

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Przeszczepy prawne jako instrument hybrydyzacji prawa
- Wpływ Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów na prawo Unii Europejskiej w zakresie sprzedaży konsumenckiej
- Ograniczenia niezależności politycznej polskich organów regulacyjnych w świetle prawa unijnego
- Własność i zarząd urządzeniami wodnymi w orzecznictwie sądów administracyjnych
- Dekryminalizacja przestępstwa (nieświadomie) nieumyślnego?

3 (199)
2014

WARSZAWA 2014
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2014



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

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

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

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Celina Nowak

Instytut Nauk Prawnych PAN

PRZESZCZEPY PRAWNE JAKO INSTRUMENT HYBRYDYZACJI PRAWA	5
1. Koncepcja mieszanych systemów prawnych.....	6
2. Przeszczepy prawne	10
3. Kontrowersje związane z hybrydyzacją.....	25
4. Podsumowanie	27
LEGAL TRANSPLANTS AS A TOOL OF HARMONIZATION OF LAW	28

mgr Cezary Błaszczuk

Warszawa

WPŁYW KONWENCJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH O UMOWACH MIĘDZYNARODOWEJ SPRZEDAŻY TOWARÓW NA PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE SPRZEDAŻY KONSUMENCKIEJ	29
1. Rola Konwencji w harmonizacji prawa prywatnego i jej wpływ na prawo sprzedaży konsumenckiej w Unii Europejskiej	29
2. Obiektywna odpowiedzialność dłużnika	34
3. Zgodność towarów z umową i odpowiedzialność za brak zgodności	36
4. Przejście ryzyka i środki ochrony przysługujące stronom.....	39
5. Dążenie do utrzymania w mocy umowy	41
6. Zakończenie.....	46
Bibliografia.....	49
THE IMPACT OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS ON THE CONSUMER SALES LAW OF THE EUROPEAN UNION	48

mgr Krzysztof Rokita

Uniwersytet Wrocławski

OGRANICZENIA NIEZALEŻNOŚCI POLITYCZNEJ POLSKICH ORGANÓW REGULACYJNYCH W ŚWIELE PRAWA UNIJNEGO....	53
1. Koncepcja niezależności politycznej organów regulacyjnych ..	54
2. Urzeczywistnienie niezależności politycznej krajowych organów regulacyjnych w prawie unijnym	58
3. Polskie rozwiązania prawne pozostające w sprzeczności z unijnym wzorcem niezależności krajowych organów regulacyjnych.....	66

4. Proponowane zmiany w polskim i unijnym porządku prawnym	77
Zakończenie	83
LIMITATIONS OF THE POLITICAL INDEPENDENCE OF POLISH REGULATORY AUTHORITIES IN LIGHT OF THE EU LAW	84

prof. dr hab. Jerzy Rotko

Instytut Nauk Prawnych PAN

WŁASNOŚĆ I ZARZĄD URZĄDZENIAMI WODNYMI W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH.....	85
1. Własność wody a własność gruntu pokrytego wodą.....	87
2. Własność gruntu a własność urządzeń wodnych.....	90
3. Wykonywanie praw właścicielskich w odniesieniu do urządzeń wodnych.....	91
4. Wybrane orzecznictwo	95
5. Recepja wyroków oraz płynących z nich konsekwencji w literaturze przedmiotu	111
6. Wnioski	113
PROPERTY AND MANAGEMENT OF WATER STRUCTURES IN JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE COURTS	117

mgr Marcin Byczyk

Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu

DEKRYMINALIZACJA PRZESTĘPSTWA (NIEŚWIADOMIE) NIEUMYŚLNEGO?	119
1. Zarysowanie problemu	119
2. Karalność czynów (nieświadomie) nieumyślnych w świetle zasady winy w rozważaniach polskiej nauki prawa karnego.....	125
3. Karalność czynów (nieświadomie) nieumyślnych a teoria kryminalizacji.....	128
4. Zagadnienie odpowiedzialności za przestępstwa (nieświadomej) nieumyślności w świetle prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego	133
5. Konkluzje	134
DECRIMINALISATION OF THE CRIME OF (INADVERTENT) NEGLIGENCE?	136
Informacje dla Autorów	137

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014
Warszawa 2014

Celina Nowak ■

PRZESZCZEPY PRAWNE JAKO INSTRUMENT HYBRYDYZACJI PRAWA

Kształt systemu prawa w danym państwie to jednocześnie efekt oryginalnych rozwiązań, jak i zapożyczeń z innych systemów¹. Jak trafnie stwierdza T. Stawecki, „systemy prawne nie rozwijają się w izolacji, lecz we wzajemnej interferencji”, zaś „przepływ inspiracji między poszczególnymi systemami normatywnymi jest rzeczą naturalną i stanowi jeden z istotniejszych sposobów ewolucji kultur prawnych”².

Jak wynika ze słownika języka polskiego, hybryda to coś składającego się z różnych elementów niepasujących do siebie, w sensie biologicznym „osobnik powstały ze skrzyżowania dwóch genetycznie różnych osobników, np. należących do różnych odmian, ras, gatunków; mieszaniec”³. Hybrydyzacją w sensie prawnym można nazwać proces polegający na łączeniu norm należących do dwóch lub więcej systemów prawnych, najczęściej przyporządkowywanych do różnych rodzin prawnych w klasycznym ujęciu⁴. Wynikiem takiego połączenia

¹ Zob. M. Graziadei, *Comparative law as the study of legal transplants*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 474.

² Zob. T. Stawecki, *Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło, Warszawa 2012, s. 32.

³ *Uniwersalny słownik języka polskiego. A-J*, red. S. Dubisz, Warszawa 2006, s. 1171.

⁴ Należy jednak zauważyć, że o hybrydyzacji można mówić także w kontekście prawnoinstytucyjnym. Na świecie powstają bowiem instytucje sądowe o charakterze mieszanym, hybrydowym, jak np. Sąd Specjalny dla Sierra Leone. Szerzej zob. M. Ch. Bassiouni, *Mixed Models of International Criminal Justice*,

jest powstanie jakościowo nowego zestawu norm, który nie pochodzi wyłącznie z jednego systemu, a łączy w sobie cechy wszystkich systemów składowych lub zawiera w sobie elementy każdego z systemów składowych.

Tradycyjnie hybrydyzację nazywano mieszaniami systemów prawnych. Nie jest to zjawisko nowe⁵. W ostatnich latach można jednak zaobserwować wyjątkową intensyfikację procesu przenikania się rozwiązań prawnych pochodzących z różnych systemów prawnych, związaną z procesami globalizacyjnymi. W jego wyniku zachodzi mieszanie się systemów prawnych, ich hybrydyzacja. Wskazane wobec tego wydaje się zbadanie tego zjawiska. Do analizy tego procesu bardzo pomocne mogą być koncepcje wypracowane w łonie nauki prawa porównawczego, w szczególności przeszczepów prawnych. W związku z tym w pierwszej części tego opracowania zaprezentowana zostanie koncepcja mieszanych systemów prawnych, a następnie teoria przeszczepów prawnych.

1. Koncepcja mieszanych systemów prawnych

Na Międzynarodowym Kongresie Prawa Porównawczego w 1900 r. po raz pierwszy analizowano pojęcie „rodzina prawna”. Już wcześniej zaobserwowano i odnotowano, że systemy prawne i kultury prawne⁶ na świecie, a przynajmniej ich części, wykazują podobieństwa, które pozwalają je pogrupować w rodziny, odróżniając je w ten sposób od innych rodzin i systemów⁷. Typologie systemów prawnych spełniają funkcję porządkującą i ułatwiającą prowadzenie badań porównawczych. W połowie ubiegłego stulecia, opierając się na kryterium ideologicznym i praktyki prawniczej, René David wyróżnił następujące rodziny prawne: romańsko-germańską, *common law*, socjalistyczną i jako dodatkową

[w:] *International Criminal Law. Vol. III. International Enforcement*, red. M. Ch. Bassiouni, Leiden 2008, s. 155 i n. Zob. także prace opublikowane w książce *Internationalized Criminal Courts and Tribunals. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, red. C. P. R. Romano, A. Nollkaemper, J. K. Kleffner, Oxford 2004. Także: L. A. Dickinson, *The Promise of Hybrid Courts*, *American Journal of International Law* 2003, s. 295 i n.; D. M. Crane, *The Special Court for Sierra Leone*, [w:] *International Criminal Law. Vol. III*, op. cit., s. 195 i n.

⁵ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 236 i n., M. Graziadei, op. cit., s. 444 i n.

⁶ Na temat pojęcia „kultura prawna” zob. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2012, s. 64–65. Zob. także M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 16.

⁷ Por. G. Dannemann, *Comparative law: study of similarities or differences?*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 387. Także R. Tokarczyk, *Komparatystyka ...*, op. cit., s. 62 i n.

– rodzinę systemów religijno-tradycjonalistycznych⁸. Ten podział został w kolejnych latach zmodyfikowany przez innych autorów. M. Ancel obok trzech głównych rodzin wyróżnił także rodziny uzupełniające o charakterze religijnym, muzułmańską i krajów afrykańskich⁹. Z kolei K. Zweigert i H. Kötz, opierając się na kryterium stylu, wyróżnili osiem rodzin prawnych: romańską, germańską, angloamerykańską (*common law*), nordycką, chińską, japońską, hinduistyczną i islamską¹⁰.

Także na przełomie XIX i XX wieku F. P. Walton zaobserwował, że istnieją systemy prawne podważające klasyczny podział systemów na należące do *common law* lub prawa kontynentalnego, mają one bowiem charakter mieszany. Do takich systemów zaliczył Szkocję, Luizjanę i Québec¹¹. W późniejszych latach rodzina systemów mieszanych ulegała poszerzeniu. Grupa naukowców z Uniwersytetu w Ottawie biorących udział w projekcie badawczym poświęconym rodzinom prawnym wskazała, że niemal 100 systemów można uznać za mieszane (hybrydowe)¹².

W nauce prawa porównawczego o mieszanu się systemów prawnych mówiono najczęściej w wąskim sensie, w kontekście łączenia systemów *common law* z systemami prawa kontynentalnego¹³. Badania nad mieszanu się systemów prawnych pozwalają prześledzić ewolucję, jaką przechodziły one do chwili obecnej.

Stan dzisiejszy w kontekście mieszanu się systemów prawnych można nazwać powszechną hybrydyzacją. Znana profesor komparatystyki, pracująca w Szkocji, a pochodząca z Turcji E. Örüçü stawia tezę, że hybrydowy charakter jest obecnie immanentną cechą wszystkich współczesnych systemów prawnych na świecie, pisząc, że „wszystkie systemy zrodzone są z różnych rodziców, z małżeństw między systemami i podsystemami. ... w istocie nie ma na świecie czystych

⁸ Zob. R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1966, s. 12–18.

⁹ Zob. M. Ancel, *Znaczenie i metody prawa porównawczego*, Warszawa 1979, s. 67–87.

¹⁰ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, s. 63 i n.

¹¹ Zob. F. P. Walton, *The Civil Law and the Common Law in Canada*, *Juridical Review* 1899, Vol. 11, s. 291, cyt. za J. du Plessis, *Comparative law and the study of mixed legal systems*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 478.

¹² W toku projektu analizowane 232 systemy podzielono na pięć rodzin prawnych: mieszaną, prawa kontynentalnego, *common law*, prawa zwyczajowego i prawa muzułmańskiego. Szczegółowe informacje na temat projektu i jego wyników dostępne: <http://www.juriglobe.ca/eng/index.php> (dostęp: 22 sierpnia 2014 r.).

¹³ Por. M. Ancel, op. cit., s. 88 i n.; M. Graziadei, *Comparative law...*, op. cit., s. 453.

systemów prawnych, zaś różne stopnie hybrydyzacji wynikają z różnych stopni, poziomów i warstw krzyżowania się i przeplatania”¹⁴.

Teoria E. Örüçü jest poddawana krytyce przez niektórych komparatystów, głównie z tego powodu, że proponowane przez nią narzędzie do porównań systemów, zwane drzewem rodzinnym (*family tree*)¹⁵, zdaje się na tyle skomplikowane w użyciu, że może, ich zdaniem, utrudniać dokonywanie porównań między systemami, wskazywanie różnic i podobieństw¹⁶. W moim przekonaniu jednak zachodzące na świecie procesy globalizacyjne unaoczniają, że przywiązanie do sztywnej taksonomii i europocentryzmu¹⁷, charakteryzujące dotychczasowe rozważania o rodzinach prawnych, sprawia, że tracą one współcześnie wartość analityczną. Być może istotnie metodologia zaproponowana przez E. Örüçü i budowane na jej podstawie drzewa rodzinne systemów prawnych mogą być na tyle skomplikowane, że pozbawione użyteczności systematyzującej¹⁸. Nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicza teza leżąca u podwalin teorii E. Örüçü, zgodnie z którą wszystkie systemy prawne są mieszane, ma w mojej opinii pierwszorzędne znaczenie dla opisu relacji między systemami prawnymi w kontekście globalizacyjnym. Jak bowiem dalej pisze E. Örüçü, „świadomość, że prawo nie jest statyczne, że porusza się i zmienia, oraz że obecnie systemy prawne są na rozstajach, jest kluczowa. Bez względu na to, czy w przyszłości systemy prawne będą się zbiegać czy oddalać, jedno jest pewne: coraz więcej i więcej systemów będzie mieszanych i będzie się mieszać, czy to w Europie, Południowowschodniej Azji czy na Bliskim Wschodzie”¹⁹.

Współcześnie hybrydyzacja zachodzi zwłaszcza pod wpływem aktów prawnych organizacji międzynarodowych. Unormowania zawarte w licznych wiążących dokumentach międzynarodowych są bowiem często rezultatem kompromisu między ścierającymi się koncepcjami rozwiązania jakiegoś problemu prawnego, pochodzącymi z różnych systemów prawnych, lub stanowią zapożyczenie z jakiegoś systemu prawa krajowego²⁰. W kontekście penalnym najbar-

¹⁴ Zob. E. Örüçü, *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Leiden-Boston 2004, s. 161.

¹⁵ Ibidem, s. 133 i n.

¹⁶ Zob. J. du Plessis, *Comparative law and the study of mixed legal systems...*, op. cit., s. 481.

¹⁷ Zob. B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Legal Sense. Law, Globalization and Emancipation*, London 2002, s. 192.

¹⁸ Tak V. V. Palmer, *Introduction to the Mixed Jurisdictions*, [w:] *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge 2001, s. 11–12.

¹⁹ Zob. E. Örüçü, *The Enigma...*, op. cit., s. 161.

²⁰ Jak np. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych z 1997 r. Zob. C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008, s. 150 i n.

dzień znaczącym przykładem takiej hybrydowej umowy międzynarodowej jest Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, stanowiący zarówno w części procesowej²¹, jak i materialnej²², połączenie rozwiązań prawnych pochodzących z systemów prawa kontynentalnego i *common law*. Wprowadzenie postanowień takich konwencji do prawa wewnętrznego przez państwa-strony implikuje hybrydyzację dotychczas obowiązujących przepisów krajowych. Ten proces można nazwać hybrydyzacją niesystematyczną, odnosi się on bowiem tylko do wycinków unormowań dotychczas obowiązujących.

2. Przeszczepy prawne

2.1. Pojęcie i terminologia

Problematyka pożyczania rozwiązań pochodzących z innego systemu w perspektywie stanowienia prawa nie była obca komparatystyce od XIX wieku, ale status w pełni niezależnego problemu badawczego zyskała ona dopiero poczynawszy od lat 70. XX wieku. Jednym ze sposobów konceptualizacji wzajemnych oddziaływań systemów prawnych jest teoria przeszczepów prawnych (*legal transplants*)²³.

Pojęcie „przeszczepu prawnego”, wywodzące się z doktryny anglosaskiej, używane jest w nauce prawa porównawczego w różny sposób. Twórca tego terminu, A. Watson, definiuje przeszczep prawny jako każde zapożyczenie z obcego systemu normatywnego²⁴. W literaturze polskiej T. Czech proponuje węższe ujęcie tego pojęcia i definiuje przeszczep jako instytucję prawną pochodzącą z innego systemu normatywnego, która nie znajduje odpowiednika w konstrukcjach zastanych w ramach importującego ją porządku prawnego i ulega inkorporacji do tego porządku ze względu na potrzeby gospodarcze lub społeczne, które nie mogły być dotychczas przez importujący system wystarczająco zaspokojone²⁵. W moim przekonaniu taka definicja jest jednak zbyt wąska, bo transfer niekoniecznie musi zachodzić tylko z powodów wskazanych przez T. Czecha. Powody uciekania się do zapożyczeń z innego systemu mogą być rozmaite, o czym będzie niżej szczegółowo mowa. W związku z tym za trafniejsze należy uznać

²¹ Zob. M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny. Tom I*, Kraków 2004, s. 693 i n.

²² Ibidem, s. 554.

²³ Zob. T. Stawecki, op. cit., s. 29.

²⁴ „The moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another” – zob. A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London 1974, s. 21.

²⁵ Zob. T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011, s. 16.

szersze ujęcie, jak na przykład zaproponowane przez M. Król, dla której pojęcie „przeszczep prawny” powinno być używane na określenie transferu normatywnej treści w jego prawnej formie stanowiącej funkcjonalną całość, o określonym ładunku nowości normatywnej, lub transferu nowej metody regulacji prawnej, nieobecnej jeszcze w systemie prawnym, z jednego do drugiego systemu prawnego²⁶. W takim znaczeniu pojęcie to będzie używane w tej pracy.

Proces importowania obcych rozwiązań prawnych określany jest w komparatystyce na różne sposoby. Pierwotnie mówiono o recepcji prawa obcego, którą rozumiano jako proces sformalizowanego, intencjonalnego zapożyczenia rozwiązań z innego systemu prawnego²⁷. W 1974 r. Alan Watson²⁸ opublikował pracę, w której użył terminu „przeszczep prawny” (*legal transplant*)²⁹, choć jak wskazuje T. Stawecki, sam termin pojawiał się w literaturze prawniczej wcześniej, używany był na przykład przez J. Bentham³⁰. Dopiero jednak od lat 70. XX wieku pojęcie to na stałe weszło do języka komparatystyki. W użyciu są jednak także i inne terminy. M. Graziadei posługuje się szerokim pojęciem „przeszczepy i recepcja” (*transplants and reception*)³¹. W literaturze pojawiają się także takie terminy, jak „transfer”, „krzyżowanie”, *cross-fertilization*. Niektórzy argumentują, że termin „przeszczep prawny” należy zastąpić określeniem „przekład prawny” (*legal translation*), jeśli zapożyczana treść normatywna podlega daleko idącym modyfikacjom³². W. Twining posługuje się pojęciem „dyfuzja” (*diffusion*)³³, choć w moim przekonaniu pojęcie to lepiej opisuje proces samorzutnego mieszania się systemów prawnych. E. Özüncü używa z kolei terminu „transpozycja”, opisując cały proces importowania obcych rozwiązań prawnych jako kolejno: transpozycję, strojenie i dopasowywanie (*transposition, tuning and*

²⁶ Zob. M. Król, *Legal Culture and Legal Transplants. Polish National Report*, [w:] *Legal Culture and Legal Transplants. Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, red. J. A. Sanchez Cordero, Waszyngton 2010, s. 816–817.

²⁷ Zob. T. Stawecki, op. cit., s. 28.

²⁸ Na temat dorobku A. Watsona i kontrowersji z nim związanych zob. M. Smółka-Day, *Alan Watson i jego koncepcja rozwoju prawa w oparciu o „przeszczepy prawne”*, [w:] *Pro Scientia et Disciplina. Księga Jubileuszowa z okazji 50-lecia Studenckiego Koła Naukowego Prawników Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej*, red. H. Groszyk, J. Kostrubiec, M. Grochowski, Warszawa 2009, s. 263 i n.

²⁹ Zob. A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London 1974. Zob. T. Giaro, *Alan Watson: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Recenzja*, PiP 1977, Nr 5, s. 154.

³⁰ Zob. T. Stawecki, op. cit., s. 29.

³¹ Zob. M. Graziadei, op. cit., s. 444.

³² Por. M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translation: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal 2004, Vol. 45, No 1, s. 1 i n.

³³ Zob. W. Twining, op. cit., s. 250–251.

fitting)³⁴. Warto wskazać, że G. Ajanim, że można cytowane pojęcia podzielić na te, które odnoszą się do procesu zmiany prawnej, jak pożyczanie czy wpływ, oraz na te, które dotyczą rezultatu tego procesu, jak recepcja czy przeszczep³⁵.

Używana zwykle przez wskazanych autorów terminologia nie ma charakteru wartościującego. Inni autorzy jednak proponują używać do określenia analizowanego procesu terminów zdecydowanie wartościujących, jak „zanieczyszczenie” (*contaminant*)³⁶ lub „czynnik drażniący” (*irritant*)³⁷. Autorzy ci kwestionują pozytywny charakter przeszczepów, wskazując, że jako elementy obce w tkance systemu prawnego stanowią one raczej czynniki wytrącające system z równowagi.

Należy także zauważyć, że w literaturze francuskojęzycznej na opisanie analizowanych problemów używany jest termin „mimetyzm prawniczy” (*mimétisme juridique*). Pojawia się jednak i pojęcie przeszczepu³⁸. Warto zwrócić uwagę, że kwestia zapożyczeń normatywnych stanowiła przedmiot zainteresowania przedstawicieli nauki francuskiej zwłaszcza w kontekście budowania instytucji w państwach afrykańskich w epoce postkolonialnej³⁹. Jak jednak słusznie zauważa C. Dupré, wyrażenie „mimikra” skoncentrowane jest na rezultacie, a nie na samym przebiegu procesu, może być zatem uznane za zubażające perspektywę badawczą⁴⁰.

Jednakże, ze względu na rozpowszechnienie pojęcia „przeszczep prawny” w teorii prawa porównawczego, wskazane wydaje się posługiwanie się tym właśnie pojęciem dla opisu transferów normatywnych między systemami prawnymi.

W swoich badaniach A. Watson pojęcie przeszczepu prawnego odnosił⁴¹ do przypadków przeszczepów dobrowolnych, motywowanych masowymi

³⁴ Zob. E. Örüçü, *Law as Transposition, The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, Vol. 51, No. 2 s. 205 i n.

³⁵ Zob. G. Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, *American Journal of Comparative Law* 1995, Vol. 43, s. 93.

³⁶ Por. N. Grief, *The Pervasive Influence of European Community Law in the United Kingdom*, [w:] *The Europeanisation of Law*, red. T. G. Watkin, London 1998, s. 110.

³⁷ Zob. G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *Modern Law Review* 1998, Vol. 61, s. 11 i n.

³⁸ Por. *Les politiques du mimétisme juridique. Le greffe et le rejet*, red. Y. Mény, Paris 1993.

³⁹ Zob. J. du Bois de Gaudusson, *Le mimétisme postcolonial, et après ?*, *Pouvoirs* 2009, No 129, s. 45 i n. oraz cytowaną tam literaturę.

⁴⁰ Por. C. Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford 2003, s. 48.

⁴¹ Na te słabości teorii A. Watsona słusznie uwagę zwraca C. Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford-Portland 2003, s. 40–41.

ruchami migracyjnymi⁴², a dodatkowo analizował tylko przeszczepy w obrębie prawa prywatnego⁴³. Choć nie odstępował od analizy wyłącznie prawa prywatnego, w drugim wydaniu swej książki przyznał, że „w rzeczywistości, recepcja i przeszczepy mają najrozmaitszy charakter i kształt” i że można wyróżnić m.in. narzuconą recepcję, penetrację, infiltrację⁴⁴. W istocie jego pierwotne stanowisko należy ocenić krytycznie jako zbyt wąskie. Obecnie w nauce prawa porównawczego uznaje się powszechnie różnorodność form przeszczepów prawnych w ramach różnych dziedzin prawa. W związku z tym można powiedzieć, że współcześnie przeszczepy prawne odgrywają zasadniczą rolę w procesie hybrydyzacji systemów prawnych. Importowanie rozwiązań prawnych z innych systemów prawnych, zwłaszcza ponadpaństwowych, stanowi bowiem narzędzie harmonizacji i unifikacji prawa, a także jednocześnie internacjonalizacji i w tym sensie jest generowane przez procesy globalizacyjne⁴⁵. Hybrydyzacja może także zachodzić samorzutnie, gdy w procesie pożyczania rozwiązań prawnych państwa próbują znaleźć odpowiedź na pytanie, jak uregulować nowy rodzaj relacji międzyludzkich, nowy typ zjawiska lub jak lepiej uregulować coś, co już jest regulowane. W ten sposób państwa doprowadzają do zbieżności swych ustawodawstw wewnętrznych bez ognia pośredniego, jakim jest organizacja międzynarodowa lub ponadnarodowa, osiągając tym samym wzajemną harmonizację unormowań prawnych. Korzystając z metafory zaczerpniętej z nauk ścisłych i przyrodniczych, ten proces można nazwać dyfuzją norm.

2.2. Geneza przeszczepów prawnych

Pożyczanie rozwiązań z innych systemów prawnych może wynikać z różnych czynników. W przeszłości transfery prawne miały miejsce przy okazji wielkich ruchów migracyjnych. Współcześnie nowe technologie leżą u podłoża zmian prawnych w wielu systemach prawa.

Alan Watson, twórca terminu „przeszczepy prawne”, identyfikuje cztery powody recepcji prawa⁴⁶. Pierwszym jest wyjątkowa praktyczna użyteczność

⁴² Zob. A. Watson, *Legal ...*, op. cit., s. 29–30.

⁴³ Ibidem, *passim*.

⁴⁴ „Actually, receptions and transplants come in all shapes and sizes. One might think also of an imposed reception, solicited imposition, penetration, infiltration, crypto-reception, inoculation and so on, and it would be perfectly possible to distinguish these and classify them systematically”. Zob. A. Watson, *Legal Transplants*, wyd. 2, 1993, s. 30.

⁴⁵ J. Szpak, *Kontrowersje wokół zagadnienia „legal transplants”*, Acta Erazmiana 2011, s. 64.

⁴⁶ A. Watson, *Aspects of Reception of Law*, American Journal of Comparative Law 1996, Vol. 44, s. 335 i n.

przeszczepów – jak stwierdza A. Watson, „po prostu pożyczanie jest ekonomicznie opłacalne”⁴⁷. Drugim wskazanym przez A. Watsona powodem jest przypadek, okoliczność, której nie można przewidzieć. Parafrazując jego stwierdzenie⁴⁸, można się zastanawiać, jak wyglądałoby polskie prawo karne, gdyby polscy karniści znali raczej język francuski niż niemiecki. Trzeci powód to trudności w jasnym widzeniu problemu prawnego, które mogą zostać wyjaśnione za pomocą przeszczepu, zaś czwarty to potrzeba autorytetu.

Nieco inaczej postrzega zagadnienie genezy przeszczepów prawnych w najnowszej literaturze M. Graziadei⁴⁹, który proponuje skupić się na trzech czynnikach zmiany. Pierwszy z nich to przemoc⁵⁰. Można zaobserwować, że w wielu przypadkach zmiana prawna była narzucona, następowała w rezultacie użycia siły, np. w czasie podbojów, ekspansji – także politycznej. Takie sytuacje znamy również z polskiej historii. Przykładowo polskie prawo karne po 1945 r. przeszło znaczącą przemianę, upodabniając się do unormowań radzieckich.

Drugim czynnikiem zmiany, o którym pisze M. Graziadei, jest prestiż. Wskazuje on, że „... najczęściej recepcja i przeszczepy prawne odbywają się bez przemocy. Chęć posiadania tego, co mają inni, zwłaszcza gdy jest to uznawane za lepsze, może wystarczać do uruchomienia procesu recepcji lub przeszczepu. W ten sposób ‘prestiż’ indukuje imitację”⁵¹. W kontekście problematyki karnistycznej za dobry przykład przeszczepu modernizacyjnego może służyć reforma japońskiego systemu prawa karnego⁵² lub reforma procedury karnej we Włoszech, związana z uchwaleniem w 1988 r. i wejściem w życie w 1989 r. nowego Kodeksu postępowania karnego, opartego na modelu kontradyktoryjnym procesu, pochodzącym z *common law*, ale zachowującego jednocześnie pewne elementy wcześniej obowiązującego modelu inkwizycyjnego⁵³. Podobne przykłady przeszczepów prawnych znane są w historii polskie-

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ „What would have been the impact on American law if Chancellor Kent had read German?”. Ibidem, s. 350. A. Watson miał tu na myśli Jamesa Kenta (1763–1847), profesora prawa, autora 4-tomowej pracy *Commentaries on American Law*, opublikowanej po raz pierwszy w 1826 r. (15. wydanie w latach 1998–2002, zob. http://www.constitution.org/jk/jk_000.htm), który w latach 1814–23 pełnił funkcję kanclerza Nowego Jorku, tj. najwyższego urzędnika sądowego w stanie Nowy Jork.

⁴⁹ M. Graziadei, op. cit., s. 456 i n.

⁵⁰ R. Tokarczyk, *Współczesne...*, op. cit., s. 301.

⁵¹ Ibidem, s. 457–458.

⁵² J. Izydorczyk, *Japoński kodeks postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2007, Nr 4, s. 105 i n.

⁵³ A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007,

go prawa karnego. Inspiracja, jaką czerpie część środowiska karnistów polskich z niemieckiej doktryny prawa karnego, jest powszechnie znana. Wpływ doktryny niemieckiej na środowiska akademickie, który w polskim kontekście zaowocował licznymi przeszczepami, odnotowywany jest zresztą także w innych krajach⁵⁴. Prestiż może obejmować konkretną instytucję prawną lub cały system⁵⁵.

Trzecim wyróżnionym przez M. Graziadei czynnikiem zmiany jest wydajność ekonomiczna⁵⁶. Autor ten wskazuje, że „niektóre z najbardziej ambitnych programów reform prawnych w ostatnich dekadach zostały zainicjowane przez międzynarodowe instytucje finansowe ... lub w ramach umów dotyczących handlu międzynarodowego”⁵⁷. W istocie, w ostatnich latach można zaobserwować wzrost zainteresowania w łonie organizacji międzynarodowych relacją między wynikami gospodarczymi danego państwa a jego systemem prawnym. Pojawiło się przekonanie, że niemożliwy, lub co najmniej utrudniony, jest rozwój ekonomiczny i walka z biedą w państwie, w którym prawo jest złej jakości, funkcjonuje system niedemokratyczny, panuje nierówność i korupcja. Z tego względu uznano znaczenie relacji między prawem a rozwojem (*law and development*). Jak wskazuje David M. Trubek⁵⁸, wyrażenie *Law and development* to pojęcie używane na określenie programów pomocy prawnej dla krajów rozwijających się i towarzyszącym im analizom naukowym. Genezy ruchu należy szukać w latach 60. XX wieku, gdy rozpoczęto proces finansowego wspierania państw nierozwiniętych ukierunkowany na zmianę ich ustawodawstw i instytucji w celu ich modernizacji. Zakładano, że przyspieszenie zbliżania się do zachodniego ideału *rule of law* będzie możliwe poprzez pomoc z zewnątrz. Jednakże część amerykańskiego środowiska akademickiego już w połowie lat 70. XX wieku zakwestionowała założenia ruchu, wskazując, że są one skażone etnocentryzmem, naiwnością, licznymi uproszczeniami, zwłaszcza co do prostej i linearnej relacji między

s. 172. Szeroko: G. Illuminati, *The Frustrating Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, Washington University Global Legal Studies Review 2005, Vol. 4, s. 567 i n.; E. Grande, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, American Journal of Comparative Law 2000, Vol. 48, s. 227 i n.

⁵⁴ Na temat wpływu niemieckiej doktryny prawa karnego na amerykańskich naukowców zob. M. D. Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, American Journal of Comparative Law 2005, Vol. 53, s. 679 i n. Także E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino 2000, cyt. za M. Graziadei, op. cit., s. 458.

⁵⁵ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (II)*, American Journal of Comparative Law 1991, Vol. 39, s. 399.

⁵⁶ M. Graziadei, op. cit., s. 459.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ D. M. Trubek, *Law and Development*, [w:] *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, Oxford 2001, s. 8443.

wykształceniem się nowoczesnego systemu prawnego i gospodarką opartą na wolnym rynku. Krytyka ta spowodowała, że ruch zamarł, zarówno finansowo, jak i naukowo⁵⁹.

Ruch ten jednak ożył na nowo w latach 90. XX wieku, po upadku muru berlińskiego. Jego reaktywację można przypisać dwóm koncepcjom – z jednej strony idei demokratyzacji i promocji praw człowieka, z drugiej zaś, silniejszej – idei nieskrępowanego rozwoju gospodarczego. Uznano wówczas, że warunkiem wstępnym rozwoju gospodarki opartej na wolnym rynku jest odpowiednie otoczenie instytucjonalne⁶⁰. To prawo uznano za narzędzie tworzenia i utrzymywania środowiska sprzyjającego wolnemu handlowi, co miało zachęcać zagranicznych inwestorów⁶¹. Implikowało to ruch w kierunku zmiany systemu prawnego w państwach rozwijających się, zwłaszcza w nowych demokracjach afrykańskich i państwach postsocjalistycznych.

Mimo pewnych głosów krytycznych „wiara w zmianę prawa poprzez odgórne reformy wspierane przez zachodnich ekspertów pozostaje silna”⁶². Demokratyczny porządek prawny (*rule of law*) stał się w oczach decydentów w państwach rozwiniętych warunkiem *sine qua non* zarówno demokracji, jak i wolnego rynku w państwach na dorobku. W związku z tym, za pośrednictwem licznych organizacji, wdrożono wiele programów pomocowych, zresztą bardzo kosztownych.. Przykładowo, od 1990 r. Bank Światowy wsparł kilkaset projektów mających na celu poprawę systemu prawnego pod szerokim hasłem reform ukierunkowanych na wprowadzenie demokratycznego porządku prawnego⁶³. Projekty te zakładają przystawalność modeli wypracowanych w państwach zachodnich do sytuacji w państwach rozwijających się, bez względu na dowody przeciwnie.

Kluczowym aspektem projektów pomocowych ukierunkowanych na poprawę jakości systemu prawnego i instytucjonalnego jest ich niedobrowolność. Przystąpienie do reform stanowi warunek dostarczenia pomocy finansowej do danego państwa i dalszego prowadzenia projektów pomocowych. Dochodzi do tego dodatkowo silna presja polityczna. To donatorzy dyktują warunki, na jakich dostarczana jest pomoc finansowa i jakie musi zrealizować państwo, aby ją w dalszym ciągu otrzymywać. Asymetria władzy jest tu oczywista. Z tego względu

⁵⁹ Ibidem, s. 8443–8444.

⁶⁰ L. A. Mistelis, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform – Some Fundamental Observations*, The International Lawyer 2000, Vol. 34, s. 1056.

⁶¹ C. W. Grey, W. Jarosz, *Foreign Investment Law in Central and Eastern Europe*, Working Paper, World Bank, 1993, s. 6–7.

⁶² D. M. Trubek, *Law and Development*, op. cit., s. 8445.

⁶³ Dane na dzień 28 sierpnia 2014 r., dostępne na stronie: http://www.worldbank.org/projects/search?lang=en&searchTerm=&mjthemecode_exact=3.

można się zastanawiać, za S. Falk Moore, znaną amerykańską antropolog prawa, czy narzucane państwom warunki do spełnienia nie są w rzeczywistości aktem quasi-legislacyjnym⁶⁴, w którym to zachodni sponsorzy zastępują ustawodawcę krajowego. Analiza wpływu sponsorów na uzależnione od nich państwa jest tym bardziej relewantna, że niektóre międzynarodowe organizacje pomocowe realizują dodatkowo w ograniczonym zakresie rolę jurysdykcyjną i egzekucyjną – jak np. Bank Światowy, który dał sobie uprawnienie do nakładania quasi-sankcji na państwa mające problem z ograniczeniem korupcji⁶⁵, lub Międzynarodowy Fundusz Walutowy, który w sytuacji niedostosowania się przez państwo do nałożonych na nie warunków wstrzymuje pożyczki.

Zjawisko, o którym tu mowa, stanowi część szerszego fenomenu nazywanego w piśmiennictwie „warunkowaniem” (*conditionality*). Warunkowanie, będące przedmiotem analiz zwłaszcza w nauce stosunków międzynarodowych⁶⁶, polega na uzależnianiu przyznania jednemu państwu określonych korzyści (finansowych, politycznych) od spełnienia przez nie określonych warunków, narzuconych przez podmioty zewnętrzne (inne państwa, organizacje międzynarodowe, organizacje pozarządowe, sponsorów prywatnych). Należy tu zauważyć, że choć nacisk na poprawę jakości systemu prawnego w państwach rozwijających się w istocie często wynika z chęci stworzenia warunków sprzyjających prowadzeniu tam interesów przez przedsiębiorców z państw rozwiniętych, wydaje się, że nierzadko przeszczepy prawne narzucane są także z powodów pozaekonomicznych. W szczególności, jak wskazują niedawne przecież doświadczenia Polski, reformy prawne mogą być dokonywane w celu uzyskania statusu członka w organizacji międzynarodowej.

2.3. Próba typologii przeszczepów prawnych

Problematyka typologii przeszczepów prawnych jest blisko związana z kwestią ich genezy. Próbę dokonania typologii przeszczepów prawnych w oderwaniu od powodów recepcji prawa podjęła Małgorzata Król. Korzysta ona z metafor medycznych, wskazując, że przeszczepy prawne można podzielić na

⁶⁴ S. Falk Moore, *An International Legal Regime and the Context of Conditionality*, [w:] *Transnational Legal Processes: Globalisation and Power Disparities*, red. M. Likosky, London 2002, s. 351.

⁶⁵ Zob. L. A. Low, *Transnational Corruption: New Rules for Old Temptations, New Players to Combat a Perennial Evil*, *Proceedings of the American Society of International Law*, Vol. 92, 1998, s. 155–156.

⁶⁶ Zob. F. Gilardi, *Transnational Diffusion: Norms, Ideas, and Policies*, [w:] *Handbook of International Relations*, red. W. Carlsnaes, T. Risse, B. A. Simmons, London 2013, s. 461 i n.

przeszczepy autogeniczne, izogeniczne, allogeniczne i ksenogeniczne⁶⁷. Przeszczep autogeniczny polega na przeniesieniu własnej tkanki z jednego miejsca w drugie, co powoduje, że ta kategoria przeszczepów nie odgrywa znaczenia w analizach prawnych, nie stanowi bowiem przeszczepu w jurydycznym sensie tego słowa. Przeszczep izogeniczny polega przeniesieniu tkanki lub narządu między osobnikami identycznymi genetycznie (bliźniętami jednojajowymi). Zdaniem M. Król⁶⁸, w kontekście prawnym z takimi przeszczepami mamy do czynienia, gdy treść normatywna przenoszona jest z jednego systemu siostrzanego do drugiego, np. między prawem federalnym USA a prawem stanowym⁶⁹, lub między prawem UE a prawem państw członkowskich⁷⁰. Przeszczep allogeniczny polega na przeniesieniu tkanek między osobnikami tego samego gatunku, co w kontekście prawnym oznacza przeszczep prawny między państwami należącymi do tej samej rodziny prawnej. Jako przykłady M. Król podaje proces przedakcesyjnej harmonizacji prawa polskiego z prawem UE⁷¹, a także transfery prawne w ramach rodziny państw socjalistycznych. Wreszcie, przeszczep ksenogeniczny to przeszczep tkanki między przedstawicielami różnych gatunków, co w sensie prawnym oznacza transfer normatywny między państwami reprezentującymi różne rodziny prawne i stanowi przeszczep prawny w znaczeniu ścisłym.

M. Król wyróżnia także transfery proste, polegające na przeszczepieniu jednej wyodrębnionej części danego systemu prawnego – przepisu, instytucji, oraz złożone, które polegają na pożyczaniu większej całości obcego systemu⁷². Wprowadza ona także podział na przeszczepy bezpośrednie i pośrednie, w zależności od tego, czy dany element obcego systemu prawnego został z niego zaczerpnięty bezpośrednio, czy też za pośrednictwem innego systemu⁷³.

Inny podział przeszczepów prawnych zaproponował Jonathan M. Miller⁷⁴. Korzystając z dorobku socjologii dzieli on przeszczepy na cztery grupy:

⁶⁷ M. Król, *Legal Culture and Legal Transplants...*, op. cit., s. 818 i n.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Z wyjątkiem prawa stanu Luizjana, które jest oparte na prawie kontynentalnym, francuskim.

⁷⁰ Ta teza jest jednak dalece kontrowersyjna, bowiem prawo UE nie może być *en bloc* uznane za siostrzane wobec systemów normatywnych wszystkich państw członkowskich UE. Przykładowo, prawo angielskie różni się od prawa kontynentalnego, a Wielka Brytania jako członek Unii także jest zobowiązana do implementacji norm unijnych.

⁷¹ Wydaje się, że i ten przykład jest nieuprawniony, jako zbyt uproszczenie – w prawie UE możliwe bowiem są wpływy prawa *common law*, należącego do innej rodziny prawnej niż prawo kontynentalne.

⁷² M. Król, *Legal Culture and Legal Transplants...*, op. cit., s. 821.

⁷³ Ibidem, s. 820.

⁷⁴ J. M. Miller, *A Typology of Legal Transplants*, *American Journal of Comparative Law* 2003, Vol. 51, s. 842 i n.

przeszczepy oszczędzające koszty (*Cost-Saving Transplants*), przeszczepy dyktowane z zewnątrz (*Externally-Dictated Transplants*), przeszczepy przedsiębiorcze (*Entrepreneurial Transplants*) i przeszczepy legitymizujące (*Legitimacy-Generating Transplants*). Jest to typologia oparta na analizie motywacji importera przeszczepu, która nawiązuje do analizowanych wyżej możliwych powodów dokonywania recepcji obcych rozwiązań normatywnych.

Przeszczepy oszczędzające koszty dokonywane są ze względów praktycznych. Jak pisze J. M. Miller, „przeszczep oszczędzający koszty polega na tym, że projektodawca, konfrontowany z nowym problemem wyciąga rozwiązanie skądinąd z półki bibliotecznej, żeby zaoszczędzić sobie wysiłku wymyślenia oryginalnego rozwiązania”⁷⁵. Czasami jest to przeszczep *in extenso*, czasami sklejane jest razem to, co zostało zaczerpnięte z innych systemów, a czasami przeszczep poprzedzony jest głębszą funkcjonalną analizą przystawalności rozwiązań obcych do sytuacji wewnętrznej i ich ewentualną adaptacją⁷⁶.

Przeszczepy dyktowane z zewnątrz przeszczepy dokonywane w ramach realizacji doktryny *conditionality*, o której była wyżej mowa. Obejmują one szerokie spektrum przypadków recepcji obcego prawa. W kontekście penalnym można wskazać na reformy gwarantujące przestrzeganie praw człowieka w krajach Europy Środkowej i Wschodniej lub na zniesienie kary śmierci w Rosji w perspektywie członkostwa w Radzie Europy.

Pojęcie przeszczepów przedsiębiorczych odnosi się do recepcji prawa promowanej na płaszczyźnie wewnątrz krajowej przez jednostki lub grupy jednostek, które są osobiście zainteresowane w przyjęciu obcych rozwiązań prawnych⁷⁷. Ich osobisty interes niekoniecznie ma charakter finansowy, może tu chodzić o poprawę swojej sytuacji zawodowej w państwie importującym obce normy, awans, wpływy polityczne. Ten rodzaj przeszczepów może być inspirowany lokalnie lub zewnętrznie. Nie jest on jednak tożsamy z przeszczepami dyktowanymi z zewnątrz z tego względu, że to nie państwo jest adresatem benefitów po przyjęciu przeszczepu, a grupa lub osoba nim zainteresowana i lobbująca za jego recepcją. Czasami jednostki eksportujące normy – organizacje z państw rozwiniętych – mogą funkcjonować na obu poziomach, to jest zarówno wprowadzać warunkowanie (*conditionality*) benefitów od zmiany prawa, jak i jednocześnie szkolić prawników w zakresie obcych przepisów, które mają podlegać transplantacji, ale w innych przypadkach mogą interweniować tylko na poziomie grup interesów⁷⁸.

⁷⁵ Ibidem, s. 845.

⁷⁶ M. Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, Yale Law Journal 1999, Vol. 108, s. 1228.

⁷⁷ J. M. Miller, op. cit., s. 849–854.

⁷⁸ W tym kontekście można wspomnieć np. o działalności Fundacji Forda, która także w Polsce sponsorowała wiele projektów ukierunkowanych na poprawę jakości pra-

Czwarta kategoria typów przeszczepów w ujęciu J. M. Millera obejmuje przeszczepy legitymizujące, które M. Graziadei nazywa przeszczepami wynikającymi z prestiżu i o których była mowa wyżej. Ten typ przeszczepów dotyczy państw rozwijających się, ze słabym aparatem państwowym, w których władze poszukują legitymizacji dla swoich decyzji w zewnętrznych podmiotach i systemach prawnych⁷⁹.

Typologia zaproponowana przez J. M. Millera pozwala na analizę zarówno przeszczepów, które miały miejsce w przeszłości, jak i aktualnie zachodzących na świecie przemian w zakresie relacji między prawem krajowym a międzynarodowym i ponadnarodowym.

2.4. Jak oceniać sukces przeszczepów prawnych?

Przeszczepy prawne stanowią od dawna część rzeczywistości normatywnej na świecie. Analiza procesu przeszczepiania prawa prowadzi jednak do narzucającego się pytania o to, co się dzieje z przeszczepionymi rozwiązaniami normatywnymi – jednym słowem, czy i na ile przeszczep się przyjmuje.

W tej materii, zdaniem I. Markovits⁸⁰, zarysowują się trzy stanowiska. Wskazuje ona, że są autorzy, jak A. Watson, którzy uważają, że przeszczepianie nie stwarza żadnych problemów, przeszczep przyjmuje się w nowym systemie bez kłopotu, bowiem prawo to konstrukt tworzony przez prawników, łatwy do przystosowania przez innych prawników, w ramach innego krajowego systemu prawnego. Na przeciwnym biegunie są tacy autorzy, jak P. Legrand, który neguje w całości możliwość dokonywania przeszczepów ze względu na bardzo ściśle powiązania między prawem a społeczeństwem i kulturą, w jakiej to prawo funkcjonuje. Stanowisko pośrednie zajmują natomiast autorzy, jak L. Friedman⁸¹, którzy twierdzą, że choć systemy prawne się od siebie różniły, to współcześnie sukces przeszczepów umożliwia procesy globalizacyjne, które sprawiają, że odległe od siebie kulturowo społeczeństwa się do siebie upodabniają⁸².

wa, demokratyzację itp. W piśmiennictwie na ten temat zob. J. deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 1999, Vol. 20, s. 189 i n.

