

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTITUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Reprywatyzacja w świetle zasad prawa
- Ochrona prawna zaufania przez informację przy świadczeniu usług finansowych
- Ludzka próbka biologiczna wykorzystywana dla celów naukowych jako przedmiot prawa cywilnego
- Krąg rodziców i dzieci uprawnionych do posiadania Karty Dużej Rodziny a konstytucyjna zasada równości wobec prawa
- Polska Bibliografia Prawnicza – przeszłość, teraźniejszość, przyszłość (w związku z jubileuszem 50-lecia)

3 (203)
2015

WARSZAWA 2015
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2015



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

*Andrzej Bierć – 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 2014 r. z liczbą 5 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 hab. Bohdan Zdziennicki

Warszawa

REPRYWATYZACJA W ŚWIEŁE ZASAD PRAWA	5
I. Skala problemu	5
II. Cele aktów nacjonalizacyjnych i wywłaszczeniowych.....	8
III. Mit „świętej” własności prywatnej.....	9
IV. Ciągłość czy brak ciągłości prawnej między PRL a III Rzeczypospolitą?	15
V. Czy istnieje obowiązek wydawania ustawy reprywatyzacyjnej?	17
VI. Reprywatyzacja sądowa	19
VII. Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach reprywatyzacyjnych.....	21
VIII. Kierunek orzecznictwa sądów administracyjnych w sprawach reprywatyzacyjnych.....	25
IX. Nieruchomości warszawskie	29
X. Zakończenie	31
REPRIVATISATION IN LIGHT OF THE RULES OF LAW	33

mgr Magdalena Dziedzic

Instytut Nauk Prawnych PAN

OCHRONA PRAWNA ZAUFANIA PRZEZ INFORMACJĘ PRZY ŚWIADCZENIU USŁUG FINANSOWYCH.....	35
1. Zaufanie przy świadczeniu usług finansowych.....	37
2. Instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego a specyfika świadczenia usług finansowych.....	42
3. Ochrona zaufania a dobra wiara, zasada sprawiedliwości i efektywności	46
4. Ochrona zaufania podmiotów nieprofesjonalnych w prawie europejskim.....	55
5. Pojęcie usługi finansowej w prawie europejskim i prawie polskim	57
6. Model normatywny ochrony zaufania poprzez informację na przykładzie usług kredytowych i inwestycyjnych w prawie europejskim i krajowym	61
7. Podsumowanie	82
LEGAL PROTECTION OF TRUST BY INFORMATION IN FINANCIAL SERVICES PROVISION	85

dr Dorota Krekora-Zajęc

Uniwersytet Warszawski

**LUDZKA PRÓBKA BIOLOGICZNA WYKORZYSTYWANA
DLA CELÓW NAUKOWYCH JAKO PRZEDMIOT**

PRAWA CYWILNEGO	91
I. Wprowadzenie	91
II. Ewolucja postrzegania ciała ludzkiego jako przedmiotu prawa	92
III. Próbkę biologiczną jako przedmiot ochrony w prawie europejskim.....	104
IV. Charakter prawny ludzkiego ciała w prawie polskim i polskiej doktrynie	107
V. Zasada <i>no property on the human body</i> i wyjątki od niej.....	113
VI. Własność ludzkiego ciała	118
VII. Zasada świadomej zgody – <i>we are our body</i>	125
VIII. Koncepcja mieszana.....	129
IX. Podsumowanie	130

THE LEGAL STATUS OF HUMAN BIOLOGICAL SAMPLES USED IN RESEARCH PURPOSES.....	136
--	-----

mgr Filip Dziedzic

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

**KRĄG RODZICÓW I DZIECI UPRAWNIONYCH DO POSIADANIA
KARTY DUŻEJ RODZINY A KONSTITUCYJNA ZASADA
RÓWNOŚCI WOBEC PRAWA**

137

PARENTS AND CHILDREN ENTITLED TO HOLD OF THE LARGE FAMILY CARD VS. THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW	153
--	-----

mgr Grażyna Włosek

Instytut Nauk Prawnych PAN

**POLSKA BIBLIOGRAFIA PRAWNICZA – PRZESZŁOŚĆ,
TERAŻNIEJSZOŚĆ, PRZYSZŁOŚĆ
(W ZWIĄZKU Z JUBILEUSZEM 50-LECIA).....**

155

1. Rys historyczny.....	155
2. Cele i zadania PBP	157
3. Kilka słów o przyszłości.....	159

POLISH OF LAW BIBLIOGRAPHY. THE PAST, THE PRESENT AND THE FUTURE (ON THE OCCASION OF THE 50TH ANNIVERSARY).....	160
--	-----

Informacje dla Autorów	161
------------------------------	-----

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015
Warszawa 2015

Bohdan Zdziennicki ■

REPRYWATYZACJA W ŚWIELE ZASAD PRAWA

I. Skala problemu

1. Byli właściciele lub ich spadkobiercy, wreszcie nabywcy ich roszczeń dochodzą praw, których pozbawiły ich powojenne akty nacjonalizacyjne czy wywłaszczeniowe. Stale pojawiają się kolejne roszczenia zmierzające do restauracji dawnych stosunków własnościowych. Mamy też roszczenia o zwrot własności Łemków, roszczenia izraelskie o mienie żydowskie, roszczenia o mienie niemieckie, roszczenia o wykup przez Skarb Państwa obligacji II Rzeczypospolitej itp.

2. Nie ma pełnych szacunków wartości wszystkich roszczeń reprivatyzacyjnych. Zależą one od tego, jak szeroko ujmuje się reprivatyzację. Nawet jednak bez roszczeń niemieckich i izraelskich¹, według „Rzeczypospolitej” odwołującej się do danych Wydziału Rewindykacji Mienia Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, wartość mienia przejętego tylko aktami nacjonalizacyjnymi ocenia się na około 190 mld zł². Inne z kolei podawane wcześniej w prasie szacunki mówiły o roszczeniach reprivatyzacyjnych sięgających nawet 250 miliardów złotych (w samej Warszawie ponad 15 miliardów złotych)³. Według „Rzeczypospolitej” do początku 2015 r. w Warszawie wypłacono już 1,6 miliarda złotych

¹ Według licznych doniesień prasowych w I kwartale 2015 r. roszczenia izraelskie za mienie żydowskie w Polsce są szacowane przez Rząd Izraela na co najmniej 30 mld dolarów. Nie podaje się danych o wysokości roszczeń niemieckich.

² „Rzeczpospolita” z 12 marca 2015 r.

³ Takie dane, bez powołania się na źródła, podawała wcześniej „Rzeczpospolita” w numerze z 24 lutego 2005 r.

odszkodowań i oddano w naturze 3 tysiące nieruchomości⁴. Powyższe, szacunkowe liczby wymagające na pewno starannej weryfikacji wskazują jednoznacznie, że ciężaru stale rozszerzanej reprivatyzacji nie udźwigną ani budżety poszczególnych miast, na czele z Warszawą, ani budżet państwa. Zagrożony jest więc porządek publiczny (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji) i dobro wspólne wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji). Należy też pamiętać, że art. 216 ust. 5 Konstytucji zakazuje zaciągania pożyczek lub udzielania gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 wartości rocznego produktu krajowego brutto. Polska nie ma też żadnych rezerw, które mogłaby poświęcić na reprivatyzację.

3. Sumy, które można uzyskać od państwa, spowodowały, że powstało coś, co można określić jako „biznes reprivatyzacyjny”. Często zaczyna się on od wyszukiwania odpowiednich danych z części historycznych ksiąg wieczystych. Mimo że nie przesądzają one stanu prawnego, to wyprowadza się z nich określone roszczenia rewindykacyjne. Potem wyszukuje się potencjalnych spadkobierców dawnych właścicieli (często ludzi starych, nieznających prawa i nieświadomych wartości tego, co może im przysługiwać) i skupuje ich potencjalne roszczenia od Skarbu Państwa. Dochodzeniem tych roszczeń przed sądami zajmują się już wyspecjalizowane kancelarie adwokackie. I wtedy nieruchomości, o których zwrot byli właściciele starali się latami, są rewindykowane.

Rozwinął się proceder fałszowania testamentów dawnych właścicieli (zwłaszcza jeżeli zmarli za granicą) i innych dokumentów potrzebnych do uzyskania spadku.

Środki masowego przekazu informują też o podrabianiu pełnomocnictw byłych właścicieli rzekomo ciągle żyjących za granicą, aby potem występować „w ich imieniu” z odpowiednimi roszczeniami⁵.

Inny proceder jest związany z sądowym ustanawianiem kuratorów dla uprzednio wyszukanych w księgach wieczystych byłych właścicieli jako „osób nieznanych z miejsca pobytu”⁶.

Przeciążone ogromną ilością spraw i stale oskarżane o przewlekłość sądy nie zawsze badają należycie, czy prezentowane przy reprivatyzacji dokumenty (np. testamenty osób, które w momencie ich sporządzenia musiałyby mieć ponad 100 lat) można uznać za wiarygodne, czy wnioski o sądowe ustanowienie kuratorów dla byłych właścicieli „nieznanych z miejsca pobytu” nie służą

⁴ „Rzeczpospolita” z 17 lutego 2015 r. „Miliardy za brak reprivatyzacji”.

⁵ Por. cykl „Gazety Wyborczej” od 7 do 14 lutego 2015 r. „Jak naprawić reprivatyzację”.

⁶ Por op. cit. „Gazeta Wyborcza” oraz wcześniej Maciej Kuciel „Kuratorzy w kamienicach”, „Rzeczpospolita” z 3 lipca 2002 r.

obejściu prawa (działaniom *in fraudem legis*), czy nie mamy do czynienia z handlem roszczeniami, który powinien być uznany przy wykładni prokonstytucyjnej za niedopuszczalny przy reprywatyzacji⁷ itp.

4. Jeszcze groźniejsze skutki ma reprywatyzacja dla szeregu celów publicznych i związanych z nimi interesów zwykłych obywateli. I tak dla lokatorów budynków ich rewindykacje oznaczają rosnące czynsze, a docelowo eksmisje, nie będą w stanie ich zapłacić. Nie ma już bowiem publicznej gospodarki lokalami i sztywnych czynszów. Do eksmisji opornych lokatorów nowi właściciele (odwołujący się do praw osób, których mienie znacjonalizowano lub wywłaszczone nawet przed 70-ciu laty) używają często tak zwanych „czyścicieli kamienic”. Przystępczymi metodami zmuszają oni do opuszczania mieszkań poprzez rozbieranie „do remontu” dachów, odcinanie dopływu wody, prądu, wybijanie szyb itp. W ten sposób zastrasza się czy wręcz zaszczuwa lokatorów⁸.

Władze miast informują w środkach masowego przekazu, że w budynkach, wobec których toczy się postępowanie reprywatyzacyjne wstrzymuje się wszelkie naprawy. Z obawy o niegospodarność nie chce się podwyższać standardów domów komunalnych, które mogą ulec prywatyzacji. Problemem stają się zwykle remonty czy zagospodarowanie różnych pustostanów.

Reprywatyzacja utrudnia czy uniemożliwia planowanie przestrzenne w miastach. Odwołując się znowu do Warszawy, można tu uznać za wręcz symboliczny przykład ze znaną sprawą działek na Placu Defilad. Właściciele, którzy uzyskali swoje prawa w wyniku reprywatyzacji, szantażują miasto, blokując prace renowacyjne i inwestycyjne. Ponieważ nie ma ciągle odpowiednich planów zagospodarowania przestrzennego, zagrożone są rewindykacją przez następców prawnych dawnych właścicieli parki, zieleńce, skwery, place zabaw. Reprywatyzowane lub zagrożone reprywatyzacją są budynki szkolne, wyższych uczelni, muzea i inne obiekty kultury narodowej oraz gmachy służące władzy publicznej. Przyjęty został przez organy administracji i sądy absurdalny pogląd, że wszystko może być rewindykowane, z wyjątkiem terenów zajmowanych obecnie przez drogi publiczne i cmentarze.

⁷ Iwona Szpala, Małgorzata Zubik „Marek Mossakowski, kolekcjoner. Specjalność: kamienice z lokatorami”, „Gazeta Wyborcza” z 7 lutego 2015 r., „Kamienice z lokatorami” to specjalność Marka Mossakowskiego, Spis 51 skupionych roszczeń zatytułował „Moje grunty warszawskie”.

⁸ Rocznie wykonywanych jest na przykład w W-wie ponad 400 eksmisji z prywatnych budynków czynszowych, głównie zreprywatyzowanych. Miasto traci więcej mieszkań komunalnych niż zamierza ich wybudować, Por. obok cytowanego wyżej cyklu „Gazety Wyborczej” od 7 do 14 lutego 2015 r. „Jak naprawić reprywatyzację” i inne opracowania na ten temat: Małgorzata Zubik „Mapa reprywatyzacji” „Gazeta Wyborcza” z 10 lutego 2015 r., „Reprywatyzacja. Pisz do nas czytelnicy”, „Gazeta Wyborcza” z 12 lutego 2015 r.

Przed II wojną światową wiele kamienic było budowanych na kredyt, którego właściciele nie zdążyli spłacić, a jeśli zostały one zniszczone w czasie wojny, to odbudowywały je tylko władze PRL. „Byznes od reprivatyzacji” domaga się pełnej reprivatyzacji w ich obecnym stanie i w tych działaniach przy oportuniźmie sądów i organów samorządowych jest skuteczny!

Cały cykl publikacji poświęcił w latach 2014–2015 tygodnik „Przegląd” powojennym umowom indemnizacyjnym. Polska zawarła 14 takich umów z państwami zachodnimi i zapłaciła wszystkie wynegocjowane kwoty. Mimo to, obywatele tych państw lub różni mniej lub więcej wiarygodni nabywcy ich roszczeń, domagają się od naszego Skarbu Państwa odszkodowań i są one im przyznawane. Jak wiadomo, osoby z tych 14 państw⁹ mogą kierować roszczenia odszkodowawcze tylko do własnych rządów¹⁰.

To wszystko wskazuje nie tylko na słabość naszej państwowości, ale rodzi podejrzenia o różne formy działalności przestępczej. Stąd reprivatyzacja wiąże się z prawem cywilnym i administracyjnym, ale też w obecnym swoim kształcie niestety także z prawem karnym.

II. Cele aktów nacjonalizacyjnych i wywłaszczeniowych

1. Różne były przyczyny przejmowania w czasach PRL-u własności nieruchomości. Związane to było zarówno ze skutkami II wojny światowej, jak i prowadzonymi przemianami ustrojowymi.

I tak przejęto na własność państwa nieruchomości ziemskie związków wyznaniowych (wyjątek miały tu stanowić gospodarstwa rolne proboszczów), na ziemiach odzyskanych i byłego Wolnego Miasta Gdańska majątki opuszczone i poniemieckie, nieruchomości na cele reformy rolnej¹¹. *Nota bene* w wielu krajach nie tylko różnego typu rządy rewolucyjne, ale i rządy reformistyczne

⁹ Są to obywatele Danii, Szwecji, Norwegii, Szwajcarii, Lichtensteinu, Luksemburga, Holandii, Austrii, Grecji, Wielkiej Brytanii, Kanady i USA.

¹⁰ Roszczenia są wysuwane nawet w stosunku do terenów utraconych przez Polskę czy w stosunku do całkowicie przez wojnę zniszczonych budynków.

¹¹ W Polsce po raz pierwszy reformę rolną starano się przeprowadzić już w II Rzeczypospolitej, jednakże ustawy o reformie rolnej z 1920 r., a potem z 1925 r. nie zostały w pełni zrealizowane. Jak wynika z tego do ustawy o wykonaniu reformy rolnej, Ministerstwo Przemysłu, Handlu i Żeglugi Rządu RP (emigracyjnego) przygotowało w 1944 r. w Londynie projekt ustawy o reformie rolnej. Także delegatura RP, jak i Krajowa Reprezentacja Polityczna opowiadały się za nacjonalizacją majątków ziemskich bez odszkodowań (obok reformy rolnej zapowiadały też uspołecznienie głównych gałęzi przemysłu), por. Henryk Świątkowski *Prawo rolne*, W-wa 1966, s. 45 i nast., Adam Jankiewicz *W poszukiwaniu idei państwa prawa*, W-wa 1992, s. 155 i nast. oraz czasopismo „Agropolog” 1993 nr 4.

przeprowadzały zmiany systemów posiadania ziemi polegające na rozparcelowaniu rozległych posiadłości i możliwie najszerszym podziale własności wraz z konsolidacją małych gospodarstw¹².

Z kolei przy gruntach warszawskich przejęcie ich przez państwo wiązało się z koniecznością odbudowy stolicy. Jak podaje „Gazeta Wyborcza” z 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie zostało 20 mln metrów sześciennych gruzu. W proch obrócono 100% mostów, 90% szpitali, szkół, fabryk, węzłów kolejowych oraz 84% budynków lewobrzeżnej Warszawy.

