

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Wyrok ETPC jako precedens wiążący *quasi de iure* a efektywność porządku Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (perspektywa teoretycznoprawna)
- Normy *ius cogens* w orzeczeniach i opiniach doradczych Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka
- Konstytucyjne zasady postępowania karnego na tle orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego
- Podstawowe założenia badań empirycznych w prawoznawstwie – próba konfrontacji
- Kodeksowe pozwolenie zintegrowane a sektorowe pozwolenie wodnoprawne – doświadczenia niemieckie
- Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy najmu w związku z nieuiszczeniem kaucji zabezpieczającej
- Ochrona tajemnicy adwokackiej a usługi świadczone w chmurze obliczeniowej

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia
PRAWNICZE

Zeszyt 2 (210) 2017

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2017



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czaplński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, 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 2015 r. z liczbą **11 punktów** za publikację. „Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie od 1963 r.

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 hab. Bartosz Liżewski

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

WYROK ETPC JAKO PRECEDENS WIĄŻĄCY QUASI DE IURE A EFEKTYWNOŚĆ PORZĄDKU EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA (PERSPEKTYWA TEORETYCZNOPRAWNA)	7
I. Wprowadzenie i ustalenia pojęciowe	7
II. Monopol interpretacyjny a precedensowość wyroków ETPC	11
III. Standardy orzecznicze ETPC a krajowy proces decyzyjny	17
IV. Wyrok ETPC jako precedens wiążący <i>quasi de iure</i>	24
JUDGMENT OF THE ECHR AS A PRECEDENT BINDING QUASI DE IURE AND THE EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (THEORETICAL PERSPECTIVE)	29

dr Edyta Lis

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

NORMY IUS COGENS W ORZECZENIACH I OPINIACH DORADCZYCH MIĘDZYAMERYKAŃSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA	31
I. Wstęp	31
II. Zakres jurysdykcji <i>ratione materiae</i> ATPCz	34
III. Praktyka ATPCz	37
1. Wymuszone zaginięcia	37
2. Tortury	43
3. Dyskryminacja	46
IV. Funkcje <i>norm ius cogens</i> w praktyce ATPCz	51
V. Podsumowanie	52
Bibliografia	57
IUS COGENS NORMS IN JUDGEMENTS AND ADVISORY OPINIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS	66

mgr Arkadiusz Krajewski

Instytut Nauk Prawnych PAN

KONSTITUCYJNE ZASADY POSTĘPOWANIA KARNEGO NA TLE ORZECZNICTWA POLSKIEGO TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO....	67
Wstęp	67
Pojęcie, podział i rola konstytucyjnych zasad postępowania karnego	68
Zasada obiektywizmu	69
Zasada domniemania niewinności i zasada <i>in dubio pro reo</i>	72
Zasada prawa do obrony	74
Zasada publiczności	78
Zasada prawa do sądu	80
Zasada niezawisłości sędziowskiej	81
Zasada humanitaryzmu	82

Zasada udziału czynnika społecznego w procesie karnym	84
Podsumowanie i wnioski.....	85
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST THE BACKGROUND OF THE CASE-LAW OF THE POLISH CONSTITUTIONAL COURT	86

dr Artur Kotowski

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie
asystent – specjalista, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego (Izba Kar)

PODSTAWOWE ZAŁOŻENIA BADAŃ EMPIRYCZNYCH W PRAWOZNAWSTWIE – PRÓBA KONFRONTACJI.....	87
Wprowadzenie.....	87
Cz. I – podejście empiryczne w filozofii prawa	91
Cz. II – główne założenia metodologii badań empirycznych	100
Cz. III – problemy praktyczne i samoograniczenia	111
FUNDAMENTAL ASSUMPTIONS OF THE EMPIRICAL RESEARCH IN THE JURISPRUDENCE FIELD: A COMPARISON ATTEMPT	114

dr hab. Jerzy Rotko, prof. INP PAN

Instytut Nauk Prawnych PAN

KODEKSOWE POZWOLENIE ZINTEGROWANE A SEKTOROWE POZWOLENIE WODNOPRAWNE – DOŚWIADCZENIA NIEMIECKIE	115
1. Geneza i koncepcja Kodeksu prawa ochrony środowiska.....	116
2. Kodeksowa koncepcja pozwolenia zintegrowanego.....	120
3. Ustawa o gospodarce wodnej z dnia 31 lipca 2009 r.	123
CODEX INTEGRATED PERMIT AND SECTORAL WATER PERMIT	128

dr hab. Tomasz Szanciło

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, sędzia Sądu Apelacyjnego w Warszawie

KARA UMOWNA Z TYTUŁU ODSTĄPIENIA OD UMOWY NAJMU W ZWIĄZKU Z NIEUISZCZENIEM KAUCJI ZABEZPIECZAJĄCEJ	129
1. Kara umowna a charakter świadczenia	129
2. Kara umowna za odstąpienie od umowy – konstrukcja prawna	134
3. Kara umowna a świadczenie pieniężne.....	137
4. Zabezpieczenie roszczeń w umowie najmu	140
5. Kaucja zabezpieczająca a świadczenie pieniężne	142
6. Obowiązek uiszczenia kaucji zabezpieczającej a wina najemcy	148
7. Podsumowanie	150
CONTRACTUAL PENALTY FOR WITHDRAWAL FROM A TENANCY AGREEMENT DUE TO NON-PAYMENT OF THE SECURITY DEPOSIT	152

mgr inż. Marcin Rojszczak

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji

OCHRONA TAJEMNICY ADWOKACKIEJ A USŁUGI ŚWIADCZONE W CHMURZE OBLICZENIOWEJ	153
Wprowadzenie	153
Chmura obliczeniowa	155
Dane prawników w chmurze obliczeniowej.....	157
Ochrona danych osobowych i przekazywanie danych do państwa trzeciego	160
Analiza przypadków	168
Podsumowanie	171
PROTECTION OF LEGAL PRIVILEGE IN THE CLOUD COMPUTING	174
 Informacje dla Autorów	 175

Bartosz Liżewski ■

WYROK ETPC JAKO PRECEDENS WIĄŻĄCY *QUASI DE IURE* A EFEKTYWNOŚĆ PORZĄDKU EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA (PERSPEKTYWA TEORETYCZNOPRAWNA)¹

I. Wprowadzenie i ustalenia pojęciowe

Niniejszy artykuł poświęcony jest teoretycznej refleksji nad precedensowym charakterem wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC lub Trybunał). Rozważania będą prowadzone z perspektywy kontynentalnej kultury prawnej i z pełną świadomością braku możliwości kwalifikowania wyroku ETPC jako precedensu w rozumieniu, jakie nadaje się tej instytucji w porządkach prawnych *common law*. Odwoływanie się do anglosaskiej konstrukcji precedensu będzie dokonywane tylko na potrzeby dokonywania porównań. Celem autora jest poddanie analizie argumentów przemawiających zarówno za, jak i przeciw możliwości uznania wyroków Trybunału za precedensowe, a nie dogmatyczna analiza wyroków Trybunału i zakres, w jakim wiążą one organy (przede wszystkim stosujące prawo) państw członkowskich Rady Europy. Ustalenie skali precedensowości wyroku ETPC wymagałoby przeprowadzenia

¹ Niniejszy artykuł opracowany został w ramach projektu 242320 kierowanego przez prof. dr. hab. L. Leszczyńskiego, zakwalifikowanego w konkursie Narodowego Centrum Nauki OPUS pt. „Potencjał argumentacji precedensowych w polskim porządku prawnym. Ujęcie teoretyczno-porównawcze”.

badań w każdym europejskim państwie systemu. W tym miejscu ograniczyć się tylko do wyrażenia przekonania o potrzebie ich przeprowadzenia, ponieważ wyniki uzyskane w toku takich badań mogłyby odpowiedzieć na pytanie o rzeczywistą skalę precedensowości wyroków ETPC, a także przyczyniłyby się do dokonania ustaleń dotyczących przyczyn wciąż niezadawalającego poziomu skuteczności porządku Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej EKPC lub Konwencja), którego reformowanie od wielu już lat skupia się na poszukiwaniu nowych mechanizmów zwiększających efektywność procesu kontroli².

Poczynione w artykule ustalenia teoretyczne mają mieć charakter optymalizacyjny, tzn. mają po pierwsze odpowiedzieć na pytanie o prawotwórczy charakter i moc wiążącą wyroku ETPC, a w kontekście tej odpowiedzi mają wskazać, że wyrok ETPC jako precedens wiążący *quasi de iure* stanowi wystarczający instrument dla zapewnienia efektywności europejskiego systemu ochrony praw człowieka. W moim przekonaniu specyfika porządku Konwencji wiąże się jednoznacznie z kształtowanymi na drodze orzeczniczej prawotwórczymi standardami ochrony, a sam porządek będzie miał sens tylko i wyłącznie wówczas, gdy wyrok ETPC uzyska status precedensu *quasi de iure* i to niezależnie od proceduralnych postanowień EKPC, które do takiej konkluzji prowadzą albo mogą prowadzić.

Prawa człowieka, jak chyba żadna inna materia prawna, obciążone są olbrzymim ładunkiem aksjologicznym, a ich treść zmienia się wraz z ewolucją życia społecznego, co dostatecznie ilustruje historia powojennej Europy. Jednym z elementów sprzyjających konieczności kształtowania treści praw człowieka na drodze orzeczniczej jest specyfika Konwencji jako międzynarodowej umowy, która jest zbiorem haseł i postulatów normatywnych. Należy wypełnić je treścią nie tylko dlatego, że sformułowania EKPC są językowo oszczędne, wręcz lakoniczne, ale również dlatego, że co do zasady tekst Konwencji w jego części materialnej jest niezmienny, jeżeli chodzi o postać gramatyczno-językową przepisów³. Budowa orzeczniczych standardów ochrony praw człowieka, którą to kompetencję posiada Trybunał, jest więc naturalną koniecznością i zarazem istotą porządku europejskiej ochrony praw osobistych i politycznych. ETPC nie tylko formu-

² A. Mowbray, *Proposals for Reform of the European Court of Human Rights*, "Public Law", summer 2002, s. 254.

³ Katalog praw człowieka sformułowany w rozdziale I EKPC jest rozbudowywany za pośrednictwem protokołów dodatkowych o charakterze materialnym, które formułują nowe prawa i rozbudowują katalog konwencyjnych praw chronionych, np. Protokół nr 1 z 20 marca 1953 r., ustanowił ochronę własności (art. 1), prawo do nauki (art. 2) i prawo do wolnych wyborów (art. 3). Pozostałe protokoły materialne mają charakter modyfikujący prawa z EKPC, np. Protokół nr 6 z 1 listopada 2000 r. dotyczący zniesienia kary śmierci modyfikuje treść zadania drugiego ust. 1 art. 2 EKPC.

łuże standardy ochrony, ale także zmienia ich treść, żeby zapewnić adekwatność rozumienia prawa człowieka do aktualnej rzeczywistości społecznej. Wobec takich argumentów początkowych (niezależnie od argumentów formalnych) należy już intuicyjnie przyznać pewien zakres precedensowości wyrokom ETPC. Jest to jednak tylko pewien zakres, ponieważ – moim zdaniem – uzyskanie przez wyrok ETPC prawnego statusu wiążącego precedensu prawotwórczego mogłoby wywołać skutek zgoła odmienny od założonego. W zróżnicowanej kulturowo i aksjologicznie Europie, państwa zamiast opierać decyzje krajowe na wyrokach Trybunału, wtedy kiedy jest to konieczne i wskazane, byłyby prawnie zobowiązane uwzględniać *ratio decidendi* przy podejmowaniu decyzji krajowych nawet wówczas, gdyby ze względu na kulturowy margines oceny nie było to wskazane. Taka sytuacja byłaby skrajnie systemowo szkodliwa. Naruszenie zasady *stare decisis* nie tylko dezintegrowałoby system, ale przede wszystkim podważałoby jego sens, przynosząc mu więcej szkody niż korzyści.

Na potrzeby niniejszego przyjmuję za J. Wróblewskim, że precedens to każda decyzja sądowa wpływająca *de iure* bądź *de facto* na podejmowanie innych decyzji⁴. Należy się oczywiście zgodzić z L. Morawskim, że nie chodzi o całą decyzję sądu ale o zawartą w sentencji lub uzasadnieniu tej decyzji normę ogólną, która stanowi podstawę dla rozstrzygnięcia spraw podobnych w przyszłości⁵. Ta norma ogólna stanowi nowość normatywną, a więc formułuje zakres zastosowania i zakres normowania normy w postaci, która po raz pierwszy stanowi podstawę kwalifikacji prawnej. Z tego wynika, że wyrok, który taką normę formułuje, ma charakter prawotwórczy, a tym samym taka decyzja prawotwórcza stanowi wyraz sądowego stanowienia prawa. M. Zirk-Sadowski pisze, że „... termin precedens używany w naszym języku ma swój specyficzny sens, wynikający z naszej kultury prawnej. Termin ten występuje w różnych znaczeniach zależnych nie tylko od systemu prawa, w których się pojawia, ale również ze względu na odmienne uzasadnienie teoretyczne tego rodzaju decyzji”⁶. W związku z powyższym należy postawić pytanie o zakres mocy wiążącej decyzji prawotwórczej. Jest to bardzo ważne pytanie przede wszystkim z systemowego punktu widzenia, ponieważ od odpowiedzi zależy, czy wyrok prawotwórczy można kwalifikować również jako źródło prawa.

⁴ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973, s. 133.

⁵ L. Morawski, *Czy precedens powinien być źródłem prawa*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa*, (red.) A. Korobowicz, A. Korybski, M. Kuryłowicz, J. Malarczyk, A. Pieniążek, Lublin 1996, s. 187.

⁶ M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, *Państwo i Prawo* nr 6/1980, s. 70.

Z punktu widzenia kultury prawa kontynentalnego przeciwstawia się jej zawsze w klasyczny już zresztą sposób anglosaską kulturę prawną. Precedens jest tym elementem, który pozwala na uchwycenie różnic pomiędzy tymi kulturami, biorąc pod uwagę strukturę źródeł prawa, a także procesy jego stanowienia i stosowania. W anglosaskiej kulturze prawnej precedens prawotwórczy, który wiąże *de iure*, jest źródłem prawa. Moc wiążąca wyroku precedensowego wynika z zasady *stare decisis* kształtującej regułę związania precedensem w toku podejmowania decyzji w sprawach podobnych⁷. Precedens prawotwórczy jako wyrok sądowy będący źródłem prawa obliguje prawnie sądy do opierania na nim decyzji w sprawach podobnych. W kulturze prawa kontynentalnego oraz w prawie międzynarodowym zasada *stare decisis* nie obowiązuje. Wyrok sądowy nie jest więc źródłem prawa i od strony formalnej nie wiąże innych sądów w sprawach podobnych. Można mówić co najwyżej o faktycznym oddziaływaniu wyroku sądowego na podejmowanie decyzji przez inne sądy w sprawach podobnych. Dlatego też wyrok sądowy w państwach należących do kręgu kultury prawa kontynentalnego, który oddziałuje w różny sposób na inne decyzje stosowania prawa określa się mianem precedensu *de facto*. Faktyczne oddziaływanie wyroku sądowego na inne decyzje stosowania prawa stanowi już odrębne zagadnienie tym bardziej, że zakres związania wyrokiem może być bardzo różny. L. Morawski pisze, że „Granica między precedensem *de facto* i *de iure* nie jest bynajmniej tak ostra... W wielu systemach prawnych (dotyczy to również polskiego systemu prawnego) wykształciły się bowiem reguły, nazwijmy je regułami paradygmatu prawniczego, które nie pozwalają sądom po prostu zignorować precedensu *de facto*, mimo że formalnie nie ma on mocy wiążącej”⁸. Na gruncie kultury prawa kontynentalnego to jednak kwestia zupełnie odrębnych rozważań.

Wytyczona przez precedens *de iure* i *de facto* wyraźna granica implikująca skutki na poziomie kultur prawnych przybiera inny wymiar w odniesieniu do wyroków ETPC. Wyroki Trybunału jako sądu międzynarodowego oddziałują (albo mają oddziaływać) w układzie multcentrycznym na wyroki sądów krajowych w zinternacjonalizowanym obszarze praw człowieka. W specyfice tych międzysystemowych relacji na linii państwa członkowskie Rady Europy – organy Konwencji należy upatrywać również specyfiki precedensowego charakteru wyroków ETPC. Chociaż nie można przypisać im atrybutu precedensu *de iure*, to jednak nie są one wyłącznie precedensami *de facto*. Należy przypisać im charakter pośredni. Wyroki te nie są wprawdzie prawnie wiążące, ale nie ograniczają

⁷ L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 301.

⁸ L. Morawski, *Czy precedens...*, op. cit., s. 188.

się także wyłącznie do faktycznego oddziaływania. Tworzą więc w moim przekonaniu nową kategorię precedensu, co stanowi przedmiot rozważań niniejszego artykułu.

II. Monopol interpretacyjny a precedensowość wyroków ETPC

Europejski Trybunał Praw Człowieka jest jedynym organem sądowym orzekającym w porządku Konwencji na poziomie międzynarodowym. Monopol jurysdykcyjny ETPC wynika jednoznacznie z art. 32 ust. 1 EKPC i „... odnosi się do wszystkich procedur, które mogą być wszczęte przed Trybunałem, a więc sprawy międzypaństwowej (art. 33), skargi indywidualnej (art. 34), kompetencji Trybunału w fazie wykonania wyroku (art. 46 ust. 3–5) oraz opinii doradczej (art. 47)”⁹. Monopol jurysdykcyjny oznacza również monopol interpretacyjny tym bardziej wobec sformułowania w art. 32 ust. 1 kompetencji do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania konwencji i jej protokołów. Trybunał wykonuje tę kompetencję poprzez kształtowanie standardów ochrony praw człowieka.

W sferze kompetencyjnej ETPC ponosi odpowiedzialność za formułowanie standardów praw człowieka, ale nie ponosi odpowiedzialności za ich implementację w prawie krajowym. Rolą Trybunału obok kształtowania standardów ochrony jest stwierdzanie potencjalnych naruszeń praw człowieka przez państwa i ewentualne sugerowanie zastosowania środków prawnych, dzięki którym stan naruszenia zostanie zlikwidowany. Implementacja standardów w prawie krajowym to obowiązek państwa realizowany za pośrednictwem różnych organów zarówno legislacyjnych, jak i stosujących prawo w typie sądowym i administracyjnym. System strasburski ma subsydiarny charakter, a więc ETPC powinien reagować dopiero wówczas, gdy na płaszczyźnie państwa naruszenia nie zostają dostrzeżone i usunięte przez odpowiednie organy. Oczywiście w kontekście proceduralnym postępowanie przed Trybunałem jest inicjowane po uznaniu dopuszczalności skargi indywidualnej. W układzie idealnym, gdyby państwa przestrzegały i gwarantowały prawa z EKPC, a wraz z nią wszystkie odpowiednie standardy orzecznicze ETPC, to reakcja organów strasburskich nie byłaby potrzebna. Rzeczywistość jednak kreśli zasadniczo inny scenariusz. Naruszanie Konwencji i standardów orzeczniczych Trybunału przez państwa Rady Europy

⁹ I. Kondak, *Komentarz do art. 32 EKPC*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, Tom II, (red.) L. Garlicki, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2011, s. 100.

to od wielu lat niestety sytuacja nagminna, która wymusza ponadprzeciętną aktywność ETPC. Skłania ona do refleksji na temat mocy wiążącej wyroków ETPC i zakresu ich precedensowości, tym bardziej, że zagadnienia te wiążą się bezpośrednio z problemem efektywności porządku EKPC.

Analizując zagadnienie precedensowości wyroków ETPC, oczywiście zauważam kwestię związania Trybunału swoimi wcześniejszymi wyrokami. ETPC akceptuje swoje ustanowione wcześniej standardy orzecznicze wtedy kiedy jest to konieczne do rozwoju konwencyjnego *case law*, ale ponieważ jest organem odpowiedzialnym również za „aktualność”¹⁰ standardu ochrony praw człowieka, to może standard ten rozwinąć, zmodyfikować albo zdezaktualizować, kiedy będą za tym przemawiały względy zmiany aksjologii społecznej. W związku z tym wraz ze zmieniającym się społecznym otoczeniem prawa ETPC może a nawet powinien modyfikować zakres zastosowania i zakres normowania normy wyrażającej konkretne prawo przysługujące jednostce. Trybunał dokonuje więc aktualizacji standardu ochrony, samodzielnie decydując, w jakim zakresie standard orzeczniczy zachowuje swą moc wiążącą, a w jakim zakresie należy go zmienić. Dlatego też ważniejszym aspektem jest analiza mocy wiążącej wyroku ETPC dla krajowych organów stosujących prawo (w tym przede wszystkim sądów).

M. Balcerzak, analizując materię precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka, zauważa, że orzeczenia organów międzynarodowych charakteryzować można przez ich niewątpliwie precedensotwórczy potencjał¹¹. Jakkolwiek jest to teza zarówno trafna, jak i oczywista zarazem, to jednak ma ona charakter bardzo ogólny i jest znaczeniowo otwarta. Bardzo często w literaturze przedmiotu można spotkać się z dystynkcją wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jako precedensów orzeczniczych. Z reguły autorzy tych sformułowań wiążą precedensowość wyroków Trybunału z faktem, iż ETPC jest źródłem formułowania standardów ochrony praw człowieka. Ta odpowiedzialna funkcja strasburskiego sądu determinuje dość stanowcze w swoim wydzwisku i aksjomatyczne zarazem tezy o precedensowości wyroków ETPC. Nie są one jednak poparte należyłą naukową refleksją i zbadaniem istoty precedensowości wyroków Trybunału w większości przypadków dlatego, że przedmiotem analizy jest szczegółowe badanie standardów ochrony konkretnego prawa lub jego

¹⁰ Pod pojęciem „aktualności” standardu ochrony praw człowieka należy rozumieć jego adekwatność do zmieniającej się rzeczywistości społecznej, obejmującej aspekty kulturowe, aksjologiczne, ekonomiczne i inne.

¹¹ M. Balcerzak, *Precedens w prawie międzynarodowym praw człowieka – zagadnienia wybrane*, [w:] *Prawa człowieka w XXI wieku – wyzwania dla ochrony prawnej*, (red.) C. Mik, Toruń 2005, s. 68.

aspektu. Dlatego też ten brak zainteresowania istotą zagadnienia precedensowości orzeczeń ETPC nie traktuję w kategorii zarzutu, ale raczej jako dość aksjomatyczną i powszechną akceptację dla tezy, która jest jednak bardzo ogólna i niedookreślona przez co wymaga głębszej naukowej eksploracji. Jest ona niezbędna tym bardziej wobec złożoności organizmu Rady Europy obejmującego praktycznie wszystkie państwa europejskie, ale także z uwagi na specyfikę standardów orzeczniczych Trybunału. Zestawienie tych faktów wywołuje doniosłe konsekwencje dla ustaleń dotyczących precedensowości wyroków ETPC.

Brak reguły *stare decisis* w publicznym prawie międzynarodowym powoduje, że wyroki sądów międzynarodowych, w tym również Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie mają od strony formalnej mocy prawnie wiążącej dla krajowych organów (przede wszystkim sądów) stosujących prawo. Jednak wyroki te tworzą standardy ochrony i siła ich autorytetu jest niekwestionowana. Można zadać sobie jednak pytanie, czy standardy ochrony wypracowane na drodze orzeczniczej przez ETPC są w taki sam sposób realizowane w poszczególnych państwach-stronach Konwencji. Odpowiedź nie jest prosta, ponieważ nie zawsze jest to możliwe, a analiza przyczyn braku tożsamości standardów ochrony w poszczególnych państwach jest zdecydowanie wieloaspektowa. Już sama specyfika warunków lokalnych może uzasadnić brak analogicznego stosowania standardu orzeczniczego w różnych państwach systemu¹². Ponadto należy dodać, że zakres rozumienia konwencyjnych praw chronionych w porządkach prawnych państw Rady Europy nie jest tożsamy. Po części wynika to z zasady autonomii ustawodawcy krajowego, który w ramach swoich kompetencji tworzy przepisy krajowe zgodnie z przyjętymi na poziomie państwa założeniami treściowymi i zakresowymi. Po części dysproporcje treściowe mogą wynikać także z braku ratyfikacji niektórych protokołów dodatkowych przez poszczególne państwa. Na przykład Rzeczpospolita Polska do tej pory nie ratyfikowała Protokołu nr 12 do EKPC z 4 listopada 2000 r. rozszerzającego zakaz dyskryminacji

¹² J. Sieńczyło-Chlabicz analizowała wpływ orzeczenia ETPC w sprawie von Hannover przeciwko Niemcom dotyczącego zakresu ochrony prywatności osób powszechnie znanych w prawie prywatnym w porządkach prawnych Niemiec, Francji, Wielkiej Brytanii i Polski. Przeprowadzone badania zdecydowanie wskazały na to, że powoływane orzeczenie wpłynęło na zbliżenie standardów prawnych w przedmiotowym zakresie, ale nie na ich tożsamość. Autorka zwróciła uwagę, że takie klauzule generalne, jak interes publiczny, wkład w debatę publiczną, interes informacyjny czy uzasadnione oczekiwanie poszanowania prywatności, są analogicznie ujmowane zarówno przez judykaturę, jak i doktrynę państw stanowiących przedmiot analizy, J. Sieńczyło-Chlabicz, *Wpływ orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie von Hannover przeciwko Niemcom na zakres ochrony prywatności osób powszechnie znanych w prawie prywatnym*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, (red.) A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 229–256.

na każde uprawnienie ustanowione przez prawo. Brak jednolitych podstaw normatywnych stanowi punkt wyjścia dla istniejących dysproporcji w rozumieniu poszczególnych praw i wolności człowieka. Z teoretycznego punktu widzenia wykładnia prawa krajowego wspomagana argumentem ze standardu orzeczniczego ETPC mogłaby wpłynąć na osiągnięcie stanu jednolitości rozumienia poszczególnych praw człowieka w europejskiej przestrzeni prawnej. Taki skutek mógłby być osiągnięty wówczas, gdyby standardy orzecznicze Trybunału byłyby we wszystkich państwach powszechnie i w zasadzie bez zastrzeżeń akceptowane. Orzecznictwo ETPC w zasadzie stanowi punkt odniesienia dla krajowych sądów i trybunałów¹³. Ten punkt odniesienia może oznaczać różny sposób oddziaływania standardów Trybunału na krajowy proces decyzyjny niezależnie od tego, że w ostatnich latach obserwujemy coraz silniejsze oddziaływanie wyroków ETPC na decyzje sądów krajowych. Niemniej jednak są państwa (jak np. Niemcy), w których wyroki strasburskiego trybunału pełnią w sposób wyraźny funkcję pomocniczą przy wykładni treści praw podstawowych, a w przypadku kolizji między stanowiskiem interpretacyjnym ETPC i Bundesverfassungsgericht temu ostatniemu przysługuje pierwszeństwo. W istocie przykład Niemiec pokazuje, że praktyka stosowania EKPC i standardów orzecznich Trybunału w poszczególnych państwach Rady Europy może przybierać różne postaci tym bardziej, że wobec braku reguły *stare decisis*, wyroki te nie są źródłami prawa.

Kolejnym ważnym aspektem, który należy uwzględnić, badając zakres precedensowości orzeczeń ETPC, jest koncepcja marginesu oceny. Doktryna ta rozwinęła się do tego stopnia, że aktualnie zajmuje centralne miejsce w orzecznictwie ETPC¹⁴. Jej istota opiera się na założeniu uwzględniania przez Trybunał specyfiki warunków lokalnych państwa, wobec którego wyrok jest wydawany. Trybunał w wyniku jej zastosowania zyskuje elastyczność w rozwiązywaniu konfliktów pojawiających się w europejskich państwach o odmiennych tradycjach prawnych i różnych uwarunkowaniach politycznych, kulturowych i społecznych¹⁵. Należy uznać, że skala problemu różnorodności krajowych systemów prawnych osiągnęła poziom, który zmusił Trybunał do wypracowania doktryny marginesu oceny. Tezy orzeczenia zapadłego wobec państwa w wyniku jej zastosowania mogą nie być w pełni aktualne wobec innych państw systemu, które

¹³ Szerzej na ten temat np. L. Garlicki, *Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe*, International Journal of Constitutional Law, nr 3–4/2008, s. 509–522.

¹⁴ O. Gross, F. Ni Aoláin, *From discretion to scrutiny: Revisiting the application doctrine in the context of article 15 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Quarterly, Vol. 23/2001, p. 625.

¹⁵ O. Bakircioglu, *The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases*, German Law Journal, Vol. 08/2007, p. 711.

charakteryzują się odmienną specyfiką warunków lokalnych. Należy w związku z tym przyjąć pogląd, zgodnie z którym tylko pewna ilość orzeczeń wyraża zobiektywizowane i jednocześnie uniwersalne standardy orzecznicze mające w równym stopniu zastosowanie dla wszystkich państw systemu Rady Europy. W konsekwencji istnieje pewna liczba spraw, w których rozstrzygnięcie zawarte w wyroku należy subiektywizować, gdyż zapadło w ścisłym związku ze specyfiką warunków lokalnych danego kraju. Nie w każdym przypadku takie rozstrzygnięcie może być zaadaptowane dla potrzeb rozstrzygnięcia sprawy podobnej w innym państwie europejskim. Z tego wynika, że orzecznicze standardy ochrony praw człowieka stanowią kategorię zróżnicowaną. Przez to nie wszystkie wyroki kształtujące standard orzeczniczy mogą być traktowane jako precedens wiążący wszystkie państwa w takim samym zakresie.

Ten aspekt zróżnicowania standardów orzeczniczych jest również widoczny w odniesieniu do dywersyfikacji standardów na standardy traktatowe i standardy zalecane (*soft-law*). Ten dualizm standardów w dorobku orzeczniczym ETPC jest również obecny szczególnie na tle spraw o bardzo dużym ładunku aksjologicznym. Do takiej kategorii spraw należy bez wątpienia problem uznania prawa do życia dziecka poczętego. Jest to zagadnienie fundamentalne, a postawione pytanie zawiera w sobie wymiary: prawny, medyczny, filozoficzny, etyczny i religijny. B. Gronowska zauważa, że ETPC w sytuacjach aksjologicznie złożonych stoi na stanowisku, że nie można forsować wyłącznie jednego kodeksu moralnego. To z kolei oznacza, że taki problem powinien być rozwiązywany na poziomie krajowym w ramach marginesu oceny przyznawanego organom krajowym¹⁶. Można odnieść wrażenie, że Trybunał niejako „ucieka” od zbudowania standardu wiążącego, ale jest to „ucieczka” odpowiedzialna uwzględniająca aksjologiczną złożoność podmiotową państw należących do rodziny Rady Europy. Z teoretycznego punktu widzenia ETPC oddziela dwie sfery problemów. Pierwsza z nich dotyczy spraw dotyczących zagadnień ugruntowanych aksjologicznie, co do których albo istnieje zgoda, albo nie ma większych kontrowersji wśród państw członkowskich. Ten twardy rdzeń pozwala Trybunałowi na formułowanie standardów ochrony, którym można przyznać charakter prawnie wiążących europejskie państwa. Pozostałe sprawy w swym wymiarze aksjologicznym dzielą państwa europejskie na tyle, że pozostawienie im marginesu swobody w zbudowaniu formuły ich rozstrzygnięcia wydaje się z perspektywy systemowej bezpieczniejsze dla istnienia i funkcjonowania europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Zupełnie już odmiennym problemem jest to, czy Trybunał nie

¹⁶ B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo przeciwko Francji (dot. Ochrony prawnej płodu ludzkiego w związku z wadliwym zabiegiem lekarskim)*, Prokuratura i Prawo nr 11–12/2004, s. 226.

nadużywa swojej władzy dyskrejonalnej i nie stara się narzucać standardów orzeczniczych ochrony w sprawach, które dotychczasowo były objęte marginesem uznania organów krajowych.

Europejski Trybunał Praw Człowieka posiada niewątpliwie monopol na interpretację Konwencji. Na podstawie powoływanego już powyżej art. 32 ust. 1 EKPC jest organem właściwym do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej protokołów dodatkowych. To, że jest jedynym organem wynika z przyjętych rozwiązań systemowych¹⁷, z którymi można dyskutować, akceptując bądź negując przyjęte i aktualnie obowiązujące rozwiązania proceduralne. Nie budzi jednak wątpliwości, że kompetencje interpretacyjne ETPC zostały zaprojektowane w sposób przemyślany i celowy. Poszanowanie wolności i praw człowieka stanowi ważny aspekt tożsamości wszystkich państw europejskich. Istotą europejskiego systemu ochrony było stworzenie płaszczyzny jednolitego europejskiego rozumienia praw i wolności człowieka. Powołanie organu sądowego, który byłby za to odpowiedzialny stało się naturalną konsekwencją powołania systemu ochrony i to niezależnie od faktu oczywistej lapidarności tekstu Konwencji. Powołując system europejskiej ochrony praw człowieka, skupiano się na tym, co łączy państwa europejskie, a nie tym co je dzieli. Wydaje się, że nie zdawano sobie wówczas sprawy zarówno ze skali zróżnicowania aksjologicznego występującego w państwach europejskich, jak i z postępu przyjmowania nowych członków do Rady Europy, oraz z tego, że częstotliwość naruszeń Konwencji osiągnie poziom masowy. ETPC stał się organem, który musiał się zmierzyć z sytuacją lawinowego wzrostu składanych skarg i w konsekwencji wydawanych wyroków¹⁸. Trybunał, który w założeniu miał być twórcą standardów ochrony praw człowieka i rozstrzygać spory jako superarbiter w sprawach między państwem a obywatelami, stał się „superproducentem” wyroków. Taka sytuacja wymusiła konieczność przeprowadzenia reform, które miały zrationalizować system i poprawić jakość orzekania ETPC.

¹⁷ Do chwili wejścia w życie protokołu dodatkowego nr 11 z 11 maja 1994 r., w ramach systemu ochrony funkcjonowały dwie instytucje powołane do kontroli wykonywania zobowiązań na podstawie EKPC, a mianowicie Europejska Komisja Praw Człowieka i działający sesyjnie Europejski Trybunał Praw Człowieka.

¹⁸ W 1990 r. liczba skarg złożonych do ETPC wyniosła 5279, a liczba wydanych wyroków 151. W 1998 r. skarg złożono 18 146, a wydane zostały 762 wyroki. W 2004 r. skarg złożono 40 943, a wydanych zostało 830 wyroków, [w:] Ł. Iluk, *Ewolucja europejskiego systemu ochrony praw człowieka, przyczyny i kierunki rozwoju*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie, z. IV/2006 r., s. 46; W roku 2014 liczba skarg osiągnęła pułap prawie 70 000 (dokładnie 69 900). Niemniej jednak należy uznać to za skutek reformy, ponieważ w 2011 r. liczba złożonych do ETPC skarg wyniosła 151 600.

Jest to jednak odrębne zagadnienie. Tak duża liczba wyroków musiała wiązać się z ich zróżnicowaniem treściowym. Tylko nieliczne są źródłem standardów ochrony praw człowieka. Wiele z nich powiela i podtrzymuje już istniejące standardy ochrony, a niektóre rozwijają standardy obowiązujące. To wewnętrzne zróżnicowanie treściowe wyroków na pewno nie pozostaje bez wpływu na określenie zakresu ich precedensowości. Dlatego niewątpliwie prawdą jest, że ETPC jest twórcą standardów ochrony praw człowieka, ale na pewno standardy te wynikają tylko z pewnej liczby orzeczeń, a nie ze wszystkich.

Spośród orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka za najważniejsze należy uznać te, które posiadają – jak pisze M. Balcerzak – „wpływ perswazyjny czy wręcz *de facto* wiążący na decyzje rozstrzygające o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw-stron Konwencji Europejskiej”¹⁹. Tylko te orzeczenia można rozpatrywać w kontekście ich precedensowego charakteru i to niezależnie od tego, czy mają walor precedensu interpretacyjnego, czy precedensu rozstrzygnięcia.

III. Standardy orzecznicze ETPC a krajowy proces decyzyjny

Uznanie wyroków ETPC za precedensowe ze względu na ich doniosłość treściową wynikającą z formułowania standardów ochrony praw człowieka samo w sobie nie determinuje możliwości uznania ich za precedensy prawnie wiążące. W prowadzonych rozważaniach cały czas musimy uwzględniać fakt, że wyrok Trybunału nie jest wiążący *de iure* jako podstawa prawna dla późniejszych decyzji sądów krajowych. Należy więc zastanowić się i odpowiedzieć na pytanie, w jakim zakresie wiąże on organy krajowe w procesie decyzyjnym podejmowanym na poziomie państwa. Punktem wyjścia jest analiza art. 46 ust. 1 EKPC. Zgodnie z jego treścią „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”. Analiza tego przepisu posiada dwa wymiary: szeroki i ścisły. Oba z nich mają kolosalne znaczenie przede wszystkim dla systemowego problemu skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka, ale przy okazji dotyczą również zagadnienia precedensowości orzeczeń ETPC. W sensie ścisłym treść art. 46 ust. 1 jest oczywista i obliuguje każde państwo do realizacji zobowiązania prawnomiędzynarodowego, którego formą jest wykonanie wyroku Trybunału wydanego w sprawie, w której państwo to było stroną i co do którego wyrok

¹⁹ M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 199.

ETPC stwierdził, że państwo to jest odpowiedzialne za naruszenie Konwencji. Ta forma wykonania wyroku związana jest z jego skutecznością indywidualną (*inter partes*). Wyrok ETPC jest to rozstrzygnięcie merytoryczne o naruszeniu praw człowieka gwarantowanych przez EKPC, czyli o kwestii będącej przedmiotem postępowania sądowego prowadzonego w Strasburgu. Istotnym elementem rozstrzygnięcia w przypadku stwierdzenia naruszenia jest określenie formy zadośćuczynienia. Zrealizowanie jej przez państwo oznacza, że wyrok został wykonany wobec strony. Wykonanie wyroku jest to jednak zdecydowanie szersze zagadnienie wykraczające zdecydowanie poza skuteczność indywidualną. Na tle tego obowiązku praktyka państw na przestrzeni półwiecza uległa bardzo istotnej zmianie. Jak zauważa L. Garlicki przez pierwsze czterdzieści lat funkcjonowania systemu „... dominowało tradycyjne podejście nawiązujące do klasycznych koncepcji prawa międzynarodowego i pozostawiające państwowi pełną swobodę w ustalaniu sposobu wykonywania wyroków Trybunału”²⁰. Ta tendencja zaczęła się zmieniać na rzecz stopniowej akceptacji państw dla powiększenia kompetencji ETPC w zakresie bardziej precyzyjnego konkretyzowania obowiązków implementacyjnych państwa. Aktualnie należy wyrazić przekonanie, że tendencja ta była konsekwencją problemów z uzyskaniem skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Ich skala była tak duża, że ETPC musiał uznać w wyroku z 30 czerwca 2006 r., w sprawie Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) przeciwko Szwajcarii²¹, że nienależyte wykonanie wyroku stanowi nowe i odrębne naruszenie Konwencji. W wyroku tym Trybunał przyznał, że „co do zasady pozwane państwo może wybierać środki, przy pomocy których wywiąże się ze swoich obowiązków z art. 46 ust. 1 Konwencji, pod warunkiem, że środki takie są zgodne z konkluzjami zawartymi w wyroku Trybunału”²². W ten oto sposób ETPC usankcjonował orzecniczo obowiązek respektowania przez państwo wykonania wyroku ETPC przy zastosowaniu środków prawnych w nich wskazanych.

Dlatego niezależnie od aspektu wykonania ostatecznego orzeczenia Trybunału w sensie ścisłym, niejako równolegle materializuje się inny aspekt wykonania wyroków, który na tle art. 46 ust. 1 EKPC można potraktować jako szeroki wymiar analizowanego zagadnienia związany ze skutecznością *erga omnes*, czyli z implementacją standardów orzecniczych w porządkach prawa krajowe-

²⁰ L. Garlicki, *Komentarz do art. 46 EKPC*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Tom II. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych, (red.) L. Garlicki, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 352.

²¹ Wyrok ETPC z dnia 30 czerwca 2009 r., w sprawie Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) przeciwko Szwajcarii, skarga nr 32772/02.

²² *Ibidem*.

go. Chodzi mianowicie o to, w jakim zakresie wyroki ETPC formułujące standardy ochrony praw człowieka stanowiące podstawy rozstrzygnięcia wiążą nie tylko państwa, przeciwko którym zostały wydane, ale państwa wszystkie, tym bardziej, że Konwencja w tym zakresie *expressis verbis* się nie wypowiada. W literaturze przedmiotu dość wyraźnie artykułowany jest pogląd pozycjonujący wyroki Trybunału jako orzeczenia wiążące wszystkie państwa członkowskie, co przekłada się na tezy o orientującym²³ czy kierunkowym²⁴ oddziaływaniu orzeczeń ETPC. Teza ta jest potwierdzana w orzecznictwie sądów krajowych, czego przykładem może być polski porządek prawny. Można wskazać na różne formy wykorzystywania orzecznictwa ETPC w praktyce stosowania prawa sądów polskich²⁵. Wśród nich znajdziemy także takie, w których orzeczenia ETPC stają się jednym z argumentów uzasadnienia wyroku sądu krajowego, korzystając z przymiotu autorytetu orzeczniczego. W takiej roli wyrok Trybunału staje się z reguły argumentem aksjologicznym, gdyż jako wartość wzmacnia sposób rozumienia regulacji krajowych lub uzupełnia regulacje krajowe, jeżeli sąd nie uznał za konieczne powołania ich w podstawie prawnej lub w sytuacji, gdy regulacji takich jest brak. W tym ostatnim przypadku odwołanie się do orzecznictwa ETPC zapewnia stosowanie prawa w zgodzie z Konwencją. Takie wykorzystanie standardu orzeczniczego możemy potraktować jako wykładnię rozszerzającą postanowień prawa krajowego, które powinny być uzupełnione poprzez uruchomienie procesu legislacyjnego. Takie śledzenie i uwzględnianie orzecznictwa strasburskiego w procesie stosowania prawa krajowego jest najbardziej wskazane i pożądane, gdyż minimalizuje przypadki łamania Konwencji.

W państwach porządku prawnego Rady Europy, a szczególnie Polski, uwzględnianie standardów orzecznich Trybunału w krajowych procesach decyzyjnych pozostawia wiele do życzenia. Właśnie w związku z tą negatywną oceną została podjęta 19 lutego 2010 r. Deklaracja z Interlaken²⁶. W jej treści²⁷

²³ G. Ress, *Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionsorange*, EuGRZ 1996, nr 13–14, s. 350.

²⁴ P. Grzegorzczak, *Skutki wyroków ETPCz w krajowym porządku prawnym*, PS, nr 6/2006, s. 17.

²⁵ Szerzej na temat roli orzecznictwa ETPC w procesie stosowania prawa przez sądy polskie zob. B. Liżewski, *Operacjonalizacja ochrony praw człowieka w porządku Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Studium teoretycznoprawne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2015, s. 403–413.

²⁶ Szwajcaria w ramach swojego przewodnictwa w Komitecie Ministrów Rady Europy zorganizowała konferencję, w trakcie której przedstawiciele wszystkich 47 państw członkowskich potwierdzili wolę przeprowadzenia niezbędnych reform w celu zapewnienia skuteczności ETPC w perspektywie długookresowej. Postanowienia konferencji zostały ujęte w Deklaracji z Interlaken.

²⁷ Tekst Deklaracji z Interlaken znajduje się na stronie www.strasburgre.msz.gov.pl

znalazły się zarówno zobowiązania państw członkowskich, jak również strasburskiego trybunału podjęte w celu poprawienia skuteczności systemu ochrony praw człowieka. Wśród nich szczególnie dwa są bardzo istotne z punktu widzenia prowadzonych rozważań. Pierwsze stanowi w zasadzie swoiste przypomnienie wagi i znaczenia reguły wyrażonej w art. 46 ust. 1 EKPC. W jego treści państwa zobowiązały się do pełnego wykonania wyroków Trybunału poprzez zapewnienie przyjęcia koniecznych środków w celu zapobiegania dalszym podobnym naruszeniom EKPC. Tak na marginesie, jeżeli po półwieczu funkcjonowania systemu państwa muszą ponownie się zobowiązywać do wyraźnego konwencyjnego nakazu wykonywania wyroków, to jest to co najmniej zastanawiające. Może świadczyć albo o braku odpowiedzialności państw świadomie uczestniczących w porządku EKPC, albo o braku ich dobrej woli w przestrzeganiu Konwencji, albo również o dużych dysproporcjach między poziomem aksjologii akceptowanym w państwie a tym kształtowanym przez Trybunał w swoim orzecznictwie. Niezależnie od ewoluowania systemu, przyjmowania nowych członków do Rady Europy i od ewolucji stosunków społecznych w państwach europejskich jest to sytuacja skrajnie niekorzystna dla *ratio* istnienia systemu. Może to również świadczyć o wielkich trudnościach w aksjologicznym konsolidowaniu tej przestrzeni prawnej Europy skierowanej na ochronę praw człowieka. Z tego wynika bezsprzecznie, że operacjonalizacja ochrony praw człowieka²⁸ jest procesem ciągłym i nieprzerwanym.

Drugie zobowiązanie zawarte w Deklaracji z Interlaken dotyczy usankcjonowania orzecznictwa ETPC jako pewnego zbioru standardów ochrony. W deklaracji czytamy, że Państwa-Strony zobowiązują się do „uwzględniania rozwoju orzecznictwa Trybunału, również w celu wyciągania wniosków z wyroków stwierdzających naruszenie Konwencji przez inne Państwo-Stronę, jeżeli w ich własnych systemach prawnych istnieją podobne, co do zasady problemy”²⁹. W tym zobowiązaniu należy zwrócić uwagę na trzy powiązane ze sobą kwestie. Pierwsza najważniejsza to oczywiście wyraźne wyartykułowanie znaczenia wszystkich orzeczeń ETPC (przeciwko wszystkim państwom) dla krajowego

zarówno w języku polskim, jak i angielskim.

²⁸ Pod pojęciem operacjonalizacji praw człowieka należy rozumieć proces decyzyjny, którego celem pierwotnym jest doprowadzenie do powstania form (źródeł prawa), za pośrednictwem których są wyrażane prawa człowieka, a docelowo proces ten ma doprowadzić te formy do postaci, w której prawo będzie poprawnym środkiem do realizacji założonego celu, którym jest rzeczywista (a nie pozorna) ochrona praw człowieka. Istotą tego procesu jest zatem efektywne przeniesienie pewnej abstrakcyjnej konstrukcji prawnej (normatywnie wyrażonych praw człowieka) do konkretnych stosunków społecznych. Definicja sformułowana [w:] B. Liżewski, *Operacjonalizacja ochrony...*, op. cit., s. 32.

²⁹ Deklaracja z Interlaken, s. 3, www.strasbourgre.ms.gov.pl.

procesu decyzyjnego, a nie tylko tych, które zostały wydane przeciwko państwu w ramach którego konkretny proces decyzyjny jest prowadzony. Oznacza to, że państwo nie może się zamykać tylko na tezy wyroków Trybunału, które są wyrażane wyłącznie w wyrokach wydawanych przeciwko niemu. Państwo musi być otwarte na wszystkie wyroki, z których wynikają standardy ochrony praw człowieka. Formuła zawarta w tym zobowiązaniu z punktu widzenia uznania precedensowości wyroków ETPC jest bardzo ogólna, żeby powiedzieć wysoce nieprecyzyjna. Otóż państwa mają uwzględniać orzeczenia Trybunału stwierdzające naruszenia EKPC przeciwko innym jej Państwom-Stronom w „celu wyciągania wniosków”. Wyciągnięcie wniosku jest sformułowaniem zdecydowanie nieostrym i nie może oznaczać bezwzględnej mocy wiążącej orzeczeń ETPC. Wydaje się, że orzeczenia Trybunału nigdy nie pretendowały do uzyskania takiego charakteru. Jednak sformułowanie to sugeruje jakąś formę związania tymi orzeczeniami. Moim zdaniem związanie to ma charakter optymalizacyjny w wymiarze funkcjonalnym, o czym mogą świadczyć dwie pozostałe kwestie ujęte w analizowanym w deklaracji zobowiązaniu państw. Chodzi mianowicie o to, aby minimalizować sytuacje naruszania Konwencji przy jednoczesnej maksymalizacji przymiotu skuteczności systemu.

Drugą ważną kwestią jest dostrzeżenie przez państwa mobilności strasburskiego orzecznictwa. Jego stałe monitorowanie jest potrzebne, ponieważ standardy ochrony praw człowieka ewoluują wraz ze zmianami stosunków społecznych. Ewolucja standardu może oznaczać jego zmianę (sytuacja rzadka), rozwinięcie, wyłączenie spod krajowego marginesu oceny. Państwa niejako powinny być „na bieżąco” ze standardami ochrony, które w odniesieniu do przymiotu Konwencji jako żyjącego instrumentu mają zdecydowanie dynamiczny charakter. Przywiązywanie uwagi wyłącznie do orzeczeń będących źródłem standardów ugruntowanych prowadzi w efekcie finalnym do łamania Konwencji jako procesu cyklicznego. Jest to taki stan, w którym państwo akceptuje i uwzględnia wyłącznie standardy już ugruntowane, a nie zauważa tych, które są nowe. Zmusza to Trybunał do wytykania państwu łamania EKPC i proces ten zatacza cykliczne kręgi. Uwzględnianie rozwoju orzecznictwa oznacza minimalizację sytuacji naruszeń standardów ochrony praw człowieka.

Trzecią kwestią jest natomiast przyznanie państwu prawa do marginesu oceny, czy standard orzeczniczy ustanowiony w wyroku wydanym przeciwko innemu państwu jest możliwy do zastosowania w stosunkach rodzimych. To uprawnienie należy rozpatrywać w wymiarze funkcjonalnym, ponieważ to państwo pierwotnie ma ocenić, czy rozstrzygane problemy naruszeń praw człowieka w innych państwach są relatywnie podobne i czy w związku z tym mogą być analogicznie rozstrzygane w krajowym procesie decyzyjnym. Jednocześnie ten

margines oceny wyklucza możliwość uznania wyroków ETPC jako precedensów prawnie wiążących.

W kontekście prowadzonych rozważań należy także zwrócić uwagę na problem związania wyrokiem Trybunału ustawodawcy krajowego. Implementacja standardów orzeczniczych ETPC w sposób oczywisty musi obejmować także konieczne zmiany ustawodawcze. Orzeczniczy wpływ ETPC na ustawodawstwo może być dwojakiego rodzaju, pierwotny albo wtórny. Pierwotny staje się wówczas, gdy „... ustawodawca krajowy w procesie legislacyjnym uwzględni standardy zawarte w wyrokach ETPC, niejako bez reprimendy orzeczniczej Trybunału”³⁰. Jeżeli ta reprimenda ma miejsce, wówczas mamy do czynienia z wpływem wtórnym. Oczywiście, jeżeli zmiany ustawodawcze wynikają pierwotnie z wyroków ETPC będących źródłem standardów, to jest to dla systemu ochrony najbardziej korzystne. Wyklucza niejako sytuację łamania konwencyjnych praw, która zapewne miałyby miejsce, gdyby krajowa decyzja stosowania prawa została oparta na niezgodnych z EKPC postanowieniach prawa krajowego. Szybka i samoistna reakcja ustawodawcy krajowego na ewolucyjnie kształtowane standardy orzecznicze Trybunału jest również przejawem jego odpowiedzialności. Odrębnym zagadnieniem, które tylko zauważam, ale nie rozwijam, jest to, czy taka reakcja z perspektywy krajowej jest możliwa. Brak możliwości, a nawet niechęć ustawodawcy do przeprowadzania stosownych zmian legislacyjnych może mieć miejsce w przypadku kolizji aksjologicznej, gdy państwo nie akceptuje standardu ochrony ze względu na wartości leżące u jego podstaw. Ale jest to już problem zróżnicowania aksjologicznego państw europejskich, poziomu wyznaczanych przez ETPC standardów i pozostawianego państwom przez Trybunał marginesu oceny.

Z kolei wpływ wtórny wiąże się z legislacyjną reakcją państwa na konkretne orzeczenie Trybunału. Aktualnie procedura wyroku pilotażowego³¹ jest najbardziej wyraźnym przykładem wskazywania przez ETPC konieczności przeprowadzenia przez państwo zmian ustawodawczych jako środka generalnego niezbędnego do usunięcia problemu strukturalnego. Takie wyraźne wskazanie zostało sformułowane w pierwszym wyroku pilotażowym w sprawie Broniowski

³⁰ B. Liżewski, *Operacjonalizacja ochrony...*, op. cit., s. 377.

³¹ Szerzej na temat wyroku pilotażowego zob. Pilot Judgment Procedure in the European Court of Human Rights and the Future Development of Human Rights Standards and Procedures. Third Informal Seminar for Government Agents and Other Institutions, Warsaw, 14–15 May 2009. In memory of Prof. Andrzej Stelmachowski, Warsaw 2009; M. Lubiszewski, *Refleksje na tle wyroków pilotażowych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, (red.) J. Jaskiernia, tom 1, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014, s. 740–750.

przeciwko Polsce³². W czwartym punkcie sentencji tego wyroku Trybunał uznał, że naruszenie prawa do poszanowania własności wynikało z systemowego problemu związanego ze złym funkcjonowaniem krajowego ustawodawstwa i praktyki, spowodowanego zaniechaniem ustanowienia skutecznego mechanizmu realizacji prawa dochodzenia przez osoby uprawnione ekwiwalentu za mienie zabużańskie. W 2005 r. została zawarta ugoda w sprawie Broniowski przeciwko Polsce. Rząd Rzeczypospolitej Polskiej zadeklarował, że zgodnie ze wskazaniami Trybunału zintensyfikuje działania, aby uczynić nowe ustawodawstwo efektywnym oraz polepszyć praktyczne funkcjonowanie mechanizmu przewidzianego dla zapewnienia Zabuzanom rekompensaty. Wyrok pilotażowy jest procedurą realizowaną zaledwie od 12 lat. Nie można jednak przyjąć, że dopiero wraz z pojawieniem się tego rodzaju wyroków ETPC zaczął oceniać ustawodawstwo krajowe. Czynił to już zdecydowanie wcześniej i dostrzegał w nim źródło naruszenia konwencyjnych standardów ochrony. Zwraca się na to uwagę w literaturze przedmiotu³³, powołując się na wyroki w takich sprawach, jak: *Klass*³⁴, *Marckx*³⁵, *Dudgeon*³⁶, *Scozzarri i Giunta*³⁷, *Kudła*³⁸, *Maestri*³⁹. Wyroki te (a przynajmniej niektóre z nich) niekiedy są nawet traktowane jako pierwowzór procedury pilotażowej.

Bez zmian ustawodawczych dochodzi do sytuacji paradoksalnych. Mianowicie, sąd krajowy w normatywnej podstawie decyzji powołuje przepisy prawa krajowego (głównie ustawowe) łącznie z regulacjami EKPC. W procesie decyzyjnym sąd ten powinien również uwzględnić obowiązujący standard orzecniczy Trybunału. Jeżeli postanowienia ustawy krajowej byłyby sprzeczne z regulacją EKPC, ale przede wszystkim z opartym na niej standardem orzecniczym, wówczas możliwe są dwie sytuacje:

³² Wyrok w sprawie Broniowski przeciwko Polsce z 22 czerwca 2004 r., skarga nr 31443/66 (Wielka Izba).

³³ Zob. np. L. Garlicki, *Broniowski and After: On the Dual Nature of „Pilot Judgments”*, [w:] *Human Rights – Strasbourg Views. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, (eds.) L. Calfisch, J. Callewaert, R. Liddell, P. Mahoney, M. Villiger, Kehl 2007, s. 191.

³⁴ Wyrok w sprawie *Klass i inni* przeciwko Niemcom z dnia 6 września 1978 r., skarga nr 5029/71.

³⁵ Wyrok w sprawie *Marckx* przeciwko Belgii z dnia 13 czerwca 1979 r., skarga nr 6833/74.

³⁶ Wyrok w sprawie *Dudgeon* przeciwko Wielkiej Brytanii z dnia 22 października 1981 r., skarga nr 7525/76.

³⁷ Wyrok w sprawie *Scozzarri i Giunta* przeciwko Włochom z dnia 13 lipca 2000 r., skarga nr 39221/98 (Wielka Izba).

³⁸ Wyrok w sprawie *Kudła* przeciwko Polsce z dnia 26 października 2000 r., skarga nr 30210/96 (Wielka Izba).

³⁹ Wyrok w sprawie *Maestri* przeciwko Włochom z dnia 17 lutego 2004 r., skarga nr 39748/98 (Wielka Izba).

SYTUACJA I – Sąd krajowy opiera decyzję stosowania prawa na szczegółowych postanowieniach ustawy, w konsekwencji naruszając Konwencję i obowiązujący standard orzeczniczy. Niezależnie od tego, czy zostanie złożona skarga indywidualna i sprawę będzie rozpatrywał Trybunał, państwo narusza swoje zobowiązania wynikające z EKPC. Sytuacja jest mniej poważna, jeżeli będzie to przypadek odosobniony, a państwo, zmieniając przepisy prawa krajowego, wykluczy możliwość dokonywania podobnych naruszeń w przyszłości. Jeżeli państwo nie dokona jednak zmiany prawa, a naruszenia w szerokiej perspektywie czasowej będą się powtarzały, to wówczas sytuacja stanie się patologiczna, a permanentność naruszeń przyczyni się do obniżenia projektowanej efektywności systemu ochrony.