⁷⁹ J. M. Miller, op. cit., s. 857.

⁸⁰ Zob. I. Markovits, *Exporting Law Reform – But Will It Travel?*, Cornell International Law Journal 2004, Vol. 37, s. 95–96.

⁸¹ Por. L. Friedman, *Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants*, [w:] *Adapting Legal Cultures*, red. D. Nelken, J. Feest, Oxford-Portland 2001, s. 93 i n.

⁸² Zob. I. Markovits, op. cit., s. 95–96.

Takie rozważania w istocie zależą jednak od tego, jak dany autor rozumie samo pojęcie „prawo”. Na ten aspekt zwraca trafnie uwagę R. Cotterrell, pisząc, co następuje: „Sposób, w jaki konceptualizowane jest prawo – na przykład jako zasady, idee zakorzenione w kulturze prawnej, jako część kultury w jakimś szerszym sensie, lub jako instrument realizacji określonych celów – zabarwia sposób, w jaki oceniany jest sukces (a nawet sama możliwość) zapożyczeń prawnych”⁸³. Podobne stanowisko zajmuje M. Graziadei, stwierdzając, że „aby zrozumieć zmianę prawną w perspektywie porównawczej, należy uznać, że prawo w społeczeństwie nie stanowi spójnego i zwartego przedmiotu opisywanego przez te ogólne terminy. <Prawo> to tak naprawdę uogólnienie znamionujące kolaż prawnych artefaktów”⁸⁴. Z tego względu proponuje on, aby zunifikowane postrzeganie kultur i porządków prawnych zastąpić bardziej analitycznym, dynamicznym i realistycznym obrazem prawa lokalnego, które obejmuje także interakcje z innymi systemami prawnymi⁸⁵.

Badania nad skutecznością przeszczepów w literaturze komparatystycznej podejmowane są wyłącznie w kontekście prawa prywatnego. Autorzy je prowadzący wskazują najczęściej, że skuteczność przeszczepu zależy od stopnia dopasowania systemu pochodzenia przeszczepu oraz systemu przyjmującego⁸⁶. Rozbudowaną teorię na ten temat przedstawili w szczególności D. Berkowitz, K. Pistor i J. F. Richard. Wychodząc ze stanowiska, że prawo jest instytucją kognitywną doszli do wniosku, że to „proces tworzenia prawa raczej niż treść norm prawnych determinuje efektywność instytucji prawnych ... Prawa, które są kompatybilne z wcześniej istniejącym porządkiem społecznym, mają większe szanse być dobrze przyjęte i w konsekwencji stosowane ... przeszczepy prawne mogą działać, jeśli zostały adaptowane lub jeśli populacja zna już wcześniej podstawowe zasady tych praw”⁸⁷.

W ujęciu D. Berkowitza, K. Pistor i J. F. Richarda do powodzenia przeszczepu prawnego, które definiują jako jego skuteczne funkcjonowanie w praktyce, mogą przyczynić się dwie okoliczności. Po pierwsze, znaczenie ma zdolność państwa do dostosowania przeszczepianej treści normatywnej do sytuacji w systemie prawnym, do którego jest przeszczepiana, a także do lokalnych okoliczności społecz-

⁸³ Zob. R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants*, [w:] *Adapting...*, op. cit., s. 79.

⁸⁴ Zob. M. Graziadei, *Comparative law as the study of legal transplants*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 471.

⁸⁵ Ibidem, s. 471–472.

⁸⁶ Ibidem, s. 472.

⁸⁷ Zob. D. Berkowitz, K. Pistor, J. F. Richard, *The Transplant Effect*, *American Journal of Comparative Law* 2003, Vol. 51, s. 189.

no-ekonomicznych. Zdaniem wspomnianych autorów, adaptacja zapożyczanych rozwiązań, obejmująca ich modyfikację ukierunkowaną na specyfikę systemu lokalnego, pozwala na ich skuteczne stosowanie w praktyce, zarówno przez obywateli, jak i instytucje, organy do tego powołane⁸⁸. Prowadzone modyfikacje nie muszą być istotne⁸⁹, znaczenie ma jednak proces analizy stopnia adaptacji przeszczepu do lokalnych warunków normatywnych i społecznych. Po drugie, zdaniem D. Berkowitza, K. Pistor i J. F. Richarda przeszczep ma większe szanse zakończyć się powodzeniem, jeśli docelowy system prawny wykazuje podobieństwa z systemem pochodzenia przeszczepu, to jest pochodzi z jednej rodziny prawnej⁹⁰.

Rozważania D. Berkowitza, K. Pistor i J. F. Richarda co do czynników przyczyniających się do sukcesu przeszczepów prowadzą ich do konkluzji, że „to raczej proces tworzenia prawa niż zawartość normy prawnej determinuje skuteczność instytucji prawnych. Tam, gdzie prawo rozwija się wewnętrznie poprzez proces prób i błędów, innowacji i poprawek, z udziałem i zaangażowaniem użytkowników prawa, prawników i innych zainteresowanych strona, instytucje prawne są bardzo skuteczne. Odwrotnie, gdzie obce prawo jest narzucone, a ewolucja prawna raczej zewnętrzna niż wewnętrzna, instytucje prawne będą o wiele słabsze”⁹¹.

M. Graziadei⁹² wskazuje krytycznie, że taki obraz wydaje się nadmierną symplifikacją zjawiska przeszczepiania prawa. Uogólnienia oparte na kryteriach zastosowanych przez wskazanych autorów, jego zdaniem, pomijają zupełnie znaczenie faktu, kto i z jakich powodów dokonuje przeszczepu. Okoliczność, że przeszczep pochodzi z tej samej rodziny prawnej co system docelowy może mieć znaczenie, ale nie decydujące – o wiele większą rolę, zdaniem tego autora, odgrywa mechanizm zmiany. Owszem, M. Graziadei dostrzega, że podobieństwa między systemem docelowym i przeszczepianym są „atrakcyjne, bo zakładają spójność przeszczepu z prawem dotychczasowym”⁹³. Jednak w jego opinii „rzeczywistość jest o wiele mniej spójna i o wiele bardziej dynamiczna”⁹⁴.

W moim przekonaniu należy podzielić krytyczne spojrzenie M. Graziadei na analizę prowadzoną przez D. Berkowitza, K. Pistor i J. F. Richarda. Ich rozważania mają w istocie charakter upraszczający i zbyt konserwatywny. Nie można bowiem pomijać faktu, że pod wpływem procesów globalizacyjnych zmiany normatywne na świecie przebiegają bardzo dynamicznie i że żaden system nie

⁸⁸ Ibidem, s. 178-179.

⁸⁹ Ibidem, s. 180.

⁹⁰ Ibidem, s. 180-181.

⁹¹ Ibidem, s. 189.

⁹² Zob. M. Graziadei, op. cit., s. 472-473.

⁹³ Ibidem, s. 473.

⁹⁴ Ibidem.

jest już właściwie do końca „czysty”. Wydaje się raczej, że rację ma w tym względzie cytowana wyżej E. Örüçü, która twierdzi, że wszystkie współczesne systemy mają charakter mieszany, hybrydowy⁹⁵. Użyte przez D. Berkowitza, K. Pistor i J. F. Richarda kryterium podobieństwa systemów jest zatem anachroniczne i nieprzystające do aktualnej sytuacji w sferze normatywnej na świecie.

Podając próbę zbudowania własnego systemu oceny sukcesu procesu przeszczepiania prawa, należy w pierwszym rzędzie rozważyć kwestię kryteriów oceny takiego sukcesu. Budując swoją teorię dotyczącą powodzenia przeszczepów D. Berkowitz, K. Pistor i J. F. Richard wyszli z założenia, że zasadniczym kryterium oceny sukcesu transplantacji w ramach prawa prywatnego powinien być rozwój ekonomiczny państwa i wzrost dochodu narodowego⁹⁶, taki bowiem był deklarowany cel dokonywania przeszczepów prawnych – zarówno w okresie transformacji państw byłego bloku komunistycznego po 1989 r., jak i wcześniejszych, na przykład w latach 60. i 70. XX wieku w Ameryce Południowej.

Kryterium to nie jest jednak adekwatne do opisu i oceny sukcesu zapożyczeń na przykład w sferze prawa karnego. Konieczne staje się zatem poszukiwanie innych narzędzi oceny.

Na wstępie można wskazać, że rację ma C. Dupré, wskazując, że ocena sukcesu przeszczepu zależy od oczekiwań, jakie się miało wobec transplantacji treści normatywnych oraz, po drugie, od charakterystyki podmiotu oceniającego. Oceniając element oczekiwań co do przeszczepów trzeba wskazać, że w zależności od stopnia ich wygórowania przeszczepy, można oceniać jako udane bądź nieudane. Jeśli oczekiwana była wielka zmiana normatywna, a przeszczep jej nie przyniósł, ocena jego sukcesu siłą rzeczy będzie negatywna. Podobnie, inaczej może być oceniane powodzenie procesu przeszczepiania rozwiązań normatywnych z perspektywy podmiotu importującego przepisy, a inaczej – z perspektywy podmiotu eksportującego lub obligującego do ich implementacji⁹⁷.

Dodatkowo, przy ocenie stopnia przyjęcia się przeszczepu w systemie docelowym nie można abstrahować od warunków lokalnych. Przeszczepy prawne pochodzące z jednego systemu prawnego są stosowane w docelowym systemie w sposób właściwy lokalnie, dostosowany do lokalnych sytuacji i okoliczności. Powoduje to, że interpretacja normy będzie zmieniać się w systemie docelowym w stosunku do interpretacji z systemu oryginalnego⁹⁸. Ocena sukcesu

⁹⁵ Por. E. Örüçü, *The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Leiden-Boston 2004, s. 161.

⁹⁶ D. Berkowitz, K. Pistor, J. F. Richard, op. cit., passim.

⁹⁷ Zob. C. Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford 2003, s. 60–61.

⁹⁸ Por. D. Berkowitz, K. Pistor, J. F. Richard, op. cit., s. 177.

przeszczepu może więc ewoluować w zależności od tego, czy oceniany jest on z perspektywy systemu docelowego, czy oryginalnego.

Wskazane tu okoliczności przy ocenie sukcesu przeszczepu mają jednak, w moim przekonaniu, charakter wtórny. Zasadniczym punktem wyjścia dla ewaluacji powodzenia przeszczepów prawnych powinna być bowiem, w mojej opinii, analiza celu przeszczepu⁹⁹. Tylko dzięki odpowiedzi na pytanie o założony cel reformy prawa prowadzonej za pomocą przeszczepów możliwa jest ocena sukcesu transplantacji. Pytanie to zakłada przy tym, że prawo nie jest tu rozumiane jako pewien idealny konstrukt, wyabstrahowany od społeczeństwa, jak chce je postrzegać A. Watson, ale jako fenomen immanentnie ze społeczeństwem związany, instrument inżynierii społecznej, realizujący funkcje na rzecz tego społeczeństwa.

Problem celu przeszczepiania wydaje się bardzo złożony. Należy w pierwszym rzędzie wskazać, że cel zapożyczeń normatywnych może być oceniany na różnych płaszczyznach. W szczególności inaczej ocenia się cel transferu dokonany w ramach procesu umiędzynarodowienia, inaczej zaś cel przeszczepu w ramach procesu samorzutnej dyfuzji norm między narodowymi systemami prawa.

Odnosząc się do kwestii celu przeszczepu dokonywanego w ramach procesu umiędzynarodowienia, można zauważyć, że mają one do zrealizowania dwa cele. Z perspektywy podmiotu obligującego, którym jest w ramach tego procesu organizacja międzynarodowa, bezpośrednim celem¹⁰⁰ transferu jest uzyskanie odpowiedniego poziomu harmonizacji prawa wewnętrznego z unormowaniami ponadpaństwowymi. Nie jest to jednak cel sam w sobie – harmonizacja stanowi bowiem narzędzie realizacji określonych zadań. Przykładowo w kontekście prawnokarnym harmonizacja ustawodawstw wewnętrznych ma ułatwiać walkę z przestępczością w perspektywie transgranicznej, przyczyniając się do skuteczniejszego ścigania określonych kategorii czynów, do poprawy współpracy między zainteresowanymi państwami. Można to uznać zatem za cel materialny, długofalowy¹⁰¹, przeszczepu. W rezultacie wydaje się, że skuteczność przeszczepu należy oceniać na dwóch poziomach: co do celu bezpośredniego, polegającego na osiągnięciu wymaganego stopnia harmonizacji na płaszczyźnie legislacyjnej, oraz co do celu długofalowego, polegającego na użyteczności nowych unormowań do zwalczania przestępczości.

Podobnie z perspektywy państwa przyjmującego przeszczep cel zapożyczenia należy rozumieć dwojako. Z punktu widzenia formalnego bezpośrednim celem przeszczepu jest spełnienie obowiązku dostosowania unormowań

⁹⁹ Por. J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 135 i n.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 136.

¹⁰¹ Ibidem, s. 136–137.

krajowych w należyty sposób do regulacji ponadpaństwowej, a zatem uzyskanie zadowalającego stopnia harmonizacji. Z punktu widzenia materialnego jednak pośrednim, długofalowym celem transferu jest, a w każdym razie powinno być, zwalczanie określonego rodzaju przestępczości, także w ramach współpracy z innymi państwami w tej materii. Państwo przyjmujące transfer jest stroną konwencji międzynarodowej lub członkiem organizacji, która przyjęła określone normy, w związku z czym powinno mu zależeć na realizacji także długofalowego celu danego ponadpaństwowego aktu prawnego. Nie wystarcza zatem tylko uzyskanie zgodności przepisów krajowych z unormowaniami ponadpaństwowymi, przy ocenie sukcesu przeszczepów konieczna jest analiza ich praktycznej implementacji, na płaszczyźnie stosowania prawa.

Można zatem w konkluzji stwierdzić, że przeszczep, jak każda interwencja legislacyjna, powinien być dokonywany w określonych celach, uporządkowanych w oparciu o ustalone wartości tych celów. Próbuąc stworzyć hierarchię celów założeń, można wskazać, że długofalowym celem dokonania przeszczepu powinno być uzyskanie zmiany zachowania podmiotów prawnych, przykładowo w kontekście prawnokarnym – eliminacja niepożądanych zachowań zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i międzynarodowej, obejmująca efektywną współpracę międzynarodową w ściganiu tych zachowań. Celem bezpośrednim zaś – satysfakcjonujący poziom harmonizacji przepisów.

3. Kontrowersje związane z hybrydyzacją

Problematyka przeszczepów prawnych i mieszania się systemów jest obecnie jednym z zasadniczych problemów badawczych w nauce prawa porównawczego¹⁰², niemożliwym jest więc przedstawienie całości badań na ten temat. Warto jednak wskazać na kontrowersje związane z tymi zagadnieniami.

W szczególności w literaturze pojawiają się głosy kwestionujące możliwość dokonywania zmiany prawa za pomocą przeszczepów prawnych¹⁰³. Oparte są one na przekonaniu, że prawo jest tak głęboko związane z kulturą danego społeczeństwa, że w istocie rozwiązania prawne pochodzące z jednego systemu po prostym przeniesieniu do innego nie zadziałają w ten sam sposób. Zwolennik takiego stanowiska, P. Legrand stwierdza, że „norma jest inkorporacyjną formą kulturową. Jako zlepek elementów kulturowych, jest wspierana przez ważne

¹⁰² M. Graziadei, op. cit., s. 442.

¹⁰³ P. Legrand, *What 'Legal Transplants'?*, [w:] *Adapting Legal Cultures*, s. 54 i n. Wcześniejsza wersja tego samego tekstu zob. P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997, Vol. 4, s. 111 i n.

historyczne i ideologiczne formacje. Norma nie istnieje empirycznie w sposób znacząco oderwany od świata znaczeń, które określają kulturę prawną; część jest ekspresją i syntezą całości: rezonuje”¹⁰⁴. W związku z tym, jak argumentuje P. Legrand, „co najwyżej, to, co może zostać przeniesione z jednego systemu do drugiego, to, dosłownie, pozbawiony sensu zapis słów”¹⁰⁵. Zdaniem tego autora, zmiana prawna nie dokonuje się przez mimetyzm, przez powtarzanie słów pozbawionych niezbędnego kontekstu kulturowego.

Wskazana argumentacja została słusznie skrytykowana przez M. Graziadei. Stwierdza on, że zarówno języki, jak i kultury w postmodernistycznym świecie są sobie coraz bliższe i same w sobie stanowią wynik mieszania się lingwistycznego i kulturowego społeczności. Mieszanie się systemów prawnych w takich warunkach nie jest zatem niczym dziwnym. Nie jest to jednak tylko proces mechaniczny, jak chciałby P. Legrand. Jest to proces twórczy, wymagający uczenia się, dynamiczny¹⁰⁶.

Krytykę P. Legranda można, jak to czyni M. Graziadei¹⁰⁷, odczytywać w szerszej perspektywie, jako głos w dyskusji nad rolą nauki prawa porównawczego. P. Legrand wskazuje bowiem, że „prawo jest częścią symbolicznego aparatu, za pomocą którego całe społeczności próbują lepiej siebie zrozumieć. Studia komparatystyczne mogą pogłębić zrozumienie innych społeczności, rzucając światło na to, jak rozumieją one swoje prawo. Jednakże, jeśli komparatysta nie nauczy się myśleć o prawie jak o zjawisku usytuowanym społecznie i zaakceptować, że prawo zakorzenione jest głęboko w specyficznym kulturowo – i zależnym – dyskursie, porównanie szybko staje się bezcelowym przedsięwzięciem”¹⁰⁸. Komparatystyka prawnicza musi, jego zdaniem, sięgać głębiej niż tylko w treść przepisów, co wydaje się postulatem ze wszech miar trafnym.

Z drugiej jednak strony sceptycyzm P. Legranda co do możliwości przeszczepiania rozwiązań prawnych, zwłaszcza w ramach Unii Europejskiej, spowodowany nieodłącznymi różnicami w systemach prawnych *common law* i kontynentalnych¹⁰⁹, związanymi m.in. z kształtującą prawo rolą sędziego w systemie *common law*, które analizował O. Kahn-Freund¹¹⁰, wydaje się przynajmniej częś-

¹⁰⁴ Ibidem, s. 59.

¹⁰⁵ Ibidem, s. 63.

¹⁰⁶ M. Graziadei, op. cit., s. 468 i n.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 470.

¹⁰⁸ P. Legrand, *What...*, op. cit., s. 68.

¹⁰⁹ Zob. P. Legrand, *European Systems Are Not Converging*, *The International and Comparative Law Quarterly* 1996, Vol. 45, No. 1, s. 52 i n., passim.

¹¹⁰ O. Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law-Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, [w:] *New Perspectives for a Common Law of Europe*, red. M. Cappelletti, Leyden-London 1978, cyt. za P. Legrandem, *European...*, op. cit., s. 74 i n.

ciowo uzasadniony. Przykładowo, w kontekście penalnym brak kompatybilności między systemem *common law* a prawem państw kontynentalnych może tłumaczyć trudności w integracji w zakresie współpracy w sprawach karnych.

4. Podsumowanie

Wobec przemian zachodzących w systemach prawa na świecie traci rację bytu tradycyjny podział systemów prawnych na rodziny prawne i tradycjonalistyczne spojrzenie na przenikanie się rozwiązań pochodzących z różnych systemów należących do osobnych rodzin. Obecnie za bardziej przekonującą należy uznać tezę o mieszaniu się systemów prawnych w ogólności pod wpływem procesów globalizacyjnych. Rozważania powyższe miały także na celu wykazanie przydatności do badań współczesnych przeobrażeń systemów prawa koncepcji wypracowanej w nauce prawa porównawczego odnoszącej się do przeszczepów prawnych. Teoria przeszczepów prawnych pozwala na analizę powodów i mechanizmów zmiany prawnej dokonywanej w krajowych systemach prawnych. Jest to przy tym narzędzie o tyle uniwersalne, że jednakowo przydatne do analizy interakcji między krajowymi systemami prawnymi, jak i interakcji między systemami prawnymi krajowymi a ponadpaństwowymi. Jest ono jednak rzadko wykorzystywane w nauce polskiej. Opracowanie to może służyć pomocą osobom zainteresowanym analizami komparatystycznymi wykorzystującymi to, jakże interesujące, instrumentarium badawcze.

LEGAL TRANSPLANTS AS A TOOL OF HARMONIZATION OF LAW

The notion and theories on legal transplants and – more broadly – legal transplantation have been an object of interest in comparative law in the world since the 70s., especially in the framework of research on mixed legal systems. The theories of legal transplants remain rather unknown to the Polish researchers. And yet they may constitute a useful tool of analysis of contemporary transformations of legal systems, stemming from globalization. The article is aimed at acquainting Polish readers with theories on mixed legal systems and legal transplants and explaining briefly in what way legal transplants contribute to the hybridization of legal systems in the world.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014
Warszawa 2014

Cezary Błaszczuk ■

WPŁYW KONWENCJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH O UMOWACH MIĘDZYNARODOWEJ SPRZEDAŻY TOWARÓW NA PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE SPRZEDAŻY KONSUMENCKIEJ

W związku z koniecznością implementacji postanowień Dyrektywy (2011/83/UE) o prawach konsumentów, ustawą z dnia 30 maja 2014 r. (Dz.U. 2014 poz. 827) przeprowadzono szereg gruntowanych zmian w polskim prawie cywilnym i konsumenckim. Na tym tle warto zwrócić uwagę na wpływ Konwencji Wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów na recypowane z prawa europejskiego rozwiązania.

1. Rola Konwencji w harmonizacji prawa prywatnego i jej wpływ na prawo sprzedaży konsumenckiej w Unii Europejskiej

Konwencja Wiedeńska, czyli Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów¹ (ang. *United Nations Convention on Contracts of the International Sale of Goods* – CISG, „Konwencja”) dotyczy umów sprzedaży ruchomości pomiędzy podmiotami, prowadzącymi działalność handlową w państwach-stronach Konwencji, bądź w sytuacji, gdy normy prawa

¹ Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz. U. z dnia 13 maja 1997 r.).

prywatnego międzynarodowego wskazują na ustawodawstwo państwa-strony Konwencji (art. 1 ust. 1 lit. a-b). Reguluje trzy kwestie: zawarcia umowy, obowiązków kupującego i sprzedającego oraz przysługujących im środków ochrony. Zasadniczo stosuje się ją do obrotu profesjonalnego (art. 1 i 2)².

Obecnie związanych postanowieniami Konwencji jest osiemdziesiąt państw – zarówno tych prowadzących najbardziej ożywioną wymianę handlową, jak i rozwijających się – *nota bene* pierwszym państwem, które złożyło dokumenty ratyfikacyjne było Lesotho. Konwencja reguluje trzy czwarte wszystkich transgranicznych transakcji handlowych³. Jednak o jej znaczeniu świadczy przede wszystkim to, że miała znaczący wpływ (zarówno bezpośredni, jak i pośredni – poprzez prawodawstwo organizacji regionalnych) na kształt prawa prywatnego na całym świecie. CISG inspirowała reformatorów prawa cywilnego, m.in. w Skandynawii czy w państwach byłego bloku socjalistycznego (Rosja, Estonia). Pośrednio (poprzez omawiane tu wspólnotowe prawo sprzedaży konsumenckiej) spowodowała tzw. *große Lösung* (pol. duże rozwiązanie) – zmiany w niemieckim BGB, które obejmowały zakres całego prawa zobowiązań⁴. Z kolei w Chinach konwencyjny model ofertowego trybu zawarcia umowy stał się obowiązującym dla wszystkich umów chińskiego kodeksu – Prawa Zobowiązań z 1999 r. Wreszcie, wspomniana we wstępie ustawa o prawach konsumentów wprowadza do polskiego Kodeksu cywilnego jednolity model odpowiedzialności za wady rzeczy sprzedanej, oparty na Konwencji. W piśmiennictwie nie brakuje zatem głosów, które okrzyknęły CISG najważniejszym osiągnięciem w dziedzinie harmonizacji prywatnego prawa handlowego. Niewiele jest współcześnie aktów prawnych o większym wpływie na poszczególne porządki prawa sprzedaży⁵.

² Na tym tle warto zwrócić uwagę na dystynkcję pomiędzy zakresem obowiązywania a zakresem zastosowania, który w przypadku prawa międzynarodowego prywatnego ma niebagatelne znaczenie.

³ U. Magnus, *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law – Best of all Worlds?*, Journal of Civil Law Studies, t. 3, 2010, s. 71.

⁴ Przyznać jednak trzeba, że część niemieckiej doktryny opowiedziała się za tzw. *kleine Lösung* (A. Kurowska, *Implementacja Dyrektywy o Sprzedaży Konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, t. VI, 2008, s. 98).

⁵ U. Magnus, *The Vienna...*, s. 71 i n.; J. M. Lookofsky, *Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules*, American Journal of Comparative Law 1991, Nr 39, s. 403–416, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky6.html>, 5.11.2013; T. Janyst, *The influence of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods on the Chinese Contract Law: damages for breach of contract*, <http://tomaszjanyst.files.wordpress.com/2013/02/cisgchinesecontract-law.pdf>, 11.11.2013, s. 5 i n.; F. Ferrari, *The CISG...*, s. 474 i n.

W odniesieniu do prawa Unii Europejskiej należy zwrócić uwagę, że Konwencja obowiązuje aż w 24 spośród 28 państw członkowskich. Co więcej, nawet państwa, które nie związały się Konwencją, zostały zmuszone do przyjęcia części jej zapisów poprzez ich powtórzenie w prawie unijnym⁶. Twórcom CISG udało się bowiem znaleźć spójny kompromis pomiędzy rozwiązaniami stosowanymi w poszczególnych systemach kontynentalnych i brytyjskim *common law*. Znalezienie tego wspólnego mianownika musiało zostać dostrzeżone, docenione i wykorzystane przez Unię Europejską, co poskutkowało sprowadzeniu do niego regulacji także Wielkiej Brytanii, Irlandii, Malty i Portugalii, czyli tych państw, które dotychczas nie związały się Konwencją⁷. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż szereg wspólnotowych regulacji prawnych czerpie bezpośrednio z Konwencji⁸. Szczególnie symptomatyczne jest to zwłaszcza w przypadku prawa konsumenckiego i wzorowanej bezpośrednio⁹ na Konwencji Dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (ang. *Consumer Sales Directive*, Dyrektywa CS)¹⁰. Również Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (2011/83/UE) o prawach konsumentów¹¹, chociaż ze względu na swój zakres zastosowania w wielu aspektach odbiega od CISG, to z całą pewnością operuje w jej systemie pojęciowym.

⁶ P. Schlechtriem, *10 Jahre CISG – Der Einfluß des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts*, Internationales Handelsrecht (IHR) 2001, s. 12; S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 350.

⁷ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 222.

⁸ Państwa członkowskie Unii Europejskiej obrały różne formy dostosowania prawa krajowego do Dyrektywy CS, co wynika z charakteru i pozycji dyrektyw we wspólnotowym porządku prawnym. Warto zwrócić uwagę, że Wielka Brytania nie wprowadziła postanowień opartych na kluczowym dla mechanizmów konwencyjnych pojęciu „zgodności towarów z umową”, chociaż istniejące regulacje prowadzą do niemal identycznych rozstrzygnięć. W Czechach w ogóle nie transponowano art. 2 ust. 2 lit. d, a na Litwie art. 5 ust. 3 Dyrektywy CS. W Niemczech położono nieco inny nacisk na zobowiązania stron. Z kolei w Bułgarii, na Litwie, Słowenii, Hiszpanii i Wielkiej Brytanii węższy jest też zakres przedmiotowy obowiązków sprzedającego, wymienionych w art. 2 Dyrektywy CS. W Grecji, Holandii, Portugalii i Słowenii, definicję „zgodności towarów z umową” skonstruowano na wzór Konwencji (tj. negatywną), a nie Dyrektywy CS (pozytywną) (Ch. Twigg-Flesner, *Consumer Sales Directive (99/44)*, [w:] H. Schulte-Nölke (red.), Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Bielefeld 2008, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, 14.11.2013, s. 646 i n.).

⁹ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 223.

¹⁰ Dz.Urz.UE.L 1999 Nr 171, s. 12.

¹¹ Dz.Urz.UE.L 2011 Nr 304, s. 64.

Na Dyrektywę CS należy zwrócić szczególną uwagę. Jak podniesiono w piśmiennictwie, stanowi ona kamień milowy na drodze rozwoju unijnego prawa konsumenckiego oraz – *in abstracto* – harmonizacji europejskiego prawa prywatnego¹². Jest ona „najdonioślejszą ze wszystkich, jakie w prawie konsumenckim były kiedykolwiek przedmiotem negocjacji”¹³, a także „najważniejszym aktem Unii w sferze prawa umów, który reguluje samą istotę tzw. klasycznego prawa zobowiązań”¹⁴. Stąd niejednokrotnie zwracano uwagę, iż oparcie Dyrektywy CS na Konwencji stanowi żywy przykład jej znaczenia i wpływu na prawo na świecie¹⁵. Jak słusznie podniósł R. Stefanicki, Dyrektywa CS „dokonuje bowiem <<przewrotu>> w prawie umów sprzedaży i stanowi znaczącą ingerencję ustawodawstwa wspólnotowego w prawo cywilne państw członkowskich. Jest to zatem akt reformujący tradycyjne prawo cywilne głębiej niż jakakolwiek inna dyrektywa konsumencka”¹⁶.

Z kolei przyjęta 25 października 2011 r. Dyrektywa w sprawie praw konsumentów (2011/83) dotyczy przede wszystkim obowiązków informacyjnych przedsiębiorców, prowadzących sprzedaż na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa. Stanowi *lex specialis* wobec postanowień Dyrektywy CS w odniesieniu do niektórych aspektów zawierania przez przedsiębiorców tychże umów. Co prawda początkowo projektowana była jako akt prawny o wielokrotnie szerszym zakresie zastosowania, jednak ostatecznie odłożono reformę prawa umów konsumenckich do czasu zakończenia prac nad Wspólnymi Ramami Odniesienia (ang. *Common Frame of Reference*, CFR)¹⁷. Wprowadzane w Dyrektywie CS zmiany mają charakter kosmetyczny i polegają na nałożeniu obowiązków informacyjnych na państwa członkowskie. Przepisy Dyrektywy 2011/83 mają zastosowanie do umów zawartych po dniu 13 czerwca 2014 r., a transponowane mają być do porządków krajowych nie na zasadzie harmonizacji minimalnej, jak to ma miejsce w przypadku Dyrektywy CS, ale pełnej (art. 4 Dyrektywy 2011/83). Prawodawca unijny celował bowiem w zerwanie z praktyką dokonywania transpozycji z nadmiernym uwzględnieniem krajowych tradycji prawnych, skutkujących brakiem pewności konsumenta co do zakresu przysługujących mu praw¹⁸.

¹² M. Kingisepp, *The European Consumer Sales Directive – the Impact on Estonian Law*, Juridica International 2008, nr XIV, s. 219.

¹³ P. Shears, *It will be the biggest change to consumer rights for 20 years*, Journal of Business Law 2000, s. 262, [za:] R. Stefanicki, op. cit., s. 50.

¹⁴ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 223.

¹⁵ F. Ferrari, *The CISG's...*, s. 479.

¹⁶ R. Stefanicki, op. cit., s. 50–51.

¹⁷ Dotychczas opublikowane jako projekt, ang. *Draft Common Frame of Reference*, DCFR (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, 22.11.2013).

¹⁸ B. Gneta, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym między-*

Również Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG)¹⁹ zawiera zapisy chroniące konsumenta, których źródeł można dopatrywać się w Konwencji. Co prawda w doktrynie zwrócono uwagę, że nie jest pewne, czy w tym wypadku można mówić o świadomym zapożyczeniu, niemniej jednak konstrukcja odpowiedzialności sprzedawcy, czy też sama definicja siły wyższej przypominają analogiczne zapisy CISG²⁰.

Zasadnicza różnica pomiędzy omawianymi aktami polega na tym, że Konwencja dotyczy transakcji międzynarodowych pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami obrotu (art. 1 ust. 1 Konwencji), podczas gdy dyrektywy regulują sprzedaż konsumencką (art. 1 ust. 1 Dyrektywy CS; art. 3 ust. 1 Dyrektywy 2011/83). Co więcej, Dyrektywa 2011/83 w art. 2 pkt 1 definiuje pojęcie „konsumenta” jako każdą osobę fizyczną, która działa w celach niezwiązanych z działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą ani wykonywaniem wolnego zawodu, zaś art. 2 lit. a Konwencji stanowi wyraźnie, że nie stosuje się jej postanowień do sprzedaży towarów zakupionych do użytku osobistego, rodzinnego lub do użytku w gospodarstwie domowym, chyba że sprzedający przed zawarciem umowy bądź w chwili jej zawarcia nie wiedział i nie mógł wiedzieć, że towary zostały zakupione w tym celu. Mogłoby się wydawać zaskakującym, że regulację dotyczącą obrotu profesjonalnego uznano za wzór dla prawa konsumenckiego, jednak w piśmiennictwie panuje dla tego dysonansu zrozumienie²¹. Zostało to także bezpośrednio stwierdzone podczas prac nad Dyrektywą CS. W unijnych *Travaux Préparatoires* znaleźć można stwierdzenie: „Projekt Dyrektywy przyczyni się także do uproszczenia istniejących reguł [sprzedaży konsumenckiej – przyp. wł. C. B.] w prawie krajowym państw członkowskich poprzez ich ustalenie na wzór obowiązującej Konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, a także uniknięcia nierównej konkurencji, wynikającej z różnic w prawie”²². W Projekcie Dyrektywy CS znaleźć można szereg

narodowym, Lex 2013.

¹⁹ Dz.Urz.UE.L 1990 Nr 158.

²⁰ U. Magnus, *The CISG's...*, s. 142; S. Troiano, *The CISG's...*, s. 373.

²¹ Ibidem, s. 345 i n.; P. Schlechtriem, op. cit., passim; Ch. Twigg-Flesner, *Consumer Sales Directive* (99/44), [w:] H. Schulte-Nölke (red.), Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Bielefeld 2008, passim, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, 14.11.2013); J. G. Barrera, *John Honnold and the Vienna Convention on the International Sale of Goods*, *University of Pennsylvania Law Review* 1984, s. 943 i n.

²² Projekt Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji przedłożony przez Komisję 18 czerwca 1996 r., COM(95) 520 fin., s. 5.

wyrażonych *explicite* odwołań zarówno do rozwiązań prawnych, jak i sformułowań wykorzystanych w Konwencji²³.

O doniosłości wzorowania unijnego prawa konsumenckiego na Konwencji świadczy już sam fakt, że jego rozwój jest jednym z głównych, autonomicznych celów Unii Europejskiej. Ten pośredni, dynamiczny wpływ określono w doktrynie mianem „wirusa”²⁴, a nawet „konja trojańskiego”²⁵. W konsekwencji wyróżnić można dwa trendy, wpływające na harmonizację europejskiego prawa prywatnego w duchu Konwencji: pochodzące z wewnątrz krajowego porządku prawnego państwa-sygnatariusza oraz pochodzące spoza krajowego porządku prawnego państwa członkowskiego Unii²⁶. W każdym razie, to Dyrektywa CS oraz Dyrektywa 2011/83 pozostają kluczowymi aktami wspólnotowymi z zakresu regulacji sprzedaży konsumenckiej. Wydaje się, że dla udzielenia odpowiedzi na pytanie o rzeczywiste znaczenie Konwencji, jak i też jej materialny wpływ na kształt prawa, konieczna jest pogłębiona analiza relacji pomiędzy tymi aktami a Konwencją.

2. Obiektywna odpowiedzialność dłużnika

Recepcja z Konwencji do prawa sprzedaży konsumenckiej UE obiektywnej odpowiedzialności dłużnika miała dla europejskiego prawa prywatnego fundamentalne znaczenie. To niezwykle istotna zmiana, która zapoczątkowała szereg reform w prawie cywilnym państw członkowskich. Zgodnie bowiem z klasycznym ujęciem systemu kontynentalnego, odpowiedzialność dłużnika oparta jest na przesłance winy. W przypadku umowy sprzedaży, w wielu systemach odróżnia się odpowiedzialność za wady fizyczne od odpowiedzialności za brak właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego. Rozróżnia się także pomiędzy dostarczeniem wadliwych a całkowicie odmiennych towarów (przypadek *aliud pro alio*) oraz gwarancją. Instytucja gwarancji pozostawia poszkodowanemu kupującemu alternatywnie możliwość: redukcji ceny (łac. *action quantita minoris*) bądź wycofania się z umowy (łac. *action redhibitoria*).

²³ Ibidem, s. 11 i n.

²⁴ Idem, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG...*, s. 349–350.

²⁵ J. Raynard, *De l'influence communautaire et internationale sur le droit de la vente: quand une proposition de directive s'inspire d'une convention internationale pour compliquer, encore, le recours de l'acheteur*, *Revue trimestrielle de droit civil* (Rev. Trim. Dr. civ.) 1997, nr 1020, s. 1024.

²⁶ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 223) R. Stefanicki, *Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, Kraków 2006, s. 19.

Kolejną instytucją, którą wyróżnić można w porządkach kontynentalnych, jest rękojmia. W jej przypadku odpowiedzialność sprzedawcy jest zastrzeżona w stosunku do ogólnych zasad dotyczących nienależytego wykonania zobowiązania. Ma ona charakter bezwzględny i obiektywny (nie zależy od wykazania winy sprzedawcy), ale także węższy niż w przypadku tradycyjnej odpowiedzialności w prawie zobowiązań. Rękojmia nie obejmuje szkody poniesionej przez kupującego, lecz przyznaje mu roszczenie o usunięcie wad, wymianę rzeczy na wolną od wad bądź obniżenie ceny – ewentualnie odstąpienie od umowy. Inny charakter ma odpowiedzialność sprzedawcy w systemach *common law*, która jest obiektywna (nie zależy od spełnienia przesłanki winy) oraz jednolita dla wszystkich przypadków naruszenia umowy, przewidując jednak wyjątki w określonych i uzasadnionych sytuacjach. Kupującemu przysługuje odszkodowanie, brak zaś roszczeń takich, jak żądanie usunięcia wady czy dostarczenia takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad oraz naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia. Konwencja bierze z systemu *common law* odpowiedzialność sprzedawcy, która nie zależy od spełnienia przesłanki winy, a rozwiązanie to poprzez Dyrektywę CS przyjął w odniesieniu do sprzedaży konsumenckiej w 1994 r. także prawodawca europejski²⁷. Co prawda nie przeprowadzono recepcji pojęcia „istotnego naruszenia umowy”, jednak zgodnie z wiodącą w doktrynie interpretacją art. 25 Konwencji zastosowane w Dyrektywie CS mechanizmy dochodzenia roszczeń przez kupującego są na tyle bliskie Konwencji, że najczęściej prowadzić będą do tych samych rezultatów²⁸.

Dyrektywa CS zapożycza z Konwencji mechanizm odpowiedzialności sprzedawcy za niezgodność towaru z umową. Art. 36 ust. 1 Konwencji wyraźnie stanowi, że sprzedający jest odpowiedzialny za wszelki brak zgodności, istniejący w chwili przejścia ryzyka na kupującego. Przypomnieć należy, że największym osiągnięciem Konwencji było połączenie tzw. obiektywnej przesłanki

²⁷ Już podczas wczesnych prac nad jednolitym prawem sprzedaży, Ernst Rabel uważał, że *common law* w największym stopniu nadaje się w tym zakresie na fundament pod dalsze prace (E. Rabel, *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, 1935, s. 21, s. 45 i n., [za:] U. Magnus, *The Vienna...*, s. 74).

²⁸ Art. 25 Konwencji stanowi: „Naruszenie umowy przez jedną ze stron uważa się za istotne, jeżeli powoduje dla drugiej strony taki uszczerbek, który w sposób zasadniczy pozbawia tę stronę tego, czego zgodnie z umową miała prawo oczekiwać, chyba że strona naruszająca umowę nie przewidywała takiego skutku i osoba rozsądna tego samego rodzaju i w tym samych okolicznościach nie przewidywałaby takiego skutku”. W piśmiennictwie podkreślono, że przesłanka istotności dotyczy samego naruszenia umowy, a nie naruszenia istotnych jej istotnych postanowień. (Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (Niemcy) z 3 kwietnia 1996 r. nr VIII ZR 51/95, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>, 11.12.2013; S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 368).

odpowiedzialności ze środkami ochrony, stosowanymi w kontynentalnych systemach prawa cywilnego. Art. 45 Konwencji stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują kupującemu wtedy, gdy sprzedający nie spełni któregośkolwiek ze swych obowiązków, wynikających z postanowień umowy lub Konwencji, i nie stawia przy tym żadnych dodatkowych wymagań. Niemal identycznie sformułowany jest analogiczny przepis Dyrektywy CS (art. 3 ust. 1): sprzedawca odpowiada przed konsumentem za każdy brak zgodności, który istnieje w momencie dostawy towarów. Jednakże Konwencja (a za nią Dyrektywa CS) nie odmawia kupującemu roszczeń, wywodzących się z porządków kontynentalnych. Przewiduje się alternatywne roszczenia odstąpienia od umowy i obniżenia ceny, a równolegle wybór pomiędzy naprawą i wymianą. Kolejnym przywilejem kupującego jest umożliwienie mu dochodzenie zarówno odszkodowania, jak i innych, przewidzianych prawem roszczeń (art. 45 ust. 2 Konwencji). Analogicznie do CISG skonstruowano w Dyrektywie CS także możliwość wyłączenia odpowiedzialności sprzedającego za niezgodność towarów z umową. Zgodnie z art. 35 ust. 3 Konwencji, sprzedający nie odpowiada za niezgodność towarów z umową, o którym kupujący wiedział lub nie mógł nie wiedzieć w chwili zawarcia umowy. Z kolei art. 2 ust. 3 (*sic!*) Dyrektywy CS stanowi: „Do celów niniejszego artykułu uważa się, że brak zgodności nie występuje, gdy w momencie zawierania umowy konsument był świadomy, lub racjonalnie rzecz biorąc nie mógł być nieświadomy istnienia tego braku, albo, gdy zgodność wynika z materiałów dostarczonych przez konsumenta”. Treść obu postanowień jest podobna, lecz poszerzenie zakresu wyłączenia w Dyrektywie CS zdaje się być usprawnieniem Konwencji, jeśli brać pod uwagę, że kupujący częściej dostarcza materiały, z których miałby zostać wytworzony produkt końcowy w obrocie profesjonalnym. Pomimo sporów doktrynalnych, niewątkie wydaje się znaczenie wprowadzenia w Dyrektywie CS przesłanki racjonalności konsumenta²⁹.

3. Zgodność towarów z umową i odpowiedzialność za brak zgodności

W ślad za Konwencją autorzy Dyrektywy CS opowiedzieli się za zniesieniem klasycznego dwupodziału na odpowiedzialność za wady towaru i za niewykonanie umowy. Podstawowy obowiązek sprzedającego w prosty sposób określa

²⁹ U. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, wyd. 13, Berlin 1999, s. 325; S. Troiano, *The exclusion of the sellers's liability for recognizable lacks of conformity under the CISG and the new European sales law: the changing fortunes of a notion of variable content*, [w:] F. Ferrari (red.), *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Monachium 2003, s. 156 i n.; S. Troiano, *The CISG's...*, s. 362.

art. 35 ust. 1 Konwencji – powinien on dostarczyć towary według ilości, jakości i w asortymencie przewidzianym w umowie oraz umieszczone lub zapakowane w sposób przewidziany w umowie. W identyczny sposób sformułowano analogiczny przepis w Dyrektywie CS: „Sprzedawca musi dostarczyć konsumentowi towary, które są zgodne z umową sprzedaży” (art. 2 ust. 1 Dyrektywy CS). Także Dyrektywa 2011/83 przypomina o istnieniu prawnego obowiązku zapewnienia przez sprzedającego zgodności towarów z umową. Dla europejskiego prawa sprzedaży konsumenckiej szczególnie istotna jest recepcja instytucji „braku zgodności towarów z umową”. Co prawda w Dyrektywie CS użyto pojęcia „zgodności towarów z umową”, jednak sens rozwiązań pozostał ten sam. Zajmujący się komparatystyką prawniczą zauważyli, że to właśnie zapożyczenie tej instytucji z CISG stanowiło największe *novum* w prawie prywatnym UE³⁰. W ślad za rozwiązaniami i terminologią konwencyjną, w europejskim prawie konsumenckim porzucono tradycyjne rozróżnienie pomiędzy odpowiedzialnością dłużnika za niewykonanie umowy oraz odpowiedzialnością sprzedawcy za niezgodność towaru z umową³¹.

Konwencja i Dyrektywa CS wyraźnie precyzują przesłanki – odpowiednio: braku zgodności oraz zgodności towarów z umową. Art. 35 ust. 2 Konwencji precyzuje, że jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, towary nie są zgodne z umową, dopóki nie: nadają się do użytku w takich celach, w jakich zwykle służą towary tego samego rodzaju (art. 35 ust. 2 lit. a); nadają się do specjalnych celów, podanych wyraźnie lub w sposób dorozumiany do wiadomości sprzedającego w chwili zawarcia umowy, z wyjątkiem przypadków, gdy z okoliczności wynika, że kupujący nie polegał lub że byłoby z jego strony nierozsądne polegać na kompetencji i ocenie sprzedającego (art. 35 ust. 2 lit. b); posiadają cechy towarów, które sprzedający przedstawił kupującemu jako próbki lub wzory (art. 35 ust. 2 lit. c); są umieszczone lub opakowane w sposób zwyczajowo przyjęty dla tego rodzaju towarów lub gdy taki zwyczajowo przyjęty sposób nie istnieje w sposób pozwalający na odpowiednie ich utrzymanie i zabezpieczenie (art. 35 ust. 2 lit. d). Z kolei art. 2 ust. 2 Dyrektywy CS stanowi: „Domniemywa się, że towary konsumpcyjne są zgodne z umową, jeżeli: odpowiadają opisowi podanemu przez sprzedawcę i mają właściwości towarów, które sprzedawca przedstawił konsumentowi jako próbkę lub wzór” (art. 2 ust. 2 lit. a Dyrektywy CS); „nadają się do jakichkolwiek szczególnych celów, do których potrzebne są konsumentowi, a o których zawiadomił on sprzedawcę w czasie zawierania umowy i które sprzedawca zaakceptował” (art. 2 ust. 2 lit. b Dyrektywy CS); „nadają się do celów,

³⁰ S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 357.

