pozaustawowych nie jest od strony jej desygnatów pusta.”⁸⁷ Stanowisku temu wtóruje inny przedstawiciel krakowskiej szkoły prawa karnego – A. Zachuta. Rozwiązania doszukuje się on nie tylko w winie i społecznej szkodliwości, ale też w zgodzie dysponenta dobrem⁸⁸. Ponadto można sobie wyobrazić i inne możliwe sposoby rozwiązania tych problemów, co jednak przekracza ramy tego artykułu.

Podsumowując, koncepcja pozaustawowych kontratypów ma wiele poważnych mankamentów. Wiele z nich jest niestety niedostrzeganych, a co gorsza, bagatelizowanych przez większą część doktryny prawa karnego (która opowiada się za dopuszczalnością tej konstrukcji). Za główne uzasadnienie istnienia otwartego katalogu kontratypów stawia się konieczność elastyczności prawa. Umniejsza się jednocześnie wiele innych argumentów przemawiających przeciw koncepcji pozaustawowych kontratypów. Powszechnie nie dostrzega się, że konstrukcja ta jest w potencjalnej kolizji z funkcjami, zasadami, prawami pokrzywdzonego i przepisami procedury karnej. Niewątpliwie prawo powinno być elastyczne tak, aby zapewnić uczciwe rozstrzygnięcia sądowe, proporcjonalnie do zmian społecznych, kulturowych czy politycznych. Warto jednak zaznaczyć, że prawo posiada również wiele innych, mniej kontrowersyjnych konstrukcji uelastyczniających,

Zasady prawa karnego, Warszawa 1996, s. 95. Zob. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne, część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2008, s. 170.

⁸⁶ Zob. W. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 68.

⁸⁷ A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii...*, op. cit., s. 434.

⁸⁸ Zob. A. Zachuta, *Czy istnieją...*, op. cit., s. 48.

wprost zaakceptowanych przez przepisy ustawy (np. społeczna szkodliwość czy wina). Cel elastyczności prawa nie może uświęcać aż tak drastycznego środka jakim okazuje się pozaustawowy kontratyp.

OUTSIDE STATUTORY OF THE FACTORS EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY – OUTLINE OF ISSUES

This article is devoted to analyse outside statutory of factors excluding criminal responsibility conception. Nowadays Polish jurisprudence quite widely accepts this one, not based on act conception. Only a few notice the shortcomings of outside of statutory factors excluding criminal responsibility. Nevertheless, not many make this topic on a deeper reflection. The article attempts to collect the views on this subject in existing polish jurisprudence. It should be noted, that this views are fragmented in numerous articles, books and commentaries. Therefore, an assessment of the concept of outside statutory of factors excluding criminal responsibility which relate to: the function of criminal law, *nullum crimen sine lege* rule, the separation of powers rule, protection the victim rights and the contents of art. 17 k.p.k. Furthermore, the problem of definiteness constituent elements of outside statutory of the factors excluding criminal responsibility was outlined. It was also presented what behaviors qualify as outside statutory of the factors excluding criminal responsibility by individual representatives of jurisprudence. As a result, the validity of conception of outside statutory of the factors excluding criminal responsibility seems to be fairly questionable.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, 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”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. 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. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. 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.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. 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.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

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. 8 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.