Inne przejęcia związane były z nacjonalizacją przemysłu, wielkimi ruchami ludnościowymi związanymi ze zmianą granic państwa, przejmowaniem mienia opuszczonego w czasie działań wojennych lub opuszczonego po wojnie przez osoby wyjeżdżające z Polski i otrzymujące nowe obywatelstwo.

Roszczenia reprywatyzacyjne dążą do zanegowania celów nacjonalizacyjnych, przedstawiając działania władz po II wojnie światowej jako tylko „komunistyczne bezprawie. Dążą w ten sposób do pełnej restauracji swojej własności (zwrotu *in natura*), jeżeli na skutek 70-letniego rozwoju kraju byłoby to dla nich dużo korzystniejsze, albo do przyznania im pełnego odszkodowania.

Wiele mówi się o konieczności realizowania przez prawo III Rzeczpospolitą „sprawiedliwości dziejowej” (w innym nieco ujęciu „sprawiedliwości transformacyjnej”). Własność prywatna ma być czymś ponadczasowym i nie można sankcjonować jej „grabieży”. Obecne pokolenie musi więc odpowiadać – według tych poglądów – za „grzechy” PRL-u i nie liczą się ani możliwości finansowe państwa, ani cele jakie spełniają obecnie przejęte nieruchomości.

III. Mit „świętej” własności prywatnej

1. Ewa Łętowska przypomniała prawnikom, że „ani reforma rolna, ani nawet dekret Bieruta nie były działaniami złodzieja. Były aktami transformacji ustrojowej. Może nietrafnej, ale zdarzyła się ona w naszej historii”¹³.

Z kolei na pytanie dziennikarzy „Gazety Wyborczej”¹⁴, czy „własność jest święta?”, odpowiedziała krótko: „Wolne żarty”¹⁵.

¹² Na bliższe omówienie tych skądinąd bardzo ciekawych zagadnień nie pozwalają rozmiary opracowania.

¹³ E. Łętowska „Czytać trzeba ze zrozumieniem a postulować z umiarem” „Gazeta Wyborcza” z 18 kwietnia 2015 r.

¹⁴ Mariusza Jałoszewskiego i Waldemara Pasia.

¹⁵ „Prof. Ewa Łętowska: Własność nie jest święta”, „Gazeta Wyborcza” z 14 lutego 2015 r.

2. Trzeba więc przypomnieć chociaż najważniejsze argumenty przeciwstawiające się obecnej mitologizacji własności prywatnej. Nie sposób tu bowiem wyczerpująco zrelacjonować ogromną literaturę prawniczą związaną z tą tematyką¹⁶.

3. Koncepcja własności nie była i nie jest ponadczasowa. Dopiero upadek własności wspólnej – według antropologii społecznej¹⁷ – doprowadził do ukształtowania się własności indywidualnej. Jej treść kształtowały zmiany w systemach produkcyjnych i strukturach społecznych. W powszechnie przyjętej systematyce dziejów było to związane albo z epoką niewolnictwa, albo feudalizmem, albo kapitalizmem czy utopią komunistyczną. Stąd koncepcja własności była otwarta na zmiany konieczne dla spełnienia pojawiających się kolejnych funkcji. Nie ma więc niezmienniej (czy wręcz „świętej”) własności prywatnej.

4. Nieprawdziwy jest też pogląd, że o absolutnym charakterze własności prywatnej świadczy prawo rzymskie stanowiące podstawę europejskiej kultury prawnej. Henryk Kupiszewski wykazał, że „z niewyczerpującego zestawienia ograniczeń i ciężarów spoczywających na właścicielach nieruchomości na rzecz sąsiadów i *pro publica utilitate* wynika, że własność rzymska od czasów najdawniejszych [...] nie miała w sobie nic z indywidualizmu lub egoizmu, jaki nauka prawa rzymskiego chciała wyczytać na przełomie XIX i XX wieku. Przeciwnie, można powiedzieć, że w miarę rozwoju społeczeństwa, państwa własność była coraz energiczniej wklęana w służbę społeczną”¹⁸.

5. Pojęcie ponadczasowej koncepcji własności przypisuje się powszechnie Tomaszowi Hobbesowi¹⁹ i Johnowi Locke’owi²⁰ – twórcom doktryny liberalizmu. Zdzisław Sadowski²¹ wskazuje, że poglądy te adaptował do swego liberalizmu

¹⁶ Por. najważniejsze prawnicze monografie i zawarte w nich dane bibliograficzne: Tomasz Dybowski *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, W-wa 1969, Jan Wasilkowski, *Pojęcie własności we współczesnym prawie polskim*, W-wa 1972, Alfred Klein, *Elementy stosunku prawnego prawa rzeczowego*, Wrocław 1976, Walerian Panka, *O prawie własności i jego współczesnych funkcjach*, Katowice 1984 i najnowszą monografię K. Zaradkiewicz, *Instytucjonalizacja wolności majątkowej. Koncepcja prawa podstawowego własności i jej urzeczywistnienie w prawie prywatnym*, Warszawa 2013.

¹⁷ Por. *Encyklopedię antropologii społeczno-kulturowej* Alana Barnarda i Jonathana Spencera W-wa 2008, s. 648 i nast. oraz cytowaną tam literaturę.

¹⁸ H. Kupiszewski, *Rozważania o własności rzymskiej*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1984, t. 36, z. 2, s. 45, cytata za Witoldem Wołodkiewiczem, *Czy święta własność prywatna w prawie rzymskim*, Palestra nr 3–4 z 2015 r., s. 227 19.

¹⁹ Por. T. Hobbes, *Lewiatan*, Warszawa 1954 r.

²⁰ Por. J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, W-wa 1992.

²¹ Z. Sadowski, *W kwestii systemowego pojęcia własności w Konstytucji RP*, [w:], *Podstawowe założenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2010, s. 54–55.

ekonomicznego Adam Smith, kreśląc wizję, że dzięki nieskrępowanej grze interesów jednolity wolny rynek zapewni nie tylko optymalne wykorzystanie zasobów społecznych, ale także ich sprawiedliwy podział. Warunkiem sprawności takiego systemu jest wykonywanie przez państwo ochrony własności i piecza nad tym, żeby korzystanie z własności nie kolidowało z interesami innych podmiotów. Liberalny pogląd na istotę własności przejęły europejskie kodyfikacje cywilne XIX wieku. Poparła też je XIX. wieczna doktryna Kościoła katolickiego. Encyklika Papieża Leona XIII „*Rerum novarum*” z 1891 r. mówiła, że prawo do posiadania prywatnej własności otrzymał człowiek od natury. Każdy może więc dążyć do własności i jej pomnażania²². Inaczej to jednak ujmuje najnowsza encyklika Papieża Franciszka z czerwca 2015 r. „*Laudato si*”²³, która powołując się na nauki Papieża Jana Pawła II. stwierdza, że tradycja chrześcijańska nigdy nie uznawała prawa do własności prywatnej za absolutne i niewzruszalne i zawsze podkreślała społeczną funkcję wszelkich form własności prywatnej.

6. W XIX wieku stronnictwa nie tylko komunistyczne, ale i socjalistyczne, ludowe i demokratyczne tworzyły programy przemian w koncepcji własności prywatnej i aktywnej roli państwa – reprezentującego interesy publiczne w gospodarce. Po II wojnie światowej proces ten znalazł wyraz nie tylko w poddanych hegemonii ZSRR komunistycznych krajach Europy Środkowo-Wschodniej, ale i w krajach Europy Zachodniej (w Wielkiej Brytanii po dojściu do władzy Labour Party, w okresie rządów socjalistów we Francji itp.). Doszło do ważnych przemian ideowych zmierzających do tworzenia równości ekonomicznej obywateli i realizacji zasad sprawiedliwości społecznej. Związane były z tym różne akty nacjonalizacyjne i szerokie włączanie państwa w procesy gospodarcze.

7. Kolejna zmiana (w następstwie kryzysu na rynku paliw ciepłych) w podejściu do koncepcji własności nastąpiła w latach 70. XX wieku wraz z powstaniem nurtu klasyczo-neoklasycznej ekonomii nawiązującej do Adama Smitha i jego kontynuatorów. Własność prywatną uznano znowu za prawo podstawowe i ogłoszono konieczność całkowitej prywatyzacji gospodarki i uwolnienia jej od ingerencji państwa. Ideologię tę przyjęły byłe kraje komunistyczne, które po odzyskaniu pełnej suwerenności rozpoczęły transformację ustrojową. Przemiany własnościowe nadające naczelne znaczenie własności prywatnej znalazły swój syntetyczny wyraz w tak zwanym „konsensusie waszyngtońskim”²⁴. Jego program zdominował działalność Banku Światowego, Międzynarodowego Funduszu Walutowego i agend rządowych USA.

²² Papież Leon XIII, *Rerum novarum*, Kraków 1933, s. 70..

²³ Papież Franciszek, „*Laudato si*”, W-wa 2015.

²⁴ Por. bliżej Ryszard Bartkowiak, *Ekonomia rozwoju*, W-wa 2013, s. 172 i nast.

Po wybuchu kryzysu bankowego w 2008 r. zaczęły się jednak ewolucyjne zmiany światopoglądowe i prawne zmierzające do ponownego uspołecznienia gospodarek i wzrostu gospodarczej aktywności państwa. Proces ten trwa, a własność prywatna znowu nie jest uważana za prawo absolutne²⁵.

8. Powstała w 1944 r. Polska Rzeczpospolita Ludowa odeszła od jednolitego ujęcia własności²⁶. Było to w znacznej mierze zbieżne z postulatami zgłaszanymi w czasie wojny nie tylko przez polskich komunistów, ale i Polską Partię Socjalistyczną – Wolność, Równość, Niepodległość, Stronnictwo Ludowe „Roch” czy Stronnictwo Demokratyczne²⁷.

W PRL wprowadzono różne typy własności: państwową, społeczną, indywidualną i osobistą. Za podstawę ówczesnego porządku prawnego uznano własność państwową i społeczną. Konstytucyjną ochronę – poza własnością państwową i społeczną – otrzymywała tylko własność osobista (środków konsumpcji). Własności indywidualnej (środków produkcji) przyznano ochronę tylko w ramach ówczesnie stanowionych ustaw (a więc i ustaw wywłaszczeniowych i nacjonalizacyjnych).

9. Roszczenia reprivatyzacyjne nie mieszczą się w regułach ochrony własności przed bezprawnymi działaniami „tu i teraz”. Odnoszą się one do przeszłości, którą chcą restaurować. Żądają więc rewindykacji utraconego mienia w wyniku zasygnalizowanych wyżej przemian historycznych i związanego z nimi ustawodawstwa. Opierają się na poglądzie, że własność prywatna jest prawem świętym i nietykalnym. Nikt bez słusznego odszkodowania nie może być go pozbawionym. Nieważny jest upływ czasu i cele publiczne, które legły u podstaw aktów nacjonalizacyjnych i wywłaszczeniowych. Regulujące to ustawodawstwo peerelowskie, to po prostu „grabież” i „komunistyczne bezprawie”. Pomija się to, że nawet w normalnym biegu życia społeczno-gospodarczego, a nie tylko w wyniku przemian historycznych, można stracić własność na skutek długotrwałego jej wykonywania przez inną osobę (w stosunku do nieruchomości przez zasiedzenie). Utrata własności może też nastąpić przez określone działania władzy państwowej (wywłaszczenia), wojnę czy zdarzenia

²⁵ Spośród licznych prac na ten temat por. zwłaszcza: Charles Hampden-Turner, Alfons Trompenaars, *Siedem kultur kapitalizmu*, W-wa 2012; Ha-Joon Chang, *23 rzeczy, których nie mówią o kapitalizmie*, W-wa 2013, Rafał Woś, *Dziecięca choroba liberalizmu*, W-wa 2014, Andrzej Szahaj, *Kapitalizm drobnego druku*, W-wa 2014, Ha-Joon Chang, *Ekonomia. Instrukcja obsługi*, W-wa 2015.

²⁶ Por. przede wszystkim J. Wasilkowski, op. cit.

²⁷ Ich programy mówiły o parcelacji wielkich majątków ziemskich bez odszkodowań, upaństwowieniu kluczowych gałęzi przemysłu, likwidacji bezrobocia przez zatrudnienie w państwowych i spółdzielczych zakładach i opracowaniu państwowego planu gospodarczej odbudowy Polski ze zniszczeń wojennych.

losowe. Tymi ostatnimi – jak wiadomo – zajmują się systemy ubezpieczeń gospodarczych.

Każda własność ma więc swoje ramy czasowe określone przez europejską kulturę prawną. Witold Wołodkiewicz niedawno przypomniał, że już w rzymskim prawie justyniańskim zostały zgeneralizowane przesłanki nabycia pierwotnego własności nieruchomości na skutek długotrwałego wykonywania tego prawa przez osobę inną niż właściciel „Justynian skrócił do lat 30 wprowadzony przez Konstantyna 40-letni termin przedawnienia skargi o wydanie rzeczy (niezależnie od tytułu nabycia i dobrej wiary)”²⁸.

10. Obecnie obowiązującego prawa nie można bez specjalnych przepisów międzyczasowych stosować do dawnych rozwiązań i związanego z nimi historycznie sposobu ich ówczesnej interpretacji. Warto jednak przypomnieć, że i w III Rzeczypospolitej własność nie jest traktowana jako prawo absolutne a jako prawo podmiotowe o najszczerzej formie władania, korzystania i rozporządzania rzeczą, w tym przekazywania jej w formie spadku. Co więcej, korzystanie z tego prawa podmiotowego może podlegać regulacjom ustawowym²⁹. Wprawdzie art. 64 ust. 1, a także art. 20 i art. 21 Konstytucji dają podstawę do tego, aby mówić o własności jako prawie człowieka³⁰, ale cytowany art. 21 ust. 2 Konstytucji dopuszcza wywłaszczenie (na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem). Granicę innych ingerencji ustawodawcy we własność określa art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowiąc, że ograniczenia tego najszerzego prawa podmiotowego mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty własności.

Uznanie własności za najszerze prawo podmiotowe poddane określonym, zgodnym z Konstytucją regulacjom ustawowym, nie pozwala – w ramach obowiązującego porządku prawnego – powoływać się na „święte prawo własności”. Art. 140 Kodeksu cywilnego *expressis verbis* wskazuje, że własność pełni nie tylko funkcję indywidualistyczną, ale i publiczną³¹. W myśl tego artykułu granice prawa własności wyznaczają nie tylko ustawy, ale także zasady współżycia społecznego i społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa. Z kolei art. 5 Kodeksu

²⁸ W. Wołodkiewicz, *Czy święta własność prywatna w prawie rzymskim*, Palestra z 2015 r. nr 3–4.

²⁹ Por. literaturę cyt. w przypisie 16 na s. 6.

³⁰ Każdy pragnie pewnej materialnej otoczki, która daje mu poczucie niezależności i bezpieczeństwa w stosunku do innych osób.

³¹ Taki sam stosunek do własności mamy w cytowanej encyklice Papieża Franciszka „*Laudato si* z czerwca 2015 r.

cywilnego nie pozwala właścicielowi nadużywać swego prawa wbrew zasadom współżycia społecznego.

Obok prywatnej własności istnieje też własność publiczna (wspólna). Nie jest ona uprzywilejowana, ale w myśl art. 64 ust. 2 Konstytucji przysługuje jej taka sama ochrona prawna jak własności prywatnej. Nigdy nie może być ona traktowana jak „własność niczyja”, którą można swobodnie zaspakajać wszelkie roszczenia repriwatyzacyjne.

To, że akty nacjonalizacyjne czy wywłaszczeniowe były realizowane nie-
trafnie czy wadliwie, nie odbiera im rangi aktów prawnych ówczesnej transformacji ustrojowej. E. Łętowska przypomina, że obiecywano na przykład jakieś papiery wartościowe, czy rekompensaty i „obietnic tych z kunktatorstwa i nieudolności nie dotrzymano”³². W wyniku należących do historii aktów ustawodawczych powstała jednak nowa rzeczywistość prawna. Wiele osób uzyskało w niej określone uprawnienia łącznie z własnością (np. w wyniku reformy rolnej, uwłaszczenia w latach 70. gospodarstw rolnych, nabycia mieszkań w skomunalizowanych domach itp.). Na znacjonalizowanych czy wywłaszczonych terenach zrealizowano wiele celów służących dobru wspólnemu wszystkich obywateli (odbudowa zniszczonej przez wojnę infrastruktury, odbudowa Warszawy, budowa nowych dróg, osiedli mieszkaniowych itp.). Wiadomo, że otaczająca nas rzeczywistość składa się z wielu współzależnych, od dziesiątków lat ukształtowanych płaszczyzn. Repriwatyzacja mająca naprawić krzywdy wyrządzone przez „komunistyczne bezprawie” nieszanujące „świętej własności prywatnej” nie może tych płaszczyzn zdemolować. Należy też mieć na uwadze kardynalne pojęcie „nieodwracalnych skutków prawnych” i konieczność zapewnienia w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji) bezpieczeństwa i porządku prawnego (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Warto też przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny w znanym postanowieniu z dnia 28 listopada 2001 r., sygn. akt. SK 5/01 stwierdził, że po upływie prawie 50. lat od przeprowadzenia reformy rolnej zmiany o charakterze społecznym, ekonomicznym i prawnym stały się nieodwracalne i ostateczne. To stanowisko Trybunału Konstytucyjnego ma, moim zdaniem, zastosowanie i do innych aktów nacjonalizacyjnych.