³¹ Ibidem, s. 358.

do których towary tego samego rodzaju są normalnie stosowane” (art. 2 ust. 2 lit. c Dyrektywy CS); „wykazują jakość i wykonanie, które są normalne dla towarów tego samego rodzaju i jakich konsument może racjonalnie oczekiwać, charakter towarów i biorąc pod uwagę wszelkie oświadczenia publiczne na temat szczególnych właściwości towarów, jakie wygłosił na ich temat sprzedawca, producent lub ich przedstawiciel, w szczególności w reklamie lub na etykiecie” (art. 2 ust. 2 lit. d Dyrektywy CS). Przepisy te sformułowane są przeciwstawnie. Podczas gdy twórcy Konwencji definiują brak zgodności towaru z umową, prawodawca unijny zdecydował się na definicję pozytywną. Bliższa analiza pozwala jednak stwierdzić identyczność norm zawartych w przywołanych przepisach. Co ciekawe, wspomniana różnica w ich wyrażeniu zanika w polskim brzmieniu Konwencji na skutek błędów w tłumaczeniu³².

Pomimo wszelkich zalet Konwencji dekada doświadczeń, związanych z jej stosowaniem, skłoniła prawodawcę unijnego do usprawnienia niektórych z jej zapisów. Jednym z wprowadzonych udogodnień było dodanie, wyinterpretowanego z Konwencji, a wyrażonego wprost w art. 2 ust. 5 Dyrektywy CS, braku zgodności towarów wynikającego z nieprawidłowego montażu towarów konsumpcyjnych. Zgodnie z przywołanym przepisem, sprzedawca odpowiada przed konsumentem za niezgodność towarów z umową w przypadku, gdy montaż stanowi część umowy sprzedaży towarów i towary były montowane przez sprzedawcę lub na jego odpowiedzialność, a także gdy montaż przeprowadzany jest przez konsumenta, a wadliwość wynika z niedociągnięć w instrukcji montażu. Komentatorzy podnieśli, iż jest to szczególne wyrażenie przesłanki nadawania się do użytku w takich celach, w jakich zwykle służą towary tego samego rodzaju z art. 35 ust. 2 lit. a Konwencji³³. W piśmiennictwie i orzecznictwie istniał brak jednomyślności co do tego, czyje standardy mieli na myśli twórcy Konwencji – panujące w państwie kupującego czy sprzedającego³⁴. Doprecyzowanie tej normy z pewnością rozwiało wątpliwości w tej materii.

Prawdą jest też, że art. 2 ust. 2 lit. b Dyrektywy CS czyni koniecznym poinformowanie sprzedającego przez kupującego o specjalnych celach, do których nadawać ma się towar oraz ich akceptację przez kupującego, podczas gdy Konwencja takiego wymagania nie ustanawia. Jednocześnie Konwencja przewiduje brak niezgodności towarów z umową w przypadku, gdy z okoliczności wynika, że kupujący nie polegał lub że byłoby z jego strony nierozsądne polegać na kom-

³² Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz. U. z dnia 13 maja 1997 r., nr 45, poz. 286), s. 1546.

³³ Ibidem, s. 371.

³⁴ A. Mullis, *Obligations of the seller*, [w:] P. Huber, A. Mullis, *op.cit.*, s. 136–138.

petencji i ocenie sprzedającego (art. 35 ust. 2 lit. b). Znow jednak trzeba zaznaczyć, że „nie są to różnice, które powinny być wyolbrzymiane”³⁵. W doktrynie przeważa pogląd, że postanowień Konwencji nie można w tym zakresie interpretować aż tak szeroko, by oczekiwać od sprzedającego wyrażonej *explicite* zgody. Rozchodzi się tu raczej o brak sprzeciwu³⁶.

4. Przejście ryzyka i środki ochrony przysługujące stronom

Warto zwrócić uwagę na regulację przejścia ryzyka na gruncie porównywanych aktów. Przede wszystkim Konwencja traktuje tę kwestię raczej szczegółowo (art. 66–70). W art. 66 Konwencji wyrażono generalną zasadę, leżącą u podstaw tej instytucji – utrata lub uszkodzenie towarów po przejściu ryzyka na kupującego nie zwalnia go od obowiązku zapłaty ceny, chyba że utrata lub uszkodzenie wynikało z działania lub zaniechania sprzedającego. Jeżeli umowa sprzedaży przewiduje przewóz towarów i sprzedający nie jest zobowiązany do wydania ich w określonym miejscu, ryzyko przechodzi na kupującego z chwilą wydania towarów pierwszemu przewoźnikowi w celu przekazania kupującemu zgodnie z umową sprzedaży. Tym samym art. 67 ust. 1 CISG jest zasadniczo sprzeczny z art. 20 Dyrektywy 2011/83. Wydaje się, że różnica ta podyktowana jest nie tyle potrzebą usprawnienia zapisów konwencyjnych, co dostosowaniem ich do polityki konsumenckiej Unii Europejskiej. Art. 20 Dyrektywy 2011/83 stanowi bowiem, że w przypadku, gdy przedsiębiorca wysyła towary konsumentowi, ryzyko utraty lub uszkodzenia towarów przechodzi na konsumenta w chwili wejścia przez konsumenta lub osobę trzecią, wskazaną przez konsumenta (inną niż przewoźnik), w fizyczne posiadanie towarów. Ryzyko (w relacji sprzedający-kupujący, bez uszczerbku dla praw konsumenta wobec przewoźnika) przechodzi na konsumenta z chwilą dostarczenia towarów przewoźnikowi tylko wtedy, gdy przedsiębiorca nie oferował możliwości transportu, a konsument sam zlecił przewoźnikowi transport towarów. W konsekwencji w przeważającej większości przypadków przejście ryzyka nastąpi w chwili dostarczenia towarów konsumentowi bądź wskazanej przez niego osobie trzeciej. W transakcjach z konsumentami zwyczajem jest bowiem oferowanie przez sprzedającego możliwości zlecenia transportu przewoźnikowi. Dyrektywa CS nie normuje przejścia ryzyka, w punkcie 14 Preambuły odwołując się jedynie do przepisów państw członkowskich w tym zakresie.

³⁵ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 359.

³⁶ U. Magnus, *The CISG's...*, s. 137.

Treść środków ochrony kupującego, polegających na wykonaniu zobowiązań przez sprzedającego, jest w obu aktach podobna, jednak ponownie należy zwrócić uwagę na pewne różnice. Art. 46 ust. 2 Konwencji pozwala kupującemu żądać dostarczenia zastępczych towarów tylko wówczas, gdy brak zgodności stanowi istotne naruszenie umowy, a żądanie wydania zastępczych towarów zostało przedstawione jednocześnie z zawiadomieniem o braku zgodności lub w rozsądnym terminie po tym zawiadomieniu. Wymogu spełnienia przesłanki „istotnego naruszenia umowy” nie ustanawia z kolei art. 46 ust. 3 Konwencji: „Jeżeli towary nie są zgodne z umową, kupujący może żądać od sprzedającego usunięcia braku zgodności przez naprawienie, chyba że byłoby to nierozsądne ze względu na wszystkie okoliczności. Żądanie naprawy powinno być przedstawione jednocześnie z zawiadomieniem o braku zgodności”. Wymagań, określonych powyżej, nie stawia także Dyrektywa CS, która w art. 3 ust. 3 nadaje konsumentowi prawo żądania od sprzedawcy naprawy albo zastąpienia towarów, chyba że byłoby to niemożliwe lub nieproporcjonalne – koszty w porównaniu z alternatywnym sposobem naprawienia szkody byłyby nadmiernie wysokie. Co więcej, każda naprawa i zastąpienie powinno być, według przepisów Dyrektywy CS, dokonane w rozsądnym czasie i bez istotnej niedogodności dla konsumenta. Rozróżnić zatem należy pomiędzy przesłankami: „istotnego naruszenia umowy” (art. 46 ust. 2 Konwencji), „rozsądnoci ze względu na wszystkie okoliczności” (art. 46 ust. 3 Konwencji) oraz „niemożliwości lub nieproporcjonalności” (art. 3 ust. 3 Dyrektywy CS). Co prawda zastosowanie tych wymogów często prowadzi do podobnych rezultatów (im mniej poważna niezgodność towarów z umową, tym bardziej prawdopodobne, że roszczenie byłoby rozsądne ze względu na okoliczności czy też proporcjonalne), niemniej jednak wciąż dostrzegalna jest różnica.

Przewidziane w Konwencji środki ochrony są zgodne z podstawową dla *lex mercatoria* zasadą *pacta sunt servanda*. Przysługujące kupującemu środki w praktyce prowadzą do żądania wykonania umowy przez sprzedającego. Trudno zatem zrozumieć asekuracyjne w tej materii stanowisko twórców CISG, którzy w art. 28 stwierdzili: „Jeżeli zgodnie z przepisami niniejszej konwencji jedna strona ma prawo żądać od drugiej wykonania jakiegoś zobowiązania, sąd nie jest zobowiązany do wydania orzeczenia dotyczącego określonego działania, chyba że uczyniłby to z mocy własnego prawa w odniesieniu do podobnych umów sprzedaży, nie podlegających niniejszej konwencji”. W doktrynie podniesiono, że przepis ten ma zastosowanie także do art. 46 Konwencji³⁷. Dyrektywa CS,

³⁷ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 365; F. Ferrari, *What sources of law for contracts for the international sale of goods?*, *Internationales Handelsrecht (IHR)* 2006, s. 18.

z naturalnych względów, podobnych ograniczeń nie tylko nie wprowadza, ale także w art. 8 ust. 1 podkreśla, że bez uszczerbku dla innych praw, na które konsumenci mogą powołać się na podstawie przepisów krajowych, regulujących odpowiedzialność umowną lub deliktową jej postanowienia mają być wykonywane.

5. Dążenie do utrzymania w mocy umowy

Podkreślić należy, że omawiane akty prawne charakteryzują się dążeniem do utrzymania w mocy i realizacji umowy. Z tego też powodu pierwszeństwo mają roszczenia o naprawę albo wymianę towarów – a nie odstąpienia od umowy czy obniżenia ceny. Wprowadzono też trzy mechanizmy, stosowane w celu utrzymania w mocy umowy i nieuciekania się kupującego do odstąpienia: *Nachfrist* (pol. okres karencji), możliwość obniżenia ceny oraz instytucję istotnego naruszenia umowy.

Na gruncie prawa kupującego do odstąpienia od umowy zauważyć można pomiędzy Konwencją a Dyrektywą CS istotną różnicę. *Prima facie* Konwencja dopuszcza odstąpienie przez kupującego od umowy w przypadku wystąpienia istotnego naruszenia umowy; zaś Dyrektywa CS dopuszcza odstąpienie od umowy tylko jako ostateczność – po wyczerpaniu możliwości skorzystania z innych środków ochrony, przysługujących kupującemu. Jak podkreślono w literaturze, odstępstwo ujawnia się już w samym sformułowaniu przepisów³⁸. Art. 49 ust. 1 lit. a Konwencji wyraźnie przewiduje taką możliwość, stanowiąc, że kupujący może oświadczyć o odstąpieniu od umowy, jeżeli niewykonanie przez sprzedającego któregośkolwiek z jego obowiązków, wynikających z umowy lub Konwencji, stanowi istotne naruszenie umowy. Ponadto Konwencja daje także kupującemu prawo do odstąpienia od umowy w stosunku tylko do niedostarczonej na czas części towarów (art. 51). Z kolei art. 3 ust. 5 Dyrektywy CS przyznaje konsumentowi prawo żądania obniżki bądź unieważnienia umowy: jeżeli konsumentowi nie przysługuje ani naprawa, ani zastąpienie; jeżeli sprzedawca nie dokonał naprawienia szkody w rozsądnym czasie; jeżeli sprzedawca nie dokonał naprawienia szkody bez istotnych niedogodności dla konsumenta. Zgodnie z art. 3 ust. 6 Dyrektywy CS konsument nie ma jednak prawa do unieważnienia umowy, jeżeli brak zgodności ma nikłe znaczenie. Chociaż przewidywany na gruncie Konwencji przypadek „istotnego naruszenia umowy” tylko pozornie bliski jest „nikłemu znaczeniu braku zgodności” (istotne naruszenie umowy wykracza bowiem poza zakres przedmiotowy zgodności towarów z umowy), to jednocześnie

³⁸ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 367.

wiodąca w doktrynie interpretacja art. 25 Konwencji pośrednio prowadzi do wniosku, że na gruncie art. 49 ust. 1 lit. b Konwencji odstąpienie od umowy możliwe jest tylko w przypadku, gdy niemożliwa jest naprawa bądź zastąpienie wadliwych towarów³⁹. Różnice w praktycznym wykorzystaniu prawa odstąpienia od umowy na gruncie porównywanych aktów nie będą zatem rażące.

Konwencja daje także kupującemu prawo oświadczenia o odstąpieniu od umowy w przypadku braku dostawy, jeżeli sprzedający nie dostarczył towarów w dodatkowym terminie wyznaczonym przez kupującego zgodnie z art. 47 ust. 1 lub jeżeli sprzedający oświadczył, że nie dostarczy towarów w wyznaczonym w ten sposób terminie. Konsument może domagać się obniżenia ceny, jeżeli konsumentowi nie przysługuje ani naprawa, ani zastąpienie; jeżeli sprzedawca nie dokonał naprawienia szkody w rozsądnym czasie – tak art. 3 ust. 5 tiret pierwsze i drugie Dyrektywy CS. Działanie *Nachfrist* polega na tym, że odstąpienie od umowy jest dostępne dla kupującego dopiero po bezskutecznym upływie terminu na naprawę bądź wymianę towarów przez sprzedającego⁴⁰. W rezultacie okoliczności, w których możliwe jest odstąpienie od umowy na gruncie CISG, będą podobne, jak w przypadku Dyrektywy CS.

Powyższe uwagi skonfrontować należy z zapisami Dyrektywy 2011/83, której art. 9 ust. 1 przewiduje prawo do odstąpienia od umowy w przypadkach, gdy zawarto ją na odległość bądź poza lokalem przedsiębiorstwa przez okres 14 dni bez podawania jakichkolwiek powodów i bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów, innych niż przewidziane w art. 13 ust. 2 (specjalny droższy sposób dostawy) i art. 14 (bezpośrednie koszty zwrotu, zmniejszenie wartości towarów i kwota proporcjonalna do zakresu świadczeń spełnionych do chwili odstąpienia). Co więcej, zgodnie z art. 10 Dyrektywy 2011/83, jeżeli przedsiębiorca nie udzielił konsumentowi informacji o prawie do odstąpienia od umowy, okres na odstąpienie od umowy upływa po 12 miesiącach od zakończenia okresu początkowego (art. 9 ust. 2), albo – jeżeli przedsiębiorca udzielił tychże informacji,

³⁹ Art. 25 Konwencji stanowi: „Naruszenie umowy przez jedną ze stron uważa się za istotne, jeżeli powoduje dla drugiej strony taki uszczerbek, który w sposób zasadniczy pozbawia tę stronę tego, czego zgodnie z umową miała prawo oczekiwać, chyba że strona naruszająca umowę nie przewidywała takiego skutku i osoba rozsądna tego samego rodzaju i w tym samych okolicznościach nie przewidziałaby takiego skutku”. W piśmiennictwie podkreślono, że przesłanka istotności dotyczy samego naruszenia umowy, a nie naruszenia jej istotnych postanowień. (Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (Niemcy) z 3 kwietnia 1996 r. nr VIII ZR 51/95, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>, 11.12.2013; S. Troiano, *The CISG's...*, s. 368).

⁴⁰ P. Huber, *CISG – The Structure of Remedies*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2007, Nr 71, s. 13, 20 i n.; P. Huber, *Remedies of the buyer*, [w:] P. Huber, A. Mullis, op. cit., s. 83-184.

lecz dopiero w ciągu 12 miesięcy od upłynięcia okresu początkowego – po upływie 14 dni po dniu otrzymania przez konsumenta informacji. O ile pewnym jest, że na analogiczny zapis nie ma miejsca w obrocie profesjonalnym, warte dalszej, pogłębionej analizy wydaje się, czy tak daleko idące regulacje konieczne są dla ochrony konsumenta.

Odmienność zaobserwować można także w przypadku przewidzianych prawem terminów na powołanie się na brak zgodności towarów z umową. Kupujący traci to prawo, jeżeli nie zawiadomi sprzedającego o charakterze występujących niezgodności w rozsądnym terminie od chwili, w której niezgodności te zostały przez niego wykryte lub powinny być zostać wykryte. Co więcej, art. 39 ust. 2 CISG przywołanego powyżej przepisu precyzuje, że kupujący traci prawo do powoływania się na brak zgodności towarów w każdym wypadku, jeżeli nie zawiadomi o nim sprzedającego najpóźniej w ciągu dwóch lat od daty, w której towary zostały rzeczywiście wydane kupującemu – chyba, że termin ten jest niezgodny z umownym okresem gwarancji. Z kolei art. 5 ust. 2 Dyrektywy CS stanowi, że państwa członkowskie mogą postanowić, że w celu skorzystania ze swoich uprawnień konsument musi powiadomić sprzedawcę o braku zgodności w okresie dwóch miesięcy od daty, kiedy odkrył taki brak zgodności, zaś art. 5 ust. 3 Dyrektywy CS stwierdza: „przyjmuje się, że każdy brak zgodności, który uwidocznił się w ciągu sześciu miesięcy od daty dostawy, istniał w chwili dostawy” (chyba, że takie założenie byłoby niezgodne z charakterem towarów lub charakterem braku zgodności). W piśmiennictwie wyrażono pogląd, iż jest to ulepszenie względem pierwotnego⁴¹. Tym samym Dyrektywa CS zdaje się precyzować, ile wynosi rozsądny termin od daty wykrycia niezgodności. Ponadto w miejsce górnego limitu dwóch lat na powołanie się na to uprawnienie wprowadza znacznie korzystniejsze dla konsumenta rozwiązanie: domniemanie istnienia niezgodności w chwili dostawy w przypadku ujawnienia się jej aż do sześciu miesięcy od daty dostawy przy jednoczesnym wykluczeniu późniejszego dochodzenia roszczeń po upływie dwóch lat od daty dostawy, jeżeli brak zgodności nie uwidocznił się w tym czasie (art. 5 ust. 1). Istotne, że dwuletni termin, określony w Konwencji, dotyczy czasu na zawiadomienie sprzedającego, zaś w Dyrektywie CS – na uwidocznienie się niezgodności.

Różnice pomiędzy omawianymi aktami ujawniają się także na gruncie skutków odstąpienia od umowy. Generalna zasada we wszystkich tych aktach jest podobna: wykonanie prawa do odstąpienia od umowy powoduje wygaśnięcie obowiązków stron. Ponadto strona, która wykonała umowę w całości lub

⁴¹ S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 371.

w części, może żądać od drugiej strony zwrotu tego, co dostarczyła lub zapłaciła na podstawie umowy. Jednak regulacje te przewidują także odstępstwa. Dyrektywa 2011/83 w art. 13 ust. 1 nakłada na przedsiębiorcę obowiązek zwrotu wszystkich płatności otrzymanych od konsumenta, a w przypadku, gdy ma to zastosowanie, także kosztów dostarczenia bez zbędnej zwłoki, tj. nie później niż w ciągu 14 dni. Analogicznie ustalono obowiązki zwrotu przez konsumenta już dostarczonych towarów – bez zbędnej zwłoki, w ciągu 14 dni. Ponadto zgodnie z art. 14 ust. 2 konsument w żadnym przypadku nie odpowiada za zmniejszenie wartości towarów w przypadku, gdy przedsiębiorca nie dopełnił obowiązków informacyjnych, dotyczących prawa do odstąpienia od umowy. Wymienionych powyżej terminów czy też przesłanki dopełnienia obowiązków informacyjnych z art. 14 ust. 2 Dyrektywy 2011/83 na próżno szukać w Konwencji. Z kolei Konwencja wprowadza zapisy podyktowane wymogami obrotu profesjonalnego: obowiązek zapłaty odsetek przez kupującego od dnia zapłaty ceny (art. 84 ust. 1), a także przekazania sprzedającemu wszelkich korzyści, jakie osiągnął kupujący z towarów lub ich części, jeżeli powinien był zwrócić towary w całości bądź w części, bądź jeżeli niemożliwy byłby zwrot towarów w stanie, w jakim je otrzymał (art. 84 ust. 2). W tym miejscu należy zaznaczyć, że Dyrektywa CS w ogóle nie reguluje kwestii skutków unieważnienia (odstąpienia) od umowy.

Różnica pomiędzy postanowieniami Konwencji a Dyrektywą CS zachodzi też na płaszczyźnie prawa do żądania obniżenia ceny. Podczas gdy twórcy Konwencji przewidzieli w art. 50, że w razie braku zgodności towarów z umową, bez względu na to, czy cena została już zapłacona, kupujący może obniżyć cenę proporcjonalnie do różnicy między wartością rzeczywiście dostarczonych towarów w chwili dostawy a wartością, jaką miałyby w tej chwili towary odpowiadające umowie. Jeżeli jednak sprzedający naprawi wszelkie nieprawidłowości w wykonaniu swoich obowiązków lub jeżeli kupujący odmawia przyjęcia wykonania przez sprzedającego, zgodnie z tymi artykułami, kupujący nie może obniżyć ceny. Tymczasem prawodawca europejski potraktował kwestię obniżenia ceny odmiennie (art. 3 ust. 5 Dyrektywy CS; Dyrektywa 2011/83 nie normuje odrębnie tej kwestii). Obniżenie ceny uregulowano podobnie jak prawo do odstąpienia przez konsumenta od umowy, tj. jako ostateczność. Tym samym możliwość obniżenia ceny traktowana jest na równi z pozostałymi środkami ochrony, przysługującymi konsumentowi – żądaniem naprawy i zamiany towarów niezgodnych z umową. Podkreślić jednak należy, że art. 50 Konwencji znajdzie swoje zastosowanie tylko w przypadku niezgodności towarów z umową, a nie innego naruszenia umowy. Kupujący w szczególności nie jest uprawniony do formułowania tego żądania z powodu spóźnionej dostawy. Przedmiotem sporów doktrynalnych zaś jest to, czy obniżenie ceny przysługuje w przypadku sprzedaży

towarów obciążonych prawami osób trzecich (art. 41 Konwencji)⁴². Co więcej, przywoływany przepis wyraźnie nie dopuszcza obniżenia ceny, w przypadku gdy sprzedający naprawi wszelkie nieprawidłowości w wykonaniu swoich obowiązków, zgodnie z artykułem 37 (dostarczenie brakującej części zamówienia lub towarów zgodnych z umową, w razie ich wadliwości) lub artykułem 48 (naprawa na koszt sprzedającego), lub jeżeli kupujący odmawia przyjęcia wykonania przez sprzedającego zgodnie z tymi artykułami. Konwencja zawiera zatem mechanizm zapobiegający nadużywaniu omawianego środka ochrony. Prawo do obniżenia ceny nie jest traktowane jako ostateczny środek ochrony – przysługuje ono także wtedy, gdy kupujący może skorzystać z naprawy bądź zastąpienia. Wydaje się, że Dyrektywa CS, pozbawiając konsumenta swobody w korzystaniu z tego uprawnienia, idzie krok wstecz w stosunku do Konwencji, chociaż zwolennicy regulacji europejskiej mogą podnosić, że zmiana ta jest podyktowana specyfiką relacji B2C.

Inne rozwiązania przyjęto także w przedmiocie ustalenia kwoty, która podlegać będzie odliczeniu od ceny, w przypadku zastosowania tego środka ochrony. Zasadniczo obliczenia wysokości obniżenia ceny dokonuje się jednym z dwóch sposobów. Pierwsza metoda, tzw. linearna, polega na obliczeniu różnicy pomiędzy uzgodnioną w umowie ceną a różnicą wartości towarów zgodnych z umową i wartości towarów dostarczonych. Druga metoda nazywana jest proporcjonalną i polega na obliczeniu iloczynu uzgodnionej w umowie ceny oraz ilorazu wartości towarów dostarczonych i wartości towarów zgodnych z umową. Powyższa kalkulacja umożliwia uwzględnienie w obniżce cen umownych, a nie rynkowych z chwili dokonywania obniżki. Stąd ten nieco skomplikowany sposób znalazł zastosowanie w przypadku regulacji art. 50 Konwencji⁴³. Naturalnym następstwem oparcia Dyrektywy CS na Konwencji byłoby zatem obranie podobnego rozwiązania. Tak się jednak nie stało. Swobodnemu uznaniu państw pozostawiono wybór modelu obliczenia wysokości obniżenia ceny przez konsumenta. Podczas gdy Niemcy, Holandia, Słowenia i Hiszpania opowiedziały się za metodą proporcjonalną, na Maltzie, w Wielkiej Brytanii, Rumunii i Bułgarii pozostawiono decyzję w tym zakresie kompetencji sądów krajowych⁴⁴.

⁴² F. Enderlein, D. Maskow, H. Strohbach, *Internationales Kaufrecht*, Berlin 1991, art. 50, par. 1 [za:] P. Huber, *Remedies of the buyer*, [w:] P. Huber, A. Mullis, op. cit., s. 248; U. Magnus, art. 50, par. 9, [w:] J. von Staudinger (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, t. 2 *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin 2005, art. 50, par. 9, [za:] P. Huber, *Remedies of the buyer*, [w:] P. Huber, A. Mullis, op. cit., s. 248; P. Huber, op. cit., s. 248.

⁴³ P. Huber, op. cit., s. 251–252.

⁴⁴ Ch. Twigg-Flesner, op. cit., s. 687.

6. Zakończenie

Wpływ Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów na prawo Unii Europejskiej z zakresu sprzedaży konsumenckiej ukazuje wyjątkową rangę tego aktu. To właśnie poprzez akty wspólnotowe z zakresu prawa konsumenckiego CISG odcisnęła swoje piętno na krajowych regulacjach prawa sprzedaży państw członkowskich. W piśmiennictwie niemieckim określono to zjawisko mianem „*Ausstrahlungswirkung*”, efektem falowania⁴⁵. Największy wpływ da się wyróżnić w dziedzinie odpowiedzialności sprzedawcy za brak zgodności towarów z umową. Jak zauważono, na tej płaszczyźnie kapitalne znaczenie ma już samo wprowadzenie pojęcia „zgodności towarów z umową”, bezpośrednio nawiązujące do art. 35 Konwencji. Co więcej, również środki ochrony prawnej, przysługujące kupującemu w razie naruszenia umowy przez sprzedającego wzorowane były w Dyrektywie CS na rozwiązaniach przyjętych w Konwencji (art. 45 i n. Konwencji i odpowiednio art. 3 Dyrektywy CS). Jak zauważył S. Troiano, wpływ Konwencji na Dyrektywę CS jest fundamentalny, bowiem dochodzi do recepcji całego systemu standardów ocen i postępowania⁴⁶.

Oparcie Dyrektywy CS na Konwencji w tak wielkim stopniu rodzi pokusę interpretacji tego aktu w świetle pierwowzoru. Rodziłoby to daleko idące konsekwencje, ponieważ w prawie europejskim przyjęto się także o recypowane prawo wspólnotowe opierać wykładnię prawa krajowego. W ten sposób pośrednio prawo sprzedaży konsumenckiej mogłoby być rozpatrywane w odniesieniu do CISG także na gruncie krajowym⁴⁷. W doktrynie pogląd ten spotkał się jednak ze sprzeciwem. P. Huber wskazał na przykład, że międzynarodowy charakter Konwencji czyni ją nieprzystającą do norm prawa wewnętrznego – nawet wtedy, gdy literalna treść przepisów jest identyczna, konstrukcja samej normy prawnej może być odmienna⁴⁸. Należy zatem podkreślić, iż Konwencja może w tym wypadku stanowić tylko podparcie interpretacyjne.

Wydaje się, że Konwencję należy postrzegać nie jako ostateczny cel w dziedzinie harmonizacji prawa prywatnego, ale raczej ważny krok w tym kierunku. Już sam fakt rozszerzenia zakresu przedmiotowego Konwencji – z wymiany

⁴⁵ U. Magnus, *25 Jahre UN-Kaufrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2006, Nr. 97 s. 105, [za:] F. Ferrari, *The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 420.

⁴⁶ S. Troiano, *The CISG's...*, s. 351; U. Magnus, *The Vienna...*, s. 72.,

⁴⁷ Ibidem, s. 354.

⁴⁸ P. Huber, *General issues concerning the application of the convention*, [w:] P. Huber, A. Mullis, op. cit., s. 7.

handlowej pomiędzy profesjonalistami na sprzedaż konsumencką – pokazuje, że jej postanowienia stały się inspiracją dla ustawodawców krajowych⁴⁹. Co więcej, dyrektywy w pewnych aspektach rozwijają i wzbogacają postanowienia CISG. Nieprzypadkowo w Konwencji upatruje się bazy pod dalsze konstrukcje prawne, takie jak chociażby CFR. Podsumowując – trudno o bardziej wyrazisty przykład znaczenia Konwencji dla współczesnej harmonizacji prawa prywatnego niż europejskie prawo sprzedaży konsumenckiej.

⁴⁹ W piśmiennictwie spotkało się to z niejednoznacznym odbiorem. Wskazano, że tak pokaźna bezpośrednia transpozycja rozwiązań, dotyczących obrotu profesjonalnego, bezpośrednio na nierównych uczestników wymiany rynkowej, do tego z płaszczyzny międzynarodowej na wewnętrzną, rodzi szereg niekorzystnych implikacji dla sytuacji konsumenta. Z drugiej strony sprzedaż konsumencka dotyczy wymiany B2C, a nie pomiędzy konsumentami. Biorąc pod uwagę, że powszechnie uważa się, że Konwencja stawia w uprzywilejowanej pozycji kupującego, zakładając, że jako profesjonalny uczestnik obrotu gwarantuje zgodność towaru z przedmiotem umowy, zastosowane mechanizmy wydają się odpowiednie (S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008, s. 353; D. Medicus, *Ein neues Kaufrecht für Verbraucher?*, *Zeitschrift für das Insolvenz Praxis* (ZIP) 1996, s. 1925).

THE IMPACT OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS ON THE CONSUMER SALES LAW OF THE EUROPEAN UNION

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the so-called Vienna Convention, CISG) is considered one of the most important and influential private law acts of the past decades. The most compelling evidence of the impact of the CISG is the European private law. It is especially evident in case of consumer sales law of the European Union. The Consumer Sales Directive (99/44) and, to some extent, even the Directive on Consumer Rights (2011/83/EC) were based on principles and institutions derived from the CISG. The most important influences are of course the objective liability of a debtor and the institution of conformity of the goods; however, even the basic terms (such as “conformity of goods” and “non-conformity of goods”) are defined *per analogiam*. And even though European legislator did not borrow from the CISG its’ concept of the fundamental breach of contract, the further cases of CISG’s impact are seen in cases of *Nachfrist* and remedies available to the parties of a contract. Since European consumer sales law is one of the most important spheres of EU interests and influences national civil law systems, CISG may easily be described as the model and backbone of future private law harmonization.

Bibliografia:

1. G. Bacher, *Remedies of the Buyer under the CISG*, Belgrad 2008
2. C. Buschtoens, *Damages under the CISG: selected problems*, 2005
3. A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007
4. J. Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New York 2007
5. F. Ferrari (red.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Monachium 2008
6. M. Gajek, *Wydanie towaru innego niż umówiony (Alid pro alio) na gruncie ustawy o sprzedaży konsumenckiej*, Monitor Prawniczy 2003, Nr 5
7. B. Gnella, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Lex 2013
8. S. Grundmann, *Consumer law, commercial law, private law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar?*, European Business Law Review 2003, Nr 14
9. J. Hermanowski, J. D. Jastrzębski, *Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Konwencja wiedeńska. Komentarz*, Warszawa 1997
10. G. Howells, R. Schulze, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Monachium 2009
11. P. Huber, *CISG – The Structure of Remedies*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2007, Nr 71
12. P. Huber, A. Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Regensburg 2007
13. J. Klatka, *Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Rejent 1997, Nr 4
14. W. J. Kocot, *Międzynarodowy charakter umowy sprzedaży towarów oraz procedura jej zawarcia w ujęciu Konwencji wiedeńskiej*, Monitor Prawniczy 1997, Nr 8
15. W. J. Kocot, *Zawieranie umów sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej*, Warszawa 1998
16. S. A. Kruisinga, *What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods?*, European Review of Private Law 2001, T. 9, Nr 2

17. W. Kubala, *Prawa i obowiązki stron umowy sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej z 1980 r.*, Prawo Spółek 1999, Nr 9
18. W. Kubala, *Brak zgodności towaru z umową w ujęciu Konwencji Wiedeńskiej z 1980 r.*, Radca Prawny 1999, Nr 5
19. A. Kunkiel-Kryńska, *Tendencje harmonizacyjne w prawie konsumenckim Unii Europejskiej*, Studia Prawnicze 2012
20. A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Lex 2013
21. A. Kurowska, *Implementacja Dyrektywy o Sprzedaży Konsumenckiej do porządków prawnych wybranych państw członkowskich*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego r. 2008, T. 6
22. U. Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Wyd. 13, Berlin 1999
23. U. Magnus, *The CISG's impact on European legislation*, [w:] F. Ferrari (red.), *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Monachium 2003
24. U. Magnus, *25 Jahre UN-Kaufrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2006, Nr. 97
25. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Ewolucja prawa konsumenckiego Unii Europejskiej – stan obecny i perspektywy rozwoju*, [w:] R. Stefanicki (red.), *Potencjalne i rzeczywiste standardy ochrony prawnej konsumenta*, Wrocław 2011
26. J. Napierała, *Istotne naruszenie zobowiązania jako przesłanka odpowiedzialności kontraktowej w Konwencji Wiedeńskiej*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1994, Nr 1
27. J. Napierała, *Odpowiedzialność dłużnika według konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1998, Nr 3
28. M. Pazdan, *Sprzedaż konsumencka a konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, [w:] B. Gnela, J. Koczanowski, R. Szkośtak (red.), *Studia z prawa cywilnego i gospodarczego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesor Czesławie Żuławskiej*, Kraków 2000
29. M. Pazdan (red.), *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*, Kraków 2001
30. P. Sarcevic, P. Volken (red.), *The International Sale of Goods Revisited*, Haga 2001
31. P. Schlechtriem (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford 1998

32. P. Schlechtriem, *EC Directives, Common Principles and Law Reforms*, Tulane Law Review 2001, Nr 75
33. P. Schlechtriem, *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, Festschrift Apostolos Georgiades, Ateny 2005
34. P. Schlechtriem, P. Butler, *UN Law on International Sales*, Heidelberg 2009
35. H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Monachium 2008
36. H. Schulte-Nölke (red.), Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Bielefeld 2008, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf, 14.11.2013
37. H. Schulte-Nölke, L. Tichz, *Perspectives for European Consumer Law*, Monachium 2010
38. R. Schulze, F. Zoll, *The Law of Obligations in Europe a New Wave of Codifications*, Monachium 2013
39. I. Schwenzer, C. Fountoulakis, *International Sales Law*, 2007
40. I. Schwenzer, P. Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, American Journal of Comparative Law 2009, Nr 57
41. I. Schwenzer (ed.), *Slechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Wyd. 3, Oxford 2010
42. R. Stefanicki, *Istotne naruszenie umowy w rozumieniu Konwencji Wiedeńskiej z 1980 r. o kontraktach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Państwo i Prawo 2006, Nr 2
43. S. Troiano, *The CISG's Impact on EU Legislation*, *Internationales Handelsrecht*, T. VIII, Hamburg 2008
44. A. Wiewiórkowska-Domagalska, *Europejskie prawo konsumenckie – rozwój, problemy, pytanie o przyszłość*, [w:] P. Cybula, E. Nowińska (red.), *Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, Kraków 2005
45. M. A. Zachariasiewicz, *Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a inne akty ujednoliconego prawa umów ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika*, Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 2007, T. 2
46. B. Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law*, 2007

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014
Warszawa 2014

Krzysztof Rokita ■

OGRANICZENIA NIEZALEŻNOŚCI POLITYCZNEJ POLSKICH ORGANÓW REGULACYJNYCH W ŚWIELE PRAWA UNIJNEGO¹

Wprowadzenie

Atrybut niezależności stanowi kluczową cechę, którą powinien charakteryzować się organ regulacyjny, czyli organ wykonujący funkcję regulacyjną w sektorach sieciowych². Tego typu organy pojawiły się w Unii Europejskiej (dalej UE) stosunkowo niedawno³, a obecnie ich bazę prawną stanowią przepisy dyrektyw unijnych, w których określane są jako krajowe organy regulacyjne

¹ Publikacja powstała w ramach projektu badawczego sfinansowanego przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie decyzji nr DEC-2013/08/A/HS5/00642.

² Szerzej o funkcji regulacyjnej sektorów infrastrukturalnych: T. Skoczny (red.), *Prokonkurencyjne regulacje sektorowe*, [w:] *System prawa prywatnego. Tom 15. Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 1351 i n. oraz literatura tam podana.

³ Choć organy regulacyjne działające w różnych sektorach gospodarki istniały w państwach członkowskich UE jeszcze zanim pojawiły się w prawodawstwie unijnym. Dlatego też mówi się, iż prawo unijne w kwestii koncepcji organów regulacyjnych zostało zainspirowane przez rozwiązania państw członkowskich (oddziaływanie typu *bottom-up*), aby następnie przenieść tę koncepcję na nowy poziom – chociażby w zakresie niezależności organów regulacyjnych: D. Geradin, N. Petit, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*. Jean Monnet Working Paper 01/04, New York 2004, s. 8 i n.; S. De Somer, *The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective*, [w:] *Review of European Administrative Law*, t. 5 nr 2, 2012, s. 106 i n.

(ang. *National Regulatory Authorities*; dalej KOR⁴). Obowiązkiem państw członkowskich jest wyznaczenie lub skonstruowanie od podstaw takich organów regulacyjnych, które będą spełniać wymagania unijnego prawodawcy. Jednym z tych wymagań jest zapewnienie KOR niezależności politycznej, czyli niezależności od organów władzy publicznej. To właśnie tak rozumiana niezależność polityczna organów regulacyjnych będzie zasadniczym przedmiotem analiz w niniejszym opracowaniu. Celem badawczym jest ustalenie, czy *de lege lata* w polskim porządku prawnym organy regulacyjne cieszą się takim zakresem niezależności politycznej, jaki wymagany jest przez przepisy unijnego prawa regulacji sektorowej. Przedmiotem uwag będą sektory łączności elektronicznej oraz energetyki, bowiem tylko w tych sektorach ustanowiona została niezależność polityczna KOR.

Opracowanie zostanie podzielone na cztery zasadnicze części. W pierwszej z nich przedstawiona zostanie teoretyczna koncepcja niezależności politycznej organów regulacyjnych. Następnie w części drugiej autor ustali, w jaki sposób ta koncepcja została przełożona na język prawny unijnych dyrektyw i tym samym, jakie są wymogi prawodawcy unijnego dotyczące niezależności politycznej KOR. W kolejnej części omówiona zostanie pozycja ustrojowa polskich organów regulacyjnych, co będzie jednak dokonane z perspektywy ograniczeń niezależności politycznej tychże organów. Tezę stawianą w opracowaniu jest nieadekwatność statusu ustrojowo-prawnego polskich organów regulacyjnych wobec wzorca niezależności politycznej tych organów w prawodawstwie unijnym, co autor postara się dowodnie wykazać. W części czwartej zostaną zaproponowane postulaty *de lege ferenda* tak pod adresem ustawodawcy polskiego, jak i prawodawcy unijnego.

1. Koncepcja niezależności politycznej organów regulacyjnych

Ingerencja państwa w strategiczne sektory sieciowe, z myślą o osiągnięciu rozmaitych celów, może przybierać różne formy, np. państwo może bezpośrednio (jako Skarb Państwa) lub pośrednio (poprzez formy właściwe prawu prywatnemu) prowadzić w tych sektorach działalność gospodarczą⁵. Państwo może także nie angażować się w prowadzenie działalności gospodarczej, a zamiast tego może ono regulować sektory sieciowe poprzez mechanizm specjalnie utworzonego organu o określonym stopniu niezależności. Ze względu na zawodność ingerencji państwowej w formie prowadzenia w sektorach sieciowych działal-

⁴ Co oznaczać będzie, w zależności od kontekstu, krajowy organ regulacyjny lub krajowe organy regulacyjne w rozumieniu prawa UE.

⁵ T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, [w:] *Problemy zarządzania* t. 5 nr 3, 2004, s. 8.

ności gospodarczej, manifestującej się chociażby nieefektywnością gospodarczą oraz nieprzydatnością w zakresie zapewnienia skutecznej konkurencji na rynkach, państwa stopniowo odchodzą od tej metody⁶. Współcześnie, w państwach, w których przedsiębiorstwa sektorów sieciowych znajdują się w prywatnych rękach, to właśnie metoda ingerencji za pomocą mechanizmu niezależnego organu regulacyjnego jest najbardziej popularna⁷.

Niezależność organów regulacyjnych można rozpatrywać na różne sposoby. Po pierwsze, niezależność można analizować, patrząc na to, w stosunku do kogo organ regulacyjny powinien pozostawać niezależny, a po drugie, w jakim aspekcie (działalności, funkcjonowania) organy regulacyjne powinny być niezależne od określonej kategorii podmiotów.

Jeżeli chodzi o niezależność w pierwszym ujęciu, to tradycyjnie wyróżnia się niezależność organu regulacyjnego od przedsiębiorstw regulowanych sektorów oraz od organów władzy publicznej. Niezależność od przedsiębiorstw wydaje się dość oczywista i nie wzbudza kontrowersji. Wyposażenie jednego z przedsiębiorstw konkurujących na wolnym rynku z innymi podmiotami w instrumenty umożliwiające władczą ingerencję w sytuację prawną konkurentów byłoby sprzeczne z zasadami równości oraz uczciwej konkurencji. Natomiast mniej oczywista wydaje się niezależność organu regulacyjnego od organów władzy publicznej, w szczególności niezależność od rządu, określana jako niezależność polityczna⁸.

Zasadniczym pytaniem, które pojawia się przy omawianiu niezależności organów regulacyjnych od rządów i innych organów, jest to, czemu miałyby służyć ich odizolowanie od areny politycznej. Odpowiedzi jest kilka. Po pierwsze, umożliwia to stworzenie stabilnego środowiska regulacyjnego w sektorach infrastrukturalnych, które sprzyja powstawaniu nowych inwestycji. Cykl inwestycyjny w sektorach sieciowych jest niezwykle długi i kapitałochłonny. W naukach politycznych zauważa się problem tzw. wiarygodnego zobowiązania

⁶ Ibid

⁷ C. Blackman, L. Srivastava (red.), *Telecommunications regulation handbook*, Washington 2011, s. 17; A. C. Brown, J. Stern, B. Tenenbaum, D. Gencer, *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, Washington 2006, s. 51.

⁸ C. Hanretty, P. Larouche, A. Reindl, *Independence, accountability and perceived quality of regulators: A CERRE Study*, Brussels 2012, s. 24. Dostępne na: http://www.cerre.eu/sites/default/files/report_container.pdf (data dostępu: 9.05.2014); S. Lavrijsen, A. Ottow, *Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept*, [w:] *Legal Issues of Economic Integration* t. 39 nr 4, 2012, s. 427; K. Petrov, W. S. Cheng, R. Nunes, *Regulatory Independence*, Budapest 2008, s. 13. Dostępne na: <http://www.erranet.org/index.php?name=OE-eLibrary&file=download&id=6048&keret=N&showheader=N> (data dostępu: 9.05.2014).

(ang. *credible commitment*), do którego nie są zdolni politycy, zasadniczo kierujący się chęcią reelekcji. Ten brak zdolności do wiarygodnego zobowiązania to sytuacja, w której politycy będący u władzy zachęcają do inwestowania w sektorach sieciowych, czyniąc określone obietnice i podejmując zobowiązania, które jednak w późniejszym etapie ulegają zmianie lub dezaktualizacji ze względu na różne bieżące wydarzenia polityczne. Uważa się, że delegacja funkcji regulacyjnych na niezależny organ regulacyjny, odporny na polityczne wstrząsy, niekierujący się oportunistycznymi przesłankami (np. zbliżające się wybory), sprzyja stworzeniu stabilnego środowiska regulacyjnego, w którym inwestorzy skłonni są do dokonywania inwestycji w infrastrukturę. Po drugie, jeżeli regulowane przedsiębiorstwa nie są w stanie wpłynąć na silny organ regulacyjny, to mogą starać się wpłynąć na polityków zasiadających w rządzie, parlamencie, czy też na inne osoby sprawujące funkcje, które pozwalają kształtować im aktywność organu regulacyjnego. Dlatego też uzasadnione wydaje się ograniczenie możliwości wpływu władz na organy regulacyjne. Po trzecie, kwestie regulacyjne związane są z podejmowaniem decyzji skomplikowanych pod względem prawnym, ekonomicznym i technicznym. Zakłada się, że organy regulacyjne mają charakter ekspercki, tzn. powinny składać się z wysoko wykwalifikowanych specjalistów, posiadających odpowiednio ugruntowaną wiedzę do podejmowania decyzji regulacyjnych. Takich kwalifikacji nie posiadają, co do zasady, osoby zasiadające w organach o charakterze politycznym⁹.