SYTUACJA II – Jeżeli sąd krajowy opiera decyzję na postanowieniach Konwencji i obowiązującym standardzie orzeczniczym, z pominięciem obowiązującego ustawodawstwa krajowego, to teoretycznie narusza Konstytucję RP⁴⁰, która w art. 178 ust. 1 stanowi, że „Sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji i ustawom.”

Żadna z tych dwóch powyższych sytuacji nie jest korzystna dla harmonijnego rozwoju europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Jest wręcz dla niego szkodliwa, ponieważ sprawia wrażenie konkurowania prawa krajowego z orzecznictwem Trybunału. Wydaje się, że w zakresie realizacji krajowego procesu decyzyjnego stosowania prawa organy administracji i sądy będą opierać swoje decyzje przede wszystkim na ustawowych podstawach prawnych. Jeżeli te podstawy będą w sposób zasadniczy niezgodne ze standardami orzeczniczymi ETPC, wówczas decyzje stosowania prawa podejmowane w państwie będą łamały Konwencję. Dlatego też dostosowanie prawa krajowego do wymogów Konwencji i orzecznictwa Trybunału jest warunkiem wyjściowym dla zapewnienia zgodności krajowych procesów stosowania prawa realizowanych w ramach porządku EKPC.

IV. Wyrok ETPC jako precedens wiążący *quasi de iure*

Ostatnia część opracowania obok wyartykułowania specyfiki precedensowości orzeczeń ETPC pełni również charakter podsumowania prowadzonych rozważań, głównie z tego powodu, że ustalenia poczynione w trzech poprzednich częściach stanowią niezbędną (choć nie jedyną) podstawę do sformułowa-

⁴⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

nia uwag teoretycznych o charakterze konkluzyjnym. W tej części znajdzie się wyjaśnienie zasadniczej dla opracowania tezy pozwalającej kwalifikować wyrok ETPC jako precedens wiążący *quasi de iure*.

W rozważaniach na precedensowością wyroków ETPC należy oddzielić dwie sfery zagadnień. Pierwsza z nich to prawotwórczy charakter wyroku, a druga to jego moc wiążąca. Oba te elementy wpływają na ustalenie, z jaką kategorią precedensu mamy do czynienia. Dość powszechnym jest aksjomatyczne uznawanie precedensowości wyroków Trybunału właśnie ze względu na tę pierwszą sferę, która eksponuje wartość wyroku strasburskiego jako nowości normatywnej kształtowanej na podstawie postanowień EKPC. W tym kontekście L. Garlicki argumentuje, że „... każde materialnoprawne postanowienie Konwencji zostało już obudowane systemem precedensów orzeczniczych, doprecyzowujących ich znaczenie, a nierzadko rozszerzających i rozbudowujących zakres ich obowiązywania”⁴¹. Jest oczywiste, że wyrok ETPC zdecydowanie wykracza poza zakres rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej, ponieważ formułuje również niejednokrotnie regułę – normę prawną, która jest tego rozstrzygnięcia podstawą. To wszystko prawda. Nie należy jednak dokonywać tak jednostronnej generalizacji. W tekście artykułu zostało podnoszone, że nie wszystkie wyroki ETPC takie walory posiadają, a więc nie wszystkim w równym zakresie można przyznać walor precedensowości. W wielu przypadkach Trybunał powołuje się w swoich własnych wyrokach na elementy prawotwórcze sformułowane w swoich wcześniejszych orzeczeniach. Podkreśla i eksponuje w ten sposób prawotwórczy, a więc precedensowy charakter swoich własnych orzeczeń. W innych przypadkach opiera swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na podstawie prawnej z EKPC. Z tego wynika, że nie wszystkie wyroki Trybunału mają prawotwórczy charakter.

Drugą sferą jest moc wiążąca wyroków ETPC dla organów krajowych przede wszystkim stosujących prawo (kwestia wpływu orzecznictwa ETPC na legislację krajową była również poruszana w artykule). Wskazane zostały argumenty przemawiające za koniecznością uznania przez państwa mocy wiążącej wyroków Trybunału. W głównej mierze opierały się one na wymiarze konieczności realizacji swoich zobowiązań prawnomiędzynarodowych wynikających z Konwencji. Powoływany był art. 46 ust. 1 traktujący o przestrzeganiu przez państwa ostatecznych wyroków ETPC, a także przedstawione zostało dowodzenie

⁴¹ L. Garlicki, *Zakres zobowiązań państwa w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski. Materiały z polsko-francuskiej konferencji naukowej*, Warszawa 21–22 października 2005 r., (red.) M. Granat, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 123.

o konieczności uwzględniania w krajowym procesie decyzyjnym innych wyroków ETPC bez względu na to, przeciwko którym państwom zostały one wydane. Opierało się ono zarówno na argumentach aksjologicznych podkreślających znaczenie orzecznictwa strasburskiego dla kształtowania rozumienia praw człowieka zawartych w EKPC, jak również zwracało uwagę na argumenty funkcjonalne i systemowe. Te pierwsze wynikają z samego zrozumienia przez państwa wagi i prawotwórczego charakteru wyroków ETPC, co zostało wyartykułowane w Deklaracji z Interlaken i konieczność ich uwzględniania w krajowym procesie decyzyjnym, co z systemowego punktu widzenia jest niezbędne dla prawidłowości i skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka opartego na Konwencji i Trybunale.

Niezależnie od podniesionych już w artykule argumentów należy podnieść jeszcze argument proceduralny z art. 28 ust. 1 lit. b EKPC⁴², który wzmacnia zakres mocy wiążącej wyroków ETPC. Przepis ten został wprowadzony do Konwencji mocą Protokołu dodatkowego nr 14⁴³. Istotą jego treści jest zaprojektowanie dla komitetu trzech sędziów nowej kompetencji, upoważniającej ten skład Trybunału na etapie badania dopuszczalności skargi do wydania wyroku, „jeśli tkwiące u podstaw sprawy zagadnienie dotyczące wykładni lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów jest już przedmiotem ugruntowanego orzecznictwa Trybunału”. Prawo do wyrokowania komitetu powiązane z naruszeniem Konwencji, które jest ewidentne i nie budzi wątpliwości. Ma bowiem miejsce naruszenie „ugruntowanego orzecznictwa Trybunału”⁴⁴. Orzecznictwo ETPC, które posiada atrybuty ugruntowanego, jest źródłem standardów ochrony praw człowieka i to standardów, które już w sposób trwały ustaliły sposób rozumienia postanowień Konwencji. Należy uznać, że ugruntowane jest takie orzecznictwo Trybunału, które w długiej perspektywie czasowej potwierdza istniejący standard ochrony, który należy traktować jako kanon. Stabilność i jednoznaczność tego standardu powinna być w pełni akceptowana w państwach europejskich, ponieważ nie jest on źródłem żadnych wątpliwości aksjologicznych. Państwa

⁴² Zgodnie z treścią tego przepisu „W odniesieniu do skargi wniesionej na podstawie artykułu 34 komitet może, na zasadzie jednomyślności (art. 20 ust. 1), uznać ją za dopuszczalną i wydać w tym samym czasie wyrok w sprawie przedmiotu skargi, jeżeli tkwiące u podstaw sprawy zagadnienie dotyczące wykładni lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów jest już przedmiotem ugruntowanego orzecznictwa Trybunału” (lit. b).

⁴³ Protokół dodatkowy nr 14 został otwarty do podpisu 13 maja 2004 r., a wszedł w życie 1 czerwca 2010 r.

⁴⁴ Szerzej na temat analizy tego zwrotu zob. B. Liżewski, *Reforma systemu kontroli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a funkcjonowanie ETPC i sądownictwa krajowego. Zagadnienia teoretycznoprawne*, [w:] *Praktyka ochrony praw człowieka Tom I*, (red.) K. Machowicz, Wydawnictwo KUL, Lublin 2012, s. 63–65.

powinny w krajowych procesach decyzyjnych stosować ten standard urzeczywistniając regułę prawną w nim zawartą. Jeżeli jednak łamią istniejący standard, to w kontekście skuteczności porządku Konwencji dokonują niejako naruszenia kwalifikowanego, które w ogóle nie powinno zaistnieć. W związku z tym przyznanie komitetowi prawa wyrokowania w takim przypadku przeciwko państwu bez przeprowadzenia rozprawy może być uzasadniane w dwojaki sposób. Z perspektywy porządku EKPC rozwiązanie to wiąże ze sobą aspekty funkcjonalne, ekonomiki procesowej i skuteczności Konwencji. W sytuacji permanentnego łamania przez państwo stabilnych i jednoznacznych standardów ochrony, wielokrotne orzekanie w sprawach naruszeń analogicznych przeciwko temu samemu państwu obciąża Trybunał, zakłóca prawidłowy tok pracy, zabiera czas i obniża merytoryczną jakość orzekania w sprawach istotnych. Wyrokowanie komitetu jest potrzebne i korzystne z punktu widzenia ekonomiki procesowej. Funkcjonalnie usprawnia pracę ETPC. Z perspektywy porządku prawa krajowego wprowadzenie takich konsekwencji łamania ugruntowanego orzecznictwa ETPC zwiększa zakres mocy wiążącej wyroków będących źródłem standardów orzeczniczych. Państwo (a więc jego organy) powinny mieć świadomość, że naruszenie standardu ugruntowanego zawsze będzie skutkowało automatycznymi konsekwencjami prawnymi, bez możliwości podjęcia procesowej argumentacji nad powodami tego naruszenia. Z powyższego wynika, że standard ugruntowany ETPC ma charakter precedensu prawotwórczego i wiąże państwa członkowskie pod rygorem poniesienia negatywnych konsekwencji naruszenia praw człowieka.

W oparciu o wszystkie podniesione w artykule argumenty można postawić tezę, że wyrok ETPC jest precedensem wiążącym *quasi de iure* (jak gdyby prawnie). Dotyczy to jednak tylko tego wyroku, który spełnia warunek ukształtowania standardu ochrony praw człowieka jako nowości normatywnej, standardu, który jest należycie ugruntowany i w dużej mierze możliwy do zastosowania w państwie członkowskim Rady Europy ze względu na specyfikę warunków lokalnych. Sformułowanie *quasi* (jak gdyby) związane jest przede wszystkim z oceną mocy wiążącej tego wyroku dla krajowych organów stosujących prawo. Użycie tego sformułowania ma sugerować, że wyrok ETPC powinien wywoływać skutek podobny do tego, jaki wywołuje w anglosaskiej kulturze prawnej, czyli powinien wiązać organy krajowe. Mowa jest tylko o podobieństwie skutku, bo wobec braku reguły *stare decisis* o tożsamości skutku nie może być mowy. Brak formalnego, prawnego związania organów krajowych wyrokiem ETPC nie oznacza wykluczenia twierdzenia o istnieniu podstaw takiego związania, choć bez wątpienia teza ta jest słabsza. Dlatego jest mowa o precedensie wiążącym *quasi de iure*, a nie *de iure*. To, że nie każdy wyrok wyrażający w swojej treści standard orzeczniczy musi być podstawą rozstrzygnięcia podobnej sprawy, nie może

stanowić argumentu przeciwko uznaniu jego precedensowego charakteru. Dla rozstrzygnięcia sprawy w systemie *common law* przecież również poszukuje się takich wyroków, które spełniają szereg warunków związanych z tożsamością spraw i dopiero ze względu na ich spełnienie mogą one być wykorzystane jako podstawa rozstrzygnięcia. Nie każdy wyrok takie warunki oczywiście spełnia. O ile w państwach kultury *common law* wyrok jest źródłem prawa i stanowi podstawę decyzji dla innych sądów w sprawach podobnych, to wobec braku reguły *stare decisis* wyrok ETPC kwalifikowany jako źródło prawa być nie może. Jednak wyrok ten może i powinien być traktowany przez sądy krajowe jako źródło prawa – źródło standardów orzeczniczych praw człowieka i uwzględniany w procesach stosowania prawa. Decyduje o tym prawotwórczy charakter wyroku, a także względy aksjologiczne i proceduralne.

Nie ma żadnych wątpliwości i powodów kwestionowania prawotwórczego charakteru wyroków ETPC. Jest to sąd, który został powołany do budowania standardów orzeczniczych praw człowieka. Za ich pośrednictwem ma następować integrowanie europejskiej przestrzeni prawnej ochrony, praw człowieka. Trybunał kształtuje orzecznicze standardy ochrony korzystając z przyznanego mu kompetencji. To, czy dobrze wywiązuje się z tego obowiązku i czy nie nadużywa władzy dyskrecyjnej w szerokim znaczeniu⁴⁵ dla narzucania standardów ochrony krajom, które stanowią swoistą mniejszość aksjologiczną w Europie, to już jest kwestia zupełnie odrębnych rozważań. Z punktu widzenia skuteczności systemu strasburskiego istotniejsze wydaje się określenie mocy wiążącej wyroku ETPC dla organów krajowych. W tym zakresie obserwujemy ciągłą ewolucję stanowisk odzwierciedlającą się zarówno w orzecznictwie Trybunału i postanowieniach Konwencji, jak również w państwach członkowskich. Argumenty normatywne, a w ujęciu systemowym i aksjologicznym orzecznicze przemawiają za wzmocnieniem mocy wiążącej wyroków ETPC. Wprawdzie nie wiążą one *de iure*, ale ich moc nie ogranicza się już tylko do faktycznego oddziaływania. Wydaje się więc, że przyznanie wyrokowi ETPC atrybutu precedensu wiążącego *quasi de iure* jest uzasadnione.

⁴⁵ „W szerokim ujęciu wolność sędziego dotyczy procesu myślowego, oceny faktów, interpretacji norm prawnych, określenia ich wzajemnej relacji, a niekiedy także tworzenia prawa. W takim ujęciu sędziowska dyskrejonalność dotyczy każdej odmiany wolności sędziego, każdego zakresu swobody, bez względu na to, czy jej genezy można dopatrzeć się w ustawowym umocowaniu, czy też jest ona wynikiem przejęcia jej przez wymiar sprawiedliwości w sposób *praeter* bądź *contra legem*, podczas rozstrzygnięcia jednostkowego przypadku, który nie został wystarczająco precyzyjnie określony w ustawie”, [w:] B. Wojciechowski, *Dyskrejonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, s. 16–17.

JUDGMENT OF THE ECHR AS A PRECEDENT BINDING *QUASI DE IURE* AND THE EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
(THEORETICAL PERSPECTIVE)

In the system of the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention), the basic formula for creating standards for the protection of human rights is to define their understanding of and possible modifications or changes as a result of a law-making interpretation of the provisions of the Convention.

The substantive rules of the Convention since its inception, not only have not changed (they were amended or derogated), but in addition are very general.

This causes, that the way their understanding sets the European Court of Human Rights (ECHR or tribunal) forming in a legislative standards for the protection of human rights.

That raises the interesting question of theoretical, since in public international law on the one hand the judgment of an international court is recognized as an auxiliary source of international law (art. 38 sec. 1 point d Statute of the International Court of Justice), while not applicable rule of *stare decisis*, meaning legally bound judgment precedent of other courts in similar cases.

If, however, a violation of well-established case law of the ECHR by the national authorities is the reason for the judgment of the committee of three judges without a hearing (art. 28 paragraph. 1 point b ECHR). Judgments of the Court (the monopoly of interpretation of the ECHR) must be respected and enforced in order of national law (Art. 46 paragraph. 1 and 2 of the ECHR). This raises the natural question of the scope of their precedensowości for the tribunal and law enforcement organs in the national legal system.

It is with this problem both theoretical and practical. The obvious fact is that the decision of the ECHR does not create a precedent in the sense of how suitable term in common law.

However, its decisions affect application of the law on domestic, not only in reality, but partly also legal, so that it can be concluded that the judgment has the power of the normative and, to some extent binding. But what is the scope of the precedent character of this sentence? The answer to this question is the subject of considerations to be taken in the paper.

Edyta Lis ■

NORMY *IUS COGENS* W ORZECZENIACH I OPINIACH DORADCZYCH MIĘDZYAMERYKAŃSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

I. Wstęp

Od kilkudziesięciu lat zauważalne jest coraz większe zainteresowanie, zarówno przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego¹, jak i trybunałów

¹ Zob. np. L. Alexidze, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, „Recueil des Cours” (RdC) 1981–III, vol. 172, s. 228–263; J. Allain, *Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, „International Journal of Refugee Law” 2001, vol. 13, no. 4, s. 533–558; W. Czapliński, *Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, „Polish Yearbook of International Law” (PYbIL) 1997–1998, vol. 23, s. 87–97; D. Dubois, *Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law*, „Nordic Journal of International Law” (NJIL) 2009, vol. 78, no. 2, s. 133–175; A. de Hoogh, *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective*, „Austrian Journal of Public International Law” 1991, vol. 42, s. 183–214; R. Kolb, *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Bloomsbury Publishing 2015, s. 168; U. Linderfalk, *What Is so Special About Jus Cogens? On the Distinction between the Ordinary and the Peremptory International Law*, „International Community Law Review” 2012, vol. 14, no. 1, s. 3–18; C. Mik, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, PYbIL 2013, vol. 33, s. 27–94; A. L. Paulus, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation. An Attempt at a Re-appraisal*, NJIL 2005, vol. 74, no. 3, s. 297–333; G. Schwarzenberger, *Nature of Jus Cogens*, „Texas Law Review” 1965, vol. 43, no. 4, s. 455–478; G. I. Tunkin, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, „University of Toledo Law Review” 1971, vol. 3, no. 1, s. 107–118; A. Verdross, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, „American Journal of International Law” (AJIL) 1966, vol. 60, no. 1, s. 55–63;

międzynarodowych² problematyką norm *ius cogens*³. Normy *ius cogens* stanowią swoiste bowiem wytyczne dla trybunałów międzynarodowych przy wydawaniu rozstrzygnięć, ponieważ łączą w sobie elementy zasad i polityki. W przypadku rozbieżności pomiędzy stanowiskami sędziów, sprzecznych wyników interpretacji lub braku zgodności praktyki państw sędziowie powinni ustalić spójne stanowisko, które zapewni integralność porządku międzynarodowego. Dokonując takiego wyboru, kierują się zasadami – określającymi prawa i polityką – określającą cele⁴.

Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka (ATPCz) jest regionalnym sądem przewidzianym w rozdz. VIII Międzypaństwowej Konwencji Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r. (AKPCz)⁵. Jedną z charakterystycznych cech orzecznictwa ATPCz jest stosowanie innowacyjnej interpretacji praw człowieka oraz, w przeciwieństwie do praktyki Międzynarodowego Trybunału Sprawied-

K. Wolfke, *Jus Cogens in International Law (Regulation and Prospects)*, PYbIL 1974, vol. 6, s. 145–162.

² Zob. np.: orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) z 3 lutego 2006 r. w sporze pomiędzy Demokratyczną Republiką Konga a Rwandą (*Armed Activities on the Territory of the Congo, New Application: 2002 – Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), ICJ Reports 2006, pkt 56, s. 29, pkt 58, s. 30, pkt 60, s. 30, pkt 73, s. 34; orzeczenie MTS z 3 lutego 2012 r. w sporze pomiędzy Włochami a Niemcami w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa (*Jurisdictional Immunities of the State – Germany v. Italy: Greece intervening*), ICJ Reports 2012, pkt. 92–97, s. 140–142, orzeczenia MTS dostępne są na: www.icj-cij.org/homepage/. Dostęp: 19 lipca 2017 r.; orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) z 21 listopada 2001 r. w sprawie *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Application No. 35763/97, pkt 18, s. 6, pkt 23, s. 8, pkt 30, s. 9–10, pkt 34, s. 11, orzeczenie ETPCz dostępne są na: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.; orzeczenie z 10 grudnia 1998 r. Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie *Prosecutor v. Anto Furundzija*, ICTY, Case No. IT-95-17/1-T10, Trial Chamber, Judgement 10 December 1998, pkt 144, s. 55, pkt. 153–157, s. 58–61, orzeczenie dostępne na: <http://www.icty.org/en/cases/judgement-list>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.

³ H. R. Fabri, *Enhancing the Rhetoric of Ius Cogens*, „European Journal of International Law” (EJIL) 2012, vol. 23, no. 4, s. 1049.

⁴ Zob. opinię indywidualną sędziego *ad hoc* J. Dugarda do orzeczenia MTS z 3 lutego 2006 r. w sporze pomiędzy Demokratyczną Republiką Konga a Rwandą, ICJ Reports 2006, pkt 10, s. 89.

⁵ *American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969*, tekst Konwencji dostępny na: https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Dostęp: 19 lipca 2017 r. Zob. A. Micus, *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions: From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston 2015, s. 47–50; J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, second edition, Cambridge 2013, s. 1–35.

liwości⁶, dość odważne przypisywanie określonym normom statusu *ius cogens*⁷. Wyrażany jest pogląd, że w zakresie ustalenia treści norm *ius cogens* ATPCz uczynił dużo więcej niż jakikolwiek inny sąd międzynarodowy i przyczynił się do ukształtowania się nowego prawa międzynarodowego, tzw. *international law for humankind*⁸. Ponadto Trybunał ten dość często odwołuje się do orzeczeń ETPCz⁹, komentarzy ogólnych, uwag końcowych Komitetu Praw Człowieka¹⁰ lub dokumentów *soft law*¹¹.

W celu określenia, w jaki sposób ATPCz przypisał określonym normom status norm *ius cogens*, niezbędne jest ustalenie zakresu jego jurysdykcji *ratione materiae*. Zgodnie z art. 63 ust. 2 ATPCz jest kompetentny do rozstrzygania spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji, o ile strony uznają jego jurysdykcję. Natomiast art. 64 ust. 1 AKPCz stanowi, iż Trybunał posiada kompetencję do wydawania opinii doradczych i interpretacji postanowień AKPCz oraz innych umów międzynarodowych z dziedziny ochrony praw człowieka,

⁶ ICJ Reports 2006, pkt 4, s. 87. Zob. T. Meron, *International Law in the Age of Human Rights*, RdC 2003, vol. 301, s. 417.

⁷ G. L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, EJIL 2008, vol. 19, no. 1, s. 102, 117.

⁸ Opinia indywidualna sędziego A. A. Conçado Trindade do orzeczenia ATPCz w sprawie *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 11, 2005, Series C, No. 123, pkt 92, s. 28. Wszystkie orzeczenia i opinie doradcze ATPCz powoływane w artykule dostępne są na: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.

⁹ Zob. np. IACtHR 2005, Series C, No. 123, pkt 13, s. 4; G.L. Neuman, *The External Reception of Inter-American Human Rights Law*, „Quebec Journal of International Law” (QJIL) September 2011, s. 99–125. Warto także zauważyć, iż ETPCz wielokrotnie powoływał się na rozstrzygnięcia ATPCz. Zob. np.: orzeczenie ETPCz z 10 grudnia 2007 r. w sprawie *Stoll v. Switzerland*, Application No. 69698/01, pkt. 43, 111, w którym odwołało się do orzeczenia ATPCz z 19 września 2006 r. w sprawie *Claude-Reyes et al. v. Chile*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 19, 2006, Series C, No. 151, pkt. 84, 86; orzeczenie ETPCz z 27 maja 2014 r. w sprawie *Marguš v. Croatia*, Application No. 4455/10, pkt. 60–66, s. 31–40, w którym powołano się na kilka orzeczeń ATPCz, w tym np.: orzeczenie z 26 września 2006 r. w sprawie *Almonacid-Arellano et al v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 September 2006, Series C, No. 154, pkt. 154–155. Szerzej *References to the Inter-American Court of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Research Report, Council of Europe, European Court of Human Rights, August of 2012, tekst dostępny na: www.echr.coe.int. Dostęp: 19 lipca 2017 r.

¹⁰ Zob. np.: orzeczenie ATPCz z 30 czerwca 2015 r. w sprawie *Wong Ho Wing v. Peru*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 30, 2015, Series C, No. 297, pkt 143, s. 45.

¹¹ Orzeczenie ATPCz z 27 czerwca 2012 r. w sprawie *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Merits and Reparations, Judgment of June 27, 2012, Series C, No. 245, pkt. 214–215, s. 61, pkt 217, s. 62, pkt 231, s. 66.

którymi są związane państwa członkowskie Organizacji Państw Amerykańskich (OPA).

ATPCz zakwalifikował kilkanaście naruszeń praw człowieka jako sprzeczne z normami *ius cogens*. Uwzględniając ciężar, charakter naruszeń oraz okoliczność, iż każde z analizowanych w artykule pogwałceń praw człowieka, tj. wymuszone zaginięcia, tortury i dyskryminacja stanowią także naruszenie innych praw człowieka, ograniczono się do trzech przykładów.

II. Zakres jurysdykcji *ratione materiae* ATPCz

ATPCz, interpretując postanowienia AKPCz odniósł się do zakresu i treści norm *ius cogens*¹². W podobny sposób dokonywał też wykładni postanowień art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.¹³ (KPT)¹⁴. Natomiast zgodnie z art. 66 lit. a w przypadku sporu dotyczącego interpretacji lub stosowania art. 53 lub art. 64 KPT kompetentny do jego rozstrzygnięcia jest MTS, chyba że strony sporu w drodze porozumienia przekażą sprawę do arbitrażu¹⁵. MTS jest zatem trybunałem uprawnionym do identyfikowania norm *ius cogens*. W związku z tym pojawia się pytanie, na jakiej podstawie ATPCz ustala treść i zakres norm peremptoryjnych. Specjalny sprawozdawca w dziedzinie prawa traktatów H. Waldock stwierdził, iż treść normy *ius cogens* zostanie ustalona poprzez praktykę państw oraz orzeczenia trybunałów międzynarodowych¹⁶. W komentarzu do Artykułów o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państwa za akty sprzeczne z prawem międzynarodowym z 2001 r.¹⁷ podkreślono, że koncepcja norm *ius cogens* została potwierdzona w orzeczeniach sądów krajowych, trybunałów międzynarodowych oraz w nauce prawa międzynarodowego. Oznacza to, że MTS nie ma wyłącznego prawa do ustalenia treści i zakresu norm

¹² I. Alvarez-Rio, D. Contreras-Garduno, *A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens*, s. 120, tekst dostępny na: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34038.pdf>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.

¹³ Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439, załącznik.

¹⁴ I. Alvarez-Rio, D. Contreras-Garduno, op. cit., s. 113–114.

¹⁵ Zob. G. Gaja, *The Protection of General Interests in the International Community*, RdC 2012, vol. 364, s. 57.

¹⁶ *Second Report of the Special Rapporteur, Sir Humphrey Waldock*, A/CN.4/156 and Add.1–3, pkt 3, s. 53.

¹⁷ *Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session*, (A/56/10), „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II, Part Two, komentarz do art. 26 pkt 5, s. 85; komentarz do art. 40, pkt 2, s. 112.

*ius cogens*¹⁸. Ponadto ATPCz, tak jak każdy trybunał międzynarodowy posiada *compétence de la compétence*¹⁹.

Zakres jurysdykcji ATPCz *ratione materiae* określa art. 62 ust. 3 AKPCz. Zgodnie z jego postanowieniami Trybunał jest kompetentny do rozstrzygania wszelkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania postanowień AKPCz pod warunkiem, że państwa-strony sporu uznały jurysdykcję Trybunału poprzez złożenie deklaracji lub zawarcie specjalnego porozumienia²⁰. Artykuł 29 AKPCz określa zaś zasady interpretacji postanowień Konwencji. Z praktyki ATPCz wynika, iż powołując się na postanowienia umów międzynarodowych przyjętych poza systemem amerykańskim, w oparciu o postanowienia art. 29, poszerzył zakres swojej jurysdykcji. W orzeczeniu z 25 listopada 2000 r. w sprawie *Bámaca Velásquez* zauważył, iż wprawdzie nie jest kompetentny do stwierdzenia, iż państwo ponosi odpowiedzialność za naruszenie postanowień umowy międzynarodowej, w której nie przewidziano jurysdykcji ATPCz, to może jednak orzec, że pewne działania lub zaniechania naruszają prawa człowieka, a także inne dokumenty prawnomiędzynarodowe, których celem jest ochrona jednostek, w tym Konwencję genewską z 1949 r., a w szczególności art. 3 wspólny dla czterech Konwencji genewskich. Podkreślił, że w odniesieniu do katalogu praw człowieka niepodlegających derogacji istnieje podobieństwo pomiędzy art. 3 wspólnym dla czterech Konwencji genewskich a postanowieniami AKPCz i innymi dokumentami prawnomiędzynarodowymi. Postanowienia Konwencji genewskiej są stosowane przez Trybunał jako narzędzie służące interpretacji postanowień AKPCz²¹. Zatem ATPCz uznał, iż wprawdzie nie ma kompetencji do stosowania postanowień Konwencji genewskiej, to może posłużyć się jej postanowieniami interpretując AKPCz²².

Ponadto w myśl art. 64 ust. 1 AKPCz Trybunał jest kompetentny do wydawania opinii doradczych i interpretacji postanowień AKPCz oraz innych umów międzynarodowych z dziedziny ochrony praw człowieka, którymi są związane

¹⁸ I. Alvarez-Rio, D. Contreras-Garduno, op. cit., s. 116.

¹⁹ Zob. orzeczenie ATPCz z 24 września 1999 r. w sprawie *Ivcher Bronstein v. Peru*, Competence, Judgment of September 24, 1999, Series C, No. 54, pkt 32, s. 8; L. Boisson de Chazournes, *The Principle Compétence de la Compétence in International Adjudication and Its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals*, [w:] M. H. Arsanjani, J. Cogan, R.D. Sloane, S. Wiessner (eds) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2011, s. 1027–1064.

²⁰ Zob. L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, R. Greenstein, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford 2011, s. 57–71.

²¹ IACTHR, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Merits, Judgment of November 25, 2000, Series C, No. 70, pkt. 208–209, s. 80.

²² L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, R. Greenstein, op. cit., s. 69.

państwa członkowskie OPA²³. W opinii doradczej z 24 września 1982 r. w sprawie „innych traktatów”, które mogą być przedmiotem opinii doradczej, ATPCz, stosując reguły interpretacyjne z art. 31 i art. 32 KPT, uznał, że jest kompetentny do wydania opinii doradczej dotyczącej umowy międzynarodowej z dziedziny praw człowieka, która ma zastosowanie do państw amerykańskich, niezależnie od tego, czy została ona przyjęta poza OPA, lub której zakres podmiotowy nie ogranicza się tylko do państw członkowskich OPA²⁴. Mogą być to zarówno umowy dwu- jak i wielostronne. ATPCz ma kompetencję do interpretacji każdej umowy międzynarodowej dotyczącej praw człowieka, zatem zakres przedmiotowy takiej umowy nie musi ograniczać się wyłącznie do ochrony praw człowieka²⁵. Z opinii doradczej z 14 lipca 1989 r. w sprawie interpretacji Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka wynika, iż ATPCz posiada jurysdykcję w zakresie interpretacji także innych dokumentów prawnomiędzynarodowych, w tym także tej Deklaracji²⁶.

Orzeczenia i opinie doradcze ATPCz wskazują, iż dokonując wykładni postanowień AKPCz oraz konwencji²⁷ przyjętych pod auspicjami OPA oraz

²³ Zob. „Other Treaties” Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-1/82 of September 24, 1982, Series A, No. 1, pkt 14, s. 4, pkt 35, s. 8; J. M. Pasqualucci, *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law* „Stanford Journal of International Law” 2002, vol. 38, no. 2, s. 258, 266–269.

²⁴ IACtHR 1982, Advisory Opinion OC-1/82, Series A, No. 1, pkt 33, s. 7, pkt 45, s. 10, pkt 48, s. 11. Zob. np. opinię doradczą ATPCz z 1 października 1999 r. w sprawie prawa do pomocy konsularnej w kontekście prawa do sprawiedliwego procesu (*The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*), IACtHR, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999, Series A, No. 16, pkt 65, s. 45, pkt. 69–72, s. 46.

²⁵ T. Buergenthal, *The Advisory Practice of the Inter-American Court of Justice*, AJIL 1979, vol. 79, no. 1, s. 5–7.

²⁶ IACtHR, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-10/89 of July 14, 1989, Series A, No. 10, pkt 25, s. 7, pkt 35, s. 9, pkt 44, s. 12.

²⁷ Zob. np. art. XIII *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, Adopted at Belem do Para, Brazil, on 9 June 1994, at the Twenty-fourth Regular Session of the General Assembly of the Organization of American States*, tekst dostępny na: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.; art. 8 *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, signed at Cartagena de Indias, Colombia, on 9 December of 1985, at Fifteenth Regular Session of the General Assembly of the Organization of American States*, OAS, Treaty Series, No. 67, tekst dostępny na: <https://www.oas.org/juridico/english/signs/a-51.html>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.; M.C. Parker, *Notes: “Other Treaties”: The Inter-American Court of Human Rights Defines Its Advisory Jurisdiction*, „American University Law Review” 1983, vol. 33, no. 1, s. 211–215, 220–246.

poza systemem amerykańskim, znacznie poszerzył zakres jurysdykcji na różne dziedziny prawa międzynarodowego, w tym kwestie dotyczące określenia treści i zakresu norm *ius cogens*²⁸. Podstawowym bowiem kryterium określającym granice jurysdykcji ATPCz w sprawach spornych oraz w zakresie wydawania opinii doradczych jest ochrona praw jednostek²⁹.

III. Praktyka ATPCz

1. Wymuszone zaginięcia

Wymuszone zaginięcia stanowią naruszenie wielu praw człowieka, w tym prawa do życia, prawa do wolności, prawa do godności osobistej, prawa do sądu, prawa do sprawiedliwego procesu, prawa do skutecznego środka prawnego, zakazu tortur, ale należy traktować je jako zbrodnię o charakterze autonomicznym³⁰. Zbrodnia ta stanowi naruszenie wielu umów międzynarodowych, np. Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Konwencji przeciwko torturom i innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1984 r., Konwencji o prawach dziecka z 1989 r., a także konwencji przyjętych pod auspicjami organizacji regionalnych³¹.

Zakaz wymuszonych zaginięć uzyskał status normy *ius cogens* zarówno w nauce prawa międzynarodowego³², jak i w praktyce ATPCz³³. Trybunał ten

²⁸ L. Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, EJIL 2010, vol. 21, no. 3, s. 586.

²⁹ Ibidem, s. 587–588. Zob. art. 29 AKPCz, który określa, w jaki sposób nie należy interpretować postanowień Konwencji.

³⁰ Orzeczenie ATPCz z 12 sierpnia 2008 r. w sprawie *Heliodoro-Portugal v. Panama*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 12, 2008, Series C, No. 186, pkt 112, s. 30; O. Claude, *Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence*, „Intercultural Human Rights Law Review” 2010, vol. 5, s. 431–432.

³¹ J. C. Genovese, H. van der Wilt, *Fighting Impunity of Enforced Disappearances through a Regional Model*, „Amsterdam Law Forum” 2014, vol. 6, no. 1, s. 6.

³² P. Arrocha, *The Never-ending Dilemma: is the Unilateral Use of Force by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?*, „Anuario Mexicano de Derecho Internacional” 2011, vol. XI, s. 28. Por. A. Micus, op. cit., s. 178. Autorka stwierdziła, że uznanie wymuszonych zaginięć za naruszenie norm *ius cogens* jest dyskusyjne.

³³ N. Kyriakou, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition*, „Melbourne Journal of International Law” 2012, vol. 13, no. 1, s. 451.

uznał wprost naruszenie zakazu stosowania wymuszonych zaginięć za naruszenie normy peremptoryjnej³⁴.

Wymuszone zaginięcia w państwach Ameryki Łacińskiej występują od lat sześćdziesiątych XX wieku.³⁵ Jednak źródeł tych naruszeń praw człowieka można doszukać się już w dekreście *Nacht und Nebel* przyjętym przez nazistowskie Niemcy w 1941 r.³⁶

W dniu 29 lipca 1988 r. w sprawie *Velásquez Rodríguez*³⁷ ATPCz, po raz pierwszy, orzekł, że wymuszone zaginięcia stanowią wielokrotne i ciągłe naruszenie postanowień AKPCz³⁸. Podkreślił, że naruszają one podstawowe wartości wynikające z przyrodzonej godności osoby ludzkiej oraz najbardziej fundamentalne zasady tworzące podstawy systemu międzyamerykańskiego i Konwencji³⁹. ATPCz stwierdził, że w praktyce, jak i nauce prawa międzynarodowego wymuszone zaginięcia kwalifikuje się jako zbrodnię przeciwko ludzkości⁴⁰. Następnie zbrodnię tę zdefiniowano w konwencjach przyjętych w systemie regionalnym – międzyamerykańskim⁴¹ i pod auspicjami ONZ⁴². W art. 7 ust. 1 lit. i Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego⁴³ uznano wymu-

³⁴ *The Right to a Remedy for Enforced Disappearance in India: A Legal Analyses of International and Domestic Law Relating to Victims of Enforced Disappearance*, IHRIC Working Paper Series No. 1, Berkeley Law, University of California, April 2014, s. 31–32.

³⁵ N. Kyriakou, *International...*, s. 425.

³⁶ M. Fernanda, P. Solla, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland and Company Inc., Publishers, Jefferson, North Carolina and London 2006, s. 7.

³⁷ *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Merits, Judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4, pkt. 155, 158, s. 27, 28. Zob. C. Grossman, *The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future*, „Indiana Law Journal” 2008, vol. 83, no. 4, s. 1269–1274.

³⁸ Orzeczenie ATPCz z 1 września 2010 r. w sprawie *Ibsen Cárdenas and Ibsen-Peña v. Bolivia*, Merits, Reparation and Costs, Judgment of September 1, 2010, Series C, No. 217, pkt 198, s. 61. Zob. preambułę Międzyamerykańskiej Konwencji o wymuszonych zaginięciach z Belem do Para z 1994 r.

³⁹ Zob. orzeczenie ATPCz z 25 maja 2010 r. w sprawie *Chitay Nech et al. v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of May 25, 2010, Series C, No. 212, pkt 86, s. 24–25.

⁴⁰ IACtHR 1988, Series C, No. 4, pkt 153, s. 27.

⁴¹ Międzyamerykańska Konwencja o wymuszonych zaginięciach z Belem do Para z 1994 r.

⁴² *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, New York, 20 December 2006, UNTS 2010, vol. 2716, no. 48088, s. 3–135. Zob. A. A. Conçado Trindade, *Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, NJIL 2012, vol. 81, no. 4, s. 507–536.

⁴³ Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

szone zaginięcia za zbrodnię przeciwko ludzkości, a w art. 7 ust. 2 lit. i zawarto jej definicję⁴⁴.

W orzeczeniu z 24 stycznia 1998 r. w sprawie *Blake v. Gwatemala*⁴⁵ ATPCz nie odwołał się wprost do koncepcji norm *ius cogens*, ale powtórzył, że wymuszone zaginięcia stanowią złożone i ciągłe naruszenie wielu praw gwarantowanych w AKPCz⁴⁶. Przepięstwo to stanowi istotne naruszenie praw człowieka. Państwa są zobowiązane do podjęcia wszelkich środków w celu zapobiegania, ścigania i karania takich naruszeń⁴⁷. Dokonując wykładni art. 8 ust. 1, AKPCz w świetle postanowień art. 29 Konwencji stwierdził, że ofiarami naruszenia są także bliscy N. Blacka⁴⁸.

Natomiast wprost do koncepcji norm *ius cogens*, odniósł się w opinii indywidualnej do tego orzeczenia sędzia A. A. Cançado Trindade. Podkreślił, iż wymuszone zaginięcia stanowią autonomiczne, poważne naruszenia wielu praw człowieka, w tym praw, które nie podlegają derogacji. A. A. Cançado Trindade stwierdził, że w nauce prawa międzynarodowego występuje tendencja do kryminalizowania poważnych naruszeń praw człowieka, takich jak: tortury, pozasądowe egzekucje, wymuszone zaginięcia, co oznacza wejście na grunt norm *ius cogens*⁴⁹. Choć *normy ius cogens* zostały skodyfikowane w dwu konwencjach wiedeńskich dotyczących prawa traktatów, to ich naruszenie nie ogranicza się tylko do zobowiązań wynikających z traktatów, ale może wynikać też z aktu państwa. Pojęcie obiektywnej odpowiedzialności państwa ściśle koresponduje z terminem obiektywnej bezprawności – jednego z elementów leżących u podstaw koncepcji norm *ius cogens*, do której można zaliczyć systematyczną praktykę stosowania tortur, pozasądowych egzekucji, wymuszonych zaginięć, które stanowią także zbrodnię przeciwko ludzkości⁵⁰. Zobowiązanie do ochrony jednostek stanowi zobowiązanie *erga omnes* przynależne społeczności międzynarodowej jako całości⁵¹.

⁴⁴ Zob. J. L. Modolell González, *The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights*, „International Criminal Law Review” 2010, vol. 10, no. 4, s. 476–477.

⁴⁵ *Case of Blake v. Guatemala*, Merits, Judgment of January 24, 1998, Series C, No. 48, pkt 65, s. 24.

⁴⁶ Zob. orzeczenie ATPCz z 14 listopada 2014 r. w sprawie *Rodríguez Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 14, 2014, Series C, No. 287, pkt. 321–324, s. 113–114, pkt 327, s. 113–114, pkt 369, s. 126, pkt 403, s. 139.

⁴⁷ Ibidem, pkt. 65–67, s. 24.

⁴⁸ Ibidem, pkt 97, s. 30.

⁴⁹ Ibidem, pkt 7, s. 3, pkt 15, s. 5.

⁵⁰ Ibidem, pkt 25, s. 9.

⁵¹ Ibidem, pkt 26, s. 9–10. Zob. opinię odrębną sędziego A. A. Cançado Trinda-

W orzeczeniu z 22 września 2006 r. w sprawie *Goiburú et al. v. Paraguay*⁵² ATPCz stwierdził, iż z treści preambuły Międzyamerykańskiej konwencji o wymuszonych zaginięciach, uwzględniając ciężar przestępstwa oraz charakter naruszonych praw⁵³, zakaz wymuszonych zaginięć oraz wynikające z niego zobowiązanie do ścigania i karania osób odpowiedzialnych za takie czyny skutkuje uzyskaniem przez nie statusu normy *ius cogens*⁵⁴. Trybunał podkreślił także, że wprawdzie celem orzeczenia było wykazanie odpowiedzialności Paragwaju, to nie można jednak pominąć faktu, że tortury, jak i wymuszone zaginięcia, których zakazy stanowią niepodlegające derogacji⁵⁵ normy – *ius cogens*, były popełnione we współpracy z władzami innych państw Ameryki Łacińskiej, a ich częściowa bezkarność wynika z zaniechania ścigania tych zbrodni⁵⁶. Przystępstwa te stanowią naruszenie podstawowych wartości i praw społeczności międzynarodowej oraz uprawniają do przyjęcia środków krajowych i międzynarodowych i uruchomienia mechanizmów, które pozwolą na skuteczne ukaranie sprawców. Zgodnie z art. 1 ust. 1 AKPCz państwa-strony Konwencji są zobowiązane do ścigania i karania naruszeń praw człowieka⁵⁷. Państwo jest zobowiązane z urzędu, bezzwłocznie wszcząć śledztwo, które powinno być prowadzone bezstronnie i skutecznie. Powinno także zastosować wszelkie środki, zgodne z prawem, niezbędne do określenia miejsca pobytu zaginionej ofiary, dojścia do prawdy, a także ścigania, ujęcia, oskarżenia i ewentualnie ukarania sprawcy⁵⁸. Ze wzglę-

de do orzeczenia z 22 stycznia 1999 r. w sprawie *Blake v. Guatemala* dotyczącego odszkodowania i kosztów, IACtHR, *Blake v. Guatemala*, Reparations and Costs, Judgment of January 22, 1999, Series C, No. 48, pkt 39, s. 13.

⁵² *Case of Goiburú et al. v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 22, 2006, Series C, No. 153, pkt 84, s. 63. Zob. opinię indywidualną sędziego A. A. Conçado Trindade do tego orzeczenia, IACtHR 2006, Series C, No. 153, pkt 62, s. 18, pkt. 64–66, s. 20.

⁵³ Zob. orzeczenie ATPCz z 27 lutego 2012 r. w sprawie *Gonzalez Medina and Family v. Dominican Republic*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 27, 2012, Series C, No. 240, pkt 130, s. 43.

⁵⁴ Zob. orzeczenie ATPCz z 26 listopada 2008 r. w sprawie *Tiu Tojin v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 26, 2008, Series C, No. 190, pkt 91, s. 32.

⁵⁵ Zob. T. Meron, *On a Hierarchy of International Human Rights*, AJIL 1986, vol. 80, no. 1, s. 15. Autor podkreślił, iż związek pomiędzy pojęciem „derogacji” a normami *ius cogens* jest „dość interesujący” (*an interesting one*). Dokumenty z dziedziny ochrony praw człowieka określają katalog praw, które nie podlegają derogacji nawet w sytuacjach nadzwyczajnych. Katalogi praw niederogowalnych nie pokrywają się ze sobą. Ponadto prawo niederogowalne nie uzyskuje automatycznie statusu normy *ius cogens* czy normy zwyczajowej, *ibidem*, s. 15–16.

⁵⁶ IACtHR 2006, Series C, No. 153, pkt 93, s. 67.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt. 28–29, s. 82. Szerzej A. Micus, *op. cit.*, s. 51–187.

⁵⁸ Zob. orzeczenie ATPCz z 27 sierpnia 2014 r. w sprawie *Landaeta Mejías Broth-*

du na charakter i powagę naruszenia zobowiązanie państw nie ogranicza się wyłącznie do prowadzenia śledztwa i stosowania środków krajowych, ale także do współpracy pomiędzy państwami. Prawo do sądu stanowi normę peremptoryjną, a zatem skutkuje powstaniem zobowiązania *erga omnes* do podjęcia wszelkich stosownych środków w celu ścigania i karania takich naruszeń⁵⁹.

Orzeczenia ATPCz świadczą o tym, że Trybunał zwracał szczególną uwagę na ściganie zbrodni wymuszonych zaginięć⁶⁰. Natomiast w sprawie *Chitay Nech et al. v. Guatemala* Trybunał podkreślił, że w każdym przypadku, w którym istnieje uzasadnione podejrzenie, że miało miejsce wymuszone zaginięcie, dochodzenie powinno być wszczęte bezzwłocznie, z urzędu. Organy władzy publicznej, podmioty prywatne są zobowiązane do natychmiastowego zawiadomienia stosownych organów o znanych im przypadkach wymuszonych zaginięć. Ponadto praktyka ATPCz, decyzje organów międzynarodowych, a także postanowienia dokumentów prawnomiędzynarodowych wskazują na pewne standardy stosowane w dochodzeniu i karaniu tego typu naruszeń⁶¹. Zdaniem ATPCz zaniechanie ścigania i karania poważnych naruszeń praw człowieka i zbrodni międzynarodowych, zgodnie ze standardami wypracowanymi w orzecznictwie Trybunału, skutkuje także naruszeniem innych praw, np. prawa do życia⁶². Można zatem uznać, że przypisanie charakteru normy *ius cogens* zobowiązaniu do ścigania i karania wymuszonych zaginięć wynika zarówno z popełnienia takiej zbrodni, jak i z prawa do sądu. Takie stwierdzenie wydaje się jednak nieuzasadnione i prowadzi do osłabienia norm *ius cogens*. Samo stwierdzenie, że dana

ers et al. v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 27, 2014, Series C, No. 281, pkt. 216–217, s. 57–58.

⁵⁹ X. Medellin-Urquiaga, *The Normative Impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American National Prosecution of Mass Atrocities*, „Israel Law Review” 2013, vol. 46, no. 3, s. 412; IACtHR 2006, Series C, No. 153, pkt 131, s. 83. Szerzej F. F. Basch, *The Doctrine of Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and its Dangers*, „American University International Law Review” 2007, vol. 23, no. 1, s. 195–229. Autor zauważył, iż ATPCz wprowadzie twierdził, iż obowiązek ścigania i karania powstaje w przypadku naruszenia jakiegokolwiek prawa gwarantowanego w AKPCz, popełnionego przez jednostki lub organy władzy państwowej, to zasadę tę stosował tylko w przypadku naruszeń popełnionych przez aparat państwowy. Zaniechanie, ze strony państw ścigania i karania naruszeń Konwencji, wynikało z braku ich woli, ibidem, s. 213.

⁶⁰ N. Kyriakou, *An Affront to the Conscience of Humanity: Enforced Disappearance in International Human Rights*, European University Institute, Department of Law, Thesis Submitted for Assessment with a View to Obtaining the Degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, June 2012, s. 160–164.

⁶¹ IACtHR, Series C, No. 217, pkt 193, s. 61.

⁶² X. Medellin-Urquiaga, op. cit., s. 412–413. Zob. np. orzeczenie ATPCz z 29 marca 2006 r. w sprawie *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 29, 2006, Series C, No. 146, pkt. 151–154, s. 80–81.

norma uzyskała status normy *ius cogens* nie oznacza, że uzyskuje ona automatycznie wyższą pozycję w hierarchii norm, ani też nie gwarantuje, że zachowanie państw będzie zgodne z taką normą⁶³.

Orzeczenia ATPCz wskazują na kilka czynników świadczących o tym, iż wymuszone zaginięcia uzyskały status normy *ius cogens*. Po pierwsze, z dokumentów prawnomiędzynarodowych, np. preambuły i art. 1 Międzyamerykańskiej konwencji o wymuszonych zaginięciach z 1994 r., z art. 1 ust. 2 Międzynarodowej konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami z 2006 r. wynika, że zakaz stosowania wymuszonych zaginięć nie podlega derogacji nawet w nadzwyczajnych sytuacjach, np. w stanie wojny. Po drugie, zbrodnia ta podlega jurysdykcji uniwersalnej⁶⁴. We wstępnym raporcie dotyczącym zobowiązania *aut dedere aut iudicare* Specjalny Sprawozdawca Komisji Prawa Międzynarodowego w tym temacie – Z. Galicki stwierdził, że do zbrodni, które podlegają jurysdykcji uniwersalnej, należą zbrodnie uznane za takie w świetle prawa międzynarodowego, w tym zbrodnie wojenne, przeciwko ludzkości, ludobójstwo, tortury, pozasądowe egzekucje i zaginięcia⁶⁵. Ponadto z praktyki państw wynika zakaz stosowania wymuszonych zaginięć. W swoich rozstrzygnięciach także sądy⁶⁶ i organy międzynarodowe⁶⁷ uznają zakaz stosowania wymuszonych zaginięć⁶⁸.

⁶³ N. Kyriakou, *An Affront...*, s. 163.

⁶⁴ J. Sarkin, *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained Jus Cogens Status in International Law*, NJIL 2012, vol. 81, no. 4, s. 564–566.

⁶⁵ *Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare)*, Preliminary Report, by Mr. Zdzisław Galicki, Special Rapporteur, A/CN.4/571, pkt 20, s. 263.

⁶⁶ Zob. np. decyzję ETPCz z 3 czerwca 2014 r. w sprawie *Lejla Fazlić and others against Bosnia and Herzegovina and 4 other applications*, Application No. 66758/09, pkt. 17, 24, 29, 32, 34–35, 37, 39, 42, 45, 48; orzeczenie z 27 stycznia 2015 r. (ostateczne z dniem 27 kwietnia 2015 r.) w sprawie *Saydý v Turkey*, Application No. 37715/11, pkt. 43, 46, 48, 49–51, 53, 63. Szerzej *International and National Courts Confronting Large-Scale Violations of Human Rights – Genocide, Crimes against Humanity and War crimes* - Background Paper for Seminar Opening of the Judicial Year January 2016, prepared by the Department of the Jurisconsult, s. 4–11, tekst dostępny na: http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2016_part_1_ENG.pdf. Dostęp: 19 lipca 2017 r.; H. Keller, C. Heri, *Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights: A 'Wall of Silence', Fact-Finding Difficulties and States as 'Subversive Objectors'*, „Journal of International Criminal Justice” 2014, vol. 12, no. 4, s. 736–750.

⁶⁷ Zob. Komitet Praw Człowieka (Human Rights Committee – HRC): *Mojica v. Dominican Republic*, Communication No. 449/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/449/1991, 15 July 1994, pkt. 5.5–5.7; HRC, *Mérimé Zarzi v. Algeria*, Communication No. 1780/2008, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1780/2008, 22 March 2011, pkt. 7.2, 7.6, 7.9, 9.

⁶⁸ J. Sarkin, op. cit., s. 571.

2. Tortury

Zgodnie z art. 5 ust. 1 AKPCz każda jednostka ma prawo do poszanowania jej fizycznej, psychicznej i moralnej integralności. W art. 5 ust. 2 zakazano tortur, innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego karania lub traktowania.

Definicja tortur⁶⁹ została zawarta w art. 1 Deklaracji o ochronie wszystkich osób przed bycia poddanym torturom, innemu okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1975 r.⁷⁰, w art. 1 ust. 1 Konwencji przeciwko torturom i innemu okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1984 r. (KZT)⁷¹, w art. 2 Międzyamerykańskiej konwencji o zapobieganiu i karaniu tortur z 1985 r. (AKZT).

ATPCz, interpretując postanowienia art. 5 ust. 2 AKPCz, odwołuje się zarówno do postanowień AKZT⁷², jak i KZT⁷³ oraz rozstrzygnięć organów i sądów międzynarodowych⁷⁴.

W orzeczeniu z 27 listopada 2003 r. w sprawie *Maritza Urrutia v. Guatemala* ATPCz, po raz pierwszy, stwierdził, że bezwzględny zakaz tortur, we wszystkich jego formach, stanowi normę *ius cogens*⁷⁵. Stanowisko to potwierdził

⁶⁹ Zob. N. S. Rodley, *The Definition(s) of Torture in International Law „Current Legal Problems”* 2002, vol. 55, no. 1, s. 467–468.

⁷⁰ *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, A/RES/30/3452, Annex, 9 December 1975.

⁷¹ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, New York, 10 December 1984, UNTS 1987, vol. 1465, no. 24841, s. 85–209.

⁷² Zob. np. orzeczenie ATPCz z 7 września 2004 r. w sprawie *Tibi v. Ecuador*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 7, 2004, Series C, No. 114, pkt 145, s. 74.

⁷³ Zob. np. IACtHR 2000, Series C, No. 70, pkt 156, s. 68.

⁷⁴ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System: A Handbook for Victims and Their Advocates*, OMCT Handbook Series Vol. 2, Switzerland, April 2014, Revised and updated by H. Sol Martín, s. 103–104; IACtHR 2005, Series C, No. 123, pkt. 61–64, s. 21–22, pkt. 67–68, s. 23, pkt 73, s. 24–25. W sprawie tej ATPCz powołał się na stanowisko Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. Tortur (pkt 61), praktykę Komitetu Praw Człowieka (pkt 62), prawa i praktyki Trybunału i Tobago (pkt 73), orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (pkt. 64, 67), orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie *Celebici* (pkt 68).

⁷⁵ *Case of Maritza Urrutia v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 27, 2003, Series C, No. 103, pkt 92, s. 35. Zob. T. Meron, *op. cit.*, s. 4–6. Autor stwierdził, iż niektóre prawa człowieka są ważniejsze od innych, ale poza nielicznymi przykładami, np. prawo do życia, wolność od tortur, trudno jest wskazać, które z nich są najważniejsze. Dokumenty prawnomiędzynarodowe, z dziedziny ochrony praw człowieka, przyjęte w systemie uniwersalnym, jak i regionalnym nie wprowadzają

w orzeczeniu z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru*⁷⁶. Podkreślił także, iż stosowana przez Peru praktyka systematycznych naruszeń praw człowieka, pozasądowych egzekucji w stosunku do osób podejrzanych o przynależność do uzbrojonych grup stanowi naruszenie norm *ius cogens*⁷⁷. Popieranie lub tolerowanie przez państwo pozasądowych egzekucji narusza normy *ius cogens* i uniemożliwia efektywną ochronę prawa do życia. Prawo do życia jest fundamentalnym prawem gwarantowanym w AKPCz i jest warunkiem korzystania z pozostałych praw⁷⁸. W orzeczeniu z 12 sierpnia 2000 r. w sprawie *Cantoral Benavides v. Peru*, powołał się na praktykę ETPCz w odniesieniu do art. 3 EKPCz, który stwierdził, iż sama groźba stosowania tortur, w pewnych przypadkach, może stanowić nieludzkie traktowanie, oraz pogląd Komitetu Praw Człowieka, że groźba spowodowania poważnego uszczerbku fizycznego stanowi formę tortur psychologicznych. Uznał, że wszystkie te okoliczności świadczą o istnieniu międzynarodowego systemu zakazującego stosowania jakiegokolwiek formy tortur⁷⁹. Ustalenia te potwierdził w orzeczeniu z 7 września 2004 r. w sprawie *Tibi v. Ecuador*, w którym podkreślił, że system prawa międzynarodowego przewiduje bezwzględny zakaz tortur w jakiegokolwiek formie, zarówno fizycznych, jak i psychicznych. Zakaz tortur stanowi normę *ius cogens*, ma charakter zupełny i nie podlega derogacji, nawet w sytuacjach nadzwyczajnych – stanie wojny, zamieszkach wewnętrznych, walce z terroryzmem, a także w przypadku innych katastrof i sytuacji nadzwyczajnych. Naruszeniem zakazu tortur jest nie tylko powodowanie cierpienia fizycznego, ale także moralnego⁸⁰. Natomiast sędzia A. A. Conçado Trindade w opinii indywidualnej do tego orzeczenia stwierdził, iż w stosunkach wertykalnych normy *ius cogens* mogą skutkować unieważnieniem aktu ustawodawczego, administracyjnego lub środka sądo-

podziału na zwykłe i fundamentalne prawa człowieka. Natomiast taki podział prezentowany jest w literaturze. W odniesieniu do norm *ius cogens* podkreślił, iż koncepcja ta, w odniesieniu do ważności traktatu, w praktyce ma ograniczone znaczenie. Natomiast w odniesieniu do praw człowieka nadanie określönemu prawu statusu normy *ius cogens*, może mieć istotne znaczenie, *ibidem*, s. 14.