³² E. Łętowska „Czytać trzeba ze zrozumieniem a postulować z umiarem”, „Gazeta Wyborcza” z 18 kwietnia 2015 r.

IV. Ciągłość czy brak ciągłości prawnej między PRL a III Rzeczpospolitą?

1. Zwolennicy reprivatyzacji („świętej własności prywatnej”) pragną unieważnić powojenne akty nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe przez stwierdzenie braku ciągłości prawnej między PRL a III Rzeczpospolitą. Powołują się na W. Łączkowskiego³³, który twierdził, że skoro PRL nie było w pełni suwerenne, to jego prawo „nie miało waloru prawa polskiego i było często sprzeczne z zasadami uznawanymi przez narody cywilizowane”. Są więc zdaniem tego autora podstawy do unieważnienia dekretu warszawskiego z 1945 r. i innych aktów nacjonalizacyjnych. Nawiązał do tego Senat RP w znanej uchwale z dnia 16 kwietnia 1998 r. o ciągłości prawnej między II i III Rzeczpospolitą³⁴. PRL według Senatu była państwem niesuwerennym, niedemokratycznym, o totalitarnym charakterze władzy. Natomiast istnieje ciągłość prawna II i III Rzeczypospolitej wyrażająca się w ich suwerennym i niepodległym bycie. Senat wskazał całe obszary prawa PRL, które powinny zostać unieważnione, wśród których znalazły się akty prawne, na podstawie których „niesprawiedliwie pozbawiono własności”. Uchwała Senatu nie miała charakteru normatywnego, ale na pewno wywierała i wywiera presję na organy administracji i sądy, aby starały się jak najszerzej i jak najszybciej zwracać znacjonalizowane i wywłaszczone nieruchomości, abstrahuując od celów publicznych, jakie pełnią one obecnie. Korespondują z tym kolejne uchwały Senatu i Sejmu wydawane z okazji różnych rocznic traktujące PRL jako formację niegodną wpisania w zasadę ciągłości polskiej państwowości³⁵.

Taką samą presję na organy państwa rozpatrujące sprawy reprivatyzacyjne wywiera pośrednio Instytut Pamięi Narodowej. Najlepiej podsumował to obecny Prezes IPN Łukasz Kamiński w wywiadzie dla „Tygodnika Powszechnego”³⁶. Prezes mówił o konieczności uporania się z „upiosem komunistycznej przeszłości” i związaną z tym „dyktaturą i zbrodnią” (tak też zwykle traktują akty nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe byli właściciele i ich reprezentanci

³³ W. Łączkowski, *Ciągłość prawna między III Rzeczpospolitą a II Rzeczpospolitą – czy PRL było państwem suwerennym*, [w:] *Przywracanie ciągłości prawnej III i II RP – implikacje i konsekwencje*, Materiały z konferencji naukowej w Senacie RP, W-wa 1998.

³⁴ M.P. 1998 nr 12, poz. 200.

³⁵ Por. też wersję historii przyjętą w preambule ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425 ze zm.), aby uzasadnić lustrację. PRL miała być „formacją zbrodniczą” i „czarną dziurą” w historii naszej państwowości. Omawia to zdanie odrębne Bohdana Zdziennickiego, sędziego Trybunału Konstytucyjnego do wyroku TK z dnia 11 maja 2007 r., sygn. akt K 2/07.

³⁶ „Tygodnik Powszechny” z 10 czerwca 2015 r.

czy następcy prawni). Zdaniem prezesa IPN sądy przeszkadzają w zerwaniu ciągłości prawnej między PRL a III Rzeczpospolitą, a „wiara w ich zdolność do samooczyszczenia była więcej niż naiwnością”³⁷. Ta ocena odnosić się ma bezpośrednio do karania za zbrodnie komunistyczne i współpracę oraz kontakty ze służbami specjalnymi PRL, ale jest też wykorzystywana w procesach reparyacyjnych, które powinny „naprawić komunistyczne bezprawie” (jak twierdzą osoby dochodzące swoich roszczeń). Postawa wyłącznie na „nie” wobec powojennej przeszłości już przeniosła się na społeczne oceny teraźniejszości tak krytyczne i agresywne, że grożą rozpadem naszej państwowości, o czym w 2015 r. stale donoszą środki masowego przekazu.

2. Polska Rzeczpospolita Ludowa w okresie swego istnienia była jedynym reprezentantem polskiej państwowości. Działyły w niej wszystkie instytucje ustrojowe, gospodarcze, społeczne i kulturalne. Delegalizacja PRL – jak wskazuje Andrzej Walicki – „poniża i obraża tych Polaków, którzy nie muszą obawiać się, że lustratorzy z IPN znajdą na nich przysłowiowe „haki”. Stąd „[...] mimo wszystkich bolesnych ograniczeń suwerenności była to państwowość polska”³⁸.

Na delegalizację PRL i tym samym uznanie za nieważne wydanych przez nią aktów nacjonalizacyjnych i wywłaszczeniowych nie pozwalają także ratyfikowane przez PRL traktaty międzynarodowe dotyczące najżywotniejszych interesów Polski (np. granic, uczestnictwa w międzynarodowym życiu prawnym, np. ONZ itp.). Zgodnie z art. 241 ust. 1 Konstytucji umowy międzynarodowe ratyfikowane przez PRL mają pierwszeństwo w przypadku kolizji z obowiązującymi ustawami.

W minionym stuleciu, aż trzykrotnie rozstrzygaliśmy, co zrobić z obowiązującymi przepisami w związku z zasadniczą zmianą ustrojową³⁹. Po raz pierwszy w odrodzonej II Rzeczpospolitej, po raz drugi w początkach Polskiej Rzeczpospolitej Ludowej i po raz trzeci po uzyskaniu pełnej suwerenności po 4 czerwca 1989 r.

We wszystkich trzech przypadkach zdecydowano o zachowaniu w mocy przepisów ustanowionych i obowiązujących w odmiennej sytuacji ustrojowej.

³⁷ Prezes IPN zarzuca sądom przewlekłe karanie za „zbrodnie komunistyczne”, „zaskakująco niskie wyroki i tak zwykle wydawane w zawieszeniu”, bezpodstawne uniewinnienia itp. „Tygodnik Powszechny” z 10 czerwca 2015 r.

³⁸ Andrzej Walicki, *Czy idea narodu musi być własnością prawicy?*, Zdanie z 2008 r. nr, 1–2, s. 73.

³⁹ R. Tupin, *Odszkodowania za znacjonalizowane mienie nie wymagają specjalnej ustawy*, „Rzeczpospolita” z 21 marca 2007 r.

I tak w II Rzeczypospolitej postanowiono, że zachowują moc obowiązujące przepisy prawne państw zaborczych do czasu zastąpienia ich przepisami polskimi.

W Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej przyjęto przepisy prawne ustanowione i obowiązujące w II Rzeczypospolitej, z istotnymi wyjątkami natury ustrojowej.

Wbrew uchwałom Senatu czy działaniom IPN w okresie transformacji ustrojowej w latach 90. XX wieku przyjęto przepisy ustanowione i obowiązujące w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

Na zasadzie ciągłości naszej państwowości i związanego z nią prawa jest oparte całe orzecznictwo sądów administracyjnych. O tym, czy zaskarżona do sądu administracyjnego decyzja była zgodna z prawem, należy rozstrzygać na podstawie przepisów obowiązujących w chwili jej wydania (tak jak te przepisy rozumiały ówczesne organy stosujące prawo, zgodnie z zasadą, że o treści przepisów decydują przyjęte linie orzecznicze). Taka sama zasada odnosi się do sądów powszechnych i Sądu Najwyższego niezależnie, czy w danej sprawie chodzi o przepisy prawne państw zaborczych do czasu ich zastąpienia przepisami polskimi, czy o przepisy II Rzeczypospolitej, czy o przepisy ustanowione w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, czy w III Rzeczypospolitej. Także Trybunał Konstytucyjny przy badaniu, czy mamy do czynienia z kategorią praw nabytych, odwołuje się do prawa obowiązującego w czasie ich powstania⁴⁰. Dlatego stan własnościowy ukształtowany aktami nacjonalizacyjnymi i wywłaszczeniowymi stanowi podstawę orzecznictwa administracyjnego i sądowego.

V. Czy istnieje obowiązek wydawania ustawy reprivatyzacyjnej?

S. Sołtysiński i A. Nowicka przypomnieli, że wbrew wywieranym naciskom na Polskę nie istnieje żaden prawnomiedzynarodowy obowiązek wydania ustawy reprivatyzacyjnej⁴¹. Ewentualne wydanie takiej ustawy zależy tylko od suwerennej decyzji polskiego ustawodawcy. Nie powinna być ona oparta na

⁴⁰ Por. o zastosowaniu przepisów państwa zaborczego, przepisów Rzeczypospolitej, przepisów PRL i rozwiązań III Rzeczypospolitej w sprawie prawa rybołówstwa w jeziorze stanowiącym cudzą własność w *Antologii zdań odrębnych zgłoszonych do orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego przez sędziego Bohdana Zdziennickiego*, Warszawa 2010, s. 102 i nast.

⁴¹ A. Nowicka, S. Sołtysiński, *Skutki nacjonalizacji może zrekompensować tylko polski parlament*, „Rzeczpospolita”, z 22 lutego 2007 r.

zasadach cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, w której za sprawcę „szkody nacjonalizacyjno-wywłaszczeniowej” związanej z wydaniem odpowiedniego ustawodawstwa uznane zostałoby Państwo Polskie. Można by tu tylko odwoływać się do jakiegoś „moralnego obowiązku” wynikającego z przeciwstawienia go celom publicznym związanym ze wskazanym ustawodawstwem, upływowi czasu (przekraczającemu wszelkie terminy przedawnienia się roszczeń) oraz przeciwstawiając aktualne funkcje publiczne, interesy nowych właścicieli i możliwości finansowe państwa poczuciu indywidualnej krzywdy dawnych właścicieli (obecnie raczej ich spadkobierców lub nabywców roszczeń). W grę mogłoby więc wejść tylko wskazane już „ważenie racji”, i wynikająca z tego określona według uznania ustawodawcy „moralna rekompensata” a nie oparte na zasadach Kodeksu cywilnego „słuszne odszkodowanie”. Niektóre państwa naszego regionu wydały co prawda określone przepisy, ale zdecydowanie ograniczyły zakres dopuszczalnych restytucji, ich wysokość oraz wyłączyły szereg podmiotów z jakiegokolwiek rekompensaty (np. osoby, które zrzekły się obywatelstwa, opuściły kraj, nie poniosły kosztów powojennej odbudowy, i nie będą obecnie ponosić ogólnonarodowych kosztów restytucji itp.)⁴².

Ryszard Tupin już przed 8. laty zwrócił uwagę, że każda ustawa reprywatyzacyjna obciąży młode pokolenie Polaków brzemieniem wielomiliardowych rekompensat z dalszym ryzykiem, że w nowo wytworzonej przez ustawę sytuacji prawnej zaistnieje podstawa do dochodzenia odszkodowań do pełnej wysokości. Z moralnego punktu widzenia naprawa dawnych krzywd nie może przecież wyrządzić nowych i nie można zapomnieć o cierpieniach i prześladowaniach wojennych wszystkich Polaków⁴³.

Należy też zwrócić uwagę, że wydanie ustawy reprywatyzacyjnej wykreowałoby pojęcie „mienia”. Jego wysokość, ewentualne ograniczenia podmiotowe co do możliwości jego uzyskania itp. podlegałyby jurysdykcji Trybunału Konstytucyjnego. W grę wchodziłoby wtedy badanie zgodności przyznawanych rekompensat z pojęciem dobra wspólnego (art. 1 Konstytucji), zasadami sprawiedliwości społecznej art. 2 *in fine* Konstytucji), zasadą równości (art. 30 Konstytucji), zasadą ochrony każdej własności, a więc i własności państwowej i samorządowej (art. 64 Konstytucji) itp.

Jeśli chodzi o Europejski Trybunał Praw Człowieka, to Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wiąże Polskę od 1993 r., a jej Protokół nr 1 od 1994 r. Od powojennych aktów nacjonalizacyjnych dzieli je okres prawie półwiecza.

⁴² S. Sołtysiński, A. Nowicka, op. cit.

⁴³ R. Tupin „Odszkodowania za znacjonalizowane mienie nie wymagają specjalnej ustawy”, „Rzeczpospolita” z 21 marca 2007 r.

Wydanie jednak ustawy reprivatyzacyjnej przewidującej rekompensaty za znacjonalizowaną lub wywłaszczoną własność stworzyłoby pojęcie „mienia” w rozumieniu art. 1 Protokołu nr 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Oznaczałoby to, że reprivatyzacja zaczęłaby podlegać jurysdykcji ETPrCz. Trybunał, na skutek wnoszonych do niego skarg, mógłby oceniać, czy nasze państwo właściwie rozwiązało sprawy naprawiania skutków wojny i powojennych aktów nacjonalizacyjnych. Wobec zawsze możliwych zmian orzecznictwa ETPrCz, nie może nas tu jednak uspakajać wyrok z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie Popnikolov przeciwko Bułgarii, w którym stwierdzono, że art. 1 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie może być rozumiany w taki sposób, że nakłada na państwo ogólny obowiązek zwrotu własności, która została mu przekazana – przed ratyfikowaniem Konwencji przez państwo – ani też, że ogranicza swobodę państwa w określeniu celu, zakresu i przedmiotu przepisów o restytucji własności lub rehabilitacji. Państwa mają bowiem swobodę w określaniu warunków, po spełnieniu których wyrażają zgodę lub nie na restytucję własności dawnym właścicielom, a Konwencja nie nakłada na państwo szczególnych obowiązków zadośćuczynienia lub odszkodowania za szkody wyrządzone przed ratyfikacją Konwencji.

VI. Reprivatyzacja sądowa

1. Orzecznictwa sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, wojewódzkich sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego formalnie przyjęły, że obowiązuje stan własnościowy ukształtowany powojennymi aktami nacjonalizacyjnymi i wywłaszczeniowymi, ale w swojej praktyce orzeczniczej w różny sposób uległy ideologicznej presji zapoczątkowanej przez W. Łączkowskiego⁴⁴ i kontynuowanej przez uchwały Senatu i działalność IPN, że skoro PRL nie było w pełni suwerenne, to jego prawo można obecnie podważać, żądając nierespektowania dawnych aktów nacjonalizacyjnych i wywłaszczeniowych.

2. I tak Sąd Najwyższy, a za nim sądy powszechne uznały, że do okresu zasiedzenia nieruchomości przez Skarb Państwa nie wlicza się okresu władania przez organy państwowe lub państwowe osoby prawne, jeżeli dawni właściciele nie mogli dochodzić swoich roszczeń przed sądem lub innym organem. Innymi słowy, jeśli ustrój Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i związane z nim prawo uniemożliwiały byłym właścicielom starania o odzyskanie utraconej

⁴⁴ W. Łączkowski, op. cit.

nieruchomości, to można skutecznie podważyć dokonaną nacjonalizację czy wywłaszczenie i tym samym przerwać zasiedzenie lub unieważnić jego rozpoczęcie przez Skarb Państwa. „Ustrój PRL” (w terminologii politycznej i IPN „ustrój komunistyczny”) należy, przy takiej prawotwórczej interpretacji sądowej, potraktować jako „siłę wyższą” z art. 175 w związku z art. 121 z Kodeksu cywilnego. Spowodowało to ogromne zamieszanie w orzecznictwie sądowym. Stało ono przedtem na jednolitym stanowisku, zgodnym z wyraźnym brzmieniem art. 172 k.c., który nie przewiduje żadnych innych warunków zasiedzenia poza samoistotnością posiadania i upływem odpowiedniego okresu posiadania. Sądy powszechne zostały zalane dziesiątkami tysięcy, ciągnących się latami spraw reperywatywacyjnych, a wraz z tym rozwinęła się działalność specjalizujących się w tym zakresie adwokatów. Narodził się, sygnalizowany na początku opracowania, cały „byznes reperywatywacyjny” i związane z nim liczne patologie. Sprawa jest tak ważna, że jeszcze do niej trzeba będzie powrócić.

3. Także orzecznictwo sądów administracyjnych szybko włączyło się w nurt sądowej reperywatywacji. Punktem wyjścia była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 13/92 stanowiąca, że „nie można zaliczyć do czasu posiadania [B.Z. – przez państwo] okresu władania nieruchomością jak właściciel na podstawie decyzji następnie unieważnionej”.