⁹ Por. A. C. Brown, J. Stern, B. Tenenbaum, D. Gencer, op. cit., s. 52; F. Gilardi, *The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors*, [w:] *Swiss Political Science Review* t. 11, nr 4, 2005, s. 142 i n.; L. Hancher, P. Larouche, S. Lavrijssen, *Principles of Good Market Governance*, [w:] *Journal of Network Industries* t. 4, nr 4, 2003, s. 361; K. S. Johannsen, *Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries*, AKF Forlaget 2003, s. 17 i n. Dostępne na: http://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Johannsen_Regulatory_Independence_in.pdf (data dostępu: 9.05.2014); G. Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, [w:] *Journal of Public Policy* t. 17, nr 2, 1997, s. 152 i n.; P. Larouche, *CERRE Code of Conduct and Best Practices for the setup, operations and procedure of regulatory authorities*, Brussels 2014, s. 37. Dostępne na: http://www.cerre.eu/sites/default/files/140507_CERRE_CodeOfCondAndBestPractRegulat_Final_0.pdf (data dostępu: 9.5.2014); S. Lavrijssen, A. Ottow, *The Legality of Independent Regulatory Authorities*, [w:] *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, red. L. F. M. Besselink, F. Pennings, S. Prechal, Alphen aan den Rijn 2011, s. 80 i n.; B. Nowak, *System Regulacji Energetyki – niezależny organ regulacyjny w kontekście trzeciego pakietu energetycznego*, [w:] *Studia Europejskie* nr 3, 2010, s. 114; K. Petrov, W. S. Cheng, R. Nunes, op. cit., s. 8; M. Quintyn, *Independent agencies: more than a cheap copy of independent central banks?*, [w:] *Constitutional Political Economy* t. 20, nr 3, 2009, s. 278; B. Tenenbaum, *Regulation: What the Prime Minister Needs to Know*, [w:] *The Electricity*

Niezależność polityczna może przejawiać się w różnych aspektach działalności organu regulacyjnego. Na podstawie literatury przedmiotu¹⁰ w niniejszym opracowaniu przyjęte zostają następujące aspekty:

- a) niezależność funkcjonalna – odnosi się do prowadzenia działalności regulacyjnej i dotyczy wydawania decyzji „na zewnątrz”, tzn. decyzji, których adresatami są przedsiębiorstwa regulowanego sektora. Ten aspekt niezależności oznacza, iż organ regulacyjny może podejmować decyzje autonomicznie, bez konieczności ich zatwierdzenia przez inne organy władzy państwowej oraz że mogą one zostać uchylone jedynie przez sądy, ewentualnie inne wcześniej ustanowione przez prawo trybunały odwoławcze. Niezależność funkcjonalną uważa się za esencję niezależności politycznej organu regulacyjnego;
- b) niezależność strukturalna – oznacza, iż organ regulacyjny jest strukturą (jednostką) odrębną i odseparowaną od rządów bądź innych organów władzy publicznej. W obrębie tego wymiaru niezależności wskazuje się także na posiadanie osobowości prawnej oraz możliwość zaciągania zobowiązań, nabywania własności rzeczy, możliwość udziału w postępowaniach sądowych jako strona;
- c) niezależność finansowa – polega na tym, iż organ regulacyjny ma specjalnie wyznaczone źródło dochodów, zapewniające środki finansowe adekwatne do wykonywanych przez niego zadań i to organ regulacyjny decyduje, jak te środki wykorzystać (autonomia finansowa);
- d) niezależność wewnętrzna – odnosi się do swobody zorganizowania przez organ regulacyjny swoich struktur wewnętrznych;

Journal Marzec 1996, s. 29; M. Thatcher, *Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation*, [w:] *West European Politics* t. 25 nr 1, 2002, s. 129 i n.

Zob. C. Cambini, L. Rondi, *Regulatory Independence, Investment and Political Interference: Evidence from the European Union*. EUI Working Papers. RSCAS 2011/42, Florence 2011. Dostępne na: <http://www.siecon.org/online/wp-content/uploads/2011/04/Cambini-Rondi1.pdf> (data dostępu: 9.05.2014). Badania przeprowadzone przez tych autorów wskazują na pozytywny wpływ niezależności organów regulacyjnych na stopień inwestycji w regulowanych sektorach. Jednak niektórzy autorzy kwestionują wiarygodność tych, a także innych badań empirycznych: C. Hanretty, P. Larouche, A. Reindl, op. cit., s. 18 i n.

¹⁰ C. Blackman, L. Srivastava (red.), op. cit., s. 15 i n.; A. C. Brown, J. Stern, B. Tenenbaum, D. Gencer, op. cit., s. 50; W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008, s. 199 i n.; S. Lavrijssen, A. Ottow, *Independent...*, s. 428; K. Petrov, W. S. Cheng, R. Nunes, op. cit., s. 20 i n.; M. Scholten, *'Independent, hence unaccountable'?*, [w:] *Review of European Administrative Law*, t. 4, nr 1, 2011, s. 10 i n.; M. Swora, *Niezależne organy administracji*, Warszawa 2012, s. 61 i n.

- e) niezależność personalna – wyraża się w ochronie osób sprawujących funkcję organu regulacyjnego przed nieuzasadnionym odwołaniem z urzędu.

Mając na uwadze to, co zostało ustalone powyżej, można stwierdzić, że niezależność polityczna organu regulacyjnego to stan, w którym organ regulacyjny podejmuje działania regulacyjne nakierowane na osiągnięcie określonych celów, kierując się jedynie własną oceną zasadności tych działań i bez ingerencji ze strony innych organów władzy publicznej. Ten stan realizowany jest za pomocą określonych rozwiązań prawnych zapewniających organowi strukturalną odrębność od innych podmiotów prawa, autonomiczne podejmowanie decyzji regulacyjnych oraz dotyczących wewnętrznej organizacji, adekwatne do realizowanych zadań środki finansowe i autonomię w alokacji tych środków, a także stabilność sprawowania urzędu poprzez zabezpieczenie przed nieuzasadnionym odwołaniem¹¹.

2. Urzeczywistnienie niezależności politycznej krajowych organów regulacyjnych w prawie unijnym

Niezależność polityczna w prawie UE dotyczy w zasadzie tylko dwóch sektorów: łączności elektronicznej oraz energetyki, przy czym tak naprawdę jedynie w tym ostatnim została ona zrealizowana w sposób wyraźny i kompleksowy¹². W sektorze łączności elektronicznej niezależność polityczną KOR ustanowiono dyrektywą 2009/140/WE¹³, która znowelizowała dyrektywę 2002/21/WE¹⁴ zawierającą bazowe przepisy dla KOR wspomnianego sektora¹⁵.

¹¹ Por. definicję niezależności *de facto* oraz *de jure*: C. Hanretty, P. Larouche, A. Reindl, op. cit., s. 26.

¹² Kompleksowy jak na rodzaj aktu prawnego, w którym została wprowadzona, czyli dyrektywę. Ostatnio bardzo szeroka niezależność polityczna kształtuje się w obszarze unijnego prawa ochrony danych osobowych. Będzie okazja wspomnieć o tym w dalszej części opracowania.

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Tekst mający znaczenie dla EOG), Dz.U. L 337 z 18.12.2009, s. 37.

¹⁴ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), Dz.U. L 108 z 24.4.2002, s. 33 ze zm.

¹⁵ S. De Somer, op. cit., s. 102.

W punkcie 13 preambuły dyrektywy 2009/140/WE podkreślono, iż celem zapewnienia skuteczniejszego stosowania ram regulacyjnych konieczne jest zwiększenie niezależności KOR i tym samym wprowadzenie przepisów chroniących te organy przed ingerencją zewnętrzną lub naciskami politycznymi, które mogłyby zagrozić niezależności ocen wydawanych przez KOR podczas wykonywania zadań regulacyjnych.

Z kolei w sektorze energetycznym niezależność polityczna KOR pojawiła się wraz z uchwaleniem trzeciego pakietu energetycznego i pojawieniem się nowych dyrektyw – osobno dla podsektora elektroenergetycznego (dyrektywa 2009/72/WE¹⁶) oraz gazowego (dyrektywa 2009/73/WE¹⁷). Regulacje znajdujące się w dyrektywach energetycznych stanowią do dzisiaj najbardziej szczegółowe i rozbudowane przepisy dotyczące tego charakterystycznego dla organów regulacyjnych atrybutu, jakim jest niezależność.

Jeżeli chodzi o niezależność strukturalną, to w tym zakresie unormowania prawne sektorów łączności elektronicznej oraz energetycznego dosyć znacząco różnią się od siebie. Dyrektywa 2002/21/WE w ogóle nie zawiera przepisów stanowiących *expressis verbis* o niezależności strukturalnej KOR. Dlatego teoretycznie nie jest wykluczone, aby organem regulacyjnym sektora łączności elektronicznej został inny organ władzy publicznej. Niezwykle ciekawym zagadnieniem jest w szczególności możliwość wyznaczenia organem regulacyjnym krajowego parlamentu¹⁸. Pomimo braku ustanowienia niezależności strukturalnej KOR we wspomnianej dyrektywie, szeroko zakrojona niezależność funkcjonalna, a także wymagania odnoszące się do niezależności personalnej, *de facto* wykluczają uczynienie tego typu organem ministra lub innych organów, które pozostają pod wpływem rządów państw członkowskich i nie dysponują swobodą działania w zakresie wymaganym przez przepisy unijne¹⁹. W tym sensie niezależność strukturalna została zapewniona niejako pośrednio.

Z kolei w sektorze energetycznym art. 35 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/73/WE stanowią, iż państwa członkowskie powinny zapewnić, aby przy wykonywaniu zadań regulacyjnych powierzonych na mocy dyrektyw i aktów powiązanych organ regulacyjny był „prawnie

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE, Dz.U. L 211 z 14/08/2009, s. 55.

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE, Dz.U. L 211 z 14/08/2009, s. 94.

¹⁸ Zob. M. Szydło, *Krajowy parlament jako regulator sektorów sieciowych*, Warszawa 2013, s. 134 i n.

¹⁹ Ibidem., s. 93–94.

odrębny i funkcjonalnie niezależny od jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego lub prywatnego”. Komentowane przepisy odnoszą się do organu regulacyjnego jako całości (odrębnej jednostki) i ustanawiają niezależność strukturalną oraz funkcjonalną organu regulacyjnego. O tej ostatniej będzie mowa poniżej, natomiast niezależność strukturalna oznacza, iż KOR sektora energetycznego powinny być podmiotami odrębnymi i strukturalnie oddzielonymi od parlamentów, rządów, tak krajowych, jak i regionalnych, jednostek samorządu terytorialnego oraz wszelkich innych organizacji o charakterze tak publicznym, jak i prywatnym. W szczególności nie jest możliwe usytuowanie organu regulacyjnego jako jednostki działającej przy innym organie władzy publicznej. Państwa członkowskie powinny zatem powołać zupełnie nowy organ i nadać mu status KOR sektora energetycznego albo przynajmniej nadać taki status istniejącemu już organowi, przy czym w takim przypadku ten istniejący już organ musi zaprzestać pełnienia zadań zarezerwowanych dla innych organów lub podmiotów w rozumieniu prawa krajowego. Odrębność strukturalna nie stoi na przeszkodzie, aby sektory elektroenergetyczny oraz gazowy regulowane były przez jeden i ten sam organ regulacyjny²⁰.

Można przychylić się do interpretacji, iż przywołane powyżej przepisy dyrektyw energetycznych odnoszące się do organu regulacyjnego jako całości oznaczają także, że podmioty odrębne od KOR nie powinny ingerować w wewnętrzne sprawy związane z administrowaniem i zarządzaniem działalnością KOR²¹. Tego typu normę prawną można też wyprowadzić z obowiązku zapewnienia organowi regulacyjnemu odpowiednich środków finansowych i kadrowych oraz niezależności w wykonywaniu przyznanego budżetu, o czym będzie mowa poniżej.

Wskazuje się także, że już samo dzielenie pomieszczeń między KOR oraz innymi organami władzy publicznej pozostawałoby w sprzeczności z art. 35 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/73/WE²². Chodzi tu zwłaszcza o sytuację, w której organ regulacyjny byłby uzależniony

²⁰ Por. Komisja Europejska, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas*, Brussels 2010, s. 5 i n. Dostępne na: http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf (data dostępu: 9.05.2014); M. Swora, *Organ do spraw regulacji gospodarki paliwami i energią*, [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 967; idem, *Niezależne...*, s. 135 i n.; idem, *Krajowe organy regulacyjne w trzecim pakiecie liberalizacyjnym*, [w:] *Nowe prawo energetyczne*, red. M. Rudnicki, K. Sobieraj, Lublin 2013, s. 98; M. Szydło, *Krajowy...*, s. 99 i n.

²¹ Komisja Europejska, op. cit., s. 5 i n.

²² Ibidem., s. 6.

pod tym względem od innych organów władzy, tzn. musiałyby polegać na tych organach celem udostępnienia mu pomieszczeń czy też innych rzeczy niezbędnych do wykonywania swojej działalności. Zgodnie z tą interpretacją zakazane byłoby także dzielenie personelu pomiędzy KOR a innym organem władzy publicznej²³, w takim sensie, że, przykładowo, pracownicy ministerstwa podporządkowani ministrowi byłiby jednocześnie pracownikami organu regulacyjnego. Mając na uwadze wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w sprawie C-614/10 Komisja Europejska przeciwko Austrii, taka interpretacja jest rzeczywiście uzasadniona²⁴. W przywołanej sprawie rozpatrywana była ustawa austriacka, na mocy której pracownicy urzędu kanclerskiego byli jednocześnie pracownikami organu nadzorującego przestrzeganie prawa ochrony danych osobowych, a ponadto ten ostatni organ musiał także polegać m.in. na urzędzie kanclerskim celem uzyskania niezbędnego wyposażenia. Wypada wspomnieć, iż zgodnie z art. 28 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE²⁵ organy ochrony danych osobowych powinny działać w sposób „całkowicie niezależny”. Według TSUE rozwiązanie prawne, w którym organ ochrony danych osobowych uzależniony jest od innych władz w zakresie otrzymania niezbędnego wyposażenia, a jego pracownicy są jednocześnie pracownikami organów rządowych, jest sprzeczne z wymogiem całkowitej niezależności wymaganej przez art. 28 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE. Prawdą jest, że dyrektywy energetyczne nie zawierają przepisu stanowiącego, iż KOR działają w sposób „całkowicie niezależny”, jednak wyraźnie łączą one także i niezależność pracowników niezajmujących kierowniczych stanowisk z niezależnością całego KOR jako jednostki²⁶. Dlatego też należy uznać, iż cały kompleks przepisów dotyczących niezależności strukturalnej, funkcjonalnej oraz finansowej organów regulacyjnych w sektorze energetycznym sprawia, że taka sytuacja, jak w powołanym powyżej wyroku, byłaby niedopuszczalna.

Niezależność funkcjonalna organów regulacyjnych będąca warunkiem *sine qua non* ich niezależności politycznej została zapewniona w obu omawianych sektorach sieciowych. Zgodnie z art. 3 ust. 3a dyrektywy 2002/21/WE, „krajowe organy regulacyjne odpowiedzialne za regulację rynku *ex ante* lub rozstrzyganie sporów między przedsiębiorstwami zgodnie z art. 20 lub 21 niniejszej dyrektywy działają niezależnie i nie występują o instrukcje do żadnego innego

²³ Ibidem.

²⁴ Wyrok TSUE z dnia 16 października 2012 r. w sprawie C-614/10, Komisja Europejska przeciwko Austrii, nieopublikowany.

²⁵ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.U. L 281 z 23.11.1995, s. 31 ze zm.

²⁶ Zob. art. 35 ust. 4 lit. b dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. b dyrektywy 2009/73/WE.

podmiotu ani nie przyjmują takich instrukcji w związku z wykonywaniem tych zadań, przydzielonych im na podstawie prawa krajowego wdrażającego prawo wspólnotowe. Nie wyklucza to nadzoru zgodnie z krajowym prawem konstytucyjnym. Decyzje krajowych organów regulacyjnych mogą zostać zawieszone lub uchylone wyłącznie przez organy odwoławcze ustanowione zgodnie z art. 4”.

Z kolei w sektorze energetycznym niezależność funkcjonalna została jeszcze wyraźniej podkreślona. Dyrektywy unijne nie tylko zapewniają niezależność funkcjonalną organowi regulacyjnemu jako całości, ale zawierają nawet postanowienia odnoszące się do poszczególnych pracowników KOR niezajmujących kierowniczych stanowisk w owych organach. Relevantne przepisy dyrektyw energetycznych zawierają następujące postanowienia:

- a) organ regulacyjny przy wykonywaniu zadań regulacyjnych powierzonych mu na mocy dyrektyw energetycznych i aktów powiązanych powinien być „funkcjonalnie niezależny od jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego lub prywatnego” (art. 35 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. a dyrektywy 2009/73/WE);
- b) organ regulacyjny powinien zapewnić, „aby jego pracownicy oraz osoby odpowiedzialne za zarządzanie nim przy wykonywaniu swoich zadań regulacyjnych nie zwracali się o bezpośrednie polecenia ani nie wykonywali bezpośrednich poleceń któregośkolwiek rządu lub innego podmiotu publicznego lub prywatnego. Niniejszy wymóg pozostaje bez uszczerbku dla ścisłej współpracy, w stosownych przypadkach, z innymi właściwymi organami krajowymi oraz dla ogólnych wytycznych polityki opracowanych przez rząd niezwiązanych z uprawnieniami i obowiązkami regulacyjnymi na podstawie art. 37” (art. 35 ust. 4 lit. b pkt ii dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. b pkt ii dyrektywy 2009/73/WE);
- c) „w celu ochrony niezależności organu regulacyjnego państwa członkowskie zapewniają w szczególności, aby organ regulacyjny mógł podejmować niezależne decyzje, niezależnie od jakichkolwiek podmiotów politycznych” (art. 35 ust. 5 lit. a dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 5 lit. a dyrektywy 2009/73/WE).

W świetle powyższych przepisów zakazane jest KOR sektorów łączności elektronicznej oraz energetyki, a w tym ostatnim sektorze nawet poszczególnym pracownikom niezajmującym kierowniczych stanowisk oraz osobom odpowiedzialnym za zarządzanie organem regulacyjnym, zwracanie się po instrukcje (polecenia) lub wykonywanie instrukcji (poleceń) jakiegokolwiek innego podmiotu tak publicznego, jak i prywatnego w zakresie wykonywania zadań regulacyjnych określonych w dyrektywach. Instrukcją (poleceniem) jest każde

działanie innego podmiotu wymagające podporządkowania się ze strony KOR i tym samym zawierające jakikolwiek element nacisku na organ regulacyjny. Nie ma znaczenia forma niedozwolonej instrukcji (polecenia) oraz jej źródło (np. niedozwolone są instrukcje w formie aktu prawnego uchwalonego przez parlament albo polecenie szefa rządu, ministra). Powyższe w szczególności oznacza, że nie ma możliwości hierarchicznego podporządkowania KOR jakimkolwiek innym podmiotom publicznym lub prywatnym²⁷.

To, że takimi niedozwolonymi instrukcjami są także akty prawne uchwalone przez parlament państwa członkowskiego, potwierdza wyrok TSUE w sprawie C-424/07 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec²⁸, wydany w stanie prawnym, w którym dyrektywa 2002/21/WE nie zawierała jeszcze postanowień zakazujących KOR przyjmowania instrukcji od jakichkolwiek innych podmiotów. W powołanej sprawie TSUE uznał, iż ustawodawca niemiecki wbrew postanowieniom dyrektywy 2002/21/WE, ograniczył uprawnienia dyskrecyjne niemieckiego *Bundesnetzagentur* (KOR sektora łączności elektronicznej), w ten sposób, iż ustanowił generalną zasadę wyłączającą nowe rynki spod regulacji wspomnianego organu oraz dokonał swoistego wyważenia celów regulacyjnych, dając priorytet jednemu z nich. W przekonaniu TSUE to właśnie KOR, a nie parlamenty krajowe zostały upoważnione na mocy przepisów unijnych do oceny konieczności użycia instrumentów regulacyjnych *ex ante* oraz dążenia do realizacji celów regulacyjnych zapisanych w dyrektywach, co implikuje zakaz instruowania KOR także za pomocą przepisów ustawowych²⁹.

²⁷ Por. M. Chołodecki, *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Warszawa 2013, s. 78; T. Długosz, *Pozycja ustrojowa organów regulacyjnych w świetle projektów legislacyjnych Komisji Europejskiej dla energetyki sieciowej*, [w:] *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* nr 7, 2009, s. 11; F. M. Elżanowski, *The Duties of the President of the Polish Energy Regulatory Office in the Context of Implementing the Third Energy Package*, [w:] *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* t. 4, nr 4, 2011, s. 138 i n.; Komisja Europejska, op. cit., s. 6 i n.; S. Lavrijssen, A. Ottow, *Independent...*, s. 436; M. Swora, *Organ...*, s. 969 i n.; idem, *Niezależne...*, s. 135 i n.; idem, *Krajowe...*, s. 99; M. Szydło, *The Promotion of Investments in New Markets in Electronic Communications and the Role of National Regulatory Authorities after Commission v Germany*, [w:] *International and Comparative Law Quarterly* t. 60, nr 2, 2011, s. 544; idem, *Case C-389/08, Base NV and Others v. Ministerraad, Judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 6 October 2010*, nyr., [w:] *Common Market Law Review* t. 49, nr 2012, s. 1150; idem, *Independent Discretion or Democratic Legitimation? The Relations between National Regulatory Authorities and National Parliaments under EU Regulatory Framework for Network-Bound Sectors*, [w:] *European Law Journal* t. 18, nr 6, 2012, s. 802; idem, *Krajowy...*, s. 98.

²⁸ Wyrok TSUE z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie C-424/07, Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Zbiór Orzeczeń 2009 I-11431.

²⁹ Ibidem., akapity 88–94. Szerzej na temat wyroku, a także zagadnień będących jego przedmiotem: M. Szydło, *The Promotion...*, s. 533 i n.; J. Temple Lang, *The*

Prawdą jest, że dyrektywy obu omawianych sektorów dopuszczają nadzór nad organami regulacyjnymi. Dyrektywa 2002/21/WE w art. 3 ust. 3a stanowi o dopuszczalności nadzoru „zgodnie z krajowym prawem konstytucyjnym”. W przypadku dyrektyw energetycznych na dopuszczalność nadzoru parlamentarnego wskazuje treść preambuły³⁰. Tradycyjna koncepcja nadzoru jednego organu nad drugim zakłada, iż organ nadzorczy może wpływać różnymi środkami na działanie i decyzje podejmowane przez organ nadzorowany. Tymczasem w świetle szeroko zakrojonej niezależności funkcjonalnej KOR nie ma możliwości wpływania na decyzje KOR przez jakiekolwiek inne podmioty niż organy sądowe. W rezultacie, prawo krajowe przewidujące środki nadzoru o charakterze merytorycznym, np. uprawnienie do zmiany lub uchYLENIA rozstrzygnięcia organu nadzorowanego, nie będzie mogło znaleźć zastosowania do KOR³¹. Niestety, posługiwanie się przez prawodawcę unijnego pojęciem „nadzoru” przy jednoczesnym braku jakichkolwiek wskazówek, jakie są jego granice, należy ocenić negatywnie.

W sektorze energetycznym prawodawca unijny dopuszcza związanie KOR ogólnymi wytycznymi polityki opracowanymi przez rząd i niezwiązanymi z obowiązkami regulacyjnymi tych organów (art. 35 ust. 4 lit. b pkt ii dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 4 lit. b pkt ii dyrektywy 2009/73/WE). KOR muszą zatem funkcjonować w pewnych ogólnych ramach polityki, która może być także sektorową polityką energetyczną³².

W kwestii przyznania KOR odpowiednich zasobów finansowych i kadrowych prawodawca unijny ustanawia zasadę adekwatności tych zasobów w stosunku do wykonywanych przez organy regulacyjne zadań (art. 3 ust. 3 i 3a dyrektywy 2002/21/WE, art. 35 ust. 5 lit. a dyrektywy 2009/72/WE, art. 39 ust. 5 lit. a dyrektywy 2009/73/WE). Oznacza to, że KOR powinny mieć zapewnione odpowiednie zasoby finansowe i kadrowe proporcjonalne do ilości powierzonych im obowiązków. Zasoby te nie mogą zatem pozostawać statyczne, jeżeli ustawodawca krajowy jednocześnie zwiększa zakres zadań organu regulacyjnego. Sam sposób finansowania pozostaje decyzją państw członkowskich, w szczególności to, czy KOR finansowane będą bezpośrednio z budżetu państwowego, czy też środki finansowe stanowić będą koszty regulacji ponoszonej przez podmioty

Proposed Amendment of the German Telecommunications Act: Section 9A – “New Markets”, [w:] Competition and Regulation in Network Industries t. 1, nr 3, 2006, s. 417 i n.

³⁰ Pkt 34 preambuły dyrektywy 2009/72/WE oraz pkt 30 preambuły dyrektywy 2009/73/WE.

³¹ Komisja Europejska, op. cit., s. 9; M. Swora, *Organ...*, s. 969; M. Szydło, *Krajowy...*, s. 103 i n.

³² Komisja Europejska, op. cit., s. 7; M. Swora, *Niezależne...*, s. 138 i n.; idem, *Krajowe...*, s. 99.

regulowanego sektora. W każdym jednak przypadku budżet KOR powinien być wyraźnie wyodrębniony w ramach globalnego budżetu państwowego oraz, co niezwykle istotne, tylko i wyłącznie organ regulacyjny powinien móc decydować, w jaki sposób zostaną rozdysponowane przyznane mu środki finansowe. KOR powinny również samodzielnie decydować o ilości pracowników niezbędnych do efektywnego wykonywania zadań regulacyjnych, wymaganiach merytorycznych stawianych tym pracownikom oraz w kwestii rekrutacji niezbędnego personelu. Tym samym przepisy te należałoby również interpretować jako zakazujące ingerencji w wewnętrzne zarządzanie organem regulacyjnym, tylko bowiem sam organ jest najlepiej poinformowany, w jaki sposób zorganizować swoją działalność, aby najefektywniej wykorzystać przyznane zasoby³³.

Wreszcie, niezmiernie ważkim aspektem niezależności politycznej KOR jest niezależność personalna. Zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE, „Państwa członkowskie zapewniają, aby odwołanie szefów krajowych organów regulacyjnych [...] lub, w stosownych przypadkach, członków organu zbiorowego pełniącego tę funkcję, lub ich zastępców, było możliwe tylko wtedy, gdy przestaną oni spełniać warunki wymagane do wykonywania obowiązków określonych wcześniej w prawie krajowym. Decyzja o odwołaniu szefa danego krajowego organu regulacyjnego lub, w stosownych przypadkach, członków organu zbiorowego pełniącego tę funkcję zostaje podana do wiadomości publicznej w chwili odwołania. Odwołany szef krajowego organu regulacyjnego lub, w stosownych przypadkach, członkowie kolegiального organu pełniącego tę funkcję otrzymują uzasadnienie decyzji i mają prawo wystąpić o jego opublikowanie, w przypadku gdy w przeciwnym razie nie doszłoby do tego; w takim przypadku uzasadnienie to zostaje opublikowane” (art. 3 ust. 3a tej dyrektywy). Aby takie zabezpieczenie rzeczywiście funkcjonowało efektywnie, implikuje to konieczność ustanowienia jasnych i obiektywnie weryfikowalnych wymagań stawianych osobom pełniącym funkcję organu regulacyjnego.

Także i w sektorze energetycznym prawodawca nie omieszczał zabezpieczyć KOR przed nieuzasadnionym odwołaniem z urzędu. Po pierwsze, prawodawca ustalił widełkowo czas trwania kadencji, który wynosi od pięciu do siedmiu lat, z możliwością jednokrotnego odnowienia (art. 35 ust. 5 lit. b dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 5 lit. b dyrektywy 2009/73/WE). Po drugie, „Członkowie zarządu lub, w przypadku braku zarządu, ścisłego kierownictwa mogą zostać zwolnieni z pełnienia funkcji w trakcie swojej kadencji jedynie w przypadku gdy nie spełniają już warunków określonych w niniejszym artykule lub dopuścili się uchybienia w rozumieniu prawa krajowego” (art. 35 ust. 5

³³ Komisja Europejska, op. cit., s. 9 i n.; M. Szydło, *Krajowy...*, s. 94–96, 100–102.

akapit drugi dyrektywy 2009/72/WE oraz art. 39 ust. 5 akapit drugi dyrektywy 2009/73/WE). Wspomnianymi warunkami określonymi w przepisach dyrektyw, a których niespełnianie może skutkować odwołaniem z urzędu, są wymagania dotyczące szeroko pojętej niezależności tak od podmiotów prywatnych, jak i publicznych. Natomiast ustalenie, czym jest „uchybieństwo w rozumieniu prawa krajowego”, należy do państw członkowskich.

3. Polskie rozwiązania prawne pozostające w sprzeczności z unijnym wzorcem niezależności krajowych organów regulacyjnych

Polski ustawodawca nie zdecydował się na utworzenie żadnej nowej kategorii ustrojowej, by wyróżnić w ten sposób organy mające regulować sektory sieciowe. Zamiast tego postanowił, iż zarówno Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej Prezes UKE), czyli organ regulacyjny w sektorze łączności elektronicznej i poczty, oraz Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej Prezes URE), czyli organ regulacyjny w sektorze energetyki, będą centralnymi organami administracji rządowej, określanymi także jako urzędy centralne³⁴.

Zgodnie z art. 146 ust. 3 Konstytucji RP, Rada Ministrów kieruje administracją rządową. Skoro konstytucyjnym kryterium zaliczenia danego organu do struktury administracji rządowej jest sprawowanie kierownictwa nad działalnością tego organu w sposób bezpośredni lub pośredni – przez Prezesa Rady Ministrów (dalej Prezes RM) lub ministra³⁵, to już z tego względu wydaje się, że pion administracji rządowej nie jest odpowiednim miejscem dla organów mających cechować się szerokim zakresem niezależności.

Zasadniczymi aktami prawnymi konstytuującymi strukturę Rady Ministrów i jej relacje z administracją rządową są ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 roku o Radzie Ministrów³⁶ oraz ustawa z dnia 4 września 1997 roku o działach administracji rządowej³⁷. Zgodnie z relewantnymi przepisami, Prezes UKE pozostaje pod nadzorem ministra właściwego do spraw łączności (art. 16 ustawy o działach administracji rządowej). Natomiast obecnie żaden organ nie nadzoruje Pre-

³⁴ Art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, Dz.U. 1997 nr 54 poz. 348 ze zm. (dalej pr. energ.), art. 190 ust. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800 ze zm. (dalej pr. telekom.).

³⁵ Tak Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r., K 2/09, OTK-A nr 5 poz. 42, pkt 3.1 uzasadnienia.

³⁶ Dz.U. 1996 nr 106 poz. 492 ze zm.

³⁷ Dz.U. 1997 nr 141 poz. 943 ze zm.

zesa URE. Ustawodawca postanowił jednak, aby działalność samego Urzędu Regulacji Energetyki nadzorowana była przez Prezesa RM (art. 33a ust. 1 ustawy o działach administracji rządowej). W świetle powyższego zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia jest to, czymże jest stosunek nazwany przez ustawodawcę nadzorem, jaka jest jego treść oraz czy wynikają z niego zagrożenia dla niezależności organów regulacyjnych.

W literaturze prawa administracyjnego nadzór ujmowany jest jako więź ustrojowo-prawna zachodząca wewnątrz struktur organów administracji publicznej albo jako instytucja prawa administracyjnego materialnego. Ponadto w ramach nadzoru jako więzi ustrojowo-prawnej dokonuje się niekiedy rozróżnienia na nadzór funkcjonujący w układzie administracji scentralizowanej (hierarchiczny, dyrektywny) oraz nadzór w układzie administracji zdecentralizowanej (weryfikacyjny)³⁸. Ten pierwszy rodzaj nadzoru niektórzy przedstawiciele doktryny określają jako „upoważniający do sprawowania kierownictwa nad działalnością organów niższego rzędu za pośrednictwem pełnego wachlarza dyrektyw administracyjnych”³⁹. Z kolei druga postać nadzoru byłaby więzią ustrojowo-prawną charakterystyczną dla układu administracji zdecentralizowanej i oznaczałaby prawną możliwość kontroli działalności organu nadzorowanego przez organ nadzorujący wraz z możliwością ingerencji w działania organu nadzorowanego celem dostosowania tych działań do określonego wzorca, na przykład do przepisów prawa. W tego typu nadzorze (weryfikacyjnym) środki ingerencji organu nadzorującego powinny być określone na zasadzie *numerus clausus* i organ nadzorujący może używać tylko takich środków nadzorczych, jakie wyraźnie zostały przewidziane przepisami prawa⁴⁰.

³⁸ Por. J. Boć, *Organizacja prawna administracji*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 239 i n.; C. Kociński, *Zagadnienia wprowadzające*, [w:] *Nadzór administracyjny. Od prewencji do weryfikacji*, red. C. Kociński, Wrocław 2006, s. 26; M. Miemiec, *Prewencja i weryfikacja w ramach nadzoru i kierownictwa w ujęciu tradycyjnym*, [w:] *Nadzór administracyjny: od prewencji do weryfikacji*, red. C. Kociński, Wrocław 2006, s. 40; M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Poznań 1995, s. 31 i n.; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 176.

³⁹ J. Starościek, *Decentralizacja administracji*, Warszawa 1960, s. 13.

⁴⁰ Por. B. Dolnicki, *Nadzór nad samorządem terytorialnym*, Katowice 1993, s. 62; E. Knosala, *Prawne układy sterowania w administracji publicznej*, Katowice 1998, s. 26; T. Kocowski, *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)*, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom 8a. Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 364; R. Michalska-Badziak, *Podmioty administrujące*, [w:] *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 289; T. Rabska, *Podstawowe pojęcia organizacji administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom I*, red. J. Starościek, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1977, s. 317–318; M. Stahl, *System administracji publicznej*, [w:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 6. Podmioty administrujące*, red. R. Hauser,

W przekonaniu autora należy w ogóle zaprzestać posługiwania się koncepcją nadzoru hierarchicznego. Tego typu więź ustrojowo-prawna nie jest bowiem niczym innym jak kierownictwem organu wyższego rzędu nad organem podporządkowanym występującym w ramach hierarchicznego podporządkowania. Pojęcie nadzoru należy odnosić tylko i wyłącznie do struktury zdecentralizowanej aparatu administracji i traktować jako element jej identyfikacji⁴¹. W literaturze wskazuje się, że dowolność w posługiwaniu się pojęciem nadzoru była charakterystyczna dla poprzedniego ustroju politycznego i miała służyć zamaskowaniu centralizacji⁴². Dlatego też zasadne jest identyfikowanie desygnatu pojęcia nadzoru tylko i wyłącznie z opisany wyżej nadzorem weryfikacyjnym. Pozwoli to na przejrzyste uregulowanie stosunków w sferze wewnętrznej administracji i umożliwi rozróżnienie takich więzi ustrojowo-prawnych, jak kontrola, nadzór, kierownictwo, czy koordynacja.

Aby mieć pełny obraz stosunków pomiędzy organami regulacyjnymi a organami naczelnymi, należałoby przyrzeć się konkretnym uprawnieniom, jakie zostały przyznane Prezesowi RM oraz ministrowi do spraw łączności w stosunku do polskich organów regulacyjnych. Są one następujące:

- a) uprawnienie Prezesa RM oraz właściwego ministra do wydawania poleceń i wytycznych⁴³;
- b) uprawnienie Prezesa RM oraz właściwego ministra do nadawania

Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011; M. Szewczyk, op. cit., s. 33; M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2013, s. 95.

⁴¹ J. Jeżewski, *Podległość hierarchiczna w administracji. Zarys problematyki*, [w:] *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. zw. dr. hab. Jackowi M. Langowi*, red. M. Wierzbowski, J. Jagielski, A. Wiktorowska, E. Stefańska, Warszawa 2009, s. 107; Por. C. Kociński, *Stosunek kierowania jako podstawa więzi między Prezesem Rady Ministrów a wojewodami*, [w:] *Nadzór administracyjny. Od prewencji do weryfikacji*, red. C. Kociński, Wrocław 2006, s. 67–69.

⁴² J. Jeżewski, op. cit., s. 107.

⁴³ Art. 34a ust. 1 ustawy o Radzie Ministrów („Minister, w celu dostosowania do polityki ustalonej przez Radę Ministrów zasad i kierunków działania podległych lub nadzorowanych centralnych organów administracji rządowej, innych urzędów lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, może wydawać kierownikom urzędów centralnych oraz kierownikom innych urzędów i jednostek organizacyjnych wiążące ich wytyczne i polecenia”); art. 33b ust. 1 ustawy o działach administracji rządowej („Prezes Rady Ministrów, wykonując politykę Rady Ministrów, wydaje kierownikom urzędów, o których mowa w art. 33a ust. 1 [czyli urzędów nadzorowanych przez Prezesa RM – przyp. K. R.], wiążące wytyczne i polecenia”). Powołane przepisy stanowią podstawę prawną do wydawania poleceń i wytycznych, odpowiednio, Prezesowi UKE przez ministra do spraw łączności oraz Prezesowi URE przez Prezesa RM.

- statutów urzędom obsługującym polskie organy regulacyjne⁴⁴;
- c) uprawnienie Prezesa RM oraz właściwego ministra do żądania informacji od organów regulacyjnych⁴⁵;
 - d) uprawnienie właściwych ministrów do odbierania sprawozdań okresowych organów regulacyjnych⁴⁶.

Poniżej zostaną umówione tylko dwa pierwsze uprawnienia, z racji tego, iż budzą one wątpliwości z punktu widzenia ich zgodności z unijnym wzorcem niezależności politycznej KOR.

Wydawanie poleceń służbowych jest wyrazem hierarchicznego podporządkowania i może być wykorzystywane tak w ramach kierowania działalnością organu podległego przez organ nadrzędny, jak i w ramach relacji pomiędzy zwierzchnikiem służbowym a podległym pracownikiem⁴⁷. Nie jest to natomiast instrument prawny, którego wykorzystywanie powinno być dozwolone w ramach relacji nadzoru w postulowanym tutaj znaczeniu. Uprawnienie do wydawania

⁴⁴ Art. 21 ust. 6 pr. energ. („Prezes Rady Ministrów, w drodze zarządzenia, nadaje statut URE, określający jego organizację wewnętrzną oraz strukturę terenową”); art. 193 ust. 3 pr. telekom. („Minister właściwy do spraw łączności, w drodze zarządzenia, nadaje statut UKE, określając jego komórki organizacyjne”).

⁴⁵ Art. 5 pkt 2 ustawy o Radzie Ministrów („W celu wykonania zadań i kompetencji określonych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i ustawach, Prezes Rady Ministrów może w szczególności, żądać informacji, dokumentów i sprawozdań okresowych lub dotyczących poszczególnej sprawy albo rodzaju spraw od ministra, kierownika urzędu centralnego lub wojewody oraz od pracowników urzędów organów administracji rządowej po zawiadomieniu właściwego ministra, kierownika urzędu centralnego lub wojewody”); art. 24 ust. 1 pr. energ. („Prezes URE [...] przedstawia, na jego żądanie [ministra właściwego do spraw gospodarki – przyp. K. R.], informacje z zakresu swojej działalności”); art. 190 ust. 2a pr. telekom. („Prezes UKE przekazuje ministrowi właściwemu do spraw łączności, na jego żądanie, informacje o swojej działalności”).

⁴⁶ Art. 24 ust. 1 pr. energ. („Prezes URE składa ministrowi właściwemu do spraw gospodarki corocznie, w terminie do dnia 30 kwietnia każdego roku, sprawozdanie ze swojej działalności, w tym ocenę bezpieczeństwa dostarczania paliw gazowych i energii elektrycznej, stosownie do zakresu działania określonego w art. 23 ust. 2...”); art. 190 ust. 2 pr. telekom. („Prezes UKE składa ministrowi właściwemu do spraw łączności coroczne sprawozdanie ze swojej działalności regulacyjnej oraz realizacji polityki rządu i wspólnotowej polityki telekomunikacyjnej, za rok poprzedni, w terminie do dnia 30 kwietnia. Minister właściwy do spraw łączności opiniuje sprawozdanie w terminie miesiąca od dnia jego przedstawienia przez Prezesa UKE i przekazuje sprawozdanie wraz z opinią Prezesowi Rady Ministrów”).

⁴⁷ A. Adamczyk, *Publicznoprawne formy działania administracji. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 230; E. Olejniczak-Szałowska, *Polecenie służbowe*, [w:] *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 470; P. Ruczkowski, *Koncepcja aktów (źródeł) prawa wewnętrznego w polskim prawie administracyjnym*, Kraków 2014, s. 122; M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, op. cit., s. 95–96.

poleceń wskazuje jednoznacznie, że więzią ustrojowo-prawną łączącą centralne organy administracji rządowej, w tym polskie organy regulacyjne, z organami naczelnymi jest więź kierownictwa charakterystyczna dla hierarchicznego podporządkowania i scentralizowanej struktury administracji rządowej, a nie więź nadzoru⁴⁸.

Polecenie służbowe ma charakter indywidualny i konkretny, dotyczyć może całej sfery działalności jego adresata⁴⁹. Treścią polecenia może być nakaz wykonania określonej czynności albo też zaniechania jakiegoś działania, może ono determinować też sposób i metodę wykonania owej czynności⁵⁰. Polecenie jest aktem niesformalizowanym, nie ma w zasadzie żadnej ustalonej procedury wydawania poleceń⁵¹, a dla związania adresata poleceniem wystarczy, aby doszło ono do jego wiadomości⁵². Nie ma możliwości zaskarżenia polecenia do sądu administracyjnego⁵³.

⁴⁸ O tym, iż relacja między centralnymi organami administracji rządowej a organami naczelnymi jest kierownictwem, jednoznacznie wypowiadają się: J. Jeżewski, op. cit., s. 109, który stwierdza, że używane przez ustawodawcę pojęcie nadzoru jest terminem bez treści prawnej; A. Pakuła, *Relacje między centralnymi a naczelnymi organami administracji rządowej*, [w:] *Prawo CCXCV. Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej*, red. A. Błaś, K. Nowacki, Wrocław 2005, s. 324 i n.; podobnie M. Przybylska, *Pozycja ustrojowa i funkcje organów regulacyjnych*, Toruń 2012, s. 137, dochodzi do wniosku, że relacja między organami naczelnymi a organami regulacyjnymi to nadzór hierarchiczny; także M. Swora, *Organ...*, s. 970, zauważa kierowniczy charakter poleceń i wytycznych. Natomiast inni autorzy pomimo dostrzegania możliwości wydawania poleceń i wytycznych utrzymują, iż organy regulacyjne łączy z organami naczelnymi stosunek nadzoru: S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1140.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 roku o wojewodzie i administracji rządowej w województwie, Dz.U. 2009 nr 31 poz. 206 ze zm., „Prezes Rady Ministrów kieruje działalnością wojewody, w szczególności wydając w tym zakresie wytyczne i polecenia, żądając przekazania sprawozdań z działalności wojewody oraz dokonując okresowej oceny jego pracy”. Jak widać, współcześnie także i sam ustawodawca klasyfikuje polecenia i wytyczne jako środki służące kierowaniu organem podległym.

⁴⁹ A. Adamczyk, op. cit., s. 230; P. Ruczkowski, op. cit., s. 121 i n.

⁵⁰ P. Ruczkowski, *Polecenie służbowe jako prawna forma działania administracji w stosunkach służbowych*, [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej* 2011, s. 331.

⁵¹ Zob. art. 3 § 3 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168 ze zm., zgodnie z którym przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego nie stosuje się do nadrzędności i podległości organizacyjnej w stosunkach między organami państwowymi i innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi.

⁵² J. Łętowski, *Polecenie służbowe w administracji*, Warszawa 1972, s. 134.

⁵³ Zob. art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. 2002 nr 153 poz. 1270 ze zm., które to

Podobnie jak polecenia służbowe, także i wytyczne są narzędziem szybkiego i mało skrupowanego oddziaływania na podmioty podporządkowane, o rzeczowo nieograniczonym zakresie obowiązywania, o ile takowego nie wprowadzają stosowne przepisy⁵⁴. Wytyczne różnią się od poleceń służbowych tym, iż nie dotyczą konkretnych sytuacji, ale zawierają raczej ogólne dyrektywy dotyczące postępowania organu podporządkowanego w zakresie wykonywanych zadań. Mogą one przykładowo determinować sposób interpretacji przepisów prawnych⁵⁵.

W odniesieniu do przepisów uprawniających organy naczelne do wydawania poleceń i wytycznych organom regulacyjnym, nasuwają się następujące uwagi. W przypadku ministra do spraw łączności należy uznać, że na podstawie art. 34a ustawy o Radzie Ministrów, może on wydawać polecenia i wytyczne wiążące Prezesa UKE jedynie w celu dostosowania zasad i kierunków jego działania do polityki Rady Ministrów. Natomiast ograniczenia takiego nie przewiduje art. 33b ust. 1 ustawy o działach administracji rządowej, który upoważnia Prezesa RM do wydawania poleceń i wytycznych Prezesowi URE. A zatem Prezes RM może wydawać polecenia i wytyczne w każdym celu, który jego zdaniem będzie wymagał stosownej ingerencji kierowniczej.

Pewnym ograniczeniem w wydawaniu wytycznych i poleceń jest rozwiązanie prawne wskazujące, iż instrumenty te „nie mogą dotyczyć rozstrzygnięć co do istoty sprawy załatwianej w drodze decyzji administracyjnej”, co wynika z art. 34a ust. 2 ustawy o Radzie Ministrów oraz art. 33b ust. 2 ustawy o działach administracji rządowej. O ile można sobie wyobrazić, że organ naczelny powstrzyma się od bezpośredniego nakazywania bądź wytyczania kierunku rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, o tyle trudno byłoby zgodzić się z twierdzeniem, że polecenia i wytyczne nie będą pośrednio wpływać na to, jak kierowany organ będzie konkretyzował przepisy materialnego prawa administracyjnego w bliżej nieokreślonych sprawach w przyszłości. Innymi słowy, mogą one pośrednio wpływać na działalność orzeczniczą organów administracyjnych, a w dłuższej perspektywie przyczynić się chociażby do powstania określonej linii orzeczniczej, będącej zgodną z zamysłem Rady Ministrów. Zresztą brak takiego pośredniego wpływu

przepisy w omawianej materii stanowią, iż sądy administracyjne nie są właściwe w sprawach wynikających z nadrzędności i podległości organizacyjnej w stosunkach między organami administracji publicznej oraz w sprawach wynikających z podległości służbowej między przełożonymi i podwładnymi.

⁵⁴ W. Hoff, *Wytyczne w prawie administracyjnym*, Warszawa 1987, s. 22, 28, 33–34.

⁵⁵ J. Starościak, *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego. Tom I*, red. J. Starościak, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1977, s. 120 i n.; szerzej o treści wytycznych: W. Hoff, *Wytyczne...*, s. 74 i n.

właściwie pozbawiałby polecenia i wytyczne sensu⁵⁶. Poza powyższym ograniczeniem przepisy nie wskazują żadnych innych limitacji dla organów naczelnych w wydawaniu poleceń i wytycznych. Zatem mogą one wkraczać przy pomocy tych narzędzi w cały przedmiotowy zakres działalności podległych organów⁵⁷.

Co się tyczy strony formalnej wydawanych poleceń i wytycznych, to jedynie ustawa o Radzie Ministrów ogranicza swobodę ministra, w taki sposób, iż wytyczne i polecenia wydane ustnie wymagają potwierdzenia na piśmie (art. 34a ust. 2 tej ustawy). Natomiast swoboda Prezesa Rady Ministrów nie została skreślona w żaden sposób, dlatego też może on wydawać polecenia i wytyczne w każdej formie, także ustnie, bez żadnego pisemnego potwierdzenia.