⁷⁶ *Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 8, 2004, Series C, No. 110, pkt 112, s. 44.

⁷⁷ *Ibidem*, pkt 76, s. 34.

⁷⁸ *Ibidem*, pkt 128, s. 48.

⁷⁹ Orzeczenie ATPCz z 18 sierpnia 2000 r. w sprawie *Cantoral Benavides v. Peru*, Merits, Judgment of August 18, 2000, Series C, No. 69, pkt. 102–103, s. 37.

⁸⁰ IACtHR 2004, Series C, No. 114, s. 74. Zob. W. P. Simmons, *Remedies for Women of Ciudad Juárez through the Inter-American Court of Human Rights*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2006, vol. 4, no. 3, s. 510.

wego, gdy w świetle prawa krajowego jego celem jest stosowanie lub tolerowanie tortur⁸¹.

W kolejnym orzeczeniu w sprawie *Caesar v. Trinidad and Tobago* Trybunał, powołując się na dokumenty prawnomiędzynarodowe i własną praktykę, podkreślił, że istnieje powszechny zakaz stosowania tortur, innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania, niezależnie od tego, czy zakazy te zostały skodyfikowane w umowach międzynarodowych, czy ujęte w deklaracjach, gdyż praktyki te stanowią naruszenie norm peremptoryjnych. Stwierdził także, iż obecnie coraz więcej państw odstępuje od stosowania kary śmierci ze względu na jej nieludzki, okrutny i poniżający charakter. W związku z tym państwa członkowskie OPA, w celu wypełnienia postanowień art. 1 ust. 1, art. 5 ust. 1 i 2, są zobowiązane *erga omnes* do powstrzymania się od stosowania kary śmierci, jak i jej orzekania⁸². Zdaniem Trybunału kara śmierci stanowi formę tortur i *per se* stanowi naruszenie fizycznej, psychicznej, moralnej integralności gwarantowanej w art. 5 ust. 1 i 2, w związku z art. 1 ust. 1 AKPCz⁸³. W orzeczeniu z 20 listopada 2014 r. w sprawie *Espinoza Gonzáles v. Peru*⁸⁴, Trybunał po raz kolejny stwierdził, że tortury i inne nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie są bezwzględnie zakazane w międzynarodowym prawie praw człowieka. Zakaz ten nie podlega derogacji nawet w nadzwyczajnych okolicznościach, a obecnie należy do norm *ius cogens*. Konwencje o charakterze uniwersalnym i regionalnym, przewidując te zakazy oraz niepodlegające derogacji prawo do bycia niepoddawanyam torturom. Prawo to gwarantują liczne dokumenty prawnomiędzynarodowe, w tym normy międzynarodowego prawa humanitarnego. AT-PCz stwierdził także, iż naruszenie prawa do fizycznej i psychicznej integralności, w zależności od stopnia intensywności naruszenia, może być zakwalifikowane jako tortury lub inne nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie. W każdym konkretnym przypadku należy uwzględnić takie czynniki, jak np. wiek, płeć, czas trwania naruszenia, czyli takie, które są charakterystyczne dla danej jednostki⁸⁵.

⁸¹ IACtHR 2004, Series C, No. 114, pkt 32, s. 10.

⁸² IACtHR 2005, Series C, No. 123, pkt 70, s. 24.

⁸³ Ibidem, pkt 73, s. 24–25.

⁸⁴ *Case of Espinoza Gonzáles v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 20, 2014, Series C, No. 289, pkt 141, s. 52–53.

⁸⁵ Ibidem, pkt 142, s. 53.

3. Dyskryminacja

AKPCz nie zawiera *expressis verbis* definicji dyskryminacji. Zgodnie z art. 24 Konwencji wszystkie osoby są równe wobec prawa, zatem są uprawnione, bez dyskryminacji, do równej ochrony prawnej. W art. 1 ust. 1 AKPCz⁸⁶ zawiera zobowiązanie do poszanowania i zagwarantowania, bez dyskryminacji, wszystkich praw zawartych w Konwencji. W art. 24 AKPCz zakazano dyskryminacji zarówno w odniesieniu do praw gwarantowanych Konwencją, jak i całego prawa przyjętego przez państwo, a także w zakresie jego stosowania⁸⁷. Zasada niedyskryminacji, prawo do równości wobec prawa i prawo do równej ochrony prawnej stanowią część ogólnej zasady dotyczącej ochrony praw człowieka i trudno jest oddzielić te elementy od siebie⁸⁸.

Należy jednak podkreślić, że AKPCz nie zakazuje zróżnicowanego traktowania⁸⁹. Zdaniem ATPCz „rozróżnienie” stanowi różnice zgodne z AKPCz, o ile są one uzasadnione, proporcjonalne i obiektywne, a „dyskryminacja” jest to jakiegokolwiek wyłączenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie, które jest nieobiektywne, nieuzasadnione i skutkuje naruszeniem praw człowieka⁹⁰.

W opinii doradczej z 17 września 2003 r. dotyczącej praw nieudokumentowanych migrantów⁹¹ ATPCz powtórzył, że pojęcie „równości” wynika z jedności rodzaju ludzkiego i wiąże się z godnością jednostki⁹². Prawo do równości wobec prawa i zasada niedyskryminacji stanowią normy *ius cogens*, gdyż opiera

⁸⁶ Zob. art. II Międzyamerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka, przyjętej na IX sesji państw OPA, Bogota, Kolumbia 1948 r., tekst dostępny na: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.

⁸⁷ Zob. orzeczenie ATPCz z 24 lutego 2012 r. w sprawie *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 24, 2012, Series C, No. 239, pkt 82, s. 28–29.

⁸⁸ *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Series A, No. 18, pkt 83, s. 94.

⁸⁹ Inter-American Commission of Human Rights, *Legal Standards Related to Gender Equality and Women's Rights in the Inter-American Human Rights System: Development and Application*, OEA/Ser. L/V/II. 143 Doc. 60, 3 November 2011, Original: Spanish, update approved by Commission on January 26, 2015, pkt 143, s. 75. Zob. orzeczenie ATPCz z 14 października 2014 r. w sprawie *Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their Members v. Panama*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 14, 2014, Series C, No. 284, pkt. 203–204, s. 61.

⁹⁰ IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 84, s. 95.

⁹¹ Ibidem, pkt. 97–101, s. 98–99.

⁹² Ibidem, pkt 87, s. 95–96. Zob. opinię doradczą ATPCz z 19 stycznia 1984 r. w sprawie *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Series A, No. 4, pkt 55, s. 15.

się na nich cały porządek krajowy i międzynarodowy. Jest to podstawowa zasada, która przenika wszystkie prawa. Trybunał podkreślił, iż obecnie jakikolwiek akt prawny sprzeczny z zasadą równości wobec prawa i niedyskryminacji jest niedopuszczalny. Z zasady tej wynika obowiązek powstrzymania się przez państwo od działań, które *de facto* lub *de iure* byłyby dyskryminujące, podjęcia działań, które odwróciłyby lub zmieniły sytuację dyskryminującą określoną kategorię osób⁹³. Naruszenie tych zobowiązań skutkuje odpowiedzialnością prawnomiędzynarodową państwa, która ze względu na naruszenie zobowiązania stanowiącego normę peremptoryjną międzynarodowego prawa praw człowieka, ulega zwiększeniu⁹⁴. Zasada równości i niedyskryminacji odnosi się do wszystkich państw, gdyż jako norma *ius cogens*, skutkuje powstaniem zobowiązań skutecznych *erga omnes*⁹⁵. Powołując się na teorię *Drittwirkung*, zgodnie z którą prawa fundamentalne powinny być chronione przez władzę publiczną i jednostki⁹⁶, uznał, że wynikające z norm *ius cogens* zobowiązania *erga omnes* skutkują nie tylko w stosunku do wszystkich państw lub społeczności międzynarodowej, ale także w odniesieniu do wszystkich jednostek – podmiotów praw człowieka. Zobowiązania przynależne jednostkom były wzorowane na zobowiązaniach międzypaństwowych⁹⁷. ATPCz, powołując się na umowy międzynarodowe, dokumenty prawnie niewiążące, orzeczenia sądów i organów międzynarodowych oraz stanowiska prezentowane w doktrynie, stwierdził, że zakaz ten uzyskał status normy *ius cogens*⁹⁸.

ATPCz podkreślił także, iż migranci stanowią grupę osób szczególnie narażoną na naruszenia przysługujących im praw. Grupa ta ma ograniczone uprawnienia w stosunku do obywateli i rezydentów⁹⁹. Państwa są zobowiązane zapewnić przestrzeganie zasady równości i niedyskryminacji zarówno wobec obywateli, jak i wszystkich cudzoziemców przebywających na jego terytorium. Państwo nie może dyskryminować lub tolerować dyskryminacji w stosunku do migrantów. W przypadku naruszenia przez nich przepisów prawa krajowego państwo może podjąć stosowne środki, ale w taki sposób, który ma zapewnić poszanowanie praw człowieka w stosunku do wszystkich osób, bez dyskryminacji

⁹³ IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt. 102–105, s. 99–100; IACtHR 2012, Series C, No. 239, pkt. 79–80, s. 27–28.

⁹⁴ IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 106, s. 100.

⁹⁵ Ibidem, pkt 110, s. 100–101.

⁹⁶ Ibidem, pkt 140, s. 106.

⁹⁷ G. L. Neuman, *Import...*, s. 121–122.

⁹⁸ IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt. 70–71, s. 91–92, pkt 87, s. 95–96, pkt. 90–95, s. 96–98.

⁹⁹ Ibidem, pkt. 112–113, s. 101.

ze względu na obywatelstwo, nieregulowaną sytuację prawną na terytorium państwa przyjmującego, płeć, rasę lub z jakiegokolwiek innej przyczyny¹⁰⁰.

W orzeczeniu z 15 września 2005 r. w sprawie „*Mapiripán Massacre*” v. *Colombia* ATPCz stwierdził, że zobowiązania do ochrony życia nie można oddzielić od ogólnego zobowiązania wynikającego z zasady niedyskryminacji, w szczególności, gdy nierówność dotyczy jednostek szczególnie narażonych na naruszenia. Podkreślił, że istnieje nierozzerwalna więź pomiędzy zobowiązaniami *erga omnes* do poszanowania i zagwarantowania praw człowieka a zasadą równości i niedyskryminacji, która uzyskała status normy *ius cogens*. Odgrywa ona istotną rolę zarówno w świetle prawa międzynarodowego, jak i krajowego w zapewnieniu ochrony praw człowieka. Państwo jest zobowiązane do zapewnienia ochrony w związku z działaniami i praktykami podmiotów trzecich, które tolerują, uznają, tworzą, utrzymują lub popierają sytuacje dyskryminujące¹⁰¹.

W orzeczeniu z 24 października 2012 r. w sprawie of *Nadege Dorzema et al.* v. *Dominican Republic* ATPCz stwierdził, że istnieje nierozzerwalna więź pomiędzy zobowiązaniem do poszanowania i zagwarantowania praw człowieka a zasadą równości i niedyskryminacji¹⁰². Zasady te stanowią istotny element ochrony praw człowieka i zostały zawarte w wielu dokumentach prawnomiędzynarodowych oraz rozwinięte w nauce oraz rozstrzygnięciach organów międzynarodowych. Trybunał ponownie powtórzył, że zasada równości i niedyskryminacji uzyskały status normy *ius cogens*¹⁰³. Zdaniem ATPCz naruszenie zasady równości i niedyskryminacji następuje także w przypadku wystąpienia dyskryminacji pośredniej, która ma miejsce w sytuacji nieproporcjonalnego oddziaływania norm, działań, polityki i innych środków, które wpływają negatywnie na najbardziej narażone na naruszenie grupy. Dzieje się tak, nawet gdy ich sformułowanie jest lub wydaje się neutralne lub gdy ich zakres ma charakter ogólny i nieodróżniony. ATPCz w celu wzmocnienia swojej argumentacji, w kontekście dyskryminacji pośredniej, powołał się na orzeczenie ETPCz¹⁰⁴.

W odniesieniu do prawa do obywatelstwa w sprawie *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic* ATPCz powtórzył, że zasada równości wobec prawa i niedyskryminacji ma status normy *ius cogens*, zatem ustalając

¹⁰⁰ Ibidem, pkt. 118–119, s. 102.

¹⁰¹ *Case of "Mapiripán Massacre" v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 15, 2005, Series C, No. 134, pkt 178, s. 113.

¹⁰² Zob. orzeczenie z 28 sierpnia 2014 r. w sprawie *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 28, 2014, Series C, No. 282, pkt 298, s. 127.

¹⁰³ *Case of Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 24, 2012, Series C, No. 251, pkt. 224–225, s. 60–61.

¹⁰⁴ Ibidem, pkt 235, s. 63.

zasady nadania obywatelstwa, państwo jest zobowiązane do powstrzymania się od stanowienia dyskryminującego prawa lub prawa, które będzie powodowało dyskryminację różnych grup osób korzystających z przyznanych im praw. Państwo jest także zobowiązane do zwalczania, na wszystkich szczeblach, praktyk dyskryminacyjnych oraz powinno przyjąć wszelkie niezbędne środki mające na celu zapewnienie każdemu równości wobec prawa. Prawo do równości wobec prawa i niedyskryminacji przysługuje także migrantom oraz rozciąga się na prawo do obywatelstwa¹⁰⁵.

ATPCz, rozpatrując sprawy dotyczące naruszeń praw przysługujących ludności tubylczej, powoływał się na zasadę równości wobec prawa i niedyskryminacji¹⁰⁶. W orzeczeniu z 17 czerwca 2005 r. w sprawie *Yakye Axa Indigeno-us Community v. Paraguay* ATPCz stwierdził, że w świetle postanowień art. 24 i art. 1 ust. 1 AKPCz państwa są zobowiązane do zapewnienia, na równych zasadach, jednostkom, które nie podlegają ich jurysdykcji, korzystania z przysługujących im praw. W tym celu państwa powinny uwzględnić szczególne cechy charakterystyczne, które wyróżniają członków ludności tubylczej od pozostałej populacji i stanowią o ich tożsamości kulturowej¹⁰⁷. Wyjaśnił, że zasady niedyskryminacji nie można pogodzić z twierdzeniem, że pewnej grupie przysługuje uprzywilejowane traktowanie ze względu na postrzeganie jej jako nadrzędnej, albo traktowanie pewnej grupy, uznanej za gorszą, w sposób wrogi lub dyskryminowanie jej w korzystaniu z praw, z których mogą korzystać wszystkie pozostałe jednostki. Niedopuszczalne jest zatem poddawanie jednostek różnicowanemu traktowaniu, które pozostaje w sprzeczności z ich unikalnym i pokrewnym charakterem¹⁰⁸.

W orzeczeniu z 23 czerwca 2005 r. w sprawie *Yatama v. Nicaragua* ATPCz stwierdził naruszenie art. 23 i art. 24 w związku z art. 1 ust. 1 i art. 2 AKPCz w stosunku do kandydatów organizacji YATAMA uczestniczących w wyborach lokalnych, gdyż zastosowano postanowienia Aktu wyborczego z 2000 r., który wprowadzał nieuzasadnione ograniczenia w korzystaniu z biernego prawa wyborczego mające charakter dyskryminacyjny¹⁰⁹. W myśl przepisów tego Aktu

¹⁰⁵ IACtHR 2014, Series C, No. 282, pkt 264, s. 87–88, pkt 402, s. 128.

¹⁰⁶ J. M. Pasqualucci, *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*, „Human Rights Law Review” 2006, vol. 6, no. 2, s. 286.

¹⁰⁷ *Case of Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 17, 2005, Series C, No. 125, pkt 51, s. 52.

¹⁰⁸ IACtHR 1984, Advisory Opinion OC-4/84, Series A, No. 4, pkt 55, s. 15. Zob. S. J. Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move toward the Multicultural State*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” (AJICL) 2004, vol. 21, no. 1, s. 17.

¹⁰⁹ *Case of Yatama v. Nicaragua*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 23, 2005, Series C, No. 127, pkt 229, s. 91.

udział w wyborach mogły wziąć tylko partie polityczne, a ta forma stowarzyszenia się jest nieznaną ludności tubylczej i pozostaje w sprzeczności ze zwyczajami, organizacją i kulturą ludności tubylczej i etnicznej społeczności Wybrzeża Atlantyckiego¹¹⁰. ATPCz podkreślił, że uznaje się inne formy zgłaszania kandydatów, jeżeli są one niezbędne do skłonienia lub zapewnienia udziału w wyborach określonym grupom społecznym, uwzględniając ich tradycję i system administracyjny¹¹¹. ATPCz uznał, że państwa są zobowiązane do zapewnienia uczestnictwa ludności tubylczej w wyborach¹¹².

W przypadku mniejszości seksualnych ATPCz powołał się na dokumenty przyjęte przez Organizację Narodów Zjednoczonych (ONZ), by wykazać, że zasada niedyskryminacji oznacza, że prawa człowieka są stosowane w stosunku do każdej jednostki niezależnie od jej orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej¹¹³. Powołując się na art. 1 ust. 1 AKPCz, zasady interpretacji Konwencji określone w art. 29, postanowienia KPT, standardy określone przez ETPCz i mechanizmy wypracowane pod auspicjami ONZ, stwierdził, że orientacja seksualna jest kategorią chronioną przez AKPCz. Zakazane jest zatem przyjmowanie aktów prawa krajowego lub stosowanie praktyk tolerujących dyskryminację jednostki ze względu na jej orientację seksualną¹¹⁴. ATPCz podkreślił, że zakres zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie ogranicza się do samego faktu bycia homoseksualistą, ale także dotyczy jego przejawów, a także wynikających z tego skutków dla życia jednostki¹¹⁵.

W celu zapewnienia rzeczywistej, a nie tylko formalnej równości, ATPCz stosował koncepcję dyskryminacji pozytywnej¹¹⁶. W opinii doradczej z 28 sierpnia 2008 r. w sprawie sytuacji prawnej i praw dziecka ATPCz stwierdził, że zasada wyrażona w art. 24 AKPCz nie narusza prawa do przyjęcia szczególnych przepisów i środków odnoszących się do dzieci, gdyż wymagają one szczególnego traktowania ze względu na ich wyjątkową sytuację¹¹⁷.

Można zatem stwierdzić, że w praktyce ATPCz zasada równości wobec prawa i niedyskryminacji, która uzyskała status normy *ius cogens*, jest szczególnie istotna w kontekście osób najbardziej narażonych na jej naruszenie,

¹¹⁰ Ibidem, pkt 214, s. 88.

¹¹¹ Ibidem, pkt 215, s. 88.

¹¹² Ibidem, pkt 218, s. 89.

¹¹³ IACtHR 2012, Series C, No. 239, pkt 90, s. 32.

¹¹⁴ Ibidem, pkt 91, s. 33.

¹¹⁵ Ibidem, pkt 133, s. 45.

¹¹⁶ L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, R. Greenstein, op. cit., s. 514.

¹¹⁷ *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002, Series A, No. 17, pkt 3 (opinia), s. 79.

np. migrantów, ludności tubylczej¹¹⁸, mniejszości seksualnych¹¹⁹. ATPCz uznał także, że w pewnych przypadkach nierówność w traktowaniu może służyć do zapewnienia sprawiedliwości lub ochrony tym, którzy znajdują się w gorszej sytuacji prawnej¹²⁰. ATPCz nie wskazał jednak, na jakiej podstawie zakaz dyskryminacji uzyskał status normy *ius cogens*. Stwierdził tylko, że obecnie żaden akt prawny nie może być sprzeczny z zakazem dyskryminacji¹²¹.

IV. Funkcje norm *ius cogens* w praktyce ATPCz

Z orzeczeń i opinii doradczych ATPCz wynika, iż przypisanie przez Trybunał określonej normie charakteru normy *ius cogens* pełni różne funkcje. Po pierwsze, naruszenie normy *ius cogens* może służyć do unieważnienia traktatu. Normy *ius cogens* określają skutki prawne wynikające z ich nadrzędności nad normami, które nie uzyskały takiego statusu¹²². W orzeczeniu z 10 września 1993 r. sprawie *Aloeboetoe et al. v. Suriname* ATPCz stwierdził, iż postanowienia traktatu zobowiązujące do pojmania i dostarczenia gubernatorowi Surinamu zbiegłych niewolników są nieważne¹²³. Po drugie, stwierdzenie naruszenia przez państwo-stronę AKPCz norm *ius cogens* może powodować zwiększoną odpowiedzialność¹²⁴. W orzeczeniu z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Hermanos Gómez-Paquiyaury v. Peru* za okoliczności zwiększające odpowiedzialność państwa uznano praktykę systematycznych naruszeń praw człowieka, w tym przeprowadzanie

¹¹⁸ I. M. Cuneo, *Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects*, AJICL 2005, vol. 22, no. 1, s. 53–63.

¹¹⁹ Zob. IACtHR 2012, Series C, No. 239, pkt 235, s. 70.

¹²⁰ IACtHR 1984, Advisory Opinion OC-4/84, Series A, No. 4, pkt 56, s. 15.

¹²¹ G. L. Neuman, *Import...*, s. 121.

¹²² U. Linderfalk, *Source of Jus Cogens Obligations – How Legal Positivism Copes with Peremptory International Law*, NJIL 2013, vol. 82, no. 3, s. 374, 376. Zob. R. St. J. MacDonald, *Fundamental Norms in Contemporary International Law*, „Canadian Yearbook of International Law” 1987, vol. 25, s. 134. Autor, odrzucając argumenty L. Alexidze, który negatywnie odniósł się do prezentowanego w nauce prawa międzynarodowego stanowiska, iż normy *ius cogens* świadczą o tworzeniu się hierarchii w prawie międzynarodowym, stwierdził, że istotą koncepcji norm *ius cogens* jest uznanie konieczności stworzenia wspólnych wartości i standardów, które będą miały pierwszeństwo nad suwerennością państw, i które doprowadzą do przekształcenia społeczności międzynarodowej. Zatem zobowiązania społeczności międzynarodowej nie występują wyłącznie w stosunkach horyzontalnych, ale także mają charakter wertykalny.

¹²³ *Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Reparations and Costs, Judgment of September 10, 1993, Series C, No. 15, pkt 57, s. 14. Zob. art. 64 KPT.

¹²⁴ Zob. *Case of Molina Theissen v. Guatemala*, Reparations and Costs, Judgment of July 3, 2004, Series C, No. 108, pkt 41, s. 25.

pozasądowych egzekucji, nieletniość ofiar, sprzeczność z normami *ius cogens*¹²⁵. Po trzecie, przypisywanie prawom gwarantowanym w AKPCz charakteru norm *ius cogens* podkreśla normatywny charakter zobowiązań z niej wynikających w odniesieniu do wszystkich państw członkowskich OPA, także tych, które nie ratyfikowały AKPCz¹²⁶. W opinii doradczej w sprawie praw nieudokumentowanych migrantów ATPCz stwierdził, iż opinia odnosi się do wszystkich państw członkowskich OPA. Zasada równości i niedyskryminacji dotyczy wszystkich państw, gdyż należąc do norm *ius cogens*, skutkuje zobowiązaniami *erga omnes*, wiąże wszystkie państwa i wywołuje skutki prawne w stosunku do państw trzecich i jednostek¹²⁷.

V. Podsumowanie

Orzeczenia i opinie doradcze ATPCz wskazują, że rozstrzygnięcia Trybunału w znacznym stopniu przyczyniły się do poszerzenia treści i zakresu norm *ius cogens*¹²⁸. W swej praktyce ATPCz uznał za naruszenie norm *ius cogens* naruszenie zakazu niewolnictwa¹²⁹, wymuszone zaginięcia¹³⁰, tortury¹³¹, nieludzkie lub poniżające traktowanie¹³², zbrodnie przeciwko ludzkości¹³³, niezgodne

¹²⁵ IACtHR 2004, Series C, No. 110, pkt 76, s. 34. Zob. L. Hennebel, *The Inter-American Court of Human Rights: the Ambassador of Universalism*, QJIL September 2011, s. 67.

¹²⁶ G. L. Neuman, *Import...*, s. 117.

¹²⁷ IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 110, s. 100–101.

¹²⁸ Zob. opinię indywidualną sędziego A. A. Conçado Trindade do orzeczenia w sprawie *Caesar v. Trinidad and Tobago*, IACtHR 2005, Series C, No. 123, pkt 86, s. 25–26; M. Saul, *Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges*, „Asian Journal of International Law” 2014, vol. 5, no. 1, s. 38. Por. A. Binachi, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, EJIL 2008, vol. 19, no. 3, s. 506. Autorka wskazała, iż tak szerokie ujęcie norm *ius cogens* stanowi zagrożenie dla całej koncepcji.

¹²⁹ IACtHR1993, Series C, No. 15, pkt 57, s. 14.

¹³⁰ IACtHR 2006, Series C, No. 153, pkt 84, s. 63, pkt 94, s. 67, pkt 128, s. 82. Por. A. Micus, op. cit., s. 178.

¹³¹ IACtHR 2003, Series C, No. 103, pkt 92, s. 35.

¹³² IACtHR 2005, Series C, No. 123, pkt 100, s. 30. Zob. opinię doradczą w sprawie *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, Advisory Opinion OC-21/14 of August 19, 2014, Series A, No. 21, pkt 224, s. 88.

¹³³ IACtHR 2006, Series C, No. 154, pkt 99, s. 47, pkt 153, s. 62.

z prawem egzekucje¹³⁴, dyskryminacje¹³⁵, naruszenie zasady *non-refoulement*¹³⁶. Niektóre z tych naruszeń ATPCz zakwalifikował jako „poważne”, np. tortury, pozasądowe egzekucje, wymuszone zaginięcia. Katalog tych naruszeń nie jest jednak zamknięty, a przy ustalaniu powagi naruszenia nie uwzględnia się jego skali. Pojedynczy akt tortur może również stanowić poważne naruszenie praw człowieka. Orzeczenia ATPCz wskazują na trzy kryteria, za pomocą których Trybunał określa naruszenia jako poważne: naruszenie normy *ius cogens*, istotnych wartości dla społeczności międzynarodowej oraz praw niederogowalnych uznanych w międzynarodowym prawie praw człowieka¹³⁷.

W orzeczeniach i opiniach doradczych ATPCz nie wskazywał wprost źródła powstania norm *ius cogens* i trudno jest stwierdzić, na jakiej podstawie Trybunał przypisał określonym prawom człowieka status normy peremptoryjnej¹³⁸.

W nauce prawa międzynarodowego zwolennicy prawa natury¹³⁹ twierdzą, że zgodnie z definicją normy *ius cogens* zawartą w KPT są one stosowane w odniesieniu do wszystkich państw, niezależnie do tego, czy wyraziły zgodę na związanie się nimi lub uznają normy *ius cogens* za normy nadrzędne nad tymi, które nie uzyskały takiego statusu¹⁴⁰. W obu przypadkach nie są to normy wynikające z umowy międzynarodowej, zwyczaju międzynarodowego, ogólnych zasad prawa, gdyż odpowiednio opierają się na zgodzie państw lub żadne z wymienionych źródeł nie opiera się na hierarchicznej nadrzędności w stosunku do pozostałych¹⁴¹. Zwolennicy pozytywizmu prawniczego¹⁴² twierdzą, iż normy *ius cogens* wynikają z umowy międzynarodowej¹⁴³, ze zwyczaju międzynaro-

¹³⁴ IACtHR 2004, Series C, No. 110, pkt 76, s. 34.

¹³⁵ Zob. L. Burgogue-Larsen, A. Ubeda de Torres, R. Greenstein, op. cit., s. 285.

¹³⁶ IACHR 2014, Series A, No. 21, pkt 225, s. 88–89.

¹³⁷ X. Medellin-Urquiaga, op. cit., s. 410; *What Amounts to 'a Serious Violation of International Human Rights Law'?*, An Analysis of Practice and Expert Opinion for the Purpose of the 2013 Arms Trade Treaty, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academy Briefing No. 6, August 2014, s. 23–25.

¹³⁸ D. Contreras-Garduno, I. Alvarez-Rio, op. cit., s. 123. Autorzy stwierdzili [...] *it remains a mystery how the Courts elevate some of those norms to the status jus cogens*.

¹³⁹ D. Dubois, op. cit., s. 134. Zob. K. Parker, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, „Hastings International and Comparative Law Review” 1989, vol. 12, no. 2, s. 419–422.

¹⁴⁰ R. St. J. MacDonald, op. cit., s. 134.

¹⁴¹ U. Linderfalk, *The Source...*, s. 371–372.

¹⁴² M. Byers, ‘*Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*’, NJIL 1997, vol. 66, no. 2–3, s. 212, 221.

¹⁴³ Zob. H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Volume I*, Oxford 2013, s. 229.

dowego¹⁴⁴ lub stanowią szczególną kategorię norm zwyczajowych¹⁴⁵, ogólnych zasad prawa¹⁴⁶.

ATPCz przy przypisywaniu danej normie charakteru *ius cogens* wielokrotnie powoływał się w rozstrzygnięciach na umowy międzynarodowe, przyjęte zarówno w systemie uniwersalnym, jak i regionalnym, dokumenty prawnie niewiążące, praktykę innych sądów i organów międzynarodowych, w odniesieniu do których można stwierdzić, iż stanowią one wyraz prawa zwyczajowego. Jeśli istnieje praktyka państw dotycząca przypisywania określonym normom statusu *ius cogens*, a umowy i deklaracje stanowią *opinio iuris*, gdyż świadczą o legalności podjętych działań, to łącznie tworzą zwyczaj międzynarodowy¹⁴⁷. Z drugiej strony, w argumentacji ATPCz można doszukać się pewnych odniesień do prawa natury¹⁴⁸.

Praktyka ATPCz dowodzi także, iż normy *ius cogens* znajdują zastosowanie nie tylko w prawie traktatów i nie mają charakteru zamkniętego¹⁴⁹. Normy *ius cogens* są stosowane także w innych dziedzinach prawa międzynarodowego, w tym w prawie o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej państw¹⁵⁰.

¹⁴⁴ J. Paust, *The Reality of Jus Cogens*, „Connecticut Journal of International Law” 1991, vol. 7, no. 1, s. 82–83. Por. D. Dubois, *op. cit.*, s. 136–137. Autor podkreślił, iż pomiędzy normami *ius cogens* a zwyczajowym prawem międzynarodowym istnieją istotne różnice.

¹⁴⁵ Zob. J. Tasioulas, *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, [w:] C.A. Bradley (ed.), *Custom's Future International Law in a Changing World*, Cambridge 2016, s. 95–115. Autor stwierdził, iż prawa człowieka, które uzyskały status normy *ius cogens* stanowią podkategorię zwyczajowych norm praw człowieka. Charakter norm *ius cogens* uzyskują te normy zwyczajowe, w stosunku do których istnieje utrwalona praktyka i *opinio iuris*, a w związku z tym tworzą uniwersalne, peremptoryjne i niederogowalne normy. Podkreślił także, iż w niektórych przypadkach tylko pewna podkategoria zobowiązań powiązana z takimi prawami stanowi normy *ius cogens*. Natomiast odrzucił stanowisko, zgodnie z którym zwyczajowe normy praw człowieka automatycznie uzyskują status norm *ius cogens*.

¹⁴⁶ Zob. B. Simma, P. Alston, *Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, „Australian Year Book of International Law” 1988–1989, vol. 12, s. 102–108.

¹⁴⁷ I. Alvarez-Rio, D. Contreras-Garduno, *op. cit.*, s. 123.

¹⁴⁸ A. Binachi, *op. cit.*, s. 506.

¹⁴⁹ Zob. opinię sędziego A. A. Conçado Trindade w sprawie praw nieudokumentowanych migrantów, IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 68, s. 26.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pkt 70, s. 27. Zob. A.A. Conçado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers 2013, s. 292; K. Zemanek, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the Legal Order*, [w:] E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford 2011, s. 396.

W kontekście naruszeń praw człowieka twierdzenie to jest szczególnie istotne, gdyż naruszenia te wynikają głównie z aktów jednostronnych państw¹⁵¹. A. A. Conçado Trindade w opinii w sprawie praw nieudokumentowanych migrantów podkreślił, że prawo o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej wskazuje na szeroki i zupełny zakres norm *ius cogens*¹⁵². Pojawienie się i uznanie norm *ius cogens* świadczy o istnieniu hierarchii norm¹⁵³ oraz wiąże się z koncepcją porządku publicznego, a także oznacza przewagę *ius necessarium* nad *ius voluntarium*¹⁵⁴. Stanowi też emanację ludzkiego sumienia i *opinio iuris communis*¹⁵⁵. ATPCz w opinii w sprawie praw nieudokumentowanych migrantów uznał, iż normy *ius cogens* stanowią fundament całego systemu prawnego oraz krajowego i międzynarodowego porządku publicznego, przenikają wszystkie prawa¹⁵⁶.

Praktyka ATPCz doprowadziła do ewolucji prawa międzynarodowego poprzez zapewnienie skutecznego regulowania stosunków w układzie wertykalnym pomiędzy państwem a jednostką. W tym kontekście, ujmując prawo międzynarodowe z punktu antropocentrycznego, a nie państwowocentrycznego¹⁵⁷, ATPCz przyczynił się do wzbogacenia i humanizacji prawa międzynarodowego¹⁵⁸.

¹⁵¹ T. Meron, op. cit., s. 19.

¹⁵² IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 70, s. 27.

¹⁵³ Zob. D. Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, AJIL 2006, vol. 100, no. 2, s. 291–323.

¹⁵⁴ Opinia sędziego A. A. Conçado Trindade, IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 73, s. 28.

¹⁵⁵ Ibidem, pkt 87, s. 32.

¹⁵⁶ Zob. IACtHR 2003, Advisory Opinion OC-18/03, Series A, No. 18, pkt 101, s. 99.

¹⁵⁷ Zob. R. Kwiecień, *Państwa jako suwerenni „międzynarodowi prawodawcy” a systemowe cechy prawa międzynarodowego*, [w:] R. Kwiecień (red.), *Państwo a prawo międzynarodowe jako system*, Lublin 2015, s. 50–53, 69–71. Autor, w kontekście doktryny *Lotus* i związanej z nią teorii zgody, podkreślił, iż w świetle *dictum* orzeczenia Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej prawo międzynarodowe to prawo międzypaństwowe. Zauważył także, iż doktryna *Lotus* została potwierdzona w wielu orzeczeniach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Zdaniem R. Kwietnia nie należy jednak ograniczać się wyłącznie do zgody państw jako jedynej reguły walidacyjnej w prawie międzynarodowym. Postuluje za szerszym ujęciem prawa międzynarodowego, w którym zgoda państw jest jedną, ale nie jedyną regułą walidacyjną. Ponadto podkreślił, iż określenie prawa międzynarodowego jako prawa międzypaństwowego jest zbyt wąskie, chociaż międzypaństwowość wciąż stanowi konstytutywną cechę prawa międzynarodowego. Por. L. Antonowicz, *Zagadnienie podmiotowości prawa międzynarodowego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 1998, Sectio G, vol. XLV, s. 28–29.

¹⁵⁸ A. A. Conçado Trindade, *The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice*, „Chinese Journal of International Law” 2007, vol. 6, no. 1, s. 1–16.

Należy jednak podkreślić, że zbyt częste odwoływanie się do praw fundamentalnych i norm *ius cogens* może podważyć istotę tej koncepcji¹⁵⁹. Zachowanie szczególnej ostrożności w tym zakresie wydaje się uzasadnione, gdyż w przypadku koncepcji norm *ius cogens* jest wiele pytań, na które nie można udzielić jednoznacznych odpowiedzi. Trudno jest wskazać źródła powstania norm *ius cogens*, uzasadnić, w jaki sposób norma *ius cogens* stanowi wyraz międzynarodowego prawa zwyczajowego, skoro opiera się ono na zgodzie państw. Normy *ius cogens* wiążą wszystkie państwa, niezależnie od tego, czy wyraziły na nie zgodę i nie ma do nich zastosowania instytucja *persistent objector*. Brak jest także odpowiedzi na pytanie, jaka część społeczności międzynarodowej państw ma ją przyjąć i uznać za normę peremptoryjną.

Powołując się na rozstrzygnięcia innych sądów, organów międzynarodowych oraz umowy międzynarodowe i dokumenty prawnie niewiążące, ATPCz starał się wspierać własną argumentację, legalność własnych rozstrzygnięć i zmierzał do ujednoczenia orzecznictwa. Wskazywał na uniwersalistyczny charakter praw człowieka i wzmacniał efektywność AKPCz. Odwołania te pozwoliły także na przenalizowanie *corpus iuris* w tym zakresie oraz zastosowanie takiej interpretacji, która w najszerszym zakresie zapewni ochronę praw człowieka¹⁶⁰. Równocześnie, pomijając zgodę państw OPA jako element istotny przy interpretacji wiążących je zobowiązań, ATPCz osłabił efektywność międzyamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Poszerzanie zakresu norm *ius cogens* nie zwiększa skuteczności funkcjonowania tego systemu¹⁶¹. Ponadto ATPCz jest sądem regionalnym, a zatem zakres jego oddziaływania jest dość ograniczony.

¹⁵⁹ T. Meron, op. cit., s. 22.

¹⁶⁰ Zob. L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, R. Greenstein, op. cit., s. 371.

¹⁶¹ G. L. Neuman, *Import...*, s. 102, 114–115.

Bibliografia

I. Źródła

1. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja z 1969 r., Dz.U. 1990 r. Nr 74 poz. 439, załącznik.
2. American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969, tekst Konwencji dostępny na: https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Dostęp: 19 lipca 2017 r.
3. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 December 1984, UNTS 1987, vol. 1465, no. 24841.
4. Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, signed at Cartagena de Indias, Colombia, on 9 December of 1985, at Fifteenth Regular Session of the General Assembly of the Organization of American States, tekst dostępny na: <https://www.oas.org/juridico/english/signs/a-51.html>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.
5. Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, Adopted at Belem do Para, Brazil, on 9 June 1994, at the Twenty-fourth Regular Session of the General Assembly of the Organization of American States, tekst dostępny na: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.
6. Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.
7. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, New York, 20 December 2006, UNTS 2010, vol. 2716, no. 48088.
8. Międzyamerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka, przyjęta na IX sesji państw OPA, Bogota, Kolumbia 1948 r., tekst dostępny na: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.
9. Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/RES/30/3452, Annex, 9 December 1975.

II. Orzeczenia, opinie doradcze i decyzje

ICJ

Armed Activities on the Territory of the Congo, New Application: 2002 – Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, Separate Opinion judge *ad hoc* J. Dugard, Judgment of 3 February 2006.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012.

IACtHR

Velásquez Rodríguez v. Honduras, Preliminary Objections, Judgment of June 26, 1987, Series C, No. 1.

Velásquez Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4.

Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname, Reparations and Costs, Judgment of September 10, 1993, Series C, No. 15.

Blake v. Guatemala, Merits, Judgment of January 24, 1998, Series C, No. 48.

Blake v. Guatemala, Reparations and Costs, Judgment of January 22, 1999, Series C, No. 48.

Ivcher Bronstein v. Peru, Competence, Judgment of September 24, 1999, Series C, No. 54.

Cantoral Benavides v. Peru, Merits, Judgment of August 18, 2000, Series C, No. 69.

Case of Maritza Urrutia v. Guatemala, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 27, 2003, Series C, No. 103.

Case of Molina Theissen v. Guatemala, Reparations and Costs, Judgment of July 3, 2004, Series C, No. 108.

Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 8, 2004, Series C, No. 110.

Tibi v. Ecuador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 7, 2004, Series C, No. 114.

Caesar v. Trinidad and Tobago, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 11, 2005, Series C, No. 123.

Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 17, 2005, Series C, No. 125.

Yatama v. Nicaragua, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 23, 2005, Series C, No. 127.

Case of "Mapiripán Massacre" v. Colombia, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 15, 2005, Series C, No. 134.

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 29, 2006, Series C, No. 146.

Claude-Reyes et al. v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 19, 2006, Series C, No. 151.

Goiburú et al. v. Paraguay, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 22, 2006, Series C, No. 153.

Almonacid-Arellano et al v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 26 September 2006, Series C, No. 154.

Heliodoro-Portugal v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 12, 2008, Series C, No. 186.

Tiu Tojin v. Guatemala, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 26, 2008, Series C, No. 190.

Chitay Nech et al. v. Guatemala, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of May 25, 2010, Series C, No. 212.

Ibsen Cárdenas and Ibsen-Peña v. Bolivia, Merits, Reparation and Costs, Judgment of September 1, 2010, Series C, No. 217.

Atala Riffó and Daughters v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 24, 2012, Series C, No. 239.

Gonzalez Medina and Family v. Dominican Republic, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of February 27, 2012, Series C, No. 240.

Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador, Merits and Reparations, Judgment of June 27, 2012, Series C, No. 245.

Case of Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 24, 2012, Series C, No. 251.

Landaeta Mejías Brothers et al. v. Venezuela, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 27, 2014, Series C, No. 281.

Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 28, 2014, Series C, No. 282.

Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their Members v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 14, 2014, Series C, No. 284.

Rodríguez Vera et al. (The Disappeared from the Palace of Justice) v. Colombia, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 14, 2014, Series C, No. 287.

Espinoza Gonzáles v. Peru, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 20, 2014, Series C, No. 289.

Wong Ho Wing v. Peru, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 30, 2015, Series C, No. 297.

“*Other Treaties*” *Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court* (Art. 64 *American Convention on Human Rights*), Advisory Opinion OC-1/82 of September 24, 1982, Series A, No. 1.

Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Series A No. 4.

Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-10/89 of July 14, 1989, Series A, No. 10.

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999, Series A, No. 16.

Juridical Condition and Human Rights of the Child, Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002, Series A, No. 17.

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003, Series A, No. 18.

Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14 of August 19, 2014, Series A, No. 21.

ECHR

Stoll v. Switzerland, Application No. 69698/01, Judgement of 10 December 2007.

Marguš v. Croatia, Application No. 4455/10, Judgement of 27 May 2014.

Lejla Fazlić and others against Bosnia and Herzegovina and 4 other applications, Application No. 66758/09, Decision of 3 June 2014.

Saydý v. Turkey, Application No. 37715/11, Judgement of 27 January 2015.

ICTY

Prosecutor v. Anto Furundzija, ICTY, Case No. IT-95-17/1-T10, Trial Chamber, Judgement 10 December 1998.

III. Inne

Second Report of the Special Rapporteur, Sir Humphrey Waldock, A/CN.4/156 and Add.1–3.

Human Rights Committee, *Mojica v. Dominican Republic*, Communication No. 449/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/449/1991, 15 July 1994.

Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, (A/56/10), „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II, Part Two.

Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare), Preliminary Report, by Mr. Zdzisław Galicki, Special Rapporteur, A/CN.4/571.

Human Rights Committee, *Mériem Zarzi v. Algeria*, Communication No. 1780/2008, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1780/2008, 22 March 2011.

Inter-American Commission of Human Rights, *Legal Standards Related to Gender Equality and Women's Rights in the Inter-American Human Rights System: Development and Application*, OEA/Ser. L/V/II. 143 Doc. 60, 3 November 2011, Original: Spanish, update approved by Commission on January 26, 2015.

IV. Literatura

1. Allain J., *Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, „International Journal of Refugee Law” 2001, vol. 13, no. 4.
2. Alexidze L., *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, „Recueil des Cours” 1981–III, vol. 172.
3. Alvarez-Rio I., Contreras-Garduno D., *A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on Jus Cogens*, tekst dostępny na: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34038.pdf>. Dostęp: 19 lipca 2017 r.
4. Anaya S. J., *International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move toward the Multicultural State*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 2004, vol. 21, no. 1.
5. Antonowicz L., *Zagadnienie podmiotowości prawa międzynarodowego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 1998, Sectio G, vol. XLV.
6. Arrocha P., *The Never-ending Dilemma: is the Unilateral Use of Force by States Legal in the Context of Humanitarian Intervention?*, „Anuario Mexicano de Derecho Internacional” 2011, vol. XI.
7. Basch F. F., *The Doctrine of Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and its Dangers*, „American University International Law Review” 2007, vol. 23, no. 1.
8. Binachi A., *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, „European Journal of International Law” 2008, vol. 19, no. 3.

9. Boisson de Chazournes L., *The Principle Compétence de la Compétence in International Adjudication and Its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals*, [w:] Arsanjani M. H., Cogan J., Sloane R.D., Wiessner S., (eds), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2011.
10. Buergenthal T., *The Advisory Practice of the Inter-American Court of Justice*, „American Journal of International Law” 1979, vol. 79, no. 1, s. 4–12.
11. Burgorgue-Larsen L., Ubeda de Torres A., Greenstein R., *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford 2011.
12. Byers M., ‘*Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*’, „Nordic Journal of International Law” 1997, vol. 66, no. 2-3.
13. Claude O., *Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence*, „Intercultural Human Rights Law Review” 2010, vol. 5.
14. Conçado Trindade A. A., *The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice*, „Chinese Journal of International Law” 2007, vol. 6, no. 1.
15. Conçado Trindade A. A., *Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, „Nordic Journal of International Law” 2012, vol. 81, no. 4.
16. Conçado Trindade A. A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers 2013.
17. Cuneo I. M., *Right of Indigenous Peoples to Meaningful Consent in Extractive Industry Projects*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 2005, vol. 22, no. 1.
18. Czapliński W., *Concepts of Jus Cogens and Obligations Erga Omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, „Polish Yearbook of International Law” 1997–1998, vol. 23.
19. de Hoogh A., *The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective*, „Austrian Journal of Public International Law” 1991, vol. 42.
20. Dubois D., *Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law*, „Nordic Journal of International Law” 2009, vol. 78, no. 2.
21. Fabri H. R., *Enhancing the Rhetoric of Ius Cogens*, „European Journal of International Law” 2012, vol. 23, no. 4.
22. Fernanda M., Solla P., *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland and Company Inc., Publishers, Jefferson, North Carolina and London 2006.

23. Gaja G., *The Protection of General Interests in the International Community*, „Recueil des Cours” 2012, vol. 364.
24. Genovese C., van der Wilt H., *Fighting Impunity of Enforced Disappearances through a Regional Model*, „Amsterdam Law Forum” 2014, vol. 6, no. 1.
25. Grossman C., *The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future*, „Indiana Law Journal” 2008, vol. 83, no. 4.
26. Hennebel L., *The Inter-American Court of Human Rights: the Ambassador of Universalism*, „Quebec Journal of International Law” September 2011.
27. *International and National Courts Confronting Large-Scale Violations of Human Rights - Genocide, Crimes against Humanity and War crimes - Background Paper for Seminar Opening of the Judicial Year January 2016*, prepared by the Department of the Jurisconsult.
28. Keller H., Heri C., *Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights: A Wall of Silence, Fact-Finding Difficulties and States as ‘Subversive Objectors’*, „Journal of International Criminal Justice” 2014, vol. 12, no. 4.
29. Kolb R., *Peremptory International Law - Jus Cogens: A General Inventory*, Bloomsbury Publishing 2015.
30. Kwiecień R., *Państwa jako suwerenni „międzynarodowi prawodawcy” a systemowe cechy prawa międzynarodowego*, [w:] Kwiecień R. (red.), *Państwo a prawo międzynarodowe jako system*, Lublin 2015.
31. Kyriakou N., *An Affront to the Conscience of Humanity: Enforced Disappearance in International Human Rights*, European University Institute, Department of Law, Thesis Submitted for Assessment with a View to Obtaining the Degree of Doctor of Laws of the European University Institute, Florence, June 2012.
32. Kyriakou N., *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition*, „Melbourne Journal of International Law” 2012, vol. 13, no. 1.
33. Linderfalk U., *What Is so Special About Jus Cogens? On the Distinction between the Ordinary and the Peremptory International Law*, „International Community Law Review” 2012, vol. 14, no. 1.
34. Lixinski L., *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, „European Journal of International Law” 2010, vol. 21, no. 3.
35. MacDonald R. St. J., *Fundamental Norms in Contemporary International Law*, „Canadian Yearbook of International Law” 1987, vol. 25.
36. Medellin-Urquiaga X., *The Normative Impact of the Inter-American Court of Human Rights on Latin-American National Prosecution of Mass Atrocities*, „Israel Law Review” 2013, vol. 46, no. 3.

37. Micus A., *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions: From Amnesty Laws to Accountability in Argentina, Chile and Peru*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston 2015.
38. Mik C., *Jus Cogens in Contemporary International Law*, „Polish Yearbook of International Law” 2013, vol. 33.
39. Meron T., *On a Hierarchy of International Human Rights*, „American Journal of International Law” 1986, vol. 80, no. 1.
40. Meron T., *International Law in the Age of Human Rights*, „Recueil des Cours” 2003, vol. 301.
41. Modolell González J. L., *The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights*, „International Criminal Law Review” 2010, vol. 10, no. 4.
42. Neuman G. L., *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, „European Journal of International Law” 2008, vol. 19, no. 1.
43. Neuman G. L., *The External Reception of Inter-American Human Rights Law*, „Quebec Journal of International Law” September 2011.
44. Parker M. C., *Notes: “Other Treaties”: The Inter-American Court of Human Rights Defines Its Advisory Jurisdiction*, „American University Law Review” 1983, vol. 33, no. 1.
45. Parker K., *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, „Hastings International and Comparative Law Review” 1989, vol. 12, no. 2.
46. Pasqualucci J. M., *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, „Stanford Journal of International Law” 2002, vol. 38, no. 2.
47. Pasqualucci J. M., *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*, „Human Rights Law Review” 2006, vol. 6, no. 2.
48. Pasqualucci J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, second edition, Cambridge 2013.
49. Paulus A. L., *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation. An Attempt at a Re-appraisal*, „Nordic Journal of International Law” 2005, vol. 74, no. 3.
50. Paust J., *The Reality of Jus Cogens*, „Connecticut Journal of International Law” 1991, vol. 7, no. 1.
51. Rodley N. S., *The Definition(s) of Torture in International Law*, „Current Legal Problems” 2002, vol. 55, no. 1.
52. Rodríguez-Pinzón D., Martín C., *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System: A Handbook for Victims and*

- Their Advocates*, OMCT Handbook Series Vol. 2, Switzerland, April 2014, Revised and updated by Sol Martín H.
53. Sarkin J., *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained Jus Cogens Status in International Law*, „Nordic Journal of International Law” 2012, vol. 81, no. 4.
54. Saul M., *Identifying Jus Cogens Norms: The Interaction of Scholars and International Judges*, „Asian Journal of International Law” 2014, vol. 5, no. 1.
55. Schwarzenberger G., *Nature of Jus Cogens*, „Texas Law Review” 1965, vol. 43, no. 4.
56. Shelton D., *Normative Hierarchy in International Law*, „American Journal of International Law” 2006, vol. 100, no. 2.
57. Simma B., Alston P., *Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, „Australian Year Book of International Law” 1988–1989, vol. 12.
58. Simmons W. P., *Remedies for Women of Ciudad Juárez through the Inter-American Court of Human Rights*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2006, vol. 4, no. 3.
59. Tasioulas J., *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, [w:] Bradley C.A. (ed.), *Custom’s Future International Law in a Changing World*, Cambridge 2016.
60. *The Right to a Remedy for Enforced Disappearance in India: A Legal Analyses of International and Domestic Law Relating to Victims of Enforced Disappearance*, IHRLC Working Paper Series No. 1, Berkeley Law, University of California, April 2014.
61. Thirlway H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Volume I*, Oxford 2013.
62. Tunkin G. I., *Jus Cogens in Contemporary International Law*, „University of Toledo Law Review” 1971, vol. 3, no. 1.
63. Verdross A., *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, „American Journal of International Law” 1966, vol. 60, no. 1.
64. *What Amounts to ‘a Serious Violation of International Human Rights Law’?*, *An Analysis of Practice and Expert Opinion for the Purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academy Briefing No. 6, August 2014.
65. Wolfke K., *Jus Cogens in International Law (Regulation and Prospects)*, „Polish Yearbook of International Law” 1974, vol. 6.
66. Zemanek K., *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the Legal Order*, [w:] Cannizzaro E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford 2011.

IUS COGENS NORMS IN JUDGEMENTS AND ADVISORY OPINIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The concept of *ius cogens* norms is one of the most controversial issue in the international law. These norms were defined in the art. 53 of Vienna Convention on the law of treaties of 1969, according to which *ius cogens* norm it is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of the international law having the same character. This definition indicates that these norms limit the ability of States of creation or change the norms of the international law. However, the indicated definition does not include examples, scope and substance of *ius cogens* norms. In the commentary to the art. 50 of the draft articles on the law of treaties the International Law Commission stated that substance of these norms will be worked out in the States' practice and in the judicial decisions of international courts¹.

Contrary to International Court of Justice Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), in its judicial decisions in great measure widened the scope and the substance of *ius cogens* norms. Consequently, IACtHR has developed a progressive case law in this realm. In separate opinion, in the case *Caesar v. Trinidad and Tobago* from 2005, judge A. A. Conçado Trindade concluded that the IACtHR, in identification of *ius cogens* norms, have done more than any other international court. In its judgements and advisory opinions IACtHR recognized that e.g. forced going missing, tortures, discriminations, extrajudicial executions are the infringements of *ius cogens* norms. Taking into consideration jurisprudence of the IACtHR it is hard to say on what grounds it was prescribed that a given norm is forming a part of *ius cogens*.

This article analyses the way the IACtHR identified *ius cogens* norms. Therefore it was indispensable to define its competence *ratione materiae*. Next, taking into consideration the gravity and the nature of infringement and the fact that all infringements of human rights which have been described simultaneously constitute violation of other human rights, this paper is limited only to three of them. It also outlines what functions, in the jurisprudence of IACtHR, fulfil the attribution to the norms the status of *ius cogens* norms.

¹ See Yearbook of International Law Commission 1966, vol. II, par 3, p. 248.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (210) 2017
Warszawa 2017

Arkadiusz Krajewski ■

KONSTYTUCYJNE ZASADY POSTĘPOWANIA KARNEGO NA TLE ORZECZNICTWA POLSKIEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Wstęp

Trybunał Konstytucyjny to organ władzy sądowniczej, który stoi na straży prawa poprzez kontrolę zgodności norm prawnych niższego rzędu z normami prawnymi wyższego rzędu, zwłaszcza z Konstytucją.

Konstytucja natomiast w swej treści posiada takie zapisy, które stanowią swoiste zasady prawne odnoszące się do każdej gałęzi prawa, w tym do postępowania karnego. Zasady postępowania karnego, które znajdują swoje odzwierciedlenie w Konstytucji noszą miano konstytucyjnych. Niemniej jednak, wydawać by się mogło, że nie ma nic bardziej oczywistego niż umiejętność zastosowania zasady prawnej, zwłaszcza wtedy, gdy jest ona napisana wprost zarówno w kpk jak i Konstytucji. Mimo to zdarza się, że interpretacja przepisu, jak i zasady postępowania napawa niejednokrotnie problemów w praktyce. W takiej sytuacji konieczne jest sięgnięcie po orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który na przestrzeni 30 lat orzekania dokonał bardzo wielu wykładni, w tym zasad postępowania karnego.

Dzięki konstytucyjnym zasadom postępowania karnego istnieje duże prawdopodobieństwo tego, że wyrok będzie zgodny z prawem, a także sprawiedliwy, a wszelkie prawa stron nie zostaną pogwałcone.

Pojęcie, podział i rola konstytucyjnych zasad postępowania karnego

Przytaczana przez większość teoretyków procesu karnego definicja zasad postępowania karnego stanowi, iż zasady procesowe określają zasadnicze, ogólne cechy procesu, przez co wyrażają to, co jest dla tego procesu charakterystyczne. Dodatkowo również zasady procesowe definiuje się jako społecznie ważne, ogólne dyrektywy uregulowania najbardziej istotnych kwestii z zakresu procesu. Jeszcze inne opracowania określają je jako założenia podstawowe, odzwierciedlające nadrzędne idee, zaakceptowane przez ustawodawcę przy określaniu modelu postępowania karnego. Bardzo istotną jest również definicja zasad procesowych wskazywana przez W. Daszkiewicza. Zasady procesu karnego uznaje on za normy nadrzędne, o szczególnej doniosłości społecznej, które jednocześnie wpływają w sposób istotny na ukształtowanie innych norm regulujących proces karny, a więc takie, których charakter jest zasadniczy. S. Waltoś wymienia też kryteria, które powinny decydować o uznaniu zasady procesowej za zasadę naczelną, tj. musi mieć węzłowe znaczenie w procesie oraz winna określać treść ideologiczną i społeczną, po trzecie zasada musi dotyczyć bezpośrednio procesu.