Wprawdzie całe orzecznictwo sądów administracyjnych stoi na fundamencie ciągłości polskiej państwowości i związanego z nią prawa (decyduje prawo obowiązujące w chwili wydania zaskarżonej decyzji), ale zaczęto masowo uchylać (ze skutkiem *ex tunc*) decyzje wywłaszczeniowe i nacjonalizacyjne poprzez stwierdzenie ich nieważności. Sądy administracyjne i Samorządowe Kolegia Odwoławcze opierają się na konstrukcji art. 156 § 1 punkt 2 *in fine*, który dla ochrony publicznych praw podmiotowych pozwala bezterminowo stwierdzać nieważność z powodu „rażącego naruszenia prawa”. W środkach masowego przekazu mówi się o tym: „komuniści nie stosowali własnego prawa”. Abstrahuje się od tego, że nie chodzi tu o publiczne prawa podmiotowe, a roszczenia majątkowe, które zawsze są przecież przedawnialne. Wiadomo, że akty administracyjne (decyzje) mogą wywołać także skutki cywilnoprawne, podlegające regułom prawa prywatnego, a nie publicznego. Nie uwzględnia się też fundamentalnej zasady, że o treści przepisu decyduje nie tylko tekst ustawowy, ale i sposób rozumienia tej treści przez organy, które stosowały ten przepis. Wreszcie, że nie można przenosić obecnych ocen związanych z ochroną prywatnej własności i standardami demokratycznego państwa prawnego, którym jesteśmy zgodnie z art. 2 Konstytucji z 1997 r. na czasy powojennej transformacji ustrojowej. Do innych jeszcze aspektów stosowania do reperywatywacji art. 156 § 1 punkt 2 *in fine* k.p.a. trzeba będzie jeszcze powrócić.

Masowe stwierdzenia nieważności decyzji nacjonalizacyjnych, wywłaszczeniowych pozwalają automatycznie wystąpić o odszkodowanie od Skarbu Państwa za bezpodstawne pozbawienie praw majątkowych. Sąd cywilny zgodnie z art. 417 Kodeksu cywilnego (do 2004 r. z art. 160 k.p.a.) musi wtedy orzec o odszkodowaniu zgodnym z regułami Kodeksu cywilnego. SKO i sądy administracyjne *de facto* kształtują więc stosunki własnościowe (w systemie prawa związane jednak nie z nimi, a z sądami cywilnymi i gospodarczymi). W ten sposób działalność SKO i sądów administracyjnych, a potem cywilnych wykreowały nową instytucję prawną – reprywatyzację sądową i związany z nią „byznes” reprywatyzacyjny.

VII. Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach reprywatyzacyjnych

1. Orzecznictwo Sądu Najwyższego było już ogólnie sygnalizowane. Jest ono bardzo złożone i ulega obecnie różnym zmianom i korektom. Jego analiza wymagałaby specjalnej monografii. Stąd zostaną wskazane tylko wybrane orzeczenia mogące ułatwić zrozumienie ewoluujących poglądów Sądu Najwyższego.

2. Linię orzecniczą Sądu Najwyższego w sprawie zasiadywania nieruchomości przez Skarb Państwa zapoczątkowała cytowana już uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 133/92. Sąd Najwyższy stwierdził, że „nie można zaliczyć do czasu posiadania okresu władania nieruchomością jak właściciel na podstawie decyzji następnie unieważnionej”. Nabycie nieruchomości przez stronę, która nabyła nieruchomość bezprawnie, stanowiłoby nadużycie prawa i strona taka nie może korzystać z ochrony.

Pogląd ten poddał druzgocącej krytyce Tomasz Dybowski,⁴⁵ wskazując, że art. 172 Kodeksu cywilnego nie przewiduje żadnych innych warunków zasiedzenia poza samoistnością posiadania i upływem odpowiedniego okresu posiadania.

Wynika z tego jednoznacznie, że „stan prawny, na którego podstawie następuje objęcie rzeczy w posiadanie, nie ma wpływu na kwalifikację posiadania jako samoistnego. Objęcie w posiadanie, może nastąpić nawet w sposób bezprawny. Świadomość posiadacza o bezprawności posiadania może co najwyżej mieć wpływ, jeżeli chodzi o nieruchomość, na przedłużenie okresu wymaganego do zasiedzenia”⁴⁶. Co więcej, przy zasiedzeniu (zgodnie z jego istotą) były

⁴⁵ T. Dybowski, glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 133/92, Przegląd Sądowy z 1993 r. nr 5, s. 114 i nast.

⁴⁶ T. Dybowski, op. cit.

właściciel nie może powoływać się ani na nadużycie prawa, ani na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Dotyczy to nie tylko aktów nacjonalizacyjnych, ale i wywłaszczeń pod różnymi postaciami, aktów narzucających powstanie stosunków zobowiązaniowych i aktów o podziale majątku między różnymi podmiotami⁴⁷. Tomasz Dybowski, największy autorytet prawa rzeczowego obecnej transformacji, w konkluzji jednoznacznie stwierdza, że zasiedzenie (klasyczna instytucja cywilnoprawna wywodząca się jeszcze z prawa rzymskiego) nie nadaje się do „naprawiania krzywd komunizmu”⁴⁸.

Wskazana argumentacja nie wywarła jednak żadnego wpływu na Sąd Najwyższy, który w kolejnej uchwale z dnia 21 września 1993 r., sygn. akt III CZP 72/93 w pełni zaaprobował uchwałę z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 133/92. Po pierwsze stwierdził, że nie do przyjęcia byłoby dopuszczenie możliwości zmiany (zarówno teraz, jak i w przyszłości) przez państwo swego władztwa spoza sfery prawa cywilnego w posiadanie w rozumieniu art. 172 § 1 Kodeksu cywilnego jako zmierzające do pozbawienia innych podmiotów przysługującego im prawa własności [B.Z. – którego przecież zostali już pozbawieni]. Po drugie powtórzył główną tezę uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 133/92, że „do okresu zasiedzenia nieruchomości przez Skarb Państwa nie wlicza się okresu władania przez organy państwowe lub państwowe osoby prawne, wykonywanego w ramach uprawnień państwa jako podmiotu prawa publicznego, mimo istnienia tytułu własności uznanego następnie za nieistniejący”. Te poglądy zaprzeczające instytucji zasiedzenia i negujące znaczenie własności ogólnonarodowej tylko dlatego, że powstała ona w okresie PRL, przesądziły o linii orzeczniczej, która umożliwiła sądową repriwatyzację. Co prawda, niektóre składy Sądu Najwyższego próbowały się temu przeciwstawiać, ale bez większych rezultatów. Przykładowo można tu wskazać na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt V CK 13/02, gdzie stwierdzono, że do samostannego posiadania prowadzi nawet bezprawne zawłaszczenie nieruchomości, i na postanowienie z dnia 13 października 2005 r., sygn. akt I CK 162/05, gdzie Sąd Najwyższy odniósł to także do Skarbu Państwa.

Trzeba też pozytywnie odnotować stanowisko Sądu Najwyższego w sprawach związanych z nacjonalizacją na podstawie ustawy z dnia 3 stycznia 1946 r. o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi narodowych⁴⁹. Sąd Najwyższy, broniąc interesów Skarbu Państwa, wydał uchwałę z dnia 24 listopada 2005 r., sygn. akt III CZP 82/05, że niewydanie przez Radę Ministrów rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy nie stwarza obecnie podstawy do roszczeń

⁴⁷ T. Dybowski, op. cit.

⁴⁸ T. Dybowski, op. cit.

⁴⁹ Dz.U. z 1946 r. Nr 3, poz. 17.

odszkodowawczych, gdyż obowiązujące wówczas przepisy nie przewidywały odpowiedzialności Skarbu Państwa za zaniechanie legislacyjne⁵⁰.

Do korekty linii orzeczniczej doszło dopiero w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2007 r., sygn. akt III CZP 30/07. Wprawdzie Sąd Najwyższy stwierdził, że państwo może zasiedzieć cudzą nieruchomość także wtedy, gdy w jej posiadanie weszło, wykonując władztwo publiczne, ale bieg, przedawnienia a więc i zasiedzenia, nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu, gdy uprawniony (w tym wypadku właściciel) z powodu siły wyższej nie mógł przed sądem lub innym organem dochodzić swoich roszczeń. W praktyce w orzecznictwie większości sądów cywilnych uznano, że akty nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe PRL oraz postawa organów administracji uniemożliwiały byłym właścicielom restaurację utraconej własności. Winien więc był ustrój panujący do 4 czerwca 1989 r. [tak jak twierdzi cytowany wcześniej W. Łączkowski], chociaż przecież od powołania 1 września 1980 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego bieg przedawnienia powinien być liczony od daty, kiedy decyzje nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe mogły być do niego zaskarżane. Minał więc okres zasiedzenia przez państwo nieruchomości, do których zgłaszają roszczenia byli właściciele, i orzecznictwo sądowe powinno już nie uznawać żadnych żądań reprivatyzacyjnych.

Tylko przy pominięciu powstania Naczelnego Sądu Administracyjnego i przyjęciu, że Skarb Państwa był posiadaczem w złej wierze, który dodatkowo przez swoje akty normatywne i decyzje administracyjne uniemożliwiał w okresie PRL-u dochodzenie roszczeń, zasiedzenie, znacjonalizowanych i wywłaszczonych nieruchomości przez państwo nastąpiłoby 4 czerwca 2019 r. (30 lat od czerwca 1989). Stąd wynika obecna presja wszystkich grup interesów polskich i obcych, związanych z reprivatyzacją, na wydanie natychmiast ustawy reprivatyzacyjnej uznającej ich żądania, skoro nie można będzie korzystać już z dotychczasowej reprivatyzacji sądowej.

W uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 31 marca 2011 r., sygn. akt III CZP 112/10 stwierdzono, że odszkodowanie (na podstawie art. 160 § 1 k.p.a.) nie obejmuje korzyści utraconych wskutek wydania ostatecznej decyzji administracyjnej wydanej przed dniem 1 września 2004 r.,

⁵⁰ Odstępując od chronologii należy przypomnieć, że Sąd Najwyższy (na tle ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju – Dz.U. Nr 97, poz. 1051 ze zm.) w wyrokach z dnia 6 września 2012 r., sygn. akt I CSK 77/12, I CSK 96/12 i I CSK 59/12 oraz w uchwale z dnia 20 grudnia 2012 r., sygn. akt III CZP 94/12 bardzo ostrożnie podszedł do obecnych roszczeń od Skarbu Państwa za zaniechania legislacyjne, na skutek których powodowie ponieśli szkodę (art. 417 k.c. w związku z art. 77 ust. 1 Konstytucji).

której nieważność lub wydanie z naruszeniem art. 156 § 1 k.p.a. stwierdzono po tym dniu. Znowu jednak Sąd Najwyższy wsparł działania reprivatyzacyjne w bardzo kontrowersyjnej uchwale z dnia 21 sierpnia 2014 r., sygn. akt III CZP 49/14, w której rozszerzył pojęcie szkody w sprawach dotyczących nieruchomości warszawskich (objętych działaniem dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy – Dz.U. Nr 50, poz. 278), stwierdzając, że źródłem szkody dla właścicieli (i ich następców prawnych) może też być wydana wadliwa decyzja, zezwalająca na sprzedaż lokali w budynku położonym na przejętej nieruchomości.

Tendencja do rozszerzania zakresu roszczeń odszkodowawczych została z kolei ponownie ograniczona w znanym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2015 r., sygn. akt I CSK 467/14, gdzie stwierdzono, że przy ocenie wysokości uszczerbku majątkowego w postaci *damnum emergens* spowodowanego wadliwą decyzją administracyjną i polegającego na utracie własności nieruchomości miejskiej (użytkowania wieczystego) należy brać pod uwagę przeznaczenie tej nieruchomości – jako elementu jej ogólnego stanu – z chwili wydania wadliwej decyzji, a ceny – z daty ustalenia odszkodowania (art. 363 § 2 k.c.).

Ostatnia wreszcie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt III CZP 82/14, która przeciwstawiła się zawieszeniu biegu przedawnienia tylko na skutek obowiązywania określonych przepisów (w rozpatrywanej sprawie zamykających proces nacjonalizacji lasów), bez udowodnienia przez byłych właścicieli, że nie mogli rzeczywiście dochodzić swoich praw, zasługuje na pełną aprobatę. Taka uchwała powinna być jednak podjęta przez ówczesny skład Sądu Najwyższego w 1992 r., zamiast uchwały z dnia 18 listopada 1992 r., sygn. akt III CZP 133/92, która zapoczątkowała naszkicowaną linię orzeczniczą reprivatyzacji sądowej. Z uwagi na rozmiary opracowania pominięto tu szereg uchwał Sądu Najwyższego, które będą zapewne omówione w specjalnych opracowaniach monograficznych⁵¹.

Z corocznych sprawozdań Prokuraturii Generalnej, której radcowie bronią interesów Skarbu Państwa w sporach o wysokość odszkodowania za znacjonalizowane lub wywłaszczone nieruchomości przed sądami cywilnymi wynika, że prezentuje ona pogląd, że wysokość odszkodowania za znacjonalizowane nieruchomości powinna uwzględniać ograniczenia prawne, którym

⁵¹ Por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt III CZP 112/10 (wyłączającą z odszkodowań reprivatyzacyjnych utracone korzyści), uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. akt III CZP 78/14 (określającą początek terminu przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej ostateczną decyzją administracyjną wydaną przed dniem 1 września 2004 r.).

podlegałyby nieruchomości budynkowe, gdyby nie doszło do ich przejęcia przez państwo (obligatoryjne prawo najmu po I wojnie światowej, publiczna gospodarka lokalami po II wojnie światowej, wywłaszczenia nieruchomości na podstawie dekretu z dnia 26 kwietnia 1949 r. o nabywaniu i przekazywaniu nieruchomości niezbędnych dla realizacji narodowych planów gospodarczych⁵² i wywłaszczenia na podstawie ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości⁵³ dla planowanej realizacji budownictwa ogólnomiejskiego i zorganizowanego budownictwa mieszkaniowego itp.). Przy ustalaniu odszkodowania Prokuratoria Generalna, tak jak Sąd Najwyższy w niecytowanym tu jeszcze wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV CSK 476/09, wskazuje na konieczność uwzględniania tak zwanej „rezerwowej przyczyny”, która mogłaby doprowadzić do skutku tożsamego z aktem nacjonalizacyjnym.

Warto też odnotować, że nie wszystkie sądy powszechne stosowały w swoim orzecznictwie ustalone przez Sąd Najwyższy zasady reprivatyzacji sądowej, a jednak nadal posługiwały się klasyczną konstrukcją art. 172 Kodeksu cywilnego, który nie przewiduje żadnych innych warunków zasiedzenia poza samoistnością posiadania i upływem odpowiedniego okresu czasu oraz opiera się na ciągłości polskiej państwowości i jej prawa.

VIII. Kierunek orzecnictwa sądów administracyjnych w sprawach reprivatyzacyjnych

1. W rozdziale dającym ogólny obraz reprivatyzacji sądowej (rozdział VI) zarysowano rolę, jaką pełnią w niej obok sądów powszechnych i Sądu Najwyższego sądy administracyjne. Wymaga to teraz pewnego rozwinięcia.

2. Spadkobiercy byłych właścicieli nieruchomości lub nabywcy ich roszczeń reprivatyzację sądową zaczynają od wszczęcia postępowania przed sądem administracyjnym o stwierdzenie nieważności decyzji (nacjonalizacyjnej lub wywłaszczeniowej). Po uzyskaniu pomyślnego sądowego rozstrzygnięcia wnoszą do sądu cywilnego powództwo o odszkodowanie za szkodę, którą spowodowała unieważniona decyzja (por. obowiązujący do dnia 1 września 2004 r. art. 160 k.p.a. oraz art. 417 k.c.). Powód przed sądem cywilnym, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, musi udowodnić istnienie szkody, związek przyczynowy między nieważną już decyzją a szkodą i wysokość szkody.

⁵² Dz.U. z 1952 r. Nr 4, poz. 31.

⁵³ Dz.U. z 1961 r. Nr 18, poz. 94.

3. Wcześniej już przypomniano, że akty administracyjne mogą wywoływać także skutki cywilne. Z chwilą jednak powstania określonego stosunku cywilnoprawnego podlega on regułom prawa cywilnego, a nie prawa administracyjnego. Po wydaniu decyzji nacjonalizacyjnej, czy wywłaszczeniowej powstawała nowa własność, własność ogólnonarodowa. Jest ona – jak każda własność ujęta w określone ramy czasowe (por. art. 117 i nast. Kodeksu cywilnego i art. 172 i nast. tegoż kodeksu). Nie powinien tego zmieniać sąd administracyjny, przez nieograniczone w czasie stwierdzanie – na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.a. – nieważności decyzji nacjonalizacyjnych czy wywłaszczeniowych i tym samym uruchamianie możliwości dochodzenia roszczeń rewindykacyjnych przed sądem cywilnym. W tym postępowaniu rola sądu cywilnego jest więc ostatecznie zmarginalizowana i ograniczona do ustalania wysokości odszkodowania. To sądy administracyjne, a nie cywilne przesądzają o ważnej części stosunków własnościowych w III Rzeczypospolitej.