Wydawane przez organy naczelne polecenia i wytyczne mogą prowadzić do ingerencji w chronioną prawem unijnym niezależność organu regulacyjnego. W tym zakresie przepisy umożliwiające ich wydawanie są sprzeczne z unijnymi dyrektywami regulacji sektorowej⁵⁸. Dlatego też przy interpretacji tych przepisów należałoby odwołać się do doktryny pośredniego skutku dyrektyw unijnych, zgodnie z którą każdy organ stosujący prawo krajowe ma obowiązek interpretować przepisy tego prawa w świetle relewantnych dyrektyw adresowanych do państw członkowskich, w taki sposób, aby cele dyrektyw mogły zostać osiągnięte, a ewentualna sprzeczność interpretacyjna pomiędzy prawem krajowym a dyrektywą została rozstrzygnięta na korzyść tej ostatniej. Interpretacja w zgodzie z dyrektywami powinna znaleźć zastosowanie nie tylko do przepisów ustanowionych w celu implementacji dyrektywy, ale do krajowego systemu prawnego jako całości⁵⁹. Stosując te wspomniane wyżej mechanizmy, organy naczelne

⁵⁶ Jak zauważył W. Hoff, samodzielność organów, które muszą działać według wytycznych, jest złudna, jako że ten środek prawny kształtuje materialną treść decyzji kierowanego organu, w efekcie czego, to organy nadrzędne stają się w rzeczywistości organami podejmującymi decyzje: W. Hoff, *Wytyczne...*, s. 148. Także A. Chełmoński uważał, że wytyczne, które wskazują, w jakim kierunku ma działać ich adresat i określają materialną treść jego decyzji, powodują w efekcie, iż to organ nadrzędny, całkowicie lub częściowo, zastępuje organ podległy w podjęciu materialnego aktu woli stanowiącego treść decyzji: A. Chełmoński, *Funkcja prawna wytycznych w gospodarce państwowej*, [w:] *Prawo LXXVIII*, red. A. Lesław, K. Jandy-Jendrośka, Wrocław 1978, s. 35–36 i n. Z kolei J. Filippek wskazuje, że „polecenie służbowe może kształtować kierunek działania administracji przy wydawaniu niezliczonej ilości aktów zewnętrznych”: J. Filippek, *Prawna regulacja wewnętrznej sfery działania administracji państwowej*, [w:] *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego* nr 83, 1979, s. 15.

⁵⁷ Por. S. Piątek, op. cit., s. 1139 i n.; M. Przybylska, op. cit., s. 140–141.

⁵⁸ Por. I. Kawka, *National regulatory authority in telecommunications*, [w:] *Telecommunications Regulation in Poland*, red. S. Piątek, Warsaw 2013, s. 46; S. Piątek, op. cit., s. 1139 i n.; M. Swora, *Organ...*, s. 970.

⁵⁹ D. Chalmers, G. T. Davies, G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge 2010, s. 294 i n.; P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materi-*

powinny wstrzymać się od wydawania poleceń i wytycznych w zakresie, w jakim dotyczyłyby one działalności regulacyjnej Prezesa URE i Prezesa UKE, która to działalność powinna być wykonywana w sposób niezależny, tak jak to zostało opisane w części pierwszej opracowania.

Niezwyczajnie istotną kwestią jest to, czy niezastosowanie się organu regulacyjnego do polecenia (bądź też działanie wbrew wytycznym) organów naczelnych może być odczytywane jako „rażące naruszenie prawa” w rozumieniu art. 21 ust. 2m pkt 1 pr. energ. oraz art. 190 ust. 4a pkt 1 pr. telekom., uzasadniające odwołanie organu regulacyjnego ze stanowiska przed upływem kadencji.

Należałoby rozpatrzyć tutaj dwie kategorie takich przypadków. Pierwsza z nich odnosi się do sytuacji, w której organ regulacyjny działał wbrew poleceniu lub wytycznym naruszającym jego niezależność. Skoro z punktu widzenia prawa unijnego wydawanie jakichkolwiek instrukcji ingerujących w działalność regulacyjną KOR jest niedopuszczalne, nie może być mowy, aby organ regulacyjny został w takich przypadkach odwołany z urzędu. Jednak wysoce problematyczna wydaje się sytuacja, w której polecenie lub wytyczne nie byłyby związane z działalnością regulacyjną i przynajmniej bezpośrednio nie godziłyby w niezależność organu regulacyjnego. Warto wspomnieć, że aktualny stan prawny sprzyja konfliktom pomiędzy organami naczelnymi a organami regulacyjnymi, bo podmioty te mogą mieć przecież inne zdanie co do tego, czy wspomniane akty kierownictwa ingerują w chronioną prawnie niezależność organu regulacyjnego, czy też nie, a brak jest jakiegokolwiek sformalizowanego postępowania, które mogłoby służyć rozstrzygnięciu takiego konfliktu.

W przekonaniu autora odwołanie organu regulacyjnego w związku z niewykonaniem polecenia lub działaniem wbrew wytycznym byłoby sprzeczne z celem prawa unijnego. Dyrektywy unijne chronią organy regulacyjne przed odwołaniem z urzędu w trakcie kadencji w taki sposób, iż możliwość odwołania powinna być dopuszczalna tylko w enumeratywnie wyliczonych przypadkach, z góry znanych organowi regulacyjnemu⁶⁰. Celem dyrektyw jest stworzenie

als, Oxford 2011, s. 200 i n.; P. J. G. Kapteyn, *Interpretation in Conformity with a Directive (Duty of Consistent Interpretation)*, [w:] *The Law of the European Union and the European Communities*, red. P. J. G. Kapteyn, A. M. McDonnell, K. J. M. Mortelmans, C. W. A. Timmermans, Alphen aan den Rijn 2008, s. 529 i n.; wyrok TSUE z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie C-14/83, Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zbiór Orzeczeń 1984 01891, akapit 26; wyrok TSUE z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89, Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zbiór Orzeczeń 1990 I-04135, akapit 8; wyrok TSUE z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-397/01, Bernhard Pfeiffer i inni przeciwko Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV., Zbiór Orzeczeń 2004 I-08835, akapity 110–116.

⁶⁰ Zob. część pierwszą niniejszego opracowania w zakresie niezależności perso-

organom regulacyjnym takiej sytuacji prawnej, w której mogą one ocenić następującą kwestię: zaistnienie jakich okoliczności spowoduje przedterminowe odwołanie ze stanowiska. Chodzi przy tym o to, aby te okoliczności były jasno i precyzyjnie sformułowane i nie stwarzały niepewności prawnej.

Mając powyższe na uwadze, wypada wspomnieć, że już samo pojęcie „rażącego naruszenia prawa” nie jest pojęciem precyzyjnym i może być interpretowane na różne sposoby⁶¹. Jeżeli dodać do tego możliwość wydania polecenia lub wytycznych, których treść nie jest prawnie zdeterminowana i które mogą być wydawane w zasadzie bez żadnych wymagań formalnych (a więc np. w formie ustnej w przypadku Prezesa RM), to wydaje się, że możliwość takiego odwołania byłaby sprzeczna z celem dyrektyw, jakim jest zapewnienie organom regulacyjnym gwarancji przed nieuzasadnionym odwołaniem z urzędu. Dopuszczalność odwołania z powodu działania wbrew poleceniom lub wytycznym mogłaby doprowadzić do tego, iż organ regulacyjny bezkrytycznie stosowałby się do wszystkich tego typu instrumentów, nie zważając już uwagi na to, czy wydane polecenia lub wytyczne wkraczają w zakres jego niezależności chronionej prawem unijnym, czy też nie, a czyniłby to w obawie przed odwołaniem z urzędu. Prowadziłoby to do niczym nieskrępowanego sterowania organem regulacyjnym przez władzę wykonawczą, wobec której niezależność organu regulacyjnego jest przecież szczególnie podkreślana zwłaszcza przez dyrektywy sektora energetycznego⁶².

Kolejnym ze wspomnianych wyżej uprawnień, jakie służą organom naczelnym (Prezesowi RM, właściwemu ministrowi) wobec polskich organów regulacyjnych, jest nadawanie statutów urzędom, przy pomocy których organy regulacyjne wypełniają powierzone im zadania⁶³. Zarówno minister właściwy do spraw łączności, jak i Prezes RM nadają statuty, odpowiednio, Urzędowi Komunikacji Elektronicznej oraz Urzędowi Regulacji Energetyki, w drodze zarządzenia. Konstytucja RP dokonała dychotomicznego podziału źródeł prawa na źródła prawa powszechnie obowiązującego oraz źródła prawa wewnętrznego i to właśnie do tych ostatnich należą wspomniane zarządzenia organów naczelnych⁶⁴. Zasadni-

nalnej KOR.

⁶¹ Por. S. Piątek, op. cit., s. 1154.

⁶² Zob. pkt 33 preambuły dyrektywy 2009/72/WE i pkt 29 preambuły dyrektywy 2009/73/WE.

⁶³ Szerzej o urzędach organów regulacyjnych: M. Przybylska, op. cit., s. 167 i n.

⁶⁴ Szerzej na temat prawa wewnętrznego: A. Bałaban, *Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 95 i n.; A. Bień-Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Toruń 2013, *passim*; W. Płowiec, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*, Poznań 2006, *passim*; P. Ruczkowski, *Koncepcja...*, *passim*.

czym przepisem odnoszącym się do źródeł prawa wewnętrznego jest art. 93 Konstytucji RP. Według tego przepisu, „Uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i ministrów mają charakter wewnętrzny i obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty” (art. 93 ust. 1 Konstytucji RP). Należałoby zatem ustalić, czym jest podległość organizacyjna będąca konieczną przesłanką związania aktami prawa wewnętrznego adresatów tychże źródeł norm prawnych. Związanie aktami prawa wewnętrznego podmiotów spoza określonego układu wewnętrznego, czyli takich, które nie są podległe organizacyjnie podmiotowi wydającemu wewnętrzny akt prawny byłoby sprzeczne z Konstytucją RP.

Pojęcie podległości organizacyjnej w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji RP zostanie ustalone w oparciu o orzecznictwo TK. Analiza tego orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż podległość organizacyjną można rozumieć szeroko jako obejmującą:

- a) hierarchiczne podporządkowanie w rozumieniu prawa administracyjnego⁶⁵;
- b) więź ustrojowo-prawną, „w której podmioty organizacyjnie nadrzędne mogą ingerować w przedmiotowo i konstytucyjnie określonym zakresie, w działania podmiotów podporządkowanych w każdej ich fazie i w zakresie, za pomocą dowolnie dobranych dla danej sytuacji środków”. W tym wypadku TK uznał, iż taka więź istnieje pomiędzy Najwyższą Izbą Kontroli oraz Sejmem i wyraża się w art. 202 ust. 2 Konstytucji RP, który stanowi, iż Najwyższa Izba Kontroli podlega Sejmowi⁶⁶;
- c) podległość funkcjonalną, której istota wyrażałaby się w tym, iż dany organ, ze względu na konstytucyjnie określone zadania publiczne, mógłby stanowić prawo wewnętrzne wobec podmiotów samodzielnych i formalnie niezależnych, w celu wykonania tychże właśnie konstytucyjnych zadań publicznych. Przy czym TK ograniczył tego typu uzasadnienie wydawania aktów prawa wewnętrznego tylko do kazusu Narodowego Banku Polskiego w stosunku do banków komercyjnych⁶⁷.

⁶⁵ Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000 nr 5 poz. 141, pkt 4 uzasadnienia.

⁶⁶ Wyrok TK z dnia 1 grudnia 1998 r., K 21/98, OTK 1998 nr 7 poz. 116, pkt 2 uzasadnienia.

⁶⁷ Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000 nr 5 poz. 141, pkt 4 uzasadnienia.

W świetle powyższego można by uznać, że ustawodawca zwykły naruszył postanowienia Konstytucji RP, jeżeli przyjmiemy założenie, że pomiędzy organami regulacyjnymi oraz ich urzędami a organami naczelnymi nie istnieje więź, która może być zakwalifikowana do jednego z powyższych typów podległości organizacyjnej. Alternatywnie, można by uznać, że pomiędzy organami regulacyjnymi oraz ich urzędami a organami naczelnymi istnieje jeden z typów więzi wskazanych powyżej i tym samym możliwość nadawania statutów urzędowi organów regulacyjnych jest konstytucyjnie uzasadniona. W przekonaniu autora, zasadne jest przyjęcie tego drugiego poglądu. Nadawanie statutów przez organ naczelny jest wyrazem kierownictwa tego organu nad organem podległym. Potwierdza to funkcjonowanie organów regulacyjnych w ramach hierarchicznego podporządkowania.

Warto przywołać także wypowiedzi TK na temat nadawania statutu biuru Rzecznika Praw Obywatelskich, będącemu organem niezależnym od innych organów państwowych (art. 210 Konstytucji RP), przez Marszałka Sejmu. Rzecznik wykonuje swoje zadania przy pomocy biura (art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 roku o Rzeczniku Praw Obywatelskich⁶⁸). W wyroku z dnia 19 października 2010 roku TK stwierdził, że „Biuro stanowi profesjonalny urzędniczy aparat pracy Rzecznika, pozbawiony samoistności prawnej i ustrojowej, a więc trzeba je uznać za podmiot zależny, usytuowany przy konstytucyjnym organie państwa, którego zadaniem jest zapewnienie wieloaspektowej «obsługi» Rzecznika w zakresie wykonywanych przezeń obowiązków”⁶⁹. Zgadzając się z poglądem, że nadanie statutu biuru Rzecznika Praw Obywatelskich wpływa bezpośrednio na sytuację tego organu, TK wypowiedział się, iż „żaden organ państwa, a więc również Rzecznik, nie mógłby właściwie wypełniać konstytucyjnych obowiązków, będąc pozbawionym fachowego zaplecza (biura, kancelarii). Na należyte wykonywanie tych obowiązków zasadniczy wpływ ma nie tylko istnienie, ale i odpowiednia organizacja owego zaplecza. Innymi słowy, determinowany postanowieniami statutu kształt organizacyjny Biura ma realny wpływ na sprawność działania Rzecznika [...] Skoro Rzecznik jest organem niezależnym, a na należyte wykonywanie przezeń obowiązków zasadniczy wpływ ma istnienie i właściwa organizacja fachowego zaplecza, to uznać trzeba, że to właśnie sam Rzecznik winien dysponować szeroką swobodą (co nie musi oznaczać dowolności) ukształtowania struktury oraz trybu pracy podległego mu aparatu urzędniczego. Nie ulega kwestii, że konstytucyjnie zadekretowana niezależność Rzecznika zakazuje ustawodawcy ustanawiania takich więzów strukturalnych

⁶⁸ Dz.U. 1987 nr 21 poz. 123 ze zm.

⁶⁹ Wyrok TK z dnia 19 października 2010 r., K 35/09, OTK-A 2010 nr 8 poz. 77, pkt 4 uzasadnienia.

i funkcjonalnych, które mogłyby uzależnić Rzecznika od innych organów władzy publicznej”⁷⁰.

Z kolei konstytucyjna pozycja Rady Ministrów jako organu stojącego na czele administracji rządowej z pewnością pozwala ustawodawcy na konstruowanie więzi, które mogą uzależnić organy regulacyjne od organów naczelnych. Jednak rzecz w tym, że nie jest to do pogodzenia z wzorcem niezależności KOR w prawie unijnym. Prawdą jest, że adresatami statutów są urzędy tych organów, a nie same organy regulacyjne, ale tak ustanowiona relacja, wpływa także na działalność organów regulacyjnych. Jak już była o tym mowa, państwo członkowskie zobowiązane jest zapewnić organom regulacyjnym odpowiednie zasoby finansowe i ludzkie do prowadzenia ich działalności. Częścią tych zasobów jest m.in. urząd zapewniający obsługę organu regulacyjnego. Organ regulacyjny, który powinien prowadzić swoją działalność w sposób niezależny, jest najlepiej poinformowany, w jaki sposób owe zasoby w postaci urzędu powinny zostać zorganizowane. Zabranie takiej swobody organowi regulacyjnemu może spowodować, iż nie będzie on w stanie optymalnie wykorzystać powierzonych mu zasobów, w efekcie czego mogą one zostać zmarnowane⁷¹. Z tego względu nadawanie statutów urzędom organów regulacyjnych przez Prezesa RM oraz właściwego ministra jest sprzeczne z unijnym wzorcem niezależności KOR⁷².

4. Proponowane zmiany w polskim i unijnym porządku prawnym

Jak wykazała dokonana analiza, pozycja ustrojowa polskich organów regulacyjnych stwarza wiele możliwości do naruszania ich chronionego prawem unijnym obszaru niezależności. Wobec tego autor postuluje przeprowadzenie zmian w zakresie statusu ustrojowo-prawnego tych organów. Polskie organy regulacyjne powinny zostać wyłączone ze struktur administracji rządowej i stać się centralnymi organami administracji państwowej, a podmiotem, z którym łączyłaby je określona więź ustrojowa, byłby parlament. Wiąż ta polegałaby na tym, iż to parlament mógłby powoływać i odwoływać organy regulacyjne i to właśnie w stosunku do władzy ustawodawczej organy regulacyjne wykonywałyby obowiązki związane z realizacją ich odpowiedzialności (np. składanie informacji o prowadzonej działalności). Zasadne byłoby pozostawienie formy otwartego i konkurencyjnego naboru na stanowisko organów regulacyjnych. Ponadto

⁷⁰ Ibidem, pkt 5.2 uzasadnienia.

⁷¹ M. Szydło, *Krajowy...*, s. 96–97.

⁷² Por. M. Swora, *Organ...*, s. 976.

ogólne wytyczne polityki rządu w rozumieniu dyrektyw energetycznych powinny być raczej uchwalane w formie aktu prawa powszechnie obowiązującego, a nie aktu prawa wewnętrznego.

Postulat powiązania polskich organów regulacyjnych z parlamentem był już wcześniej wysuwany w literaturze regulacji sektorowej⁷³. W świetle tendencji unijnych zmierzających do zwiększenia niezależności politycznej KOR wydaje się, iż jest to odpowiedni czas na rozważenie proponowanych zmian. Zasadniczym argumentem przemawiającym za postulowanymi reformami jest konieczność dostosowania statusu ustrojowego organów regulacyjnych do wymagań prawodawcy unijnego. Zaproponowana powyżej rekonstrukcja przepisów, na bazie których działają polskie organy regulacyjne byłaby zgodna z unijnym wzorcem niezależności KOR.

Przechodząc na grunt prawa unijnego, warto zauważyć, że wraz z ewolucją niezależności politycznej KOR postępuje także coraz większe ograniczenie autonomii instytucjonalnej państw członkowskich⁷⁴. Państwa te muszą wprowadzać do swojego prawa ustrojowego nieznane im dotąd struktury organów mających szerokie uprawnienia dyskrecyjne⁷⁵. Z jednej strony zasadność ochrony niezależności politycznej KOR znajduje uzasadnienie w praktyce, co potwierdza powołany już w niniejszym opracowaniu wyrok TSUE w sprawie C-424/07 Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, w którym stwierdzone zostało naruszenie dyrektywy 2002/21/WE polegające na ograniczeniu uprawnień dyskrecyjnych organu regulacyjnego przez ustawodawcę niemieckiego⁷⁶. To naruszenie autonomii decyzyjnej zostało dokonane za pomocą ustawowego aktu prawnego, tzn. poprzez nowelizację niemieckiego prawa telekomunikacyjnego. Jak się okazało, zmiana ustawodawstwa niemieckiego służyć miała faworyzowaniu zasiedziałego operatora *Deutsche Telecom*⁷⁷. Jak więc widać, ochrona KOR nawet przed krajowymi ustawodawcami jest, w niektórych przypadkach, uzasadniona.

Jednak z drugiej strony daleko idąca ochrona niezależności może czasami doprowadzić do sytuacji, w której państwo członkowskie będzie całkowicie

⁷³ M. Nowacki, *Zakres niezależności prezesa URE. Uwagi de lege lata i de lege ferenda w świetle wspólnotowych i polskich regulacji prawnych*, [w:] *Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki* nr 1, 2009, s. 8; B. Nowak, *op. cit.*, s. 127; M. Swora, *Organ...*, s. 973.

⁷⁴ S. Lavrijssen, A. Ottow, *The Legality...*, s. 95 i n.

⁷⁵ Szerzej na temat uprawnień dyskrecyjnych KOR: M. Szydło, *Independent...*, s. 797 i n.

⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 3 grudnia 2009 r. Komisja Europejska przeciwko Republice Federalnej Niemiec, C-424/07, *Zbiór Orzeczeń* 2009 I-11431.

⁷⁷ S. Lavrijssen, A. Ottow, *Independent...*, s. 432; M. Szydło, *Krajowy...*, s. 247, przypis nr 265.

sparalizowane, w takim sensie, iż niezależność organów stosujących prawo krajowe implementujące unijne prawo wtórne będzie uniemożliwiała dokonanie zmian legislacyjnych w systemie prawnym państwa, w którym organy te funkcjonują. Sztandarowym tego przykładem wydaje się być niedawno zapadłe orzeczenie dotyczące organów ochrony danych osobowych w sprawie C-288/12 Komisja Europejska przeciwko Węgrom⁷⁸. Sprawa ta wiąże się z wejściem w życie nowej konstytucji państwa węgierskiego i ustawy dotyczącej ochrony danych osobowych, która to ustawa wprowadziła nowy model organu ochrony danych osobowych, zastępując model poprzedni. Na mocy przepisów przejściowych uchwalonych przez parlament węgierski, a będących częścią nowej ustawy zasadniczej, kadencja organu ochrony danych osobowych, działającego jeszcze na bazie starego modelu, została zakończona⁷⁹. Rzecz w tym, że zakończenie tej kadencji nie zostało zsynchronizowane z punktem upływu okresu kadencji, na jaką został powołany organ ochrony danych osobowych. Innymi słowy, pełniący swoje funkcje organ został odwołany ze stanowiska przed upływem pełnego okresu kadencji, na jaką został powołany, ale nie na podstawie przepisów węgierskich przewidujących okoliczności, które uzasadniają przedterminowe odwołanie, lecz na bazie nowych przepisów konstytucyjnych oraz ustawy wprowadzającej zmianę instytucjonalną organów ochrony danych osobowych.

W swojej opinii rzecznik generalny M. Wathelet stwierdził, iż „przekształcenia instytucjonalne, nawet w drodze ustaw konstytucyjnych, nie mogą naruszać skuteczności (*effet utile*) nadrzędnego obowiązku wynikającego z prawa Unii i dotyczącego gwarancji «całkowitej niezależności» [organu ochrony danych osobowych – przyp. K. R.], przy czym nadrzędność prawa Unii ma zastosowanie bez względu na rangę przedmiotowej normy krajowej”⁸⁰. Tę argumentację podzielił TSUE uznając, iż Węgry naruszyły przepisy dyrektywy 95/46/WE w zakresie niezależności organu nadzorczego, wskutek tego, iż skróciły jego kadencję w sposób nieprzewidziany prawem. Tym samym TSUE zakwalifikował skrócenie kadencji tego organu poprzez zmianę modelu instytucjonalnego jako mogącą mieć znamiona politycznego nacisku na organ ochrony danych osobowych⁸¹. Jak argumentował TSUE, „Prawdą jest, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie przyjmowania i dokonywania zmian modelu instytucjonalnego,

⁷⁸ Wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie C-288/12, Komisja Europejska przeciwko Węgrom, nieopublikowany.

⁷⁹ Ibidem., akapity 12–19.

⁸⁰ Opinia rzecznika generalnego Melchiora Watheleta przedstawiona w dniu 10 grudnia 2013 r. w sprawie C-288/12, Komisja Europejska przeciwko Węgrom.

⁸¹ Wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie C-288/12, Komisja Europejska przeciwko Węgrom, nieopublikowany, akapity 53–65.

który uważają za najlepiej dostosowany dla organów nadzorczych. Jednakże państwa te powinny dbać w tych ramach o to, by nie naruszać niezależności organu nadzorczego wynikającej z art. 28 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 95/46, z czym wiąże się obowiązek poszanowania kadencji owego organu zgodnie ze stwierdzeniami zawartymi w pkt 54 niniejszego wyroku”⁸².

Aktualnie w nauce prawa UE toczy się ożywiony dyskurs na temat tego, jak daleko sięga zasada prymatu prawa unijnego. Zgodnie z art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej⁸³, „Unia szanuje równość Państw Członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego”. Nie jest jeszcze jasne, jak należałoby odczytywać ten przepis i jakie mógłby on mieć zastosowanie w praktyce, ale jedną z możliwości wydaje się odmowa stosowania prawa UE, w przypadku naruszenia tożsamości narodowej państwa członkowskiego⁸⁴.

W literaturze nie brak głosów, że relacja pomiędzy rządem a organami administracji, która doznaje zasadniczych zmian pod wpływem koncepcji niezależnych organów administracyjnych w prawie UE, może kwalifikować się jako fundamentalna struktura pozostająca w zakresie tożsamości narodowej w rozumieniu art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej – w niektórych przynajmniej państwach⁸⁵. Dlatego też nie jest tak, iż prawodawca unijny może forsować przy pomocy prawa unijnego jakiejkolwiek instytucje prawne, nie zważając przy tym na przepisy ustaw zasadniczych państw członkowskich. Odnosząc się do prawa polskiego, to urzeczywistnienie niezależności politycznej polskich organów regulacyjnych w takim zakresie, jaki wymagany jest *de lege lata* przez unijne prawo

⁸² Ibidem., akapit 60.

⁸³ Dz.U. C 326 z 26/10/2012, s. 13 (wersja skonsolidowana).

⁸⁴ Zob. L. F. M. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, [w:] *Utrecht Law Review* t. 6, nr 3, 2010, s. 36 i n.; A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, [w:] *Common Market Law Review* t. 48, nr 5, 2011, s. 1417 i n.; K. Kowalik-Bańczyk, *Tożsamość narodowa – dopuszczalny wyjątek od zasady prymatu?*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, red. S. Dudzik, N. Półtorak, Warszawa 2014, s. 29 i n.; K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, [w:] *Przegląd Sejmowy* nr 4, 2010, s. 9 i n. Także i TK dostrzegł już w swoim orzecznictwie wspomniany przepis w wyroku z dnia 24 listopada 2010 r., K 32/09, OTK-A 2010 nr 9, poz. 108.

⁸⁵ A. Balthasar, *‘Complete Independence’ of National Data Protection Supervisory Authorities – Second Try: Comments on the Judgment of the CJEU of 16 October 2012, C-614/10 (European Commission v. Austria), with Due Regard to its Previous Judgment of 9 March 2010, C-518/07 (European Commission v. Germany)*, [w:] *Utrecht Law Review* t. 9 nr 3, 2013, s. 32, przypis nr 38.

regulacji sektorowej, nie byłoby sprzeczne z Konstytucją RP⁸⁶. Najlepszym tego potwierdzeniem jest funkcjonowanie Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, co do którego statusu nie podnosi się żadnych zastrzeżeń odnośnie zgodności z Konstytucją RP. Zrównanie pozycji organów regulacyjnych z pozycją polskiego organu ochrony danych osobowych w pełni realizowałoby założenia unijnego wzorca niezależności KOR⁸⁷.

W przekonaniu autora koncepcja niezależności politycznej KOR przyjęta w prawie unijnym zasługuje na uznanie. Wydaje się jednak, że można by zaproponować w tym zakresie kilka zmian *de lege ferenda*. Należałoby postulować doprecyzowanie przepisów o niezależności KOR, np. odnośnie dozwolonych środków nadzoru nad organami regulacyjnymi. Wskazane byłoby także ujednolicenie zakresu niezależności politycznej we wszystkich sektorach sieciowych normowanych przez dyrektywy unijne⁸⁸. Obszarem, w którym można by dokonać większych zmian, jest zakres uprawnień dyskrejonalnych KOR. Chodzi tutaj o rozstrzygnięcie kwestii, gdzie kończy się podejmowanie decyzji o charakterze politycznym, a gdzie rozpoczyna implementacja polityki i wprowadzanie

⁸⁶ Funkcjonowanie niezależnych organów regulacyjnych jest również zgodne z ustawą zasadniczą Belgii, co stwierdził belgijski sąd konstytucyjny: S. De Somer, op. cit., s. 98 i n.

⁸⁷ O ile nie zgłasza się wątpliwości w zakresie zgodności statusu Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z Konstytucją RP, o tyle istnieją wątpliwości co do pozycji tego organu w strukturze administracji publicznej. Zob. M. Kawecki, *Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych jako centralny organ administracji państwowej*, [w:] *Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review* nr 1, 2013, s. 38 i n. Dlatego też wspomniane zrównanie pozycji polskich organów regulacyjnych z pozycją organu ochrony danych osobowych odnosi się do jego niezależności od rządu, która jest niewątpliwa, oraz jego więzi ustrojowej z parlamentem: E. Kulesza, *Pozycja i uprawnienia Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w świetle ustawy o ochronie danych osobowych. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Przegląd Sejmowy* t. 35 nr 6, 1999, s. 10.

⁸⁸ Co ciekawe, w literaturze zaobserwowano zjawisko konwergencji w zakresie poziomu niezależności różnych kategorii organów administracyjnych działających na bazie prawa UE. I tak, wzmacnianie niezależności jednej kategorii organów (niezależnych regulatorów w sektorach sieciowych) powoduje, że w coraz większym zakresie wymaga się niezależności od innej kategorii organów (krajowych organów ochrony danych osobowych). Znajduje to wyraz najpierw w orzecznictwie TSUE, a dalej transponowane jest już do konkretnych projektów aktów prawnych Komisji Europejskiej. W projekcie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych – COM/2012/011 final – zamieszczone zostały przepisy zapewniające organom ochrony danych osobowych niezależność w jeszcze szerszym zakresie niż KOR w sektorze energetycznym: M. Szydło, *Principles underlying independence of national data protection authorities: Commission v. Austria*, [w:] *Common Market Law Review* t. 50, nr 6, 2013, s. 1824 i n.

ustalonych w niej celów w życie⁸⁹. Szeroki zakres uprawnień dyskrejonalnych KOR powoduje, iż wiele decyzji podejmowanych przez te organy to *de facto* decyzje o charakterze politycznym i brak jest uzasadnienia, aby były one podejmowane przez organy regulacyjne⁹⁰. Na przykład lista celów regulacyjnych, do osiągnięcia których powinien przyczyniać się organ regulacyjny, nierzadko zawiera cele ze sobą sprzeczne, w takim sensie, że realizacja jednego z tych celów uniemożliwia jednocześnie zrealizowanie celu innego (np. ułatwianie dostępu do sieci dla nowych podmiotów i tym samym promowanie konkurencji oraz zachęcanie do inwestowania w infrastrukturę sieciową). Z tego względu autor niniejszego opracowania popiera postulaty, iż państwa członkowskie powinny mieć możliwość bardziej precyzyjnego ukształtowania zakresu uprawnień KOR, w szczególności poprzez doprecyzowanie klauzul generalnych, ukształtowanie mechanizmu wyważania sprzecznych ze sobą celów regulacyjnych zawartych w dyrektywach sektorowych, wskazanie, w jaki sposób cele te powinny być przez KOR realizowane, czy też wskazanie środków prawnych, jakie powinny zostać zastosowane w określonych typach sytuacji rynkowych⁹¹.

Przy czym owo doprecyzowanie mandatu KOR powinno odbywać się na takim poziomie generalności, aby uniemożliwić faworyzowanie konkretnych przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą w sektorach sieciowych. Jak długo, jak owe decyzje legislacyjne dotyczące zasad regulowania sektorów sieciowych nie prowadzą do sporów i kontrowersji pomiędzy regulowanymi przedsiębiorstwami, tak długo winny leżeć w sferze polityki prowadzonej przez państwo członkowskie. Po przekroczeniu tej granicy działania podejmować powinien już organ regulacyjny⁹². Wydaje się, że wprowadzenie takich zmian do unijnego prawa regulacji sektorowej mogłoby być odpowiednim remedium także w przypadku tych państw, które uznają daleko posuniętą niezależność KOR za wątpliwą z punktu widzenia ich konstytucji. Skoro bowiem zasadnicze decyzje polityczne dotyczące realizacji istotnych dla tych państw wartości byłyby w ich rękach, to być może w ramach kompromisu byłyby one gotowe zaakceptować niezależność polityczną KOR.

⁸⁹ Por. W. Smith, *Utility Regulators – Roles and Responsibilities*, [w:] *Viewpoint* Październik, 1997.

⁹⁰ M. Szydło, *Independent...*, s. 808. Por. T. Skoczny, *Ochrona...*, s. 19–20, który przywołuje przykład Niemiec i wskazuje, iż funkcjonowanie niezależnych organów administracyjnych jest tam uznawane za zgodne z konstytucją wtedy, gdy realizują one tzw. „jednowymiarowe zlecenie”, np. szczególny cel regulacyjny. Gdyby jednak organ realizował różne, w szczególności sprzeczne ze sobą cele, to jego decyzje miałyby charakter polityczny i wówczas wymagałyby legitymacji demokratycznej, a co za tym idzie, konstytucyjna niezależność organu administracyjnego nie wchodziłaby w rachubę.

⁹¹ M. Szydło, *Independent...*, s. 813 i n.

⁹² L. Hancher, P. Larouche, S. Lavrijssen, op. cit., s. 361–362.

Zakończenie

Głównymi aktorami w sektorach infrastrukturalnych państw członkowskich UE, obok przedsiębiorstw prowadzących tam działalność gospodarczą, są KOR. Kluczowym atrybutem efektywnego działania tych organów jest ich niezależność – tak od podmiotów regulowanego sektora, jak i od innych organów władzy publicznej. Prawodawca unijny zdecydował się przydzielić atrybut niezależności politycznej jedynie organom regulacyjnym sektorów łączności elektronicznej oraz energetycznego.

Analiza polskiego prawa ustrojowego stanowiącego fundament działalności organów regulacyjnych prowadzi do wniosku, iż prawo to nie gwarantuje tym organom niezależności w takim zakresie, w jakim wymaga jej unijny legislator. Polskie organy regulacyjne zostały hierarchicznie podporządkowane organom naczelnym – odpowiednim ministrom oraz Prezesowi RM. W ramach tego podporządkowania organy naczelne mogą wydawać organom regulacyjnym polecenia oraz wytyczne, a także ingerować w ich funkcjonowanie poprzez nadawanie statutów urzędom zapewniającym obsługę polskim regulatorom. Stwarza to zagrożenie dla niezależnego prowadzenia działalności regulacyjnej przez Prezesa UKE oraz Prezesa URE. Wobec tego autor postuluje *de lege ferenda* wyłączenie organów regulacyjnych ze struktur administracji rządowej oraz połączenie ich więzią ustrojową z parlamentem. W opinii autora także i na szczeblu unijnym należałoby rozważyć pewne zmiany legislacyjne. Zmiany te dotyczyłyby pośrednio niezależności politycznej KOR, polegając na przeniesieniu części uprawnień organów regulacyjnych, tj. podejmowania decyzji o charakterze politycznym, w sferę autonomii instytucjonalnej państw członkowskich UE. W sferze tej wspomniane uprawnienia mogłyby zostać dowolnie zagospodarowane przez państwa członkowskie, przykładowo poprzez przyjęcie stosownych aktów prawnych zawierających bardziej precyzyjne przepisy determinujące działalność organów regulacyjnych.

LIMITATIONS OF THE POLITICAL INDEPENDENCE OF POLISH REGULATORY AUTHORITIES IN LIGHT OF THE EU LAW

The aim of this article is to identify limitations of political independence of the Polish regulatory authorities. To that end the author presents the theoretical conception of political independence of regulatory authorities. Next, based on the EU directives in electronic communications and energy sectors, a standard of political independence of National Regulatory Authorities (NRAs) is established. Using such a standard the author examines Polish statutory provisions which may present a threat to the independence of regulatory authorities. The main thesis of the article is that the legal status of the Polish regulatory authorities does not guarantee the level of independence required by the EU legislator. Therefore, the author suggests that the Polish regulatory authorities be removed from the government administration and linked with the parliament. Lastly, the article discusses the current trend in the EU legal order to gradually widen the political independence of NRAs and the problems arising therefrom and makes *de lege ferenda* proposals in that sphere.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014
Warszawa 2014

Jerzy Rotko ■

WŁASNOŚĆ I ZARZĄD URZĄDZENIAMI WODNYMI W ORZECZNICTWIE SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH¹

Status prawnorzeczowy urządzeń wodnych, inaczej niż wód oraz gruntów pokrytych wodami², nie był dłuższy czas przedmiotem zainteresowania nauki prawa. Wątpliwości z nim związane pojawiły się w debacie prawniczej w zasadzie dopiero za sprawą orzecznictwa sądów administracyjnych na tle sporów pomiędzy podmiotami publicznymi o to, do kogo należy zarządzanie składnikami mienia Skarbu Państwa (dalej jako SP) służącymi gospodarce wodnej. Chodzi najczęściej o urządzenia wodne posadowione na gruncie przykrytym płynącą wodą powierzchniową. Poszukiwanie reguły, w oparciu o którą należy ustalić właściciela urządzenia wodnego, ma jednak szerszy wymiar. Problem ich statusu prawnorzeczowego nie ogranicza się bowiem tylko do mienia SP, lecz dotyczy wszystkich urządzeń, także prywatnych, bez względu na ich rodzaj i usytuowanie, a więc również takich, które wykonane zostały na gruntach niepokrytych wodą, przede wszystkim studni.

Zauważyć trzeba na wstępie, że ustawa – Prawo wodne zawiera w dziale I, zatytułowanym „Zasady ogólne”, rozbudowane wypowiedzi dotyczące własności

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego „Ochrona środowiska w działalności trybunałów i sądów”, nr 2012/07/B/HS5/03962, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

² Z nowszych pozycji zob. np. B. Rakoczy, *Własność wód w prawie polskim*, Przegląd Prawa Ochrony Środowiska nr 1/2013, s. 9 i n; M. Marszelewski, W. Marszelewski, *Problemy własności jezior w Polsce*, Przegląd Prawa Ochrony Środowiska nr 3/2013, s. 29 i n; R. Mikosz, *Prawa do wód*, [w:] *System prawa prywatnego, t. 4, Prawo rzeczowe*, E. Gniewek), II wydanie, Warszawa 2007, s. 923 i n.

wód oraz relacji własnościowych zachodzących pomiędzy wodami a gruntami pokrytymi wodą. W tej części ustawa nie odnosi się natomiast do własności urządzeń wodnych ani nie wyjaśnia zależności pomiędzy własnością gruntu a własnością urządzenia wodnego z tym gruntem związanego. Można by oczekiwać, iż kwestia ta zostanie wyraźnie uregulowana w sposób zgodny z podstawowymi zasadami prawa rzeczowego. Ponieważ woda nie jest rzeczą, więc racjonalne wydawać by się mogło założenie, że własność urządzeń wodnych trwale związanych z gruntem zostanie powiązana z własnością tego gruntu, a nie z własnością wody. Takiemu założeniu przeczą jednakże wnioski płynące z art. 139 ust. 2 ustawy – Prawo wodne (dział VI, rozdział 4), który przewiduje możliwość przejścia bez odszkodowania urządzeń wodnych na własność właściciela wody, a nie właściciela gruntu pokrytego wodą. Pomijając w tym miejscu wątpliwości związane z samą techniczno-prawną formą ustalenia wyjątku od zasady *superficies solo cedit* oraz pozbawieniem właściciela prawa do odszkodowania, twierdzić można, że rozwiązanie takie ma pewien walor praktyczny, gdyż posłużenie się odesłaniem do własności gruntu pokrytego wodą zamknęłoby drogę np. do przejścia studni.

Podkreślić w każdym bądź razie należy, że żaden przepis ustawy – Prawo wodne nie podejmuje wprost kwestii statusu prawnorzecznego urządzeń wodnych, natomiast art. 139 ust. 2 i 3 to jedyne unormowania ustawy, z których wyprowadzić można jakiegokolwiek wnioski z tym związane. Powstaje zatem pytanie: czy w odniesieniu do takich urządzeń znaleźć powinna zastosowanie reguła, w myśl której należą one do właściciela gruntu, albowiem stanowią część składową tego gruntu, czy też przyjąć należy, że mamy do czynienia z wyjątkiem od tej zasady. Sądy administracyjne opowiadają się za tym drugim wnioskiem i pogląd taki wydaje się trafny.

Wyjaśniając naturę tego wyjątku, zauważyć od razu należy, że urządzenia wodne nie mogą zostać uznane za odrębny od gruntu typ nieruchomości. W obowiązującym ustawodawstwie istnieją bowiem tylko trzy wyjątki od podstawowej reguły płynącej z art. 46 par. 1 KC, w myśl której nieruchomościami są zasadniczo grunty. Wyjątki te związane są z tzw. nieruchomościami budynkowymi. Chodzi o:

- a) odrębną własność budynku i jego części, który wzniesiony został na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste (art. 235 KC),
- b) odrębną własność budynku wzniesionego przez rolniczą spółdzielnię produkcyjną na gruncie państwowym oddanym w użytkowanie spółdzielni (art. 272 KC) oraz

- c) odrębną własność budynku wzniesionego przez rolniczą spółdzielnię produkcyjną na gruncie stanowiącym wkład gruntowy (art. 279 KC)³.

Urządzenia wodne, takie jak stopnie piętrzące, śluzy, sztuczne kanały itp., nie są jednak ani budynkami, ani częściami takich budynków, lecz trwale związanymi z gruntem urządzeniami, które należy zaliczyć do budowli w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane (do nielicznych wyjątków należeć będą co najwyżej budynki elektrowni). W związku z tym takie części składowe trzeba traktować, jak to zauważa E. Gniewek, z konieczności jako odrębne „rzeczy ruchome” (art. 48 KC), a nie jako odrębny typ nieruchomości⁴.

Przedmiotem podejmowanych tu rozważań będą w pierwszej kolejności argumenty, w oparciu o które sądy administracyjne sformułowały wniosek, iż urządzenia wodne mieszczą się w kręgu ustawowo dopuszczonych wyjątków od zasady *superficies solo cedit*. Poza tym poddane zostaną analizie zagadnienia wykonywania zarządu urządzeniami wodnymi. Przegląd orzecznictwa z tym związanego poprzedzony zostanie omówieniem najważniejszych rozstrzygnięć ustawy – Prawo wodne, stanowiących podstawowy punkt odniesienia.

1. Własność wody a własność gruntu pokrytego wodą

Na początek należy przypomnieć relacje zachodzące pomiędzy własnością wody powierzchniowej a własnością gruntu pod wodą. Zasady prawne, które zagadnienie to wyjaśniają, doświadczały zmian, są niejednolite i zależą od rodzaju wody oraz charakteru koryta wody płynącej.

W myśl art. 10 ust. 1a ustawy – Prawo wodne wyłączną własność SP stanowią wody morza terytorialnego, morskie wody wewnętrzne wraz z morskimi wodami wewnętrznymi Zatoki Gdańskiej, śródlądowe wody powierzchniowe płynące oraz wody podziemne. Pozostałe wody stanowić mogą własność także innych podmiotów (osób prawnych albo osób fizycznych – art. 10 ust. 1). W przypadku wód stojących oraz wód w rowach o ich własności rozstrzyga własność gruntu. W myśl art. 12 ust. 1 ustawy wody stojące oraz wody w rowach znajdujące się w granicach nieruchomości gruntowej stanowią własność właściciela tej nieruchomości. Wody takie można zatem uznać za część składową gruntu

³ Zob. E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2010, wyd. 8, s. 7.

⁴ Zob. *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 114 i n.

(z wyłączeniem wody podziemnej, która stanowi własność SP)⁵, choć przedstawiono także poglądy odmienne⁶.

W przypadku wód płynących funkcjonują w istocie dwie zasady określające relację ich własności do własności gruntu pokrytego taką wodą.

Pierwsza, przewidziana w art. 14 ust. 1, głosi, że grunty pokryte wodami powierzchniowymi (bez dookreślenia, o jakie wody chodzi) stanowią własność właściciela tych wód. W art. 9 ust. 1 pkt 4a znalazła się definicja „gruntów pokrytych wodami powierzchniowymi”, dodana do ustawy dopiero przepisami piętnastej noweli, to jest ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw⁷. W jej rozumieniu oznaczają one grunty tworzące dna i brzegi cieków naturalnych, jezior oraz innych naturalnych zbiorników wodnych, w granicach linii brzegu, a także grunty wchodzące w skład sztucznych zbiorników wodnych, stopni wodnych oraz jezior podpiętrzonych, które były pokryte wodami powierzchniowymi przed wykonaniem urządzeń piętrzących. Przepisami tej samej piętnastej noweli do art. 14 dodano także nowy ust. 1a, który definiuje zbliżone, ale nie identyczne pojęcie „gruntów pokrytych śródlądowymi wodami powierzchniowymi oraz morskimi wodami wewnętrznymi”. Zakres tego pojęcia jest szerszy w stosunku do definicji z art. 9 ust. 1 pkt 4a, gdyż obejmuje również morskie wody wewnętrzne, z drugiej zaś strony węższy, gdyż nie zawiera dopowiedzenia, że chodzi także o grunty wchodzące w skład sztucznych zbiorników wodnych, stopni wodnych oraz jezior podpiętrzonych, które były pokryte wodami powierzchniowymi przed wykonaniem urządzeń piętrzących. W każdym bądź razie grunty przykryte przez wody płynące, które mogą zostać zaliczone do cieków naturalnych, stanowią własność właściciela tych wód. Definicja cieków naturalnych została zamieszczona w art. 9 ust. 1 pkt 1c, dodanym do ustawy przepisami ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw⁸. W myśl tego przepisu

⁵ Pogląd taki ma zresztą długą tradycję. Zob. T. Dybowski, *Własność wód* [w:] *Zagadnienia cywilistyczne prawa wodnego*, Warszawa 1957, s. 131 i tam cyt. starsza lit. Zob. także E. Gniewek, *W kwestii statusu prawnorzecowego powierzchniowych wód płynących i współwystępujących elementów naturalnych środowiska wodnego*, Przegląd Prawa i Administracji, tom XXI, Wrocław 1990, s. 82 i n. i tam cyt. lit.; K. Stefaniuk, [w:] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, wydanie 3, Warszawa 2009, s. 72 i n.

⁶ Zob. R. Mikosz, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 4, Warszawa 2007, s. 930 i n., Nb 10, zdaniem którego woda stanowi odrębny od gruntu przedmiot stosunków prawnych i dotyczy to każdej wody, bez względu na jej rodzaj. Z tego też powodu brak podstaw, aby wody traktować jako części składowe nieruchomości gruntowej. Na rzecz takiej tezy przemawiają zdaniem Autora zarówno względy wykładni językowej, jak i systemowej.

⁷ Dz. U. Nr 130, poz. 1087.