Pierwszy podział zasad to podział na zasady abstrakcyjne i zasady konkretne; kolejny, to podział na zasady – dyrektywy i zasady – reguły. Zasady prawa karnego możemy również dzielić na zasady prawnie zdefiniowane i zasady prawnie niezdefiniowane. Możemy też wyróżnić naczelne zasady pierwszego i drugiego stopnia. Najważniejszym jednak podziałem z punktu niniejszego opracowania jest podzielenie naczelných zasad procesu karnego na zasady konstytucyjne i pozakonstytucyjne.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, zasada reguluje daną dziedzinę procesu karnego. Należy wiedzieć, że przepisy Kodeksu postępowania karnego muszą być zgodne z przepisami Konstytucji.

Orzeczenia Trybunału w zakresie zasad konstytucyjnych procesu karnego to materia stosunkowo spora, jednak nie wszystkie zasady postępowania karnego zostały objęte jej zakresem. Wyrok lub postanowienie Trybunału często wyjaśnia lub rozwiewa wątpliwości interpretacyjne przy poszczególnych zasadach procesu karnego.

Korzystanie z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego przede wszystkim wpływa na prawidłową interpretację przepisów, które regulują postępowanie karne, a także pozwala na prawidłowe zastosowanie norm prawnych, w założeniu, jakie przyjął ustawodawca.

Warta uwagi jest literatura P. Wilińskiego oraz J. Skorupki. Oczywiście inne pozycje z tego zakresu tematycznego również w sposób rzetelnie podnoszą ten temat.

Zasada obiektywizmu

To pierwsza z zasad postępowania karnego, która znajduje swoje odzwierciedlenie w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Wynika ona wprost z art. 45 ust. 1 Konstytucji, a jej szersze znaczenie znajduje się w przepisach postępowania karnego.

Sprowadza się ona do tego, że organ procesowy winien zachowywać bezstronność w stosunku do stron i uczestników procesu. Artykuł 4 kpk stanowi, że organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględnić okoliczności zarówno na korzyść, jak i niekorzyść oskarżonego. Jest to dyrektywa, która zobowiązuje organy procesu do neutralnego stosunku do stron i uczestników procesu, jak i samej sprawy.

O obiektywizmie w procesie karnym mówi się dopiero po spełnieniu trzech podstawowych warunków.

Po pierwsze, warunkiem jest istnienie niezawisłości, czyli niezależności organu procesowego uzyskiwane poprzez instytucję wyłączenia sędziego i wówczas:

- jeśli sędzia jest w ogóle wyłączony od orzekania (*iudex inhabilis*) – zgodnie z art. 40 § 1 kpk sędzia jest wyłączony z mocy prawa w następujących przypadkach: sprawa dotyczy tego sędziego bezpośrednio; jest małżonkiem strony lub pokrzywdzonego albo ich obrońcy, pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego albo pozostaje we wspólnym pożyciu z jedną z tych osób; jest krewnym lub powinowatym w linii prostej, a w linii bocznej aż do stopnia pomiędzy dziećmi rodzeństwa małżonka strony lub pokrzywdzonego albo ich obrońcy, pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego albo pozostaje we wspólnym pożyciu z jedną z tych osób, bądź jest związany z jedną z tych osób węzłem przysposobienia, opieki lub kurateli; był świadkiem czynu, o który sprawa się toczy, albo w tej samej sprawie był przesłuchany w charakterze świadka lub występował jako biegły; brał udział w sprawie jako prokurator, obrońca, pełnomocnik, przedstawiciel ustawowy strony, albo prowadził postępowanie przygotowawcze; brał udział w niższej instancji w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub wydał zaskarżone zarządzenie; brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone lub stwierdzono jego nieważność; brał udział w wydaniu postanowienia o warunkowym umorzeniu postępowania; brał udział w wydaniu orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw.
- jeśli istnieje uzasadniona wątpliwość co do bezstronności sędziego (*iudex suspectus*) – zgodnie z art. 41 § 1 kpk; w przypadku istnienia

uzasadnionej obawy co do bezstronności w danej sprawie. Wyłączenie takie następuje na podstawie złożonego wniosku, natomiast jego brak może być przyczyną uchylenia orzeczenia w postępowaniu odwoławczym.

Zasada obiektywizmu często nazywana jest też zasadą „bezstronności”. Jednakże stosowanie tych pojęć w sposób zamienny, nie do końca jest uzasadnione, a to ze względu na to, że „obiektywizm” jest pojęciem szerszym w swym znaczeniu. Bezstronność to niezawisłość sądu oraz brak jakichkolwiek uprzedzeń po którejkolwiek ze stron postępowania. Natomiast obiektywizm swoim zakresem obejmuje nie tylko bezstronność ale nadto brak ukierunkowanego nastawienia do sprawy oraz nieprzesądzanie uprzednio o jej wyniku.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, w którym to zaznaczono, iż Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 45 ust. 1 przyznaje prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Ta norma konstytucyjna stanowi odzwierciedlenie art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Jednym ze sposobów realizacji tej konstytucyjnej zasady jest instytucja wyłączenia sędziego. Stanowi ona gwarancje procesowe dla stron. Stąd też w postępowaniu sądowo administracyjnym, analogicznie jak w innych procedurach sądowych (art. 48–54 k.p.c. oraz art. 40–44 kpk.), zawarto regulacje w tym zakresie. Wyrok ten ma swoje odniesienie zarówno do prawa administracyjnego, do prawa cywilnego, jak i do procedury karnej.

W orzecznictwie europejskim także akcentowane jest znaczenie wyłączenia sędziego dla realizacji prawa gwarantowanego w art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2.

Konwencja nie przesądza, jak ma być ukształtowana instytucja wyłączenia sędziego i pozostawia w tym względzie swobodę ustawodawcy krajowemu. Pomimo to, sądy krajowe muszą jednak gwarantować wynikającą z art. 6 ust. 1 Konwencji bezstronność. W kontekście niniejszej sprawy ważne jest stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zgodnie z którym samo uczestnictwo na różnych etapach postępowania tego samego sędziego nie prowadzi automatycznie do naruszenia zasady bezstronności. Elementem decydującym o ocenie, czy nastąpiło naruszenie, jest zakres podejmowanych rozstrzygnięć i ich merytoryczny związek. (zob. wyroki ETPC z: 26 września 1995 r. w sprawie Diennet przeciwko Francji, skarga nr 18160/91, Lex nr 80413; 24 lipca 2012 r. w sprawie Toziczka przeciwko Polsce, skarga nr 29995/08, Lex nr 1191991).

W wyroku w sprawie Toziczka przeciwko Polsce ETPC wskazał, że udział w różnych fazach postępowania tego samego sędziego w rozpoznawaniu danej sprawy prowadzi do naruszenia gwarantowanego w art. 6 Konwencji prawa do rzetelnego procesu przez niezachowanie wymogu bezstronności, o ile ten sam sędzia dokonuje oceny własnych merytorycznych rozstrzygnięć wydanych we wcześniejszych instancjach (zob. też wyroki ETPC z: 29 lipca 2004 r. w sprawie San Leonard Band Club przeciwko Malcie, skarga nr 77562/01, Lex nr 139415; 3 lipca 2012 r. w sprawie Lewandowski przeciwko Polsce, skarga nr 66484/09, Lex nr 1169127; 15 grudnia 2005 r. w sprawie Kyprianou przeciwko Cyprowi, skarga nr 73797/01, Lex nr 166242). Stanowisko ETPC dotyczy nie tylko sytuacji, w których sędzia brał udział w instancji niższej w wydawaniu zaskarżonego orzeczenia, ale również, jeżeli uczestniczył – niekoniecznie jako sędzia – w merytorycznym rozpatrywaniu sprawy. W sprawie Švarc i Kavnik przeciwko Słowenii ETPC dopatrywał się naruszenia zasady bezstronności w sytuacji, gdy profesor prawa przedstawił opinię prawną dla sądu pierwszej instancji, a następnie jako sędzia Sądu Konstytucyjnego uczestniczył w rozpatrywaniu skargi konstytucyjnej (zob. wyrok ETPC z 8 lutego 2007 r., skarga nr 75617/01, Lex nr 224387). Z drugiej strony, w sprawie Warsicka przeciwko Polsce, ETPC stwierdził, że przy ocenie dopuszczalności skargi kasacyjnej może uczestniczyć sędzia, który rozpoznawał apelację. Taka ocena wynikała z tego, że nie było wymaganego związku między merytorycznym rozpoznaniem sprawy (rozpatrzenie zarzutów podniesionych w apelacji), a raczej techniczną kwestią oceny spełnienia ustawowych przesłanek dopuszczalności skargi kasacyjnej (zob. wyrok ETPC z 16 stycznia 2007 r., skarga nr 2065/03, Lex nr 211807).

W piśmiennictwie wskazuje się, że wyłączenie przewidziane w art. 40 § 1 pkt 7 kpk. z perspektywy bezstronności sądu nie jest niezbędne, niemniej służy wzmocnieniu bezstronności składu orzekającego. Sędzia, choć nie kontroluje w omawianej sytuacji własnego orzeczenia, to jednak przedstawił już swoje stanowisko w danej sprawie, i aby nie rodziły się podejrzenia, że na to stanowisko może w jakiś sposób wpływać wcześniej ukształtowany pogląd w danym postępowaniu, wyłączenie to znajduje uzasadnienie.

Również całkowicie obojętne winno być podejście do materiału dowodowego. Nie ważne, czy nastawienie organu miałyby być ukierunkowane na korzyść czy na niekorzyść danej strony postępowania.

Zasada ta wiąże się też z równouprawnieniem stron procesowych. Reguła znana już w prawie rzymskim *audiatur et altera pars* nakłada na organy prowadzące postępowanie karne obowiązek wzięcia pod uwagę całego materiału dowodowego, w tym zapoznanie się ze stanowiskiem i argumentami wszystkich stron postępowania. Dlatego przed wydaniem orzeczenia, sąd bierze pod uwagę

cały materiał dowodowy (przedstawiony przez obydwie strony postępowania), a działanie czynników irracjonalnych wpływających na podejmowanie decyzji (uprzedzenia, gniew, niechęć) nie występujące wcale. Wyrazem tego jest regulacja art. 82 i 410 kpk. Przepisy te mówią, iż podstawę orzeczenia stanowi całość kształtu okoliczności, które ujawniono w postępowaniu i które mają znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Kodeks postępowania karnego przewiduje instytucje wyłączenia konkretnych organów procesowych, co do których istnieje wątpliwość odnośnie ich obiektywizmu. Wyłączenie w tym przypadku może mieć zastosowanie nie tylko w stosunku do sędziego, ale i innych podmiotów (np. protokolanta) czy organów. Wprowadzenie do regulacji kodeksowej takich przepisów stanowi swoistą gwarancję nie tylko zasady obiektywizmu, ale również niezawisłości organu procesowego.

Zasada domniemania niewinności i zasada *in dubio pro reo*

Istota tej zasady sprowadza się do tego, że osoba postawiona przed sądem tak długo traktowana jest za niewinną, dopóki nie zostanie wydany w stosunku do niej prawomocny wyrok. Zasada ta wynika z art. 43 ust. 3 Konstytucji RP.

Zgodnie z nią obowiązują dwa nakazy, tj. traktowanie oskarżonego jako niewinnego – odnoszenie się do niego w taki sposób, jak nie byłby on uznany winnym, krytyczne nastawienie do wysuniętego przeciw niemu zarzutu. Zaś obaleniem tej zasady jest tylko „udowodnienie winy” i stwierdzenie tego prawomocnym orzeczeniem sądu, czyli albo prawomocny wyrok skazujący oskarżonego lub prawomocne orzeczenie o warunkowym umorzeniu.

Konstytucja RP w art. 42 ust. 3 stwierdza: „Każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu.” Zasadę tę powtarza również Kodeks postępowania karnego w art. 5 § 1: „Oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem.” Wobec powyższego, aby uznać osobę za winną popełnienia danego czynu muszą zaistnieć i zostać stwierdzone następujące przesłanki, tj. wina sprawcy musi być udowodniona, wina musi być stwierdzona wyrokiem, wyrok musi być prawomocny.

Należy również pamiętać o odpowiednim rozróżnieniu zakresu tej zasady zarówno ujętej w ustawie zasadniczej, jak i w Kodeksie postępowania karnego, ponieważ może to nieraz budzić wiele problemów.

Zasada ta ma dwa aspekty:

- procesowy – zasada ta obowiązuje na wszystkich stadiach postępowania karnego, tj. w postępowaniu przygotowawczym i sądowym oraz

dotyczy wszystkich organów postępowania, w tym policjantów, prokuratorów, sądu.

- pozaprosesowy – zasada jest adresowana do osób fizycznych, organów administracji i władzy, organizacji oraz szeroko rozumianej prasy (radio, telewizja, gazety, Internet).

Domniemanie niewinności ma charakter tzw. domniemania wzruszalnego, czyli takiego, które może zostać obalone przez wykazanie winy określonej osoby. Oskarżony nie ma obowiązku wykazywania swojej niewinności, gdyż ciężar udowodnienia winy spoczywa na oskarżycielu (prokuratorze).

Wyrok prawomocny stwierdzający winę oskarżonego jest obaleniem zasady domniemania niewinności (skazanie albo warunkowe umorzenie postępowania karnego), przy czym jako wyrok prawomocny należy rozumieć taki stan, w którym oskarżony nie ma już możliwości zaskarżenia orzeczenia w trybie zwykłym. Samo wniesienie środka nadzwyczajnego (np. kasacji) nie powoduje, iż domniemanie niewinności odżywa, ale już uchylene wyroku w trybie kasacji, wznowienie postępowania albo podjęcie postępowania warunkowo umorzonego sprawia, iż domniemanie niewinności obowiązuje na nowo.

Domniemanie niewinności wpływa zasadniczo na rangę zasady wyrażonej w art. 42 ust. 3 konstytucji. Domniemanie niewinności w ujęciu konstytucyjnym stanowi nie tyle regułę dowodową, co wyraz jednego z generalnych założeń leżących u podstaw porządku prawnego.

Zawarte w art. 42 ust. 3 konstytucji stwierdzenie o możliwości przełamania takiego domniemania w drodze prawomocnego wyroku sądu łączyć należy ściśle z postępowaniem karnym, ponieważ zarówno art. 42 ust. 1, jak i art. 42 ust. 2 konstytucji odnosi się do postępowania karnego. Ustawodawca wyraźnie eksponuje znaczenie zasady domniemania niewinności w odniesieniu do postępowania karnego, ponieważ jest to postępowanie, którego konsekwencją mogą być kary o wyjątkowo dużym stopniu represyjności, dlatego nie można stosować przepisów o domniemaniu niewinności do postępowań w innym charakterze, np. do dyscyplinarnego.

Art. 42 ust. 3 Konstytucji jest interpretacją *preter legem* w stosunku do treści i zakresu działania tego przepisu. Przepis ten, stanowiący część kompleksowej regulacji art. 42, odnosi się bowiem wyłącznie do postępowania karnego.

Podobne stanowisko wyraził Trybunał także w wyroku z 29 stycznia 2002 r. w sprawie o sygn. K 19/01, a podtrzymał w wyroku z 4 lipca 2002 r. w sprawie sygn. P 12/01.

Z zasadą domniemania niewinności powiązana jest zasada *in dubio pro reo* określona w art. 5 § 2 kpk: „Nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”. Zasada ta stanowi więc, iż w przypadku wątpliwości należy orzec zawsze na korzyść oskarżonego.

Obowiązek dowodzenia należy rozumieć jako obowiązek przeprowadzenia dowodu bądź wniosku o jego przeprowadzenie przez inny organ. Zaznaczyć należy, że prawny obowiązek dowodzenia w interesie klienta spoczywa na występującym w jego imieniu adwokacie lub radcy prawnym. Tutaj nie ma wątpliwości co do tego, że sąd ma pozostawać bezstronnym organem, przed którym to strony postępowania realizować mają swój obowiązek dowodzenia. Ponadto na sądzie nie ciąży powinność wprowadzenia do procesu, jakichkolwiek innych dowodów poza tymi, które należą do tzw. dowodów obowiązkowych.

Z kolei ciężar dowodu należy rozumieć jako pewną powinność wykazania słuszności określonego twierdzenia, ale zaznaczyć tutaj trzeba, iż czynione to jest w interesie podmiotu, który twierdzi. W sytuacji, gdy zostanie wysunięta określona teza dowodowa, wówczas obojętne jest, kto udowodni objęte nią twierdzenie. Zostanie ona uwzględniona nawet wtedy, gdy do jego udowodnienia dojdzie w wyniku aktywności organu procesowego, jak też przeciwnika procesowego. Ogólnie rzecz ujmując, ciężar dowodu, to jest powinność udowodnienia własnej tezy, gdyż w przeciwnym razie osłabiona zostanie szansa jej uwzględnienia, a zwiększy się niebezpieczeństwo przyjęcia tezy przeciwnika procesowego (strony przeciwnej). Praktyczne konsekwencje bierności stron zależą od *casu ad casum* od aktywności dowodowej, którą ewentualnie przejawia (korzystając z prerogatyw wyjątkowych) albo jej nie przejawia (nie sięgając po nie) sąd.

Zasada prawa do obrony

Zasada prawa do obrony zagwarantowana jest treścią art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym oskarżony ma prawo bronić się w procesie i korzystać z pomocy obrońcy.

Z zasady tej wynikają dwa pojęcia obrony:

- materialna – polegająca na podejmowaniu przez jakąkolwiek osobę wszelkich czynności procesowych w celu obrony interesów oskarżonego w procesie. Zgodnie z art. 74 § 1 kpk. oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności ani obowiązku dostarczenia dowodów na swoją niekorzyść. Ma on też prawo do pouczenia go o prawie do obrony. Należy zauważyć też, iż kłamstwo oskarżonego jest bezkarne, nie ponosi on żadnych konsekwencji swoich słów, które nie mają oparcia w stanie faktycznym sprawy.

Jednakże nie można też zignorować obecnego brzemienia art. 233 § 1 kk. Niedopuszczalne jest także składanie fałszywego pomówienia kogoś o przestępstwo nie pozostające w związku z postawionym mu zarzutem.

- formalna – polegająca na korzystaniu z pomocy obrońcy. Obrońcą w polskim prawie w procesie karnym może być jedynie adwokat (wyjątkowo aplikant adwokacki). Korzystanie z obrońcy może mieć charakter obligatoryjny lub charakter fakultatywny. Obrońca jest obligatoryjny, gdy oskarżony jest nieletni, niewidomy, niemy, głuchy lub zachodzi wątpliwość co do jego poczytalności, nie włada językiem polskim albo sąd uzna to za niezbędne.

Obrońca w procesie karnym nie ma prawa podejmowania żadnych czynności, które mogłyby być niekorzystne dla oskarżonego (art. 86 § 1 kpk). Obrońca może bronić kilku oskarżonych, jeżeli ich interesy nie pozostają ze sobą w jakiegokolwiek sprzeczności, ale zgodnie z zapisem art. 77 i 85 kpk oskarżony nie może mieć jednocześnie więcej niż trzech obrońców.

Zasada prawa do obrony została zamieszczona również w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która w art. 6 stanowi, że oskarżony ma prawo:

- do otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie wniesionego przeciwko niemu oskarżenia;
- posiadania odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony;
- bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego obrońcę, jeśli nie ma środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości;
- przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia;
- korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie.

Jest to lista warunków minimalnych wskazywanych w Konwencji do zapewnienia zasady prawa do obrony.

Do zakresu prawa do obrony, biorąc pod uwagę stronę podmiotową tej zasady konstytucyjnej, przede wszystkim zalicza się możliwość podejmowania całego szeregu czynności osobiście przez oskarżonego. Po drugie, od strony podmiotowej zalicza się tutaj prawo do korzystania z pomocy obrońcy, tzw. prawo do obrony formalnej. Po trzecie, należą tu przepisy nakazujące organom procesowym dokonywanie czynności także na korzyść oskarżonego.

Zaliczane do prawa do obrony prawo do korzystania z obrońcy polega na tym, że oskarżony może korzystać z pomocy adwokata, który występuje właśnie w charakterze obrońcy. Obrona taka może być obowiązkowa lub nieobowiązkowa. Z obroną obowiązkową mamy do czynienia wtedy, gdy przepisy prawa

wymagają posiadania przez oskarżonego w toku procesu obrony i odbywania czynności z jego udziałem, w szczególności w sytuacjach takich jak:

- oskarżony jest nieletni;
- oskarżony jest głuchy, niemy lub niewidomy;
- zachodzi uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego;
- gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na okoliczności utrudniające obronę.

Dodatkowo wymóg posiadania obrony przez oskarżonego został przewidziany także w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji, gdy oskarżonemu zarzuca się zbrodnię lub jest on pozbawiony wolności.

Konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko. Jest ono nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku i etapu postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście, np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych. Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, którego głównym zadaniem jest ochrona tego oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został przy zagwarantowaniu prawa do obrony.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że „Zakorzenie prawa do obrony w konstytucyjnej zasadzie demokratycznego państwa prawnego powoduje, że odnosi się ono nie tylko do postępowania karnego, ale także innych postępowań toczących się w przedmiocie odpowiedzialności o charakterze represyjnym”. Trybunał Konstytucyjny, powołując się na orzecznictwo ETPC, wyraźnie powiązał prawo do obrony z gwarancjami rzetelnej procedury, co oznacza, że obrona musi mieć charakter realny i efektywny, a nie iluzoryczny i abstrakcyjny. Konstytucyjne prawo do obrony nie było jednak nigdy na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego traktowane jako prawo absolutne i z tej racji niepodlegające żadnym ograniczeniom. Wręcz przeciwnie, wielokrotnie podkreślano, że konstytucyjne prawo do obrony może podlegać ograniczeniom, których dopuszczalność należy oceniać przez pryzmat zasady proporcjonalności, wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie należy jednak tracić z pola widzenia, że art. 31 ust. 3 Konstytucji, formułując kumulatywnie przesłanki dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, wprowadza jednocześnie zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności.

W tym też kontekście należy odpowiedzieć na pytanie, czy zakaz *reformationis in peius* jest elementem konstytucyjnego prawa do obrony i to elementem należącym do istoty tego konstytucyjnego prawa, a tym samym niepodlegającym żadnym ograniczeniom nawet uzasadnionym wartościami wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji?

Jak omówiono wyżej, niektórzy przedstawiciele doktryny postępowania karnego formułują wprost tezę, że zakaz *reformationis in peius* wchodzi w zakres istoty konstytucyjnego prawa do obrony

W orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego problem ten został już poruszony. Dostrzegł on “różnicowanie zakresów zastosowania zasady *reformationis in peius* i zasady *nulla poena sine lege*, jak i zróżnicowany poziom ich normatywnych źródeł; w pierwszym wypadku w zasadzie chodzi o ustawę – Kodeks postępowania karnego, w drugim – o Konstytucję”. Tym samym uznał, że zakaz *reformationis in peius* swe źródło czerpie przede wszystkim z regulacji ustawowej – kodeksowej, a nie z Konstytucji. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego było „oczywiste, że konstytucyjnej zasadzie *nulla poena sine lege* nie można przypisywać zakresu kodeksowej formuły nie pogarszania sytuacji oskarżonego”. Z drugiej jednak strony, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na to, że zakaz *reformationis in peius* jest zakorzeniony w prawie do obrony, statutowanym w art. 42 ust. 2 Konstytucji, a ponadto – spójność systemu prawa karnego nie pozwala ignorować pewnych instytucji przy interpretacji innych”.

Należy podzielić stanowisko, że zakaz *reformationis in peius* jest zakorzeniony w konstytucyjnym prawie do obrony. Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „w ramach każdego konkretnego prawa i wolności można wyodrębnić pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), bez których prawo czy wolność w ogóle nie będą mogły istnieć, oraz pewne elementy dodatkowe (otoczkę), które mogą być przez ustawodawcę zwykłego ujmowane i modyfikowane w różny sposób bez zniszczenia tożsamości danego prawa czy wolności”.

Zaznaczyć należy, że zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego nie gwarantuje jednak oskarżonemu prawa do korzystania ze środków zaskarżenia. Usuwa jedynie swoistą barierę psychologiczną w postaci obawy czy też lęku, że zakwestionowanie orzeczenia wyłącznie na korzyść oskarżonego może w konsekwencji doprowadzić także do pogorszenia jego sytuacji procesowej w jakimkolwiek zakresie (np. co do orzeczenia kary surowszej). Tym samym dzięki obowiązywaniu zakazu *reformationis in peius* zarówno przed sądem odwoławczym, jak i w postępowaniu ponownym (art. 434 § 1 i art. 443 kpk) oskarżony w zasadzie nie ponosi ryzyka związanego z zaskarżeniem orzeczenia zapadłego w jego sprawie, ponieważ sąd nie może orzec przeciw kierunkowi zaskarżenia. Przy czym należy tutaj rozróżnić kwestię zakazu wyrokowania na niekorzyść,

a możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego. W tej kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy, twierdząc, iż „naruszenie zakazu *reformationis in peius* następuje wówczas, gdy do niekorzystnych zmian doszło nie tylko w części rozstrzygającej orzeczenia, ale także, gdy zmiany takie zostały wprowadzone do części motywacyjnej. Zawarty w art. 434 § 1 kpk. zwrot „może orzec” należy bowiem rozumieć, jako czynienie nowych ustaleń faktycznych, także w części motywacyjnej orzeczenia. Nie może budzić wątpliwości, że wyrażony w art. 434 § 1 kpk. zakaz orzekania na niekorzyść oskarżonego w razie wniesienia środka odwoławczego jedynie na jego korzyść oznacza, że w postępowaniu odwoławczym sytuacja oskarżonego nie może ulec pogorszeniu w jakimkolwiek zakresie, w tym w sferze ustaleń faktycznych powodujących negatywne skutki w sytuacji prawnej oskarżonego. W wyniku rozpoznania środka odwoławczego wniesionego jedynie na korzyść oskarżonego nie jest więc możliwe dokonanie przez sąd *ad quem* zmiany ustaleń faktycznych, a w konsekwencji zmiany opisu czynu w sposób wykazujący wypełnienie przez oskarżonego ustawowych znamion określonego typu czynu zabronionego.” Jednakże zakaz *reformationis in peius* obowiązuje jedynie w sytuacji, gdy wniesiono środek zaskarżenia na korzyść oskarżonego.

„Z całą pewnością zakaz ten służy realizacji prawa do obrony, chroni bowiem możliwość swobodnego zaskarżania niekorzystnych dla oskarżonego orzeczeń”. Można nawet uznać, że jest „zakorzeniony” w konstytucyjnym prawie do obrony, w tym znaczeniu, jakie przyjął Trybunał Konstytucyjny, a więc utrwalonego obowiązywania tej instytucji na poziomie regulacji kodeksowej i jej tradycyjnego powiązania z prawem do obrony.

Zatem zakaz *reformationis in peius*, nie należąc do istoty konstytucyjnego prawa do obrony, co do zasady może podlegać ograniczeniom, a zakaz naruszenia istoty prawa lub wolności konstytucyjnej, o którym mowa w art. 31 ust. 3 in fine Konstytucji, nie dotyczy elementów powiązanych z prawem lub wolnością, które mogą być przez ustawodawcę zwykłego zmieniane bez unicestwienia rdzenia danego prawa lub wolności. Jednak zawsze dopuszczalność takich ograniczeń podlega ocenie z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Zasada publiczności

W art. 45 ust. 1 Konstytucji ujęta została zasada publiczności procesu karnego. Przepis ustawy zasadniczej stanowi, że wiadomości o procesie karnym powinny być dostępne społeczeństwu.

W celu realizacji założeń tej właśnie zasady procesu karnego rozprawa sądowa jest co do zasady jawna (art. 355 kpk). Jednak są tutaj przewidziane pewne

wyjątki, np. obligatoryjne i powodujące tajność całej sprawy, na wniosek prokuratora o umorzenie sprawy z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środka zapobiegawczego, na wniosek pokrzywdzonego w sprawie o pomówienie lub znieważenie lub rozprawa toczy się wyłącznie przeciw nieletniemu.

Wyłączenie od zasady publiczności może być:

- obligatoryjne, powodujące tajność całej lub części sprawy, jeśli jawność mogłaby wywołać zakłócenie spokoju publicznego, obrażać dobre obyczaje, naruszyć ważny interes prywatny, odczytuje się zeznania świadka *in cognito*, gdy zażądała tego osoba, która złożyła wniosek o ściganie, albo ujawnienie prawnie strzeżonej tajemnicy.
- fakultatywne, jeśli choć jeden z oskarżonych jest nieletni lub świadek koronny złożył wniosek o wyłączenie jawności rozprawy na czas jego przesłuchania. Do wyłączenia jawności rozprawy upoważniony jest tylko cały skład sądzący.

Okoliczności określone w art. 40 § 1 kpk. nie muszą sprawiać, że sędzia w każdej sprawie, w której się ujawnią, będzie stronnicy. Ich celem jest uniknięcie wypadków, kiedy bezstronność sędziego mogłaby być przedmiotem wątpliwości, a niemożliwe byłoby udowodnienie nieprawdziwości takiego podejrzenia (zob. uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt KZP 9/07, OSNKW nr 5/2007, poz. 39). Zapewniają one więc ochronę bezstronności obiektywnej przez eliminację wpływu, jaki może wywierać występowanie pewnej kategorii powiązań (osobistych, ekonomicznych, służbowych itp.) na orzekanie w postępowaniu sądowym.

Pomimo zasady publiczności procesu karnego należy pamiętać, że zawsze przebieg narady i głosowanie nad orzeczeniem oraz postępowanie przygotowawcze i wykonawcze są niejawnie. Jednak nie wyklucza to (w uzasadnionych przypadkach) na zezwolenie dziennikarzowi lub innemu przedstawicielowi mediów publikowania wiadomości z postępowania przygotowawczego. Zezwolenia takie go udziela prowadzący śledztwo lub dochodzenie.

Nadto zwrócić uwagę trzeba na to, że Trybunał Konstytucyjny potwierdza swym wyrokiem prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności oraz prawo do uzyskania wyroku sądowego (wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd). Z art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika jednoznacznie wola, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw, a z zasady demokratycznego państwa prawnego płynie dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu.

Zasada prawa do sądu

Zasada ta znajduje swoje odzwierciedlenie zarówno w prawie krajowym, jak i aktach rangi międzynarodowej. I tak, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych w art. 14 ust. zawiera regulację, iż „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych.” Natomiast treść art. 6 ust. 1 Konwencji Europejskiej brzmi następująco: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego orzeczenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej.”

Konstytucja RP w art. 45 ust. 1 stanowi, że „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Również art. 77 ust. 2 Konstytucji RP dodatkowo zawiera jeszcze następującą regulację: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw, otwierając drogę sądową każdej jednostce w razie naruszenia jej wolności lub praw”.

Prawo do sądu stanowi jedno z podstawowych praw jednostki oraz fundamentalną gwarancję praworządności. Na konstytucyjne prawo do sądu składa się w szczególności: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy.

Nie ma definicji w przepisach konstytucyjnych, ale Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracał uwagę na ścisły związek pomiędzy terminem „sprawa”, a zakresem konstytucyjnego prawem do sądu oraz wymierzaniem sprawiedliwości przez sądy.

Konstytucyjne pojęcie „sprawy” odnosi się jednakże nie tylko do wąsko rozumianego postępowania głównego, lecz może obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach bądź obowiązkach danego podmiotu. Odnosi się to też do postępowań incydentalnych, jak zażalenie na postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania, gdyż art. 426 § 1 kpk. nie jest sprzeczny z Konstytucją, co oznacza, iż doprecyzowuje on kwestię zaskarżalności orzeczeń „pierwszo instancyjnych”. To doskonale pokazuje, iż „sprawą” jest nie tylko roszczenie główne, ale i poboczne, związane z roszczeniem głównym. Nawet

jeśli orzeczenie w pierwszej instancji co do roszczenia głównego już zapadło, to nie może to ograniczyć stronie prawa do sądu co do „spraw pobocznych”.

Zasada niezawisłości sędziowskiej

Zasada ta została uregulowana w następujący sposób: „Sędziowie w sprawowaniu swego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom” (art. 178 ust. 1 Konstytucji RP).

Zakresem podmiotowym zasady niezawisłości sędziowskiej objęci są przede wszystkim sędziowie zawodowi, ale również tzw. ławnicy ludowi. Niezawisłość to nie tylko uprawnienie sędziego, ale i jego obowiązek.

Niezawisłość sędziowska oznacza przede wszystkim:

- zakaz wywierania jakiegokolwiek wpływu na sędziego co do kierunku w jakim rozpoznaje sprawy, lub odnośnie treści orzeczeń, które mają zostać przez niego wydane;
- niezależność również w zakresie rozstrzygania nasuwających się wątpliwości dotyczących rozpatrywania stanu faktycznego, ale także prawnego stanu sądowniej sprawy;
- niezależność w wydawaniu wszelkich rozstrzygnięć w toku postępowania, jak i w wydawaniu orzeczenia kończącego postępowanie;
- brak ponoszenia odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej przez sędziego za orzeczenia wydane zgodnie z własnym sumieniem, w granicach swobodnej oceny dowodów i oparte na regulacjach przepisów ustawy.

Nie można jednak zapominać, że każdy sędzia jest związany nie tylko ogólnie przyjętymi regułami wykładni prawa, ale również zasadami logicznego myślenia – kolokwializm.

Orzeczenia innych sądów co do zasady nie wiążą sędziego. Charakteru wiążącego dla niego nie mają też wyrażone w nich poglądy, chyba że ustawa stanowi inaczej:

- sędziego nie obowiązują rozstrzygnięcia innego sądu, które zapadły w innej sprawie, chyba że są to orzeczenia sądu, które kształtują prawo lub stosunek prawny;
- sąd, który ponownie rozpoznaje sprawę jest związany zapatrywaniem prawnym i wskazaniem sądu odwoławczego co do dalszego postępowania;
- w razie rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego związanego z określoną sprawą uchwała Sądu Najwyższego w tej kwestii ma w danej sprawie charakter wiążący.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiedział się na temat niezawisłości sędziowskiej. Stwierdza m.in., iż niezawisłość sędziego to nie tylko uprawnienie sędziego, lecz także jego konstytucyjny obowiązek, podobnie jak konstytucyjnym obowiązkiem ustawodawcy i organów administracji sądowej jest ochrona niezawisłości sędziego.

Zasada niezależności sądów i zasada niezawisłości sędziów są ze sobą ściśle związane. Wykluczają one wszelkie formy oddziaływania na działalność orzeczniczą sądów zarówno ze strony innych organów władzy publicznej, jak i ze strony innych podmiotów. W pojęciu niezawisłości sędziów nacisk jest położony na brak uzależniania sędziów w ich działalności orzeczniczej od czynników innych niż tylko wymagania wynikające z prawa.

Nadto podkreślić należy, że niezawisłość sędziowska należy do istoty prawidłowego wykonywania zawodu sędziego i w tym znaczeniu jest również gwarancją praw i wolności obywatelskich. Szczególną postacią sprzeniewierzenia się obowiązkom łączącym się z zasadą niezawisłości jest naruszenie obowiązku zachowania przez sędziego bezstronności, co może m.in. polegać na dostosowywaniu treści wydawanych orzeczeń do sugestii czy poleceń przekazywanych sędziemu z zewnątrz.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny stwierdza na przykład, że możliwość przenoszenia i znoszenia stanowisk sędziowskich w sądach przez Ministra Sprawiedliwości nie narusza także zasady niezawisłości sędziów podczas sprawowania przez nich urzędu (art. 178 ust. 1 Konstytucji).

Niezawisłość w aspekcie obiektywnym ocenia się, badając, czy obiektywne fakty mogą rodzić wątpliwości co do zachowania tej niezawisłości. Chodzi tutaj o zaufanie, jakie sądy muszą wzbudzać w społeczeństwie, a przede wszystkim u stron postępowania. Powierzenie Ministrowi Sprawiedliwości kompetencji ustalania wolnych etatów w poszczególnych sądach, na które mogą zostać powołani nowi sędziowie, nie podważa zaufania do wymiaru sprawiedliwości, dotyczy bowiem operacji na opróżnionych i nieobsadzonych jeszcze potencjalnych stanowiskach sędziowskich. Po dokonaniu wspomnianej operacji dochodzi do normalnego trybu powołania sędziego. Nie ma żadnych podstaw do podzielenia stanowiska wnioskodawcy, że powołany na wskazane stanowisko nowy sędzia nie będzie realizował przesłanek art. 45 ust. 1 Konstytucji, w tym niezależności i niezawisłości.

Zasada humanitaryzmu

Zasada humanitaryzmu wynika z przyrodzonej godności człowieka oraz z równych i niezbywalnych praw wszystkich ludzi.

Nikt nie może być przede wszystkim samowolnie aresztowany albo zatrzymany, a każda osoba pozbawiona wolności posiada prawo do otrzymania rozstrzygnięcia sądowego w tym zakresie przy zachowaniu zasady poszanowania praw jednostki. Odnośnie stosowania kar – ich wykonanie nie powinno wykraçać poza niezbędną dolegliwość wynikającą z jej istoty i celu, jaki ma spełniać.

Art. 30 Konstytucji RP, mówi, iż: przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Ponadto, zgodnie z art. 40 Konstytucji RP, nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych. Rozwinięciem tej zasady jest art. 3 k.k., mówiący, iż wszystkie kary oraz inne środki karne przewidziane stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka.

Regulacje krajowe zostały wzmocnione w zakresie tej zasady również przepisami prawa międzynarodowego, takimi jak: Konwencja Europejska, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Konwencja ONZ przeciwko torturom oraz innym formom nieludzkiego traktowania.

W dyrektywie tej mieszczą się więc następujące zakazy: zakaz stosowania tortur, zakaz nieludzkiego traktowania, zakaz lekceważenia godności człowieka i ogólnych wymagań przez nią wyrażanych, zakaz poniżającego traktowania, zakaz naruszenia godności człowieka, przez pogardzanie, upokarzanie, doprowadzenie do stanu bezwolności lub podejmowania decyzji wbrew jej woli, zakaz dyskryminacji – ze względu na jakiegokolwiek przyczyny, np. płeć, rasę, kolor skóry, język, religię, przekonania polityczne, pochodzenie narodowe, społeczne, przynależność narodową, urodzenie itd. – określone w art. 32 Konstytucji RP.

Według Trybunału Konstytucyjnego art. 30 Konstytucji, który uznaje przyrodzoną i niezbywalną godność człowieka za źródło jego wolności i praw oraz proklamuje jej nienaruszalność, zobowiązuje jednocześnie władze publiczne do poszanowania godności i do jej ochrony. Godność człowieka może być rozpatrywana w dwóch płaszczyznach, które znajdują oparcie w art. 30 Konstytucji. W pierwszym znaczeniu godność człowieka jawi się jako wartość transcendentna, pierwotna wobec innych praw i wolności (dla których jest źródłem), przyrodzona i niezbywalna – stanowi immanentną cechę każdej istoty ludzkiej, która ani nie wymaga uprzedniego „zdobycia”, ani też nie może zostać przez człowieka utracona. W drugim znaczeniu godność człowieka występuje jako „godność osobowa” najbliższa temu, co może być określane prawem osobistości, obejmującym wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz te wszystkie wartości,

które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyżej wyroku, jedynie godność w tym drugim znaczeniu może być przedmiotem naruszenia, może być „dotknięta” przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne. W niniejszej sprawie można więc rozważyć wyłącznie zarzut naruszenia przez zaskarżone przepisy godności człowieka w tym drugim znaczeniu.

Art. 40 Konstytucji brzmi: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”. Występuje tu pewien ciąg określeń, wykluczających wiele zachowań ludzkich, określeń bliskoznacznych, z wyraźną intencją uczynienia nielegalnymi zachowań wymierzonych przeciwko samej naturze człowieka i tym samym jego godności.

Zgodnie z art. 41 ust. 4 Konstytucji, każdy pozbawiony wolności powinien być traktowany w sposób humanitarny. Traktowanie „humanitarne” obejmuje coś więcej niż tylko niestosowanie tortur i zakaz traktowania okrutnego, nieludzkiego i poniżającego, o którym mowa w art. 40 Konstytucji. Traktowanie humanitarne musi uwzględniać minimalne potrzeby każdego człowieka, z uwzględnieniem przeciętnego poziomu życia w danym społeczeństwie, i wymaga od władzy publicznej pozytywnych działań w celu zaspokojenia tych potrzeb.

Zasada udziału czynnika społecznego w procesie karnym

Zasada udziału czynnika społecznego w procesie karnym jest wyrazem demokracji, czyli jest formą udziału obywateli w zarządzaniu państwem oraz możliwości współdecydowania o istotnych sprawach ważnych dla innych obywateli. Jest to również zasada postępowania karnego wyrażona w Konstytucji RP.

Można ją wyrazić jako swoistą dyrektywę, która nakazuje w procesie karnym rozstrzygnięcie indywidualnych spraw obywateli z udziałem przedstawicieli społeczeństwa (art. 3 kpk). Podstawowe znaczenie ma tutaj wprowadzenie do postępowania karnego określonego czynnika społecznego, nie urzędniczego.

Konstytucja RP w art. 182 stanowi, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa. Polska regulacja tej kwestii z pewnością reprezentuje opcję udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Brak jednak dokładniejszego rozstrzygnięcia co do formy tego udziału. Podobnie kwestia tej zasady wygląda w regulacjach ustawowych Prawa o ustroju sądów powszechnych i kpk, które normują, iż udział czynnika społecznego w rozstrzygnięciu spraw karnych przez sądy pozostaje regułą.

Co do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego brak jest orzeczeń co do przepisu regulującego tę zasadę zarówno w Konstytucji RP oraz Kodeksie postępowania karnego odnośnie przepisów dotyczących składu ławniczego.

Podsumowanie i wnioski

Konstytucyjne zasady postępowania karnego należą do czołowych zasad determinujących prawidłowość i kształt procesu karnego. Znajdują one swoje miejsce w regulacjach obowiązującej Konstytucji RP i w szczególności odnośnie do postępowania karnego.

Do zadań Trybunału Konstytucyjnego należy badanie zgodności z Konstytucją orzeczeń sądów powszechnych, rozpatrywanie zagadnień prawnych czy skarg konstytucyjnych. W zakresie swojego orzecznictwa niejednokrotnie sąd rozpatrywał zagadnienia związane z kwestiami dotyczącymi tych właśnie zasad postępowania karnego. Niektóre z zasad występują w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego bardzo często – jak zasada prawa do obrony, prawa do sądu czy zasada niewinności. Inne z tej grupy albo nie są przedmiotem orzecznictwa Trybunału – jak zasada bezstronności procesu karnego, albo pojawiają się w marginalnym zakresie – np. zasada humanitaryzmu w procesie karnym.

Orzeczenia Trybunału pomagają rozwiązać wątpliwości w interpretacji wykładni zasad postępowania karnego. Najważniejszym jednak wnioskiem, jaki można wyciągnąć, analizując orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w zakresie zasad postępowania karnego, jest fakt, iż zasady te pełnią ogromnie ważną rolę dla procesu karnego, jego przebiegu i prawidłowości orzeczeń.

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST THE BACKGROUND OF THE CASE-LAW OF THE POLISH CONSTITUTIONAL COURT

The Constitutional Tribunal is defined as the Polish constitutional court and at the same time the judicial authority. It was created at the turn of 1982. Not long after that it began its jurisprudence; more precisely it was in 1986. Describing its basic tasks, it is pointed out that judicial review of so-called constitutional law deserves a closer look. This is particularly true about controlling the compliance of lower legal norms with higher legal norms. Here attention is drawn towards the connection of the Constitution with some international agreements, ie. the court of law.

The purpose of the paper below was to analyze the constitutional principles of criminal proceedings in the context of the case law of the Polish Constitutional Court.

At the beginning the concept, the division and the role of the constitutional rules of criminal procedure were presented. In this section, it was emphasized that all the rules of the criminal process are considered superior norms of a very significant social importance. Then the principle of objectivity, which is reflected in the Constitution of the Republic, was described. A following aspect was the discussion of the principle of the presumption of innocence and the principle of *in dubio pro reo*. It has been emphasized that the essence of the principle is that the person who was brought before the court is treated as innocent until a lawful judgment is pronounced against the defendant. The author also pointed out the principle of the right to defense. According to this rule, the defendant has the right to defend themselves in the process and to use the help of a defender. Another described principle is so-called rule of publicity. It concerns the fact that information about criminal proceedings should be accessible to the public.

Then it was pointed to the principle of the right to the trial and the independence of the judiciary. The first one is reflected in national law and acts of international rank. The second shows that the independence of the judiciary is determined by the proper exercise of the profession of judge and becomes a guarantee of freedom and civil rights.

The humanitarian principle and the principle of participation of the social factor in the penal process are shown in the final section. At the end of the paper a summary and conclusions were presented.

Artur Kotowski ■

PODSTAWOWE ZAŁOŻENIA BADAŃ EMPIRYCZNYCH W PRAWOZNAWSTWIE – PRÓBA KONFRONTACJI

Wprowadzenie

Celem opracowania jest podsumowanie wątku badań empirycznych w naukach prawnych, ale zamierzenie to postanowiono zrealizować w formie studium krytycznego. Wzorem do takiego nastawienia analitycznego były podobne prace prezentowane w rodzimej teorii prawa¹, gdzie naczelnym założeniem jest nie tyle omówienie określonego zagadnienia badawczego, ale zrealizowanie studium, poprzez swoiste „zderzenie” ogólnej jego charakterystyki z poglądami przeciwnymi. Rzecz jasna, na tyle, na ile jest to możliwe do osiągnięcia. Takie nastawienie poznawcze odznacza się szczególną przydatnością do analizy wątków metodologicznych prawoznawstwa, bowiem – co w pewien sposób znamienne – choć prawoznawstwo uznaje się w kontynentalnej kulturze prawnej powszechnie za naukę, co stanowi jedną z istotnych cech myśli jurystycznej prawa stanowionego, to element metodologiczny jest albo niejednородnie prezentowany, albo w ogóle zarzucany, bazując na intuicjach samych prawników, jak i ogólnie wykształconych podstawach badawczych, w gruncie rzeczy nieustrukturalizowanych do jednego wątku metodologicznego².

¹ Por. m.in. K. Pleszka, T. Gizbert-Studnicki, *Dwa ujęcia wykładni prawa. Próba konfrontacji*, „Prace z Nauk Politycznych”, z. 20, Kraków 1984, *passim*.

² Por. tradycyjnie podawaną uwagę H. L. A. Harta, że wielość koncepcji wyjaśniających naturę prawa jest immanentą jego cechą, jako przedmiotu ludzkiego poznania; Por. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 30.

Nic w tym dziwnego, skoro sama metodologia nauk prawnych z rzadka wyszczególniana jest jako samodzielna dyscyplina spośród ogólnych dyscyplin prawnoznawstwa³. Częściej zaś traktowana bywa jako wchodząca w obszar teorii i filozofii prawa, które, również w zależności od podejścia, definiowane są jako dyscypliny ogólne prawnoznawstwa; osobno bądź wspólnie realizujące wysiłek zapewnienia ogólnego aparatu pojęciowego i zasad formułowanych do zjawiska prawa jako przedmiotu analizy naukowej, a nie jedynie mających zastosowanie do operatywnego procesu związanego z wystosowywaniem reguł konkretno-indywidualnych z reguł ogólnych, co – jak wiadomo – jest przedmiotem stosowania prawa⁴.

Niespójność metodologiczna, jej brak ustrukturalizowania pojęciowego⁵ stoi w sprzeczności z podstawowymi kanonami ogólnej metodologii nauk, traktującymi o możliwości wyodrębnienia określonej dyscypliny jako nauki. Konieczne jest zatem nie tylko precyzyjne określenie przedmiotu badań i właściwej metody badawczej, ale opowiedzenie się za trafnością tylko jednego ujęcia. W tym sensie ciągle aktualizuje się spostrzeżenie H. Kelsena w kwestii określenia podstaw metodologicznych prawa jako nauki, który dostrzegł ów problem perfekcyjnie. Jeżeli prawo ma być nauką, to można docenić równoległe podejścia w sensie ich refleksyjności poznawczej, ale należy odrzucić w sensie metodologicznym, bowiem „coś” jest nauką na określonych prawach, a nie na innych⁶.

Tytułowa „konfrontacyjność” wywodzi się także z historycznego rozwoju poszczególnych filozofii, „szkół” czy ujęć prawa, co podkreślano już w rodzimej literaturze⁷. W niniejszym artykule nie traktuje się jednak takiego nastawienia analitycznego w sposób dogmatyczny, jako chęć narzucenia jednej, ogólnej definicji tego, czym nurt badań empirycznych jest i tym samym przekonania Czytelnika do trafności założenia o empirycznym charakterze samego prawa, poprzez próbę wykazania negacji odmiennych poglądów wyjaśniających jego istotę. Byłby to zabieg nawet nie tyle niecelowy, co bezskuteczny, bowiem powszechnie

³ Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego*, Kraków 2009, s. 26.

⁴ Proces ten może być przedmiotem analizy naukowej, czynionej za pomocą określonych standardów metodologicznych, sam jednak, podobnie jak konkretnie przeprowadzona wykładnia określonego przedmiotu ludzkiego poznania, nie jest aktywnością badawczą. Por. L. Leszczyński, *Zagadnienie teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy z orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 15–17.

⁵ Choć ostatnio w polskim prawnoznawstwie czynione są starania przeciwko takiemu stanowi rzeczy; por. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, passim.

⁶ Por. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1998, s. 43.

⁷ Por. K. Opałek, *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1986, s. 81.

uznaje się w kulturze europejskiej prawo za zjawisko pozytywne, odpowiadające założeniom pozytywistycznych filozofii prawa⁸. To przekonanie jest tak silne, że doprowadziło przecież do „spozytywizowania” prawa naturalnego, czyli *de facto* zaprzeczenie prawa naturalnemu u jego podstaw⁹, bowiem to finalnie od aktu politycznej woli zależało, które normy uznawane za uniwersalne (mające rodowód prawnonaturalny) traktowano za wymagające spisania i uchwalenia w celu ich obowiązywania, na zasadach określonych przez prawo pozytywne¹⁰. Zatem choć postulaty prawa naturalnego zostały spełnione, to sama metoda tego postępowania wyklucza prawo naturalne jako wiodącą koncepcję filozoficzno-prawną, wbrew przecież doświadczeniom historycznym¹¹. Tym samym wątek empiryzmu w naukach prawnych już na tym etapie rozważań ograniczyć wypada jedynie do epistemologii zjawiska prawnego. Nie dlatego, że konfrontacyjność potraktowano przez pryzmat wykluczania tez ontologiczno-prawnych, ale w wyniku postanowienia o ograniczeniu się do wątku *stricto* badawczego w naukach prawnych. Tym samym ową „konfrontacyjność” zdefiniowano jako daleko posuniętą odmianę komparatystyki, poprzez zestawienie empirycznego podejścia / nurtu badań w prawoznawstwie z ujęciami opozycyjnymi i tu należy poszukiwać owego pola do „zderzenia” postulatów metodologicznych¹².

Potrzebę dokonania takiego przeciwstawienia koncepcji metodologicznych, choć ograniczoną formułą studium naukowego, autor tego opracowania dostrzega z kilku powodów.

Pierwszy, związany jest z obserwowanym, ciągłym występowaniem badań bądź analiz w prawoznawstwie, które w swych założeniach odznaczają się cechami podejścia empirycznego (cechy te sprecyzowane zostały w dalszej części opracowania). Spostrzeżenie to jest całkowicie subiektywne, ale w dyskursie teorii prawa cyklicznie pojawiają się wątki badań empirycznych, w których wprawdzie różnie rozkładają się akcenty takich analiz, to jednak pojęcie to figuruje w naukowej refleksji.

Drugi wynika z faktu, że w polskim prawoznawstwie realizowane są tego typu badania. Ich ilościowy udział w badaniach ogólnych jest z punktu widzenia

⁸ Por. G. Radbruch, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1924, s. 2–3 i A. Grabowski, *op. cit.*, s. 23.

⁹ Por. J. Leszczyńska, *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*, Kraków 2010, s.10 i 14.

¹⁰ Por. G. Radbruch, *op. cit.*, s. 3–4 i s. 31: „Dziś jest rzeczą ogólnie uznaną za prawdę, że nie ma innego prawa, niż prawo ustawowe, pozytywne”.

¹¹ Por. Tamże., s. 29.

¹² Refleksje nad empiryczną filozofią prawa są oczywiście podejmowane w rodzimej nauce prawa. Por. A. Kotowski, *Zarys problematyki badań empirycznych w naukach prawnych*, Przegląd Prawa Publicznego nr 7–8 2014, *passim*.

atrakcyjności samego tematu irrelewnatny, ale z pewnością nie jest to udział całkowicie marginalny.

Po trzecie (i to wydało się kluczowe dla zainicjowania podjętego tematu), wątek badań empirycznych prezentuje się jako atrakcyjny ze względu na aktualne „doświadczenia” około-jurydyczne i – jak się wydaje – z pewnością może zyskać na znaczeniu w przeciągu najbliższych lat. Może także, choć jest to teza całkowicie probabilistyczna, upowszechnić się w samej teorii prawa (i nie tylko), dotykając także nauki szczegółowe prawoznawstwa. Wniosków opiera się na założeniu, że wzrośnie zainteresowanie tymi cechami zjawiska prawa, które związane są z jego realnym, czyli empirycznym przejawem w otaczającej nas rzeczywistości, niezależnie od efektów analiz klasycznie dogmatycznych (w ramach normatywnej płaszczyzny badawczej przy jednowymiarowym założeniu zjawiska prawnego). Wątek klasycznie normatywny, ograniczony do analiz tekstowo-dogmatycznych, może stać się niewystarczający do poznania fenomenu zjawiska prawa na różnych jego poziomach (systemowym, aksjologicznym, instytucjonalnym, konkretnych norm itp.) i w różnych jego formach zjawiskowych (tworzenia, przestrzegania, stosowania, a także wykładni prawa¹³).

Tym samym celem opracowania jest podsumowanie wątku metodologicznego w naukach prawnych poprzez wyodrębnienie z istniejących koncepcji elementów odnoszących się do nurtu empirycznie umiejscawianych analiz poprzez wyodrębnienie tych podejść, które do tego się odnoszą (cz. I artykułu). Następnie (cz. II) skupiono się na omówieniu podstawowych założeń metodologicznych badań, które można uznać za zgodne z omawianym podejściem. Starano się sformułować założenia metodologiczne analiz empirycznych, konkretnie uwzględniając specyfikę jurysprudencki. Rzecz jasna, z konieczności, wątek ten – niezwykle szeroki – ograniczony został do wskazania cech podstawowych. W ostatniej części opracowania (III) zdano się już na czystą „konfrontacyjność” i starano się uczynić zadość sformułowanym założeniom wstępnym opracowania. Z perspektywy meta-rozważań (w omawianym zakresie) wątek ten wydaje się być najbardziej interesujący. W podsumowaniu, kierując się także autorefleksyjnym i krytycznym nastawieniem badacza, uwypuklono problemy praktyczne w realizacji badań empirycznych w specyfice nauk prawnych oraz zaprezentowano

¹³ Tu autor ma na myśli zjawiska związane z instrumentalizacją samej wykładni i jej instrumentalnym wykorzystaniem. Por. przykładowo: L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa (zarys problemu)*, Państwo i Prawo 1993 nr 3, passim, A. Kozak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000, passim, A. Kotowski, *Instrumentalizacja prawa i instrumentalne użycie prawa a jego wykładnia*, Studia Prawnicze 2016 nr 4, passim.

wano wady tego podejścia, bowiem empiryzm metodologiczny w jurysprudencji wcale nie wydaje się być uniwersalny i stanowić „panaceum” na formułowaniu niekiedy zastój koncepcyjny w badaniach prawoznawczych¹⁴ – szczególnie w obliczu nowych wyzwań i ewolucji zjawiska prawa (multicentryzm, prawo jako zjawisko badane kognitywnie itp.)¹⁵.

Cz. I – podejście empiryczne w filozofii prawa

Pierwsze, co można zaobserwować próbując określić zbiór filozofii prawa odnoszących się do jego empirycznego charakteru, to rozpowszechnienie tego wątku w wielu różnych ujęciach zjawiska prawa¹⁶. Klasyczny podział konkretnych filozofii prawa sprowadza się do kryterium podstawowego; o to, czy człowiek jest jedynym twórcą prawa, czy też jest to zjawisko uwarunkowane także innymi, niż akt ludzkiej woli, czynnikami¹⁷. Tym samym podział na filozofie prawa pozytywnego oraz niepozytywistyczne filozofie prawa – przy określaniu wątków metodologicznych empiryzmu w prawie (i ograniczanego do perspektywy badawczej) jest z tego powodu nieefektywny. Tradycyjnie, rzecz jasna, za empiryczny wymiar prawa traktuje się pozytywizm prawniczy, który sprowadzał prawo do relacji socjologicznej; podległości adresatów norm rozkazom władzy zwierzchniej. Analizując jednak kwestie nurtu badań empirycznych w prawoznawstwie, z łatwością można dostrzec, że takie podejście badawcze znajduje zastosowanie i w koncepcjach opozycyjnych; w nurcie naturalistycznym, szczególnie o inklinacjach nauk kognitywnych, gdzie głosi się potrzebę rozumienia określonego zjawiska (w tym także i prawa) poprzez konieczność budowy określonego jego modelu na podstawie *empirycznej* obserwacji (o czym szerzej w dalszej części opracowania). Tym samym metodologicznie analizowany wątek *empiryzmu* prawa w ramach kategorii podziału filozofii prawa konstruowanego

¹⁴ Por. A. Bator, Z. Pulka, A. Sulikowski, *Czy koniec teorii prawa?*, [w:] P. Jabłoński (red.), *Czy koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011, s. 22.