4. Była już mowa o tym, że o brzmieniu przepisu decyduje nie tylko tekst ustawowy, ale i sposób jego interpretacji przez organy państwowe. Doktrynalne rozróżnienie między przepisem i normą zostało – jak wiadomo – w pełni zaaprobowane przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego⁵⁴.

Sądy administracyjne formalnie aprobują ciągłość prawną między PRL a III Rzeczypospolitą, ale często zupełnie odmiennie interpretują dawne prawo, niż czyniły to organy państwowe działające w starym ustroju. Przenoszą do historycznej rzeczywistości aktualne standardy demokratycznego państwa prawnego (w myśl Konstytucji z 1952 r. nie była nim PRL) i wynikającą z Konstytucji z 1997 r. ochronę własności prywatnej. Taka niepokojąca przemiana sądów administracyjnych w sądy nad historią stosowania prawa administracyjnego (przed nawet 70 laty!) budzi zasadnicze wątpliwości prawno-ustrojowe. Dla ochrony utraconej w przeszłości prywatnej własności pomija się cele publiczne, jakie były związane z aktami nacjonalizacyjnymi i wywłaszczeniowymi, oraz funkcje, jakie pełni obecnie przejęte kiedyś mienie. Sądy administracyjne są powołane po to, aby badając zgodność zaskarżonych decyzji z prawem, zawsze mieć na względzie interes społeczny, a w jego ramach słuszny, ale ujęty w ramy czasowe interes obywatela (art. 7 k.p.a.).

Z punktu widzenia postępowania dowodowego zasadnicze wątpliwości budzi też orzekanie teraz o sprawach, w których z uwagi na upływ czasu brakuje pełnych akt, prezentowane są szczątkowe dowody i oświadczenia, których nie można zweryfikować.

⁵⁴ Por. przykładowo wyrok TK z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt SK 4/11, czy wyrok TK z dnia 27 października 2004 r., sygn. akt SK 1/04.

5. Sądy administracyjne nie wprowadziły żadnych ograniczeń czasowych w stosowaniu art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* w związku z § 2 k.p.a. To rozwiązanie proceduralne pomija rolę czasu w prawie, chociaż zdeterminowane przez czas są zarówno warunki powstawania praw cywilnych, czas ich trwania, jak i wygaśnięcie. Rozwiązanie z art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.a. umożliwiające, przy wykładni tylko gramatycznej⁵⁵, nieograniczone w czasie stwierdzenie nieważności decyzji z powodu „rażącego naruszenia prawa” nie są też zgodne z przyjętymi regułami procesowymi, gdzie jest zawsze określony czas na złożenie skargi, odwołania, apelacji, kasacji itp. Tak samo więc ograniczone w czasie muszą być możliwości wydawania decyzji nadzorczych w trybie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Stwierdzenie nieważności burzy bowiem porządek publiczny stworzony przez dotychczas obowiązującą prawomocną decyzję. Dlatego musi być zarówno czymś zupełnie wyjątkowym, jak i ograniczonym w czasie. Wymaga tego dobro wspólne określone w art. 1 Konstytucji, wyprowadzony z art. 2 Konstytucji obowiązek budowania zaufania do prawa, ochrona wcześniej nabytych praw, dbałość o bezpieczeństwo i porządek publiczny (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

W sprawach reprivatyzacyjnych nie budzi wątpliwości konieczność stosowania prokonstytucyjnej wykładni art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.

6. Dopiero Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 maja 2015 r., sygn. akt P 46/13, co prawda ograniczony zakresem pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, orzekł, że art. 156 § 2 k.p.a. w zakresie, w jakim nie wyłącza dopuszczalności stwierdzenia nieważności decyzji wydanej z rażącym naruszeniem prawa, gdy od wydania decyzji nastąpił znaczny upływ czasu, a decyzja była podstawą nabycia prawa lub ekspektatywy, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP. Zasada praworządności wynikająca z art. 7 Konstytucji (potrzeba eliminacji z obrotu wadliwych decyzji administracyjnych) musi ulec niezbędnej korekcie w zderzeniu z zasadą pewności prawa i zaufania do tworzącego to prawo państwa (reguła wynikająca z art. 2 Konstytucji i związana z nią zasada trwałości decyzji administracyjnych określona w art. 16 Kodeksu postępowania administracyjnego). Dlatego sama zasada praworządności nie uzasadnia rozwiązania umożliwiającego stwierdzanie nieważności decyzji, która korzystała przez kilkadziesiąt lat z domniemania zgodności z prawem i spowodowała nabycie uprawnień lub ekspektatywy ich nabycia.

Warto też zwrócić uwagę, że stwierdzenie nieważności decyzji na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.a. następuje na podstawie typowego zwrotu

⁵⁵ Skoro Senat RP w cytowanej już parokrotnie uchwale z dnia 16 kwietnia uznał, że istnieje ciągłość między II i III Rzeczpospolitą, to przy tylko gramatycznej wykładni art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* możnaby stwierdzać nieważność decyzji Polski przedwrześniowej!

niedookreślonego „rażącego naruszenia prawa” często przed ponad pół wiekiem. Jak uniknąć dowolności w jego stosowaniu, działając w zupełnie innych warunkach społecznych, gospodarczych i politycznych? Jaki wpływ na standardy stosowania prawa miała obowiązująca Konstytucja z 1952 r., która chroniła powstałą w wyniku nacjonalizacji i wywłaszczeń własność ogólnonarodową – podstawę całego ówczesnego życia społeczno-gospodarczego? Jak to wszystko można po 70., czy 50. latach ustalić w postępowaniu sądowo-administracyjnym, które nie może przecież opierać się tylko na politycznym hasle „walki z bezprawnymi grabieżami nieruchomości przez reżim komunistyczny”?

7. Dotychczasowe orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach reprivatyzacyjnych podsumował wiceprezes Naczelnego Sądu Administracyjnego Włodzimierz Rymś w znanym wywiadzie dla „Gazety Wyborczej” „Co dalej z reprivatyzacją? Dlaczego mamy płacić za dawne krzywdy?”⁵⁶. Między innymi stwierdził on, że „... dekret Bieruta z 1945 r. i inne dekrety nacjonalistyczne, w tym ten o reformie rolnej ciągle obowiązują i są stosowane (?) Taka jest wola Sejmu [...] sądy badają, czy ich przejęcie odbyło się zgodnie z procedurami i prawem. Jeżeli po wojnie popełniono błędy, byli właściciele mają szansę, by je odzyskać”⁵⁷.

8. Przez ponad dwa lata pracował zespół pod przewodnictwem sędziego NSA prof. Z. Kmiecika do spraw reformy postępowania administracyjnego. Poszukując różnych zmian „dla sztywnej procedury administracyjnej nieprzystającej do obecnych realiów”, nie zajął się omawianym art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.a., który – w świetle wskazanego orzecznictwa opartego na najprostszej, by nie powiedzieć: prymitywnej i antykonstytucyjnej wykładni językowej, powinien być natychmiast znowelizowany.

9. Zupełnie niezrozumiałe jest też to, że nie przyznano radcom Prokuratury Generalnej udziału w postępowaniach sądowo-administracyjnych dotyczących reprivatyzacji. Nie są więc należycie broniące interesy majątkowe Skarbu Państwa i cele publiczne związane ze znacjonalizowanymi i wywłaszczonymi przed ponad półwieczem nieruchomościami.

⁵⁶ „Gazeta Wyborcza” z dnia 9 lutego 2015 r.

⁵⁷ Taki sam pogląd pomijający rolę czasu w prawie zaprezentował Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 marca 2011 r., sygn. akt K 35/08 stwierdzającym niekonstytucyjność stanu wojennego, por. jego omówienie B. Zdziennicki, *Badanie konstytucyjności stanu wojennego* [...] „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” z 2012 r. nr 3, s. 163 i nast., por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w W-wie (sędzia sprawozdawca Zb. Kapiński) z dnia 15 czerwca 2015 r. stwierdzający, że stan wojenny wprowadziły nie ówczesne władze PRL, a „grupa przestępcza o charakterze zbrojnym”.

IX. Nieruchomości warszawskie

1. Nieruchomości warszawskie znacionalizowane w 1945 r. stanowią temat sam w sobie. Poświęcono mu wiele opracowań prawniczych⁵⁸ i setki publikacji prasowych⁵⁹. Stąd zostaną tu tylko zasygnalizowane najważniejsze zagadnienia mające ścisły związek z tematyką tego opracowania.

2. Dekret z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy⁶⁰ wydany – jak wiadomo – w celu umożliwienia racjonalnego przeprowadzenia odbudowy stolicy i dalszej jej rozbudowy nacionalizował wszelkie grunty na obszarze m.st. Warszawy. Artykuł 7 dekretu przyznawał wywłaszczonym (*ex lege*) dotychczasowym właścicielom gruntu i ich prawnym następcom lub osobom ich reprezentującym prawo do złożenia w terminie zawitym (6-miesięcznym) od dnia przejęcia gruntu w posiadanie przez gminę wniosku o ustanowienie na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy za opłatą symboliczną.

Jeśli chodzi o budynki, to zgodnie z art. 5 cytowanego dekretu pozostawały one tymczasową własnością dotychczasowych właścicieli, jako wyjątek od zasady *superficies solo cedit* i stawały się własnością m.st. Warszawy dopiero po bezskutecznym upływie wskazanego wyżej terminu do złożenia wniosku o ustanowienie dzierżawy wieczystej albo prawa zabudowy, albo z chwilą prawomocnego oddalenia takiego wniosku.

W razie niezgłoszenia wniosku lub nieprzyznania dotychczasowemu właścicielowi z jakichkolwiek powodów prawa wieczystej dzierżawy albo prawa zabudowy gmina była zobowiązana (art. 7 ust. 5 dekretu) zapłacić odszkodowanie ustalone w specjalny, odrębny sposób. Zgodnie z art. 8 dekretu odszkodowanie należało się także za budynki, które przeszły na własność gminy. Prawo do żądania odszkodowania powstawało po upływie 6 miesięcy od dnia objęcia gruntu w posiadanie przez m.st. Warszawę i wygasło po upływie trzech lat od tego terminu (czyli mniej więcej w początkowych miesiącach 1949 r.). Tak się jednak nie stało, bo wydawane były kolejne regulacje ustawowe, które stopniowo ograniczały uprawnienia byłych właścicieli nieruchomości warszawskich, co do możliwości zwrotu nieruchomości lub uzyskania jakiegoś odszkodowania⁶¹.

⁵⁸ Por. przykładowo S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2006, w szczególności s. 325 i nast., A. Hetko, *Dekret warszawski – postępujące wywłaszczenie nieruchomości*, Warszawa 2008 r.

⁵⁹ Por. artykuły w tygodnikach, „Rzeczpospolitej”, „Gazecie Wyborczej”, itp.

⁶⁰ Dz.U. z 1945 r. Nr 50, poz. 279.

⁶¹ Por. regulacje dotyczące zasad gospodarowania nieruchomościami w ustawie

Wywłaszczonym w 1945 r. właścicielom z reguły odmawiano zaspokojenia ich roszczeń powołując się na cele publiczne związane z odbudową i planami rozbudowy Warszawy oraz na zasady ustrojowe PRL przeciwne „popieraniu kapitalistycznej własności”.

3. Nie ulega więc wątpliwości, że wywłaszczenia gruntów i budynków warszawskich zostały już dokonane. Przywrócenie własności wymagałoby wydania specjalnej ustawy o uwłaszczeniu nie tyle na rzecz byłych właścicieli, co ich spadkobierców lub nabywców ich roszczeń.

Obecnie problematyka gruntów i budynków warszawskich nie dotyczy więc spraw własnościowych, a tylko następstw dokonanych wywłaszczeń, które w miarę upływu kolejnych dekad podlegały ograniczeniom ustawodawczym⁶².

Roszczenia warszawskie w przeciwieństwie do omawianej wcześniej ideologii „komunistycznego bezprawia” i ciągłości prawnej III Rzeczypospolitej tylko z II Rzeczypospolitą uznają, że III Rzeczpospolita jest niekwestionowaną następczynią prawną także PRL-u i dlatego powinna w pełni respektować dekret z 1945 r. Nie powinien on być zmieniany jakby był jakąś ponadustrojową regulacją, mimo upływu czasu i narastających wokół niego patologii. Co więcej, dla ochrony uprawnień powłaszczeniowych przywołuje się także przepisy Konstytucji z 1997 r. dotyczące ochrony własności⁶³. Wywłaszczenia już jednak zostały zrealizowane, a dekret z 1945 r. został wykonany. W zakresie własności powstały więc nieodwracalne skutki prawne. Mogłaby je odwrócić tylko wspomniana jakaś ustawa uwłaszczeniowa.

Władza ustawodawcza ma prawo do ograniczenia uprawnień, jeżeli stoją za tym uzasadnione racje gospodarcze i społeczne. W razie powstania różnych patologii czy zagrożeń dla ładu prawnego i publicznego bezpieczeństwa finansowego Sejm ma konstytucyjny obowiązek podjąć stosowne działania ustawodawcze (por. zwłaszcza art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Stąd też zasadnicze zastrzeżenia budzi dotychczasowe orzecznictwo organów administracji, SKO i sądów warszawskich zwracające mimo braku podstawy prawnej istniejącą od 70 lat własność komunalną następcom prawnym dawnych właścicieli lub przyznające im pełne odszkodowania cywilne za

z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (Dz.U. z 1974 r. Nr 10, poz. 64 ze zm.), zastąpione potem regulacjami w ustawie z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniach nieruchomości (Dz.U. z 1991 r. Nr 30, poz. 127 ze zm.) i wreszcie regulacjami w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2015 r., poz. 782).

⁶² Por. ostatnie rozwiązania w cytowanej ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2015 r., poz. 782).

⁶³ Zwykle wskazuje się tu na art. 21, art. 64 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji.

utraconą własność, a nie uznaniową rekompensatę za przyznane im kiedyś uprawnień poułaszczeniowe. Bliższe omówienie tych spraw wykracza poza tematykę niniejszego opracowania⁶⁴.

X. Zakończenie

Roszczenia reprivatyzacyjne dzielą się na dwie grupy. Pierwsza z nich kwestionuje ciągłość prawną między Polską Rzeczpospolitą Ludową i III Rzeczpospolitą. PRL jako państwo niesuwerenne miało stanowić „czarną dziurę” w historii polskiej państwowości. Stąd jego akty nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe mające na celu odbudowę kraju ze zniszczeń wojennych i jego rozwój zgodny z zasadami sprawiedliwości społecznej należy uznać za nieważne i zwrócić własność byłym właścicielom. Własność prywatna jest nienaruszalna i powinna być restaurowana.

Druga grupa roszczeń uznaje co prawda ciągłość prawną między Polską Rzeczpospolitą Ludową a III Rzeczpospolitą, ale twierdzi, że wszystkie decyzje nacjonalizacyjne i wywłaszczeniowe rażąco naruszały prawo i dlatego w trybie postępowań nadzorczych powinny być unieważniane.

Roszczenia I i II grupy znalazły wsparcie w działaniach państwowego IPN zwalczającego „zbrodnie komunistyczne” i „komunistyczne bezprawie” oraz w programach partii, które uznają powojenną nacjonalizację za grabież nienaruszalnej własności prywatnej, oraz w uchwałach Senatu potępiających regularnie „wynaturzony” PRL.

Z uwagi na skalę rozszerzających się roszczeń reprivatyzacyjnych (już w tej chwili w przybliżeniu szacowanych nawet na 250 miliardów złotych) powstał specjalny „byznes”, wokół którego narosły liczne patologie (oszustwa, fałszerstwa, wyłudzenia itp.).

Presja spadkobierców byłych właścicieli i nabywców ich roszczeń wsparta przez zasygnalizowane działania polityczno-ideologiczne wpłynęła niestety na kierunki orzecznictwa administracyjnego i sądowego. Zanegowano w nim sens instytucji zasiedzenia (art. 172 Kodeksu cywilnego) poprzez przyjęcie, że okres PRL stanowił „siłę wyższą” (art. 121 pkt 4 w związku z art. 172 Kodeksu cywilnego), która uniemożliwiała rozpoczęcie biegu przedawnienia lub go przerywała. Stąd państwo polskie nie mogło zasiedzieć znacjonalizowanych lub

⁶⁴ Dotyczy to zwłaszcza ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, której Prezydent nie podpisał i wystąpił z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie jej zgodności z Konstytucją.

wywłaszczonych nieruchomości. Sądy cywilne zasądzają zwroty w naturze albo odszkodowania według zasad Kodeksu cywilnego za utracone nieruchomości.