⁸ Dz. U. Nr 32, poz. 159.

cieki naturalne to rzeki, strugi, strumienie i potoki oraz inne wody płynące w sposób ciągły lub okresowy, naturalnymi lub uregulowanymi korytami.

Drugą zasadę, określającą relację pomiędzy własnością wody powierzchniowej a własnością gruntu pod wodą, uzyskujemy jako wynik wyłączeń, wynikających z dodanej do ustawy w 2005 r. definicji gruntów pokrytych wodami powierzchniowymi. Do właściciela wody płynącej nie należy już bowiem *ex lege* grunt pokryty wodą, jeżeli nie stanowi dna i brzegu cieku naturalnego (w tym poddanego regulacji). Tym samym od dnia wejścia w życie przepisów piętnastej noweli nie obowiązuje w polskim prawie wodnym wcześniejsza generalna zasada, że wszystkie grunty pokryte przez śródlądowe wody płynące (z wyjątkiem wód płynących w rowach) stanowić mogą wyłącznie własność SP⁹.

Rozerwanie więzi prawnej łączącej wodę płynącą z niektórymi kategoriami gruntów powoduje istotne konsekwencje. Między innymi nie ma już podstaw do konstruowania wniosków, jakoby także woda płynąca mogła zostać uznana za część składową gruntu¹⁰. Przede wszystkim jednak zmiana ulega zakres przedmiotowy innej zasady, w myśl której nie podlegają obrotowi cywilnoprawnemu grunty pokryte płynącymi wodami powierzchniowymi, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie (art. 14 ust. 2). W obecnym stanie prawnym możliwa jest zatem sytuacja, gdy płynąca woda publiczna (w praktyce woda SP), niepodlegająca obrotowi cywilnoprawnemu, znajdzie się w sztucznym korycie nie należącym do SP, pokrywając tym samym grunty dostępne już bez ograniczeń obrotowi cywilnoprawnemu. Oznacza to porzucenie drugiej sztywnej reguły polskiego prawa wodnego, w myśl której wszystkie grunty pokryte przez płynące wody publiczne wyłączone są z obrotu cywilnoprawnego.

Definityjne wyłączenie z zakresu pojęcia „gruntów pokrytych wodami powierzchniowymi” tych gruntów, które tworzą dna i brzegi cieków innych niż naturalne, ma także zasadnicze konsekwencje dla sposobu rozumienia pojęcia „innego mienia”, które występuje w art. 14 ust. 4 (o czym w dalszej części).

⁹ W tym kontekście niezrozumiała wydaje się uwaga J. Szachułowicza (sformułowana po zmianie ustawy), że „Ust. 1a, 2, 3 i 4 zawierają powtórzenie wcześniejszych przepisów zawartych w części ogólnej ustawy (w szczególności art. 10 ust. 3)”. Zob. idem, *Prawo wodne. Komentarz*, wydanie 2, s. 72 i n.

¹⁰ Choć jest to raczej pogląd odosobniony. Zob. E. Gniewek, *W kwestii...*, s. 79 i n. Zauważyć jednak trzeba, że w starszej literaturze, poprzedzającej uchwalenie ustawy – Prawo wodne z 1962 r., wskazywano na zalety takiego rozwiązania. Zob. T. Dybowski, *Własność wód*, [w:] *Zagadnienia cywilistyczne prawa wodnego*, Warszawa 1957, s. 139. Autor ten zauważa: „Wynikiem naszych rozważań jest teza, że ujęcie, zgodnie z którym woda stanowi rzecz główną, a grunt pokryty stanowi jej część składową, może mieć ewentualne zastosowanie co do państwowych wód płynących oraz jezior i stawów stanowiących samodzielną jednostkę gospodarczą”.

Rozwiązanie wprowadzone poprzez zmianę art. 14, polegające na dopuszczeniu możliwości rozerwania więzi wody płynącej oraz gruntu pod wodą, wydaje się racjonalne w tym sensie, że odpowiada potrzebom gospodarki wodnej. Już pod rządami ustawy z 1962 i 1974 r. autorzy komentarzy podkreślali, że jest to uzasadnione, co najmniej w pewnych sytuacjach, choćby czasowo¹¹.

2. Własność gruntu a własność urządzeń wodnych

Ustawa – Prawo wodne nie odnosi się wprost do własności urządzeń wodnych ani do kwestii relacji zachodzących między własnością gruntu a własnością takich urządzeń. Może to wynikać z faktu, że „urządzenia wodne” to bardzo pojemna kategoria pojęciowa, zatem i relacje własnościowe kształtować mogą się odmiennie. Definicja urządzeń wodnych zamieszczona w art. 9 ust. 1 pkt 19 ma charakter przykładowego dziewięciopunktowego wyliczenia, poprzedzonego słowami: „rozumie się przez to urządzenia służące kształtowaniu zasobów wodnych oraz korzystaniu z nich”. W tej grupie znajdują się zarówno urządzenia o wielkich rozmiarach i znaczeniu gospodarczym (np. obiekty zbiorników i stopni wodnych czy obiekty energetyki wodnej), jak i niewielkie urządzenia o znaczeniu lokalnym (np. pomosty czy wyloty urządzeń kanalizacyjnych). Nie ulega wątpliwości, że urządzenia takie mają swojego właściciela, którym mogą być zarówno podmioty publiczne (w tym SP), jak i podmioty prywatne.

Rozpatrując relacje własność gruntu – własność urządzeń wodnych można zróżnicować sytuacje, gdy chodzi o:

- a) grunt niepokryty wodą,
- b) grunt pokryty wodą stojącą,
- c) grunt pokryty wodą płynącą – a w tej grupie przypadków wydzielić (w pewnym uproszczeniu) sytuacje, gdy woda płynie korytem naturalnym oraz gdy płynie korytem sztucznym.

Jeśli chodzi o przypadek pierwszy, to wydawać by się mogło, że własność urządzenia zostanie wywiedziona z własności gruntu. Chodzi przede wszystkim o studnie i stawy, wykonywane zwykle przez właściciela nieruchomości dla własnych potrzeb. Podobnie jest z urządzeniami posadowionymi na gruncie pokrytym wodą stojącą. W tym przypadku za powiązaniem własności urządzenia wodnego z własnością gruntu pokrytego wodą mógłby przemawiać argument następujący: skoro o własności takiej wody stojącej decyduje własność gruntu pod

¹¹ Zob. np. S. Surowiec, W. Tarasiewicz, T. Zwięglińska, *Prawo wodne. Komentarz. Przepisy wykonawcze*, Warszawa 1981, s. 19.

wodą (art. 12 ust. 1), to dlaczego inaczej miałyby być z urządzeniami służącymi do korzystania z takiej wody? Poza tym zazwyczaj z wody stojącej korzystać będzie jej właściciel.

Nie można jednak wykluczyć sytuacji odrębnych. Praktycznie dowodzi tego np. wprowadzanie ścieków do cudzych rowów melioracyjnych poprzez budowane w tym celu wyloty urządzeń kanalizacyjnych, posadowione na cudzym gruncie. W obu tych sytuacjach (tj. przy istnieniu urządzeń na gruncie niepokrytym wodą oraz posadowionych na gruncie pokrytym wodą stojącą) znaleźć można argumenty przede wszystkim celowościowe, które przemawiać będą za rozdzieleniem własności gruntu oraz własności urządzenia wodnego. Nie inaczej jest zresztą także w przypadku urządzeń wodnych znajdujących się na gruncie przykrytym wodą płynącą. Chodzi przede wszystkim o ochronę interesów majątkowych inwestora, który realizuje przedsięwzięcia z zakresu gospodarki wodnej (zwłaszcza takie na wodach płynących, które związane są z energetyką wodną). Może być jednak przedmiotem sporu, czy wykładnia celowościowa przepisów Prawa wodnego jest wystarczająca dla udowodnienia, że przewiduje ono wyjątek od kodeksowej zasady *superficies solo cedit*.

Jedynym przepisem ustawy – Prawo wodne, który implikuje istnienie takiego wyjątku, jest wspomniany już art. 139 ust. 2 i 3. Przewiduje on, że urządzenie wodne może być przejęte bez odszkodowania na własność właściciela wody, ale nie dotyczy to stawów oraz gruntów, na których takie urządzenia się znajdują. Jeśli zatem może zostać odjęta własność urządzenia wodnego bez uszczerbku dla własności gruntu, z którym jest związane, to znaczy, że niewątpliwie może ono stanowić przedmiot odrębnej własności. Innym zagadnieniem jest, jakie fakty lub czynności własność taką mogą potwierdzić.

3. Wykonywanie praw właścicielskich w odniesieniu do urządzeń wodnych

Nie mniej wątpliwości niż status prawnorzeczowy urządzeń wodnych wywołuje także sposób wykonywania praw właścicielskich SP w odniesieniu do takich urządzeń. Zwrócić najpierw należy uwagę, że w ustawie w odrębnych przepisach wskazano podmioty, które wykonują prawa właścicielskie w odniesieniu do wód publicznych stanowiących własność SP (art. 11) oraz w odniesieniu do gruntów pokrytych takimi wodami (art. 14). Przyjąć można, że za legislacyjnym rozdzieleniem obu zakresów zarządu mienia przemawiała wyłącznie odrębna prawna natura własności tworzących je składników majątkowych, tj. wód (niebędących rzeczą) oraz nieruchomości tworzących grunty pokryte wodami,

jako że od strony kompetencyjnej chodzi w obu przypadkach o te same organy oraz jednostki. Art. 14 ust. 3, traktujący o gospodarowaniu gruntami pokrytymi wodą płynącą, odsyła bowiem do art. 11 ust. 1, który wskazuje podmioty wykonujące prawa właścicielskie w stosunku do wód publicznych SP.

Nie ma natomiast w ustawie odrębnej normy kompetencyjnej powiązanej wyraźnie z urządzeniami wodnymi SP, co jest źródłem poważnych sporów i wątpliwości interpretacyjnych. Możliwe są w związku z tym dwa wnioski.

Po pierwsze, twierdzić można, że wykonywanie praw właścielskich odnośnie do urządzeń wodnych SP należy powiązać z wykonywaniem praw właścielskich wobec gruntu, na którym zostały posadowione, ewentualnie z wykonywaniem praw właścielskich w stosunku do wód, na których się znajdują. Mając na uwadze, że woda nie jest rzeczą, należałoby to drugie podejście zdecydowanie odrzucić. Niedogodność ta znika, jeśli się uwzględni, że kompetencyjnie oba zakresy uprawnień są tożsame, o czym już wspomniano, tj. wynikają z tej samej normy kompetencyjnej określonej w art. 11 ust. 1 – albo bezpośrednio, bądź poprzez odesłanie zamieszczone w art. 14 ust. 3. Wnioskowanie oparte na powiązaniu praw właścielskich do urządzeń wodnych z prawami do gruntu znalazłoby rację bytu i praktyczną użyteczność, ale – jak już zaznaczono – w orzecznictwie NSA pogląd ten został zakwestionowany.

Po drugie, wykonywanie praw właścielskich w stosunku do urządzeń wodnych SP powiązać by można kompetencyjnie z wykonywaniem takich praw wobec „innego mienia”, o którym mowa w art. 14 ust. 4. Taki wniosek znajdzie uzasadnienie, jeśli uznamy urządzenia wodne trwale związane z gruntem za przedmiot odrębnej własności (pogląd taki znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych).

Badając taką hipotezę, należy najpierw wyjaśnić, co wchodzi w zakres tego pojęcia. Powstaje pytanie, które mienie jest mieniem „innym”? Czy taką opozycję („inne”) należy budować na składnikach mienia, o jakich mowa w art. 14 ust. 1 – 3, czy też szerzej, na jakichkolwiek składnikach mienia, związanych z gospodarką wodną, o ile tylko poddane zostały regulacjom Prawa wodnego. Wydaje się, że właściwe jest to drugie, szersze podejście.

Przed nowelizacją było w zasadzie jasne, że „inne mienie” obejmuje różne składniki majątkowe służące gospodarce wodnej, ale z wyłączeniem wód oraz gruntów pokrytych wodami. Teraz w skład „innego mienia” wejść muszą także grunty pokryte wodami płynącymi w korytach (zbiornikach) sztucznych, a przynajmniej do takiego wniosku prowadzą względy wykładni językowej i systemowej¹². Nowy stan prawny rodzi kilka zasadniczych trudności w kontekście

¹² Tak też L. Osuch-Chacińska, *Zasób nieruchomości Skarbu Państwa w gospodarce*

zarządu gruntami pokrytymi wodą, choć nie usuwa pewnych korzyści płynących z dotychczasowej regulacji. Charakteryzując to unormowanie rozpocząć należy od uwag krytycznych.

Po pierwsze, trudno jest znaleźć racjonalne argumenty przemawiające za rozdzieleniem zarządzania korytem cieku naturalnego oraz znajdującymi się w nim takimi urządzeniami wodnymi, które zaliczane są do budowli regulacyjnych, służących zapewnieniu swobodnego spływu wód oraz lodów, a także właściwych warunków korzystania z wód. Przede wszystkim jest to obowiązek właściciela wody i wynika z art. 21 ust. 1 i art. 22 ust. 1.

Po drugie, gdyby oddzielić na potrzeby zarządzania mieniem SP urządzenia wodne od wód oraz gruntów pokrytych wodami SP, to nie będzie możliwe zastosowanie art. 217 ust. 1 ustawy w odniesieniu do urządzeń wodnych, jako że mowa jest w nim wyłącznie o wodach i gruntach.

Po trzecie, praktycznie komplikuje się określenie podmiotu właściwego w sprawach gospodarowania gruntami pokrytymi wodą. Może się bowiem okazać, że grunt pozostający „faktycznie” pod wodą będzie tylko w pewnej części gruntem pokrytym wodą powierzchniową w znaczeniu prawnym – z tą konsekwencją, że wskazanie organów lub jednostek gospodarujących tymi odrębnymi fragmentami nastąpi na innej podstawie prawnej: będzie to albo art. 14 ust. 3, albo art. 14 ust. 4. Może to doprowadzić do wskazania dwóch administratorów dla różnych fragmentów tego samego obiektu (typu koryto lub zbiornik).

Po czwarte, grunty pokryte wodami powierzchniowymi płynącymi są zasobem nieruchomości SP, do którego nie stosuje się przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami (art. 14a ust. 1). Przepis ten nie dotyczy jednak gruntów w korytach sztucznych (sztucznych zbiornikach wodnych, stopniach wodnych oraz jeziorach podpiętrzonych, niebędących gruntami pokrytymi wodami powierzchniowymi przed wykonaniem urządzeń piętrzących). Tak więc niektóre grunty SP tworzące dno tego samego „obiektu” wodnego podlegać będą ustawie o gospodarce nieruchomościami (te, które nie były pokryte wodą przed wykonaniem urządzeń piętrzących), a inne (pozostałe) wejdą w skład odrębnego zasobu nieruchomości, utworzonego przepisami Prawa wodnego.

Po piąte, co wynika z poprzedniej uwagi, niektóre z tych gruntów w obrębie tego samego zbiornika lub cieku podlegać będą obrotowi cywilnoprawnemu, a inne nie.

Po szóste, rozchodzą się kompetencje do zbywania nieruchomości SP innych niż grunty pokryte wodami w rozumieniu art. 14 ust. 1a (w związku z art. 9 ust. 1 pkt 4a). Do zbywania gruntów pod śródlądowymi wodami powierzchnio-

wymi stojącymi uprawniony będzie na podstawie art. 14 ust. 5 minister właściwy do spraw Skarbu Państwa, po uzyskaniu zgody ministra właściwego do spraw gospodarki wodnej. Z kolei zbywanie takich gruntów pod śródlądowymi wodami powierzchniowymi płynącymi (a więc newralgicznymi z punktu widzenia gospodarki wodnej), które nie są objęte definicją gruntu pokrytego wodą (zamieszczoną w art. 9 ust. 1 pkt 4a), należeć będzie do starosty, co wynika z art. 11 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Odmienność konstrukcji, na których oparto kompetencję w obu tych przypadkach, jest po prostu rażąca.

Z kolei główną zaletą rozwiązania opartego na powiązaniu kompetencji do wykonywania praw właścicielskich w stosunku do urządzeń wodnych SP z „innym mieniem”, o którym mowa w art. 14 ust. 4, jest poszerzenie kręgu podmiotów, które uzyskują uprawnienie do gospodarowania takimi składnikami mienia. Wprawdzie także art. 14 ust. 4 odsyła do przepisów kompetencyjnych art. 11 ust. 1, ale wskazuje jeszcze ponadto na dwie dalsze kategorie podmiotów: tj. na starostę oraz na „jednostki, którym to mienie zostało powierzone”. Zauważyć należy, że „starostę” włączono do zakresu podmiotów gospodarujących „innym mieniem” dopiero przepisami piętnastej noweli.

Z jednej strony utwierdza to słuszność przyjętego tu wnioskowania: jest on bowiem podstawowym organem reprezentującym SP w sprawach gospodarowania nieruchomościami w myśl art. 11 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Innymi słowy, otrzymujemy potwierdzenie, że „inne mienie” obejmuje te składniki majątkowe, które nie zostały wyłączone z obrotu cywilnoprawnego. W ten sposób można klarownie rozdzielić reguły zarządu mieniem „zbywalnym” (obejmującym urządzenia wodne, grunty niepokryte wodami, grunty pokryte wodami stojącymi oraz grunty tworzące dna i brzegi w ciekach innych niż naturalne) i mieniem „niezbywalnym”, czyli wyłączonym z obrotu cywilnoprawnego (w tej grupie mieszczą się tylko wody oraz grunty pokryte wodami w rozumieniu art. 14 ust. 1a w związku z art. 9 ust. 1 pkt 4a).

Poza tym pojawienie się starosty jako organu gospodarującego „innym mieniem”, wskazanego w ust. 4 zresztą na pierwszym miejscu, pozwoliło w paru sytuacjach naznaczonych ciągnącymi się latami sporami kompetencyjnymi, znaleźć w końcu podmiot gotowy realizować zadania publiczne. Spory, które ujawniają się zwłaszcza w relacjach pomiędzy regionalnymi zarządami gospodarki wodnej oraz wojewódzkimi zarządami melioracji i urządzeń wodnych, mają najczęściej charakter negatywny. W takich przypadkach ustawowe wskazanie na starostę stwarza mu podstawy do działania tam, gdzie żaden z innych wymienionych w art. 14 ust. 4 podmiotów nie poczuwa się do obowiązku zarządzania mieniem związanym z gospodarką wodną. Otworzyło to między innymi drogę do podjęcia przez starostę prac naprawczych na Kanale Raduni.

Z drugiej jednakże strony, o ile w jakiejś mierze zasadne jest uzupełnienie listy podmiotów sprawujących zarząd „innym mieniem” o starostę (przede wszystkim w odniesieniu do nieruchomości), o tyle nie ma żadnego uzasadnienia dla takiej zmiany w kontekście zarządu urządzeniami wodnymi, jako że urządzenia takie nie są nieruchomościami (czyli w tym zakresie kompetencja starosty jest bezprzedmiotowa). W tym aspekcie istotne staje się natomiast dodanie do art. 14 ust. 4 „jednostek, którym mienie to zostało powierzone”. W tej kategorii mogą się bowiem znaleźć m.in. podmioty, które korzystają z wód w sposób szczególny na podstawie pozwolenia wodnoprawnego przy pomocy urządzeń wodnych należących także do SP i z tej właśnie przyczyny zasadne byłoby powierzenie im zadania ich utrzymywania. Inna rzecz, że w ustawie nie ma ku temu podstaw prawnych. W myśl art. 64 ust. 2 obowiązek zapewnienia obsługi, bezpieczeństwa oraz właściwego funkcjonowania urządzenia wodnego obciąża bowiem wyłącznie właściciela, a nie użytkownika.

Z powyższego wynika, że wykonywanie praw właścicielskich wobec urządzeń wodnych SP może przysługiwać w świetle przepisów ustawy następującym kategoriom podmiotów:

- a) podmiotom wykonującym prawa właścicielskie w stosunku do wód publicznych oraz do gruntów pokrytych wodami powierzchniowymi,
- b) staroście,
- c) jednostkom, którym mienie to zostało powierzone.

4. Wybrane orzecznictwo

Wspomniano już, że problem statusu prawnorzeczowego urządzeń wodnych pojawił się na tle sporów o sprawowanie zarządu takimi urządzeniami. Orzecznictwo sądów administracyjnych dowodzi istnienia niejasności prawnych z tym związanych, mających swoje źródło przede wszystkim w niespójnych i niekompletnych uregulowaniach ustawy – Prawo wodne. O ile kwestia statusu prawnorzeczowego urządzeń wodnych została przez sądy administracyjne w zasadzie przesądzona, o tyle argumenty użyteczne przy określaniu reguł zarządu takimi urządzeniami i rozwiązywaniu powstających na tym tle sporów nadal wymagają systematyzującej refleksji.

Dwa pierwsze z przedstawionych niżej wyroków odnoszą się do kwestii zarządu mieniem obejmującym urządzenia wodne, w dwóch kolejnych przesądzonego został status prawnorzeczowy takich urządzeń.

4.1. Wyrok NSA z dnia 5 grudnia 2007 r.¹³

U podstaw sprawy rozpatrzonej przez Naczelny Sąd Administracyjny w 2007 r. leżała decyzja Starosty M. o przeniesieniu prawa własności budowli piętrzącej (jazu zlokalizowanego na rzece P.) z Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w W. na Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w P., która wydana została w oparciu o art. 139 ust. 2 ustawy – Prawo wodne.

Odwołał się od niej Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w P. podnosząc, że przeniesienie prawa własności do urządzenia wodnego wymaga zaistnienia dwóch przesłanek, tj. urządzenie musi być niezbędne do kształtowania zasobów wodnych, a ze strony właściciela wody musi występować chęć przejęcia tego urządzenia, tymczasem w sprawie żadna z nich nie została spełniona. Skarżący wskazał, że nie jest zainteresowany przejęciem jazu, gdyż jako państwowa jednostka budżetowa finansowana z budżetu centralnego, nie może administrować urządzeniem wodnym służącym jedynie potrzebom komunalnym. Wprawdzie przejął wody rzeki P. oraz grunty pokryte tymi wodami w trwały zarząd (z chwilą uprawomocnienia się odrębnej przedmiotowej decyzji Starosty M. oraz po podpisaniu stosownego protokołu zdawczo-odbiorczego), tym niemniej z decyzji tej wynika jednoznacznie, że oddanie w trwały zarząd objęło wyłącznie wody i grunty pokryte tymi wodami, ale bez urządzeń wodnych na nich posadowionych. Tym samym urządzenia wodne zlokalizowane na rzece P., a więc także sporny jaz, pozostawały nadal w administracji dotychczasowych posiadaczy tych urządzeń (tj. Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w W.). Organ odwoławczy (Wojewoda) utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, wskazując, iż wbrew twierdzeniom skarżącego warunkiem przejęcia jazu nie jest „konieczność zaistnienia woli przejęcia” urządzenia ze strony właściciela wody.

Na powyższą decyzję skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy wniósł Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w P., powtarzając argumenty zawarte w odwołaniu. Jego zdaniem, skoro przedmiotowy jaz służy wyłącznie celom infrastruktury gospodarczej, turystyki wodnej, wędkarstwa, stabilizacji poziomu wód gruntowych, utrzymania parku miejskiego oraz zieleńi, to jego utrzymanie winno spoczywać na podmiotach, które odnoszą z tego korzyści (w tym przypadku obciążać powinno wspólnotę miasta M., wchodząc do zakresu zadań własnych gminy w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym).

WSA w Bydgoszczy wyrokiem z dnia 30 maja 2006 r.¹⁴ oddalił skargę. Potwierdził, że starosta, stwierdzając wygaśnięcie pozwolenia wodnoprawnego na

¹³ Sygn. akt II OSK 1638/06.

¹⁴ Sygn. akt II SA/Bd 1135/05.

piętrzenie wód za pomocą budowli piętrzącej, udzielonego Zarządowi Melioracji i Urządzeń Wodnych w B., orzekł jednocześnie o niezbędności pozostawienia tegoż urządzenia wodnego. W następstwie uprawomocnienia się tej decyzji, a także niedokonania przez Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w B. rozporządzenia jazem, zaistniały przesłanki do stwierdzenia przeniesienia prawa własności urządzenia na rzecz właściciela wody. WSA podtrzymał wnioskowanie obu organów, że „ustawodawca nie uzależnił możliwości przeniesienia prawa własności urządzenia wodnego od wyrażenia przez właściciela wody chęci przejęcia tegoż urządzenia”.

Wyrok WSA zaskarżył kasacyjnie Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w P., zarzucając naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię art. 139 ust. 2 i 4 ustawy Prawo wodne. Podtrzymał swoje wcześniej wyrażone przekonanie, że do dokonania przejęcia konieczna jest zgoda właściciela wody, której w tym przypadku – jako administrator ciekłu – nie udzielił. Poza tym, będąc państwową jednostką finansowaną z budżetu centralnego, „nie może administrować przedmiotowym jazem i ponosić kosztów jego utrzymania, skoro służy on jedynie potrzebom komunalnym”. Podniósł także, iż kwestionowaną decyzję ponadto wydano przed upływem 6 miesięcy, a więc z naruszeniem art. 139 ust. 2.

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 5 grudnia 2007 r. uchylił zaskarżony wyrok oraz decyzje obu organów. Odnosząc się do przesłanek wydania decyzji na podstawie art. 139 ust. 2 Prawa wodnego, wskazał na trzy następujące:

- 1) stwierdzenie wygaśnięcia lub cofnięcie pozwolenia wodno-prawnego ostateczną decyzją administracyjną i orzeczenie w tej decyzji o niezbędności pozostawienia urządzenia wodnego,
- 2) wskazanie właściciela urządzenia, którego prawa właścicielskie zostaną przejęte na rzecz właściciela wody,
- 3) stwierdzenie, iż właściciel urządzenia nie skorzystał z przysługującego mu z mocy ust. 2 prawa do rozporządzenia prawem własności urządzenia w terminie 6 miesięcy od dnia, w którym decyzja wydana na podstawie ust. 1 stała się ostateczna.

Dla wydania rozstrzygnięcia na podstawie art. 139 ust. 2 Prawa wodnego każda z wymienionych przesłanek powinna być spełniona. Zdaniem NSA w skardze kasacyjnej słusznie podniesiono, że zaskarżona decyzja została wydana przed upływem 6 miesięcy od uzyskania przymiotu ostateczności przez decyzję wydaną na podstawie ust. 1. Przede wszystkim jednak słuszna okazała się konstatacja, że w toczącym się postępowaniu (tak administracyjnym, jak i sądowno-administracyjnym) „nie dostrzeżono tak istotnej kwestii warunkującej

wydanie decyzji na podstawie art. 139 ust. 2, jaką jest to, że przeniesienie prawa własności może nastąpić wyłącznie z jednego właściciela na inny podmiot”. Istotą tego przepisu nie jest bowiem regulacja władania urządzeniem wodnym w obrębie podmiotów reprezentujących Skarb Państwa (jaz bezspornie stanowił własność SP). Poza tym art. 139 nie służy ustalaniu innych praw niż prawo własności, np. prawa zarządu przez określone jednostki organizacyjne wykonujące zadania Państwa. W kwestii własności urządzeń wodnych NSA wyraził pogląd, że generalnie urządzenia wodne mogą należeć do różnych podmiotów (tak publicznych, jak i prywatnych), co wynika z treści art. 139 ust. 2.

Wyrok NSA nie budzi wątpliwości, choć też nie przynosi wyczerpujących odpowiedzi na podnoszone wyżej pytania związane z własnością i zarządem urządzeniami wodnymi. Poza tym NSA pozostawił bez komentarza pewne argumenty formułowane przez Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w P., które są nieuzasadnione. Chodzi przede wszystkim o rzekome powiązanie kompetencji do zarządu urządzeniem wodnym z pełnioną przez to urządzenie funkcją (argument ten pojawia się zresztą regularnie w sprawach rozstrzyganych przez sądy administracyjne). W ocenie tego organu korzyści z istnienia przedmiotowego jazu, odnoszone przede wszystkim przez wspólnotę miasta M., przesądzają o tym, że to na nią przechodzi obowiązek utrzymywania jazu. Żaden przepis Prawa wodnego (ani ustawy o samorządzie gminnym) takiego wniosku jednak nie potwierdza i pogląd taki może być traktowany co najwyżej jako wniosek *de lege ferenda*. Podmioty odnoszące korzyści z istnienia urządzeń wodnych powinny co prawda partycypować w kosztach ich utrzymania (co wynika z art. 64 ust. 1a), ale jest to zupełnie inne zagadnienie niż wykonywanie funkcji właścicielskich.

Wątpliwy jest argument, że Dyrektor RZGW w P. przejął na podstawie art. 217 ust. 1 w trwałą zarząd wody rzeki P. oraz grunty pokryte tymi wodami, ale bez urządzeń wodnych na nich posadowionych. Prawdą jest, że artykuł ten nie wspomina o urządzeniach wodnych. Gdyby jednak art. 217 nie mógł zostać zastosowany również w odniesieniu do urządzeń wodnych, to zamiar ustawodawcy, sprowadzający się do uporządkowania zarządu mieniem na nowych zasadach, pozostałby nieosiągnięty. Istnieje wprowadzie art. 139 ust. 2, ale przewidyuje on tylko przeniesienie własności, a nie uprawnień do zarządu mieniem w obrębie własności SP (na co NSA trafnie wskazuje).

Kontrowersje dotyczące art. 217 idą jednak znacznie dalej. Po pierwsze, unormowanie zamieszczone w art. 217 ust. 1 zostało powtórzone w art. 19 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw, z pozornie niewielką, choć niezwykle istotną zmianą dotyczącą kwestii kompetencyjnych. W art. 217 ust. 1 zawarte zostało odesłanie do art. 11

ust. 1 pkt 1–3, natomiast w art. 19 ust. 1 piętnastej noweli do art. 11 ust. 1–4, dzięki czemu beneficjentem przejścia w trwały zarząd może być także marszałek województwa, którego ustawa – Prawo wodne w art. 217 pomija. Trudno zrozumieć, dlaczego ustawodawca nie skorygował tego oczywistego błędu. Po drugie, przepisami tej samej piętnastej noweli dodano do ustawy – Prawo wodne art. 14a, który stwarza kolejną podstawę do przejścia w trwały zarząd (choć to pojęcie się nie pojawia), co prawda wyłącznie gruntów pokrytych wodami, ale na rzecz wszystkich podmiotów i jednostek, wymienionych w art. 11 ust. 1. W tym przypadku pozostaje niejasne, dlaczego traktuje on tylko o gruntach a nie wspomina o wodach, podczas gdy w art. 217 ust. 1 oraz art. 19 ust. 1 noweli mowa jest o jednych i drugich? Przypomnieć należy, że żaden z nich nie wspomina o urządzeniach wodnych. Być może wynikło to z przekonania ustawodawcy, że stanowią one część składową gruntu i dlatego odrębna regulacja im specjalnie poświęcona była zbędna.

Inna wątpliwość płynąca z analizy art. 217 ust. 1 dotyczy występującego w nim pojęcia „trwałego zarządu”, które pojawia się także w art. 19 piętnastej noweli, ale jest nieobecne w art. 14a. Pochodzi ono z ustawy o gospodarce nieruchomościami, której przepisów nie stosuje się jednak do zasobu mienia stworzonego przepisami Prawa wodnego¹⁵.

Nie jest w końcu także jasne, czy konieczna jest zgoda na przejęcie mienia a jeśli tak, to czyja ma to być zgoda. Art. 217 ust. 2 (także art. 19 piętnastej noweli) potwierdza tylko, że przejęcie mienia następuje „na wniosek zainteresowanego” (w art. 14a ust. 2 mowa jest z kolei o „wniosku właściwego organu lub jednostki”), ale nie wyjaśnia, kto nim jest: przejmujący w zarząd czy dotychczasowy zarządca. Problem polega tymczasem na tym, że nikt takimi urządzeniami nie chce się zajmować i praktyka sprowadza się do pozbywania się obowiązku poprzez cedowanie go na rzecz innych podmiotów, oczywiście wbrew ich woli.

Mamy zatem w obowiązującym prawie trzy różniące się w szczegółach przepisy, które normują to samo zagadnienie. W literaturze przedmiotu ta mnogość podstaw prawnych tłumaczona jest ich „terminowością”, rozumianą jako możliwość ich zastosowania tylko do sytuacji zaistniałych w określonych ramach czasowych. Według tego poglądu:

- a) art. 217 ust. 1 jest podstawą ustanowienia trwałego zarządu tylko w odniesieniu do wód i gruntów, które należały do SP przed dniem wejścia w życie ustawy,

¹⁵ Inaczej: Z. Kałużny, *Prawo wodne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 609, zdaniem którego trwały zarząd uregulowany w art. 217 ustanawia się na podstawie przepisów o gospodarce nieruchomościami. W świetle art. 14a ust. 1 jest to wniosek *contra legem*.

- b) art. 19 ust. 1 piętnastej noweli służy ustanowieniu trwałego zarządu w odniesieniu do gruntów pokrytych wodami w dniu jej wejścia w życie, tj. w dniu 30 lipca 2005 r.,
- c) natomiast art. 14a ustawy – Prawo wodne ma zastosowanie do gruntów pokrytych wodami po tej dacie¹⁶.

Nie wydaje się, aby był to trafny pogląd, a źródłem kontrowersji jest niejasny charakter art. 217 ust. 1, jak i art. 19 noweli z dnia 3 czerwca 2005 r. Moim zdaniem, nie są to ani przepisy przejściowe, ani dostosowujące, choć do takich wniosków mogłyby prowadzić względy wykładni systemowej. Przede wszystkim, skoro stworzone w 2001 i 2005 roku przepisy nie przewidywały zniesienia istniejących wcześniej instytucji, zatem nie można twierdzić, aby regulowały sprawy już wcześniej unormowane. Z tej przyczyny nie mogą one dotyczyć żadnej z typowych sytuacji intertemporalnych¹⁷. Poza tym przepisy przejściowe i dostosowujące lokowane są w strukturze ustawy poza przepisami merytorycznymi. Rzecz w tym, że w ustawie Prawo wodne z 2001 r. takich przepisów merytorycznych w ogóle nie stworzono, aż do nowelizacji z 2005 r., która powołała do życia nowy zasób nieruchomości SP. Przyjąć więc trzeba, że art. 217 stanowił, co najmniej do uchwalenia piętnastej noweli, podstawowy i jedyny instrument porządkowania mienia. Charakter merytoryczny ma natomiast niewątpliwie regulacja art. 14a ustawy, choć posługuje się on innym zestawem pojęć, wskutek czego ma inny zakres przedmiotowy niż regulacja art. 217 Prawa wodnego i art. 19 piętnastej noweli. Także i w tym przypadku nie wydaje się konieczne tworzenie przepisów przejściowych i dostosowujących, gdyż przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami (co najwyżej teoretycznie leżące na linii konfliktu z nowymi regulacjami) nie znajdowały w omawianym zakresie spraw zastosowania, jako że obrót wodami i gruntami pod wodą między SP a jednostkami samorządu terytorialnego (co wyznaczyło podstawową płaszczyznę przedmiotowych regulacji ustawy o gospodarce nieruchomościami¹⁸) w ogóle nie wchodził w rachubę. Omawiane tu wątpliwości wydają się być dowodem na to, że przepisom ustawy brakuje elementarnej spójności.

¹⁶ Zob. M. Piłula, K. Kowalski, *Zarządzanie zasobem gruntów skarbu państwa pokrytych powierzchniowymi wodami płynącymi*, Gospodarka Wodna nr 11/2009, s. 434 i n.

¹⁷ Zob. A. Malinowski (red.), *Zarys metodyki pracy legislatora. Ustawy. Akty wykonawcze. Prawo miejscowe*, Warszawa 2009, s. 112 i n.; S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 82 i n.

¹⁸ Zob. J. Szachulowicz, M. Krassowska, A. Łukaszewska, *Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 15 i n.

4.2. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 listopada 2010 r.¹⁹

Drugi z omawianych wyroków został orzeczony w sprawie bardzo przypominającej tę, przedstawioną wyżej. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 26 listopada 2010 r. oddalił skargę Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa w G. na decyzję Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w W. z 2010 r. w przedmiocie umorzenia postępowania. Jego przedmiotem było przeniesienie prawa własności do urządzenia wodnego (a konkretnie jazu piętrzącego zlokalizowanego na rzece) z Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa w G. na Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w G. Decyzję w tej sprawie wydał starosta na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy – Prawo wodne. Zaskarżył ją w administracyjnym toku instancji Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G., wnosząc odwołanie do Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w W., a ten decyzję organu I instancji uchylił i umorzył toczące się przed tym organem postępowanie. Organ odwoławczy trafnie zauważył, że starosta tylko pozornie przeniósł prawo własności jazu, albowiem zarówno Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa w G., jak i Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w G. są administratorami urządzeń wodnych będących własnością Skarbu Państwa. „Tym samym przedmioty jaz był i nadal pozostaje własnością Skarbu Państwa, a zaskarżona decyzja nie dotyczy przeniesienia prawa własności, a jedynie zmiany podmiotu zarządzającego jazem”.

Organ odwoławczy mylnie co prawda odesłał do przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, która – jego zdaniem – zagadnienia te reguluje. Wskazując między innymi na ten błąd Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa w G. skierował skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, wnosząc o uchylenie decyzji starosty. Ponadto zarzucił, że decyzja ta „nie dotyczy przeniesienia prawa własności w stosunku do gruntu pod budowlą, lecz odnosi się wyłącznie do urządzenia wodnego. Wskazana przez organ interpretacja przepisów ustawy Prawo wodne jest naruszeniem regulacji w niej zawartych i uniemożliwia jakiekolwiek porządkowanie spraw związanych z gospodarką wodną, pomiędzy organami i jednostkami wykonującymi uprawnienia właścicielskie w stosunku do wód publicznych stanowiących własność Skarbu Państwa”.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie skargę zasadnie oddalił, dzieląc pogląd organu odwoławczego, że przeniesienie prawa własności urządzenia wodnego w drodze decyzji wydanej na podstawie art. 139 ust. 2 usta-

¹⁹ Sygn. akt IV SA/Wa 1913/10.

wy – Prawo wodne ma sens wyłącznie wtedy, gdy zmienia się podmiot własności. W sprawie było natomiast bezsporne, że przedmiotowy jaz pozostawał cały czas własnością SP. Celem zastosowanego w sprawie przepisu nie jest regulowanie kwestii władania urządzeniem wodnym w obrębie podmiotów reprezentujących SP. Odesłanie do ustawy o gospodarce nieruchomościami było co prawda błędne, ale nie miało znaczenia dla dokonanego rozstrzygnięcia.

Interesujące w sprawie są argumenty celowościowe strony skarżącej, które podkreślają niemożność porządkowania zarządu mieniem SP w związku z mankamentami istniejącej regulacji. Przyczyny te, niewątpliwie trafnie dostrzeżone, nie wystarczają jednakże, aby podważyć ustaloną w orzecznictwie regułę, w myśl której urządzenia wodne stanowią odrębny przedmiot własności. Nie są też w stanie zmienić istoty art. 139 ust. 2, którego celem nie jest regulacja władania urządzeniem wodnym w obrębie podmiotów reprezentujących Skarb Państwa. WSA w Warszawie słusznie zatem podkreśla, że art. 139 nie służy ustalaniu innych praw niż prawo własności, np. prawa zarządu przez określone jednostki organizacyjne wykonujące zadania Państwa.

4.3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 stycznia 2009 r.²⁰

Ważne rozstrzygnięcia przyniósł wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 stycznia 2009 r., wydany w sprawie zainicjowanej skargą Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w S. na decyzję Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego w przedmiocie nakazu doprowadzenia jazu piętrzącego do stanu zgodnego z przepisami. Decyzja wydana została na podstawie art. 66 ust. 1 pkt 1 i art. 83 ust. 3 w związku z art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. W jej uzasadnieniu organ wskazał, iż betonowa konstrukcja budowli znajduje się w nieodpowiednim stanie technicznym i wymaga naprawy. Przy pomocy jazu (w oparciu o pozwolenie wodnoprawne) piętrzone wodę w celu jej ujmowania dla potrzeb stawów byłego Państwowego Gospodarstwa Rybackiego w L., jak również na potrzeby stawów w zabytkowym parku w A. Organ stwierdził, że zarządcą jazu w imieniu Skarbu Państwa jest Marszałek Województwa. Z kolei działka nr [...] będąca rzeką sklasyfikowaną jako woda powierzchniowa, jest własnością Skarbu Państwa, a jej użytkownikiem jest Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w S. Po przeprowadzeniu rozprawy administracyjnej organ ustalił, iż uczestniczące w rozprawie strony „nie wykazały żadnych praw do posiadania lub zarządzania przedmiotową bu-

²⁰ Sygn. akt II OSK 1874/07.

dowlą”. Z tych powodów organ wskazał jako adresata obowiązku Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w S. a ten się od niej odwołał podnosząc, że nie dysponował i nie dysponuje żadnym pozwoleniem wodnoprawnym. Przypomniawszy, że decyzja zezwalająca na pobór i piętrzenie wód rzeki L.-S. za pomocą jazu została wydana dla potrzeb stawów rybnych Gospodarstwu Rybackiemu w L. (które w czasie ważności pozwolenia wodnoprawnego dokonało sprzedaży stawów rybnych) oraz na potrzeby Zespołu Parkowego w A., na uzupełnienie strat wody w stawie parkowym. Stwierdził, że ponieważ przedmiotowy jaz nie występuje w ewidencji urządzeń wodno-melioracyjnych Skarbu Państwa, prowadzonej przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L., lecz stanowi urządzenie wykonane wyłącznie dla potrzeb gospodarki rybackiej (gdyż jest funkcjonalnie związany ze stawami rybnymi, a także ze stawami parkowymi A.), zatem Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L. nie może być adresatem obowiązku określonego w decyzji.

Rozpatrując odwołanie Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego uchylił zaskarżoną decyzję w części dotyczącej terminu wykonania nałożonych obowiązków i w tym zakresie wyznaczył nowy termin, natomiast w pozostałym zakresie utrzymał zaskarżoną decyzję w mocy. Stwierdził w szczególności, że uprawnienia właścicielskie, w tym zarząd nad jazem sprawuje Marszałek Województwa [...], gdyż „zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 17 grudnia 2002 r. w sprawie śródlądowych wód powierzchniowych lub ich części stanowiących własność publiczną (Dz. U. z 2003 r., Nr 16, poz. 149), rzeka ta została zaliczona do publicznych śródlądowych wód powierzchniowych, jako istotnych dla regulacji stosunków wodnych na potrzeby rolnictwa”.

Skargę na tę decyzję wniósł do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L. zarzucając, że „prawa właścicielskie wód rzeki L.-S. oraz gospodarowanie gruntami pod wodami wymienionej rzeki, wykonywane zgodnie z przepisami Prawa wodnego przez Marszałka Województwa [...], zostały bezpodstawnie rozszerzone na zarządzanie jazem, bez uwzględnienia celów, jakim służy ta budowla”.

WSA w Warszawie wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2007 r.²¹ skargę oddalił. Głównym zarzutem skargi było, zdaniem skarżącego, wadliwe ustalenie właściciela przedmiotowego jazu. Zgodnie z art. 61 Prawa budowlanego, zobowiązanym do utrzymywania i użytkowania obiektu budowlanego jest jego właściciel lub zarządca, tymczasem Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L. nie jest ani jednym, ani drugim. Wprawdzie przejął w trwałą zarząd wody rzeki L.-S. oraz pokryte nią grunty, ale bez urządzeń wodnych na takim gruncie

²¹ Sygn. akt VII SA/Wa 762/07.

posadowionych. WSA poglądu tego nie podzielił. W jego ocenie organy prawidłowo wskazały, że prawa właścicielskie w stosunku do wód rzeki L.-S. wykonuje marszałek województwa, a z własności gruntu pokrytego jej wodami wnioskować należy także o własności urządzeń wodnych. WSA przyjął zatem, że urządzenia wodne stanowią część składową gruntu i jako takie nie mogą być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych. Równocześnie Sąd wskazał, że podczas rozprawy administracyjnej nie stwierdzono, aby uczestniczące w niej podmioty wykazały jakiegokolwiek prawa do posiadania lub zarządzania przedmiotową budowlą. Końcowa konkluzja Sądu była następująca: „Z tego względu, wobec braku ustalenia w postępowaniu administracyjnym właściciela lub zarządcy przedmiotowego jazu, innego niż właściciel nieruchomości gruntowej obejmującej rzekę, w granicach której to działki znajduje się przedmiotowy jaz, organy prawidłowo przyjęły, iż budowla należy do właściciela rzeki, a zatem jest on podmiotem, do którego należało skierować nakaz doprowadzenia obiektu budowlanego do stanu zgodnego z przepisami prawa”.

Skargę kasacyjną do NSA od tego wyroku wniósł Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Ł., zarzucając w szczególności naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię:

- a) przepisu art. 14 ust. 4 Prawa wodnego w związku z art. 47 i 48 Kodeksu cywilnego przez przyjęcie, iż jaz na rzece jest częścią składową gruntu pokrytego płynącą wodą powierzchniową jaką stanowi rzeka, gdy tymczasem budowla jest funkcjonalnie i gospodarczo powiązana ze stawami rybnymi Gospodarstwa Rybackiego w Ł. oraz stawami wchodzącymi w skład Zespołu Parkowego w A.,
- b) a także art. 14 ust. 2 i art. 14a Prawa wodnego przez przyjęcie, iż miennie związane z gospodarką wodną nie podlega obrotowi cywilnoprawnemu, gdyż stanowi część składową gruntu pokrytego wodą płynącą.

W skardze zarzucono także błędne zastosowanie art. 61 i 66 Prawa budowlanego przez przyjęcie, że przeprowadzone rozprawy administracyjne nie wykazały, iż istnieje posiadacz (użytkownik) jazu, a w konsekwencji także art. 64 ust. 1 i 1a Prawa wodnego (pomijam inne zarzuty, mniej istotne dla rozstrzygnięcia).

Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że skarga kasacyjna nie jest pozbawiona usprawiedliwionych podstaw. Przede wszystkim stwierdził, że istnieją poważne wątpliwości, czy „były podstawy do zastosowania art. 14 ust. 4 Prawa wodnego w związku z art. 47 i 48 k.c. w celu określenia właściciela, zarządcy urządzeń wodnych objętych decyzjami z dnia [...] kwietnia 2006 r. i z dnia [...] marca 2007 r.”. NSA zakwestionował w efekcie podstawowe założenie przyjęte przez WSA, iż zgodnie z zasadą superficies solo cedit właścicielem urządzeń

wodnych jest ten, kto jest właścicielem wód, w tym przypadku Marszałek Województwa Ł. NSA potwierdził także, że ani organy, ani WSA nie ustaliły w należyty sposób kwestii sprawowania zarządu jazem, który figurował jako środek trwały w rejestrze środków trwałych, umorzeń i amortyzacji Gospodarstwa Rybackiego w Ł. Po trzecie, z akt sprawy nie wynikało, aby doszło do przeniesienia własności jazu na SP w drodze decyzji wydawanej na podstawie art. 139 ust. 2. W końcu Sąd zarzucił, że ani organy, ani WSA nie podjęły się wyjaśnienia, w jaki sposób Skarb Państwa stał się właścicielem spornego jazu na rzece w rozumieniu art. 66 Prawa budowlanego, co w rezultacie prowadzić miało do przejęcia roli administratora przez Marszałka Województwa Ł.

Przywołany wyrok NSA należy niewątpliwie do najważniejszych rozstrzygnięć z zakresu gospodarki wodnej, gdyż przesądził po raz pierwszy o statusie prawnorzeczowym urządzeń wodnych. O ile WSA w Warszawie oparł swoje wnioskowanie na przekonaniu, iż jaz na rzece jest częścią składową gruntu pokrytego płynącą wodą powierzchniową (rzeką), o tyle NSA je zakwestionował.

Z drugiej jednak strony użyte przez ten Sąd argumenty pozostawiają pewien niedosyt. Chodzi np. o następujące słowa uzasadnienia: „Jednak własność wody nie przekłada się automatycznie na własność urządzeń wodnych, bowiem przepisy Prawa wodnego nie stoją na przeszkodzie, aby kto inny był właścicielem wody, a kto inny właścicielem urządzeń wodnych. W przypadku własności wód przepisy Prawa wodnego mają charakter *lex specialis* i wątpliwe jest, czy wszystkie zasady wynikające z prawa cywilnego można wprost przenosić na płaszczyznę regulacji Prawa wodnego”. W istocie NSA nie wskazuje zatem przepisów Prawa wodnego, które taki wniosek wspierają, a jedynie kwestionuje założenia WSA, oparte na art. 47 i 48 KC. Oba te artykuły same z siebie niczego jednak nie przesądzają, skoro formułują zasadę, ale dopuszczają też wyjątki. Z jakiego przepisu Prawa wodnego ten wyjątek wynika, NSA – przynajmniej wyraźnie – nie wyjaśnia.

Komentarza wymaga także następujący fragment uzasadnienia: „Z analizy akt sprawy można wysnuć wniosek, że Skarb Państwa jest zawsze właścicielem, kiedy nie można nikomu innemu przypisać prawa własności, a dzieje się to wtedy, kiedy urządzenie wodne wymaga remontu – nakładów finansowych. Tymczasem w Prawie wodnym w tym zakresie prawa właścicielskie, jak i obowiązki z tego wynikające są ściśle związane z korzyściami odnoszonymi przez tego, kto korzysta z określonych urządzeń wodnych (J. Szachulowicz, *Prawo wodne. Komentarz*, wyd. 3, s. 99–100)”. Opinia Sądu opiera się na zdroworozsądkowym założeniu, że prawa i obowiązki towarzyszące korzystaniu z wód są ze sobą powiązane. Tak więc podmiot uprawniony do korzystania z wód przy pomocy konkretnych urządzeń wodnych, powinien je także utrzymywać. Zauważyć

jednak należy, że żaden z przepisów określających treść pozwolenia wodnoprawnego (art. 128 ust. 1 i 2) nie przewiduje nałożenia takiego obowiązku, natomiast art. 64 ust. 2 wiąże obowiązek „zapewnienia obsługi, bezpieczeństwa oraz właściwego funkcjonowania urządzenia” wyłącznie z właścicielem. Także przywołany autor komentarza do Prawa wodnego przypisanej mu opinii nie sformułował. Jan Szachułowicz podkreślił tylko obowiązek uczestniczenia w kosztach utrzymania urządzeń wodnych przez tego, kto z nich korzysta i odnosi z tego jakieś korzyści majątkowe. Tak więc, podobnie jak w sprawie rozstrzygniętej wcześniej omawianym wyrokiem, także i w tej zatarciu zdaje się ulegać różnica, jaka zachodzi pomiędzy sprawowaniem funkcji właścicielskich a partycypowaniem w kosztach utrzymania urządzeń wodnych.

Również i tu pojawia się argument przejścia na podstawie art. 217 ust. 1 i 2 w trwały zarząd wyłącznie wód i gruntów, ale bez urządzeń wodnych. Już wcześniej dowodziłem, że regulacja ta jest ułomna, a wyprowadzane z niej wnioski wątpliwe. Przede wszystkim wskazując w art. 217 ust. 1 podmioty, które przejmują w trwały zarząd wody i grunty (chodzi o te wymienione w art. 11 ust. 1–3) ustawodawca zapomniał o podmiotach, o których mowa w art. 11 ust. 4. Wynika zatem z tego, że wojewódzkie zarządy melioracji i urządzeń wodnych, gospodarujące mieniem w imieniu marszałka województwa, nie mogą na podstawie ustawy przejmować w trwały zarząd żadnego mienia, nawet wód i gruntów, do czego jednak w omawianej sprawie niewątpliwie doszło. Gdyby więc interpretować literalnie przepis art. 217, na który Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w L. się powołuje, to trzeba by w pierwszej kolejności dojść do wniosku, że decyzja o przejęciu przez niego w trwały zarząd wody rzeki L.-S. oraz pokrytych nią gruntów została wydana z rażącym naruszeniem prawa. Problem ten znika przy powołaniu art. 19 piętnastej noweli. Tak więc podstawa do wydania takiej decyzji istniała, tyle że organy jej nie dostrzegły.

4.4. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 października 2010 r.²²

Zbliżone były okoliczności, w jakich zapadł kolejny wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, orzeczony w dniu 22 października 2010 r. U jego źródeł leży postanowienie Warmińsko-Mazurskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, wydane na podstawie art. 81c ust. 2 w związku z art. 66 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz w związku z art. 83 ust. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, nakazujące wykonanie ekspertyzy stanu technicznego jazu na rzece w K. W jego ocenie jaz wykazywał cechy budowli pozbawionej bieżącej

²² Sygn. akt II OSK 1654/09.

konserwacji i wymagał podjęcia pilnych działań naprawczych. Organ skierował postanowienie do Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G., gdyż to w jego posiadaniu znajdowała się książka obiektu budowlanego przedmiotowego jazu. Przedstawiciel Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G., najpierw złożył oświadczenie, iż w trybie bezzwłocznym przystąpi do usunięcia zaistniałej awarii oraz wykona konserwację elementów jazu. Następnie poinformował organ nadzoru budowlanego, że nie jest właścicielem jazu, „brak jest bowiem tytułu prawnego, tj. decyzji starosty wydanej w oparciu o art. 217 pkt 2 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne /.../, o przejęciu mienia od Żuławskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w E.”. Na to postanowienie złożył zażalenie, zarzucając naruszenie art. 7 k.p.a. i art. 81c ust. 1 Prawa budowlanego, poprzez niewyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy. W jego ocenie organ administracyjny nie ustalił uczestników procesu budowlanego i błędnie określił adresata postanowienia.

Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego uchylił zaskarżone postanowienie w całości i nakazał Dyrektorowi Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G. wykonanie w nowym terminie ekspertyzy stanu technicznego przedmiotowego jazu, spełniającej te same warunki, o jakich była mowa w postanowieniu organu I instancji. Skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie złożył Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w G., wnosząc o uchylenie zaskarżonego postanowienia i poprzedzającego go postanowienia organu I instancji, a w razie zaistnienia przesłanek określonych w art. 156 § 1 pkt 2 i 4 k.p.a. – stwierdzenie nieważności postanowień obu instancji. Strona skarżąca wskazała, że źródłem wadliwości postępowania w sprawie jest błędna wykładnia przepisów prawa materialnego, tj. art. 11 ust. 1 pkt 2, art. 9 ust. 1 pkt 4a, art. 14 ust. 4, art. 14a ust. 1 oraz art. 217 ust. 1 Prawa wodnego a także art. 43 ustawy o gospodarce nieruchomościami. W ocenie skarżącego, organy administracyjne kierowały swoje rozstrzygnięcia do niewłaściwego adresata, ponieważ zgodnie z decyzją Starosty Powiatowego w Elblągu, to Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Warmińsko-Mazurskiego jest władającym urządzeniem wodnym i to on ma obowiązek utrzymywania go w należytym stanie technicznym.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 4 czerwca 2009 r. skargę oddalił²³. Stwierdził, że organy nadzoru budowlanego mogły w rozpatrywanej sprawie nałożyć określone obowiązki wyłącznie na: uczestników procesu budowlanego, a także właściciela lub zarządcę obiektu budowlanego. Zdaniem Sądu bezsporne jest, że przedmiotowy jaz stanowi własność Skarbu Państwa. Z kolei z art. 92 ust. 4 Prawa wodnego wynika, że dyrektor regionalnego

²³ Sygn. akt VII SA/Wa 385/09.

zarządu gospodarki wodnej realizuje w imieniu Prezesa Krajowego Zarządu zadania związane z utrzymywaniem wód lub urządzeń wodnych, a także pełni funkcję inwestora w zakresie gospodarki wodnej w regionie. Powyższy przepis stanowiący normę kompetencyjną wiąże się jednakże wyłącznie z gospodarowaniem mieniem Skarbu Państwa, tymczasem pojęcie gospodarowania mieniem nie jest tożsame z pojęciem zarządzania. A zatem – zdaniem Sądu – „bez względu kto sprawuje zarząd urządzeniem wodnym, to w ramach gospodarowania mieniem Skarbu Państwa podmiotem zobowiązanym, na podstawie art. 92 ust. 4 Prawa wodnego, do utrzymania przedmiotowego jazu i pełniącym funkcję inwestora w regionie wodnym jest dyrektor regionalnego zarządu gospodarki wodnej”. Utrzymanie urządzeń wodnych zostało zdefiniowane w art. 64 ust. 1 Prawa wodnego, natomiast ust. 2 przesądza, że to na właścicielu urządzenia wodnego znajdującego się na śródlądowych wodach powierzchniowych ciąży obowiązek zapewnienia obsługi, bezpieczeństwa oraz właściwego funkcjonowania tego urządzenia, z uwzględnieniem wymagań wynikających z warunków utrzymywania wód. Tak więc, uwzględniając treść art. 92 ust. 4 w związku z art. 64 ust. 1 i 2 Prawa wodnego, dojść należy do wniosku, że obowiązek utrzymania przedmiotowego jazu ciąży na Dyrektorsze RZGW w G. Tym samym Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego prawidłowo nałożył obowiązek sporządzenia ekspertyzy technicznej na Dyrektora RZGW w G., będącego podmiotem pełniącym funkcję inwestora w zakresie gospodarki wodnej i wykonującym na rzecz Skarbu Państwa zadania związane z utrzymaniem urządzeń wodnych, do których zalicza się także przedmiotowy jaz.

Sąd pierwszej instancji dodatkowo jeszcze wyjaśnił, że co prawda gospodarowanie innym mieniem SP (innym niż grunty pod wodami powierzchniowymi) związanym z gospodarką wodną, wykonują zgodnie z ogólną normą kompetencyjną wyrażoną w art. 14 ust. 4 wskazane tam podmioty (tj. właściwy miejscowo starosta, realizujący zadanie z zakresu administracji rządowej, lub odpowiednio organy oraz jednostki, o których mowa w art. 11 ust. 1, lub jednostki, którym to mienie zostało powierzone), to jednak gospodarowanie tym mieniem w zakresie utrzymania urządzeń wodnych i sprawowanie funkcji inwestora ustawa Prawo wodne przypisuje wyłącznie dyrektorowi regionalnego zarządu, który dla realizacji tych celów może tworzyć jednostki organizacyjne na podstawie art. 92 ust. 6 Prawa wodnego.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G., zaskarżając wyrok w całości, zarzucając mu naruszenie prawa materialnego przez:

- 1) błędną wykładnię art. 11 ust. 1 pkt 2, art. 9 ust. 1 pkt 4a, art. 14 ust. 4, art. 14a ust. 1 oraz art. 217 ust. 1 ustawy z dn. 18 lipca 2001 r.

- Prawo wodne oraz art. 43 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami,
- 2) niewłaściwe zastosowanie art. 92 ust. 4 w zw. z art. 64 ust. 1 i 2 Prawa wodnego oraz art. 81c ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Zdaniem skarżącego błędny jest przede wszystkim pogląd Sądu I instancji, jakoby ustawa – Prawo wodne przypisywała w art. 92 ust. 4 gospodarowanie mieniem w zakresie utrzymywania urządzeń wodnych wyłącznie dyrektorowi RZGW, co ma być wypełnieniem ogólnej normy kompetencyjnej, wyrażonej w art. 14 ust. 4. Skarżący podniósł także, że regulacja Prawa wodnego w zakresie własności wód i gruntów nimi pokrytych, a także szerzej pojętego mienia związanego z gospodarką wodną, ma charakter *legis specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego oraz idących dalej niż k.c. przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Skarżący podkreślał, że w myśl art. 217 Prawa wodnego w trwały zarząd regionalnych zarządów gospodarki wodnej przeszły wody oraz grunty pokryte wodami, a zatem ściśle wymienione składniki mienia Skarbu Państwa. Gdyby ustawodawca hołdował cywilistycznej konstrukcji nieruchomości i ich części składowych, nie dokonałby tego rozróżnienia, tak samo nie czyniłby tego w przywołanych w skardze art. 14 ust. 1–4 oraz art. 14a Prawa wodnego.

Skarżący przywołał w końcu argumenty celowościowe: gdyby bowiem odrzucić możliwość funkcjonowania w obrocie prawnym urządzeń wodnych jako odrębnego przedmiotu własności, to „położyłoby to kres wielu inwestycjom chociażby z zakresu energetyki wodnej, regulacji stosunków wodnych na potrzeby rolnictwa, jak i innych sfer działalności gospodarczej. Trudno bowiem wyobrazić sobie inwestora, np. elektrowni wodnej, który godziłby się z faktem automatycznego wyzucia go z prawa własności wzniesionego z własnych środków urządzenia wodnego na korzyść Skarbu Państwa. Stosowanie wprost art. 47 i 48 k.c. prowadziłoby do kolizji interesów także na styku gospodarki wodnej i infrastruktury komunikacyjnej i przemysłowej”.

Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że skarga kasacyjna została oparta na usprawiedliwionej podstawie i uchylił zaskarżony wyrok oraz postanowienia organów obu instancji. Przede wszystkim potwierdził wnioskowanie skarżącego kasacyjnie oparte na założeniu, że Prawo wodne przewiduje wyjątek od zasady *superficies solo cedit*. Własność wody nie przekłada się zatem na własność urządzeń wodnych. Z tego powodu, z samego faktu przejścia na zasadach określonych w art. 217 ust. 1 Prawa wodnego w trwały zarząd Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G. wody oraz gruntów pokrytych wodami rzeki [...] nie należy wyprowadzać wniosku, iż w trwały zarząd tego podmiotu przeszedł

również sporny jaz. Art. 217 ust. 1 jednoznacznie mówi o przejściu w trwały zarząd wód oraz gruntów pokrytych tymi wodami, zatem nie może on dotyczyć przejścia w trwały zarząd urządzeń wodnych.

Z powyższych ustaleń płyną– zdaniem Sądu – dalsze konsekwencje: Dyrektor RZGW może w imieniu Prezesa Krajowego Zarządu realizować zadania związane z utrzymaniem tylko tych urządzeń wodnych, które zostały mu przekazane do gospodarowania. Z ustaleń faktycznych poczynionych w rozpoznawanej sprawie, przyjętych przez Sąd pierwszej instancji za prawidłowe, wynika tymczasem, że jaz w miejscowości K., w dacie wydania przedmiotowej decyzji, znajdował się we władaniu Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie Oddziału Rejonowego w E. Wspólne korzystanie z wody rzeki [...] za pomocą tego jazu ustalono dla wymienionego wyżej Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych oraz Zarządu Okręgowego Polskiego Związku Wędkarskiego w E. i Zarządu Miasta P. Z tej przyczyny poszukiwanie pomiotu władającego mieniem Skarbu Państwa i jednocześnie zobowiązanego do utrzymania jazu w miejscowości K. należało – zdaniem NSA – rozpocząć od analizy treści pozwolenia wodnoprawnego.

Końcowe tezy sformułowane w tej sprawie przez NSA budzą pewne wątpliwości, jako że leżące u podłoża wyroku okoliczności są jednak inne niż te, które zadecydowały o kształcie wcześniej omawianego orzeczenia. O ile w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 stycznia 2009 r. podnoszono, że nie została wyjaśniona kluczowa kwestia własności urządzenia wodnego, o tyle w omawianym przypadku było poza sporem, że urządzenie należało jednak do SP. Przede wszystkim budzi zastrzeżenia pewność Sądu, że z faktu przejścia w trwały zarząd Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w G. wody oraz gruntów pokrytych wodami na podstawie art. 217 ust. 1 nie należy wyprowadzać wniosku, iż w trwały zarząd tego podmiotu przeszedł również sporny jaz. Gdyby bowiem wniosek taki odrzucić, to nie dałoby się w ogóle przenieść w trwały zarząd urządzeń wodnych SP, gdyż nie ma ku temu innej podstawy. Tak więc sięgając po argumenty wykładni funkcjonalnej, można wykazać wadliwość rezultatów wykładni językowej. NSA podtrzymuje wyrażoną we wcześniejszym wyroku tezę, iż Prawo wodne przewiduje wyjątek od zasady *superficies solo cedit*, ale również w tym orzeczeniu nie uściśla, z którego przepisu ustawy on wynika (pomijając milczącą akceptację argumentów celowościowych przedstawionych przez stronę skarżącą). Poza tym ocena taka nie ma podstawowego znaczenia dla końcowej konkluzji.

Należy się jeszcze odnieść do wskazówki NSA, aby poszukiwanie pomiotu władającego mieniem Skarbu Państwa i jednocześnie zobowiązanego do utrzymania jazu rozpocząć od analizy treści pozwolenia wodnoprawnego. Podobnie

jak i w sprawie rozstrzygniętej wyżej omawianym wyrokiem NSA, także i tu pojawia się zalecenie oparte na tym samym zdroworozsądkowym przekonaniu, że prawa i obowiązki towarzyszące korzystaniu z wód są ze sobą powiązane. Jest ono w pełni racjonalne, ale sprzeczne z art. 64 ust. 2. Możliwe wydaje się uzasadnienie poglądu przedstawionego przez NSA, nawet pomimo owej sprzeczności, tyle że wymagałoby to rozbudowanego uzasadnienia opartego na przesłankach funkcjonalnych, którego jednak zabrakło.

5. Recepcja wyroków oraz płynących z nich konsekwencji w literaturze przedmiotu

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 stycznia 2009 r.²⁴, w którym orzeczono o statusie prawnorzeczowym urządzeń wodnych, należy niewątpliwie do najważniejszych z zakresu gospodarki wodnej na przestrzeni ostatniej dekady. Nie dziwi więc, że został dostrzeżony w literaturze przedmiotu, przede wszystkim w komentarzach do ustawy – Prawo wodne²⁵. Z drugiej strony zauważyć trzeba, że nie wszyscy komentatorzy rozumieją go tak samo.

Jeśli chodzi o pozycje monograficzne, to odnotować należy przede wszystkim opracowanie M. Tyburka²⁶. Autor ten odnosi się jednak krytycznie do rozstrzygnięć zawartych w przywołanym wyżej wyroku, poddając w wątpliwość istnienie normatywnych podstaw do takiego wnioskowania. Wywodzi w szczególności, że interpretacja przyjęta przez Sąd „może być poczytana jako wykładnia *contra legem*”. Autor nie dostrzega jednakże dwóch kwestii. Po pierwsze, mylnie wiąże wyjątki od zasady *superfices solo cedit* wyłącznie z nieruchomościami budynkowymi, formułując w rezultacie nietrafny postulat adresowany do ustawodawcy, aby jednoznacznie ukształtował w przepisach Prawa wodnego kategorie „nieruchomości budynkowych”²⁷. Po drugie, nie dostrzega normatywnych konsekwencji płynących z art. 139 ust. 2 i 3. Była już wcześniej mowa o tym, że istnienie odrębnej własności urządzeń wodnych jest niezbędnym warunkiem do zastosowania tych przepisów. Chociaż zatem brakuje przepisu jednoznacznie wskazującego na status prawnorzeczowy urządzeń wodnych, to daje się on

²⁴ Sygn. akt II OSK 1874/07.

²⁵ Zob. np. *Prawo wodne. Komentarz* red. naukowa B. Rakoczy, Warszawa 2013, w którym wyrok przywołany zostaje chyba nieco przypadkowo w omówieniu art. 12, traktującego o własności wód stojących oraz wód w rowach (s. 84).

²⁶ *Status prawny urządzeń wodnych*, [w:] *Wybrane problemy prawa wodnego* red. naukowa B. Rakoczy, Warszawa 2013, s. 226 i n.

²⁷ Ibidem, s. 235. Z kolei M. Kałużny posługuje się pojęciem „nieruchomości budowlanej”, zob. idem, op. cit., s. 92.

odtworzyć w drodze wnioskowań prawniczych opartych na przywołanym przepisie ustawy. Inna rzecz, że zasada tak istotna dla gospodarki wodnej powinna zostać wyrażona w ustawie jednoznacznie. Z drugiej strony jej brak nie uzasadnia w sposób niebudzący wątpliwości twierdzenia o dokonaniu przez NSA wykładni *contra legem*.

Ani w wyrokach, ani w literaturze nie zostały natomiast poddane krytycznej ocenie konsekwencje płynące z przejmowania własności urządzeń wodnych w trybie art. 139. W przypadku przedstawionych wyżej wyroków jest to o tyle zrozumiałe, że zagadnienie to nie wchodziło do zakresu rozstrzyganych spraw. Natomiast problemu tego w zasadzie nie dostrzegają (poza J. Szachułowiczem) autorzy komentarzy do ustawy – Prawo wodne.

Chodzi o to, że art. 139 ust. 2 dopuszcza przejęcie własności urządzenia wodnego bez odszkodowania, jeśli jego właściciel nie zadysponuje nią w terminie 6 miesięcy od dnia, w którym decyzja stwierdzająca wygaśnięcie lub cofnięcie pozwolenia wodnoprawnego, stała się ostateczna. Wydaje się, że przepis ten w sposób ewidentny narusza konstytucyjną gwarancję własności. W myśl art. 64 ust. 3 Konstytucji RP własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. Tymczasem przejęcie urządzenia wodnego bez odszkodowania oznacza po prostu odjęcie (unicestwienie), a nie ograniczenie jego własności. Także termin 6 miesięcy, wyznaczony na znalezienie nowego właściciela, wydaje się całkowicie arbitralny.

Należy co prawda uwzględnić, że alternatywą dla przejęcia własności jest usunięcie urządzenia wodnego, wykonanego lub użytkowanego na podstawie pozwolenia wodnoprawnego, które wygasa lub zostaje cofnięte (art. 139 ust. 1). Trzeba zatem uznać, że własność urządzeń wodnych ma w istocie charakter tymczasowy, z czym właściciel musi się liczyć. W takim kontekście w pewnej mierze erodują argumenty celowościowe, mające przemawiać za uzasadnieniem odrębnej własności urządzeń wodnych, jakie pojawiły się zwłaszcza w treści skarg do sądów administracyjnych. Z drugiej strony, jeśli jednak organ rozstrzygnie o niezbędności pozostawienia urządzenia wodnego i przeniesie jego własność na własność właściciela wody (czyli na SP), to dotychczasowy właściciel odszkodowanie powinien uzyskać. Pozbawienie go przez ustawodawcę takiej gwarancji nasuwa wniosek, że przepis ustawy jest niekonstytucyjny.

Zdaniem M. Kałużnego odszkodowanie jednak przysługuje, ale tylko w odniesieniu do stawów i gruntów, na których posadowiono urządzenia wodne²⁸. Wydaje się, że jest to wniosek nietrafny i wynika z błędnego odczytania treści art. 139 ust. 3 w związku z ust. 2. W myśl ust. 3 „Przepis ust. 2 nie

²⁸ Zob. M. Kałużny, op. cit., s. 479.

dotyczy stawów oraz gruntów, na których znajdują się urządzenia wodne, o których mowa w ust. 2”. Przewidziane w nim wyjątki dotyczą zatem całej instytucji przejmowania urządzeń, a nie tylko jej fragmentu, przewidującego pozbawienie prawa do odszkodowania. Poza tym wnioskowanie takie podważa sens ustaleń interpretacyjnych dokonanych przez NSA, które Autor w innym miejscu zdaje się aprobować²⁹.

Poglądu o niekonstytucyjności rozwiązań stworzonych w art. 139 ust. 2 nie podziela natomiast J. Szachułowicz. Twierdzi bowiem, że przepis ten „respektuje poszanowanie własności, gdyż właściciel może z tytułu przysługującego mu prawa własności do urządzeń rozporządzać nimi, a jeśli nie skorzysta z przysługującego mu uprawnienia ograniczonego terminem do rozporządzenia, urządzenia mogą, ale nie muszą, być przejęte na własność właściciela wody”³⁰.

W komentarzach do ustawy – Prawo wodne odnotowane zostały także tezy orzeczeń odnoszące się do kwestii zarządu urządzeniami wodnymi, ale tylko na marginesie problematyki zarządzania wodami i gruntami pod wodą oraz bez ich rozszerzonej oceny.

6. Wnioski

Dostrzegalna jest powściągliwość Naczelnego Sądu Administracyjnego przy formułowaniu tezy, w myśl której urządzenia wodne stanowią przedmiot własności odrębnej od własności gruntu, na którym zostały posadowione. Żaden przepis nie wyraża takiej zasady wprost, tym niemniej jest ona czytelna jako rezultat interpretacji prawniczych opartych na art. 139 ust. 2. Wydaje się, że NSA nie bez przyczyny nie eksponuje metody badania prawa zastosowanej dla uzyskania takiego rezultatu. Zauważyć bowiem trzeba, że konstruowanie takiej zasady wyłącznie w oparciu o przepisy Prawa wodnego z 2001 r. wywołać musi pytanie o stan prawny istniejący przed dniem wejścia ich w życie. Przepisy obowiązujące wcześniej nie zawierały rozwiązań zbliżonych do tych z art. 139 ust. 2 obecnego

²⁹ Autor ten przywołuje wyrok NSA z dnia 22 października 2010 r., ale zdaje się rozumieć konkluzję Sądu inaczej. Wywodzi z niego bowiem, że „budowle wodne nie mogą być postrzegane w kategoriach części składowej nieruchomości gruntowej obejmującej koryto cieku”, a dalej, że stanowią odrębną od gruntu „nieruchomość budowlaną”. Wydaje się zatem, jakby Autor dostrzegał dwa – odrębne od gruntu pokrytego wodą – byty prawne, tj. „nieruchomości budowlane” pod urządzeniami oraz dodatkowo samodzielne „urządzenia wodne”, przy czym tak jedno, jak i drugie mogą być przejęte na podstawie art. 139, ale za odszkodowaniem tylko „nieruchomości budowlane”. Ibidem, s. 91 i n.

³⁰ Zob. J. Szachułowicz, *Prawo wodne. Komentarz*, wydanie 4, Warszawa 2010, s. 358.

Prawa wodnego, natomiast przemiany własnościowe w obrębie urządzeń wodnych następowały już od roku 1989. Tak więc ponad dekadę zachodziły procesy transformacji gospodarczej, obejmujące także składniki mienia SP, związane z gospodarką wodną. W takiej perspektywie sformułowanie omawianej tu zasady w dość nieokreślonym kontekście argumentów funkcjonalnych, pozwala w jakiejś mierze bardziej ukryć niedostatki regulacji i zapęlić konstrukcyjną lukę prawną³¹.

Drugi z omawianych tu problemów (tj. zarząd urządzeniami wodnymi) ma przede wszystkim wymiar kompetencyjny. Zagadnienie to oceniać należy przez pryzmat reguł gospodarowania „innym mieniem”. Zadania takie wykonują w myśl art. 14 ust. 4:

- a) właściwy miejscowo starosta,
- b) organy oraz jednostki, o których mowa w art. 11 ust. 1 oraz
- c) jednostki, którym mienie to zostało powierzone.

Przypisywanie staroście zadań zarządu urządzeniami wodnymi wydaje się jednak sprzeczne z założeniami ustawy o gospodarce nieruchomościami, gdyż urządzenia takie jako odrębny przedmiot własności nie są nieruchomością, lecz „z konieczności” rodzajem mienia ruchomego.

Zasadne jest natomiast przydzielanie zadań utrzymywania urządzeń wodnych organom oraz jednostkom, o których mowa w art. 11 ust. 1. Przypomnieć w tym miejscu należy, że jednym z założeń ustawy – Prawo wodne uchwalonej w 2001 r. było zapobieżenie sytuacji, w której woda nie będzie miała gospodarza. Autorzy pierwszego kompleksowego opracowania poświęconego nowej ustawie pisali: „Oznacza to, że systematycznie powinny zniknąć wody bezpieczeństwa, czyli wody będące własnością Skarbu Państwa, ale nie posiadające faktycznego gospodarza”³². Funkcję takiej instytucjonalnej gwarancji spełniać miał art. 11 ust. 1 pkt 4, przewidujący wykonywanie przez marszałka województwa praw właścicielskich w stosunku do wód publicznych stanowiących własność SP, przede wszystkim w stosunku do wód istotnych dla regulacji stosunków wodnych na potrzeby rolnictwa, ale także – co istotne – „w stosunku do pozostałych wód niewymienionych w pkt 1–3”. W ślad za tym podążać zatem powinno także domniemanie zadania marszałka województwa w odniesieniu do gruntów pokrytych wodami (co wyprowadzić można z treści art. 14 ust. 3), a nawet w stosunku do urządzeń wodnych stanowiących własność SP. Domniemanie takie mogłoby zostać przełamane dowodem, że obowiązek utrzymania urządzenia wodnego przeniesiono na inny podmiot. Rzecz jednak w tym, że ustawa – Prawo wodne

³¹ Zob. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wydanie 4, s. 129.

³² Zob. I. Koza, L. Osuch-Chacińska, M. Pełda-Sypuła, M. Rytlewski, *Nowe prawo wodne*, Zielona Góra 2002, s. 16.

nie stwarza ku temu podstaw prawnych (poza jednym wyjątkiem określonym w art. 139 ust. 2). Gdyby posiłkować się przepisami o wykonywaniu praw właścicielskich w stosunku do wód i sięgnąć po art. 11 ust. 1a, to jedynym podmiotem, który mógłby skorzystać z przeniesienia zadania, byłby nadleśniczy. Tymczasem w praktyce administracyjnej ujawnia się przede wszystkim potrzeba obciążania takimi zadaniami podmiotów gospodarczych, które korzystają z wód w sposób szczególny. Istnieje wprawdzie możliwość ustalenia w pozwoleniu wodnoprawnym obowiązku wykonania robót lub uczestniczenia w kosztach utrzymania urządzeń wodnych (art. 128 ust. 2), ale nie jest to obowiązek tożsamy z obowiązkiem utrzymywania urządzeń należących do SP.

Zauważyć trzeba, że wiara w gwarancyjne funkcje rozwiązania stworzonego w art. 11 ust. 1 pkt 4 załamuje się jednak w obliczu unormowań zawartych w art. 217 ust. 1. W praktyce rozstrzyga bowiem nie przepis ustawy, a deklaracyjny akt administracyjny, treścią którego jest przejście w trwałe zarząd wód i gruntów. Przede wszystkim nie wspomina on w ogóle o urządzeniach wodnych. Być może zresztą dałoby się przekuć ten mankament regulacji w jej zaletę i dowieść, że przy braku podstaw do przekazania obowiązku utrzymania urządzeń wodnych, bezwarunkowo obowiązuje domniemanie zadania marszałka województwa, płynące z art. 11 ust. 1 pkt 4. Lepszym rozwiązaniem wydaje się jednak przyjęcie rezultatów funkcjonalnej wykładni art. 217 ust. 1, prowadzących do zanegowania zawężających zakres jego zastosowania konkluzji, płynących z wykładni językowej (w myśl których w trwałe zarząd przekazywane są tylko woda i grunty).

Powyższe ustalenia prowadzą do końcowego wniosku, że istniejąca regulacja prawna w zakresie wykonywania zarządu urządzeniami wodnymi SP jest chaotyczna, niekompletna i niespójna. Na tym tle sformułować można następujące wnioski *de lege ferenda*.

1. Przede wszystkim problematyce wykonywania zarządu „innym mieniem” należałoby poświęcić odrębny artykuł (artykuły) ustawy – Prawo wodne i uszczegółowić w nim (nich) jego zasady, przede wszystkim w zależności od tego, czy chodzi o te składniki mienia, które są nieruchomościami, czy też urządzeniami wodnymi.
2. Należałoby w sposób wyraźny wyartykułować zasadę, iż urządzenia wodne trwale związane z gruntem stanowią odrębny przedmiot własności.
3. W przypadku wykonywania zarządu nieruchomościami wchodzącymi do zakresu „innego mienia” racjonalne byłoby wskazanie na właściwość podmiotów, o których mowa w art. 11 ust. 1 (jak to obecnie czyni art. 14 ust. 4), ale dopiero po zmianie ustawy o gospodarce

nieruchomościami, która otworzy drogę do przejmowania tych zadań od starosty. Z kolei w przypadku urządzeń wodnych należałoby wskazać przede wszystkim na jednostki, którym mienie to zostało powierzone i dopiero w drugiej kolejności na podmioty, o których mowa w art. 11 ust. 1, ale z pewnością nie na starostę.

4. Należy stworzyć podstawy dla powierzania utrzymywania urządzeń wodnych SP tym podmiotom, które z nich korzystają. W obecnym stanie prawnym jest to wyłączny obowiązek właściciela (art. 64 ust. 2).
5. Biorąc pod uwagę, że spory pomiędzy podmiotami sprawującymi funkcje właścicielskie w stosunku do urządzeń wodnych SP nie są sporami kompetencyjnymi w ścisłym znaczeniu (chodzi bowiem o normy zadaniowe), należałoby określić drogę prawną rozwiązywania takich konfliktów.
6. Warte rozważenia byłoby określenie zakresu, w jakim można korzystać z rozwiązań stworzonych przepisami ustawy o gospodarce nieruchomościami w odniesieniu do nieruchomości wchodzących do zasobu, o którym mowa w art. 14a. Chodzi np. o to, czy w odniesieniu do takich nieruchomości ma zastosowanie instytucja trwałego zarządu. Wprawdzie pojęcie to pojawia się w art. 217 ust. 1, ale z uwagi na jednoznaczne wyłączenie stosowania przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami (art. 14a ust. 1), prowokuje to niezamierzone wnioski *contra legem*.
7. Należy w końcu uporządkować spójność uregulowań dotyczących podmiotów wykonujących zarząd mieniem w art. 217 ust. 1, odnosząc się do rozstrzygnięć poczynionych w art. 14 ust. 3 i 4.

PROPERTY AND MANAGEMENT OF WATER STRUCTURES IN JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE COURTS

The analysis undertaken in this article covers two issues: the legal status of water facilities and the methods of management of those devices that are owned by the State Treasury. The first one has not been the subject of interest of legal sciences for a long time. The doubts related to it were present in legal debate only through the case law of the administrative courts. The ground-breaking importance is held mainly by the judgment of the Supreme Administrative Court of 16 January 2009. It is the first judgment that settled on the legal status of the water facilities. The Administrative Court in Warsaw opined that the weir on the river was a part of the soil surface covered with flowing water (river), however the Supreme Administrative Court questioned this view by affirming that such devices were subject to separate ownership and thus formed an exception to the principle of *superficies solo cedit*. Equally controversial is the governance of the water facilities owned by the State Treasury. The provisions of the Act on Water Law are inconsistent and incoherent. The problems arising in this context remain largely unnoticed in the case law of the administrative courts. The article is summed up by complex *de lege ferenda* conclusions, designed to remove incoherent and inconsistent provisions of the Water Law.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (199) 2014
Warszawa 2014

Marcin Byczyk ■

DEKRYMINALIZACJA PRZESTĘPSTWA (NIEŚWIADOMIE) NIEUMYŚLNEGO?

1. Zarysowanie problemu

Obserwacja rozwoju prawa karnego prowadzi do konkluzji, że stopniowo, ale konsekwentnie rozszerza się zakres penalizacji poprzez wprowadzanie nowych typów przestępstw nieumyślnych¹. Jako uzasadnienie takiej tendencji wielokrotnie wskazywano na postępujący rozwój techniki². Zarazem jednak w nauce

¹ Czytelny potwierdzeniem tego zjawiska jest chociażby tylko ilość typów nieumyślnych w obecnym Kodeksie karnym z 1997 r. (Dz.U.1997.88.553, oznaczanego dalej skrótem „k.k.”) w porównaniu z poprzednim stanem prawnym; przypomnieć należy, że na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. (Dz.U.1969.13.94) odpowiedzialność za czyny nieumyślne przewidziano jedynie w 21 przypadkach. Co do szerszej perspektywy historycznej zob. J. Beschütz, *Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre*, Breslau 1907.

Warto w tym miejscu nadmienić jeszcze, że aktualnie wysłowny został jeszcze bardziej radykalny pogląd, a mianowicie, iż odpowiedzialność za przestępstwa nieumyślne nie ma charakteru wyjątkowego, lecz jest sprawą wyłącznie „techniki legislacyjnej” (J. Majewski, głos w dyskusji podczas Międzynarodowej konferencji we Wrocławiu w dniach 29–30 maja 2014 r. pt. „Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej”). W tym miejscu dodać należy, że najbardziej znanym wyrazem takiej „techniki legislacyjnej” był art. 565 wywodzącego się z czasów autorytaryzmu generała Franco Kodeks karny hiszpański z 1944 r., statuujący tzw. system otwarty czynów nieumyślnych (*número abierto*), co spotykało się z druzgocącą krytyką karnistyki hiszpańskiej (zob. w tej mierze np. E. Baciagalupo, *Manual del Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá 1996, s. 212 i n.).

² W. Mąciór (zob. *Problem przestępstw nieumyślnych*, Kraków 1968, s. 6) już przed laty komentując rozwój techniki, pisał tak: „(...) wszystko to stwarza niepokojący stan rzeczy, który zmusza do szukania różnych środków (...). To natomiast należy podkreślić, że zarówno profilaktyka, jak i represja karna są uzasadnione”.

prawa karnego reprezentowany jest pogląd, że karalność przestępstw nieumyślnych jest rzeczą niewłaściwą, i winna zostać, jeśli już nie całkowicie zniesiona, to przynajmniej w pewnym zakresie ograniczona. Właściwym środkiem reakcji na takie czyny ma być odpowiedzialność cywilna w postaci zadośćuczynienia za wyrządzaną szkodę (krzywdę). Wydaje się, że jeżeli nie ze względu na niebagatelne autorytety stojące za nim³, to na pewno ze względu na wartość argumentacyjną, pogląd taki, prezentowany szczególnie wyraźnie na gruncie doktryny niemieckiej i anglosaskiej, wymaga pewnego rozważenia i zajęcia stanowiska.

W argumentacji tej zwraca się uwagę na fakt, że w odniesieniu do kategorii przestępstw odznaczających się nieświadomą nieumyślnością problematyczne jest zawinienie sprawcy. Obecne ujęcie winy traktuje ją w kategoriach winy woli, a więc niezgodnego z normą określenia woli⁴. Jako przesłankę przyjęcia takiej niezgodności wskazuje się na rozróżnienie przez sprawcę stanu zgodnego z prawem i bezprawia⁵. Wiedza ta – podobnie jak świadomość – jest

³ Spośród szeregu znakomitych współczesnych karnistów odrzucających co do zasady odpowiedzialność karną za czyny nieumyślne wskazać należy chociażby na J. Bunga i jego rozprawę habilitacyjną: *Wissen und Wollen im Strafrecht: Zur Theorie und Dogmatik des Subjektiven Tatbestands*, Frankfurt am Main 2009, s. 1 („Einleitung”), gdzie pisze on: „Die Sache des Strafrechts wird nur dann verständlich, wenn man Rechtsverletzungen daraufhin ansieht, was der, der sie bewirkt hat, wusste und wollte und ob er dafür etwas konnte”; sprzeciw wobec kryminalizacji nieumyślności – z wyjątkiem niemyślnego spowodowania śmierci – Prof. Dr J. Bung wyraził również podczas rozmowy z autorem w październiku 2013 r.

⁴ Oznacza to zarazem odrzucenie szeregu innych, reprezentowanych u progu XX wieku i archaicznych z dzisiejszego punktu widzenia propozycji pojmowania winy, takich jak np. tzw. „Wollenschuld”, a więc dosłownie „winę chcenia” (czego egzemplifikacją może być pogląd H. Lucasa, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Recht* StR 1883, s. 108, który pisał: „Das Nichterkennen des rechtswidrigen Erfolges ist zunächst allerdings ein Vorwurf, welcher die Erkenntnis trifft; sobald dasselbe aber in Verbindung tritt mit dem Willen, überträgt sich dieser Mangel auf den letzten selbst: der Mangel an Einsicht erzeugt – rechtlich betrachtet – Willensschwache, Mangel am richtigen Wollen”), tzw. „Gefühlsschuld”, a więc tzw. „winy uczuć”, (co jest stanowiskiem E. Exnera, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig 1910, s. 177, gdzie opisał on ją jako wynik „der pflichtwidrigen Geringwertigkeit des Rechtsgutes (...) infolge deren der Täter unversehens eine Verletzung begeht, die er zu begehen nicht willens ist”) czy tzw. „Motivationsschuld”, a więc tzw. „winy motywacji” (zob. J. Friedrich, *Bestrafung und die Motive der Bestrafung*, Berlin & Leipzig 1910, s. 129, gdzie charakteryzował on ją jako stan świadomości sprawcy, który „durch einen unentschuldbaren Irrtum über den Kausalverlauf motiviert war, welcher auf der Verletzung einer Rechtspflicht beruhe, deren Beobachtung in dem Täter die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit seiner Willensbetätigung hervorgerufen hatte”). Co do przeglądu propozycji w tym zakresie na gruncie polskiej karnistyki zob. G. Rejman, *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980.

⁵ Czytelny wyraz takiego stanowiska jest zapożyczony z orzecznictwa niemieckiego (BGH w wyroku z dnia 18.03.1952, BGHSt 2, 194, 201) stwierdzenie, iż:

przesłanką kształtowania się woli sprawcy⁶. Łatwo w takiej sytuacji zauważyć, że gdy podstawą odpowiedzialności sprawcy jest brak należytej uwagi (apercepcji rzeczywistości), to on właśnie takiej wiedzy nie posiada. Na gruncie doktryny niemieckiej jednym z proponowanych rozwiązań tej sytuacji jest ocena, czy ten błąd sprawcy – najpewniej w postaci tzw. nieświadomości, ujmowany w kategoriach błędu co do prawa, był do uniknięcia⁷. W tym kontekście wskazuje się na dwa możliwe wytłumaczenia przyjęcia winy sprawcy, a więc: winy pojmowania (tzw. *Verstandesschuld*) bądź też winy charakteru (tzw. *Lebensführungsschuld* czy też *Charkerschuld*)⁸.

W jednym i drugim przypadku koncepcje te wiążą się z poważnymi wątpliwościami. Jako *Verstandesschuld* określa się bowiem sytuację, gdy sprawca mimo możliwości nie wykorzystał swoich zdolności do rozpoznania bezprawności czynu⁹. Pogląd ten poddany został gruntownej krytyce jeszcze w wieku XIX, kiedy wywiedziono, że każdy błąd ma postać błędu nieuniknionego¹⁰. Mimo to reprezentowany jest w dalszym ciągu¹¹. Według ujęcia drugiego, winą jest wina charakteru, wyrażająca się w nieprawidłowym rozwoju osobowości sprawcy¹².

„Voraussetzung dafür, daß der Mensch sich in freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung für das Recht und gegen das Unrecht entscheidet, ist die Kenntnis von Recht und Unrecht”.

⁶ A więc zarazem jego możliwości wyboru innego działania – zob. „tzw. „*Andershandelnkönnen*”, zob. J.H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1988, s. 369.

⁷ G. Spilgies, *Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht*, ZIS z. 7–8/2010, s. 491.

⁸ To, iż odpowiedzialność za przestępstwo nieumyślne nie jest oparta na prostej naganności woli, jasne było już dla W. Woltera (zob. *Funkcja błędu*, Warszawa 1965, s. 28). Z kolei dla S. Śliwińskiego, przeciwnika czystego normatywizmu (zob. idem, *Polskie Prawo Karne Materialne. Część Ogólna*, Warszawa 1946, s. 271), istota „winy nieumyślnej” wyraża się w tym, że „wola pewnego zachowania się powstaje wadliwie (działania lub zaniechania), tzn. przy akompaniamencie nieostrożności (lekkomyślności) lub niedbalstwa”.

⁹ Według przeciwników tej koncepcji nie można tutaj mówić o błędnym zrozumieniu, gdyż nieumyślne popełnienie czynu zabronionego jest wynikiem niedostatecznej wiedzy – zob. W. Zielinski, *Die fahrlässige Verbrechensbegehung im In- und Auslande*, Köln 1928, s. 20.

¹⁰ L. H. v. Almendingen, *Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen*, Gießen 1804, s. 54 stwierdza wprost: „Es gibt keinen Irrthum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können. Jeder Akt des Erkenntnisvermögens ist völlig unwillkürlich”, cyt. za: G. Spilgies, *Über...*, op. cit., s. 491–492. W podobnym duchu również G. Duttke, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen 2001, s. 241.

¹¹ G. Spilgies, *Über...*, op. cit., s. 492 jako jego rzecznika wskazuje chociażby C. Roxina.

¹² Na takim stanowisku w odniesieniu do nieświadomej nieumyślności stał

Takie rozwiązanie budzi zastrzeżenia wobec akceptowanej powszechnie konstatacji, że wina musi być relatywizowana do konkretnego czynu i pozostawać z nim w koincydencji czasowej. Stąd też G. Spilgies, stwierdzając „Aporie” prób wytlumaczenia odpowiedzialności karanej za czyny nieumyślne, gdzie w istocie brak jest – zdaniem autora – podstaw do stwierdzenia winy sprawcy, jako właściwe jej uzasadnienie wskazuje na potrzeby polityczno-kryminalne¹³. O tym, jak daleko niedostateczne jest to rozwiązanie, uzmysławia z kolei analiza ustawodawstwa konstytucyjnego, jak chociażby art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, statuującego zasadę winy jako podstawę odpowiedzialności karnej¹⁴. Dla innych autorów, uznających również priorytetowe znaczenie owej konstytucyjnej gwarancji zasady winy, karalność czynów nieświadomie nieumyślnych jest nie do przyjęcia¹⁵.