¹⁵ Por. J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, passim.

¹⁶ „Po dwustu latach dyskusji i sporów nie udało się nam (filozofom i teoretykom prawa) osiągnąć porozumienia w żadnej spośród fundamentalnych kwestii, chociażby takich, jak pojęcie prawa, jego obowiązywanie, system prawa czy metoda prawnicza”. Cyt. J. Stelmach, *Dyskrecjonalność sędziowska w pozytywistycznych i niepozytywistycznych koncepcjach prawa*, [w:] W. Stańkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, Warszawa 2010, s. 53.

¹⁷ Por. K. Opałek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 105.

w oparciu o kryterium ontologiczne jest bezużyteczny, bowiem wymyka się takiej dystynkcji.

Użyteczny wydaje się drugi podział, znany w pracach K. Opałka¹⁸, w którym kryterium dyferencji staje się przedmiot badań, w specyfice jurysprudencji rozumiany jako wybór (rodzaj) płaszczyzny badawczej. W literaturze wskazywano, że prawo może być analizowane albo jako zjawisko językowe (prawo jako tekst; tzw. „tekstowe” koncepcje prawa), badane jedynie w formie egzegezy aktu normatywnego, albo tzw. „żywe” prawo. Można próbować podsumować, że wskazuje się tutaj na zbieżność z ujęciem prezentowanym w realizmie angloamerykańskim, które odnosi się do koncepcji „filozofii behawioralnej”, przez co należy rozumieć wszelkie, podlegające osobnemu porządkowi normatywnemu jakim jest prawo, zachowanie się podmiotu uznawanego w tym porządku normatywnym za poprawne. Za porządek normatywny można zaś uznać wszelkie normy, które nie przynależą do tych opozycyjnych, tj. obyczajności, moralności i religii. Ważnym jest podkreślenie, że w tekstowej koncepcji prawa empiryczne badania prawa są wykluczone. Jest to teza ważka, uzależniona od tego, jak pojmuje się *empiryczne* metody badań. W artykule opowiedziano się za wąską definicją, opartą na zasadach metodologii ogólnej, nawiązującą do twórcy *pozytywistycznego* nastawienia na przedmiot badań, czyli A. Comta. Innymi słowy, egzegeza aktu normatywnego nie jest przykładem empirycznej płaszczyzny badawczej, lecz innej płaszczyzny – określanej mianem językowej, lingwistycznej albo – najczęściej – normatywnej (dogmatycznej). Dookreślając; niektóre formuły analizy lingwistycznej są formą badań empirycznych (np. badanie składni w zakresie ilościowym, tworzenie rejestrów leksyki itp.¹⁹), ale już formuła badań uzależniona całkowicie od nastawienia badacza (w tym przypadku egzegety) łączy się ze spekulatywnością takiego „badania”, wobec czego w specyfice nauk prawnych nie opowiadamy się za włączaniem jej w nurt badań empirycznych. Nurt ten można natomiast odnaleźć w grupie filozofii, które określa się jako behawioralne. Wszędzie tam, gdzie prawo ma być analizowane w sposób obserwacji realnych przejawów aktywności człowieka²⁰ – na płaszczyźnie jurydycznego porządku normatywnego – tam znajdują podstawy do zastosowania badań empirycznych w prawoznawstwie²¹. Ten zbiór filozofii

¹⁸ Por. Ibidem.

¹⁹ Por. A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, passim.

²⁰ Por. J. Kurczewski, *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977, s. 105–106, gdzie omówiono mentalistyczną koncepcję normy prawnej.

²¹ W tym kontekście, w szczególności znajdują zastosowanie badania antropologiczne. Por. B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia, w społeczności dzikich*, Warszawa 2001, s. 64.

prawa jest bardzo pojemny, bowiem zawiera on liczne koncepcje, praktycznie wszystkie poza czystą teorią prawa H. Kelsena. Zatem w nurcie filozofii „behawioralnych” znajdujemy całe spektrum koncepcji, które wymykają się klasycznym podziałom formułowanym na podstawie ontologicznego kryterium dyferencji.

Choć można wskazać, że tym samym proponowany podział jest nieadekwatny, bowiem rozszerza zbiór o kategorie wzajemnie różniące się pod względem określonych atrybutów, to taki argument krytyczny traci na znaczeniu jeśli sięgnie się do znanego w teorii prawa podziału filozofii prawa, który uwzględnia płaszczyzny badania prawa. „Klasyczny” podział filozofii prawa zawiera się w kategorii odpowiedzialnej za dyferencję w postaci postulatu ontologicznej jednorodności zjawiska prawnego a jego złożoności²². Ontologiczna jednorodność zakłada, że zjawisko prawa jest jednowymiarowe i formułuje dyrektywę prowadzenia badań w ramach wybranej – jednej płaszczyzny badawczej. Podział taki zakłada dyrektywę, że „badacz” w obrębie nauk prawnych może analizować zjawisko prawa jedynie na gruncie danej płaszczyzny i w żaden inny sposób, bowiem naraża się na błędne wnioski wobec braku meta-dyrektyw traktujących o wzajemnych relacjach między płaszczyznami. W uproszczeniu; formułuje się dyrektywę, że jeśli badacz chce analizować jakąś instytucję dogmatyczno-prawną to winien ograniczyć się do jej normatywnego wymiaru (egzegezy aktu normatywnego) i niczego więcej. Gdy zatem przedmiotem badań miałyby być płaszczyzna empiryczna, to badania nie mogą wzajemnie się przenikać. Wymagana jest zatem zdecydowana postawa badacza w przedmiocie tego na której płaszczyźnie badania mają być realizowane. Postawa taka wydaje się archaiczna, ale jak już wspomniano nie jest pozbawiona podstaw, bowiem brak jest w metodologii nauk prawnych dyrektyw formułujących jakiegoś zasady co do wzajemnego wnioskowania pomiędzy płaszczyznami badawczymi (tak jak obserwuje się w innych naukach wzajemne zależności między np. teorią względności a mechaniką kwantową, albo w logice – między semiologią a logiką formalną)²³. W naukach prawnych wzajemne relacje między badaniami prowadzonymi wielopłaszczyznowo realizowane są w gruncie rzeczy intuicyjnie, bez standaryzacji w naukach ogólnych²⁴.

Opozycyjne ujęcie odwołuje się do niepozytywistycznych filozofii prawa, gdzie na gruncie metodologicznym zakłada się ontologiczną złożoność zjawiska

²² Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 23–24.

²³ Por. J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa-Kraków 1980, s. 17 i nast.

²⁴ Por. K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 328.

prawnego. I tu powstaje zatem paradoks, na który należy zwrócić szczególną uwagę. Bowiem takie założenie, że badacz w naukach prawnych może zupełnie dowolnie (tzn. kierując się przedmiotem badań, sformułowanymi hipotezami itp.) w istocie sobie „dobrać” płaszczyzny badawcze²⁵, bazuje na założeniu o ontologicznej złożoności zjawiska prawnego, które jest zbieżne z ujęciem naturalistycznym (skoro zakłada się nie tylko normatywną płaszczyznę badawczą, to dookreśla się, że człowiek nie jest jedynym czynnikiem sprawczym zjawiska prawa, ale w grę wchodzi również czynniki socjologiczne, biologiczne, czy wprost odwołanie się do innych porządków normatywnych jako podstaw prawa). Natomiast w zakresie metodologii przyjmuje się pozytywistyczne nastawienie badawcze; wolność w zakresie pierwotnego wartościowania i całkowitą swobodę badacza w zakresie doboru płaszczyzn badawczych. Tym samym, co paradoksalne, ujęcie empiryczne w prawoznawstwie wymyka się tradycyjnym podziałom filozofii prawa i odwołuje się do tego, co można nazwać koncepcją mieszaną – naturalistyczno-pozytywistyczną. Naturalistyczną w sensie przyjęcia założenia ontologicznego, zbieżnego z naturalistycznymi filozofiami prawa; tzn. że prawo jako zjawisko ludzkiego poznania nie jest jedynie uzależnione od aktywności człowieka, że jest przedmiotem analiz na równi z innymi fenomenami otaczającego nas świata. Jeśli zaś jest wytworem kulturowym, to proces wytworzenia się zjawiska prawnego determinują nie tylko czynniki *stricte* polityczne (jak w filozofii prawa pozytywnego²⁶), ale także okoliczności, które winny być zbadane na równi z inni zmiennymi opisującymi zachowanie się człowieka (stąd określenie filozofii behawioralnych²⁷). Komponent pozytywistyczny tak zdefiniowanego ujęcia mieszanego zakłada wspomniane już nastawienie badawcze uprawiane w pozytywistycznie pojmowanej metodologii nauk prawnych; gdzie prawo jest zjawiskiem poznawanym za pomocą założeń filozofii pozytywnej²⁸, odwołującej się do podstawowych kanonów takiego badania naukowego²⁹. Tym samym kryterium podziału odwołuje się w tym zakresie do epistemologii, a nie ontologii

²⁵ Np. zbadać instytucję prawną X i następnie zweryfikować jej działanie „praktyczne”, np. statystyki w zakresie orzekania. Takie badania w naukach prawnych są powszechne.

²⁶ Wspólnym mianownikiem filozofii prawa umiejscawianych w nurcie „pozytywistycznym” – pozytywizmu prawniczego i normatywizmu – jest przekonanie o prawie jako efekcie działalności władzy określonego rodzaju. Czy to w formie relacji społecznej określającej zwierzchność władzy nad adresatem reguły (pozytywizm), czy też osobnego porządku normatywnego ustanawianego przez powołane ku temu organy państwowe (normatywizm). Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 47.

²⁷ Por. H. Dębska, *Władza, symbol, prawo*, Warszawa 2015, s. 20 i 36.

²⁸ Por. Z. Pułka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wrocław 2004, s. 8 i nast.

²⁹ Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie...*, s. 4.

i skupia się na cechach przedmiotu badań, a nie na tym, czym zjawisko prawa jest (przedmiot badań jest bowiem przed sformułowaniem teorii, a nie odwrotnie³⁰). Ponadto, ów „pozytywistyczny” komponent sformułowanego ujęcia gwarantowałby możliwość swobodnego doboru przez badacza płaszczyzn do analizy zjawiska prawnego.

Nurt badań empirycznych w prawoznawstwie odwołuje się zatem do podstawowych założeń metodologicznych filozofii pozytywnej, przy akceptacji tego postulatu niepozytywistycznych filozofii prawa co do ontologicznej złożoności zjawiska prawnego i konieczności jego wielopłaszczyznowej analizy. Tym samym to swoiste pogodzenie dwóch przeciwstawnych, wielkich narracji filozoficznoprawnych ma miejsce na płaszczyźnie epistemologicznej, co skutkuje pełną transpozycją założeń filozofii pozytywnej w przedmiocie formułowanych założeń metodologicznych.

Wskazując zatem na cechy badań empirycznych w specyfice przedmiotu badań, jakim odznaczają się zjawiska prawne, wypada wyróżnić trzy z nich:

1) pierwszy sprowadza się do oparcia wszelkich założeń metodologicznych na przystosowanych do specyfiki nauk prawnych założeń filozofii pozytywnej. Wśród tego należy uszczegółowić, że zakłada się:

- realny przedmiot badań – co oznacza, że ich przedmiot winien być możliwy do analizy za pomocą określonych wskaźników. Musi on być tak określony, by dał się w pewien sposób przedstawić miarami obiektywnymi. Skutkuje to – w specyfice nauk prawnych – albo wyraźnym ograniczeniem tego, co można zbadać za pomocą podejścia empirycznego, albo co wymaga stosownego transformowania do prowadzenia analiz według takiego założenia. Truizmem jest wskazanie, że wymykają się takiemu ujęciu wszelkie analizy klasycznie dogmatyczne³¹. Nie są też przejawem analiz empirycznych omówienia zagranicznych dzieł naukowych i próba wkomponowywania prezentowanych z nich tez do rodzimego prawoznawstwa. Przedmiot badań musi być uchwytany za pomocą zmiennych nadających cechom badanego zjawiska atrybutów obiektywnych, z czym łączy się drugie założenie;
- sprawdzalność wyników – co wymaga przypomnienia tego, co jest doskonale znane w naukach przyrodniczych. Rzecz dotyczy takiego

³⁰ Por. K. T. Konecki, *Przedmowa*, [w:] B. G. Glaser, A. L. Strauss, *Odkrywanie teorii ugruntowanej*, Kraków 2009, s. 8–10.

³¹ Już K. Opałek i J. Wróblewski sprzeciwiali się ograniczaniu zjawiska prawa jedynie do faktów normatywnych; por. K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, s. 58 i 60–62.

zaprojektowania badania i przedstawienia jego metodologii³², by mogło być ono odtworzone na takich samych zasadach przez innego badacza, rzecz jasna przy uwzględnianiu czynników związanych ze specyfiką samego badania czy czynnikami subiektywnymi leżącymi po stronie samych badaczy. Ten element wywodzi się z wysokiej niechęci do badań spekulatywnych i stanowi wyraźny wyznacznik metodologicznej odrębności w „empirycznie” uprawianych badaniach w ogóle. Podstawową cechą różnicującą badania empiryczne od spekulatywnych jest stworzenie warunków do powtarzalności, rozumianej jako empiryczna weryfikowalność teorii, zarówno w aspekcie jej budowy, jak i wniosków formułowanych w oparciu o jej założenia³³. W prawnoznawstwie założenie to wymaga szczególnie mocnego uwypuklenia, z uwagi na to, że badania realizowane są poprzez wyjściowo zakreślone założenia. Innymi słowy, gdy zakłada się jakąś analizę zjawiska pod kątem „empirycznym”, to dobór obserwacji odbywa się bardziej na zasadach doboru zmiennych do teorii, a nie odwrotnie³⁴. Jednakże ta uwaga krytyczna pozostaje aktualna jedynie do ogólnych nauk prawnoznawstwa i nie wydaje się adekwatna do nauk empirycznych (głównie w zakresie nauk penalnych), albo analizy praktyki stosowania prawa (tzw. badań aktowych);

- wysoka konfrontacyjność paradygmatów metodologicznych, przez co należy rozumieć silny sprzeciw wobec założeń przeciwnych. Ten element filozofii pozytywnej był akcentowany wszędzie tam, gdzie przeformułowywano w jakimś stopniu paradygmaty metodologiczne pod kątem czystych obserwacji, możliwie bez jakiegokolwiek wstępnego nastawienia poznawczego³⁵. W naukach prawnych nurt badań empirycznych jest silnie opozycyjny względem ujęć dotychczasowych, nie tylko ze względu na negację *prima facie* innych, bardziej popularnych badań w jurysprudencji, z najpopularniejszymi i najbardziej rozpowszechnionymi z nich w postaci analiz dogmatycznych, co przede wszystkim skutkuje wprowadzaniem wymogów metodologicznych bardzo silnie wzorowanych na naukach przyrodniczych. Sam nurt

³² Zakaz deprecji w zakresie przyjmowanej metodologii, ewentualnie jej dopuszczenie jedynie w czasie badania na jego użytek (np. brak powiadomienia ankietowanego o ogólnej tematyce badawczej, co mogłoby wpłynąć na udzielane odpowiedzi).

³³ Por. K. T. Konecki, *op. cit.*, s.11.

³⁴ Por. *Ibidem*, s. 12.

³⁵ Por. S. Ehrlich, *W sprawie kreowania polityki prawa jako odrębnej dyscypliny*, [w:] red. S. Ehrlich, *Studia z teorii prawa*, Warszawa 1965, s. 32–33.

badań empirycznych zakłada konieczność zachowywania wysokich standardów metodologicznych w zakresie doboru próby do badań, operacjonalizacji zmiennych, czy precyzyjnym posługiwaniem się metodą modelowania na wzór nauk kognitywnych, podczas gdy takie elementy w dotychczasowo realizowanych analizach, szczególnie w naukach ogólnych prawoznawstwa, zdają się oscylować jako elementy postrzegane bardziej intuicyjnie. Stąd owa cecha „konfrontacyjności” wynikłej z samej istoty nowego podejścia, a nie nastawienia, niejako pragmatycznego, w sensie negacji innych typów analiz w naukach prawnych. Konfrontacyjność jest wynikiem zderzenia postulatów pozytywnej filozofii prowadzenia badań z ujęciem empirycznym w naukach prawnych, niejako ukształtowanym dotychczasowo;

2) element drugi sprowadza się do zdecydowanej konfirmacji złożonego statusu ontologicznego zjawiska prawa i konieczności jego wielopłaszczyznowej analizy³⁶. Natomiast forma owej analizy sprowadza się do próby opisu rzeczywistości zastanej, a nie takiej, jaka jest wynikiem postawy wyniesionej z określonej filozofii prawa, albo skutkiem postulatów probabilistycznych, formułowanych jednak na poziomie wypowiedzi *de lege lata*. Tym samym sprowadzających się do sformułowania teorii (opisu rzeczywistości) w istocie bez wielopłaszczyznowej formuły badawczej. W gruncie rzeczy takie założenie w pełni odpowiada określonym na pierwszych kartach *Czystej teorii prawa* założeniom filozofii H. Kelsena, tyle że realizowanej w zupełnie odmiennej wizji epistemologicznej. Nurt badań empirycznych można podsumować zaczerpniętymi uwagami, że „będąc teorią, chce tylko poznać swój przedmiot. Próbuje odpowiedzieć na pytanie, czym i jakie jest prawo, a nie na pytanie, jakie być powinno lub jak powinno być tworzone”³⁷. Dychotomia powstaje natomiast z różnicy zdefiniowania przedmiotu badań; na „prawo” jedynie jako normę, czy „prawo” jako zjawisko „naturalistyczne”;

3 trzeci element sprowadza się do założenia o konieczności budowy teorii na podstawie danych empirycznych. Żadna inna teoria, formułowana o dane innego typu, nie jest teorią w rozumieniu empiryzmu jurydycznego. Zatem ów jurydyczny empiryzm nie może się oderwać od swoistego mistycyzmu, który przenika taką metodologię prawoznawstwa. Wracając jednak do istoty rzeczy, psychologia jest czasem sprowadzana do psychometrii, podobnie zdaje się przybierać kształtu zjawisko prawa w założeniach nurtu empirycznego, co zupełnie zasadnie wpisuje się również w zestaw wad tego ujęcia (o czym szerzej w pkt-cie III). Tutaj, przy pomocy szeregu narzędzi klasycznie opisowych, badacz stara się

³⁶ Tak mocno akcentowanej w krytyce filozofii H. Kelsena, por. J. Wróblewski, *Zarys krytyki normatywizmu Hansa Kelsena*, Państwo i Prawo 1955 nr 6, s. 862–863.

³⁷ Cyt. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014, s. 55.

prawo opisać, przedstawić najlepiej za pomocą wskaźników, miar, liczb, zestawień. Tak, aby otrzymać określony obraz rzeczywistości, który można nazwać prawometrycznym.

Celem wyłaniającym się z tych trzech założeń jest zawsze opis zjawiska i dopiero wtórnie opracowanie teorii, nigdy odwrotnie.

Nie jest jednak tak, że nurt badań empirycznych nie występuje w ujęciach dotychczasowych, że w określonym zakresie takie założenia nie są znane filozofom prawa, „szkołom”, albo innym nurtom badawczym. Przeciwnie, nurt badań empirycznych można określić, że jest nawet powszechny w jurysprudencji, tylko nieusystematyzowany i wykorzystywany w różnych podejściach. Wśród nich wypada zwrócić uwagę na:

1) przede wszystkim na pozytywizm prawniczy jako konkretną filozofię prawa. W tym zakresie nurt badań empirycznych czerpie wyjściowe założenia narzucające „pozytywistyczne” myślenia o metodologii badań prawoznawczych. Pozytywizm prawniczy zwraca uwagę na realny aspekt zjawisk prawnych, rozumianych jako zjawiska społeczne, podlegające badaniu na wzór nauk przyrodniczych. Tym samym łatwo uchwytna staje się podbudowa koncepcyjna empirycznego nurtu badań w prawoznawstwie. Pozytywizm prawniczy postrzegany jako nie tylko koncepcja filozoficzno-prawna, ale jako formuła metodologiczna, jako „pewna koncepcja uprawiania nauki o prawie”³⁸, stanowi wyjściową bazę (nie tylko w ujęciu historycznym) do metodologicznej szkoły uprawiania prawoznawstwa w postaci empiryzmu jako założenia samego w sobie, ale nie „dla siebie samego” – jako formuła uniwersalnego, zgodnego z kanonami ogólnej metodologii nauk, poznania fenomenu prawa;

2) elementy analizy empirycznej odnajdujemy w psychologicznej teorii prawa Leona Petrażyckiego. Tutaj również swoistą płaszczyzną porozumienia jest sfera metodologiczna. Introspekcja może być przecież odczytana jako epistemologia oparta na empiryzmie³⁹. Wprawdzie bazuje ona na subiektywizmie podmiotu badającego i brakiem wystandardyzowanych wzorców porównawczych, to samo założenie analizy przejawów prawa jako odczucia, emocji powinności, traktuje prawo jako realny przejaw badań. Innymi słowy, przyjęty zestaw metod jest jedynie kulejący w świetle założeń metodologii empirycznej, bowiem zapewnia słabą moc odrzucania hipotez zerowych celem weryfikacji hipotez alternatywnych (szerzej w kolejnej sekcji). Natomiast sam w sobie nie jest sprzeczny (konfrontacyjny) z założeniami metodologii empiryzmu jurydycznego. Wobec

³⁸ Por. Z. Pulka, *Legitymizacja państwa w prawoznawstwie*, Wrocław 1996, s. 103.

³⁹ Por. L. Petrażycki, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985, s. 291, 427 i nast.

tego prawo jest również postrzegane jako zjawisko realne, uwarunkowane czynnikami biologicznymi⁴⁰. Empiryzm metodologiczny doznaje zatem uszczerbku w wyniku niedoskonałości możliwych metod do analizy sfery psychicznej zjawiskowości prawa, ale wynika ze stanu metod, którymi dysponuje w takim przypadku badacz. Współcześnie w sukurs problemom tego rodzaju przychodzą metody znane w naukach kognitywnych, np. neuroobrazowanie, testy psychologiczne znajdujące zastosowanie do badań niektórych problemów prawa itp.⁴¹;

3) socjologię prawa, która zapewnia instrumentarium badawcze w postaci wykorzystania empirycznego zestawu narzędzi analizy (wywiady, kwestionariusze, studium przypadku, eksperyment⁴²) – wymagane „oprzyrządowanie” badawcze, doskonale znane i wykorzystywane już w naukach prawnych w analizach prowadzonych z jej perspektywy;

4) ekonomiczną analizę prawa z akcentem położonym na użyteczność prawa mierzoną w aspekcie rachunku zysku i strat oraz popytu i podaży⁴³. Ekonomiczna analiza prawa to przede wszystkim wątek badań ilościowych oraz spór o prymat analiz tego rodzaju nad jakościowymi (o czym szerzej w kolejnej sekcji)⁴⁴. Kierunek ten wprowadzie sam autonomizuje znane innym naukom metody (jak przede wszystkim analiza statystyczna), ale czyni to w wymiarze metodologii empirycznej, zatem również prawo analizuje w ograniczonym aspekcie, zgodnie z założeniami metodologii pozytywnej;

5) nurt badań kognitywnych w prawoznawstwie, który z perspektywy prawoznawstwa zakłada przeszczepianie naczelnego paradygmatu kognitywistyki w formie modelowania określonych zjawisk, które uznawane są na podstawie określonych kryteriów za przejawy zjawiska prawnego. Według W. Ducha zrozumienie zjawiska uznawanego za kognitywne zakłada konieczność budowy jego modelu⁴⁵. Zatem, jeżeli celem badań jest zrozumienie procesu uznawanego za prawny, np. wykładni operatywnej, albo stosowania prawa, to formułą badawczą jest budowa modelu na podstawie zmiennych wskazujących na to jak wyglądają

⁴⁰ Por. J. Kurczewski, *O badaniu prawa w naukach społecznych*, Warszawa 1977, s. 4.

⁴¹ Por. B. Brożek, *Hipoteza umysłu normatywnego*, [w:] *Studia z Kognitywistyki i Filozofii Umysłu* 2013, nr 7(2), passim.

⁴² Por. charakterystykę tych metod [w:] Z. Ziemiński, *Metodologia nauk prawnych, przewodnik dla studentów studium dla pracujących*, Poznań 1972, passim.

⁴³ Por. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009, passim.

⁴⁴ Por. *Ibidem*, s. 35.

⁴⁵ Na podstawie wystąpienia W. Ducha, *Perspektywy kognitywistyki*, XI Zjazd Polskiego Towarzystwa Kognitywistycznego, Białystok 22–24 września 2016 r. Por. także: idem, *Czym jest kognitywistyka?*, *Kognitywistyka i Media w Edukacji* 1998, nr 1, s. 9 i nast. oraz <http://www.fizyka.umk.pl/~duch/cog-book/kognitywistyka.htm> – z dnia 02.07.2017 r.

te zjawiska w obserwowanej rzeczywistości, a nie jakie powinny być na podstawie określonych założeń abstrakcyjnych. Stąd użyteczność wspomnianego już obrazu prawometrycznego.

Zarazem uwzględnia się również w takim podejściu silne nastawienie unifikacyjne. Tym samym chodzi o wywołanie paradygmatu metodologicznego w naukach prawnych opartego na unifikacji pojęć i teorii za nimi stojących, a nie rozszczepianie wątków badawczych w zagadnienia wąskie⁴⁶, bez oddziaływania integracyjnego na teorie istniejące. Chodzi jednakże o teorie empiryczne, gdy zaś rzecz dotyczy ich braku, wówczas lukę należy wypełnić badaniami prowadzonymi „od ogółu do szczegółu”, w myśl paradygmatu modelowania. Zagadnienie to jest szerokie i wymaga osobnego opracowania. Można jedynie wskazać, że kognitywistyka i badania prawoznawcze realizowane w tym nurcie również wypada zaliczyć do nurtu empiryzmu, przy jednoczesnym poszanowaniu autonomii tych dwóch, jednak różnych, narracji metodologicznych. Można ocenić, że nurt badań empirycznych czerpie z metodologii kognitywizmu głównie w zakresie korzystania z metodyki modelowania, odwołań do próby zrozumienia funkcjonowania powinności w uwarunkowaniach procesów neurobiologicznych. W niektórych, konkretnych projektach badawczych określenie linii demarkacyjnej między *empiryzmem* a *kognitywizmem* jurydycznym, od strony metodologicznej, może być jednak słabo uchwytnie, albo w ogóle niemożliwe. Wspólnym mianownikiem tych podejść jest jednak próba zrozumienia tego, jak działają zjawiska prawne, tylko że kognitywizm celuje w poznanie prawidłowości wyznaczanych przez ludzki umysł jako podstawę ludzkiej aktywności w zakresie interesującej prawników powinności.

Cz. II – główne założenia metodologii badań empirycznych

W poprzedniej sekcji sformułowano warunki pozwalające wyodrębnić kategorię badań uznawanych za empiryczne w naukach prawnych. Konieczne jest zatem dookreślenie, czym mają się one charakteryzować, jakie warunki spełniać, jak powinny być konstruowane konkretne plany badawcze i realizo-

⁴⁶ W kognitywistyce symbolem takiego nastawienia badawczego jest słynne powiedzenie, że „nie można grać z przyrodą w dwadzieścia pytań i wygrać”. To tytuł słynnej książki A. Newella z 1973 r., która stanowi przykład metodologicznej krytyki bezrefleksyjnie prowadzonej integracji nauki poprzez mnożenie szczegółowych problemów badawczych. Por. A. Newell, *You can't play 20 questions with nature and win: projective comments on the papers of this symposium*, Pittsburgh, 1973, passim;

<https://pdfs.semanticscholar.org/85a0/96908670cd83cacfdede9e11f2df2dc41c9b.pdf> – z dnia 03.07.2017

wane w ramach nich metody, by nie okazało się, że pomimo sformułowania tezy o empirycznym obszarze badawczym dobierane metody poznania określonego zjawiska z założeniami empiryzmu nie mają w istocie nic wspólnego. Wypada wskazać na trójrodzajową charakterystykę twierdzeń naukowych w badaniach empirycznych, które mogą warunkować dobór metod, w tym nurcie badań, w specyfice nauk prawnych:

1) prakseologiczność – rozumianą jako skuteczność metod, których dobór weryfikowany jest według kryterium w postaci tego, czy w sposób użyteczny służą opisowi rzeczywistości. Mają prowadzić do poznania zjawiska takiego jakie ono jest, a nie formułować jego określoną wizję na podstawie zastanych założeń filozoficzno-prawnych. Badacz, na tyle, na ile jest to możliwe, powinien być metodologicznie oderwany od zastanych koncepcji, które narzucają określone spektrum poznania⁴⁷. Dopiero w wyniku realizowanych badań, zatem sformułowania opisu otaczającej go rzeczywistości, może on potwierdzić albo zaprzeczyć temu, że odpowiada ona założeniom określonej filozofii prawa, pierwotnej teorii, grupy poglądów itp.;

2) uzasadnialność, która winna być rozumiana jako trafność doboru metody do weryfikacji zakładanych hipotez (odrzuconiu hipotezy zerowej bądź wykazaniu braku podstaw do jej odrzucenia, a uzasadnieniu słuszności zakładanej hipotezy określanej mianem alternatywnej);

3) sprawdzalność – rozumiana jako możliwość powtórzenia procesu badawczego za pomocą przyjętej metodologii (doboru metod i metodyki [formy działania] badacza). Jest to wynikiem naczelnego założenia całej metodologii

⁴⁷ Spór o teorie generowane jedynie na podstawie ilościowych bądź jakościowych zmiennych uzyskiwanych z planów badawczych, a konstruowanych także w oparciu o pewne wstępne nastawienie poznawcze i zasób wiedzy wyniesionej z teorii „wyjściowej”, swoistej koncepcyjnej bazy dla badacza, jest znaczącym i nierozstrzygalnym sporem w metodologii nauki. Jak można wskazać, decydujące między generatywnością teorii z samych badań a weryfikacją koncepcji poprzez badania empiryczne zależy od tego, co jest przedmiotem badań i czy określone zjawisko było już przedmiotem analiz określonego typu. Należy dodać, że pełne oderwanie się badacza od wiedzy zastanej jest niemożliwe, choćby z uwagi na konieczność operacjonalizacji zmiennych (o czym dalej), szczególnie gdy proces ten realizowany jest poprzez ich opis. Spośród wyszczególnianych przez niektórych badaczy wielkich narracji metodologicznych teorie generatywne znajdują się w grupie narracji „tworzenia” albo konstruowania (rekonstruowania). Por. M. Gorzko, *Wprowadzenie do wydania polskiego. Przeciw „weryfikatorom”: projekt metodologiczny odkrywania teorii ugruntowanej Barneya Glasera i Anselma Straussa*, [w:] B. G. Glaser, A.L. Strauss, *Odkrywanie teorii...*, s. 33.

Por także o problemach badania zjawisk instytucjonalnych w aspekcie metodologicznym, na przykładzie „czynników wpływających na system partyjny”, w kontekście pomiaru zmiennych niezależnych w: W. Rafałowski, *Opisywanie i wyjaśnianie systemu partyjnego. Metody pomiaru*, Warszawa 2017, s. 145–146, 195 i nast.

empirycznej. W odniesieniu do doboru metod – odrzuca się takie, których kompletnie nie można powtórzyć, albo są one na tyle jednostkowe i zależne od metodyki indywidualnego badacza, że stają się spekulatywne, bo nie jest możliwe ich odtworzenie w innym badaniu. Wszelkie więc refleksyjne analizy jurydyczne nie są zgodne z wymogami badań empirycznych.

Konieczne jest przy tym wskazanie, że wszystkie te warunki muszą być spełnione łącznie. Choć jest możliwa stopniowalność metod i ich wzajemnego układu, względnie charakterystyki indywidualnej metody i metodyki badacza, które dają się, odpowiednio mocniej albo słabiej, ewaluować z punktu widzenia wyszczególnionych tu założeń.

W spektrum badań empirycznych pozostaje pojęcie zmiennej, które jest fundamentalne w innych naukach społecznych⁴⁸. To identyfikator, któremu badacz nadaje określoną treść, uwarunkowaną cechami przedmiotu badania. Również zjawiska prawne, jak i samo prawo, ograniczone jedynie do normatywnej płaszczyzny badawczej, wykazuje określoną zmienność, którą można wyrazić (opisać, oznaczyć) w sposób ilościowy albo jakościowy (nominalny albo porządkowy). Ilościowy, gdy wskazujemy na warianty zmiennej: składu sędziowskiego, liczby odnotowanych czynów z określonego artykułu Kodeksu karnego, przeciętnej sumy roszczenia itp. Wśród zmiennych jakościowych występują dwa typy – nominalny (bez wewnętrznego rangowania) i porządkowy (występuje wewnętrzne rangowanie). Zmienne jakościowe bazują na pewnej wiedzy wypracowanej badacza lub są wynikiem określonej operacjonalizacji w sytuacji gdy brak jest teorii wyjściowej, na podstawie której formułuje się (ustanawia) w badaniach warianty zmiennych danego rodzaju. Zmienną jakościową będzie więc przykładowo: wyróżniany model stosowania prawa (bo rozróżnienie jest dokonywane albo w oparciu o zastaną wiedzę teoretyczną, albo na podstawie innego kryterium, przyjętego przez badacza), heurystyka uzasadnienia orzeczenia⁴⁹, rodzaj dowodów, na których oparto ustalenia faktyczne rozstrzygnięcia itp. Widzimy więc, że w tym drugim przypadku to badacz dokonywał kategoryzacji, ale nie w sposób zobiektywizowany, ale indywidualny, uzasadniając wyszczególniane kategorie zmiennej na podstawie danego kryterium (np. kategorie argumentu, do którego odwołuje się sąd w uzasadnieniu rozumowań interpretacyjnych; możliwy podział: argument z autorytetu, argument z orzecznictwa, argument ze znaczenia przepisów prawa, argument z paremii *clara...* itp.)⁵⁰.

⁴⁸ Por. red. S. Bedyńska, M. Cyprińska, *Statystyczny drogowskaz*. T. 1, Warszawa 2013, s. 24 i nast.

⁴⁹ Ale już zmienną ilościową będzie jego leksykalna objętość.

⁵⁰ Por. J. Brzeziński, *Metodologia badań psychologicznych*, Warszawa 1999, s. 185.

Bardzo ważnym jest wskazanie, że zmienna w badaniach empirycznych to zmienna zależna (wyjaśniana), a te, które są formułowane w toku operacjonalizacji przez badacza, określamy mianem niezależnych (wyjaśniających). Badacz formułuje więc podziały i dobiera zmiennie o charakterze niezależnym, bo od nich „zależy” (mają one wyjaśniać) badane zjawisko – stanowiące przedmiot hipotezy badawczej. Jeśli więc formułuję pytanie badawcze (jeszcze przed hipotezami) o to, do czego odwołują się autorzy, np. zdań odrębnych w jakiejś próbie orzecznictwa, to zmienną zależną jest instytucja zdań odrębnych, a to, co badacz uznaje za czynniki warunkujące, w jakimś zakresie, na zasadzie przypuszczeń bądź wyników badań pierwotnych, to te elementy, po operacjonalizacji pełnią rolę zmiennych niezależnych. W tym przykładzie łatwo jest dostrzegalna różnica między normatywną a empiryczną płaszczyzną badawczą. W badaniach normatywnych „badacz” starałby się jedynie wskazać na normatywne kryteria zdań odrębnych, względnie określić rozwój semantyk z aktów normatywnych odnoszących się do tej instytucji; ewentualnie wskazać na charakterystykę uprawnienia i określić problematykę zdań odrębnych analizowaną niejako *in abstracto*. W ujęciu empirycznym chodzi o wyprowadzenie wniosków na podstawie obserwacji praktyki tego typu zagadnienia.

Bez sformułowania zmiennych nie jest możliwe przeprowadzenie żadnego badania w nurcie empirycznie uprawianego prawoznawstwa. Zmienne nie tylko są wymagane ze względów konieczności zaprojektowania całej metodologii, jak również do opisu ich wzajemnej relacji czy wyprowadzenia wniosków na etapie opisu jakościowego i – ewentualnie – sformułowania teorii. Relacje między zmiennymi bardzo rzadko występują na zasadzie przyczynowo-skutkowej. Jest to możliwe jedynie wówczas, gdy badaniu podlega cała populacja. Z kolei współzmiennosc (korelacja) między zmiennymi wyliczana jest co do zasady dla zmiennych ilościowych i w specyfice badań prawoznawczych znajduje ona ograniczone zastosowanie. W zakresie badania rozkładu „gęstości” występowania wyników między zmiennymi o charakterze jakościowym konieczne jest sięgnięcie do testów chi-kwadrat⁵¹. Rzecz jest istotna, bowiem pozwala precyzyjnie określać wzajemne zależności między zmiennymi w badanej próbie, a gdy jest ona reprezentatywna, estymować (przenosić) wyniki z niej na populację. Bez określenia stopnia reprezentatywności próby metodologicznie konieczne jest wskazywanie, że ferowane wnioski prawidłowe są jedynie w zakresie badanej próby; np. w obrębie „apelacji” X, gdy badano np. wszystkie orzeczenia jakiegoś typu w ramach danej apelacji. Natomiast, gdy badano wybrane orzeczenia w tej apelacji bez ustaleń w przedmiocie reprezentatywności próby, to także

⁵¹ Por. red. S. Bedyńska, M. Cypryńska, *op. cit.*, s. 135 i nast.

wówczas wymagane jest dookreślenie, że wyniki i wnioski dotyczą jedynie próby badanej. Celem ustalenia rodzaju współzmienności zmiennych jest próba określenia stopnia korelacji między zależnością pewną (czyli, że dzięki pewnym właściwościom jednej zmiennej można odczytać właściwość drugiej), ograniczoną (istotność różnic między zmiennymi), pozorną – nic nie znaczącą, co w znacznej ilości przypadków jest samym w sobie cennym wnioskiem poznawczym (że *coś* nie współwystępuje z *czymś* innym).

Tym samym należy przypomnieć tezę dość oczywistą, ale nie zawsze uchwytną, a fundamentalną dla zrozumienia tego, co jest *przedmiotem* badań empirycznych w prawoznawstwie. Niejako badań tego typu *sensu stricto*. Należy bowiem odróżniać badanie prawa – jako samodzielnego porządku normatywnego na gruncie tzw. analizy pojęciowej (w nurcie filozofii analitycznej), za co odpowiada normatywna płaszczyzna badawcza, od badań prawa jako zjawiska, analizowanego na gruncie omawianego w tym opracowaniu *empiryzmu*. Zjawisko prawne może być analizowane zarówno przez nauki prawoznawstwa; ogólne, z nacelną rolą teorii, a nie filozofii prawa oraz szczegółowe, zorientowane na badanie zjawiska prawnego, jak również w ogóle inne nauki, które za swój przedmiot badań czynią przejawy ludzkiej powinności w aspekcie instytucjonalnym. To też jest pytanie o granice metodologii prawoznawstwa, u progu XXI wieku.

Z tego też względu każde badanie empiryczne prawo traktuje jako pewne zjawisko, pozostawiając kwestie normatywnych analiz pojęciowych dogmatyce prawa⁵². Obrazowo, jeżeli badaniu podlega proces stosowania prawa w rozumieniu empirycznym, to zachodzi potrzeba jego rzeczywistej analizy przez pryzmat określonych zmiennych o charakterze ilościowym i jakościowym, a nie odkodowanie jego charakterystyki na poziomie metajęzyka prawniczego⁵³. Tym samym poziom opisu i forma języka używana do jego przeprowadzenia, przynajmniej

⁵² Zarazem empiryzmu metodologicznego w prawoznawstwie nie można mylić z koncepcjami społecznej wizji prawa, które są w istocie odmianami pozytywizmu prawniczego. W polskim prawoznawstwie zwolennikiem społecznego pochodzenia i wykładni norm prawnych był S. Ehrlich. Por. idem: „...sam proces polityczny, to nie procedura ustalona przez prawo, ale pewna sekwencja zdarzeń prowadząca do konkretnej inicjatywy jakiejś grupy. Kulminacją tej inicjatywy jest decyzja polityczna, która zapada w jednym z ogniw aparatu państwowego, przybierając formę prawną” i „trzonem procesu społecznego jest proces informacyjno-decyzyjny, którego nie można redukować jedynie do procedur sądowych”. Por. i cyt. S. Ehrlich, *Dynamika norm*, Warszawa 1988, s. 16 i 17.

⁵³ Tym samym zachodzi tu fundamentalna różnica względem celu badań podejmowanych w ramach tzw. analiz dogmatyczno-prawnych, gdzie rozumienie określonego zjawiska ograniczone jest *de facto* do rozumienia językowego, które oznacza ni mniej ni więcej jak poznanie przez badacza prawidłowości rządzących przyporządkowywaniem określonych zjawisk do danych zachowań językowych. Por. J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii...*, s. 59.

w założeniu, ma być prowadzona w znaczeniu języka syntetycznego, zatem odnoszącego się i weryfikowalnego zmysłowo, a nie analitycznego, czyli weryfikowalnym jedynie na gruncie znaczeń określonego metajęzyka⁵⁴. Jest tak, gdyż – wspomniane już dla przykładu – stosowanie prawa można analizować w formule *prawa* – rozumianego jako zbiór wypowiedzi określonego rodzaju zakodowanych w wytworach kulturowych uznawanych za jego źródła – i wówczas mamy do czynienia z normatywną płaszczyzną badawczą analizowaną w ramach nauk ogólnych lub dogmatycznych prawoznawstwa, albo w formule *zjawiska prawne* – tutaj rozumianego empirycznie, czyli jako przedmiot badań realizowany na podstawie założeń wyszczególnionych w sekcji poprzedniej i przy doborze metod odznaczających się atrybutami oznaczonymi na początku niniejszej.

Prowadząc każde badanie empiryczne w naukach prawnych, badacz formułuje pierwotne pytanie badawcze, które operacjonalizuje do postaci hipotez badawczych. Sformułowaniu podlegają dwie hipotezy, gdyż relacja między zmienną zależną a niezależną/mi zakładana jest jako dopiero ta, która jest przedmiotem ustaleń. Hipoteza zerowa [oznaczana H-0 albo H-Z] zakłada brak związku między zmiennymi i formułowana powinna być zawsze, nawet gdy jest sprzeczna z intuicjami badacza (przykład H-0: „czas narady sędziowskiej jest niezależny od ilości osób w składzie sędziowskim”). W większości badań mamy jednak do czynienia z milczącą formą określenia hipotezy zerowej (tzn. brakiem jej postawienia i konieczności wnioskowania o jej treści). W większości badań, co nie jest do końca poprawne, formułuje się – w stylu przypominającym pytanie badawcze – hipotezę alternatywną, tzn. taką, która wyraża cel badania i która dotyczy zakładanej relacji między zmiennymi. Treść i przypuszczana relacja zależy od badań (np. „że czas narady sędziowskiej jest dłuższy w składach większych niż mniejszych”; albo bardziej ogólnie, że między tymi zmiennymi zachodzi jakiś związek, który nie jest dziełem przypadku). W toku badań empirycznych wcale nie musimy udowadniać słuszności hipotezy alternatywnej, co jest często spotykanym błędem w specyfice nauk prawnych, w analizach uznawanych intuicyjnie za empiryczne. Badacz stara się odrzucić hipotezę zerową i wskazać za pomocą lepszych albo gorszych metod (posiadających silniejszą albo słabszą moc odrzucania) trafność hipotezy alternatywnej. Przyjęcie (udowodnienie) hipotezy alternatywnej jest zawsze skutkiem odrzucenia (wykluczenia) hipotezy zerowej, a nie udowodnieniem zakładanej relacji, chyba że badaniu podlega cała populacja (np. wszystkie sprawy w Polsce określonego rodzaju w danym roku⁵⁵). Tym

⁵⁴ Por. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 31–32.

⁵⁵ Np. dzieciobójstwa w Polsce [czyny z art. 149 kk] prawomocnie osądzone w roku 2015. Rzeczą oczywistą, wnioski można formułować jedynie w stosunku do popu-

samym postawienie właściwych hipotez i dobór właściwych zmiennych warunkuje dobór metod badawczych, które *in concreto* posiadają słabszą albo mocniejszą moc odrzucania hipotezy zerowej i udowodnienia trafności hipotezy alternatywnej, chyba że – powtórzmy – badaniu podlega cała populacja. Przy czym wyniki muszą być odnoszone do populacji odpowiednio scharakteryzowanej; innymi słowy nie można odnosić wyników na podstawie przebadania populacji ograniczonej np. do danego roku kalendarzowego w stosunku do innych lat.

Zmienne niezależne wymagają tym samym operacjonalizacji, czyli – w największym uproszczeniu – charakterystyce tego, jakie ich rozumienie przyjmuje się w badaniach. W szczególności chodzi o wyszczególnienie ich wariantów, pod które badacz będzie dokonywał subsumcji określonych ustaleń. Procedura ta jest stosunkowo prosta w specyfice zmiennych ilościowych, ale może być bardziej skomplikowana w przypadku zmiennych jakościowych, gdzie badacz nigdy nie działa będąc oderwanym od założeń wstępnych i posiadanej wiedzy teoretycznej, ale w określonym nurcie poznawczym dokonuje takiej kategoryzacji⁵⁶. Operacjonalizacja służy doborowi atrybutów do zmiennych wyjaśniających (które stawia badacz) ze względu na cechy obiektywne albo subiektywne (np. wielkość miasta, model stosowania prawa, skład orzekający, rodzaj sądu itp.). Tworzy ona podstawy metodologiczne danego badania. Podsumowując, omawiany proces prowadzi do tego, jak zmienne niezależne będą zdefiniowane, następnie „mierzone”, a pośrednio jak badane zjawisko (zmienną zależną) będziemy wyjaśniać.

Ustaliliśmy już, że przedmiotem badań w nurcie empirycznym jest zjawisko prawne. Zatem określone przejawy porządku normatywnego, innego niż obyczajność, religia i moralność, staramy się uchwycić określonymi miarami różnej natury (ilościowej bądź jakościowej) w otaczającej nas rzeczywistości. Tym samym zachodzi zawsze konieczność sprecyzowania owego „wycinka” rzeczywistości, czyli określenia cech przedmiotu badań. Dotyczą tego reguły doboru próby lub określenia cech populacji badanej. Jest to zagadnienie bardzo szerokie, o fundamentalnym znaczeniu dla badań empirycznych wszelkiego rodzaju i mogące stanowić – w zasadzie – osobne, obszerne studium naukowe. Możliwe jest

lacji za ten rok.

⁵⁶ Jak już wspomniano, jest to jeden z fundamentalnych problemów badań empirycznych w metodologii nauk; na ile badacz jest w stanie wygenerować teorię, nie będąc uwikłanym w dotychczasową wiedzę. Nie chodzi bowiem o problem operacjonalizacji zmiennych przy użyciu zastanego aparatu pojęciowego i wynikłych zeń inklinacji, ale ich wpływu na odbiór uzyskanych wyników i proces generowania teorii. Por. W. Rapior, *Intensyfikacja wyobraźni: o tożsamości osoby badacza i zawieszeniu bezwarunkowej obiektywności*, [w:] red. K. T. Konecki, M. Gorzko, *Przegląd Socjologii Jakościowej*. Tom XI, nr 1, *Badania jakościowe – pragmatyczne inspiracje*, 2015, s. 100–101.

jedynie wskazanie najważniejszych elementów tego procesu. Przede wszystkim, zachodzi konieczność dookreślenia trzech pojęć: populacji, operatu losowania i właściwej próby badawczej.

Populację najprościej definiuje się jako określoną zbiorowość *czegoś*; zjawiska, ludzi, zdarzeń, rzeczywistości itp. Populacja winna być jednak zawsze precyzyjnie określona i scharakteryzowana celem uniknięcia zafałszowania wyników. Przykładowo: jeżeli przedmiotem badań jest populacja spraw określonego rodzaju (np. roszczeń alimentacyjnych), ale w ramach działalności orzeczniczej sądu X za wybrany okres czasu, to choć bada się wszystkie sprawy w tak scharakteryzowanej populacji, to nie jest uprawnione formułowanie na tej bazie określonych uogólnień względem innych zbiorowości (np. wobec innych sądów). Tym, co wyróżnia populację od próby badawczej, jest brak konieczności wskazywania, że wyniki muszą być w jakiś sposób estymowane (przenoszone / inferowane) z próby na populację. Analiza całej populacji zapewnia ów wymóg z istoty rzeczy. Należy jednak dookreślić, jaka populacja jest przedmiotem analizy, inaczej dochodzi do zafałszowania wyników i wprowadzenia w błąd audytorium. Dobór populacji oraz określenie jej cech uzależnione jest wieloma czynnikami, przede wszystkim przedmiotem badań oraz ich specyfiką. Jeżeli jednak badaniu podlega określony wycinek rzeczywistości (zakreślony podmiotowo, przedmiotowo i temporalnie), to wyniki zawsze muszą być do niego odnoszone (np. że uzyskano je na podstawie analizy populacji orzeczeń sądu X za wybrany okres czasu). To, co różnicuje populację od próby badawczej, to jej zindywidualizowane cechy jednostkowe, które wskazują na możliwość analizy holistycznej (np. populacja uzasadnień postanowień o umorzeniu postępowania karnego z art. 17 § 1 pkt 5 kp.k.⁵⁷ w apelacji warszawskiej w latach 2010–2015), ograniczonej przedmiotowo i temporalnie.

Dobór próby warunkują oczywiście cechy indywidualne badania; tego, co jest przedmiotem analizy oraz jakie prawidłowości są poszukiwane. Często badacz napotyka na określone problemy w trakcie wykonywania analiz, stąd przydatne są dwa etapy badań: etap badań pilotażowych, gdzie następuje weryfikacja trafności doboru populacji (i wyprowadzonej z niej próby) i przede wszystkim trafność dobranych metod i metodyki badacza (uwzględniając założenia badań empirycznych i założenia doboru metod uznawanych za empiryczne). Sprecyzowanie populacji winno prowadzić do określenia operatu losowania, tam gdzie jest on możliwy do uzyskania (spisu jednostek populacji) i jedynie w stosunku do prób losowych. Są to wątki bardzo szczegółowe, których pełne rozwinięcie nie jest możliwe w tak krótkim opracowaniu. W każdym razie, w specyfice nauk

⁵⁷ Art. 17 § 1 kp.k. [oskarżony zmarł].

prawnych, w szczególności w ramach indywidualnych cech danego badania, ich autor winien określić, czy faktycznie konieczny jest dobór próby losowej. Próba losowa pozwala bowiem wnioskować (estymować) wyniki na populację. Pod warunkiem, że jest dobierana na warunkach reprezentatywności. To, czy badacz potrzebuje próby reprezentatywnej, uzależnione jest od przedmiotu badania. Przykładowo, gdy konieczne jest wykazanie pewnych prawidłowości w populacji, która jest znacząca ilościowo, dobiera się próby losowe – reprezentatywne. Natomiast w badaniach zogniskowanych na studia przypadku możliwe są próby niereprezentatywne. Jeśli badacz nie decyduje się na dobór próby reprezentatywnej, winien określić to w opisie badania. Nie jest możliwe estymowanie wyników z takiej próby na populację; tym samym rażącym błędem jest formułowanie opisu, albo tytułu pracy w rodzaju: „motywy wymiaru kary ławników w Polsce”, gdy badania ograniczono jedynie do wypowiedzi ławników w sądzie X”. Dobór próby (losowej) nie spełniał bowiem kryteriów reprezentatywności. Podobnie jest z cechą tej populacji (wszystkich ławników w sądzie x w czasie t), gdyż nawet, gdy ustalenia przeprowadzono na podstawie wywiadu (ankiety) wszystkich ławników orzekających w sądzie x , to nie jest uprawnione formułowanie wniosków o motywach decyzji w zakresie wymiaru kary w stosunku do populacji wszystkich ławników orzekających w danej apelacji albo w całym kraju.

Spośród czynników warunkujących dobór parametryczny próby istotny oprócz poziomu ufności próby i wielkości frakcji (dla prób losowych) jest kwestia odchylenia standardowego, które w istotny sposób odpowiada za finalną wielkość próby badanej, ale przede wszystkim trafność uzyskanego wyniku. Odchylenie standardowe warunkuje bowiem *rozrzut* wyniku (np. odchylenie na poziomie 0,03 warunkuje różnicę w populacji na poziomie $+/-3\%$ od uzyskanego wyniku dla frakcji). Zwykle w badaniach przyjmuje się dla prób reprezentatywnych poziom niskiego odchylenia na poziomie 3% (0,03), ale dopuszczalne są i większe odchylenia, dochodzące do 5% (0,05). Możliwe są także różne odchylenia dla różnych, nawet porównywanych, populacji, gdy są one na tyle znaczące, że czyniłyby badania bardzo trudnymi do przeprowadzenia⁵⁸. Wypada

⁵⁸ O tym, jak współczynnik odchylenia standardowego (błędu pomiarowego) zmienia wartość próby badanej i nakłada na badacza – odpowiednio – większy albo mniejszy nakład pracy, wskazuje przykład. Załóżmy, że analizie podlega często praktykowane w badaniach jurydycznych orzecznictwo jakiegoś sądu za wybrany okres czasu, gdzie nie poszukuje się pewnych cech indywidualnych (nie poszukuje jednostkowych rozstrzygnięć na daną okoliczność), ale bada się właściwości całego orzecznictwa (np. rodzaj powoływanych źródeł z zakresu doktryny prawa). Załóżmy, że wielkość populacji wynosi 10 000 orzeczeń (operat losowania stanowi wykaz – spis – orzeczeń zawarty w repertorium). Przy standardowo przyjmowanych wskaźnikach: poziom ufności: 0,95 i wielkości frakcji: 0,05, próba reprezentatywna przy zakładanym (mniejszym) błędzie standardowym na pozio-

jeszcze zwrócić uwagę na kilka cech warunkujących dobór próby w badaniach prawoznawczych:

1) nie zawsze jest konieczna próba losowa; jeżeli poszukujemy bardziej jednostkowych przypadków, nie jest ona wymagana;

2) nie jest możliwe określenie wszystkich cech badania niejako *a priori*; stąd użyteczne stają się badania pilotażowe;

3) jeżeli próba nie jest reprezentatywna, wyników nie można odnosić do populacji. Wówczas opis winien zawierać atrybut „w badanej próbie”.

Podsumowując, to czy konieczna jest reprezentatywna próba losowa, uzależnione jest od tego, czy poszukuje się rozkładu określonej prawidłowości w populacji, o którym wiemy (bądź przypuszczamy), że występuje. Jeżeli jednak poszukujemy rzadkich przypadków albo zjawisk o cechach jednostkowych, indywidualnych, to wówczas konieczny jest inny, niż losowy, dobór próby. Próby takie nie muszą też spełniać wymogu reprezentatywności.

Możliwy jest dobór próby w postaci:

- doboru kwotowego – stosowany do losowania prób ze względu na określone kryteria. Także, gdy celem badania jest porównanie określonych zmiennych w różnych próbach; np. dzielenie operatu losowania ze względu na rodzaj spraw i wyznaczenie wielkości próby w oparciu o określoną prawidłowość właściwą dla całej populacji; np. dwa rodzaje spraw w danej populacji tworzą proporcje: 60% udziału do 40%; dobór kwotowy określa się przez analogiczny podział, tyle, że w obrębie próby badanej. Tym samym jest ona reprezentatywna. Dobór kwotowy jest możliwy do zastosowania jedynie wówczas, gdy badacz dysponuje precyzyjnymi właściwościami operatu losowania;
- doboru warstwowego (warstwowy) – polega na tym, że najpierw następuje podział kwotowy na podstawie danego kryterium, a następnie przeprowadzany jest dobór losowy. Estymacja wyników możliwa jest jedynie wówczas, gdy dobór losowy spełniał warunki reprezentatywności losowania. W doborze warstwowym możliwe jest jednak zastosowanie kryteriów opartych na badaniu celowym (jak poniżej); wówczas dobrana próba nie jest reprezentatywna, ale może mieć

mie 0,03, wynosi: 964 jednostek do analizy (w naszym przypadku, orzeczeń), natomiast zwiększając błąd do poziomu 0,05, próba maleje do 370 jednostek. Nadal jest jednak reprezentatywna, tzn. możliwe jest wnioskowanie na jej podstawie o prawidłowościach w całej populacji. Badacz musi tylko wskazać, że uzyskane wyniki odznaczają się odchyleniem o 5% od uzyskanego wyniku. Jeżeli więc stwierdzono, że – przykładowo – w połowie próby nie powoływano żadnych źródeł, to w populacji, z której losowano próbę, prawidłowość ta waha się między 45 a 55% przypadków.

wysoką wartość poznawczą, jeśli poszukujemy rzadko występujących zjawisk. Podział ten jest stosowany do doboru prób na podstawie kryteriów sformułowanych przez badacza (np. dobór uzasadnień określonego rodzaju, ale ze względu na kryteria obiektywne);

- dobór celowy – realizowany na podstawie kryteriów swobodnie dobranych przez badacza, na podstawie sformułowanych kryteriów określonych właściwościami badania (np. – ponownie – dobór spraw określonego rodzaju, odznaczających się indywidualnymi cechami).