Z kolei sądy administracyjne zaczęły unieważniać, w sposób nieograniczony żadną cezurą czasową, decyzje wywłaszczeniowe, nacjonalizacyjne i w ten sposób uruchamiać postępowania przed sądami cywilnymi o odszkodowania od Skarbu Państwa. Sądy administracyjne unieważniając decyzję, przyjęły niezgodną z Konstytucją z 1997 r. wykładnię art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* w związku z § 2 k.p.a. Niezgodną, bo nieograniczoną żadną cezurą czasową.

Prowadzone obecnie działania repriwatyzacyjne o stale rozszerzającej się skali i coraz większych związanych z nimi patologiach oparte są więc na wadliwym rozumieniu obowiązującego prawa.

Roszczenia byłych właścicieli czy ich następców prawnych mogą mieć tylko podstawę moralną (poczucie krzywdy) i dlatego konieczne jest ich zderzenie z funkcjami publicznymi jakie pełnią obecnie przejęte po wojnie nieruchomości, prawami osób, które w międzyczasie uzyskały do nich prawo własności i możliwościami finansów publicznych. Po wyważeniu tych racji (w ramach zasad i wartości konstytucyjnych) oraz po poddaniu ich ocenie przez odpowiednio przygotowane referendum można by (przy pozytywnym wyniku referendum) przygotować ustawę o ograniczonych rekompensatach z różnymi wyłączeniami podmiotowymi. Obecnie prowadzona repriwatyzacja nie ma więc podstaw prawnych i wyrządza olbrzymie szkody. Powinna być przerwana i rozliczona w ramach postępowań nadzorczych.

REPRIVATISATION IN LIGHT OF THE RULES OF LAW

Restitution claims are divided in two groups. One of them questions legal continuity between the Polish People's Republic and the Third Republic of Poland. As a non-sovereign country, Polish People's Republic was supposed to become a "black hole" in the history of Polish statehood. Therefore its nationalisation and expropriation acts concerning restoration of the country from war damages and its development according to the principles of social justice should be considered void and the properties returned to their former owners. Private property is inviolable and should be restored.

The second group of the claims recognizes legal continuity between Polish People's Republic and the Third Republic of Poland but predicates that all nationalisation and expropriation decisions grossly violated the law and because of that should be cancelled according to mode supervisory procedures.

The claims of both groups were supported by Institute of National Remembrance actions fighting "Communist regime's crimes" and "Communist lawlessness" as well as in the programmes of the parties which would define postwar nationalisation as the plunder of inviolable private property, and also in Senat's resolutions which regularly condemned "denaturalized" Polish People's Republic.

The large scale of restitution claims (at this moment they are approximately estimated at 250 billion zlotys) created a special type of "business" which is connected with numerous pathologies (frauds, forgeries, extortions etc.).

The pressure coming from former owners' inheritors and purchasers of their claims supported by signalled political-ideological actions unfortunately has affected the directions of administrative and judicial jurisprudence. It negated the meaning of acquisitive prescription (Civil Code, article No. 172) by assuming that the period of the Polish People's Republic was force majeure (Civil Code, article No. 121, subparagraph 4 with regard to Civil Code, article No. 172) which made it impossible to start the limitation period or to stop it. Hence the Polish State could not prescribe the nationalised or the expropriated properties. The civil courts adjudge restitutions in kind or compensations for lost estate according to the Civil Code.

In turn administrative courts started to cancel expropriating and nationalising decisions without any censorship time and in this way started to run in civil courts the compensation from the State Treasury procedures. By cancelling these decisions, the administrative courts accepted incompatible with the Constitution interpretation of article 156 section 1 subparagraph 2 in fine with regard to section 2 Code of Administrative Proceedings. Incompatible because not limited with any censorship time.

Currently ongoing restitution procedures with constantly growing range and pathologies connected with it are therefore based on incorrect understanding of applicable law.

Claims of former owners or their legal successors can only have moral ground (sense of injustice) and because of that it is necessary to confront them with current public functions of estate taken over after the war and with rights of people who in the meantime obtained ownership as well as the possibilities of public finances. After balancing these causes (following the Constitution principles and values) and after having them accessed by a properly prepared referendum after which (with a positive result of it) an act about limited compensation with different subjective exemptions could be prepared.

Reprivatisation proceeding today has therefore no legal ground and does a lot of harm. That's why it should be stopped and settled according to supervisory proceedings.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015
Warszawa 2015

Magdalena Dziezic ■

OCHRONA PRAWNA ZAUFANIA PRZEZ INFORMACJĘ PRZY ŚWIADCZENIU USŁUG FINANSOWYCH

Problematyka ochrony zaufania na rynku usług finansowych jest zagadnieniem o niezwykle doniosłym znaczeniu, co znajduje odzwierciedlenie we współczesnym prawie, zarówno unijnym, jak i krajowym. Usługi finansowe stanowią w istocie produkty zaufania, co oznacza, iż ocena ich właściwości, stosunku jakości do ceny, ryzyka łączącego się z zawarciem umowy stają się znane nabywcy, w szczególności nieprofesjonalnemu dopiero po zawarciu umowy. W okolicznościach takich podmiot nieprofesjonalny zmuszony jest działać w zaufaniu do informacji przekazywanej mu przez instytucję finansową, a niedostarczenie nabywcy wymaganej informacji lub przedstawienie ich w sposób nieprzejrzysty prowadzić może do występowania zakłóceń w efektywnym funkcjonowaniu mechanizmów rynku, na którym cena usługi odzwierciedlać powinna informację dotyczącą jej jakości i ryzyk z nią związanych.

Prawo europejskie oraz przepisy prawa krajowego stanowiące implementację aktów prawa wspólnotowego mają na celu ochronę podmiotów nieprofesjonalnych, w szczególności konsumentów, w oparciu o paradygmat informacji i wzbudzić w nich zaufanie do rynku. Konsument, któremu zapewnia się efektywną ochronę, ma zaufanie do wspólnego rynku, gdyż jego zaufanie jest chronione, a informacyjne podstawy jego wyborów wspierane przez prawodawcę wspólnotowego.¹

¹ S. Weatherill, *The evolution of European consumer law and policy: From well informed consumer to confident consumer?*, [w:] H. Micklitz (wyd.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-*

Instytucja przedkontraktowych obowiązków informacyjnych nakładanych przez ustawodawcę na stronę profesjonalną stanowi obecnie najczęściej spotykany instrument prawny, którego celem jest ochrona zaufania stron co do treści przyszłego zobowiązania, w szczególności zaufania strony działającej jako nieprofesjonalista. Mając na uwadze wpływ instytucji finansowej na informacyjne podstawy decyzji o ewentualnym zawarciu umowy, znaczenie obowiązku informacyjnego na etapie przed zawarciem umowy zdaje się być nie do przecenienia.

Kryzys finansowy pokazał, iż nieprawidłowości na etapie udzielania nieprofesjonalistom informacji powodują, iż nabywają oni produkty dla siebie nieodpowiednie.² Pośrednicy kredytowi oraz pracownicy banku, przy wadliwie działającym systemie prowizji, mogą przy doradzaniu klientom kierować się w większym stopniu swoją prowizją niż adekwatnością określonej usługi dla nich. Może to w sposób bezpośredni oddziaływać na wiarygodność informacji udzielanych przez stronę profesjonalną i prowadzić do nadużycia zaufania klienta. Związane jest to między innymi z faktem istnienia konfliktu interesów związanego z systemem prowizji, który może skłaniać podmiot profesjonalny do oferowania pewnych produktów w sposób bardziej przekonujący niż przy pozostałych produktach.

Perspektywa instytucji finansowej masowo oferującej świadczenia finansowe dla swoich kontrahentów istotnie różni się od punktu widzenia jej klienta, ponieważ treść świadczeń przyszłych (hipotetycznych) zdefiniowana jest w opisie produktu inwestycyjnego, kredytowego lub w polisie ubezpieczeniowej w czasie teraźniejszym w chwili zawarcia umowy. W konsekwencji instytucje finansowe dążą do wzbudzenia u nabywcy zaufania co do tego, że przedmiot świadczenia jest całkowicie dookreślony w momencie zawierania umowy, a zakres ryzyka czy niepewności jest w sposób istotny ograniczony. Zaufanie to należałoby chronić przy pomocy instrumentów prawa cywilnego.

Konstrukcja artykułu podzielona została na części, których celem jest odpowiednio wprowadzenie w zagadnienie ochrony zaufania stron zawierających umowę, następnie przedstawiona zostanie problematyka ochrony zaufania w kontekście współwystępowania innych zasad w europejskim prawie modelowym. Część kolejna poświęcona będzie najbardziej rozpowszechnionemu instrumentowi służącemu ochronie zaufania, jakim są obowiązki informacyjne

Staaten, Baden-Baden 1996, s. 423 i nast.; T. Wilhelmsson, *The Abuse of the 'Confident Consumer' as a Justification for EC Consumer Law*, JCP 2004, vol. 27, s. 318.

² Badania pokazują, iż 70% produktów ubezpieczeniowych sprzedawanych jest bez odpowiedniej informacji. Por. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Packaged Retail Investment Products (COM(2009)204).

na etapie przed zawarciem umowy. Następnie przedstawiona zostanie problematyka usługi finansowej, i rynku finansowego. Kolejno omówię obowiązki informacyjne instytucji finansowych mające na celu ochronę zaufania podmiotów nieprofesjonalnych na przykładzie konkretnych rodzajów usług finansowych, tj. kredytowych oraz inwestycyjnych. W części końcowej przedstawię własną ocenę obecnego modelu ochrony zaufania podmiotów nieprofesjonalnych przy nabywaniu przez nich produktów finansowych poprzez instrument ochronny, jakim są przedkontraktowe obowiązki informacyjne.

1. Zaufanie przy świadczeniu usług finansowych

Ochrona zaufania, jako jedno z podstawowych założeń, na których oparte jest m.in. europejskie prawo konsumenckie, nawiązuje do wielu innych wartości uznawanych przez współczesne społeczeństwa, w tym do uczciwego postępowania i dobrej wiary. Aby mogło wystąpić po stronie nieprofesjonalnej zaufanie do instytucji finansowej, po stronie profesjonalnej wystąpić musi uczciwe zachowanie, którego elementem jest przekazanie informacji w sposób rzetelny. Regulacje prawne przyjmowane przez prawodawcę wymuszać powinny zaufanie, które stanowi emanację zasady słuszności na etapie przedkontraktowym. Dodatkowo, działanie takie prawodawcy promuje wartości, takie jak moralność czy uczciwość. Przy zawieraniu umów w sferze usług finansowych, których przedmiotem są złożone produkty finansowe, wymuszenie zaufania przez informację staje się niezbędne, gdyż im bardziej skomplikowana struktura produktu finansowego, tym więcej pułapek zawiera on dla nabywcy nieprofesjonalnego i tym bardziej konieczna staje się informacja pochodząca od instytucji finansowej.

Ochrona zaufania, bliska bardzo zasadzie bezpieczeństwa obrotu czy lojalności kontraktowej, ogranicza ramy swobody prawodawcy w zakresie prawa prywatnego, nakładając na niego obowiązek kreowania mechanizmów prawa prywatnego w taki sposób, by podmiotom stosunków prawnych z jednej strony zagwarantowane zostało bezpieczeństwo nawiązywania stosunków prawnych, a z drugiej, takie interpretowanie i stosowanie regulacji prawa prywatnego, które pozwala na pełne przestrzeganie w obrocie prawnym reguł etycznych.³

Na gruncie dominującego w piśmiennictwie stanowiska ochrona zaufania znajduje coraz bardziej wyraźne wsparcie w europejskim prawie konsumenckim, które podkreśla konieczność ochrony dobrej wiary konsumenta i zasad uczciwości w obrocie cywilnoprawnym.⁴

³ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego, Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 44.

⁴ Ibidem, s. 45.

Analizując model normatywny ochrony podmiotów nieprofesjonalnych nabywających produkty finansowe, warto odnieść się do zasady bezpieczeństwa obrotu prywatnoprawnego, która znajduje wyraz w ochronie zaufania stron stosunku prawnego za pośrednictwem wspierających ją regulacji prawnych. Mając na uwadze standardy europejskie, zasadę tę zgodnie z DCFR zaliczyć należy do podstawowych zasad prawa prywatnego o charakterze dyrektywnym.⁵ W doktrynie pod pojęciem ochrony zaufania rozumie się ogólny zakaz naruszania w obrocie prawnym reguł etycznych, które pozwalają jednostkom mieć usprawiedliwione oczekiwania odnośnie własnej sytuacji prawnej, w szczególności w zakresie działań podejmowanych w stosunku do nich przez inne podmioty prawa, np. w postaci składanych im oświadczeń woli lub innych zachowań prawnych posiadających doniosłość prawną, np. składanych im oświadczeń wiedzy.⁶ Wartością, która podlega ochronie w tego typu przypadkach, jest prawdziwy przekaz informacji.

Informacja uzyskana przed zawarciem umowy pełni bardzo ważną rolę w sferze motywacyjnej nabywców usług związanej z ich decyzją o zawarciu umowy, której przedmiotem świadczenia jest usługa finansowa. Wskazana informacja pozwala oszacować swoje korzyści i ewentualne straty, prawa i obowiązki oraz ryzyka wynikające z określonej transakcji. Informacja, którą strony stosunków cywilnoprawnych otrzymują na etapie przedkontraktowym, stanowi narzędzie budowy zaufania i bezpieczeństwa transakcji.

Ponadto informacja w zakresie usługi finansowej ma kluczowe znaczenie dla mechanizmu wzmacniania zaufania podmiotów nieprofesjonalnych do instytucji finansowych, gdyż, jak pokazują badania, spośród wszystkich branż mają oni najmniejsze zaufanie do branży usług finansowych. Zaufanie, jako klucz do prawidłowych relacji pomiędzy przedsiębiorcą i jego nieprofesjonalnym partnerem, powinno zostać odbudowane na silnych fundamentach, tak aby stworzone rozwiązania prawne funkcjonowały z korzyścią dla strony nieprofesjonalnej, przy uwzględnieniu jej potrzeb.

Informacje są w sposób szczególny istotne w zakresie, w jakim odnoszą się będą do usługi finansowej z uwagi na fakt jej skomplikowania i złożoności oraz ryzyka z nią związanego. W konsekwencji pojawia się pytanie o właściwy zakres tego obowiązku, niekoniecznie poziom „doskonały”.⁷ Kluczowy problem, jaki

⁵ A. Bień, *Zarys prawa...*, s. 41. Poza tym twórcy DCFR wśród podstawowych zasad prawa prywatnego wymieniają: zasadę autonomii woli podmiotów prywatnych, zasadę równego traktowania podmiotów prywatnych, zasadę słuszności i zasadę efektywności.

⁶ A. Bień, *Zarys prawa...*, s. 44.

⁷ I. D. C. Ramsay, *Rationales for intervention in the consumer marketplace*, Office

daje się zauważyć, analizując wskazane obowiązki, stanowi ich znaczna kazytyka i rozproszenie, co w rzeczywistości nie sprzyja efektywnej ochronie konsumenta.⁸ Słusznie w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na fakt, iż przekaz przeładowany treścią informacyjną może mieć skutek podobny do nieudzielenia konsumentowi informacji lub przekazania ich bez zachowania wymogu ich transparentności.⁹ Udzielanie podmiotom nieprofesjonalnym zbyt dużej ilości informacji w rezultacie prowadzi do powstania u nich mylnego wyobrażenia, iż decyzja o związaniu się umową była świadoma [*informed consent*] i stanowiła wyraz autonomii woli ją podejmującego.¹⁰

Dla usług finansowych charakterystyczne jest znacznie zwiększone (w porównaniu do innych usług) ryzyko ekonomiczne, na które po pierwsze, narażony jest podmiot nieprofesjonalny, a po drugie, ryzyko to jest rozłożone pomiędzy stronami w sposób nierównomierny. Związane to jest ze szczególnymi cechami usług finansowych, w tym wysokim poziomem trudności w przezwyciężeniu dysproporcji informacji i brakiem jej transparentności występujących pomiędzy stronami zawierającymi umowę. Niebezpieczeństwo to wynikać może z manipulowania i wprowadzającego w błąd przedstawiania pewnych informacji, np. informacji o stopie oprocentowania, przedstawiania ich w sposób mało klarowny, np. skali obciążeń czy też ryzyk związanych z nabywaną usługą, nieujawnianiu informacji niekorzystnych dla konsumenta lub instytucji finansowej, np. wszelkich dodatkowych opłat i prowizji. Szczególnym zagrożeniem dla konsumenta jest fakt, iż w przypadku jakichkolwiek trudności czy komplikacji, bank jako wierzyciel ma pozycję znacznie bardziej uprzywilejowaną.