Zwrócić należy uwagę, że nie brak było ustawodawczych prób ograniczenia karalności przestępstw nieumyślnych, czego przykładem mogą być działania podejmowane w byłym NRD¹⁶. Ich wyrazem było brzmienie art. 8 § 2 Kodeksu karnego NRD¹⁷, zgodnie z którym nieświadoma nieumyślność karalna była wtedy, gdy była wynikiem obojętności lub przyzwyczajenia¹⁸. Wykładnia tego pierwszego pojęcia była jednak bardzo szeroka¹⁹.

przede wszystkim H. Welzel: *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW 60 (1941), s. 457.

¹³ G. Spilgies, *Über...*, op. cit., s. 493.

¹⁴ Gwoli ścisłości stwierdzić należy, że np. w obowiązującej obecnie Niemieckiej Konstytucji (Grundgesetz für die Republik Deutschland, 23.05.1949, BGBl. s. 1) brak jest wyrażenia zasady winy na poziomie deskryptywnym ustawy konstytucyjnej, ale jej podstawa upatrywana jest w art. 20 § 3, konstytuującym zasadę państwa prawnego; por. m.in. stanowisko Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 25.10.1966, BVerfGE 20, 323.

¹⁵ W tym kierunku zdecydowanie wypowiada się chociażby A. Kaufmann, *Jura* 1986, s. 232.

¹⁶ W doktrynie wskazuje się, że właściwą jej podstawą było stanowisko jednego z głównych teoretyków systemu prawa karnego w tym totalitarnym reżimie – J. Lekscha, który w swoim opracowaniu *Über die Strafwürdigkeit von Fahrlässigkeitsverbrechen*, Berlin 1958, s. 48 stwierdzał jednoznacznie: „(...) kriminelle Fahrlässigkeit nur dann [vorliegt – dop. M. B.], wenn der Täter vorsätzlich bestimmten Rechtspflichten zuwiderhandelt”. Pewną krótką charakterystykę tych zmian daje również G. Rejman, *Teorie...*, op. cit., s. 117.

¹⁷ Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik z dnia 12.01.1968 r. (GBl. I Nr 64, s. 591).

¹⁸ A więc dosłownie działania sprawcy, który „(...) infolge verantwortungsloser Gleichgültigkeit sich seinen Pflichten nicht bewusst gemacht hat” bądź też „sich auf Grund einer disziplinen Einstellung an das pflichtwidrige Verhalten gewöhnt hat”.

¹⁹ A. Koch, *Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit. Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik*, ZIS z. 3/2010, s. 191 i cytowane przez niego orzeczenie OG NJ 1973, 148.

Nie sposób w tym miejscu nie wspomnieć o pokaźnej grupie krytyków ujęcia nieumyślności – zwłaszcza w postaci nieświadomej nieumyślności – jako podstawy odpowiedzialności karnej wywodzących się z tradycji *common law*. Wyrazem takiej postawy jest chociażby pogląd R. A. Wasserstroma²⁰. Uznają oni, iż brak zarzucalności woli popełnienia danego czynu zabronionego po stronie sprawcy zbliża tę kategorię przestępstw do czynów opartych na modelu *strict liability*. Taka konkluzja sprawia, że do przestępstw nieumyślnych odnieść można obszerną krytykę wymierzoną w te ostatnie. Przeciwno temu ripostuje się, że swoistą *diferencia specifica* jest występująca wyłącznie przy przestępstwach nieumyślnych możliwość przewidywania popełnienia czynu zabronionego²¹. Wydaje się, że ta próba nie jest do końca przekonująca – bowiem sama możliwość przewidywania nie tworzy tutaj analogii do pozytywnych procesów wolicjonalnych, które w odniesieniu do popełnienia czynu zabronionego nie zachodzą przy przestępstwach nieświadomie nieumyślnych.

Również pośród innych, współczesnych autorów z kręgu prawa amerykańskiego wyraźnie zaznaczają się postulaty dekryminalizacji wymierzone wobec przestępstw karalnych w postaci nieświadomej nieumyślności²². Wysławiane w tym kontekście argumenty sprowadzają się do akcentowania warunku pozytywnych przeżyć intelektualnych w umyśle sprawcy jako nieodzownej przesłanki odpowiedzialności karnej²³.

²⁰ R. A. Wasserstrom, *Strict Liability in the Criminal Law*, 12 Stan. L. Rev., s. 743, który pisze: „If the objection to the concept of strict liability is that the defendant's state of mind is irrelevant, than a comparable objections seems to lie against offences founded upon criminal negligence”.

²¹ Tak więc chociażby G. Erenius, *Criminal negligence and individuality*, Norstedt 1976, s. 123 podkreśla: „(...) there is a clear difference between acting at <<one's peril>> in the case of the strict liability and the individual possibility of <<predicting the future>>.”

²² Tak więc chociażby V. Tadros, *Recklessness and the Duty to Take care*, [w:] *Criminal Law theory: Doctrines of the General Part*, S. Shute, A. P. Simester (red.), Oxford 2002, s. 258, zaznacza, iż swoiste przywary niezręczności nie są wystarczające, aby wzbudzić nimi zainteresowanie prawa karnego: „The central purpose of criminal law (...) is achieved without also making criminal of the stupid, the ignorant, or the clumsy”; por. również: A. Brudner, *The unity of the Common Law. Studies on Heglian Jurisprudence*, Berkley 1995, s. 221–238 oraz L. Alexander, K. K. Ferzan, w opracowaniu o wymownym tytule *Against negligence liability* [w:] P. H. Robinson, S. P. Garvey, K.K. Ferzan (red.), *Criminal law conversations*, New York 2009, s. 273, 281. Spośród starszych autorów wskazać należy zwłaszcza na opracowanie J. W. C. Turnera, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, 6 CAMB. L.J. 31 (1936), s. 44–48.

²³ Co ciekawe, warunek taki został zaakcentowany również przez część orzecznictwa, czego wyrazem jest rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego Stanu Nowy York (zob. *People v. Carlson*, 187 Misc. 230, 26 N.Y. S.2d 1003 [1941]), w którym stwierdzono: „Mere

Komentując te głosy G. P. Fletcher stwierdza, iż poglądy takie cyklicznie powracają w literaturze przedmiotu²⁴. Zdaniem tego autora można z łatwością podważyć ich zasadność poprzez odwołanie się do argumentacji przedstawionej już przez H. L. A. Harta w eseju z lat 60. XX wieku²⁵: podstawa zawinięcia przestępstw nieświadomie nieumyślnych jest swoista i wyraża się nie w winie wyboru, lecz w zarzucie niewykorzystania przez jednostkę jej zasobów do dostrzeżenia ryzyka w zachowaniu, którego się podejmuje²⁶. Co więcej, podnosi się, że podstawą odpowiedzialności sprawcy nie zawsze musi być jego świadomy wybór, chociażby dlatego, że prawo systemu *common law* zasadniczo nie uzależnia karalności od świadomości bezprawności czynu, czego jaskrawym wyrazem jest zasadniczy brak relewancji błędu co do prawa w tym systemie²⁷.

Wydaje się jednak, że argumentacja ta nie do końca jest w pełni przekonująca. Jej zasadniczą słabością jest chociażby oparcie się na swoistym pojmowaniu nieświadomej nieumyślności, a mianowicie na integrowaniu w niej elementów zewnętrznych w postaci oceny odnoszącej się do *state of conduct*, co na gruncie prawa systemu *common law* jest poglądem wyraźnie mniejszościowym²⁸. Z jeszcze większym dystansem odnieść się należy do prób objaśniania karalności czynów nieświadomie nieumyślnych za pomocą pytania, jak w danej sytuacji postąpił by

lack of foresight, stupidity, irresponsibility, thoughtlessness, ordinary carelessness, however serious the consequences may happen to be, do not constitute culpable negligence. There must **exist in the mind of the accused** (podkreślenie – M. B.) at the time of the act or omission, a consciousness of the probable consequences of the act, and a wanton disregard of them.”

²⁴ Dosłownie „crops up (...) in the literature from time to time” (zob. G. P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford 2007, s. 58).

²⁵ Chodzi naturalnie o esej H. L. A. Harta, *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility* [w:] H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford 1968, s. 136–158.

²⁶ Wyrazem powtórzenia tej strategii argumentacyjnej jest również następująca deklaracja G. P. Fletchera, *The theory of criminal negligence: a comparative analysis*, Pa. L. Rev. 1971, s. 415: „(...) the culpability of negligence is not the culpability of choice, but rather of failing to bring to bear one’s faculties to perceive the risks that one is taking”.

²⁷ Zwraca na to uwagę G. P. Fletcher, *The theory...*, op. cit., s. 420.

²⁸ Widać to w szeroko cytowanym orzeczeniu R. v. Fortin (1957), 121 C.C.C. 345 (N.B.S.C.App. Div.), s. 345, 350–351 z jednoznaczną wypowiedzią, iż w przypadku: „(...) offences involving criminal negligence the element of *mens rea* is to be found in the blameworthy state of mind”. Co ciekawe, drogą Harta podąża również G. P. Fletcher, (zob. *The theory...*, op. cit., s. 435–436), pisząc: „True, negligence is objective in the sense that it is not a state of mind, but the external conduct of taking an unexcused, impermissible risk. It is objective also in the sense that it contains a dimension of rules prohibiting the running of substantial and unjustified risks”.

wzorcowy, rozsądny człowiek²⁹. Z jego pomocą trudno jest bowiem uzasadnić zarzut winy³⁰.

Podsumowując tę część rozważań, zauważyć należy, że w dwóch odrębnych i w znacznym stopniu niezależnych od siebie systemach prawnych – prawie niemieckim oraz systemie anglosaskiego *common law* – wykrystalizowały się liczne, uargumentowane i rozwijane do dziś stanowiska kwestionujące zasadność karalności za czyny nieumyślne, a w szczególności za czyny nieświadomie nieumyślne. Skłania to do pogłębionej refleksji nad tym zagadnieniem.

2. Karalność czynów (nieświadomie) nieumyślnych w świetle zasady winy w rozważaniach polskiej nauki prawa karnego

Polska nauka prawa karnego pozbawiona jest do dnia dzisiejszego kompleksowego studium poświęconego istocie kryminalizacji czynów nieumyślnych w świetle zasady winy. Wartościowe, acz częściowe uwagi na ten temat odnaleźć można jednak w opracowaniach K. Buchały³¹, W. Woltera³² oraz W. Patryjsa³³.

Zdaniem tego pierwszego autora, w przypadku czynów zabronionych, przy których sprawca nie przewiduje możliwości ich popełnienia, mimo że „powinien i może przewidzieć”³⁴, a więc w przypadku nieświadomej nieumyślności, istotą winy jest wadliwy „proces podejmowania decyzji woli”³⁵. Sama indywidualna możliwość przewidywania nie może być, jego zdaniem, utożsamiona ze zdolnością przewidywania, gdyż „graniczyłoby to z nonsensem”³⁶; natomiast

²⁹ Do tej modelowej figury odwołuje się przykładowo G. P. Fletcher (zob. *The theory...*, op. cit., s. 425), przyznając zarazem, że wina jest tutaj oparta na ocenach społecznych związanych z oczekiwaniami innych osób wobec zachowania się sprawcy. Taktyka ta budzić musi o tyle zastrzeżenia, że wielokrotnie podnoszono już wątpliwości co do zgodności tej postaci z podstawowymi zasadami prawa karnego czy demokratycznego państwa prawnego (zob. np. M. Moran, *Rethinking the reasonable person. An egalitarian reconstruction of the Objective Standard*, Oxford 2003).

³⁰ Tą drogą wyraźnie podąża G. P. Fletcher (zob. *The theory...*, op. cit., s. 426), pisząc wprost: „If, however, the issue is the culpability of inadvertence, the reasonable man standard directs our attention (...) to our expectation of what average individuals would do if faced with the same circumstances”.

³¹ K. Buchała, *Z rozważań nad winą nieumyślną – niedbalstwo*, Państwo i Prawo z. 2/1975, s. 50 i n.

³² W. Wolter, *Z rozważań nad winą nieumyślną*, Państwo i Prawo z. 5–6/1962, s. 795 i n..

³³ W. Patryjas, *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, zwłaszcza s. 122–133 oraz s. 161–181.

³⁴ Por. ujęcie art. 7 § 2 Kodeksu karnego z 1969 r. (Dz.U.1969.13.94).

³⁵ K. Buchała, *Z rozważań...*, op. cit., s. 58.

³⁶ K. Buchała, *Z rozważań...*, op. cit., s. 53.

jest jej istotną przesłanką. Fakt, że naganny brak koncentracji może być wynikiem struktury charakteru, a zwłaszcza pewnych jej patologii występujących u sprawcy – samo w sobie nie oznacza aprobaty wobec propozycji tzw. Charakterschuld. Odpowiadając współczesnym sobie zwolennikom tezy o braku winy w przypadku karnej nieświadomej nieumyślności³⁷, jako rozwiązanie tego problemu autor wskazuje „ocenę społeczną, która wartościuje przyczynę niepowodzenia”³⁸. Takie ujęcie winy ma być bardziej realistyczne niż kreowanie winy na wzór winy moralnej. Stąd też kryminalizowanie tej kategorii przestępstw nie budzi u tego autora wątpliwości.

W. Wolter u podstaw swoich rozważań poświęconych przedmiotowej kwestii czyni stwierdzenie, że wina na gruncie prawa karnego to nic innego jak „wina woli”³⁹. Wskazując na słabość teorii psychologicznej, akcentuje, że tylko normatywnie pojmowana wina umożliwia jej wykazanie w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych. W tym przypadku faktyczna nienaganność woli jest bez znaczenia, o ile tylko „sam sposób powzięcia aktu woli był bez zarzutu”⁴⁰. Zarazem autor zasadnie przypomina, że wina wyraża się tutaj nie w tym, że sprawca chce popełnienia określonego czynu zabronionego, gdyż w przypadku nieświadomej nieumyślności brak jest jakiegokolwiek łączności psychicznej „pomiędzy sprawcą a czynem – skutkiem”⁴¹. Pewną intuicję co do pojmowania tego „sposobu podjęcia aktu woli” dostarcza uważna lektura dalszego fragmentu opracowania wybitnego karnisty z Krakowa, który stwierdza, iż „istnieją sytuacje, kiedy przed przystąpieniem do czynu należy i można zdobyć odpowiednią wiedzę”⁴². Jednak ten sam autor słusznie zastrzega, że nie zawsze jest tak, że to właśnie zarzuczalny „brak koncentracji uwagi nie wywołał pożądanych i możliwych skojarzeń”⁴³.

³⁷ Zwłaszcza A. Kaufmannowi, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, s. 197.

³⁸ Ostatecznie autor opowiada się za odwołaniem się do wzorca „starannego obywatela” odpowiadającego cechom sprawcy, co spotkać się musi koniecznie z krytyką, a słabości takiego rozwiązania świadomy był autor, pisząc znamienne, iż „(...) takie rozwiązanie kryje w sobie znaczną skalę błędów”, zob. K. Buchała, *Z rozważań...*, op. cit. s. 62–63.

³⁹ W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 795.

⁴⁰ W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 799.

⁴¹ W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 800. Pytaniem, które materializuje się w tym kontekście, to kryterium uznania, że wadliwy „sposób powzięcia aktu woli” należy do tej samej kategorii co wadliwość samej woli. Szczególnie przyjmując leżący u podstaw czynu nieświadomej nieumyślnego deficyt informacji, czy wręcz błąd, który powoduje nie podjęcie żadnego aktu woli w sytuacji, kiedy był on wymagany prawem, rodzi pytanie, czy jest to zawsze odmiana wadliwego „sposobu powzięcia aktu woli”. Dalej W. Wolter ujmuje tę winę woli nieco inaczej, pisząc, iż „wynika ona ze sprzecznego z obowiązkiem i możliwością nieprzewidywania konsekwencji czynu” (zob. idem, s. 808).

⁴² W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 806.

⁴³ W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 808.

Dużą przenikliwością odznaczają się wreszcie uwagi W. Patryjas, sformułowane wszak na gruncie innych założeń metodologicznych. Zgodnie z tym ujęciem, przy nieświadomej nieumyślności „zdanie konstatające wykonywanie przez niego [tj. sprawcy – przypis M. B.] danego czynu nie jest nawet jego supozycją”⁴⁴. Dla uniknięcia nieporozumień podkreślić należy, że w rozumieniu poznańskiego teoretyka prawa ową supozycją jest nietrafny szacunek niskiego obiektywnego prawdopodobieństwa spowodowania swym zachowaniem zakazanego stanu rzeczy⁴⁵. W przypadku przestępnej nieświadomej nieumyślności opowiada się W. Patryjas w swojej monografii za oceną karygodności zgodnie z dominującym ówczesnie w karnistyce odwołaniem do „pewnego wzorca, standardu”⁴⁶. Kluczowe dla charakterystyki poglądu profesora z Poznania wydaje się jednak wcześniejsze spostrzeżenie owego autora, iż nieumyślnie wykonany czyn jest wynikiem wadliwości wiedzy podmiotu, który bądź to nie wie, jaki czyn wykonuje, bądź też „nie ma rozeznania co do tego, jaki czyn potrafi wykonać”⁴⁷. Tak ujęta istota nieumyślności jest wzbogacona zarazem o konstatację, że brakuje tutaj stosunku wolicjonalnego podmiotu do popełnionego czynu. Ujmując winę w kategoriach relacji, a więc stosunku zachodzącego pomiędzy „podmiotem a stanem rzeczy (w szczególności czynem) w danym okresie”⁴⁸, pozostawia on w swoim ujęciu – przez niewskazanie kryteriów eksplikacji winy – pole do wykazania winy przy przestępstwach nieumyślnych i tym samym do uzasadnienia karalności czynów nieumyślnych.

Dla wszystkich tych znakomitych komentatorów polskiego prawa karnego pewna swoistość winy w przypadku przestępstw nieumyślnych, mówiąc precyzyjniej w przypadku karygodnej nieświadomej nieumyślności, jest widoczna⁴⁹. Dostrzeżenie problemu „właściwej represji”⁵⁰ nie oznacza jednak w ujęciu żadnego z nich sprzeciwu wobec kryminalizacji tej kategorii czynów.

Zagadnienie to nie było przedmiotem ożywionej debaty w okresie tworzenia Kodeksu karnego z 1997 r.⁵¹. Samo uzasadnienie k.k. dostarcza szeregu in-

⁴⁴ W. Patryjas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 174.

⁴⁵ W. Patryjas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 168.

⁴⁶ W. Patryjas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 175.

⁴⁷ W. Patryjas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 125.

⁴⁸ W. Patryjas, *Interpretacja...*, op. cit., s. 197. Ujęcie takie opiera się na założeniu o semiotycznym podobieństwie wyrazu „wina” do takich słów, jak przyjaźń czy ojcostwo, będących wyrazem pewnej relacji. Ta w pełni słuszna konkluzja na gruncie języka polskiego nie wyklucza jednak istnienia takich języków naturalnych, szczególnie opartych na innym systemie gramatycznym czy semiotycznym, gdzie ta intuicja nie będzie trafna.

⁴⁹ Chociaż najmniej eksponuje ją W. Wolter, zob. powyżej s. 126.

⁵⁰ W. Wolter, *Z rozważań...*, op. cit., s. 795.

⁵¹ Ilustracją tego może być chociażby opracowanie T. Kaczmarka, *Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne oraz kryminalnopolityczne założenia*, s. 17–18, [w:] *Nowa*

formacji co do przyjętego ujęcia nieumyślności i jej ścisłego oddzielenia od winy, ale poza stwierdzeniem „wyjątkowego karania nieumyślnej realizacji znamion czynu zabronionego”⁵² i braku „akceptacji określonej teorii winy” milczy na temat problemu ich kryminalizacji⁵³.

3. Karalność czynów (nieświadomie) nieumyślnych a teoria kryminalizacji

Przedstawione powyżej rozważania ukazują brak szczególnych wątpliwości doktryny polskiej co do karalności czynów nieumyślnych, nawet w zakresie ich nieświadomej odmiany. Aby jednak móc takie podejście zweryfikować, należy syntetycznie uzupełnić prowadzone tutaj wywody o dorobek teorii kryminalizacji.

W ogólnej teorii kryminalizacji podkreśla się, że wspólną, głęboką podstawą stosowania zakazów karnych wobec określonych czynów jest ich dewiacyjność⁵⁴. Szczegółowe przesłanki kryminalizacji podzielić można na formalne, wśród których zdecydowanie najważniejszy zdaje się być obowiązek szczegółowego uzasadnienia potrzeby wprowadzenia danego czynu jako karalnego⁵⁵, oraz materialne, gdzie najczęściej wymienia się problematykę zasadności objęcia zakazem karnym określonych czynów w świetle katalogu praw człowieka zawartego w Konstytucji, a także takie zasady jak nakaz tolerancji⁵⁶, nakaz proporcjo-

Kodyfikacja Prawa Karnego, red. L. Bogunia, Acta Universitatis Wratislaviensis 1998 nr 2095, t. III, gdzie ogranicza się on do stwierdzeń, że niewprowadzenie ustawowej definicji winy stwarzać będzie problemy dla prawidłowej wykładni, a uznanie winy jako odrębnego elementu od strony podmiotowej może rodzić – przy aprobachie dla tezy A. Zolla, że jej miernikiem jest stopień społecznej szkodliwości czynu – problem redundancji materiału normatywnego, zwłaszcza w świetle brzmienia art. 53 § 1 k.k.

⁵² Zob. *Uzasadnienie do Projektu Kodeksu Karnego*, Warszawa 1994, Państwo i Prawo z. 3/1994 (wkładka), s. 6.

⁵³ Zob. *Uzasadnienie...*, s. 5. Warto zaznaczyć, że w tym samym czasie krytykę nadmiernego przywiązywania się do elementu psychicznego w przypadku nieświadomej nieumyślności wyraził G. Erenius, *Criminal...*, op. cit., s. 116–117: „But it seems to a waste of time to try (...) to find a psychological element that preserves or maintains the fundamental unity between the actor, the act, and the object of the act”.

⁵⁴ Pod tym względem, jak powszechnie wiadomo, brak jest zgody między zwolennikami tzw. normatywnego ujmowania dewiacji jako niezgodności z określonymi normami społecznymi czy prawnymi oraz zwolennikami tzw. ujęcia reaktywnego („labelling approach”), gdzie podstawą uznania dewiacyjności są oceny innych osób – zob. w tej sprawie np. G. Kaiser, *Kriminologie: ein Lehrbuch*, Heidelberg 1996, s. 315–316.

⁵⁵ Zwraca na to uwagę G. Kaiser, *Kriminologie...*, op. cit., s. 322.

⁵⁶ Pojmowany jako wykluczenie stosowania prawa karnego w postaci narzędzia represji wobec określonych grup światopoglądowych czy religijnych.

nalności⁵⁷ oraz uwarunkowanie kryminalizacji przeprowadzeniem stosownych badań empirycznych⁵⁸. Oceniając spełnienie tych przesłanek w odniesieniu do całej kategorii przestępstw nieumyślnych, trudno byłoby podtrzymać tezę, że nie spełniają one – zbiorczo rzecz ujmując – rzeczonych przesłanek. Trudno w szczególności wywieść, iż konstytucyjna gwarancja ochrony wolności człowieka⁵⁹ *per se* stoi na przeszkodzie kryminalizacji czynów nieumyślnych czy też choćby tylko tych odznaczających się nieświadomą nieumyślnością; podobna konkluzja dotyczyć musi szeregu innych fundamentalnych praw⁶⁰. Inna może być natomiast konkluzja w odniesieniu do wybranych typów czynów zabronionych. Świadomość, a przynajmniej pewną intuicję istniejących w tym względzie ograniczeń zdawał się mieć już sam ustawodawca, ograniczając możliwość nieumyślnego pokrzywdzenia wierzycieli do działania w „sposób lekkomyślny”⁶¹. Charakteryzując zagadnienia kryminalizacji określonych czynów, podkreśla się również, że nie stoi temu na przeszkodzie fakt ich szerokiego rozpowszechnienia w społeczeństwie⁶².

Uwarunkowane to jest jednak występowaniem innych, „istotnych” przesłanek kryminalizacji⁶³.

Badając opracowaną przez L. Gardockiego na gruncie nauki polskiej wzorcową procedurę kryminalizacyjną, zauważyć należy, że problematyczne może być spełnienie szeregu tzw. przesłanek absolutnych przez kategorię przestępstw nieumyślnych – szczególne wątpliwości dotyczą tutaj czterech kwestii⁶⁴.

⁵⁷ Która to zasada, że względu na swobodę ustawodawcy w tym przedmiocie, rzadko może rozstrzygać o określonym zakresie odpowiedzialności karnej.

⁵⁸ Obejmujących całe spektrum przestępczości i ich uciążliwości dla właściwego funkcjonowania społeczeństwa.

⁵⁹ Por. art. 31 Konstytucji RP.

⁶⁰ Wskazać tutaj można tytułem przykładu na ochronę równości (por. art. 32 Konstytucji RP) czy prawo do ochrony prywatności (por. art. 48 Konstytucji RP).

⁶¹ Por. art. 301 § 3 k.k.

⁶² L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 124–125. Polemizując ze stwierdzeniami Jakolewa stwierdza on, iż: „Twierdzenie, że (...) kryminalizacja czynów szeroko rozpowszechnionych nie może być społecznie efektywna (...) razi poczucie sprawiedliwości”.

⁶³ Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op.cit., s. 127, gdzie zaznacza on, iż „(...) (przy założeniu, że istnieją istotne powody do kryminalizacji) korzystniej społecznie [jest – dop. M. B] pozostawienie tych stosunkowo często naruszanych przepisów niż legitymizacja działań uważanych za karygodne”.

⁶⁴ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op.cit., s. 204–205. Chodzi tutaj o następujące przesłanki absolutne: „2) odpowiedzialność karna jest reakcją proporcjonalną do znaczenia szkody, (...) 3) Kryminalizacja realizowana w praktyce (wykonalna) i może mieć aspekt prewencyjny” oraz „5) Są inne niż karnoprawne środki zapobiegania lub minimalizowania szkody tudzież „7) Kryminalizowane zachowanie daje się opisać w ustawie w sposób odpowiadający wymogom praworządności”.

Respektując porządek rozważań tego warszawskiego autora, w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na proporcjonalność odpowiedzialności karnej do wyrządzonej szkody. Problematyczne w tym względzie jest to, że brak jest jednoznacznych kryteriów, jak ocenić doniosłość czy rozmiary wyrządzonej szkody, co w szczególności odnosi się do przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Znakomitym przykładem jest tutaj czyn stypizowany w art. 183 § 4 w zw. z § 6 k.k. Wywożenie odpadów wbrew przepisom ustawy za granice nie musi koniecznie prowadzić do żadnej wymiernej szkody dla środowiska, ale jedynie stanowić uszczerbek dla praworządności⁶⁵.

Podobnie wypada analiza kolejnej przesłanki absolutnej kryminalizacji, a mianowicie występowania innych środków zapobiegania lub minimalizowania szkody. Karygodność nieostrożności sprawcy, któremu nie można przypisać chociażby li tylko godzenia się na popełnienie czynu zabronionego, jest koniecznym instrumentem dyscyplinowania społeczeństwa⁶⁶. Widmo odpowiedzialności dyscyplinarnej, mimo grążących za nie surowych sankcji, niejednokrotnie zbliżonych swoją dotkliwością do kar przewidzianych w k.k.⁶⁷, nie gwarantuje wszak w każdym przypadku dostatecznej ochrony dóbr prawnych, co ilustruje praktyka funkcjonowania art. 231 § 3 k.k. Uznać trzeba więc, że mimo istnienia innych niż *stricte* karnoprawnych środków „zapobiegania lub minimalizowania szkody”⁶⁸, są to środki w pewnych przypadkach niewystarczające⁶⁹. Czasami na pierwszy plan wysuwa się z kolei realizacja funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego i zadośćuczynienie psychologicznej potrzeby odpłaty, czego – jednym z wielu – przykładów może być chociażby czyn stypizowany w art. 354 § 1 k.k.

⁶⁵ Dodatkowo kwestia ta jest problematyczna w aktualnym stanie prawnym także wobec braku legalnej definicji odpadów.

⁶⁶ Podkreśla to również G. Erenius, *Criminal...*, op. cit., s. 125, pisząc: „People can be deterred from acting carelessly by the threat of punishment”. Co do pojęcia zamiaru ewentualnego zob. M. Kowalewska, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, niepubl. praca doktorska, Poznań 2013.

⁶⁷ Na podobieństwo to wielokrotnie zwraca się uwagę w doktrynie, zob. chociażby P. Józwiak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie*” niepubl. rozprawa doktorska, Poznań 2013, gdzie słusznie zauważa on, iż „(...) dolegliwość sportowych sankcji dyscyplinarnych bywa niejednokrotnie porównywalna, a nieraz wręcz przekracza dolegliwość kar czy środków karnych przewidzianych w prawie karnym”.

⁶⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 205.

⁶⁹ Taką konkluzję odnieść można do szeregu czynów usytuowanych w k.k., jak np. art. 359 k.k. Przy okazji zauważyć należy, że schemat stworzony przez L. Gardockiego odczytywać można sensownie chyba tylko, gdy doda się w nim dodatkowy warunek istnienia skutecznych środków, bowiem to, że praktycznie każdemu czynowi zabronionemu towarzyszą również inne formy odpowiedzialności (zwłaszcza cywilnej, ale w coraz większym stopniu administracyjnej) jest chyba truizmem.

Wreszcie pewne wątpliwości budzić może ostatnia z tzw. przesłanek absolutnych kryminalizacji wyszczególnionych w modelu warszawskiego naukowca, tj. możliwość opisanie czynu nieumyślnego zgodnie z wymaganiami praworządności. Zagadnienie to dotyczy przede wszystkim zgodności z konstytucyjnym imperatywem ustawowej określoności (*nullum crimen sine lex certa*) typów czynów nieumyślnych, określanych przez część literatury karnistycznej jako „otwarte”⁷⁰. Fakt, że do ich bytu niezbędne jest wskazanie naruszenia reguły (normy) ostrożności, wynikającej niekoniecznie z aktów normatywnych, lecz często – jak się uznaje – z niesformalizowanych wytycznych, regulaminów czy instrukcji budzi u części nauki poważne wątpliwości⁷¹. Wobec tego zwrócić należy uwagę na dwie istotne okoliczności: po pierwsze, fakt takiego ujęcia deskryptywnego czynów nieumyślnych jest rezultatem doraźnego rozwiązania ustawodawcy⁷², natomiast czym innym jest też kwestionowanie samego czynu nieostrożnego jako podstawy odpowiedzialności karnej⁷³. Po drugie, pamiętać należy o rozróżnieniu pomiędzy postulatem wyłączności a zupełności ustawy karnej⁷⁴. Wreszcie zasada dostatecznej precyzji przepisu prawa karnego nie może być pojmowana w kategoriach absolutnych⁷⁵ – nie tylko dlatego, że nie jest on równoznaczny z zakodowaną w nim normą prawną – ale także przez to, że Sąd stosujący ustawę karną ograniczony winien być do roli odtwarzania norm prawnych, a nie ich

⁷⁰ Gwoli ścisłości wskazać należy, że podgląd taki wywodzi się jeszcze z poglądów finalistów. Zob. C. Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtenmerkmale*, Berlin 1958, s. 11.

⁷¹ Charakter tych wątpliwości ilustruje stwierdzenie W. Wróbla, *Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności* [w:] *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki, Warszawa 2008, s. 173, iż: „(...) budzi to zastrzeżenia w związku z bezwzględny stwierdzeniem art. 1 k.k.”

⁷² W niektórych typach dodatkowe odwołanie do reguł ostrożności jest zawarte na płaszczyźnie deskryptywnej samego opisu typu; wydaje się, że dobrze relację tę uzmysławia porównanie ujęcia przestępstw zamieszczonych w art. 173 § 1 oraz 177 § 1 k.k. Innym przykładem jest ukształtowanie § 318 oraz 319 niemieckiego Kodeksu karnego (tekst jednolity. BGBl. I s. 3322).

⁷³ Por. rozważania J. Bunga, *Wissen...*, loc. cit., który stwierdza: „Die strafrechtliche Zurechnungslehre (...) muss aus dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung entwickelt werden und nicht aus dem Gedanken der Verletzung der Sorgfaltspflicht”.

⁷⁴ Co do tego rozróżnienia zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 34.

⁷⁵ H. Kudlich, *Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung* [w:] *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin 2007, s. 381–382 oraz powołane tam orzecznictwo.

stwarzania⁷⁶, do czego w granicach wytyczanych regułami wykładni potrzebuje pewnej swobody. Przy takim ujęciu nie może być wątpliwości co do zrealizowania i tej przesłanki kryminalizacyjnej w ujęciu L. Gardockiego.

Ta krótka analiza zagadnień teorii kryminalizacji prowadzi do konkluzji, iż mimo że można wskazać pewne pojedyncze typy nieumyślnych czynów zabronionych, co do których materializować się mogą wątpliwości co do zasadności ich kryminalizacji, to nie uzasadniają one jeszcze radykalnej tezy o potrzebie dekryminalizacji całej tej kategorii czynów, czy też jej części w zakresie obejmującym nieświadomą nieumyślność. Mimo że wykorzystany w powyższych rozważaniach schemat wzorcowej procedury kryminalizacji mieć może tylko pewne znaczenie pomocnicze, chociażby dlatego, że abstrahuje on od konstytucyjnych przesłanek odpowiedzialności karnej – w szczególności, posługując się bowiem modelem wypracowanym przez L. Gardockiego, trudno *a limine* wykluczyć odpowiedzialność za czyny częściowo niezawinione, choćby na wzór *strict liability crimes* – to jednak uzupełnienie tych rozważań o konstatację G. Kaisera nic nie zmienia w ostatecznej konkluzji. Przypuszczać należy, że nawet przy przyjęciu innego ujęcia kryminalizacji wyniki byłyby podobne⁷⁷.

Niemniej jednak wobec naszkicowanych powyżej swoistości czynów odznaczających się nieświadomą nieumyślnością, zwłaszcza w perspektywie ich winy, szczególnie celowe wydaje się rozważanie zwiększenia liczby typów czynów zabronionych, w których odpowiedzialność karna ograniczona jest klauzulą lekkomyślności⁷⁸.

⁷⁶ W tym kierunku w nowszej literaturze chociażby A. Colombi Ciacchi (zob. A. Colombi Ciacchi, *Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich*, München 2005, s. 185) oraz na gruncie nauki polskiej chociażby A. Fronczak, *Przyczynek do rozróżnienia niedbalstwa i niedbałości w prawie karnym*, SI 53/2011, s. 110.

⁷⁷ Co do innych propozycji i zasad rozwiązania zagadnień kryminalizacji zob. L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 90–195.

⁷⁸ Czy też planowanego, bowiem w tym zakresie nie ma dojść do poważnych zmian. Projekt zmian k.k. w ujęciu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2013 r. (Wszystkie projekty zmian k.k. dostępne pod adresem: <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/>, ostatni odczyt dnia 1 grudnia 2014 r.), który – ze względu na skoncentrowanie dyskusyjnych zresztą zmian na części ogólnej k.k. – pomija tę kwestię, obstarując jedynie przy zaproponowanym już w projekcie z dnia 4 kwietnia 2013 ujęciu nieumyślności, która ma brzmieć: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach wyczerpanie znamion tego czynu było obiektywnie możliwe do przewidzenia”. Warto nadmienić, że sprawę tę zupełnie inaczej ujmował projekt w wersji z dnia 14 marca 2014 r., gdzie posłużono się następującym ujęciem: „Czyn zabroniony jest popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca nie ma

4. Zagadnienie odpowiedzialności za przestępstwa (nieświadomej) nieumyślności w świetle prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego

Pewnym sygnałem zmieniającego się postrzegania na gruncie nauki polskiego prawa karnego przestępstw nieświadomej nieumyślności była rozważana na międzynarodowej konferencji naukowej poświęconej obiektywnemu i subiektywnemu przypisaniu we Wrocławiu w maju 2014 r. pod wpływem referatu M. Budyn-Kulik, propozycja przesunięcia przestępstw nieświadomej nieumyślności do kategorii deliktów cywilnych zgłoszona przez J. Giezka. Pytanie w tym zakresie zostało wywołane – nomen omen podobnie jak w przypadku przeanalizowanych poglądów literatury obcej – wątpliwościami co do podstaw zarzutu winy wobec sprawcy takich czynów. Wydaje się, że szczególnie problematyczne mogło to być w sytuacji przedłożonego przez Komisję Kodyfikacyjną projektu zmian w części ogólnej k.k., w którym opowiedziano się za obiektywną przewidywalnością wypełnienia znamion przedmiotowych czynu zabronionego jako podstawą odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne. Przy przyjęciu tak zarysowanej optyki stworzona zostałaby możliwość przypisania nieumyślnego czynu sprawcy mimo, że biorąc pod uwagę jego subiektywne zdolności, nigdy nie był on w stanie go zrealizować⁷⁹. Jeżeli zarazem podstawą winy w przypadku przestępstw nieświadomie nieumyślnych czyni się system ocen społecznych, a nie jest to wcale perspektywa zbyt odległa, jak dowodzą analizowane powyżej poglądy K. Buchały oraz G. P. Fletchera⁸⁰ – szczególnie ocen personifikowanych przez figurę wzorcowego obywatela – to realna jawi się perspektywa *quasi*-obiektywnej odpowiedzialności karnej⁸¹. Uzmysławia to chyba dobitnie, że o ile

zamiaru wyczerpać znamion przedmiotowych czynu zabronionego, a w danych okolicznościach możliwość tę przewidywał lub mógł przewidzieć”. Od koncepcji tej odstąpiono w rządowym projekcie z dnia 15.05.2014 r. przekazanym na ręce Marszałka Sejmu do prac parlamentarnych.

⁷⁹ Słusznie więc podkreślił Ł. Pohl w swoim referacie pt. „Przyczynek do rozważań o strukturze nieumyślności i sposobie jej opisanie w Kodeksie karnym” podczas wzmiankowanej konferencji we Wrocławiu (zob. przypis 1), iż preferencja dla takiego rozwiązania osłabia istotnie funkcję prawa karnego jako regulatora życia społecznego.

⁸⁰ Zob. przypis 29.

⁸¹ Zilustrować to można kazusem kierowcy, który podróżując samochodem z nie-zamkniętym poprzez roztargnienie wywołane stresem choroby bliskiej osoby tylnym bagażnikiem powoduje wypadek komunikacyjny. Obiektywna możliwość przewidywania wraz z uczynieniem podstawą zarzutu odniesienia do wzorca rozsądnego kierowcy prowadzą do odpowiedzialności karnej kierowcy w sytuacji, gdy jak przypuszczam, nie jest to zgodne z ocenami społecznym, i nie aktualizują się również w racjonalizację wymierzenia kary ze względów prewencji indywidualnej czy generalnej.

przeprowadzone powyżej rozważania nie wykluczają odpowiedzialności karnej za tę kategorię przestępstw, to poprzez przyjęcie nieodpowiednich koncepcji doktrynalnych może stać się ona nadzwyczaj kontrowersyjna⁸². Podkreśla to pewną współzależność teorii kryminalizacji i praktyki stosowania prawa.

W opozycji do takich tendencji zaakcentować należy, że niewątpliwie brak pozytywnego stosunku wolicjonalnego po stronie sprawcy w przypadku nieświadomej nieumyślności nie jest kłopotliwy pod warunkiem, że przyjmuje się swoiste negatywne, subiektywne powiązanie psychiczne po stronie sprawcy, wyrażające się w tym, że mógł on doprowadzić do uznania w zasobie swojej wiedzy takich zdań, które spowodowałyby – przy założeniu racjonalności jego preferencji – zachowanie zgodne z prawem⁸³. Warunkuje on wtedy postawienie swoistego zarzutu winy, o innym nieco charakterze niż klasycznie sformułowany zarzut winy woli. Prowadzi to zarazem do ogólniejszej konkluzji, iż wina, obiegowo pojmowana przez pryzmat dominującej obecnie tzw. czystej teorii normatywnej winy⁸⁴, jest okolicznością o heterogenicznej naturze w tym sensie, że nie można jej, w przypadku przestępstw nieświadomie nieumyślnych, sprowadzić do prostej winy woli⁸⁵.

5. Konkluzje

Podsumowanie niniejszych rozważań poprzedzić należy istotną konstatacją, iż brak jest obecnie regulacji prawa międzynarodowego, które stanowić mogłyby ograniczenie kryminalizacji kategorii przestępstw nieumyślnych⁸⁶.

Sklania to do stwierdzenia, że ponowione ostatnio koncepcje nauki niemieckiej traktować należy z pewną powściągliwością. Polska karnistyka, operu-

⁸² Świadomość tego towarzyszy teoretykom kryminalizacji, czego ilustracją może być stwierdzenie G. Kaisera, *Kriminologie...*, op. cit., s. 321 „(...) lässt sich die Freiheit auf andere Weise einschränken, etwa durch extensive Auslegung der Tatbestandsmerkmale durch die Rechtsprechung”.

⁸³ Co do problematyki uznawania zdań i racjonalnych preferencji podmiotu zob. W. Patryjas, *Uznawanie zdań*, Warszawa 1987.

⁸⁴ Co do tego pojęcia zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 296–297.

⁸⁵ Tak jak to jest w przypadku pozostałych kategorii przestępstw: umyślnych oraz świadomie nieumyślnych.

⁸⁶ Na tę przesłankę jako wytyczną zakresu kryminalizacji zwraca uwagę również L. Gardocki, *Zagadnienia...*, op. cit., s. 207. Podkreślić należy, że nawet czyny oparte na modelu *strict liability crimes* zostały uznane za zgodne z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w szczególności z domniemaniem niewinności, co podkreśla się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, chociażby w orzeczeniu *Salibaku vs. Francji* z dnia 7.10.1988, 13 EHRR, 379.

jąc kompleksową teorią normatywną, traktuje winę w przypadku przestępstw nieumyślnych jako wyraz zarzutu w sytuacji będącej „obiektywnie błędnym wyborem decyzji”⁸⁷, przy natomiast aprobacie dla czystej teorii normatywnej jej istoty upatruje w zarzucie związanym z możliwością zachowania się w inny sposób. Dostrzega zarazem fakt, że trudniej wskazać w odniesieniu do tej kategorii przestępstw ową karygodną „Wissen und Wollen”. Niemniej jednak ta charakterystyka czynów nieumyślnych, zwłaszcza nieświadomie nieumyślnych, nie wydaje się być dostateczną podstawą do ich dekryminalizacji. Wynika to z faktu, że zadaje się ona odrzucać ograniczenie pojmowania winy do restrykcyjnie i wąsko pojmowanej winy woli jako zbyt sztywne.

Pamiętać także należy, że sam fakt braku zamiaru popełnienia danego czynu zabronionego nie musi świadczyć o niższym stopniu niebezpieczeństwa sprawcy czynu⁸⁸. W przypadku przestępstw nieumyślnych, także nieświadomie nieumyślnych, zrealizowane są bowiem wszystkie istotne przesłanki kryminalizacji.

Nie może to zmieniać faktu, że ich karalność ze względu na zarysowaną powyżej specyfikę powinna mieć wyjątkowy charakter⁸⁹. Wydaje się nawet, że pod tym względem, dostrzegając kierunek polityki wzrastającej kryminalizacji postulować można pewne ograniczenie ich kręgu w stosunku do aktualnego stanu prawnego poprzez zastosowanie wzmiankowanej klauzuli lekkomyślności, której zakres ograniczony jest obecnie do jednego tylko przypadku w całym k.k.⁹⁰. Może warto by się nad tą kwestią, w dobie rozważanych poważnych zmian w k.k., z należytą dbałością pochylić?

⁸⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo Karne...*, op. cit., s. 296.

⁸⁸ Zgodzić się należy z tym, że planowana nieostrożności może być zachowaniem bardziej nagannym niż jednorazowy wybuch sprawcy.

⁸⁹ Tę specyfikę wydaje się, że dostrzegła także sama Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego pracująca na zmianami w Części Ogólnej k.k. przez wprowadzenie do art. 1 k.k. dodatkowego § 1a, który miał brzmieć: „Nie ma czynu zabronionego, jeżeli w danych okolicznościach wyczerpanie znamion przedmiotowych tego czynu nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia” – zob. projekt zmian w k.k. ogłoszony na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości w dniu 10 grudnia 2013 r. oraz identycznie – projekt z dnia 14 marca 2014 r. Właściwy sens owego § 1a ograniczał się właśnie do uzasadnienia kryminalizacji nieświadomej nieumyślności – zob. Ł. Pohl, *W sprawie proponowanych zmian w części ogólnej Kodeksu karnego (zagadnienia wybrane)*, Państwo i Prawo, z. 8/2013, s. 108. Co więcej zaznaczyć należy, że taka konkluzja automatycznie uwidacznia niesłuszność zapatrywań tych autorów, którzy widzą w odpowiedzialności za czyny nieumyślne rzecz normalną, ograniczoną do zagadnień techniki legislacyjnej, który to pogląd, jak zauważono powyżej, jest właściwy zwłaszcza dla aktualnych wypowiedzi J. Majewskiego (zob. przypis nr 1).

⁹⁰ W szczególności wskazać tutaj należy na regulacje zamieszczone w art. 183 § 6 czy art. 296 § 4 k.k.

DECRIMINALISATION OF THE CRIME OF (INADVERTENT) NEGLIGENCE?

The author considers the reasonableness of the recently proposed – especially in the German and Anglo-American science of Criminal Law – postulates of decriminalization of the unintentional crimes. The analysis of those propositions reveals that they are based on questioning the possibility of proving guilt of the perpetrator of inadvertently negligent crime. Such doubts have generally not been shared by the Polish doctrine of criminal law, although authors considering this question seem have been aware of the special character of the criminalization of those crimes, where there is no culpability of the will.

At the same time, the analysis of the formulated on the grounds of theory of criminalization premises of the creating penal prohibitions reveals that the unintentional crimes, especially of inadvertent negligence, fulfill those premises. It does not change the fact that this type of responsibility should be applied exceptionally, more rarely than it is currently the case in the Polish Criminal Law. The achievement of this purpose could be possible by replacing in case of some crimes the unintentionality clause with recklessness clause. The chance to reflect upon this question could be the current discussion upon the changes in the Polish Criminal Code.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)



INDEKS 376620