Wydaje się, że w specyfice nauk prawnych, ze względu na przeważający charakter zmiennych jakościowych, najwłaściwszy jest dobór celowy, względnie warstwowy, w rozumieniu najczęściej wykorzystywanych w możliwych na płaszczyźnie prawnej problemach do analizy.

Zmierając do podsumowania tego wątku, wypada wskazać na cechy metod, które odwołują się do empiryzmu jurydycznego. Metody te można scharakteryzować w ten sposób, że:

1) bazują na zmiennych. Oznacza to, że w ramach nich możliwe jest operowanie w praktyce metodologicznej operacjonalizacją jakiegoś przedmiotu badań, gdzie usiłuje się określić, ustalić i ocenić jakieś wzajemne związki między zjawiskami (wyjaśnianymi a wyjaśniającymi);

2) z istoty rzeczy muszą być to metody, których celem jest uchwycenie określonego zjawiska na podstawie przyjętych kryteriów, czyli ich podstawową miarą w przedmiocie użyteczności jest kwestia już wspomniana, tzn. czy w sposób adekwatny opisują rzeczywistość.

Metody badawcze uznane za empiryczne w naukach prawnych odznaczają się zatem tym, że mają prowadzić do sformułowania teorii danego zjawiska – jego opisu jedynie na podstawie uzyskanej obserwacji, a nie doboru jej efektów do teorii, na podstawie której wyszczególniano zmienne niezależne. Tym samym badacz porusza się w obszarze twierdzeń formułowanych w języku syntetycznym (przynajmniej w sensie założeń), co do teorii zbudowanej na podstawie uzyskanych badań⁵⁹. Teoria bądź filozofia, na podstawie której sformułowano zmienne niezależne uzyskuje wówczas status metateorii, z której w języku analitycznym zoperacjonalizowano te zmienne. Tym samym używane metody mają prowadzić do sformułowania (docelowo) kolejnej metateorii, która ma charakter dyrektywny (klasycznym przykładem jest powstanie dyrektywnej teorii wykładni prawa jako metateorii względem teorii opisującej ów proces). Zabieg taki wy-

⁵⁹ Por. N. Chomsky, *Lingwistyka, osobny punkt widzenia*, [w:] *Noama Chomsky'ego próba rewolucji naukowej*, Warszawa 1996, s. 31–32.

stępuje jednak poprawnie metodologicznie jedynie wówczas, gdy ujawniana jest zarówno teoria, jak i konstruowana na jej podstawie metateoria. Tym samym, co chyba specyficzne w naukach prawnych (choć w pewien sposób pokrewne do nauk kognitywnych, gdzie mamy do czynienia z modelowaniem), teorie empiryczne formułowane są na podstawie określonej metateorii (wyjściowej) i pomimo opisu jakiegoś zjawiska formułowane na ich podstawie kolejne metateorie mogą utracić charakter empiryczny. Wówczas jednak, np. teorie interpretacji, nie mają charakteru empirycznego (tracą go) – zaczynają bowiem dotyczyć innej płaszczyzny badawczej – normatywnej. Status empiryczny teoria taka mogłaby zachować, gdyby ograniczała swój przedmiot do zachowań interpretatorów (a tak czyni teoria, w domyśle, deskryptywna), a nie formułowała opis czynności podejmowanych względem przedmiotu interpretacji (tym samym jest to metateoria, bowiem faktycznie jej przedmiotem jest teoria dyrektyw zachowania się interpretatora).

Cz. III – problemy praktyczne i samoograniczenia

Na początku opracowania wskazano na konieczność uchwycenia wad omawianego podejścia badawczego, nie w znaczeniu wad obiektywnych „empiryzmu metodologicznego”, ile możliwości jego wykorzystania w specyfice jurysprudencji. Owa „konfrontacyjność” przedstawionej już charakterystyki ma prowadzić do wyszczególnienia tych cech omawianego nurtu badawczego, które utrudniają jego wkomponowanie do prowadzonych analiz, tj. z ujęciem dominującym – analizie pojęciowej w strukturze nauk prawnych. W tym znaczeniu należy zwrócić uwagę na następujące elementy:

1) fakt, że w specyfice metodologicznej nauk prawnych zmienne posiadają w większości jakościowy charakter, co w istotny sposób ogranicza przydatność badań empirycznych w naukach prawnych i redukuje podstawowe założenia tej formy badań i analizy. Nie jest oczywiście tak, że badania empiryczne zorientowane są jedynie na badania o charakterze analiz ilościowych. Niemniej jednak podstawowe założenie uchwytne i sprawdzalne opisu rzeczywistości określone zmiennymi o charakterze uniwersalnie (obiektywnie) dobieranych wskaźników przesuwają akcent w kierunku badań ilościowych. Nawet, gdy mamy do czynienia ze zmienną jakościową, to w innych naukach można w sposób zobiektywizowany przypisać kategorie zmiennych poprzez odwołanie się do podziału niezależnego od badacza. W specyfice nauk prawnych operacjonalizacja zmiennych dokonywana jest zawsze w jakimś nurcie teoretycznym, który w gruncie rzeczy opowiada się za preferowanym nastawieniem wstępnym, o charakterze

filozoficznym, stąd często w specyfice nauk prawnych następuje zjawisko, które można określić mianem „obniżonego standardu” w zakresie spełnienia wymogów empiryzmu metodologicznego;

2) drugi element wiąże się z trudnościami w określeniu przedmiotu badań i konstruowania właściwych hipotez badawczych. Prawo nie jest jednak dominująco postrzegane – od strony metodologicznej – jako zjawisko empiryczne, lecz kulturowe. Skoro tak, to najistotniejsze stają się płaszczyzny: normatywna, aksjologiczna, historyczna itp., nawet przy confirmacji statusu ontologicznej złożoności zjawiska prawnego. Innymi słowy, dominujące w specyfice nauk prawnych są badania spekulatywne, bowiem wynika to z istoty tego, jak prawo jest postrzegane i jak jest (definiowane) zjawisko prawne, nie ze względu na swoiste ograniczenia wrażliwości metodologicznej samych prawników, ile oczekiwania społeczne względem tego, czym prawnicy mają się zajmować, także od strony badawczej. Uwaga ta aktualizuje się także do sfery czysto praktycznego postrzegania prawa; ludzie po prostu nie chcą „widzieć” w osobie sędziego *prawnika – naukowca*, ale organ, który wydaje rozstrzygnięcie w warunkach zobiektywizowanej koncepcji sprawiedliwości. Uwagi tej nie osłabia, jak się wydaje, dominacja roszczeń o przesuwanie koncepcji procesu w specyfice europejskiej w kierunku modeli raczej powiązanych z inkwizycyjnością postępowań, niż z wysoce kontradykcyjną skargowością. Nawet jeśli pojawia się społecznie umocowane „roszczenie o sprawiedliwość”, to winno ono być wydane nie na wzór prawdy naukowej, ale prawdy umocowanej aksjologicznie, cechującej się społecznie akceptowaną definicją i znajdującą swe odbicie w kulturowo uznawanym za pożądany system wartości. Paradoksalnie, im wyższa stawka rozstrzygnięcia, tym wyższe jest społeczne roszczenie o rozstrzygnięcie, które nie powinno być osadzone na prawdzie normatywnej albo obiektywnej (empirycznej), ale aksjologicznej, na zasadzie słuszności, co zdaje się charakteryzować wiele krajów o słabo ugruntowanej zasadzie rządów prawa⁶⁰;

3) tym samym zmienne niezależne bazują na jakiejś wiedzy wypracowanej intuicyjnie, w wyniku zastanej wiedzy teoretycznej. Prawnik – naukowiec nie jest w stanie funkcjonować w XXI-wiecznym prawoznawstwie na zasadzie *tabula rasa*. Tak naprawdę w specyfice nauk prawnych możemy co najwyżej mówić o pewnej dyrektywie pozytywistycznie uprawianego prawoznawstwa celem prowadzenia analiz o charakterze empirycznym. Czyli, że stanowisko takie ma charakter jakościowy, a nie dychotomiczny, na zasadzie binarnej. Badacz zorientowany na nurt empiryczny stara się więc „oderwać” od teorii zastanej, formułu-

⁶⁰ Por. S. Holmes, *Rodowody koncepcji rządów prawa*, [w:] red. J. M. Maravall, A. Przeworski, *Demokracja i rządy prawa*, Warszawa 2010, s. 27–28.

jąc teorię wtórną na podstawie uzyskanych danych empirycznych. Warto jednak podkreślić, że w gruncie rzeczy – według tak określonej relacji – teorie prawnicze są w istocie metateoriami, które za swój przedmiot czynią możliwość wypracowania zmiennych jakościowych; zestawienia ich z rzeczywistością podlegającą analizie za pomocą metod omówionych w sekcji poprzedniej i wtórnie – sformułowaniem teorii. Dopiero taka teoria ma charakter teorii empirycznej, jeżeli jednak jej celem jest sfalsyfikowanie metateorii, to może ona utracić przymiot empiryczności;

4) o ile opis ilościowy (prawometryczny) jest stosunkowo łatwy do przeprowadzenia, o tyle wnioski w jakiejś mierze „probabilistyczne” są obarczone zmienną zakłócającą interpretacji badacza/czy, bowiem etap konstrukcji teorii empirycznej (wtórnie do przeprowadzanych analiz) jest najbardziej niewralgiczny;

5) kolejną cechą utrudniającą prowadzenie w pełnym wymiarze analiz empirycznych jest brak ugruntowanych w metodologii nauk prawnych wzorców metodologicznych (badań tego typu jest mało). Tym samym brak jest metadyrektyw pozwalających rozstrzygać m.in. problemy poruszone w tym artykule, tj. kwestie związane z synergią założeń metodologicznych prawoznawstwa pojęciowego z empirycznym;

6) powyższe uwarunkowane jest tym, że specyfika prawoznawstwa oscyluje jednak wokół jednowymiarowej wizji zjawiska prawnego. Nawet, gdy intuicyjnie w spektrum najnowszych ustaleń teorii i filozofii prawa znajduje się twierdzenie o ontologicznej złożoności zjawiska prawnego, podzielane przez nauki dogmatyczne, to i tak niesie to skutek jedynie w głównym nurcie metodologicznym związanym z redefiniowaniem samej metody formalno-dogmatycznej w kierunku przesunięcia akcentu na metody spekulatywne; dialektykę i argumentację⁶¹;

7) w dalszym ciągu przeważa chyba pogląd, że „czyste” badania empiryczne możliwe są do przeprowadzania jedynie w dyscyplinach empirycznych prawoznawstwa: kryminologii, socjologii, psychologii prawa, a w naukach ogólnych i dogmatycznych mają status subsydiarnych i niesamoistnych.

Paradoksalnie, jeśli przesledzi się sformułowane (jakże ogólnie) wnioski dotyczące możliwości realnego upowszechnienia nurtu empiryzmu metodologicznego w prawoznawstwie, to nie napawają one optymizmem (przynajmniej z kierunku opowiedzenia się za celowością prowadzenia tego typu badań). Jeżeli dodatkowo wskaże się na brak intuicyjności aparatu pojęciowego teorii wytwarzanych wskutek przeprowadzanych badań empirycznych, realnym wyzwaniem

⁶¹ Por. J. Stelmach, *Typy uzasadniania prawniczych decyzji interpretacyjnych*, Państwo i Prawo 1993, nr 5, passim.

dla badacza zorientowanego na takie formy prowadzenia analiz jurydycznych jest wkomponowanie wyników w istniejącą siatkę pojęciową, co jednakże doprowadza do paradoksu, bowiem stawia w określony sposób pod znakiem zapytania wyjściowe założenia metodologiczne. W dogmatykach i w teorii prawa po etapie badań empirycznych i tak badacz pozostaje skonfrontowany (można wskazać, że „zderza się”) z koniecznością skonstruowania teorii przy udziale aparatu pojęciowego metateorii, w której sformułował zmienne niezależne, tym samym i tak pozostając w jakimś zakresie w obszarze filozofii analitycznej.

FUNDAMENTAL ASSUMPTIONS OF THE EMPIRICAL RESEARCH IN THE JURISPRUDENCE FIELD: A COMPARISON ATTEMPT

The paper is a critical analysis of fundamental assumptions for the empirical research methodology in the jurisprudence field. It is aimed to compare the profile of empirical methodology with jurisprudence-dominant analytic philosophy. This is archived through a) examining the basic profile of the positivist attitude of a researcher along with assumptions integrating empiricism, which derives from the positivist methodology, into different philosophies of the law which specifically appeal to the naturalism of the legal phenomenon; next b) detailing characteristic features of empirical methods which take jurisprudence specifics into account; and finally c) coming to a set of conclusions concerning the success of research conducted this way in the jurisprudence field.

Jerzy Rotko ■

KODEKSOWE POZWOLENIE ZINTEGROWANE A SEKTOROWE POZWOLENIE WODNOPRAWNE – DOŚWIADCZENIA NIEMIECKIE

Problematyka niemieckich aktów administracyjnych służących reglamentacji korzystania ze środowiska była już przedmiotem analizy w literaturze krajowej¹. Zasadność ponownego jej podjęcia wynika z ewolucji, jakiej na przestrzeni ostatnich dekad doświadczyło niemieckie prawo ochrony środowiska. Jej obrazem jest w szczególności niecodzienna historia podjętego w RFN projektu kodyfikacji tego prawa. Niezwykłość ta ma kilka wymiarów: naukowy, polityczny i pragmatyczny, a dopełnia ją zaskakujący finał, czyli niespodziewana porażka całego przedsięwzięcia po ponad dwudziestu latach żmudnych przygotowań. Jeśli jednak warto o nim wspominać, to dlatego, że wyznacza ono, pomimo końcowego niepowodzenia, godny podziwu standard pracy nad projektem doniosłego aktu prawnego, oparty na konsekwencji i determinacji, wnikliwości i staranności, a przede wszystkim woli współdziałania przedstawicieli nauki, administracji i gospodarki.

Nie sposób nie wspomnieć, że w trakcie prac nad kodeksem dwukrotnie udało się zreformować konstytucyjny system niemieckiego federalizmu. To w następstwie zmian wprowadzonych do katalogów kompetencji ustawodawczych Związku konieczne stało się po upadku idei kodyfikacji prawa ochrony środowiska ponowne uchwalenie niektórych ustaw sektorowych. Pojawił się

¹ Zob. J. Rotko, *Instrumenty administracyjnoprawnej ochrony środowiska w RFN*, Wrocław 1998, s. 144 i nast.

w związku z tym między innymi problem, w jakim zakresie możliwe jest doraźne wykorzystanie w procesie legislacyjnym doświadczeń zdobytych w trakcie prac na kodeksem. Podejmując to zagadnienie, na wstępie należy przedstawić unormowania niedoszonego kodeksu odnoszące się do pozwolenia zintegrowanego, przypomnieć konstrukcję pozwoleń wodnoprawnych obecnych we wcześniejszym ustawodawstwie federalnym i krajowym, a następnie przejść do oceny rozwiązań przyjętych do nowej ustawy w 2009 roku.

1. Geneza i koncepcja kodeksu prawa ochrony środowiska

Nieco upraszczając, powiedzieć można, że idea skodyfikowania prawa ochrony środowiska pojawiała się w RFN w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku jako reakcja na trudności w jego stosowaniu, wynikające z nadmiaru przepisów, zrodzonych nimi merytorycznych niejasności, terminologicznego zamętu oraz systemowych niekonsekwencji. Jednocześnie stała się ona wyrazem intelektualnego potencjału i ambicji środowiska prawników. Kodyfikacja pozostaje niewątpliwie najbardziej dojrzałą formą porządkowania prawa. Zakłada bowiem stworzenie trwałego i logicznego systemu aksjomatów na bazie zdobytych doświadczeń prawodawczych, osiągnięć nauki prawa i poglądów sądownictwa. W warunkach niemieckich miała się także przyczynić do unowocześnienia prawa ochrony środowiska i ułatwić wdrożenie prawa europejskiego.

Prace nad Kodeksem prawa ochrony środowiska zapoczątkowano w RFN w 1988 r., kiedy to zostały powołane przez Związkowego Ministra Środowiska, Ochrony Przyrody i Bezpieczeństwa Reaktorów dwa niezależne zespoły eksperckie. Powierzono im przygotowanie projektu części ogólnej i części szczegółowej kodeksu. Projekt części ogólnej ukończono w 1990 r., natomiast części szczegółowej w 1994 r. Obie utworzyły tzw. projekt profesorski, który stał się przedmiotem ożywionej debaty. W jej toku wyrażano zazwyczaj poparcie dla idei kodeksu, kwestionując co najwyżej poszczególne rozwiązania. Zdecydowaną dezaprobatę wyraził tylko R. Breuer, nie negując wszakże potrzeby cząstkowej kodyfikacji prawa ochrony środowiska².

Dalsze prace nad projektem powierzono utworzonej w 1992 r. przez tego samego ministra Niezależnej Komisji Rzecznawców, już z udziałem praktyków, pracującej pod przewodnictwem Prezydenta Związkowego Trybunału Administracyjnego prof. Horsta Sendlera. Komisja ta przygotowała w lipcu 1997 r.

² Zob. R. Breuer, *Empfiehlt es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen? Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages* (t. II, część B), München 1992.

własny projekt. O ile wersja „profesorska” składała się z 600 paragrafów, o tyle projekt Komisji został rozbudowany do 775 paragrafów, pogrupowanych w siedemnastu rozdziałach. Stanowił on punkt wyjścia dla dalszych prac nad projektem, prowadzonych już bezpośrednio przez rząd federalny. Dodatkowym impulsem do ich podjęcia stała się potrzeba implementacji dyrektywy Rady nr 96/61/EWG z dnia 24 września 1996 r. w sprawie zintegrowanego zapobiegania i minimalizowania zanieczyszczeń środowiska, będącej wyrazem nowego spojrzenia na potrzeby i możliwości prawnej reglamentacji działań stwarzających zagrożenia dla środowiska. Istotnym *novum* tej dyrektywy było przede wszystkim podejście holistyczne, akcentujące potrzebę merytorycznej koordynacji i treściowego zespolenia różnych pozwoleń sektorowych, aby w ten sposób zapewnić wzmożoną ochronę środowiska jako całości³. Wydaje się, że to właśnie wywodzona z tej dyrektywy koncepcja uniwersalnego pozwolenia zintegrowanego stała się wyznacznikiem oryginalności kodeksu, nośnikiem nowatorstwa oraz jego znakiem rozpoznawczym.

Przygotowany przez rząd projekt kodeksu jednak upadł, a jako przyczynę podawano zwykle brak konstytucyjnych podstaw prawodawczych. Jego uchwalenie wymagało bowiem istnienia kompetencji konkurencyjnej we wszystkich zakresach regulowanych materii, w tym w zakresie gospodarki wodnej oraz ochrony przyrody, które zaliczane były wówczas do ustawodawstwa ramowego. Przeprowadzona w 2006 r. reforma konstytucyjna miała te bariery usunąć.

Formalnoprawną przeszkodą na drodze do uchwalenia kodeksu były zatem rozproszone kompetencje ustawodawcze. W świetle uchwalonej w 1949 r. konstytucji, nazwanej Ustawą Zasadniczą (*Grundgesetz*), istniało (aż do jej zmiany w roku 2006) trojakiemu rodzajowi ustawodawstwo na szczeblu federalnym: wyłączne, konkurencyjne i ramowe. Dla przykładu w zakresie materii gospodarki wodnej Związek (*Bund*) uzyskał jedynie ramowe uprawnienia prawodawcze, z których skorzystał, uchwalając w dniu 7 lipca 1957 r. ustawę o gospodarce wodnej (*Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts / Wasserhaushaltsgesetz / WHG*)⁴. Ponieważ ustawa miała charakter ramowy, konieczne stały się dodatkowe ustawy poszczególnych krajów o charakterze wykonawczym. Uzupełniły one przepisy ustawy związkowej, nierzadko w sposób swoisty⁵.

Inicjatywy przesunięcia materii gospodarki wodnej (*Wasserhaushalt*) do zakresu ustawodawstwa konkurencyjnego długi czas okazywały się nieskuteczne.

³ Zob. J. Rotko, *Dekada przelomu w niemieckim prawie ochrony środowiska? Ochrona Środowiska*. Prawo i Polityka 2 (12)1998, s. 19 i n.

⁴ BGBl. I, s. 1110.

⁵ Uzasadniona jest w związku z tym opinia, że z formalnego punktu widzenia jest w RFN tyle systemów prawa gospodarki wodnej, ile jest krajów związkowych.

Najpierw jednak, w wyniku nowelizacji Ustawy Zasadniczej w roku 1994, ukształtowano na nowo przesłanki wydawania ustaw ramowych (art. 75 UZ). Zmiany zmierzały z jednej strony ku temu, aby wzmocnić kompetencje regulacyjne krajów federalnych, a z drugiej, aby zachować pewną minimalną (traktowaną jako absolutny wyjątek) możliwość wprowadzania do ustaw ramowych przepisów szczegółowych i bezpośrednio obowiązujących. Te wyjątkowe sytuacje wskazane zostały w art. 72 UZ. Przesłanką zasadniczą stała się potrzeba zapewnienia równych warunków życia oraz ochrony jedności prawa lub gospodarki. W literaturze przedmiotu wskazano, że intencją przyświecającą wprowadzeniu takiej klauzuli niezbędności była też chęć zabezpieczenia podstaw prawnych dla transpozycji prawa europejskiego w tych zakresach szeroko rozumianej ochrony środowiska, w których Związek posiadał tylko kompetencje ramowe⁶. Jednocześnie podkreślano, że już po reformie konstytucyjnej wydanie takiej ustawy, jak *Wasserhaushaltsgesetz* z 1957 r., na podstawie zmienionych norm kompetencyjnych, nie byłoby możliwe. Przepisy ustawowe wydane przez Związek przed zmianą konstytucji zachowały jednak moc obowiązującą (zmieniony art. 125a UZ)⁷. Dotyczyło to zatem również uchwalonej w 1957 r. ustawy o gospodarce wodnej.

Przewlekłość i nieefektywność procedur transpozycyjnych związanych z ramową dyrektywą wodną stała się dodatkowym powodem podjęcia w 2005 r. następnej konstytucyjnej reformy niemieckiego federalizmu. Realizując ją, wyrażano oczekiwanie, że ukształtowane na nowo przepisy o kompetencjach ustawodawczych Związku pozwolą osiągnąć następujące cele:

- a) umożliwią jednolite, spójne, kompletne i terminowe transponowanie europejskiego prawa wodnego,
- b) spowodują uproszczenie prawa i obniżenie kosztów jego stosowania,
- c) zwiększą bezpieczeństwo prawne po stronie adresatów norm,
- d) poprzez ujednoczenie warunków korzystania z wód zapobiegną rywalizacji o nowe inwestycje wśród krajów federalnych,
- e) w końcu umożliwią także przyjęcie Kodeksu prawa ochrony środowiska⁸.

⁶ Zob. np. G.-M. Knopp, *Erläuterungen, Vorb. WHG*, [w:] *Wasserhaushaltsgesetz. Abwasserabgabengesetz*, t. I, C.H. Beck München /wydanie ciągłe/, stan na dzień 1.09.2002.

⁷ Zob. H. Ginzky, J. Rechenberg, *Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform*, ZUR 2006, Nr 7–8, s. 344 i nast.

⁸ Zob. H. Ginzky, J. Rechenberg, *op. cit.*, s. 346.

Reforma została dopełniona i przybrała kształt ustawy z dnia 28 sierpnia 2006 r. o zmianie Ustawy Zasadniczej⁹. Art. 75, który określał zasady wydawania ustaw ramowych, został usunięty. W następstwie reformy kompleks uprawnień ustawodawczych Związku, nazywanych „konkurencyjnymi”, został zróżnicowany i objął trzy zakresy:

- a) ustawodawstwo konkurencyjne ograniczone klauzulą niezbędności (z art. 72 ust. 2),
- b) ustawodawstwo konkurencyjne niezwiązane tą klauzulą i niedostępne dla ustawodawstwa korekcyjnego krajów związkowych (art. 72 ust. 3 z wyjątkami),
- c) ustawodawstwo konkurencyjne niezwiązane tą klauzulą, ale dostępne – w stopniu znacznym lub ograniczonym – dla korekcyjnego ustawodawstwa krajów związkowych¹⁰.

W tej ostatniej grupie wyjątków mieści się obecnie także materia prawa wodnego. Kraje związkowe nie mogą jednak – w myśl art. 72 ust. 3 pkt 5 – ustalać wyjątków w dziedzinie standardów jakości, emisji i pozwoleń dla instalacji (*stoff- und anlagenbezogene Regelungen*), a także w zakresie ochrony przyrody środowiska morskiego¹¹.

Po zmianie konstytucji powrócono do prac nad kodeksem. W listopadzie 2007 r. przygotowano projekt ministerialny, który poddano dyskusji i wprowadzono w nim wiele zmian. W dniu 1 lutego 2009 r. federalny Minister Środowiska ogłosił jednak publicznie, że nie udało się osiągnąć kompromisu i także ten drugi projekt upadł, mimo zapewnienia konstytucyjnych podstaw kompetencyjnych. Wskazuje się, że przyczyną niepowodzenia był sprzeciw Bawarii wobec unormowań księgi I kodeksu (UGB I). Chodziło w głównej mierze o wprowadzenie zintegrowanej procedury udzielania pozwoleń na ruch instalacji, opartej na założeniu: jeden projekt – jeden organ – jedno postępowanie – jedno pozwolenie. Bawaria zgłaszała zastrzeżenia, że procedura jest zbyt skomplikowana i stworzy zagrożenie zwłaszcza dla małych i średnich przedsiębiorstw. Idea stosowania wyjątków służących uproszczeniu procedury nie była wprawdzie obca twórcom kodeksu, ale oporu nie udało się ostatecznie przezwyciężyć¹².

⁹ BGBl. I, s. 2034.

¹⁰ Zob. K. Faßbender, *Das neue Wasserhaushaltsgesetz*, ZUR 2010, Nr 4, s. 182.

¹¹ Czy takie wyjątki pojawiają się natomiast w pozostałych zakresach prawa wodnego, zależy będzie praktycznie od tego, na jak szczegółowe i wyczerpujące regulacje zdecyduje się ustawodawca związkowy. Nowa ustawa o gospodarce wodnej uchwalona w 2009 r. potwierdza w wielu miejscach, że jej regulacja nie ma pełnego charakteru.

¹² Zob. W. Köck, *Nach dem Scheitern des UGB: Wie geht es weiter?*, ZUR 2009, Nr 2, s. 57 i nast.

Po dokonanej zmianie Ustawy Zasadniczej i upadku idei kodyfikacji prawa ochrony środowiska powstał szczególny stan prawny. Przepisy ustawowe wydane przez Związek przed zmianą konstytucji w 2006 r. zachowały bowiem moc obowiązującą, natomiast kraje uzyskały prawo zastąpienia ich własnymi przepisami (zmieniony art. 125a ust. 1 zdanie 2 UZ). To uprawnienie legislatyw krajowych opatrzone jednak zostało podwójnym warunkiem: że po dniu 1 września 2006 r. Związek nie uchwali nowych ustaw konkurencyjnych oraz, przy jego spełnieniu, że tworzenie takiego „zastępczego” prawa krajowego zostanie podjęte dopiero po dniu 31 grudnia 2009 r. (nowy art. 125b ust. 1 UZ)¹³. Oczywiście istniał wcześniej zamiar wykorzystania takich uprawnień, ale wiązano go z kodeksem. Odejście od koncepcji kodeksu zmusiło Związek do uchwalenia w trybie nagłym nowego prawa wodnego (z tej samej przyczyny uchwalono także nową ustawę o ochronie przyrody). Gdyby tego nie uczyniono, kraje związkowe wprowadziłyby zmiany w swoich systemach prawnych, a to pogłębiłoby już istniejące różnice w stanie prawnym i stworzyłoby trudne do rozwiązania problemy na przyszłość¹⁴.

2. Kodeksowa koncepcja pozwolenia zintegrowanego

Przewidziany w projekcie system pozwoleń dla przedsięwzięć z zakresu gospodarki wodnej, będący wariantem ogólnego kodeksowego modelu administracyjnej kontroli wstępnej, był dwójaki: z jednej strony opierał się na kluczowej idei uniwersalnego pozwolenia zintegrowanego (*integrierte Vorhabengenehmigung*), unormowanego w części ogólnej kodeksu (określanej jako UGB I), z drugiej dopuszczał dla pewnej grupy przypadków rodzajowo odmiennie pozwolenie wodnoprawne (*Erlaubnis*), rozwinięte w przepisach księgi drugiej (określanej jako UGB II). Na wniosek strony możliwe jednak było udzielenie jednego pozwolenia zintegrowanego dla wszystkich przedsięwzięć, o ile przemawiał za tym interes publiczny lub słuszny interes strony.

Kodeksowe pozwolenie zintegrowane realizować miało cele środowiskowe jednoznacznie określone w § 1 („Ochrona ludzi i środowiska”) i zapewnić wysoki poziom ochrony środowiska jako całości w oparciu o zasadę zrównoważonego rozwoju i zasadę przezorności. W założeniu miało być wymagane przede wszystkim dla ruchu instalacji przemysłowych, które wcześniej objęte były odrębnymi procedurami, przewidzianymi w prawie emisyjnym, prawie wodnym oraz

¹³ Zob. H. Ginzky, J. Rechenberg, op. cit., s. 348.

¹⁴ Ibidem. Także K. Faßbender, op. cit., s. 182 i nast.

prawie o odpadach. Służyć miało także przyspieszeniu i uproszczeniu procesu inwestycyjnego, a także stworzyć inwestorom stabilną pozycję prawną. Wynikać ona miała z faktu, że udzielone w pozwoleniu zintegrowanym uprawnienie wykluczało możliwość dochodzenia od jego adresata roszczeń na drodze prywatnoprawnej (tzw. *privatrechtsgestaltende Wirkung*). Jedyny wyjątek dotyczył żądań, które były uzasadnione stanem techniki (*Stand der Technik*) i nie naruszały ekonomicznej racjonalności przedsięwzięcia. W takich przypadkach adresatowi pozwolenia przysługiwało jednak odszkodowanie¹⁵.

Pozwoleniem zintegrowanym objęto w projekcie kodeksu przedsięwzięcia, które z uwagi na ich rodzaj, skalę i lokalizację mogły wywołać szkodliwe zmiany w środowisku, przyczynić się do powstania istotnych zagrożeń lub uciążliwości tak dla ogółu, jak i nieruchomości sąsiednich. Pozwolenie było także wymagane dla przedsięwzięć niezwiązanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (tzn. niezwiązanych z instalacjami), o ile mogły stwarzać istotne zagrożenia dla środowiska (np. poprzez zmianę stanu wody). Akt wykonawczy do kodeksu określić miał zamkniętą listę takich przedsięwzięć. W zakresie gospodarki wodnej miały się na niej znaleźć dla przykładu instalacje do oczyszczania ścieków, obiekty do intensywnego chowu ryb oraz niektóre inne przedsięwzięcia z zakresu korzystania z wód¹⁶.

Pozwolenie zintegrowane uzyskało w projekcie kodeksu dwa warianty: zwykły (*die „einfache“ Genehmigung* – § 51 ust. 2 UGB I) i planistyczny (*die „planerische“ Genehmigung* – § 51 ust. 3 UGB I), choć ten drugi nie funkcjonował w pełni samodzielnie, gdyż stanowił rozwinięcie pierwszego.

Pozwolenie zintegrowane pierwszego typu dotyczyło co do zasady takich przypadków, w których możliwe było zminimalizowanie negatywnych oddziaływań na środowisko poprzez zastosowanie środków technicznych. Kodeksowe przesłanki takiego pozwolenia wzorowano na przepisach § 5 ust. 1 tzw. ustawy imisyjnej (*BImSchG*), formułujących szeroki katalog podstawowych obowiązków inwestora (w tym obowiązek oszczędnego gospodarowania wodą i energią), uzupełnionych o klauzulę dochowania wymagań wynikających z odrębnych przepisów (np. także z zakresu prawa pracy). Obowiązki miały charakter dynamiczny, tzn. dawały organom prawo ich rozwijania i modyfikowania w formie odrębnych aktów administracyjnych.

¹⁵ Zob. S. R. Laskowski, *Das neue wasserhaushaltsrechtliche Gestattungsregime – Ein Gegenentwurf zur gescheiterten Integrierten Vorhabengenehmigung?*, [w:] *Das WHG 2010 – Weichenstellung oder Interimlösung? Trierer Wasserwirtschaftsrechtstag 2010, Wasserrecht und Wasserwirtschaft Band 24*, Berlin 2010, s. 36, 40.

¹⁶ Ibidem, s. 36 i nast.

Pozwolenie zintegrowane typu planistycznego przewidziane było natomiast dla inwestycji liniowych, które wykazywały większe oddziaływania przestrzenne i mogły stwarzać także zagrożenia dla przyrody i krajobrazu (tolerowane mogły być w drodze wyjątku takie ingerencje w przyrodę i krajobraz, za którymi przemawiały zasadnicze względy interesu publicznego lub prywatnego). W zakresie gospodarki wodnej chodziło w szczególności o przedsięwzięcia regulacyjne, choćby przypadki budowy sztucznych zbiorników wodnych i wałów przeciwpowodziowych (§ 51 ust. 3 UGB I).

Co do zasady, wnioskodawca spełniający kodeksowe przesłanki miał roszczenie o udzielenie pozwolenia zintegrowanego. Reguła ta nie dotyczyła jednak przedsięwzięć z zakresu gospodarki wodnej, gdyż o nich organy decydować miały w warunkach uznania (*Bewirtschaftungsermessen*), kontynuując tym samym model decyzyjny ustawy z 1957 r. Mierniki uznania określały przepisy UGB II. Poza tym przy udzielaniu każdego pozwolenia zintegrowanego konieczne było uwzględnienie wniosków płynących z przeprowadzonej oceny oddziaływania na środowisko (§ 55 ust. 3 UGB I)¹⁷.

Kodeksowy model pozwoleń związanych z gospodarką wodną wywołał dyskusję, w której krytycznie oceniano ograniczenie liczby ich dotychczasowych wariantów. Chodziło zwłaszcza o wyeliminowanie kwalifikowanych pozwoleń wodnoprawnych (*Bewilligung*), znanych ustawie z 1957 r., które mogły być przez organ cofnięte tylko pod określonymi warunkami i za odszkodowaniem. Z kolei typy decyzji przewidzianych w projekcie kodeksu takiej ochrony co do zasady nie gwarantowały (ani pozwolenie zintegrowane w obu wariantach, ani pozwolenie przewidziane w UGB II).

Z drugiej strony dostrzegano, że projekt kodeksu dopuszczał jednak warunkowo możliwość wzmocnienia pozycji wnioskodawcy. W zakresie korzystania z wód § 60 UGB I przewidywał bowiem stosowanie unormowań § 49 ust. 2 nr 3–5 ustawy o postępowaniu administracyjnym, które dawały organom prawo uzupełnienia treści decyzji o wyraźne sformułowanie potwierdzające możliwość jej cofnięcia lub ograniczenia za odszkodowaniem, o ile przemawiał za tym ekonomiczny interes wnioskodawcy i spełnione zostały tam określone warunki. Poza tym wskazywano, że cofanie bądź ograniczanie pozwoleń ma uzasadnienie w koncepcji uznania i dobrze służy ochronie zasobów wodnych. Dzięki temu organy mogłyby szybko i elastycznie reagować na przypadki zagrożeń dla wód¹⁸.

Nie budziło natomiast kontrowersji przełamanie związanego charakteru pozwolenia zintegrowanego i zaakceptowanie uznaniowości wyłącznie dla

¹⁷ Ibidem, s. 39 i nast.

¹⁸ Ibidem, s. 44 i nast.

potrzeb gospodarki wodnej. Jak już wspomniano, wynikało to zarówno z prostej kontynuacji rozwiązań znanych ustawie z 1957 r., jak i egzystencjalnego znaczenia wody, znajdującego oparcie w konstytucyjnych gwarancjach dla życia i zdrowia (art. 2 ust. 2 UZ). Wskazywano także na potrzebę zachowania decyzyjnej elastyczności organów, koniecznej dla wdrożenia ramowej dyrektywy wodnej, a także dla urzeczywistnienia zasady zrównoważonego rozwoju, zwłaszcza w obliczu narastającego problemu zmian klimatycznych¹⁹.

3. Ustawa o gospodarce wodnej z dnia 31 lipca 2009 r.

Nowa ustawa o gospodarce wodnej oparta została na zmienionych w 2006 r. przepisach konstytucji o konkurencyjnym ustawodawstwie Związku (art. 74 ust. 1 nr 32 Ustawy Zasadniczej). Zasadniczo powieliła ona rozwiązania wcześniejszej ustawy z 1957 r., ale uwzględnia także rozwiązania ustawodawstwa krajowego (w tym jeden z typów pozwoleń wodnoprawnych, nieznanych ustawie związkowej) oraz adaptuje niektóre unormowania wprowadzone do projektu Kodeksu prawa ochrony środowiska. Za sprawą tych ostatnich silnie akcentowane jest „ekologiczne” ukierunkowanie gospodarki wodnej, co znajduje swój wyraz w odwołaniu do zasady zrównoważonego rozwoju oraz w konstrukcji szczegółowych celów, opisanych w rozdziale drugim ustawy (§ 6, 27, 44 i 47).

Zachowano starsze przepisy krajowego prawa wodnego w tych zakresach, w których ustawodawca związkowy nie wykorzystał przysługujących mu kompetencji prawodawczych bądź je wyraźnie scedował na prawodawcę krajowego (np. § 2 ust. 2 ustawy o gospodarce wodnej).

Zgodnie z nową regulacją konstytucyjną kraje związkowe uzyskały prawo ustalania w drodze własnych ustaw wyjątków w stosunku do standardu ustawy związkowej. W takich przypadkach relację prawa krajowego i prawa związkowego określa reguła kolizyjna porządku czasowego. W zakresie gospodarki wodnej owe wyjątki nie mogą jednak dotyczyć problematyki standardów jakości, emisji i pozwoleń dla instalacji, jak również materii ochrony przyrody środowiska morskiego, o czym już była mowa.

Wspólne ograniczenia dla aktywności prawodawczych ustawodawcy związkowego i krajowego wynikają z prawa europejskiego. W zakresie gospodarki wodnej chodzi przede wszystkim o wytyczne wynikające z ramowej dyrektywy wodnej oraz dyrektyw wydanych dla jej wdrożenia²⁰.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem, s. 46 i nast.

Nowa ustawa utrzymała istniejący wcześniej publicznoprawny model administracyjnej kontroli wstępnej dla przedsięwzięć polegających na korzystaniu z wód. Regułą jest wymóg uzyskania stosownego pozwolenia wodnoprawnego, a wyjątki są raczej nieliczne i obejmują takie przypadki, jak: korzystanie z wód w stanach zagrożeń (*zur Abwehr einer Gefahr*), korzystanie z wód w oparciu o historyczne tytuły prawne (*alte Rechte und Befugnisse*), korzystanie z wód powierzchniowych w sposób powszechny lub zwykły (*Gemein, Eigentümer- und Anliegergebrauch*), korzystanie z wód przybrzeżnych (*erlaubnisfreie Küstengewässerbenutzung*) oraz niektóre sytuacje związane z korzystaniem z wód podziemnych. Przedsięwzięcia o charakterze liniowym wymagają odrębnej, specyficznej decyzji mającej materialne cechy planu (*Planfeststellung*²¹). Jeśli związane jest z nimi korzystanie z wód, wówczas organ planistyczny (*Planfeststellungsbehörde*) udziela stosownego pozwolenia wodnoprawnego stosując procedurę określoną w przepisach o planowaniu (*Fachplanungsrecht*), równocześnie kierując się materialnoprawnymi wskazaniami prawa wodnego²².

Pozwolenie wodnoprawne przybiera w nowej ustawie jedną z trzech form:

- a) pozwolenia kwalifikowanego (*Bewilligung*),
- b) pozwolenia zwykłego (*Erlaubnis*),
- c) pozwolenia będącego kombinacją obu powyższych (*gehobene Erlaubnis*).

Pozwolenia uznaniowe w ogólnym ujęciu dogmatycznym mają charakter dyspensy, co znaczy, że dotyczą takich zachowań, które nie mieszczą się w granicach konstytucyjnie gwarantowanej wolności działania. Przyjmuje się, że okoliczności leżące u podstaw rozpatrywanej przez organ sprawy są sprzeczne z prawem materialnym i niepożądane ze społecznego punktu widzenia. Pozwolenie ma zatem charakter wyjątku i znosi generalnie obowiązujący zakaz tylko w odniesieniu do konkretnego przypadku (*verfassungsrechtlich gebotenes repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*)²³. W odniesieniu do pozwoleń wodnoprawnych łągodzi się jednak kategorią ocenę, że ich przedmiotem są sytuacje społecznie niepożądane, jako że korzystanie z wody jest warunkiem bytowania

²¹ W literaturze polskiej E. Ochendowski zaproponował dla tego terminu tłumaczenie „decyzja w sprawie ustalenia planu”. Zob. idem, *Postępowanie w sprawie ustalenia planu według zachodnioniemieckiej ustawy o postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Księga jubileuszowa J. Jendroški*, AUW No 1022, Prawo CLXVIII, Wrocław 1990, s. 226 i nast. Decyzja tego rodzaju nie jest zatem w prawie niemieckim ani formalnie, ani materialnie typem pozwolenia wodnoprawnego. Z uwagi na szczupłe ramy opracowania zagadnienie to nie zostanie szerzej przedstawione.

²² Zob. S. R. Laskowski, op. cit., s. 47 i nast.

²³ Zob. J. Rotko, op. cit., s. 145 i nast.

człowieka. Dla wody nie ma alternatywy także w rolnictwie i wielu działach przemysłu (np. spożywczym czy farmaceutycznym)²⁴.

W § 12 ust. 1 nr 1 ustawy określono generalnie negatywne przesłanki pozwoleń wodnoprawnych. Stosownie do tego przepisu pozwolenia należy bezwzględnie odmówić, jeżeli wniosek dotyczy przedsięwzięcia (*Vorhaben*), mogącego wywołać szkodliwe zmiany w środowisku wodnym, którym, przy wykorzystaniu klauzul dodatkowych (*Nebenbestimmungen*), nie można zapobiec ani ich skompensować. Legalną definicję szkodliwych zmian (*schädliche Veränderungen*) zamieszczono w § 3 nr 10 ustawy. Oznaczają one takie zmiany właściwości wód, za sprawą których zagrożone jest dobro ogółu, a w szczególności publiczne zapotrzebowanie w wodę. Generalnie opisany standard konkretyzuje szczegółowe unormowania prawa wodnego. Twierdzi się, że za ich sprawą § 12 ust. 1 nr 1 ukazuje szczególną przydatność dla wdrożenia zasady zrównoważonego gospodarowania wodami (§ 6 ustawy). Poza tym negatywną przesłanką udzielania pozwoleń wodnoprawnych jest także naruszenie innych publicznoprawnych przepisów ochrony środowiska (służących ochronie powietrza, ochronie powierzchni ziemi, ochronie przyrody, a nawet wybranych regulacji prawa o zagospodarowaniu przestrzennym). Dostrzega się w tym przejaw idei całościowego traktowania oddziaływań środowiskowych (*medienübergreifende integrative Ansatz*), będącej motywem przewodnim pozwolenia zintegrowanego, a także materialnoprawnym wyznacznikiem unormowań księgi II kodeksu (UGB II)²⁵.

Niewystępowanie negatywnych przesłanek pozwolenia wodnoprawnego nie daje wnioskodawcy gwarancji jego uzyskania, gdyż organ decyduje o tym uznaniowo (*das pflichtgemäße Ermessen*). Jest to specyficzny rodzaj uznania typu planistycznego, określanego terminem *Bewirtschaftungsermessen*, który funkcjonował w doktrynie, a w ustawie o gospodarce wodnej pojawia się po raz pierwszy. Uznanie takie różni się od uznania typu policyjnoprawnego (*das polizeiliche Opportunitätsermessen*) tym, że jego ramy są wyraźnie określone przez zasadę zrównoważonego gospodarowania wodą (§ 6 ustawy), szczegółowe cele gospodarowania opisane w § 27, 44 i 47 oraz przedsięwzięcia przewidziane do realizacji, ustalone w sposób prawnie wiążący w programie wodno-środowiskowym (*Maßnahmeprogramm*), stosownie do § 82. Wymieniona jako pierwsza zasada służy koordynowaniu różnych interesów w sposób zapewniający zachowanie stanu ilościowego i jakościowego zasobów wodnych na poziomie gwarantującym zaspokojenie egzystencjalnych potrzeb obecnego i przyszłych pokoleń, a także ochronę ekosystemów (*Lebensraum von Tieren und Pflanzen*)²⁶.

²⁴ Zob. M. Czychowski, M. Reinhardt, *Wasserhaushaltsgesetz. Kommentar*, München 2010, s. 184, 267.

²⁵ Zob. S. R. Laskowski, op. cit., s. 48 i nast.

²⁶ Ibidem, s. 49. Także: M. Czychowski, M. Reinhardt, op. cit., s. 277.

Można powiedzieć, że nieuchwalenie kodeksu uratowało instytucję kwalifikowanego pozwolenia wodnoprawnego w kształcie znanym z ustawy z 1957 r. O pozwoleniu takim rozstrzyga organ w trakcie sformalizowanego postępowania, w którym uczestniczą także podmioty, których prawo do korzystania z tych samych zasobów, mające charakter konkurencyjny, wynika z co najmniej równorzędnych pozycji prawnych (§ 11 ust. 2). Pozwolenie gwarantuje publiczne prawo podmiotowe do korzystania z wody w określony sposób. Z tego powodu dochodzenie przez innych użytkowników wody roszczeń przed sądem powszechnym jest wykluczone (tzw. *drittschützende Wirkung*). Pozwolenie takie może zostać przez organ cofnięte bądź ograniczone za odszkodowaniem tylko w szczególnych przypadkach. Udzielane jest na czas oznaczony, który wyjątkowo może nawet przekroczyć 30 lat²⁷.

Adresat pozwolenia zwykłego (*Erlaubnis*) nie korzysta już z tak silnej pozycji, jako że dysponuje nie publicznym prawem podmiotowy, lecz uprawnieniem. Może ono zostać w każdej chwili cofnięte bez odszkodowania, o ile przemawia za tym interes gospodarki wodnej (§ 18 ust. 1), który musi zostać dowiedziony. Kierując się zasadą proporcjonalności, organ musi przy tej okazji wykazać, że nie jest możliwe odwrócenie zagrożenia dla dobra ogółu poprzez sformułowanie klauzul dodatkowych. Pozwolenie zwykłe nie wyłącza możliwości dochodzenia roszczeń prywatnoprawnych przez innych użytkowników wody²⁸. Także pozwolenie zwykłe wymaga przeprowadzenia sformalizowanego postępowania na zasadach określonych w przepisach ustawy o gospodarce wodnej, o ile dotyczy przedsięwzięcia objętego obowiązkiem przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko (§ 11 ust. 1).

Pozwolenie trzeciego typu, oznaczone w § 15 ustawy terminem *gehobene Erlaubnis*, przejmuje koncepcję znaną wcześniej z ustawodawstwa krajów związkowych²⁹. Opiera się ona na połączeniu wybranych cech pozwolenia kwalifikowanego i pozwolenia zwykłego. Wspólna z pozwoleniem zwykłym jest dla niego względna łatwość cofania lub ograniczania. Z kolei z pozwoleniem kwalifikowanym łączy je rozpatrywanie wniosku w ramach sformalizowanej procedury z udziałem innych użytkowników wód. Tak więc zakres przyznanych przez organ uprawnień nie może być kwestionowany w drodze skargi cywilnej, co powinno przyczynić się do utrzymania wśród użytkowników wód „pokoju prawnego” (*Rechtsfrieden*)³⁰.

²⁷ Zob. S. R. Laskowski, op. cit., s. 50. Także: M. Czychowski, M. Reinhardt, op. cit., s. 248.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Rozwiązania poszczególnych krajów związkowych różniły się jednak od siebie dość znacznie co do procedury ich udzielania oraz zakresu ochrony prawnej. Zob. M. Czychowski, M. Reinhardt, op. cit., s. 355.

³⁰ S. R. Laskowski, op. cit., s. 50.

Przyjęty w ustawie model pozwoleń wodnoprawnych zasadniczo nie doświadcza krytyki. Twierdzi się, że z jednej strony ułatwia on zarządzanie wodami, z drugiej służy ochronie inwestorów. Nie powinien też być traktowany jako opozycyjny w stosunku do rozwiązań projektu kodeksu. Co prawda, ustawa przywraca pozwolenie kwalifikowane, dla którego nie było miejsca w projekcie, tym niemniej akcentuje potrzebę całościowego traktowania oddziaływań środowiskowych i przejmuje liczne rozwiązania z księgi II projektu. Akceptując przyjęty model pozwoleń wodnoprawnych, wskazuje się także na polityczne i pragmatyczne realia procesu legislacyjnego, prowadzonego pod presją czasu³¹.

³¹ Ibidem, s. 51.

CODEX INTEGRATED PERMIT AND SECTORAL WATER PERMIT

The author takes the issue of individual administrative acts aimed at rational use of the environment. He is focused on the German experiences. The rationale for this choice is, on one hand, a considerable number of such instruments, provided especially in the water law. On the other hand it is an significant and extensive literature devoted to such instruments. Special role in the development of doctrine played the work on the code of environmental law, which was the central point of an integrated permit. Although there has been no adoption of the Code, but accumulated experiences influence the theory and practice of application of this law. Proof of this is also a history of Water Resources Act, passed in 2009. The need for the adoption of this Act was the result of the consequences of competence changes made to the constitution. These changes were made in order to allow the adoption of the Code. In the new law types of water permits known from previous regulations were repeated, but also there were added selected solutions for environmental integrated protection. That was modeled on the draft Code. It was also added one kind of permission functioning in legislation of federal states.

Tomasz Szanciło ■

KARA UMOWNA Z TYTUŁU ODSTĄPIENIA OD UMOWY NAJMU W ZWIĄZKU Z NIEUISZCZENIEM KAUCJI ZABEZPIEZAJĄCEJ

Kara umowna jest instytucją prawa cywilnego, która doczekała się szeregu publikacji, co może być zrozumiałe, jako że jest jednym z najczęściej wykorzystywanych w praktyce zastrzeżeń umownych. Także orzecznictwo dotyczące kary umownej jest bogate i mogłoby się wydawać, że wszystkie wątpliwości zostały już wyjaśnione. Przedmiotem szerszych rozważań nie było jednak zagadnienie dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia przez wynajmującego od umowy najmu, gdy jest to wynikiem niewykonania przez najemcę obowiązku uiszczenia kaucji zabezpieczającej na poczet ewentualnych i przyszłych należności wynajmującego wynikających z zawartej umowy. Takie pytanie można byłoby postawić w odniesieniu do każdego typu umowy, w którym zostaje zawarta regulacja zawierająca tego rodzaju zabezpieczenie roszczeń jednej ze stron umowy, niewywiązanie się z którego jest obwarowane uprawnieniem drugiej strony do odstąpienia od umowy i dodatkowo możliwością obciążenia kontrahenta karą umowną z tego tytułu.

1. Kara umowna a charakter świadczenia

Kara umowna była przewidziana już w Kodeksie zobowiązań¹, w którym została nazwana „odszkodowaniem umownym” (art. 82–85). Zgodnie

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej – Kodeks zobowiązań z 27.10.1933 r. (Dz.U. nr 82, poz. 598 ze zm.).

z tymi przepisami, jeżeli dłużnik zobowiązał się zapłacić w razie niewykonania zobowiązania określoną sumę pieniężną lub spełnić inne świadczenie, zapłata sumy lub spełnienie takiego świadczenia zastępowała odszkodowanie, przy czym dłużnik nie miał prawa zwolnić się od zobowiązania przez zapłatę umówionego odszkodowania. W razie niewykonania zobowiązania wierzyciel miał prawo żądać albo wykonania zobowiązania, albo zapłaty umówionego odszkodowania. Jednego i drugiego łącznie wierzyciel mógł żądać tylko wtedy, gdy odszkodowanie zastrzeżono za samo opóźnienie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania. Nie było obowiązku wykazywania jakiegokolwiek szkody, ale odszkodowania wyższego niż umowne wierzyciel mógł dochodzić na zasadach ogólnych, jeżeli się zrzekł odszkodowania umownego. Przewidziana była też możliwość miarkowania odszkodowania umownego. Taka regulacja była wzorowana na prawie francuskim oraz austriackim, a częściowo również na prawie niemieckim².

Regulacja kary umownej z Kodeksu zobowiązań została z pewnymi modyfikacjami „przeniesiona” do Kodeksu cywilnego. Kara umowna może być zastrzeżona w każdej umowie, nazwanej i nienazwanej, w umowach rezultatu i starannego działania³, a nawet w umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub w statucie spółki akcyjnej na wypadek niewykonania przez wspólników obowiązków nałożonych we wspomnianych aktach⁴. Słusznie podnosi się w doktrynie, że nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby kara umowna była zastrzegana we wzorcu umowy⁵. Nie przekonuje pogląd, że ustalenie obowiązku zapłaty kary umownej powinno być zastrzeżone w samej umowie i nie może tego zastąpić włączenie do umowy ogólnych warunków umów⁶. Zastrzeżenie kary umownej we wzorcu umowy podlega ogólnemu reżimowi dotyczącemu zobowiązań umownych, w tym w zakresie ochrony prawnej stron (art. 384 i nast. kc). Jest to o tyle istotne, że umowy najmu często są zawierane na podstawie wzorca umowy w rozumieniu art. 384 § 1 kc, stosowanego przez właściciela obiektu,

² Zob. R. Longchamps de Brier, *Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań*, cz. 1, Warszawa 1934, s. 112.

³ Zob. wyrok SN z 12.12.2007 r., V CSK 333/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 30.

⁴ Zob. szerzej K. Bilewska, *Kary umowne w umowach spółek kapitałowych i w umowach wspólników lub akcjonariuszy*, PPH 2006, nr 10, s. 4.

⁵ Zob. np. K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 980, W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 450–1088*, t. II, Warszawa 2015, s. 87, Z. Gawlik, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, t. III, s. 652; odmiennie W. J. Katner, [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 280, A. Rembéliński, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, Warszawa 1989, s. 479.

⁶ Tak SN w wyroku z 9.09.1970 r., I CR 362/70, PUG 1971, nr 1, s. 20.

natomiast jeśli chodzi np. o lokale usytuowane w centrach handlowych, taki sposób zawarcia umowy jest standardem.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy, tj. kary umownej, która ma różne funkcje: dyscyplinującą (wobec strony zagrożonej sankcją kary, którą ma zmobilizować ją do należytego wykonania umowy), odszkodowawczą (tzw. zryczałtowane odszkodowanie, które ma na celu zrekompensować wierzycielowi wszystkie uszczerbki związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez dłużnika), gwarancyjno-zabezpieczającą (zapewniającą wykonanie umowy w uzgodnionych rygorach, w tym przypadku w uzgodnionym terminie)⁷ oraz symplifikacyjną (ułatwienie wierzycielowi dochodzenia kary umownej w procesie, gdyż nie ma on obowiązku wykazania faktu powstania szkody i jej wysokości, a jedynie skuteczne zastrzeżenie kary umownej oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania)⁸.

Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, a więc precyzyjne wskazanie tytułu jej naliczenia. Takim elementem jest również kwota, jaką w związku z tym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy jest zobowiązany zapłacić dłużnik, przy czym o ile z treści art. 483 § 1 kc, dopuszczającego zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie”, wynika nakaz wyrażenia jej kwotowo w chwili zastrzegania, to nie rodzi to jednak obowiązku podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą bowiem określić karę pośrednio przez wskazanie podstawy jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte⁹. Takim sposobem, bardzo często spotykanym w praktyce, jest procentowe odniesienie do wartości świadczenia albo wartości umowy (ceny, wynagrodzenia). Istotne jest, aby zarówno strony umowy, jak i następnie sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej – w przeciwnym razie postanowienie umowne nie wywoła skutków prawnych.

W przeciwieństwie do unormowania zawartego w Kodeksie zobowiązań, zastrzeżenie kary umownej w świetle Kodeksu cywilnego może odnosić się

⁷ Wyrok SA w Warszawie z 3.06.2015 r., VI ACa 1682/14, Lex nr 1766079; zob. też J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 158 i nast.

⁸ P. Drapała, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 1137–1138.