Objaśnienie specyficznych cech usług finansowych ma bardzo istotne znaczenie dla modelu ochrony zaufania podmiotu nieprofesjonalnego poprzez obowiązki informacyjne instytucji finansowych. W myśl prawodawcy europejskiego, szczególny charakter usług finansowych zwiększa potrzebę otrzymania odpowiedniej informacji na etapie przed zawarciem umowy. Związane jest to z faktem, iż są one postrzegane jako tzw. produkty zaufania, niejednokrotnie definiuje się je jako „abstrakcyjne produkty prawne”, a ich charakter jako niematerialny

of Fair Trading, Londyn 1984, s. 25–35.

⁸ H. - W. Micklitz, N. Reich, *Cronica de una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a 'Directive on Consumer Rights'*, CMLR, s. 473.

⁹ E. Wójtowicz, *Problem sankcji za uchybienie przedkontraktowym obowiązkom informacyjnym w umowach konsumenckich w prawie polskim na tle ostatnich tendencji w prawie unijnym*, Rejent nr 10(234), 2010 r., s. 94 i nast.; B. Gneta, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 232;

¹⁰ O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Law*, CMLR 50, 2013, s. 118.

[ang. *intangible*]¹¹, chociaż faktycznie mają one związek ze świadczeniami lub środkami o charakterze pieniężnym. Umowa o świadczenie usług finansowych definiowana jest przez warunki z niej wynikające, a w przypadku pojawienia się pomiędzy stronami istotnej dysproporcji wiedzy strona słabsza może mieć trudność z oceną wzajemnych praw i obowiązków, a w szczególności z oceną ryzyka.

Jedną z najbardziej istotnych cech charakterystycznych dla umów w zakresie usług finansowych we współczesnym obrocie masowym jest fakt, iż świadczenia w nich zawarte definiowane są przy pomocy klauzul umownych. Dla przykładu przedmiot umowy ubezpieczenia, wyłączenia z zakresu polisy, obowiązki stron i wiele innych zagadnień określanych jest przez polisę ubezpieczeniową i ogólne warunki ubezpieczenia. Badania empiryczne pokazują, iż umowy o świadczenie wskazanych usług zdecydowanie bardziej niż inne rodzaje produktów i usług stanowią umowy adhezyjne zawierane przy pomocy ogólnych warunków umów.¹² Zawieranie umów za pomocą wzorców umownych stało się powszechną praktyką na współczesnym masowym rynku usług finansowych, a indywidualne negocjowanie warunków umowy traktować należy jako wyjątek.

Kreowanie produktów finansowych następuje przy pomocy języka, a dokładniej klauzul umownych, sprawiając, iż świadczenia te stają się swego rodzaju produktem prawnym.¹³ Produkty finansowe (ubezpieczenia, kredyt, instrument finansowy) istnieją w postaci postanowień umowy definiujących m.in. rodzaj świadczenia, prawa i obowiązki stron. Moment, w którym kontrahent instytucji finansowej dowiaduje się o odpowiedniości usługi finansowej w relacji do swoich potrzeb, ma miejsce po upływie jakiegoś czasu od związania się umową. Analogiczna sytuacja zdarzyła się w relacji do umów opcji, kiedy to klienci często dopiero po wielu latach odkrywali rzeczywistą treść oferowanego im produktu finansowego.

Adhezyjny charakter umów w sferze finansowej powoduje to, iż zakres decyzji partnera instytucji finansowej jest faktycznie pozorny i ogranicza się jedy-

¹¹ W kontekście tym wspomnieć należy o motywie 5 dyrektywy 2002/65/EC o świadczeniu usług finansowych na odległość, zgodnie z którym usługi finansowe mają niematerialny charakter. Por.: H.-P. Schwintowski, *Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt – zugleich eine Analyse der Konstruktionsprinzipien des privaten Versicherungsvertrages unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts und des Europäischen Rechts*, Baden – Baden, Nomos 1987.

¹² Więcej na temat umów kredytu jako wzorcu umownym, por. J. Molis, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I, Kraków 2005, s. 679 i nast.; Odnosnie umów ubezpieczenia, por. M. Orlicki, *Umowa ubezpieczenia*, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2011, s. 812–813.

¹³ P. Tereszkiewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe*, Warszawa 2014, s. 36.

nie do tego, czy chce on taką umowę na warunkach mu proponowanych zawrzeć, natomiast w rzeczywistości nie ma on wpływu na treść umowy. Brak wpływu na treść umowy o świadczenie usługi finansowej skutkuje przyjęciem przez wielu klientów postawy bierności, która sprawia, iż nie chcą oni zapoznać się z jej treścią. Badania pokazują, iż klienci nie czytają m.in. polis ubezpieczeniowych, twierdząc, iż są one dla nich niezrozumiałe.¹⁴ Podobnie krytyczne oceny prezentowane są w stosunku do złożonych instrumentów finansowych, których charakter niezrozumiały jest także dla klientów dysponujących wiedzą specjalistyczną i doświadczeniem w sferze usług finansowych.¹⁵

Instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego jest przykładem widocznego obecnie w europejskim prawie umów teoretycznego przesunięcia z ważności umowy, tzw. kwestii proceduralnych związanych ze składaniem przez strony oświadczeniem woli w stronę wartości, takich jak ochrona zaufania, czy uczciwość, tzw. kwestii materialnych. Europejskie prawo umów skłania się bardziej ku podnoszeniu standardu zachowania się stron we wzajemnych stosunkach niż na składanym przez nich oświadczeniu woli. Zgoda podmiotu na podjęcie zobowiązania stanowi wyraz jego świadomej decyzji, co oznacza, iż nie składa on wadliwego oświadczenia woli pod wpływem błędu lub podstęp. Ewentualne późniejsze uchylenie się przez stronę od swojego wadliwego oświadczenia woli i związane z tym unieważnienie umowy osłabiają pewność obrotu i tworzą stan pewnego zawieszenia dla przedsiębiorcy, stanowiąc tym samym mało efektywne rozwiązanie. W rezultacie coraz bardziej istotne staje się bycie poinformowanym o treści umowy dzięki informacji pochodzącej od drugiej strony, a ustawodawcy mają tendencję do regulowania coraz bardziej szczegółowo fazy kontraktowania, w trakcie której podmiot profesjonalny zobowiązany zostaje w drodze ustawy do złożenia oświadczenia wiedzy o określonej treści, tj. fazy przedkontraktowej. W coraz większej liczbie aktów prawnych faza ta staje się wręcz fazą prawnie relewantną.¹⁶

¹⁴ Z raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, iż 70% ankietowanych uważa, iż ogólne warunki umów napisane są w sposób niezrozumiały, tylko około 3% twierdzi, iż rozumie treść ogólnych warunków umów. Por. Opinia publiczna na temat ubezpieczeń, www.uokik.gov.pl/download/ubezpieczenia_05_2004.pdf, s.4.

¹⁵ Jako przykład można tu podać niedawno wydany wyrok BGH z dnia 22 marca 2011 r., Ille./Deutsche Bank, WM 2011, s. 682, w którym sąd uznał, iż fakt, że prokurent klienta banku, będący ekonomistą, nie zrozumiał konstrukcji instrumentu finansowego swap, nie przesądza o przyczynieniu się poszkodowanego.

¹⁶ B. Gneta, *Umowa konsumencka...*, s. 228 i nast.

2. Instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego a specyfika świadczenia usług finansowych

W literaturze przedmiotu uwagę zwraca się na fakt, iż wśród wartości, jakie realizuje instytucja przedkontraktowego obowiązku informacyjnego, wymienić należy ochronę autonomii woli strony składającej oświadczenie, wspieranie bezpieczeństwa obrotu, wspieranie uczciwości kontraktowej oraz moralnego obowiązku mówienia prawdy, ustanowienie obiektywnych standardów zachowania dla umawiających się stron, zarówno wobec siebie, jak i co do treści umowy, odpowiednie rozłożenie ryzyka umowy oraz ochronę zaufania strony będącej w błędzie, której błąd był przez nią niezawiniony.¹⁷

Celem obowiązków informacyjnych jest ustanowienie określonego standardu zachowania podmiotów stosunków cywilnoprawnych. Wynika to m.in. z komunikatu Komisji w sprawie Zielonej Księgi dot. Ochrony Konsumenta¹⁸, w której udzielenie stronie nieprofesjonalnej informacji na etapie przedkontraktowym zakwalifikowane zostało jako kluczowy element uczciwego postępowania, a niewypełnienie tego obowiązku stanowić może nieuczciwą praktykę handlową w ten sposób, iż wprowadza stronę nieprofesjonalną w błąd.

W polskim piśmiennictwie także słusznie uwaga zwrócona została na okoliczność, iż powinności informacyjne składają się na ogólną potrzebę przestrzegania porządku prawnego, w szczególności zasad uczciwego obrotu i lojalności kontraktowej.¹⁹

Przedkontraktowe powinności informacyjne pozwalają na kontrolę uczciwości stron zawierających umowę o świadczenie usługi finansowej, gdyż dzięki informacji pochodzącej od przedsiębiorcy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż treść przyszłej umowy będzie uczciwa zarówno dla nieprofesjonalisty, jak i jego profesjonalnego partnera. Obowiązek ujawnienia informacji negatywnych lub niekorzystnych dla konsumentów może stanowić zachętę dla instytucji finansowej, aby warunki umowy przez nie oferowane były bardziej konkurencyjne na rynku finansowym. Mając na uwadze podwyższenie standardów moralności obowiązujących w społeczeństwach europejskich, wspieranie zasad współżycia społecznego oraz poprawę funkcjonowania mechanizmów rynku finansowego, prawodawca wspólnotowy dąży do promowania pewnych wartości, które uważa

¹⁷ R. Sefton-Green, *General introduction*, [w:] R. Sefton-Green (ed), *Mistake, fraud and duty to inform*, Cambridge University Press, 2004, s. 14.

¹⁸ Follow – Up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection, Com (2002) 289, wersja ostateczna, pkt 25.

¹⁹ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Warszawa 2013, s. 815.

za istotne, a potępienia innych. Postępowaniem, które większość społeczeństw potępia, jest wykorzystywanie niewiedzy drugiej strony umowy.

Mając na uwadze ochronę zaufania podmiotu działającego jako nieprofesjonalista, warto zwrócić uwagę na pewną tendencję widoczną w europejskim prawie prywatnym, jakim jest wzrastająca formalizacja oświadczeń towarzyszących dokonaniu czynności prawnej, niestanowiących jednak oświadczeń woli tworzących tę czynność, tj. oświadczeń wiedzy. Znaczenie tych drugich niewątpliwie rośnie, co związane jest z faktem, iż celem zarówno prawodawcy unijnego, jak i krajowego jest eliminacja asymetrii informacyjnej występującej u nieprofesjonalnych uczestników rynku. Dzieje się to w drodze nakładania na profesjonalistów obowiązku udzielenia podmiotom nieprofesjonalnym wskazanych w ustawach informacji. W rezultacie, oświadczenia wiedzy składane przez podmioty profesjonalne przez zawarcie umowy stają się przedmiotem szczególnych wymogów formalnych, których naruszenie pociągać może za sobą poważne skutki. W literaturze przedmiotu zjawisko to określa się mianem renesansu formalizmu lub neoformalizmem.²⁰

Przepisy prawne dotyczące obowiązków informacyjnych stanowią odpowiedź prawodawcy na jedną z podstawowych niedoskonałości rynku, tj. nierówność siły przetargowej konsumentów i przedsiębiorców, tj. odpowiedź na niedoskonałą informację (konsument wie mniej niż byłoby idealnie dla niego, aby wiedział w celu podejmowania świadomych decyzji rynkowych) oraz na asymetrię informacyjną (konsument wie mniej niż przedsiębiorca). Instrument ochronny w postaci przedkontraktowego obowiązku informacyjnego znajduje usprawiedliwienie o tyle, o ile koryguje niedoskonałości rynku i asymetrię informacyjną pomiędzy stronami.

W podobnym tonie wypowiadają się przedstawiciele myśli amerykańskiej²¹, którzy są zdania, iż państwo ma prawo interweniować w sytuacji, gdy podmioty profesjonalne nie konkurują między sobą w celu zaoferowania konsumentom bardziej korzystnych warunków, ale będąc świadomi ignorancji czy też niewiedzy tych drugich, wykorzystują ten fakt, aby zagwarantować sobie możliwie najlepsze warunki umowy.

²⁰ Por. M. Grochowski, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów a nadmierny formalizm prawa*, [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórkowska-Domagalska (red.), *Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012.

²¹ A. Schwartz, L. L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis*, *University of Pennsylvania Law Review* 1978–1979, Vol. 127:630, s. 630 i nast.

Chociaż w prawie wspólnotowym widoczna jest wyraźna tendencja do opierania ochrony konsumenta o paradygmat informacji, to w europejskiej literaturze przedmiotu pojawiają się głosy kwestionujące efektywność tego środka ochronnego.²² Przedstawiciele ci podkreślają, iż problemem nie jest samo udzielenie informacji, lecz możliwość jej najlepszego wykorzystania przez większość konsumentów. Dodatkowo podkreślić należy znaczenie doradztwa i konsumentckiej edukacji finansowej.²³ Moim zdaniem, konsument rozsądny, a do takiego adresuje informacje prawodawca unijny, który regularnie podnosi swoją wiedzę związaną z finansami, potrafi zrozumieć informacje otrzymane od instytucji finansowej, w szczególności, gdy są one przedstawione na ustandaryzowanym arkuszu, stworzonym z uwzględnieniem zdolności podmiotów nieprofesjonalnych do optymalnego wykorzystania prezentowanych danych, w sposób zorganizowany i bez użycia zbędnego żargonu zawodowego.

Idea ochrony przez informacje oparta jest na podstawowym założeniu, iż konsument działa w sposób racjonalny. W doktrynie prezentowane są jednak przeciwne stanowiska, których przedstawiciele twierdzą, iż nie zawsze będzie on dążył do uzyskania istotnych dla siebie informacji, lecz dokona wyboru w stanie „racjonalnej niewiedzy”.²⁴ Wielu konsumentów po dokonaniu analizy zysku i strat podejmuje decyzję o zaprzestaniu szukania i niewykorzystywaniu konkretnej informacji na etapie przed zawarciem umowy. Taka niechęć konsumenta wynikać może z różnych przyczyn: po pierwsze, ludzie niechętnie czytają teksty dla nich niezrozumiałe, napisane specjalistycznym językiem i wymagające pewnych podstaw teoretycznych; po drugie, teksty dostarczane przez przedsiębiorców pełne są „złych wiadomości”; po trzecie, entuzjazm, jaki towarzyszył im przed zawarciem transakcji, ulega wyraźnemu ochłodzeniu; a po czwarte wreszcie, nawet jeśli zapoznają się z tymi informacjami i odstępują od zawarcia umowy

²² G. Howells, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, [w:] 32 *Journal of Law and Society* 349, 2005, s. 350; T. A. Paredes, *Blinded by the Light: Information overload and its Consequences for Securities Regulation*, [w:] 81 *Washington University Law Quarterly*, 2003, s. 417; I. D. C. Ramsey, *From Truth in Lending to Responsible Lending*, [w:] G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (eds), *Information rights and obligations*, Aldershot: Ashgate 2005, s. 47–65; I. D. C. Ramsey, *Consumer Protection in the Era of Informational Capitalism*, [w:] T. Wilhelmsson (ed), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer 2001, s. 45–65; T. Wilhelmsson, *The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – a comment*, [w:] *Yearbook of Consumer Law*, 2006, s. 211 i nast.; W. C. Whitford, *The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions*, [w:] 2 *Wisconsin Law Review* 400, 1973, s. 411.

²³ W. Springer, *Społeczna odpowiedzialność banków*, Warszawa 2009, s. 60.

²⁴ I. Ramsay, *From Truth in Lending to Responsible Lending*, [w:] G. Howells, A. Janssen, R. Schulze, (red.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2005, s. 52.

z jednym przedsiębiorcą, najprawdopodobniej inny przedsiębiorca przedstawi im podobne informacje.²⁵

Podobnie przeciwnicy instytucji obowiązków informacyjnych przytaczają kilka argumentów na poparcie tezy o jej niskiej efektywności. W pierwszej kolejności uwagę zwraca się na fakt, iż informacja może w ogóle nie dotrzeć do konsumenta, gdyż nie zrozumie on jej lub może nie chcieć się z nią zapoznać, gdyż np. perspektywa czytania jej wydaje mu się mało interesująca i nie będzie on skłonny poświęcać swojego czasu na tak nudną czynność, a wybierze w zamian coś bardziej atrakcyjnego.²⁶ Po drugie, przeciwnicy kwestionują domniemanie racjonalności działań konsumenta na podstawie otrzymanych przez niego wcześniej informacji. Następnie podnoszona jest kwestia przeładowania informacyjnego, tj. dostarczania konsumentowi zbyt wielu informacji, w taki sposób że osłabiona zostaje jego zdolność do podjęcia decyzji. Po czwarte, badania pokazują, iż informacje dostarczane przez podmioty profesjonalne są wykorzystywane w najbardziej efektywny sposób przez kontrahentów wykształconych i pochodzących z „uprzywilejowanych” warstw społeczno-ekonomicznych.²⁷ Nabywcy pochodzący z mniej wykształconych i zamożnych środowisk zdają się korzystać mniej dzięki tej formie ich ochrony.²⁸ Wynika to z tego, że po pierwsze informacja niejednokrotnie do nich nie dociera, a po drugie, to nawet jeżeli dotrze, konsumenci tacy często kierują się w swoich procesach myślowych czynnikami nieracjonalnymi.²⁹

Zasadniczo jednak przedstawiciele doktryny, nawet ci bardziej sceptyczni, nie twierdzą, iż powinności informacyjne są niewłaściwym środkiem ochrony konsumenta *per se*. Raczej zwracają oni uwagę, iż nie jest to tak efektywny mechanizm ochronny, jakby się mogło wydawać, oraz, że stosując go, szczególnie nacisk kłaść należy na formę przekazania informacji, np. zarówno ustandaryzowany arkusz informacyjny znacznie ułatwia zapoznanie się z danymi tam zawartymi, jak i prezentowanie ich w formie tabeli czy wykresów.