⁹ Zob. wyroki SN: z 15.11.2012 r., V CSK 515/11, Lex nr 1276233 i z 2.06.2016 r., I CSK 506/15, Lex nr 2076680.

de lege lata wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, a więc *a contrario* – nie może dotyczyć niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Taki pogląd jest w zasadzie ugruntowany zarówno w orzecznictwie¹⁰, jak i w doktrynie¹¹. Przez zmianę normatywną w stosunku do Kodeksu zobowiązań nastąpiła modyfikacja jurystycznej konstrukcji kary umownej, co polega przede wszystkim na zawężeniu zakresu dopuszczalności jej stosowania. Za odosobnione i nieprawidłowe należy zatem uznać stanowisko wyrażone przez SN w wyroku z 28.01.1994 r.¹², zgodnie z którym nie można odrzucić poglądu, że w świetle art. 353¹ kc stronom wolno zastrzegać na wypadek nienależytego wykonania zobowiązań pieniężnych obowiązek zapłaty określonej kwoty, która miałaby takie samo lub podobne znaczenie jak kara umowna, jako konsekwencja zagwarantowania swobody umów.

Stosowanie w tym przedmiocie chociażby analogii do kary umownej czy innej wykładni art. 483 § 1 kc, niż wykładnia literalna (językowa), byłoby nieuprawnione, gdyż dawałoby możliwość obejścia przepisu bezwzględnie obowiązującego (w odniesieniu do charakteru zobowiązania, którego może dotyczyć kara umowna). Dodatkowo, pomijając nawet literalną wykładnię tego przepisu, która w tym zakresie daje jasny wynik, to gdyby przyjąć, że możliwe jest zastosowanie kary umownej do zobowiązań pieniężnych, mogłoby dojść do obejścia przepisów o maksymalnych odsetkach kapitałowych (art. 359 k.c) oraz maksymalnych odsetkach za opóźnienie (art. 481 kc). Tak więc również wykładnia celowościowa daje ten sam wynik, co wykładnia literalna przepisu. Nadto zasada swobody zawierania umów, która wynika z art. 353¹ kc, nie ma charakteru bezwzględnego, o czym wprost stanowi ten przepis.

W związku z tym postanowienie umowne, które łączy obowiązek zapłaty kary umownej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia pieniężnego, powinno być traktowane jako poczynione *contra legem*, a w wyniku tego – jako nieważne (art. 58 § 3 kc)¹³. Nie można przy tym zapominać,

¹⁰ Zob. np. wyroki SN: z 19.12.2000 r., V CKN 171/00, Lex nr 52662, z 10.10.2003 r., II CK 120/02, OSP 2005, nr 8, poz. 95, z 18.08.2005 r., V CK 90/05, MoP 2005, nr 18, s. 874, z 17.12.2008 r., I CSK 240/08, Lex nr 484667 i z 26.09.2012 r., II CSK 84/12, Lex nr 1232233, wyrok SA w Warszawie z 6.03.2014 r., I ACa 1112/13, Lex nr 1466975.

¹¹ Zob. np. P. Drapała, [w:] *System...*, s. 1139–1140, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 981.

¹² I CO 39/93, niepubl.; w doktrynie ten pogląd podzielił M. Kuźniak, *Zastrzeżenie obowiązku zapłaty określonej kwoty na wypadek niewykonania w terminie umownego zobowiązania pieniężnego*, PPH 2009, nr 4, s. 41 i nast.

¹³ Zob. szerzej np. S. Kowalski, *Charakter prawny odsetek za opóźnienie*, Prawo Spółek 2003, nr 2, s. 38; wyrok SN z 7.02.2006 r., III CSK 288/06, OSP 2009, z. 4, poz. 39.

że samo literalne sformułowanie umowy nie w każdym wypadku daje podstawę do uznania, że konkretne postanowienie jest nieważne jako postanowienie przewidujące karę umowną za zwłokę w spełnieniu świadczenia pieniężnego. Z uwagi na treść art. 65 § 2 kc trzeba mieć na względzie, że w toku procesu wierzyciel może wykazać, iż strony rozumiały takie postanowienie umowy inaczej, niż wynika z jego dosłownego sformułowania, tj. że nie chodzi tu o karę umowną, ale o odsetki za zwłokę w zapłacie określonej kwoty pieniężnej, i wówczas postanowienie umowne będzie nieważne w zakresie przewyższającym odsetki maksymalne¹⁴. Nie można bowiem pomijać, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W orzecznictwie wskazuje się nawet na anachroniczny, niemający oparcia w art. 65 § 2 kc, charakter *paremii clara non sunt interpretanda*. Przepis ten dopuszcza więc sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej „jasnego” znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji umów może się zatem zakończyć ze względu na jej „jasny” sens dopiero wtedy, gdy treść umowy jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni¹⁵. W orzecznictwie słusznie jednak wskazuje się, że jeśli chodzi o oświadczenia woli wyrażone w formie pisemnej, to ich sens ustalać należy z uwzględnieniem tekstu dokumentu, w którym zostały zawarte. W procesie interpretacji tekstu podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Prawidłowa wykładnia umowy powinna więc – zgodnie z art. 65 § 2 kc – uwzględniać w pierwszym rzędzie badanie zgodnego zamiaru stron i celu umowy, nie może jednak pomijać jej tekstu, którego sens należy ustalać za pomocą językowych reguł znaczeniowych. Wykładnia umowy nie może prowadzić do wniosku, iż zamiarem stron było zawarcie odmiennych istotnych postanowień od tych, które zostały wyrażone na piśmie¹⁶. Mając na uwadze treść art. 6 kc i art. 232 zd. 1 kpc, to na stronie, która podnosi, że faktyczne rozumienie konkretnej klauzuli umownej powinno być odmienne od jej literalnego brzmienia, spoczywa ciężar udowodnienia tej okoliczności.

¹⁴ Ta kwestia pozostaje sporna; taką możliwość dopuścił SN w powołanym wyroku z 10.10.2003 r., II CK 120/02, z aprobującą glosą P. Drapały, MoP 2005, nr 19, s. 959–960 i krytyczną w tym zakresie glosą J. Jastrzębskiego, OSP 2005, nr 7–8, poz. 95. Szerzej na ten temat por. W. Borysiak, [w:] K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, t. IIIA, Warszawa 2017, s. 1100.

¹⁵ Zob. wyrok SN z 5.10.2005 r., II CK 122/05, Lex nr 311313.

¹⁶ Zob. np. uchwałę SN z 29.06.1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168, wyrok SN z 25.03.2011 r., IV CSK 377/10, Lex nr 1107000.

2. Kara umowna za odstąpienie od umowy – konstrukcja prawna

W Kodeksie cywilnym, podobnie jak wcześniej w Kodeksie zobowiązań, nie zawarto jednak przepisu, który wprost świadczyłby o tym, że kara umowna może być zastrzeżona w sytuacji odstąpienia od umowy. Mowa jest bowiem jedynie o tym, że kara umowna może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, przy czym naruszenie zobowiązania może dotyczyć zarówno dłużnika, jak wierzyciela, nawet jeżeli obowiązek wierzyciela wynikający z umowy miałby polegać wyłącznie na współdziałaniu z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązania (art. 354 kc). W praktyce kara umowna jest zastrzegana na korzyść jednej ze stron lub obydwu stron umowy, przy czym niekoniecznie w sposób równomierny.

Zastrzeżenie kary umownej w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez jedną z jej stron skutkowałoby powstaniem po drugiej stronie uprawnienia do odstąpienia od umowy, z którego skorzysta (tzw. kara umowna za odstąpienie od umowy), budziło wątpliwości, niezależnie czy dotyczyło to odstąpienia umownego (art. 395 i 492 kc), czy ustawowego (art. 491 i 493 kc). Chodziło przede wszystkim o to, czy może aktualizować się roszczenie z tytułu kary umownej po odstąpieniu od umowy, czy też zastrzeżenie w tym przedmiocie wygasa z chwilą odstąpienia od umowy, z uwagi na skutek *ex tunc* takiego oświadczenia woli¹⁷. W razie bowiem wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, a strony mają obowiązek zwrócić sobie to, co świadczyły (art. 395 § 2, art. 494 kc). Oznacza to, że zobowiązanie ulega rozwiązaniu z mocą wsteczną, a więc wszystkie skutki prawne dokonanej czynności prawnej zostają uznane za niebyłe. Jest to rodzaj fikcji prawnej, gdyż cofnięcie zaistniałych zdarzeń jest niemożliwe¹⁸. W orzecznictwie wskazuje się również, że rozwiązanie z mocą wsteczną umowy stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego o charakterze trwałym jest sprzeczne z naturą tego zobowiązania¹⁹.

Ostatecznie w orzecznictwie ugruntował się pogląd, że w klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy

¹⁷ Zob. wyrok SA w Poznaniu z 27.02.2001 r., I ACa 981/00, PG 2002, nr 6, s. 54.

¹⁸ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 748. Na temat różnych koncepcji dotyczących skutków wykonania prawa odstąpienia, w tym koncepcji upadku umowy z mocą wsteczną, aktualnie szeroko akceptowanej w polskiej doktrynie, zob. J. Jastrzębski, K. Pasko, *Odstąpienie a dochodzenie kar umownych*, PPH 2015, nr 1, s. 8–9.

¹⁹ Wyrok SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162.

nie chodzi o sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 kc, której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Innymi słowy, zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy można traktować jako formę uproszczenia redakcji warunków umowy, która pozwala na przyjęcie przez strony, że wypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, uprawniające stronę do odstąpienia od umowy, stanowią jednocześnie podstawę do domagania się zapłaty kary umownej²⁰. Można przyjąć, że kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy jest *de facto* karą za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, od którego odstąpiono, zaś samo sformułowanie „kara za odstąpienie od umowy” stanowi jedynie pewien skrót myślowy. Słusznie wskazuje się, że niemożność skutecznego zastrzeżenia w takim wypadku kary umownej pozbawiałoby wierzyciela możliwości dochodzenia naprawienia szkody wynikającej z niewykonania przez dłużnika zobowiązania przez zapłatę kary umownej²¹. Odstąpienie od umowy stanowi realizację przez stronę uprawnienia prawokształtującego związanego z określonym wypadkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę.

Kolejna kwestia, niezwykle istotna z punktu widzenia omawianego tematu, jest związana z tym, że odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie może być skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zarówno zobowiązania o charakterze pieniężnym, jak i niepieniężnym. W najnowszym orzecznictwie zdecydowanie przeważa pogląd, że przy ocenie, czy zastrzeżenie kary umownej nie sprzeciwia się wymaganiu stawianemu przez art. 483 § 1 kc co do niepieniężnego charakteru zobowiązania, z którego niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem związana jest kara umowna, nie można abstrahować od tego, jaka była przyczyna odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. W wypadku, gdy odstąpienie od umowy (ale również jej wypowiedzenie) spowodowane jest wyłącznie niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia pieniężnego przez kontrahenta, należy uznać, że kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z tej przyczyny, w istocie stanowi pośrednio sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia pieniężnego. W konsekwencji brak jest podstaw do domagania

²⁰ Zob. uchwałę 7 sędziów SN – zasadę prawną z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69 oraz wyroki SN: z 7.02.2007 r., III CSK 288/06, OSP 2009, nr 4, poz. 39, z 24.05.2012 r., V CSK 260/11, „Gazeta Prawna” 2012, nr 101, s. 1 i z 28.05.2014 r., I CSK 345/13, Lex nr 1532768.

²¹ J. Jastrzębski, *Kara umowna*, s. 238.

się zasądzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, jeżeli podstawę do odstąpienia od umowy stanowiło niewykonanie zobowiązania pieniężnego. Kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przez kontrahenta świadczenia pieniężnego w istocie stanowi sankcję za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, stąd narusza zakaz z art. 483 § 1 kc²². Zatem tego rodzaju postanowienie jest nieważne, przy czym tę nieważność należy odnieść do części, a nie całości umowy (art. 58 § 1 i 3 kc).

Zastrzeżenie w umowie najmu kary umownej za odstąpienie od umowy jest często spotykane, a dotyczyć może niewywiązania się przez najemcę z następujących obowiązków: uiszczenia czynszu lub innych opłat, wniesienia lub uzupełnienia zabezpieczenia, nieprzestrzegania zakazu podnajmu, używania lokalu w sposób zgodny z umową itd. Jeżeli kara umowna zostanie zastrzeżona z tytułu odstąpienia od umowy najmu z uwagi na brak płatności czynszu w terminie, takie postanowienie jest niewątpliwie nieważne. Powstaje jednak pytanie, czy jeżeli kara umowna zostanie zastrzeżona z tytułu odstąpienia lub wypowiedzenia w związku z „niewykonaniem zobowiązania (niepieniężnego) najemcy w postaci trwania przez strony w stosunku najmu”, a nie wprost z tytułu odstąpienia od umowy w związku z brakiem płatności (np. czynszu), to czy na podstawie takiego postanowienia umownego można dochodzić roszczenia z tytułu kary umownej. To pytanie jest tym bardziej uzasadnione, że w orzecznictwie wyrażono pogląd przeciwny konieczności badania podstawy odstąpienia, a mianowicie, iż skuteczne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, bez względu na charakter świadczeń, do jakich zobowiązały się strony umowy, od której się odstępuje, a z chwilą odstąpienia od umowy powstaje *ex lege* między stronami dotychczasowej umowy zobowiązanie, o którym mowa w art. 494 kc²³.

Niezasadne jest jednak „oderwanie” kary umownej od przyczyny odstąpienia. Po pierwsze, abstrahowanie od przyczyny odstąpienia od umowy prowadziłoby wprost do obejścia art. 483 § 1 kc, bezwzględnie obowiązującego

²² Zob. np. powołany wyrok SN z 7.02.2007 r., III CSK 288/06, OSP 2009, nr 4, poz. 39, wyrok SA w Poznaniu z 19.03.2008 r., I ACa 139/08, Lex nr 446145, wyrok SA w Warszawie z 14.04.2011 r., I ACa 1135/10, Apel.-W-wa 2011, nr 4, poz. 31, wyrok SA w Białymstoku z 30.06.2016 r., I ACa 191/16, Lex nr 2071267; A. Szwaja, *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 41, P. Drapała, [w:] *System...*, s. 1139, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 982, T. Wiśniewski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania*, t. III, cz. 1, Warszawa 2013, s. 923.

²³ Zob. np. wyroki SN: z 20.10.2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 117, z 13.06.2008 r., I CSK 13/08, Lex nr 637699 i z 21.05.2014 r., II CSK 529/13, Lex nr 1493917.

w zakresie charakteru świadczenia, co do którego kara umowna może być zastrzeżona. Po drugie, w odniesieniu do umowy najmu, zacytowane postanowienie oznaczałoby w zasadzie bezwzględny obowiązek pozostawania w stosunku z niej wynikającego aż do upływu wskazanego w umowie terminu, podczas gdy nawet w wypadku umowy zawartej na czas oznaczony możliwe jest jej wypowiedzenie przez każdą ze stron, jeżeli wynika to z treści umowy (art. 673 § 3 kc). Odwołanie się do „trwania w stosunku zobowiązaniowym”, a nie podstawy odstąpienia, dawałoby asumpt do wniosku, że stosunek najmu ma charakter nierozzerwalny. O ile takiego poglądu można byłoby bronić w stosunku do umowy najmu zawartej na czas oznaczony, szczególnie mając na uwadze wolę stron w rozumieniu art. 65 § 2 kc, to byłby on sprzeczny z istotą stosunku najmu na czas nieoznaczony, chociażby z uwagi na treść art. 673 § 1 i 2 kc.

W konsekwencji, nawet jeżeli w umowie najmu zostanie zawarta klauzula w przedmiocie kary umownej z tytułu odstąpienia przez wynajmującego od umowy (lub jej wypowiedzenia w trybie natychmiastowym) bez względu na przyczynę, dla której takie oświadczenie zostanie złożone, konieczne jest ustalenie przyczyny odstąpienia. Gdyby przyjąć pogląd odmienny, dalsze rozważania byłyby bezprzedmiotowe, gdyż jeżeli nawet zaliczyć uiszczenie kaucji zabezpieczającej lub wniesienie innego zabezpieczenia do świadczeń pieniężnych, to przy takim postanowieniu umownym pozostawałoby to bez znaczenia dla możliwości dochodzenia kary umownej za odstąpienie w związku z niewywiązaniem się z tego obowiązku.

3. Kara umowna a świadczenie pieniężne

Z uwagi na konstrukcję kary umownej, istotne jest określenie, co należy rozumieć pod pojęciem świadczenia pieniężnego, a co pod pojęciem świadczenia niepieniężnego. Jak bowiem wskazano powyżej, tylko zastrzeżenie kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w zakresie świadczenia niepieniężnego oznacza, że takie postanowienie umowne jest ważne.

Brak jest definicji pieniądza w przepisach prawa²⁴. Można jednak wyróżnić:

1) pieniądz w szerokim znaczeniu (*sensu largo*) – są to wszystkie środki płatnicze używane w obrocie: banknoty i monety krajowe i zagraniczne, weksle, czeki, listy zastawne, obligacje itp.,

²⁴ Na temat różnego rozumienia pojęcia „pieniądz” zob. T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 231 i nast.

2) pieniądź w ścisłym znaczeniu (*sensu stricto*) – są to tylko te środki płatnicze, którym państwo nadało moc umarzania zobowiązań pieniężnych: banknoty i monety NBP (pieniądz gotówkowy) oraz pieniądz bankowy (bezgotówkowy).

Świadczenie pieniężne polega na zapłacie przez dłużnika na rzecz wierzyciela określonej sumy pieniężnej (art. 358¹ § 1 kc), która stanowi pewną wartość ekonomiczną dla obydwu stron, wyrażoną przez odwołanie do określonej waluty. Przedmiotem świadczenia pieniężnego jest więc suma pieniężna, czyli określona wielkość abstrakcyjnej wartości, wyrażona w jednostkach pieniężnych²⁵. Natomiast spełnienie świadczenia pieniężnego jest zwykle kwalifikowane jako dokonanie czynności prawnej o charakterze dwustronnym i rozporządzającym, gdyż po stronie dokonującego zapłaty występuje wola przeniesienia na drugą osobę sumy pieniężnej, a po stronie przyjmującego zapłatę – wola przyjęcia, niezbędna dla ważności zapłaty. Potrzebne jest zgodne oświadczenie stron co do celu, w jakim jedna strona wręcza drugiej pewną sumę pieniężną, co nie może być uznawane za oświadczenie wiedzy, nawet jeśli rozliczenie jest dokonywane za pośrednictwem rachunku bankowego, gdy zapłata następuje bez wiedzy osoby otrzymującej, albowiem osoba ta, zawierając umowę rachunku bankowego, z góry wyraża zgodę na to, że bank będzie przyjmował na jej rachunek wszystkie wpływające wpłaty²⁶. Stanowisko kwalifikujące zapłatę jako czynność prawną jest reprezentowane szeroko także w orzecznictwie SN²⁷. W doktrynie wyrażono również pogląd, że spełnienie świadczenia pieniężnego, co do zasady, należy traktować jako czynność o charakterze wykonawczym, dokonywaną w wykonaniu istniejącego już obowiązku określonego treścią stosunku prawnego, której mogą – i w zasadzie powinny – towarzyszyć oświadczenia wiedzy wskazujące zaspokajany dług, co ułatwia wierzycielowi ustalenie stanu rozliczenia²⁸.

²⁵ T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System...*, s. 240.

²⁶ Zob. np. A. Ohanowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 1976 r., III CRN 46/76, OSP 1977, nr 2, poz. 29*, Z. Żabiński, *Próba nowoczesnej cywilnoprawnej konstrukcji pojęcia pieniądza i zapłaty*, PiP 1972, nr 7–8, s. 140–141, J. Pisuliński [w:] M. Pecyna (red.), *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem*, Kraków 2009, s. 181.

²⁷ Zob. np. uchwały SN: z 3.04.1992 r., I PZP 19/92, OSN 1992, nr 9, poz. 166 i z 28.05.1993 r., III CZP 70/93, Wokanda 1993, nr 7, s. 6, wyroki SN: z 28.09.1993 r., I CRN 74/93, OSN 1994, nr 7–8, poz. 162 i z 6.11.2009 r., I CSK 154/09, OSNC-Zb. Dodat. 2010, Nr C, poz. 70; odmiennie SN w wyroku z 23.04.1976 r., III CRN 46/76, OSP 1977, nr 2, poz. 29.

²⁸ Tak T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System...*, s. 244–245, przy czym dodają oni, że w określonych przypadkach spełnienie świadczenia pieniężnego należy jednak kwalifikować jako oświadczenie woli, stanowiące – w zależności od okoliczności – element jednostronnej albo dwustronnej czynności prawnej, co dotyczy przede wszystkim sytuacji,

Zgodzić się należy ze stanowiskiem, że karę umowną można zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania przez dłużnika obowiązku, określonego w umowie, który nie należy do obowiązków podstawowych, jeśli ma on charakter niepieniężny, nawet gdy zasadnicze świadczenie polegać będzie na zapłacie sumy pieniężnej²⁹. Odmienne stanowisko zaprezentowano w orzecznictwie, przyjmując, że przy zastosowaniu art. 483 § 1 kc bierze się pod uwagę charakter prawny tych zobowiązań (pieniężne, niepieniężne), które należą do *essentialia negotii*, a nie obowiązki pochodne (dodatkowe)³⁰, co nie jest zasadne, gdyż wyłączyłoby możliwość zastrzeżenia kary umownej w każdej sytuacji, gdy podstawowym obowiązkiem jednej ze stron jest zapłata określonej kwoty pieniężnej (ceny, wynagrodzenia, przewoźnego itd.). Na takiej stronie może spoczywać szereg innych obowiązków, np. obowiązek najemcy utrzymania lokalu w stanie należytym obok obowiązku zapłaty czynszu.

Jednocześnie uznaje się, że kategorię „zobowiązania niepieniężnego” należy rozumieć szeroko. Obejmuje ono zobowiązania niepieniężne, przewidujące świadczenia o charakterze majątkowym, np. polegające na zawarciu umowy przyrzeczonej (art. 389–390 kc), oraz niemajątkowym, np. powstrzymanie się od podejmowania określonej działalności, w tym – konkurencyjnej. W praktyce kontraktowej można zaobserwować zastrzeżenie kar umownych także na wypadek skorzystania przez jednego z kontrahentów z uprawnienia kształtującego, np. wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej, przy czym jako jedną z przesłanek dochodzenia kary przewiduje się niekiedy wyrządzenie określonej szkody³¹. Strony mogą zastrzec karę umowną na wypadek wypowiedzenia umowy zlecenia z innych powodów aniżeli ważne³².

Z punktu widzenia zastrzeżenia kary umownej nie ma znaczenia, czy świadczenie ma polegać na działaniu czy na zaniechaniu. Kara umowna może dotyczyć zobowiązania niepieniężnego polegającego na daniu (*dare*), czynieniu (*facere*), zaniechaniu (*non facere*) lub znoszeniu (*pati*)³³. Przykładowo,

w których w następstwie spełnienia świadczenia następuje modyfikacja istniejącego stosunku zobowiązaniowego albo też ustalenie jego treści, np. zapłata długu wynikającego ze stosunku pozaumownego, świadczenie spełniane w warunkach istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza, którego treść zostaje ustalona w następstwie zapłaty.

²⁹ K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 982.

³⁰ Wyrok SN z 19.12.2000 r., V CKN 171/00, Lex nr 52662.

³¹ Zob. powołaną uchwałę 7 sędziów SN z 6.11.2003 r., III CZP 61/03. Ten pogląd został podtrzymany przez SN, np. w wyroku z 21.08.2008 r., IV CSK 202/08, Lex nr 466003. Zob. też W. Borysiak, *Funkcje kary umownej w świetle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03)*, Palestra 2006, nr 7–8, s. 46.

³² Wyrok SN z 21.08.2008 r., IV CSK 202/08, Lex nr 466003.

³³ P. Drapała, [w:] *System...*, s. 1140–1141.

świadczenie polegające na zakazie przyjmowania ustalonej opłaty nie stanowi świadczenia pieniężnego, lecz jego przeciwieństwo, nie polega bowiem na podjęciu przez dłużnika jakiegokolwiek działania, nie ma więc podstaw do przyjęcia, by miało charakter pieniężny³⁴. Można przyjąć, że o charakterze zobowiązania w kontekście art. 483 § 1 kc decyduje podstawowy interes wierzyciela, który ma zostać zaspokojony.

4. Zabezpieczenie roszczeń w umowie najmu

Zgodnie z art. 659 § 1 kc przez umowę najmu wynajmujący zobowiązuje się oddać najemcy rzecz do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a najemca zobowiązuje się płacić wynajmującemu umówiony czynsz. Widać wyraźnie, że ekwiwalentem świadczenia wynajmującego, które polega na oddaniu rzeczy do używania, jest świadczenie najemcy w postaci zapłaty umówionego czynszu. Umowa ma więc charakter odpłatny. W wypadku najmu lokalu po stronie najemcy dochodzi obowiązek zapłaty innych opłat, w szczególności z tytułu dostarczania mediów. Strony mogą się umówić, że najemca w określony sposób zabezpieczy ewentualne roszczenia wynajmującego z tytułu czynszu i opłat dodatkowych, ale również z tytułu ewentualnych szkód, jakie najemca wyrządzi w lokalu, co jest istotne, gdyż po zakończeniu najmu najemca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie niepogorszonym, a nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania (art. 675 § 1 kc). Analogiczne postanowienie może zostać zawarte w umowie najmu innych rzeczy niż lokal.

Formy zabezpieczenia mogą być różne. Najczęstszą jest tzw. kaucja zabezpieczająca (gwarancyjna) w postaci określonej kwoty pieniężnej, oznaczonej jako wielokrotność kwoty miesięcznego czynszu, która podlega zwrotowi na rzecz najemcy, jeżeli nie powstanie po jego stronie obowiązek zapłaty z omawianych tytułów. Kaucja jest słusznie kwalifikowana jako umowa realna służąca zabezpieczeniu roszczeń, które mogą powstać w przyszłości³⁵, co powoduje, że umowa kaucji nie stanowi elementu umowy najmu, ale jest umową samodzielną, podobnie jak inne umowy tego typu, np. zastaw, przewłaszczenie na zabezpieczenie³⁶. Źródłem podstawowego zobowiązania jest zaś umowa najmu, która zostaje niejako uzupełniona umową kaucyjną.

³⁴ Wyrok SA w Warszawie z 31.10.2014 r., I ACa 561/14, Lex nr 1624053.

³⁵ Zob. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2012, s. 273.

³⁶ Szerzej na temat istoty umowy kaucji zob. M. Olczyk, *Problematyka kaucji mieszkaniowej*, TPP 2004, nr 3–4, s. 7–11.

W art. 6 ust. 1 ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego³⁷ wprost przewidziano, że zawarcie umowy najmu może być uzależnione od wpłacenia przez najemcę kaucji zabezpieczającej pokrycie należności z tytułu najmu lokalu, przysługujących wynajmującemu w dniu opróżnienia lokalu, co nie dotyczy najmu lokalu zamiennego lub socjalnego oraz umowy zawieranej w związku z zamianą lokalu, gdy najemca uzyskał zwrot kaucji bez dokonania jej waloryzacji. Taka kaucja nie może przekraczać dwunastokrotności miesięcznego czynszu za dany lokal, obliczonego według stawki czynszu obowiązującej w dniu zawarcia umowy najmu.

Analogiczną możliwość przewidziano również dla najmu okazjonalnego lokalu (art. 19a u.o.p.l.), czyli najmu służącego do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, gdy umowa jest zawarta na czas oznaczony, nie dłuższy niż 10 lat, z wyjątkiem lokali wchodzących w skład publicznego zasobu mieszkaniowego i lokali służących tworzeniu warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych wspólnoty samorządowej (lokale socjalne i zamienne). Zawarcie umowy najmu okazjonalnego lokalu może być bowiem uzależnione od wpłacenia przez najemcę kaucji zabezpieczającej pokrycie należności z tytułu najmu okazjonalnego lokalu przysługujących właścicielowi w dniu opróżnienia lokalu oraz ewentualnych kosztów egzekucji obowiązku opróżnienia lokalu, z tym że kaucja nie może przekraczać sześciokrotności miesięcznego czynszu za dany lokal, obliczonego według stawki czynszu obowiązującej w dniu zawarcia umowy najmu okazjonalnego lokalu. Dodać trzeba, że o ile umowa nie stanowi inaczej, z tytułu najmu okazjonalnego lokalu, oprócz czynszu, właściciel pobiera jedynie opłaty niezależne od właściciela (art. 19c ust. 1 u.o.p.l.), a więc opłaty za dostawy do lokalu energii, gazu, wody oraz odbiór ścieków, odpadów i nieczystości ciekłych (art. 2 ust. 1 pkt 8 u.o.p.l.).

Z powyższych regulacji jednoznacznie wynika, że pobranie kaucji zabezpieczającej od najemcy ma charakter fakultatywny. Jeżeli wynajmujący skorzysta z takiej możliwości w trybie ustawy, mamy do czynienia z warunkiem zawieszającym w postaci wpłacenia przez najemcę oznaczonej kwoty pieniężnej tytułem kaucji. W konsekwencji umowa najmu zawierająca postanowienie zobowiązujące najemcę do wpłaty kaucji wywołuje skutki prawne dopiero z chwilą dokonania tej wpłaty przez najemcę³⁸. Ustawodawca określił natomiast górną granicę możliwej kaucji. W tym sensie wysokość kaucji nie może być dowolna, dodatkowo podstawą wyliczenia jej maksymalnego limitu jest tylko stawka czynszu, a więc bez jakichkolwiek opłat związanych z korzystaniem z lokalu. Przekroczenie tego

³⁷ Tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 1610, dalej: u.o.p.l.

³⁸ K. Zdun-Załęska, *Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 54.

pułapu skutkuje nieważnością takiego postanowienia umownego w zakresie sprzecznym z ustawą, tj. co do wysokości przekraczającej maksymalny wymiar kaucji (art. 58 § 1 i 3 kc)³⁹. W praktyce zarówno obowiązek wpłaty takiej kaucji, jak i jej wysokość określona zostaje: dla gmin i powiatów – uchwałą właściwej rady, dla województwa – przez właściwy sejmik, dla spółdzielni mieszkaniowych – przez radę nadzorczą lub walne zgromadzenie członków.

Generalnie kaucja zabezpieczająca służy ochronie ekonomicznego interesu wynajmującego na wypadek zalegania najemcy z zapłatą należności z tytułu najmu lokalu w dniu opróżnienia lokalu, a więc czynszu najmu, opłat niezależnych od właściciela, odszkodowania za szkody wyrządzone w lokalu z powodu nienależytego wykonywania swoich obowiązków przez najemcę, odszkodowania za bezumowne korzystanie z lokalu, w szczególności w razie niewykonania w terminie obowiązku opuszczenia i opróżnienia lokalu⁴⁰. Taki sam wniosek należy odnieść do innych sposobów zabezpieczeń, których nie dotyczy powołana ustawa, ale które mogą być zastosowane w wypadku najmów regulowanych przepisami Kodeksu cywilnego, jak: zastaw, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, weksel, czek itd.

5. Kaucja zabezpieczająca a świadczenie pieniężne

Powstaje w związku z tym pytanie, czy możliwe jest zastrzeżenie kary umownej w sytuacji, gdy w umowie najmu strony zastrzegą, że w określonym terminie od jej zawarcia najemca ma obowiązek wnieść stosowne zabezpieczenie odpowiadające wielokrotności czynszu najmu, ewentualnie też opłat dodatkowych, co jest charakterystyczne dla umów dotyczących lokali użytkowych w dużych centrach handlowych czy lokali użytkowych znajdujących się w zasobach gminy lub Skarbu Państwa. Przy tym problemem nie jest to postanowienie umowne, ale kwestia sankcji związanej z uprawnieniem wynajmującego do

³⁹ W doktrynie wyrażono też pogląd, że zastrzeżenie w umowie kaucji w wysokości wyższej niż maksymalna należy zakwalifikować jako zastrzeżenie warunku sprzecznego z treścią ustawy, a przez to skutkującego nieważnością czynności prawnej (art. 94 kc), przy czym nieważność dotyczy jedynie postanowień w przedmiocie kaucji, w związku z czym lokatorowi przysługuje roszczenie o zwrot według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w stosunku do całej pobranej kwoty kaucji, a nie jedynie do nadwyżki, przekraczającej określoną w art. 6 ust. 1 u.o.p.l.; zob. K. Zdun-Załęska, *Ustawa o ochronie...*, s. 55, F. Zoll, M. Olczyk, M. Pecyna, *Ustawa o ochronie praw konsumentów, mieszkaniowym zasobie gminy oraz o zmianie Kodeksu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 98.

⁴⁰ Zob. F. Zoll, M. Olczyk, M. Pecyna, *Ustawa o ochronie...*, s. 97, J. Chaciński, *Ochrona praw lokatorów. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 67.

odstąpienia od umowy najmu (jak również jej wypowiedzenia), gdy najemca nie wywiąże się z tego zobowiązania. To samo dotyczy postanowienia o odstąpieniu od umowy, gdy w trakcie wykonywania umowy najmu wynajmujący skorzysta z zabezpieczenia, a więc np. skorzysta ze środków wpłaconych tytułem kaucji zabezpieczającej, czy ustanowionej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w wyniku czego po stronie najemcy powstanie obowiązek przywrócenia zabezpieczenia do pierwotnej wysokości. Gdyby uznać, że takie postanowienie dotyczy niewykonania świadczenia pieniężnego, byłoby ono nieważne, a więc nie byłoby możliwe dochodzenie roszczenia z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy w związku z niewykonaniem tego zobowiązania.

Wpłata kaucji zabezpieczającej, podobnie jak uiszczenie kwoty do depozytu, ma fizycznie formę pieniężną w omawianym wcześniej rozumieniu. Przyjmując za obowiązującą definicję pieniądza *sensu largo*, również przedłożenie weksla *in blanco* (taki zazwyczaj stanowi formę zabezpieczenia) stanowiłoby dokonanie świadczenia w formie pieniężnej. Nie przesądza to jednak samo w sobie, że chodzi o świadczenie pieniężne w rozumieniu art. 483 § 1 kc. Istotny jest w tym kontekście cel uiszczony kwoty. Jak była o tym mowa, kaucja zabezpieczająca ma zabezpieczać roszczenia wynajmującego z tytułu umowy najmu, a więc może on z niej skorzystać dopiero w momencie, gdy najemca nie uiszczy jakiejś kwoty wynikającej z tej umowy. *A contrario*, jeżeli najemca terminowo wywiązuje się ze wszystkich swoich obowiązków umownych, nie może dojść do zaspokojenia się wynajmującego z kaucji zabezpieczającej, a więc z punktu widzenia celu świadczenia, nie doszłoby do świadczenia po stronie najemcy, zaś po stronie wynajmującego powstałby obowiązek zwrotu wpłaconej kwoty.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że pomijając ustawę o ochronie praw lokatorów, kaucja zabezpieczająca nie musi być jedyną, a tym bardziej podstawową formą zabezpieczenia potencjalnych roszczeń wynajmującego w stosunku do najemcy. W umowie najmu strony mogą przewidzieć różne rozwiązania w tym zakresie, np.;

- 1) zostaje ustanowione zabezpieczenie wyłącznie w postaci kaucji zabezpieczającej,
- 2) oprócz kaucji zabezpieczającej zostaje ustanowione inne zabezpieczenie, które nie polega na wpłacie określonej kwoty pieniężnej, zaś do wynajmującego należy wybór, z którego zabezpieczenia skorzysta przy zaspokojeniu swoich roszczeń;
- 3) kaucja gwarancyjna zostaje ustanowiona „głównym” zabezpieczeniem, ale najemca ma prawo zwolnić się z obowiązku jej wpłaty przez ustanowienie zabezpieczenia w innej formie, w wyniku czego

wynajmujący będzie mógł skorzystać z tego zabezpieczenia, które ostatecznie zostanie wniesione przez najemcę;

- 4) najemca ma prawo wybrać sposób zabezpieczenia spośród wymienionych w umowie;
- 5) zostaje ustanowione zabezpieczenie lub zabezpieczenia tylko w innej formie niż pieniężna.

Poza pierwszą sytuacją, w pozostałych mamy do czynienia z uprawnieniem lub obowiązkiem po stronie najemcy ustanowienia zabezpieczenia niewątpliwie w formie niepieniężnej, co w praktyce dotyczy w szczególności przedstawienia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe⁴¹ gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. O ile świadczenie banku z tytułu gwarancji jest zawsze świadczeniem pieniężnym, samo zobowiązanie najemcy do przedstawienia takiej gwarancji nie można uznać za zobowiązanie o charakterze pieniężnym z uwagi zarówno na formę, w jakiej jest wnoszona, jak i cel, gdyż jej istotą jest zabezpieczenie roszczeń, które nie wiadomo, czy w ogóle powstaną. Analogiczna konstrukcja występuje w wypadku ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej, która stanowi czynność ubezpieczeniową, zgodnie z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁴².

Jeszcze wyraźniej widać to w wypadku zabezpieczenia rzeczowego w postaci np. zastawu, który można ustanowić także w celu zabezpieczenia wierzytelności przyszłej (art. 306 kc). Zastaw może bowiem zabezpieczać wierzytelności pieniężne o nieoznaczonej jeszcze wysokości, np. odszkodowanie z tytułu niewykonania zobowiązania⁴³.

Istota wszystkich zabezpieczeń stosowanych w umowie najmu, niezależnie od ich formy, jest taka sama. Znaczna część z tych zabezpieczeń nie ma formy pieniężnej, nawet jeżeli rozpatrywać pieniądź w rozumieniu *sensu largo*. Poza tym nawet gdyby odnieść się wyłącznie do pieniądza *sensu largo*, to powstaje pytanie, czy istotne jest uiszczenie kaucji zabezpieczającej, wręczenie weksła czy czeku, czy też cel (przyczyna), w jakim czynność ta jest faktycznie dokony-

⁴¹ Tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 1988 ze zm.

⁴² Dz.U. poz. 1844 ze zm.

⁴³ J. Gołaczyński, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 560.

wana, a więc zabezpieczenie (*causa cavendi*). Nie mamy tu bowiem do czynienia ze zwolnieniem się z obowiązku ciężącego na osobie dokonującej przysporzenia, czyli zmniejszeniem się jej pasywów w klasycznym znaczeniu (zapłata długu), a ze zwolnieniem się z obowiązku jedynie w zakresie uiszczenia kaucji (*causa solvendi*), nabyciem prawa lub innej korzyści majątkowej przez dokonującego przysporzenia, czyli zwiększeniem jego aktywów (*causa obligandi vel acquirendi*), czy przysporzeniem na rzecz innej osoby, bez żadnego ekwiwalentu (*causa donandi*). Jak słusznie wskazuje się, kaucja stanowi jedną z form zabezpieczenia rzeczowego⁴⁴, ale kauza tej czynności prawnej jest odmienna niż ta, która ma zastosowanie, co do zasady, w wypadku zapłaty określonej kwoty pieniężnej.

W związku z tym nie sposób uznać, że mamy do czynienia ze świadczeniem pieniężnym, jeżeli ważna jest istota zobowiązania umownego, a więc jaki interes wierzyciela (tu: wynajmującego) ma zostać zaspokojony. Uznając, że kaucja zabezpieczająca, weksel czy czek składane na zabezpieczenie przyszytych, ale potencjalnych roszczeń wynajmującego ma formę pieniężną, zaś pozostałe sposoby zabezpieczenia już nie, mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której zobowiązanie umowne dotyczące *de facto* tego samego, z punktu widzenia stron umowy, raz byłoby traktowane jako pieniężne, a innym razem jako niepieniężne. Taki pogląd nie wydaje się być zasadny. Taka dychotomia miałaby wpływ na ważność klauzuli umownej w przedmiocie kary umownej, a byłaby zależna od tego, jaka forma zabezpieczenia zostanie wpisana do umowy. Ponadto w sytuacji, gdyby strony przewidziały przynajmniej dwa zabezpieczenia, jedno w postaci kaucji zabezpieczającej, drugie w formie niepieniężnej, a w umowie zastrzeżono prawo odstąpienia od niej w sytuacji niewniesienia któregoś z zabezpieczeń, postanowienie regulujące karę umowną w jednej sytuacji byłoby nieważne, a w drugiej ważne. Z takim poglądem nie sposób się zgodzić, jako że albo dane postanowienie umowne jest sprzeczne z przepisem bezwzględnie obowiązującym (art. 58 § 1 i 3 kc), albo jest z nim zgodne.

Co więcej, gdyby najemca – zgodnie z umową – miał wybór w zakresie ustanawianego zabezpieczenia (zobowiązanie alternatywne), co niewątpliwie stanowi ustępstwo ze strony wynajmującego, powstałby problem z zastrzeżeniem kary umownej. Jeżeli w umowie – jako potencjalne sposoby zabezpieczenia – wymienione zostałyby zabezpieczenia w formie pieniężnej i niepieniężnej, to wątpliwie byłoby przyjęcie, że w takiej sytuacji najemca nie spełnił świadczenia niepieniężnego (nie złożył zabezpieczenia w takiej formie), gdy miał możliwość wykonać zobowiązanie ustanawiając zabezpieczenie w formie pieniężnej.

⁴⁴ R. Longchamps de Bérier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Lwów 1939, t. II, s. 620.

A gdyby nawet przyjąć pogląd odmienny, od woli najemcy i jego wyboru zależałoby, czy postanowienie dotyczące kary umownej byłoby uznane za ważne lub za nieważne. Innymi słowy, najemca swoich zachowaniem decydowałby o ważności klauzuli umownej, co nie znajduje uzasadnienia w świetle prawa cywilnego.

Nie można również wyłączyć, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy będzie odnosiło się do skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powstałego na skutek odstąpienia od umowy. Nie zawsze niewykonanie przez stronę zobowiązaną do świadczenia pieniężnego przesądza o charakterze zobowiązania, za które zastrzeżono karę umową. Może bowiem być tak, że skutkiem odstąpienia od umowy będzie spełnienie zobowiązania o charakterze niepieniężnym, np. zwrot rzeczy. W takim przypadku zastrzeżenie kary umownej jest powiązane z tymi obowiązkami dotyczącymi świadczeń niepieniężnych⁴⁵. Nadto, jak była o tym mowa, jest możliwe zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy bez względu na charakter świadczeń, do jakich zobowiązały się strony umowy, od której się odstępuje. Zatem jeżeli kara umowna zostaje zastrzeżona z tytułu niezwrócenia przez najemcę przedmiotu najmu po odstąpieniu przez wynajmującego od tej umowy z uwagi na niewywiązanie się z obowiązku zapłaty kaucji zabezpieczającej lub wniesienia innego zabezpieczenia, takie postanowienie jest ważne, gdyż nie dotyczy zobowiązania pieniężnego.

W prawie cywilnym występują przekazania sumy pieniężnej, które nie mogą być kwalifikowane jako spełnienie świadczenia, np. art. 229 § 1 kc w zakresie zapłaty właścicielowi wartości pożytków czy zapłata na rzecz osoby dokonującej przestępczego wymuszenia⁴⁶. W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na art. 70⁴ § 1 kc, tj. obowiązek zapłaty wadium – w postaci wpłaty określonej kwoty pieniężnej lub ustanowienia innego odpowiedniego zabezpieczenia – przez przystępującego do aukcji lub przetargu, pod rygorem niedopuszczenia do nich. Zapłata takiego wadium na etapie przystępowania do aukcji lub przetargu stanowi więc jedynie przesłankę dopuszczenia uczestnika do postępowania, a nie spełnienie świadczenia, w tym pieniężnego, nawet jeżeli polega na wpłacie kwoty pieniężnej, a tym bardziej, jeżeli zabezpieczenie zostało udzielone np. w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Ustanowienie wadium ma ten skutek, że jeśli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, organizator aukcji albo przetargu może zachować pobraną sumę albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Jeśli taka sytuacja nie ma miejsca, suma zapłacona jako wadium musi być niezwłocznie

⁴⁵ Wyrok SN z 20.10.2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007, nr 7–8, poz. 117.

⁴⁶ T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System...*, s. 240.

zwrócona, a ustanowione zabezpieczenie wygasa⁴⁷. Zatem chociaż w przepisie wprost przewidziano możliwość wpłacenia kwoty pieniężnej jako wadium, nie można uznać, aby miało to na celu uczynienie zadość świadczeniu pieniężnemu. Jest to konstrukcja analogiczna do kaucji zabezpieczającej w wypadku zawarcia umowy najmu.

Powyższemu rozumowaniu nie sprzeciwia się pogląd, że niezależnie od sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego (zapłata gotówkowa albo bezgotówkowa), suma pieniężna wpływa do majątku podmiotu otrzymującego zapłatę w taki sposób, że nie da się jej już wyodrębnić, co wynika z faktu, iż suma pieniężna nie jest rzeczą, a jedynie swoistym dobrem o charakterze niematerialnym⁴⁸. Wystarczające jest tu bowiem wydzielenie kaucji zabezpieczającej z majątku wynajmującego przez uiszczenie jej na odrębny rachunek bankowy.

O przeciwnym wniosku nie przesądza również pogląd wyrażony przez SN w uchwale z 26.09.2002 r.⁴⁹, zgodnie z którą wierzytelność najemcy obejmująca zwrot sumy pieniężnej wpłaconej wynajmującemu jako tzw. kaucja mieszkaniowa stanowi wierzytelność pieniężną i to wierzytelność w sensie ścisłym (art. 358¹ § 1 kc). W celu określenia prawnego charakteru tej wierzytelności nie jest niezbędne nawiązywanie do samej istoty kaucji (pieniężnej lub innej), ponieważ w praktyce obrotu prawnego występuje spora grupa tzw. porozumień kaucyjnych, obejmujących złożenie i zwrot przedmiotu kaucji (sumy pieniężnej) i trudno mówić o jakichś typowych cechach jurydycznych kaucji pieniężnej. Kształtowanie treści porozumień kaucyjnych odbywać się może w zasadzie przy uwzględnieniu reguły wyrażonej w art. 353¹ kc, jeżeli brak byłoby w tej mierze bliższych regulacji kaucji w zakresie określonej grupy stosunków obligacyjnych. Wprawdzie tzw. porozumienia kaucyjne łączy ich funkcja zabezpieczająca (stworzenie stanu zabezpieczenia określonych wierzytelności), nie może ona jednak przesądzać prawnego charakteru wierzytelności przysługującej osobie uprawnionej do zwrotu kaucji.

W ustawie o ochronie praw lokatorów faktycznie mowa jest o waloryzacji kaucji zabezpieczającej (art. 6 ust. 3, art. 36 ust. 2 u.o.p.l.). Jednak, po pierwsze, to uregulowanie odnosi się do umów objętych wskazaną ustawą, a więc dotyczących lokali służących do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, a także lokali będących pracowniami służącymi twórcom do prowadzenia działalności w dziedzinie kultury i sztuki. Wyłączone zostały chociażby lokale użytkowe, co do których nie przewidziano analogicznych unormowań.

⁴⁷ P. Mikłaszewicz, [w:] K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz. Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, t. I, Warszawa 2013, s. 718.

⁴⁸ T. Dybowski, A. Pyrzyńska, [w:] *System...*, s. 240.

⁴⁹ III CZP 58/02, OSNC 2003, nr 9, poz. 117.

Po drugie, SN zasugerował w powyższej uchwale, że wierzytelność o zwrot kaucji powstaje już w chwili wpłacenia kaucji wynajmującemu, natomiast staje się wymagalna w razie pojawienia się zdarzeń prawnych określonych w ustawie, a więc już od chwili wpłacenia kaucji najemcą i wynajmującego łączy dodatkowy – obok stosunku najmu – stosunek zobowiązaniowy, z którego dla najemcy wynika wierzytelność pieniężna o zwrot przedmiotu kaucji, przy czym zakres tej wierzytelności pozostaje uzależniony od tego, czy istniały postawy do dokonania potrącenia należności wynajmującego objętych porozumieniem kaucyjnym. Takie stanowisko abstrahuje od samej czynności uiszczenia kaucji zabezpieczającej, a skupia się na obowiązku jej zwrotu. Inny jest cel i istota tych dwóch czynności, a nadto wierzytelność najemcy z tytułu zwrotu kaucji zabezpieczającej jest wierzytelnością przyszłą pod warunkiem zawieszającym, że nie powstaną roszczenia wynajmującego w związku z nienależytym wykonaniem umowy najmu przez najemcę, w wyniku czego wynajmujący będzie uprawniony do skorzystania z ustanowionego zabezpieczenia. Dopiero wówczas powstanie wierzytelność pieniężna najemcy. Należy więc odróżnić świadczenie najemcy z tytułu kaucji zabezpieczającej i świadczenie wynajmującego z tytułu jej zwrotu.

Po trzecie, w uchwale z 10.09.1999 r.⁵⁰ SN stwierdził, że podlegająca zwrotowi kwota kaucji mieszkaniowej nie jest świadczeniem pieniężnym, którego wysokość mogłaby być zmieniona na podstawie art. 358¹ § 3 kc. Można stąd wnioskować, bo nie zostało to wprost wyrażone w tym orzeczeniu, że zobowiązanie obejmujące zwrot kaucji zabezpieczającej nie stanowi w istocie zobowiązania pieniężnego, ale zobowiązanie niepieniężne ze świadczeniem pieniężnym, przy czym jej zwrot ma zapobiec bezpodstawnemu wzbogaceniu się wynajmującego kosztem najemcy. Chociaż taki pogląd nie wydaje się być właściwy, to lepiej oddaje istotę charakteru prawnego kaucji zabezpieczającej niż przyjęcie, że od początku chodzi o świadczenie pieniężne.

6. Obowiązek uiszczenia kaucji zabezpieczającej a wina najemcy

Dopiero po ustaleniu, że jest w ogóle możliwe zastrzeżenie kary umownej w omawianej sytuacji, zasadne będzie dalsze ustalenie, czy w konkretnym wypadku taka kara się należy. Ten automatyzm w naliczeniu kary umownej, jeżeli wystąpią wskazane w umowie okoliczności, nie oznacza bowiem, że w każdym

⁵⁰ III CZP 24/99, OSNC 2000, nr 3, poz. 44; zob. też uchwałę SN z 24.06.1999 r., III CZP 13/99, OSNC 2000, nr 1, poz. 3.

wypadku dłużnik będzie zobowiązany do jej zapłaty. Nie chodzi tu o powstanie szkody po stronie osoby uprawnionej, gdyż po początkowych sporach, ostatecznie w orzecznictwie ukształtowało się stanowisko, w wyniku podjęcia przez SN powołanej wcześniej uchwały 7 sędziów z 6.11.2003 r., że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody⁵¹, aczkolwiek już po niej w orzecznictwie wyrażono również pogląd, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie aktualizuje się w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jeżeli jednocześnie nie powstanie szkoda⁵². Podobnie w doktrynie wskazano, że skoro kara umowna zastępuje odszkodowanie, to przy niezmienności przesłanek warunkujących jej powstanie, w razie braku szkody odpadnie konieczność jej zapłaty⁵³. Słusznie jednak podkreśla się, że wedle art. 484 § 1 kc całkowity brak szkody wierzyciela lub jej niewielka wartość co najwyżej uzasadnia miarkowanie kary, a nie zupełne zwolnienie z jej zapłaty⁵⁴. Innymi słowy, nie jest możliwe zmiarkowanie kary umownej do „zera”, nawet jeżeli wierzyciel nie poniósł w ogóle szkody, jednak okoliczność ta musi być wzięta pod uwagę przy ustaleniu, czy kara nie jest rażąco wygórowana, przy uwzględnieniu pozostałych funkcji tego zastrzeżenia umownego. Wynika to z faktu, że chociaż podstawową funkcją kary umownej jest funkcja odszkodowawcza, to nie sposób nie wziąć pod uwagę innych, wymienionych wcześniej funkcji. Przyjęcie tej ostatniej koncepcji oznaczałoby *de facto*, że odpowiedzialność z tytułu kary umownej niczym nie różniłaby się od odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 kc.

Natomiast istnieje możliwość zwolnienia się dłużnika z obowiązku zapłaty kary umownej na zasadzie analogicznej do wynikającej z art. 471 kc, który to przepis zawiera domniemanie winy, a więc że niewykonanie lub nienależyte

⁵¹ Zob. także np. wyroki SN: z 1.04.2004 r., II CK 94/03, Lex nr 174161 i z 17.06.2004 r., V CK 614/03, Lex nr 585896; wyrok SA w Warszawie z 18.10.2012 r., I ACa 378/12, Lex nr 1246925; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 181, Idem, *Glosa do uchwały 7 sędziów SN z dnia 6 listopada 2003 r.*, III CZP 61/03, OSP 2004, z. 9, poz. 115, Z. Kwaśniewski, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 maja 1980 r.*, I CR 229/80, PiP 1982, nr 1–2, s. 183. W. Borysiak, *Zastrzeżenie kary umownej a kompensacja niemajątkowych uszczerbków wierzyciela*, *Palestra* 2007, nr 5–6, s. 17.

⁵² Wyrok SA w Katowicach z 20.03.2013 r., I ACa 132/13, Lex nr 1307425.

⁵³ Zob. T. Wiśniewski, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia*, t. 1, Warszawa 2007, s. 628, M. Kępiński, *Uwagi o karze umownej ze szczególnym uwzględnieniem praktyki sądów polubownych*, [w:] A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska (red.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 447, K. Zagrobelny, [w:] *Kodeks...*, s. 983.

⁵⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z 15.03.2012 r., I ACa 101/12, Lex nr 1130912.

wykonanie zobowiązana nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna, dla realizacji przysługującego mu roszczenia musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania⁵⁵. W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że skoro przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to takie zasady obowiązują w odniesieniu do omawianego dodatkowego zastrzeżenia umownego. Dłużnik zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności⁵⁶. W związku z tym najemca może zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że nieuiszczenie kaucji zabezpieczającej wynikało z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności.

7. Podsumowanie

Omawiane zagadnienie może budzić wątpliwości, jednak pozytywna lub negatywna odpowiedź na postawione pytanie skutkuje – odpowiednio – ważnością lub nieważnością postanowienia w przedmiocie zastrzeżenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. Mechaniczne uznanie kaucji zabezpieczającej jako świadczenia o charakterze pieniężnym, aczkolwiek – przy literalnym ujęciu świadczenia pieniężnego – możliwe, prowadziłoby do wątpliwych wniosków, biorąc pod uwagę istotę i cel tej formy zabezpieczenia, szczególnie w zestawieniu z innymi formami zabezpieczeń. Niezasadne wydaje się rozróżnienie zabezpieczeń stosowanych w umowach najmu, ale również w innych typach umów, tylko z punktu widzenia formy ustanawianego zabezpieczenia, co dla zastosowania art. 483 § 1 kc ma podstawowe znaczenie. Taki sposób ustalenia charakteru świadczenia skutkowałby uznaniem tego samego postanowienia umownego, które reguluje karę umowną z tytułu odstąpienia od

⁵⁵ Zob. np. wyroki SN: z 31.03.2004 r., III CK 446/02, Lexnr 446/02, z 7.07.2005 r., V CK 869/04, Lex nr 150649 i z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, Lex nr 1378171.

⁵⁶ Zob. np. W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 2009, s. 350, Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, Warszawa 2012, s. 345, Z. Gawlik, [w:] *Komentarz...*, s. 655; wyrok SN z 31.03.2004 r., III CK 446/02, Lex nr 585806, wyrok SA w Warszawie z 5.04.2016 r., VI ACa 315/15, Lex nr 2057734.

umowy, za ważne lub nieważne – w zależności tylko od tego, jaką formę zabezpieczenia strony przewidziały, a jak wykazano – również w zależności od zachowania jednej ze stron umowy. W związku z tym w pewnych sytuacjach należy badać cel i istotę świadczenia, jego ekonomiczny charakter. Te elementy decydują o charakterze świadczenia w rozumieniu art. 483 § 1 kc.

Uznanie wbrew powyższym wywodom, że w odniesieniu do omawianego zobowiązania mamy do czynienia świadczeniem pieniężnym, spowodowałoby konieczność poszukiwania rozwiązania, które mogłoby zostać uznane za zgodne z art. 483 § 1 kc. Stosunkowo łatwe, z punktu widzenia wynajmującego, biorąc pod uwagę powołane definicje, byłoby wprowadzenie do umowy klauzuli zawierającej zobowiązanie najemcy do przedłożenia w określonym terminie dowodu zapłaty kaucji zabezpieczającej. Uiszczenie kaucji gwarancyjnej byłoby świadczeniem pieniężnym, zaś złożenie dowodu jej zapłaty, a więc czynność techniczna – świadczeniem niepieniężnym. Niemniej w odniesieniu do innych form zabezpieczenia roszczeń, które nie polegają na wpłacie kwoty pieniężnej, taka klauzula nie byłaby konieczna. W ten sposób można byłoby obejść również art. 483 § 1 kc w zakresie obowiązku uiszczenia czynszu najmu, a więc przez każdorazowe zobowiązania do przedłożenia dowodu jego uiszczenia oraz powiązanie z tym obowiązkiem prawa odstąpienia od umowy i kary umownej. Cel i istota zobowiązania sprzeciwiałyby się uznaniu ważności tego rodzaju klauzul umownych, gdyż za świadczenie mające na celu zaspokojenie wierzyciela należałoby uznać uiszczenie kaucji zabezpieczającej, a nie przedłożenie dowodu jej zapłaty, jednak automatyczne kwalifikowanie świadczenia pieniężnego jako tego, które dotyczy pieniądza, prowadziłyby do takiego właśnie wniosku.

CONTRACTUAL PENALTY FOR WITHDRAWAL FROM A TENANCY AGREEMENT DUE TO NON-PAYMENT OF THE SECURITY DEPOSIT

The subject of consideration is the admissibility of the cessation of contractual penalties in the event of the lessor's withdrawal from a tenancy agreement, as a result of the tenant's failure to pay a security deposit against the lessor's future rentals under the contract. Additional reservation of contractual penalty may relate only to non-performance or undue performance of a non-monetary obligation and therefore can't be related to non-performance or undue performance of a monetary obligation (art. 483 § 1 k.c.). It's important that the security deposit – in contrast to other forms of security – has a monetary nature. If you consider that this method of payment determines the nature of the security deposit as a cash payment and the tenant fails to pay the it or doesn't restore the security to the original amount, then the provision for a contractual penalty for withdrawal from a tenancy agreement for that reason would be invalid. The question is if the nature of the rendition determines the manner in which it is fulfilled, or the purpose for which the debtor pays a specified amount of money. This issue may raise serious doubts, but the automatic recognition of a security deposit as a cash rendition, although – literally speaking, possibly to consider – could lead to unlikely conclusions, given the nature and purpose of this form of warrant, especially in comparison to other forms. Consequently, in certain situations, the purpose and the essence of the rendition, its economic character, should be explored, since those elements determine the nature of the rendition within the meaning of art. 483 § 1 k.c.

Marcin Rojszczak ■

OCHRONA TAJEMNICY ADWOKACKIEJ A USŁUGI ŚWIADCZONE W CHMURZE OBLICZENIOWEJ

Wprowadzenie¹

Wykonywanie zawodów prawniczych nierozzerwalnie wiąże się z obowiązkiem dochowania tajemnicy zawodowej. W szczególności praca adwokata i radcy prawnego, polegająca na świadczeniu pomocy prawnej, wiąże się z podwyższonymi standardami w zakresie ochrony powierzonych informacji.

Podstawę prawną zachowania tajemnicy przez członków korporacji adwokackiej (a więc adwokatów i aplikantów adwokackich) stanowi art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze, zgodnie z którym adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (art. 6 ust. 1), a obowiązek ten nie może być ograniczony w czasie (art. 6 ust. 2). Dalsze uszczegółowienie zakresu przedmiotowego tajemnicy adwokackiej znalazło rozwinięcie w przepisach Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (dalej: Kodeks), zgodnie z którymi tajemnicą objęte są także wszystkie wiadomości, notatki i dokumenty dotyczące sprawy uzyskane od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują (§ 19 ust. 3). Należy przy tym zaznaczyć, że zgodnie z wyrokiem NSA z dn. 21 września 1998 roku², tajemnicą adwokacką nie są objęte dane personalne klienta

¹ Stan prawny na dzień 1.02.2017; poprawność odnośników internetowych zweryfikowana 25.08.2017.

² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dn. 21 września 1998, sygn. akt: I SA/Ka 2214–2223/96.

i ogólna informacja (wiedza) o rodzaju świadczonej na jego rzecz usługi prawnej. W literaturze przedmiotu wskazuje się ponadto, że konsekwencją nieograniczonego w czasie charakteru tajemnicy adwokackiej jest także uznanie za niedopuszczalne powierzenie archiwizacji dokumentów zewnętrznym wyspecjalizowanym firmom zajmującym się przechowywaniem danych³.

Adwokat korzystający w pracy zawodowej z komputera lub środków elektronicznego utrwalania danych obowiązany jest przy tym stosować oprogramowanie i inne techniki zabezpieczające dane przed ich niepowołanym ujawnieniem (art. 19 ust. 5 Kodeksu). W przypadku przekazywania informacji objętych tajemnicą zawodową za pomocą elektronicznych środków przekazu wymaga się przy tym zachowania ostrożności i uprzedzenia klienta o ryzykach związanych z zachowaniem poufności przy wykorzystaniu tych środków (art. 19 ust. 6 Kodeksu).

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że co do zasady powiadomienie czy nawet uzyskanie zgody klienta w zakresie korzystania z elektronicznych kanałów komunikacji nie ogranicza ani nie zwalnia z odpowiedzialności adwokata za zachowanie tajemnicy zawodowej. Z obowiązku zachowania tajemnicy nie może zwolnić adwokata nawet osoba, której świadczona jest pomoc prawna. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 2 czerwca 2011 r., tajemnica zawodowa adwokata czy radcy prawnego wynika z mocy ustawy i ma na celu ochronę nie tylko interesu prywatnego, lecz chroni również interesy danych samorządów zawodowych, a także ma na względzie dobro wymiaru sprawiedliwości. Z tego względu instytucja ta ma charakter *ius cogens*, a nie *ius dispositivum*⁴. W efekcie adwokat, dobierając środki komunikacji elektronicznej, musi rozważyć ryzyka, jakie się z nimi wiążą, i nie rekomendować technik, które nie gwarantują odpowiedniego poziomu poufności przekazywanej informacji.

Ponieważ przepisy ustawy – Prawo o adwokaturze oraz postanowienia kodeksu korporacyjnego w oczywisty sposób nie wiążą co do obowiązku zachowania tajemnicy inne podmioty, niż członkowie adwokatury, w przepisie § 19 ust. 4 doprecyzowano, że adwokat powinien zobowiązać swoich współpracowników i personel oraz wszelkie osoby zatrudnione przez niego podczas wykonywania działalności zawodowej do przestrzegania obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

³ J. Kurcek, *Tajemnice zawodów prawniczych. Tajemnica adwokacka*, MOP 2013, Nr 23, s. 1278

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 2 czerwca 2011 r., sygn. akt: SDI 13/11.

Chmura obliczeniowa

W codziennej praktyce większości kancelarii prawnych powszechnie wykorzystywane są nie tylko komputery, ale także komunikacja za pośrednictwem poczty elektronicznej. Informatyzacja pracy prawnika to trend oczywisty, wynikający nie tylko z powszechnych zmian technologicznych – a co za tym idzie z oczekiwań klientów – ale także ze strategii informatyzacji państwa, której częścią jest także cyfryzacja postępowań sądowych. Adwokaci coraz częściej korzystają także z nowoczesnych usług udostępnianych w formie tzw. chmury obliczeniowej.

Przed dalszymi rozważaniami na temat ochrony tajemnicy adwokackiej, konieczne jest odpowiednie zdefiniowanie i przedstawienie modelu funkcjonowania chmury obliczeniowej. Zgodnie z najczęściej przywoływaną w literaturze przedmiotu definicją, wprowadzoną przez amerykański NIST, chmurę obliczeniową można określić jako sposób dostępu poprzez sieć komputerową do współdzielonych i łatwo konfigurowalnych zasobów obliczeniowych (sieci, serwerów, aplikacji czy usług), które na żądanie, dynamicznie mogą być przydzielane i zwalniane, przy równoczesnym minimalnym zaangażowaniu serwisów technicznych⁵. Chmura obliczeniowa jest więc sposobem udostępniania zasobów informatycznych jej użytkownikom.

Rozmawiając o usługach udostępnianych w chmurze obliczeniowej, należy zrozumieć, że termin ten jest wykorzystywany do opisywania całego zbioru technik i technologii. W szczególności wyróżnić można trzy podstawowe modele udostępniania usług za pomocą chmury obliczeniowej⁶:

- *Software as a Service* (SaaS) – w którym użytkownik otrzymuje dostęp do gotowej usługi, uruchomionej i działającej w oparciu o infrastrukturę sprzętowo-programową usługodawcy; w takim przypadku usługobiorca korzysta z udostępnionej mu usługi, a więc funkcjonalności systemu informatycznego na warunkach i w zakresie wynikającym z zaakceptowanego regulaminu,
- *Platform as a Service* (PaaS) – w którym przedmiotem świadczenia usługi jest udostępnienie platformy informatycznej usługodawcy, z wykorzystaniem której klient może tworzyć, rozwijać i eksploatować własne programy użytkowe,

⁵ P. Czerwonka, T. Lech, G. Podgórski, *Chmura obliczeniowa*, Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Oeconomica nr 261/2011.

⁶ P. Mell, T. Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing*, National Institute of Standards and Technology, Special Publication 800-145, wrzesień 2011.

- *Infrastructure as a Service* (IaaS) – w której użytkownik otrzymuje dostęp do środowiska IT usługodawcy, oferującego uzgodnione wcześniej parametry przetwarzania (np. moc obliczeniową, przepustowość łączy sieciowych, powierzchnię dyskową, ale także np. gwarantowane wskaźniki dostępności itp.).

Ponadto usługi świadczone w modelu chmury obliczeniowej mogą być udostępnione w kilku modelach eksploatacyjnych, z których dwa najważniejsze to chmura prywatna (*private cloud*) oraz chmura publiczna (*public cloud*). W pierwszym podejściu chmura obliczeniowa jest projektowana i eksploatowana przez jeden podmiot na wyłączność. W takim przypadku najczęściej wszystkie elementy implementacyjne rozwiązania (konfiguracja środowiska IT, jego wydajność, ale także lokalizacja geograficzna) jest szczegółowo uzgadniana pomiędzy usługodawcą i usługobiorcą. Rozwiązanie to, ze względu na swoje koszty, znajduje praktyczne zastosowanie do obsługi dużych podmiotów, często korporacji międzynarodowych. Dużo częstszym rozwiązaniem jest korzystanie z chmury publicznej, za pomocą której świadczone są stypizowane usługi dla określonego kręgu odbiorców, zazwyczaj przez publiczną sieć Internet.

Podkreślić należy, że w każdym ze wskazanych wyżej modeli usługowych, użytkownik korzysta z zasobów udostępnionych przez usługodawcę. Fundamentem przetwarzania w chmurze jest przetwarzanie rozproszone, w którym użytkownik nie wie i nie musi wiedzieć, na jakich konkretnie elementach infrastruktury IT usługodawcy (procesorach, macierzach dyskowych itp.) przetwarzane są jego informacje. Co więcej, normą jest świadczenie tego typu usług z wykorzystaniem zasobów zlokalizowanych w wielu rozproszonych geograficznie centrach przetwarzania. W rezultacie użytkownik korzystający kilkakrotnie z tej samej usługi (np. poczty elektronicznej Google Gmail), może za każdym razem być obsługiwany przez inny serwer zlokalizowany w innym centrum przetwarzania danych, które znajduje się w innym kraju, a nawet na innym kontynencie. Analogicznie, dane użytkownika mogą być automatycznie przenoszone pomiędzy różnymi macierzami dyskowymi, a nawet różnymi centrami przetwarzania danych, aby zoptymalizować użycie całej infrastruktury lub uniknąć problemów wydajnościowych. Co więcej, operatorzy chmur publicznych często rezerwują sobie prawo do korzystania z podwykonawców w celu zapewnienia potrzebnej infrastruktury IT.

Dalsze rozważania na temat zachowania tajemnicy zawodowej w usługach świadczonych z wykorzystaniem chmury obliczeniowej zostaną skoncentrowane na usługach SaaS świadczonych w chmurze publicznej. Do usług tego typu można zaliczyć popularne serwisy poczty elektronicznej (np. Google Gmail, Yahoo Mail czy Microsoft Outlook Web Access), usługi aplikacji

biurowych (np. Microsoft Office 365 czy Google Apps), czy usługi przechowywania i udostępniania plików (np. Dropbox, Google Drive, Microsoft OneDrive). Jest to bez wątpienia przypadek najbardziej częsty, a w efekcie mający największe znaczenie praktyczne.

Dane prawników w chmurze obliczeniowej

Korzystanie z usług świadczonych w chmurze obliczeniowej stało się przedmiotem licznych analiz, z których wiele jest ukierunkowanych na zbadanie technicznych lub ekonomicznych korzyści związanych z nowym modelem przetwarzania danych. W przypadku usług prawniczych, korzystanie z chmury obliczeniowej wiąże się także z fundamentalnymi kwestiami prawnymi, takimi jak zakres i skuteczność prawa do obrony czy kwestia ochrony praw podstawowych w cyfrowym świecie.

Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) w 2012 roku wydała wytyczne związane z używaniem usług świadczonych w chmurze obliczeniowej przez prawników⁷. W dokumencie nakreślono najważniejsze ryzyka i obszary wymagające indywidualnej weryfikacji, przed podjęciem decyzji o przeniesieniu danych do chmury obliczeniowej. W pierwszej kolejności podkreślono znaczenie wyboru prawa właściwego oraz jurysdykcji obejmującej podmiot świadczący usługi – co jest szczególnie istotne, ponieważ przepisy prawne związane z prywatnością i dostępem do danych stanowiących tajemnicę zawodową różnią się pomiędzy poszczególnymi krajami, zwłaszcza poza obszarem EOG.

Z uwagi na znaczenie firm amerykańskich dla globalnego rynku przetwarzania danych w chmurze, szczególną uwagę należy zwrócić tamtejszej legislacji. Z uwagi na niejednorodny system prawny obowiązujący w Stanach Zjednoczonych, na wstępie należy zaznaczyć, że kwestia ochrony informacji oraz prawa do prywatności jest w większości przypadków obszarem jurysdykcji prawa federalnego. Jakkolwiek ochrona przed bezzasadnym zatrzymaniem i przeszukaniem jest wartością chronioną konstytucyjnie, wskazać należy na liczne przypadki dowodzące funkcjonowania rozbudowanego systemu inwigilacji obywateli przez władze amerykańskie.

Przykładem mogą być ujawnione przez E. Snowdena informacje o *quazi-legalnym* dostępie przez amerykańskie agencje wywiadowcze do danych przetwarzanych przez firmy amerykańskie (w tym największych na świecie dostawców

⁷ Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE Guidelines on the use of cloud computing services by lawyers*, 7 września 2012.

usług chmurowych – takich jak Google czy Amazon). Informacje te wzbudziły uzasadnione obawy co do wiarygodności Stanów Zjednoczonych jako odpowiedzialnego partnera w zakresie ochrony danych osobowych i stały się podstawą do wydania przez Trybunał Sprawiedliwości UE wyroku w sprawie C-362/14, którego konsekwencją było czasowe wstrzymanie transgranicznego przepływu danych osobowych z Unii Europejskiej do Stanów Zjednoczonych⁸.

W swojej analizie CCBE wskazuje ponadto na listę elementów, które powinny zostać uwzględnione w umowie z operatorem usługi świadczonej w *cloud computingu* w wykonaniu której przetwarzane będą informacje stanowiące tajemnicę zawodu prawniczego. Poza kwestią wskazania prawa i sądu właściwego do rozstrzygania sporów, w umowie określone powinny zostać między innymi⁹: kwestia własności danych oraz wyłącznego dostępu do nich, zakaz korzystania z podwykonawców bez uzyskania wcześniejszej zgody usługobiorcy, miejsce fizycznej lokalizacji serwerów, prawo do kontroli i audytu przestrzegania zapisów umownych, zasady przetwarzania danych osobowych zgodne z krajowymi wymaganiami obowiązującymi usługobiorcę, kary umowne oraz zakres odpowiedzialności usługodawcy w przypadku naruszenia poufności informacji.

Problem wyboru odpowiedniej jurysdykcji może jednak występować także w obszarze UE oraz EOG. Należy pamiętać, że chociaż państwa Wspólnoty wypracowały wspólne podstawy prawne w zakresie ochrony praw podstawowych, do których należą także dane osobowe, pomiędzy systemami prawnymi istnieją znaczące różnice w zakresie zakresu i granic tajemnic zawodowych, takich jak tajemnica adwokacka. Pomocne w ocenie ryzyk oraz podjęciu decyzji w zakresie skorzystania z konkretnego dostawcy *cloud computingu* może być opublikowana w kwietniu 2014 przez CCBE analiza dotycząca prawnych ram ochrony tajemnicy zawodowej prawników w poszczególnych krajach UE¹⁰. Jednym z badanych obszarów była ochrona danych przetwarzanych w chmurze, ze szczególnym uwzględnieniem możliwości uzyskania przez władze lub organy ścigania informacji objętych tajemnicą zawodową poprzez zobowiązanie dostawcy usług do ich ujawnienia. Na 18 badanych systemów prawnych, według udzielonych informacji tylko w jednym przypadku – Szwecji – istnieją przepisy, które wymagają przekazania takiego żądania do właściciela informacji, w analizowanym przypadku prawnika – który może odmówić ujawnienia informacji na podstawie przepisów o tajemnicy zawodowej. We wszystkich pozostałych krajach (także

⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dn. 6 października 2015, sygn. akt: C-362/14.

⁹ Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE Guidelines*, op. cit., s. 8.

¹⁰ Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE Comparative Study on Governmental Surveillance of Lawyers' Data in the Cloud*, 04 kwietnia 2014

w Polsce) istniejące prawo nie określa odmiennego statusu firm świadczących usługi *cloud computingu*, w szczególności nie precyzuje, że firmy te nie są właścicielami danych, które przetwarzają i nie powinny być zmuszane do ujawniania/przekazywania tych danych bez zgody czy nawet wiedzy właściciela. CCBE zbadało także, czy dostawcy usług mogą dobrowolnie, bez otrzymania żądania w tym zakresie, ujawnić dane klientów organom ścigania oraz czy w przypadku konieczności ujawnienia informacji (otrzymania skutecznego żądania wydane-go w oparciu o przepisy obowiązujące w danym państwie członkowskim), dostawca usług musi poinformować o tym fakcie prawnika, którego dane ujawnia. W każdym z badanych obszarów ujawnione zostały różnice w legislacji poszczególnych państw UE.

Ochrona komunikacji pomiędzy prawnikiem a klientem była także przedmiotem precedensowego wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie AM&S Europe przeciwko Komisji, w której Trybunał uznał, że tajemnica komunikacji między adwokatem i jego klientem powinna być chroniona na podstawie prawa Unii w zakresie, w jakim spełnione są dwie przesłanki wskazane w pkt 21 tego wyroku – tj. związana jest z realizacją prawa do obrony oraz jest prowadzona przez adwokata nie będącego pracownikiem klienta¹¹. Kwestia ochrony komunikacji prawników świadczących pomoc prawną swoim pracodawcom (tzw. *in-house*) była ponownie przedmiotem analizy w 2010 roku, w wyniku której Trybunał uznał, że sytuacja prawna w państwach członkowskich Unii Europejskiej nie zmieniła się na przestrzeni lat, które upłynęły od wydania wyroku w sprawie AM&S Europe przeciwko Komisji, w zakresie uzasadniającym rozwój orzecznictwa w kierunku przyznania adwokatom wewnętrznym przywileju ochrony tajemnicy w komunikacji z klientem będącym ich pracodawcą¹².

Kancelaria Hogan Lowells w 2012 roku przygotowała podobne do CCBE opracowanie w odniesieniu do Stanów Zjednoczonych i 7 wybranych krajów Ameryki Środkowej i Południowej¹³. Jednakże w tym wypadku celem było przeanalizowanie uprawnień rządu w dostępie do dowolnych danych przetwarzanych w chmurze obliczeniowej – niekoniecznie związanych z wykonywaniem zawodów prawniczych. Jeden z najważniejszych wniosków przedstawionych w raporcie dotyczy wskazania, że w przypadku dostępu agencji rządowych do danych przechowywanych w chmurze istotna nie jest lokalizacja geograficzna serwerów, ale prawo właściwe dla firmy, która jest operatorem usługi świadczonej

¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dn. 18 maja 1982, sygn. akt: 155/79

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dn. 14 września 2010, sygn. akt: C-550/07.

¹³ C. Wolf, B. Cohen, *Pan-American Governmental Access to Data in the Cloud*, Hogan Lowells White Paper 2014.

z ich wykorzystaniem. Jak wykazano w analizie Hogan Lowells, w przypadku większości z badanych systemów prawnych (w tym Stanów Zjednoczonych, Brazylii czy Meksyku), usługodawcy mogą zostać zobowiązani do ujawnienia danych swoich klientów, także przetwarzanych w innym kraju.

W chwili obecnej, z uwagi na brak szczegółowych regulacji nie tylko na poziomie krajowym, ale także europejskim, skuteczność ochrony danych objętych tajemnicą zawodów prawniczych zależy w dużej mierze od świadomości prawnej pracowników firmy przetwarzającej dane, a także szczegółowych zapisów w umowie regulujących zasady korzystania z usług. Bez wątpienia, niezależnie od rozważenia innych ryzyk, prawnik decydujący się na korzystanie z usług *cloud computingu* powinien przeanalizować gwarancje związane z ochroną tajemnicy zawodowej w jurysdykcji właściwej dla zawartej umowy oraz zadbać, aby w jej zapisach uwzględnić jasną deklarację, że usługa będzie wykorzystywana do przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę zawodową.

Ochrona danych osobowych i przekazywanie danych do państwa trzeciego

Należy zwrócić uwagę, że obszarem nierozdzielnie związanym z tajemnicą adwokacką jest także ochrona danych osobowych. Z uwagi na specyfikę pracy adwokata, świadczącego profesjonalną pomoc prawną, dbałość o ochronę informacji dotyczących jego klientów, ale także danych osobowych powierzonych przez klientów czy innych uczestników postępowania wymaga odpowiedniego zrozumienia i stosowania przepisów o ochronie danych osobowych. W szczególności bez trudu można wykazać, że w przypadku niedochowania przez adwokata zobowiązań wynikających z przepisów o ochronie danych osobowych naruszenie tajemnicy zawodowej jest oczywiste.

Problem ten dodatkowo zyskuje na znaczeniu wobec niedawnych doniesień w zakresie kontroli zapowiedzianych przez GIODO w zakresie przestrzegania przepisów związanych z ochroną danych osobowych przez kancelarie prawne z uwzględnieniem zagadnień związanych z przechowywaniem danych w chmurze obliczeniowej¹⁴.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych (dalej: uodo), przepisy ustawy stosuje się do osób fizycznych i osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, jeżeli przetwarzają dane

¹⁴ „NRA uprzedza o kontrolach GIODO”, <http://www.prawnik.pl/wiadomosci/adwokaci/artykuly/994314,nra-uprzedza-o-kontrolach-giodo.html>

osobowe w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych. Bez wątpienia zatem zakresem podmiotowym regulacji objęte są kancelarie adwokackie (łącznie działalności zarobkowej oraz zawodowej), które zgodnie z terminologią przyjętą w ustawie należy uznać za administratorów danych – a więc podmioty decydujące o celach i środkach przetwarzania danych osobowych.

Warto w tym momencie zwrócić uwagę na przepis art. 43 ust. 1 pkt 5 uodo, zgodnie z którym administratorzy danych zwolnieni są z obowiązku rejestracji zbioru danych dotyczących osób korzystających z obsługi adwokackiej. Przepis ten wyłącza zatem obowiązek rejestracji zbioru danych osobowych, o którym mowa w art. 40, w zakresie zbioru danych klientów kancelarii. Nie wyłącza jednak co do zasady obowiązku stosowania szczegółowych rozwiązań przewidzianych w ustawie do ochrony tego zbioru, w szczególności konieczności opracowania i wdrożenia polityki bezpieczeństwa, nadania upoważnień osobom dopuszczonym do przetwarzania danych osobowych oraz prowadzenia ewidencji osób upoważnionych do przetwarzania danych.

Przepisy ustawy w art. 27 ust. 1 wprowadzają ponadto odrębną definicję tzw. danych wrażliwych – do których zaliczone zostają m.in. informacje dotyczące stanu zdrowia, nałogach lub życia seksualnym oraz dane związane ze skazaniami, orzeczeniami o ukaraniu i mandatach karnych, a także związane z innymi orzeczeniami wydanymi w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. Nierzadko zatem teczki prowadzonych spraw w kancelarii prawnej będą zawierały dane osobowe szczególnie wrażliwe. W tym miejscu warto zauważyć, że chociaż przepis art. 27 ust. 1 uodo wprowadza ogólny zakaz przetwarzania takich informacji, to zgodnie z art. 27 ust. 2 pkt 5 uodo przetwarzanie to jest dopuszczalne, jeżeli dotyczy danych, które są niezbędne do dochodzenia praw przed sądem. Jak wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dn. 5 sierpnia 2005 roku, w przypadku udostępniania przez adwokata informacji stanowiących dane wrażliwe w celu przygotowania pozaprosesowej opinii nie dochodzi do naruszenia przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, bowiem czynność taka służy realizacji prawa do obrony osoby oskarżonej w postępowaniu sądowym i znajduje swoje oparcie w przepisie art. 27 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych. Sąd ponadto podkreślił, że obowiązek zachowania przez adwokata tajemnicy zawodowej nie oznacza, iż adwokat będący obrońcą w procesie karnym, nie jest uprawniony i zobowiązany do podejmowania działań mających na celu obronę oskarżonego¹⁵. Należy jednak zauważyć, że o ile udostępnienie

¹⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dn. 5 sierpnia 2005, sygn. akt: II SA/Wa 564/05.

danych osobowych – w tym danych wrażliwych – innym uczestnikom postępowania znajduje oparcie w obowiązujących przepisach, to już sposób udostępnienia tych informacji powinien zostać przeprowadzony zgodnie z reżimem ustawy. W szczególności skorzystanie ze środków komunikacji elektronicznej (np. poczty elektronicznej lub usługi przechowywania i udostępniania plików) oznacza, że dane te są przetwarzane nie tylko przez uprawnionego uczestnika postępowania – ale również przez usługodawcę internetowego.

Zgodnie z art. 31 uodo administrator danych może powierzyć innemu podmiotowi, w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych. Zgodnie z definicją przedstawioną w ustawie, przetwarzaniem danych jest także ich przechowywanie – zwłaszcza, jeżeli wykorzystuje się do tego systemy informatyczne. Nie ma zatem wątpliwości, że skorzystanie przez administratora danych z usługi informatycznej, która wiąże się z przechowywaniem informacji zawierających dane osobowe w systemach informatycznych usługodawcy – jest w świetle przepisów ustawy powierzeniem przetwarzania danych osobowych.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych najczęściej będzie miała postać umowy o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 kc stosuje się przepisy o zleceniu¹⁶. Brak zachowania formy pisemnej nie będzie wywierał skutku nieważności umowy (art. 73 § 1 kc). Usługi związane z przetwarzaniem danych w chmurze obliczeniowej najczęściej są zawierane na odległość, bez fizycznej obecności obu stron – często z wykorzystaniem gotowych wzorców umów i regulaminów, które są akceptowane przez użytkownika podczas rejestracji usługi. W takim wypadku praktyczne zastosowanie mogą znaleźć znowelizowane przepisy Kodeksu cywilnego, wprowadzające od 8 września 2016 do porządku prawnego formę dokumentowej czynności prawnej. Zgodnie z art. 77² kc, do jej zachowania wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie, przy czym dokumentem może być także nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 77³ kc). Zaktualizowane przepisy cały czas wymagają w celu zachowania elektronicznej formy czynności prawnej opatrzenia oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym – co w przypadku usług świadczonych w chmurze jest rozwiązaniem niespotykanym. Należy jednak zwrócić uwagę, że zachowanie formy dokumentowej nie jest równoważne zachowaniu formy pisemnej (por. art. 78¹ ust. 2 kc) – a na taką wskazuje wprost aktualna redakcja art. 31 uodo. Nie zasługuje przy tym na aprobatę pogląd wyrażony przez P. Barta, jakoby zawarcie

¹⁶ P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, art. 31, Wydanie 4, C. H. Beck 2016.

umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych w formie dokumentowej było dopuszczalne już w obecnym reżimie prawnym, w związku z czym nowelizacja art. 31 nie jest konieczna¹⁷. P. Barta dokonuje błędnego podziału formy pisemnej na dokumentową oraz elektroniczną, podczas gdy oczywistym zamiarem ustawodawcy było dodanie nowej – obok istniejących wcześniej – formy szczególnej składania oświadczeń woli¹⁸.

W piśmiennictwie wskazuje się na niewielkie praktyczne zastosowanie formy dokumentowej w obecnym kształcie przepisów prawa cywilnego¹⁹. Podnosi się także argument, że wprowadzanie oddzielnej formy czynności prawnej nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, gdy to od woli stron zależy, jaki sposób wyrażenia woli uznają za wystarczający w łączącym je stosunku (swoboda formy)²⁰. Należy jednak podkreślić, że obszar przetwarzania danych osobowych jest dobrym przykładem możliwości praktycznego zastosowania nowych przepisów. Zasada swobody formy nie może mieć bowiem zastosowania w sytuacji, gdy przepis szczegółowy wiąże określone skutki z zachowaniem odpowiedniej formy. Natomiast skutki zawarcia umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych obejmują nie tylko jej strony, ale także – a może przede wszystkim – osoby, których dane będą przetwarzane w wyniku wykonania umowy. Dlatego, z punktu widzenia administratora danych oraz określenia granic jego odpowiedzialności za ew. naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, szczególnie ważne wydaje się dochowanie reżimowi zawarcia umowy powierzenia w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych.

Przepisy ustawy co do zasady przypisują odpowiedzialność za zgodne z ustawą przetwarzanie informacji administratorowi danych, także w przypadku gdy dane zostały powierzone do przetwarzania podmiotowi zewnętrznemu. Z uwagi na niewystarczająco precyzyjną redakcję przepisów art. 31 ust. 3 i 4 uodo, w doktrynie trwa dyskusja na temat zakresu tej odpowiedzialności w odniesieniu do działań podmiotu zewnętrznego²¹. W szczególności art. 31 ust. 4 uodo stanowi, że odpowiedzialność za przestrzeganie przepisów ustawy

¹⁷ Komentarz do art. 31, Nb 9 [w:] P. Barta, L. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2016.

¹⁸ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk 2678), pkt II.2.

¹⁹ J. Grykiel, *Kilka uwag o nowej definicji dokumentu i formie dokumentowej*, MOP 5/2016

²⁰ Por. komentarz do art. 77², Nb 2 [w:] M. Gutowski, (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹*, Warszawa 2016.

²¹ Por. rozważania na tle art. 31 uodo w: P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, wyd. 4, C. H. Beck 2016

spoczywa na administratorze danych, co nie wyłącza odpowiedzialności podmiotu, który zawarł umowę, za przetwarzanie danych niegodnie z umową. Jak wskazał jednak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 23 września 2015, w cytowanym przepisie nie chodzi o odpowiedzialność cywilną, ale o odpowiedzialność w zakresie wypełnienia obowiązków ustawy przed Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych²². Natomiast do rozstrzygnięcia zakresu odpowiedzialności administratora danych za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej przez podmiot przetwarzający dane na zlecenie należy posłużyć się normą przewidzianą w art. 429 kc.

Dotrzymanie rygorów ustawy w zakresie powierzenia przetwarzania danych osobowych to nie jedyny obowiązek ciążyący na administratorze danych, który chce przetwarzać informacje z wykorzystaniem usług dostępnych w chmurze obliczeniowej. W praktyce dużo większe problemy mogą wiązać się z faktem przetwarzania informacji za granicą, a często także braku możliwości dokładnego wskazania, gdzie dokładnie dane są przetwarzane. Najwięksi dostawcy usług *cloud computingu* dysponują kilkunastoma centrami przetwarzania danych rozlokowanymi na całym świecie.

Ustawa o ochronie danych osobowych szczegółowo reguluje warunki i tryb, w jakim dane osobowe mogą zostać przekazane do państwa trzeciego. W dalszych rozważaniach pod pojęciem państwa trzeciego będzie rozumiany kraj nie należący do Unii Europejskiej ani nie będący stroną umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Podstawową regulację w tym zakresie stanowi art. 47 ust. 1, zgodnie z którym przekazanie danych może nastąpić, jeżeli państwo docelowe zapewnia na swoim terytorium odpowiedni poziom ochrony danych osobowych – przy czym odpowiedni poziom jest oceniany z uwzględnieniem wszystkich okoliczności dotyczących operacji przekazania danych, w szczególności biorąc pod uwagę charakter danych, cel i czas trwania proponowanych operacji przetwarzania danych, kraj pochodzenia i kraj ostatecznego przeznaczenia danych oraz przepisy prawa obowiązujące w danym państwie trzecim oraz stosowane w tym państwie środki bezpieczeństwa i zasady zawodowe. W zakresie transgranicznego przepływu danych krajowa ustawa o ochronie danych osobowych implementuje przepisy unijnej dyrektywy 95/46 z 1995 roku²³.

W praktyce obecne regulacje przewidują trzy najważniejsze tryby, w jakich dane mogą zostać przekazane do państwa trzeciego:

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 23 września 2015 r., sygn. akt: VI ACa 1357/14 05.

²³ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz.UE.L Nr 281, s. 31)

- bez indywidualnej decyzji GİODO, jeżeli przekazanie następuje do państwa, które zostało uznane za spełniające kryteria przewidziane w art. 47 ust. 1 uodo oraz art. 25 dyrektywy 95/46 przez GİODO lub Komisję Europejską,
- bez indywidualnej decyzji GİODO w trybie art. 48 ust. 2 pkt 1 uodo, jeżeli przekazanie następuje do państwa, które nie zostało uznane za spełniające kryteria przewidziane w art. 47 ust. 1 uodo oraz art. 25 dyrektywy 95/46, ale administrator danych zaleci stosowanie adekwatnych zabezpieczeń odnośnie ochrony prywatności oraz podstawowych praw i wolności osoby – poprzez zastosowanie odpowiednich klauzul umownych zatwierdzonych przez Komisję Europejską,
- na podstawie indywidualnej decyzji GİODO wydanej na podstawie art. 48 ust. 1 uodo, jeżeli przekazanie następuje do państwa, które nie zostało uznane za spełniające kryteria przewidziane w art. 47 ust. 1 uodo oraz art. 25 dyrektywy 95/46, a administrator danych nie zawarł z podmiotem przetwarzającym odpowiedniej umowy zgodnej z klauzulami umownymi zatwierdzonymi przez Komisję Europejską.

Pierwszy z przedstawionych trybów przewidziany jest dla sytuacji, w której Komisja Europejska wydała decyzję o adekwatności poziomu ochrony danych osobowych w państwie trzecim do obowiązującego na terytorium UE. Lista takich decyzji jest dostępna publicznie na stronie internetowej Komisji²⁴. Według stanu na 31 grudnia 2016 roku wydano 12 tego typu decyzji, w tym dotyczącą USA – będącą konsekwencją zawarcia umowy Tarcza Prywatności. Jeżeli dane osobowe mają być przetwarzane w kraju objętym decyzją Komisji, nie jest konieczne wdrażanie żadnych dodatkowych zabezpieczeń ze strony administratora danych²⁵. Pogląd ten jest jednak dyskutowany w literaturze przedmiotu. W szczególności wątpliwości dotyczą pewności, jaką administrator danych może wiązać z procesem tzw. samocertyfikacji, będącej podstawą programu „Tarcza Prywatności” oraz – nieobowiązującego już – programu „Bezpieczna przystań”. Jak wskazuje Grupa robocza art. 29, spółki eksportujące dane nie powinny opierać się tylko na deklaracji importera o zgodności z zasadami programu „Bezpieczna przystań”²⁶. Powinny natomiast uzyskać dowody, że autocertyfikacja w ramach programu „Bezpieczna przystań” istnieje i domagać się dowodów

²⁴ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/index_en.htm

²⁵ P. Drobek, *Międzynarodowe transfery danych osobowych w świetle praktyki Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych – zagadnienia wybrane*, MOP 8/2013.

²⁶ Grupa Robocza art. 29 ds. Ochrony Danych, „*Opinia 05/2012 na temat przetwarzania danych w chmurze obliczeniowej*”, rozdział 3.5.1.

wykazujących, że przestrzegane są jej zasady. Chociaż pogląd ten został wyrażony w odniesieniu do programu „Bezpieczna przystań, schemat autocertyfikacji pozostał niezmieniony także obecnie i stanowi podstawę programu „Tarcza prywatności”. Dlatego należy uznać że rekomendacja ta pozostaje nadal aktualna i ma zastosowanie w sytuacji eksportu danych osobowych do Stanów Zjednoczonych. Dalej idący pogląd – wprowadzający możliwość podważenia na drodze sądowej przez krajowy organ ochrony danych osobowych każdej decyzji o adekwatności zabezpieczeń wydanej przez KE – został wyrażony przez Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-362/14²⁷.

Wydanie decyzji Komisji o adekwatności poziomu ochrony nie wyłącza konieczności wdrożenia pozostałych przepisów prawnych związanych z ochroną danych osobowych – w szczególności zawarcia umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych. Podkreślić należy, że umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych powinna być zawarta w każdym przypadku, gdy administrator danych zleca przetwarzanie informacji podmiotowi zewnętrznemu, niezależnie czy jest to podmiot krajowy, posiadający siedzibę w państwie członkowskim UE lub stronie układu EOG, czy będący państwem trzecim²⁸.

W przypadku drugiego z przedstawionych trybów, tj. zastosowania tzw. klauzul umownych, konieczne jest zawarcie dodatkowej umowy z podmiotem przetwarzającym, nazywanej w literaturze przedmiotu umową transferową²⁹. Administrator danych powinien w tym celu skorzystać z jednego z zatwierdzonych przez Komisję Europejską wzorców umownych. Do chwili obecnej Komisja przyjęła trzy takie wzorce – dwa przeznaczone dla sformalizowania relacji pomiędzy administratorem danych a zagranicznym kontrolerem (decyzje Komisji Europejskiej 2001/497/EC oraz 2004/915/EC) oraz jeden zawierający klauzule umowne do kontraktu pomiędzy administratorem danych a zagranicznym procesorem (decyzja Komisji Europejskiej 2010/87/EU). W prawie unijnym pod pojęciem kontrolera należy rozumieć podmiot przetwarzający dane i kontrolujący sposób ich przetwarzania (np. podejmujący decyzję co do wykorzystanych środków przetwarzania, celów przetwarzania, retencji danych itp.). Natomiast pod pojęciem procesora należy rozumieć podmiot, który przetwarza dane na zlecenie, ale nie decydujący o sposobie czy zakresie przetwarzania. Zderzając te definicje z wcześniejszymi rozważaniami, należy zauważyć, że w przypadku usług świadczonych w chmurze obliczeniowej zastosowanie powinny znaleźć

²⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dn. 6 października 2015, sygn. akt: C-362/14.

²⁸ Por. odpowiedź na pytanie 10 w załączniku II do decyzji KE 2000/520/WE.

²⁹ D. Karwala, *Wiążące reguły korporacyjne dla przetwarzających dane osobowe (processor binding corporate rules)*, Monitor Prawniczy 13/2014.

klauzule właściwe dla relacji z procesorem informacji, a więc wynikające z decyzji 2010/87/EU. Dlatego, jeżeli administrator danych planuje skorzystać z usług przetwarzania w chmurze, a usługodawca jest podmiotem świadczącym usługi w kraju, co do którego nie wydano decyzji o adekwatności poziomu ochrony, umowa transferowa zawarta pomiędzy stronami powinna zostać uzupełniona o zapisy umowne wynikające z decyzji 2010/87/EU³⁰.

W praktyce powszechne stosowanie klauzul umownych w odniesieniu do usług świadczonych w chmurze obliczeniowej napotyka na trudność związaną ze wskazaniem prawa właściwego dla umowy transferu. We wszystkich wzorcach przyjętych przez Komisję Europejską wymaga się, aby było to prawo państwa członkowskiego właściwe dla administratora danych.

W decyzjach GODO podkreśla się, że pomimo zwolnienia administratorów danych stosujących standardowe klauzule umowne z konieczności uzyskania indywidualnej zgody organu nadzoru na przekazanie danych do państwa trzeciego są oni obowiązani spełnić wszystkie wymogi decyzji Komisji oraz ustawy odnoszące się do planowanego transferu danych³¹. W szczególności wypełnienie obowiązków wynikających z art. 47 i 48 uodo nie wyłącza zastosowania w takich wypadkach pozostałych przepisów ustawy, do których przestrzegania zobowiązany jest administrator danych.

W sytuacji, w której transfer danych ma odbyć się do kraju nie objętego decyzją KE o adekwatności poziomu ochrony oraz brak jest możliwości zastosowania standardowych klauzul umownych zatwierdzonych przez Komisję, administrator danych może uzgodnić treść umowy transferu we własnym zakresie i wystąpić do GODO o wydanie zgody na przekazywanie danych do państwa trzeciego. Należy zauważyć, że zgoda GODO – wydana w formie decyzji po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego – warunkuje rozpoczęcie transferu danych. W szczególności GODO wielokrotnie podkreślał³², że wydanie decyzji w przedmiocie wyrażenia zgody na przekazanie danych osobowych do państwa trzeciego nie legalizuje wcześniejszego przekazania danych osobowych do państwa trzeciego, które ewentualnie miałyby miejsce przed datą wydania decyzji w sprawie. Niewątpliwie z uwagi na charakter usług *cloud computing*, powiązanie rozpoczęcia korzystania z usługi z koniecznością wcześniejszego uzyskania formalnej zgody GODO jest praktycznie niemożliwe do realizacji.

³⁰ Grupa Robocza art. 29 ds. Ochrony Danych, *Opinia 05/2012 na temat przetwarzania danych w chmurze obliczeniowej, rozdział 3.5.3: Standardowe klauzule umowne.*

³¹ Decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dn. 13 lutego 2015, sygn. akt: DESiWM/DEC-108/15.

³² Por. np. decyzja GODO nr DESiWM/DEC-902/13 z dn. 3 września 2013, nr DESiWM/DEC-1207/14 z dn. 22 grudnia 2014.

Jak wskazano wcześniej, umowy zawierane z usługodawcami mają zazwyczaj postać wzorców akceptowanych elektronicznie w trakcie procesu rejestracji (umowy adhezyjne).

Analiza przypadków

Uzupełniając rozważania teoretyczne związane z formalną stroną powierzenia przetwarzania tajemnic zawodowych oraz danych osobowych, warto przeanalizować regulaminy usług oraz wzorce umowne oferowane przez liderów rynku. W przypadku wyboru firmy krajowej nie powinny występować dwie trudności: inna niż polska jurysdykcja oraz konieczność transferu danych za granicę. Warto jednak zwrócić uwagę, że wiele firm działających w Polsce oferuje swoje usługi przez polskie oddziały lub z wykorzystaniem podwykonawców będących zagranicznymi centrami przetwarzania informacji. Największe polskie firmy hostingowe – tj. spółki AZ.pl Sp. z o.o. (operator serwisu az.pl), nazwa.pl Sp. z o.o. (operator serwisu nazwa.pl) oraz home.pl S.A. (operator serwisu home.pl) zgodnie podkreślają w udostępnionych regulaminach usług, że prawem obowiązującym dla relacji umownych jest prawo polskie. Wszystkie trzy firmy jednocześnie zapewniają, że ich centra przetwarzania danych są zlokalizowane w Polsce, przy czym informacja na ten temat nie wynika wprost z regulaminów, a publikowanych materiałów prasowych³³. Ponadto spółka Home.pl oferuje możliwość podpisania umowy o powierzenie danych osobowych, której wzór udostępnia na swojej stronie internetowej³⁴. Umowa wprost odwołuje się do krajowych przepisów, precyzyjnie wskazując na zobowiązania usługobiorcy związane z wypełnieniem zobowiązań ustawowych.

Sytuacja wygląda odmiennie w przypadku największych globalnych firm dostarczających powszechne usługi SaaS – takie jak poczta elektroniczna czy przechowywanie plików. Klienci usług bezpłatnych, udostępnianych przez firmę Google, takich jak Gmail (poczta elektroniczna) czy Drive (repozytorium plików) są zobowiązani do zaakceptowania dokumentu Warunki świadczenia usług³⁵, w którym wskazano jako właściwe prawo stanu Kalifornia

³³ Por. np.: komunikat prasowy firmy Nazwa.pl – <https://www.nazwa.pl/o-firmie/biuro-prasowe/serwery-nazwapl-w-polcom-data-center/>, komunikat prasowy firmy Home.pl: <https://home.pl/firma/datacenter>

³⁴ <https://pomoc.home.pl/baza-wiedzy/umowa-na-hosting-wirtualny-z-zapisami-giodo/>

³⁵ <https://www.google.com/policies/terms/>

w Stanach Zjednoczonych. Częścią warunków jest także Polityka prywatności³⁶, w której z kolei doprecyzowano, że firma Google ma prawo do stosowania mechanizmów automatycznego skanowania danych zamieszczonych przez użytkowników (w tym np. treści wiadomości e-mail) do celów reklamowych. Ponadto operator wprost wskazuje, że przetwarza dane osobowe na serwerach w wielu krajach na całym świecie – przy czym może się to odbywać także poza krajem zamieszkania użytkownika. Przetwarzanie realizowane jest także z wykorzystaniem podmiotów zewnętrznych, nazywanych w dokumencie podmiotami stowarzyszonymi, które zgodnie z definicją zawartą w Polityce są podmiotami należącymi do grupy firm Google. Użytkownik nie jest poinformowany, którym konkretnie podmiotom udostępnione są jego dane, ani w jakich lokalizacjach geograficznych są one przetwarzane. Firma Google rezerwuje sobie także prawo do udostępnienia danych osobowych firmom, organizacjom i osobom trzecim, jeśli w dobrej wierze uzna, że udostępnienie, wykorzystanie, zachowanie lub ujawnienie danych jest uzasadnione. W efekcie nie ma wątpliwości, że warunki te znacząco odbierają od wymaganych przez prawo krajowe i europejskie w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych.

Firma Google oferuje także usługi komercyjne pod nazwą Google Apps (dla klientów komercyjnych nazywany także jako G Suite dla Firm), w których te same produkty udostępniane są na odmiennych warunkach handlowych, a także formalno-prawnych. W punkcie 14.10 regulaminu korzystania z usługi G Suite³⁷ wskazano – podobnie jak w przypadku usług bezpłatnych Google – na jurysdykcję prawa właściwego dla stanu Kalifornia w Stanach Zjednoczonych, wskazując ponadto, że wszelkie spory wynikające z umowy będą rozstrzygane wyłącznie przez sądy hrabstwa Santa Clara w stanie Kalifornia. Użytkownicy G Suite otrzymują jednak możliwość zawarcia załącznika do głównej umowy, regulującego zasady powierzenia przetwarzania danych osobowych³⁸. Załącznik ten w punkcie 4 określa jako prawo właściwe w przypadku rozstrzygnięcia sporów dotyczących przetwarzania danych osobowych, prawo właściwe dla państwa członkowskiego usługobiorcy. Treść umowy jest udostępniona online, a jej zawarcie odbywa się poprzez formularz elektroniczny. Taki sposób zawarcia umowy może budzić wątpliwości w zakresie zachowania formy pisemnej, wymaganej art. 31 ust. 1 uodo. Ponadto załącznik wyłącza możliwość przetwarzania danych przez Google w innym celu niż w zakresie określonym przez usługobiorcę (pkt 5.3) oraz zawiera dodatkową gwarancję, że dane udostępnione przez usługobiorcę nie będą przetwarzane do celów reklamowych (pkt 5.4). Firma wskazuje także

³⁶ <https://www.google.com/policies/privacy/>

³⁷ https://gsuite.google.com/intl/pl/terms/2013/1/premier_terms.html

³⁸ https://gsuite.google.com/terms/dpa_terms.html

listę podwykonawców (firm należących do grupy Google), które mogą wykonywać w jej imieniu umowę³⁹. Ponadto Google oferuje zawarcie dodatkowego porozumienia⁴⁰ zgodnego ze standardowymi klauzulami umownymi, ustalonymi decyzją Komisji Europejskiej 2010/87/EU. Zgodnie z art. 9 porozumienia, prawem właściwym dla tej umowy jest prawo państwa członkowskiego, w którym zarejestrowany został podmiot przekazujący dane. Podobnie jak aneks dotyczący powierzenia przetwarzania danych osobowych, także to porozumienie jest akceptowane w postaci elektronicznej poprzez zaznaczenie odpowiedniej opcji w serwisie internetowym.

Firma Google informuje, że usługa G Suite umożliwi klientom spełnienie wymagań związanych z ochroną danych zgodnie z przepisami Unii Europejskiej⁴¹. Niezależnie od tej deklaracji, uzasadnione wątpliwości w stosowaniu usługi G Suite w kancelarii prawnej budzić może brak wpływu usługobiorcy na miejsce przetwarzania informacji (serwerownie Google zlokalizowane są na całym świecie), a także stosowanie prawa stanu Kalifornia w obszarach innych niż regulowane przepisami EU w zakresie danych osobowych. Warto podkreślić, że takim obszarem jest chociażby kwestia ochrony tajemnicy zawodowej.

Problem jurysdykcji kraju nienależącego do Unii Europejskiej nie będzie występował w przypadku korzystania z usług świadczonych przez firmę Microsoft. Firma ta dostarcza szereg usług świadczonych w chmurze obliczeniowej, w tym usługę poczty elektronicznej (Outlook) oraz przechowywania i udostępniania plików (OneDrive) – stanowiące część produktu Office 365. Zgodnie z treścią punktu 7.h umowy subskrypcyjnej dotyczącej usług online firmy Microsoft⁴², prawem właściwym dla zobowiązań umownych jest prawo irlandzkie. Ponadto w celu wyegzekwowania postanowień umownych Microsoft jest zobowiązany do wytoczenia powództwa przed sądem właściwym dla siedziby klienta. Firma ponadto deklaruje gotowość zawierania dodatkowych umów o przetwarzaniu danych zgodnych ze standardowymi klauzulami umownymi UE z każdym klientem korzystającym z Office 365, niezależnie od wielkości jego firmy i wartości umowy dotyczącej korzystania z usługi⁴³. Na tym tle należy

³⁹ <https://gsuite.google.com/terms/subprocessors.html>

⁴⁰ https://admin.google.com/terms/apps/1/4/en/mcc_terms.html

⁴¹ „Najczęstsze pytania o bezpieczeństwo G Suite”, <https://gsuite.google.com/faq/security/>

⁴² *Umowa subskrypcyjna dotycząca usług online firmy Microsoft*, wrzesień 2016, <https://azure.microsoft.com/pl-pl/support/legal/subscription-agreement/>

⁴³ Klauzule modelu UE – często zadawane pytania, <https://products.office.com/pl-pl/business/office-365-trust-center-eu-model-clauses-faq>

przypomnieć jednak nakaz sądu federalnego USA z 25 kwietnia 2014 roku⁴⁴, w którym Microsoft został zobowiązany do wydania kopii nośników elektronicznych, zawierających dane swojego klienta. Dane te były składowane w centrum przetwarzania w Irlandii, którym zarządzał podmiot zależny firmy Microsoft, zarejestrowany w Irlandii i podlegający prawu UE. Amerykański sąd zobowiązał zatem Microsoft do wydania informacji przechowywanych w innym kraju, bazując przy tym wyłącznie na przepisach prawa federalnego USA. Wyrok ten został zaskarżony i uchylony w 2016 roku w wyniku skutecznej apelacji Microsoft⁴⁵. W uzasadnieniu wyroku sądu apelacyjnego podkreślono, że zobowiązanie skarżącego do wydania informacji przechowywanych w innym kraju doprowadziłoby do faktycznego transgranicznego przepływu informacji z pominięciem przepisów prawa irlandzkiego⁴⁶. Sprawa nie jest jednak ostatecznie rozstrzygnięta, ponieważ prokurator skorzystał z instytucji ponownego wysłuchania, przewidzianego w prawie amerykańskim⁴⁷.

Sprawa ta wskazuje jednak na uzasadnioną wątpliwość co do skuteczności gwarancji kontraktowych zawartych w umowach z firmami posiadającymi siedzibę w USA w zakresie ochrony tajemnic zawodowych, w tym powierzonych danych osobowych.

Podsumowanie

Ochrona informacji przetwarzanych z wykorzystaniem chmury obliczeniowej to problem stosunkowo nowy, którego specyfika jest często niewystarczająco uwzględniona w istniejących przepisach prawnych. Państwa członkowskie UE ustanowiły skuteczny i spójny system ochrony danych osobowych, a Komisja Europejska podjęła znaczny wysiłek w celu zapewnienia, że dane

⁴⁴ United States District Court Southern District of New York, postanowienie z dn. 25 kwietnia 2014, sygn. akt: 13 Mag. 2814, <https://assets.documentcloud.org/documents/1149373/in-re-matter-of-warrant.pdf>

⁴⁵ United States Court of Appeals for the Second Circuit, wyrok w sprawie Microsoft v Stany Zjednoczone z dn. 14 lipca 2016, sygn.: 829 F.3d 197 (2016), <https://www.justice.gov/opa/blog-entry/file/937006/download>. Szersze omówienie wyroku i jego implikacji z punktu widzenia prawodawstwa amerykańskiego także w: Harvard Law Review t. 130 (2016), s. 769-776.

⁴⁶ Ibidem., s. 42.

⁴⁷ United States Court of Appeals for the Second Circuit, sygn. akt: 14-2985, Petition for Rehearing and Rehearing En Blanc”, 13 października 2016, https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2016/10/Microsoft_14-2985-United-States-Appellee-Petition.pdf

obywateli UE będą przetwarzane w sposób zgodny z tym systemem także poza granicami Wspólnoty. Reżim ustanowiony dla przetwarzania danych osobowych może być jednak niewystarczający dla zapewnienia adekwatnej ochrony prawnie chronionych tajemnic zawodowych, w szczególności tajemnicy adwokackiej. Brak ustandaryzowania w ramach UE definicji, zakresu stosowania i mechanizmów ochrony tajemnicy zawodów prawniczych powoduje, że prawnik decydujący się na korzystanie z usług świadczących w chmurze obliczeniowej za każdym razem musi wnikliwie przeanalizować nie tylko regulamin usługi, z której zamierza skorzystać – ale także przepisy krajowe państwa, w którym zlokalizowane jest centrum przetwarzania danych, oraz państwa, w którym siedzibę posiada usługodawca. W przypadku przekazywania danych poza granice UE dodatkowo rozważenia wymaga problem odpowiedniego transferu danych osobowych, w sposób zgodny z przepisami wspólnotowymi oraz krajowymi. Z pewnością pomocne przy podjęciu tej decyzji mogą być analizy i publikacje CCBE⁴⁸ czy GIODO⁴⁹, wskazujące na listę najważniejszych elementów, które powinny być brane pod uwagę przy weryfikacji i wyborze usług świadczonej w chmurze obliczeniowej.

Podsumowując rozważania na temat prawnych aspektów udostępniania i przetwarzania tajemnic zawodowych (w szczególności tajemnicy zawodów prawniczych) w chmurze obliczeniowej, zasadne wydaje się sformułowanie – jako postulatu *de lege ferenda* – potrzeby nowelizacji istniejących przepisów, dostosowujących zasady ochrony tajemnic zawodowych do współczesnych zagrożeń wynikających z nowoczesnych środków przetwarzania informacji. W szczególności zasadne wydaje się wprowadzenie na poziomie prawa wspólnotowego prawnej definicji tajemnicy zawodu prawniczego oraz mechanizmów zapewniających możliwość jej egzekwowania na jednakowym poziomie we wszystkich państwach UE.

Rozwiązania te mogą bazować na prawnym rozdzieleniu obowiązków właściciela informacji oraz firmy przetwarzającej informację na jego zlecenie (np. firmy hostingowej, dostawcy usług chmury publicznej, ale także archiwum dokumentów czy firmy świadczącej usługi digitalizacji dokumentów). W takim przypadku żądania ze strony uprawnionych organów powinny być kierowane do firmy przetwarzającej dane, ale adresowane do właściciela informacji. Zatem firma przetwarzająca dane przekazywałaby takie żądanie do właściciela informacji, który byłby zobowiązany do wykonania żądania, ale miałby także realną

⁴⁸ Council of Bars and Law Societies of Europe, *CCBE Guidelines on the use of cloud computing services by lawyers*, 7 września 2012.

⁴⁹ Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, *Deklarog Chmurołuba*, http://www.giodo.gov.pl/259/id_art/6271/j/pl

możliwość powołania się na przepisy nakładające szczególny rygor poufności, np. związany z tajemnicą zawodów prawniczych. Należy podkreślić, że zastosowanie takiego podejścia nie utrudniłoby działania organom wymiaru sprawiedliwości, a jednocześnie umożliwiło prawnikom (oraz przedstawicielom innych zawodów przetwarzających informacje prawnie chronione) podjęcie skutecznych działań zmierzających do ochrony danych przed niepowołanym dostępem.

Niezależnie, czy na poziomie UE wypracowane zostanie wspólne podejście do ochrony tajemnic zawodowych przetwarzanych w rozproszonych sieciach informatycznych, słusznym wydaje się także, aby działania legislacyjne w tym zakresie zostały podjęte przez krajowego prawodawcę. Doprecyzowanie na gruncie ustawowym kręgu podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej oraz zasad związanych z jej ochroną przez podwykonawców niewątpliwie przyczyniłoby się do zwiększenia gwarancji związanych z zachowaniem tajemnic zawodów prawniczych (w tym tajemnicy obrończej).

PROTECTION OF LEGAL PRIVILEGE IN THE CLOUD COMPUTING

The article presents most important issues related to cross-border processing of lawyers data containing professional secrets, including the processing of personal data. Author discusses risks associated with the lack of standardization in the area of protection of legal privilege in cloud computing services in different jurisdictions, also between EU Member States.

Article is supplemented by an analysis of terms of service and privacy policies of the largest providers of services in the public cloud (Google, Microsoft) in the context of the fulfillment of the legal requirements for the protection of personal data and the professional secrecy.

Keywords: legal privilege, entrusting the processing of personal data, standard contractual clauses, cloud computing.

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 spacjami).
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 ostrokątnym (« ... »).
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.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620