²⁵ O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar, *Regulatory Techniques...* (op. cit.), s. 118.

²⁶ T. Wilhelmsson, *The Informed Consumer...* (op. cit.), s. 216.

²⁷ T. Wilhelmsson, *The Informed...* (op. cit.), s. 213. Autor ten nazywa tych konsumentów wrażliwymi [ang. vulnerable].

²⁸ Ibidem, s. 215. Autor ten powołuje się na badania przytoczone przez amerykańskiego badacza W. C. Whitford, *The Functions of Disclosure...* (op. cit.), s. 411, przeprowadzone po wejściu w życie amerykańskiej ustawy Truth in Lending regulującej kredyt konsumencki. Wyniki tych badań jednoznacznie wskazują, iż korzyści powstałe po wejściu w życie ww. ustawy, takie jak większy wybór ofert, większa konkurencja pomiędzy kredytodawcami, najbardziej odczuli konsumenci z warstw o wyższych dochodach.

²⁹ I. Crow, G. Howells, M. Moroney, *Credit and Debt: Choices for Poorer Consumers*, [w:] I. Crow, G. Howells, M. Moroney (ed), *Aspects of Credit and Debt: Choices for Poorer Consumers*, London: Sweet and Maxwell 1993., s. 11–14.

3. Ochrona zaufania a dobra wiara, zasada sprawiedliwości i efektywności

We współczesnej literaturze socjologicznej pojęcie zaufania wiązane jest nierozdzielnie z ryzykiem³⁰, a ono w tradycyjnym ujęciu przeciwstawiane jest bezpieczeństwu. Podejście takie spotyka się jednak z krytyką, gdyż zdaniem jego przeciwników rozróżnić należy ryzyko i niebezpieczeństwo.³¹ Wynika to z konieczności kauzalnego powiązania z jednej strony ryzyka, a z drugiej niebezpieczeństwa z decyzją. Ponadto, aby można było połączyć ryzyko z decyzją, niezbędne jest istnienie alternatywnych sposobów postępowania oraz związanego z nimi odmiennego prawdopodobieństwa straty.³² Z drugiej strony, słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, iż ryzyko powiązane jest z podejmowaniem decyzji w sposób immanentny, a decyzje wolne od ryzyka nie istnieją, różna jest jedynie jego skala, i to właśnie ten czynnik należy rozważać przy podejmowaniu decyzji.³³

Podejmowanie decyzji w sprawach transakcji finansowych niewątpliwie wiąże się z ryzykiem. Ryzyko to obejmuje możliwość odniesienia straty wskutek dokonania określonej transakcji, ewentualnie nieosiągnięcia zamierzonego wcześniej celu ekonomicznego, który miała ona realizować. W doktrynie polskiej przyjmuje się, iż ryzyko to polega w szczególności na niezawarcie umowy, bezskuteczności zawartej umowy, niewykonaniu zobowiązań powstałych w umowie przez drugą stronę lub też nienależytym ich wykonaniu.³⁴ Zaufanie jako niematerialna podstawa dla dokonywanych decyzji potrzebne jest w sytuacjach, w których racjonalne przesłanki kalkulacji ryzyka zdają się być zawodne.

Przytaczanie różnorodnych definicji pojęcia zaufania w sposób zdecydowany przekracza rozmiary niniejszego opracowania, więc na potrzeby pracy chciałabym przyjąć rozumienie tego terminu przyjęte w polskim piśmiennictwie, traktujące zaufanie jako stan psychiczny podmiotu pozwalający mu na akceptację niebezpieczeństwa poniesienia szkody. Wspomniana gotowość wynika z pozytywnych oczekiwań odnośnie intencji lub zachowania innego pod-

³⁰ Więcej na ten temat por. N. Luhmann, *Risk. A Sociological Theory*, New Brunswick 2006. Więcej na temat metodologii prawa prywatnego w zakresie badań pojęcia zaufania zarówno w obszarze prawnym, jak i pozaprawnym – por. M. Grochowski, *Zaufanie a granice metodologii prawa prywatnego (na marginesie „Prawnych instrumentów ochrony zaufania przy zawieraniu umów” P. Machnikowskiego)*, KPP 2012 (21) 4.

³¹ Ibidem, s. 19 i nast.

³² P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umów*, Wrocław 2010, s. 17.

³³ N. Luhmann, *Risk...*, s. 19 i nast.

³⁴ P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 17.

miotu.³⁵ W oparciu o wspomniany stan psychiczny strona podejmuje działania, które pociągać mogą określone konsekwencje prawne. Niewątpliwie, jak słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, zaufanie postrzegane być powinno jako istotny czynnik oddziałujący na decyzję o rozpoczęciu procesu zawierania umowy oraz o jej ewentualnym ostatecznym zawarciu.³⁶

Zaufanie istniejące pomiędzy podmiotami zamierzającymi zawrzeć umowę jest niezbędne z punktu widzenia nie tylko samej umowy, gdyż ułatwia jej zawarcie, ale także z uwagi na jej wykonanie. W literaturze przedmiotu uwaga zwrócona została na fakt, iż zaufanie (ale tylko zaufanie uzasadnione) skutkuje powstaniem pozytywnego wyniku ekonomicznego, gdyż czyni ono wymianę handlową łatwiejszą i pozytywnie wpływa na funkcjonowanie mechanizmów rynkowych i rozwój ekonomiczny kraju.³⁷ W świetle dominujących stanowisk ekonomistów i socjologów, zaufanie ułatwia i zwiększa współpracę pomiędzy jednostkami.³⁸

Z uwagi na fakt, iż celem prawa cywilnego jest porządkowanie relacji pomiędzy podmiotami występującymi na rynku, w szczególności dotyczących wymiany dóbr i usług, bardzo istotne jest tworzenie odpowiednich instrumentów prawnych, wspierających i chroniących uzasadnione zaufanie stron. Stąd kluczowe znaczenie ma kształtowanie przepisów prawnych i praktyki jego stosowania, w taki sposób, aby wzmacniało ono wzajemne zaufanie stron.

Jednocześnie, współczesne stosunki prawno-ekonomiczne wskazują na rosnącą potrzebę kreowania i stosowania odpowiednich instrumentów prawnych, które wymuszać będą zaufanie stron oraz gwarantować przestrzeganie i rozwój idei sprawiedliwości. Instrumenty te, wśród których na pierwszy plan wysuwają się obowiązki informacyjne na etapie przedkontraktowym, na celu mają wzmocnienie ochrony podmiotów nieprofesjonalnych w procesie zawierania umów w stanie istotnej nierównowagi ekonomicznej i społecznej, w obliczu postępującej globalizacji, wzrostu nieuczciwych praktyk rynkowych oraz nieetycznych zachowań silniejszych uczestników rynku wymiany dóbr i usług.

Z drugiej strony trzeba zauważyć, iż dzisiejszy świat w stopniu wyższym niż w przeszłości charakteryzuje wzrost znaczenia ryzyka w życiu człowieka. Wynika to m.in. z tego, iż obecne czasy cechuje nieustanna zmienność

³⁵ D. M. Rousseau et al., *Not so different after all: A cross-discipline view of trust*, [w:] *Academy of Management Review* 23, 1998, nr 3, s. 393 i nast.

³⁶ P. Machnikowski, *Prawne instrumenty...*, s. 18.

³⁷ Ibidem, s. 18.

³⁸ D. Gambetta, *Can we trust trust?*, [w:] *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, red. D. Gambetta, Blackwell 1988, s. 213 i nast.

i tymczasowość oraz płynność.³⁹ Dodatkowo nasze społeczeństwo opiera się coraz wyraźniej na wszelakich systemach wiedzy profesjonalnej, np. systemie wiedzy finansowej, prawniczej, medycznej czy technicznej, które rządzą stosunkami we współczesnych czasach.⁴⁰ Konsekwencją ich występowania jest znaczna nieprzejrzystość wielu dziedzin otoczenia społecznego. Przeciętna osoba korzysta ze wskazanych systemów okazjonalnie, co związane jest z tym, iż ich wiedza na wskazanych obszarach jest zdecydowanie niedoskonała.

W przypadku występowania systemów eksperckich podstawowe znaczenia ma zaufanie uczestników rynku w ich prawidłowe funkcjonowanie, a także w wiedzę podmiotów je tworzących.⁴¹ Podsumowując te uwagi, można zauważyć, iż coraz więcej decyzji gospodarczych dokonywanych jest w warunkach istotnej nierównowagi wiedzy na temat ich prawdziwej treści i konsekwencji prawnych. Oznacza to, iż proces zawierania umów pociąga ze sobą wiele niebezpieczeństw i ryzyk dla strony nieprofesjonalnej wynikających z występującego po jej stronie deficytu wiedzy odnośnie samego kontrahenta, prawnych i technicznych aspektów umowy oraz przedmiotu świadczenia.

Kolejną cechą immanentnie związaną ze współczesnym społeczeństwem jest rosnąca liczba opcji dostępnych jednostkom, co wiąże się nieuchronnie z jednej strony ze wzrostem niepewności i trudności towarzyszących tym wyborom, a z drugiej z coraz mniejszą przewidywalnością konsekwencji określonych decyzji podejmowanych na przestrzeni całego życia.⁴² W literaturze przedmiotu uwagę zwraca się ponadto na zbieżność dwóch tendencji w dzisiejszym świecie, tj. postępującej globalizacji i spadku zaufania.⁴³ Wynika to z faktu, iż globalizacja znacznie obniża zdolność oceny wiarygodności innych podmiotów z uwagi na utrudniony dostęp do informacji lub pozyskiwanie jej ze zniekształcających ją źródeł, jak np. poprzez media. Wszystkie te okoliczności przedstawione powyżej w sposób zdecydowany negatywnie oddziałują na zaufanie występujące pomiędzy uczestnikami rynku.

Ochrona zaufania w procesie stanowienia prawa i wzrost znaczenia dobrej wiary charakteryzują współczesny obrót kontraktowy.⁴⁴ Skutkuje to koniecznością przestrzegania zasad uczciwości i rzetelności kontraktowej w preambułach

³⁹ Por. Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006, s. 6 i nast.

⁴⁰ Por. A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge 1991, s. 26 i nast.; A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2002, s. 26 i nast.

⁴¹ A. Giddens, *The Consequences...*, s. 26 i nast.

⁴² P. Sztompka, *Trust. A Sociological Theory*, Cambridge 1999, s. 11 i nast.; P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 45 i nast.

⁴³ P. Sztompka, *Trust...*, s. 11 i nast.

⁴⁴ W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, Warszawa 2013, s. 200.

i przepisach materialnych europejskich aktów normatywnych, w szczególności tych regulujących materię obrotu konsumenckiego. Na potrzebę poszanowania wymogów dobrej wiary przy udzielaniu informacji przedkontraktowej uwaga zwrócona została m.in. w dyrektywie 2002/65 o świadczeniu usług finansowych na odległość⁴⁵.

Ochrona zaufania stron i wymagania dobrej wiary w tradycji prawa cywilnego w sposób bezpośredni wiążą się z przedkontraktowymi obowiązkami informacyjnymi.⁴⁶ W rozumieniu potocznym pod pojęciem dobrej wiary rozumie się lojalność czy uczciwość. Nie jest w dobrej wierze osoba, dla postępowania której charakterystyczne są nierzetelność, fałsz, usiłowanie wprowadzenia swojego partnera w błąd czy też inne oszukańcze praktyki. W praktyce wiele problemów i trudności może wiązać się z zakresem i charakterem obowiązków informacyjnych przy próbie wywiedzenia ich z zasad dobrej wiary lub dobrych obyczajów, co wynika z faktu, iż pojęcia te są mało stabilne.

W tradycji europejskiej treść klauzuli dobrej wiary na etapie przed zawarciem umowy wyznaczać należy m.in. poprzez możliwość uzyskania uczciwych i jasnych informacji w zakresie przedmiotu i warunków umowy w trakcie prowadzonych negocjacji, niezależnie od rodzaju obrotu, tj. profesjonalnego lub mieszanego. Na gruncie polskiej doktryny uznaje się, iż „strony powinny zachowywać się względem siebie w sposób przyzwoity i lojalny”, a jednym z przykładów nagannego zachowania się stron w trakcie prowadzonych negocjacji jest „nieujawnienie informacji istotnych dla prowadzeniaA rokowań albo wykorzystanie uzyskanych wiadomości do własnych celów”.⁴⁷

Potwierdzenie znaczenia zachowania dobrej wiary na etapie przed zawarciem umowy znalazło się w Zasadach Europejskiego Prawa Umów, które nakładają na strony zawierające umowę bezwzględny obowiązek działania w dobrej wierze z zachowaniem zasady wzajemnej lojalności.⁴⁸ W podobny sposób wymagania dobrej wiary przedstawione zostały w Zasadach Acquis, zgodnie z którymi przy dokonywaniu czynności na etapie przedkontraktowym strony powinny działać przy poszanowaniu wymogów dobrej wiary.⁴⁹ Jednocześnie

⁴⁵ Art. 3 ust. 2 dyrektywy 2002/65 o świadczeniu usług finansowych na odległość.

⁴⁶ S. Grzybowski, *System Prawa Cywilnego, Część Prawa Cywilnego*, t. I, Ossolineum 1974, s. 550; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich...* (op. cit.), s. 179; P. Miłkaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 145.

⁴⁷ Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, (red.) Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 351.

⁴⁸ Przepis art. 1:201 PECL.

⁴⁹ Przepis art. 2:101 Zasad Acquis.

w myśl Zasad Europejskiego Prawa Umów, racjonalność wymagań dobrej wiary postrzega się z perspektywy tego co rozsądne, a dokonując oceny tego co rozsądne, uwzględnić należy istotę i cel umowy, zaistniałe okoliczności oraz zwyczaje i praktyki przyjęte w stosunkach danego rodzaju.⁵⁰ Zasady Acquis jeszcze bardziej doprecyzowały wynikający z zasad dobrej wiary, obowiązek informowania o dobrach i usługach na etapie przedkontraktowym, statuując, iż przed zawarciem umowy strona ma obowiązek przekazać drugiej stronie informację dotyczącą dóbr i usług, jakiej może ona rozsądnie oczekiwać w zakresie poziomu jakości oraz wykonania, które są normalne w danych okolicznościach.⁵¹

W krajowym prawie prywatnym zasada dobrej wiary pojmowana jest wyłącznie w znaczeniu subiektywnym.⁵² W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż pod pojęciem dobrej wiary w tym znaczeniu kryje się określony stan świadomości (stan psychiczny), który służy korygowaniu skutków zdarzeń prawnych i prowadzi w ten sposób do bezpieczeństwa obrotu cywilnego.⁵³ Klauzula dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym, która funkcjonuje w standardach europejskich, w prawie krajowym zastępowana jest przez klauzulę dobrych obyczajów, na gruncie której przyjmuje się pewną obiektywną miarę dla dokonania oceny czyjegoś zachowania jako odpowiedniego z perspektywy norm o charakterze etycznym.⁵⁴ Dobra wiara w tym znaczeniu to pewna konwencja, która określa, jakie postępowanie jest zgodne z normami przyjmowanymi w obrocie.⁵⁵

Mając na uwadze wymagania dobrej wiary, należy odnieść się także do zasady słuszności, której realizacji służy wyżej wspomniana zasada. Zasada słuszności, nazywana także zasadą sprawiedliwości moralnej lub zasadą „prawości”, na celu ma wprowadzenie korekty do zbyt rygorystycznego stosowania zasady równego traktowania (zasady sprawiedliwości formalnej) oraz zasady bezpieczeństwa obrotu (ochrony zaufania) na rzecz zasady słuszności. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż wskazana zasada „otwiera” system prawa na wartości naturalne, takie jak np. uczciwe postępowanie.⁵⁶ W krajowym prawie prywatnym zasada ta wprowadzana jest za pomocą klauzul generalnych oraz zwrotów niedookreślonych. Mając na uwadze aksjologię systemu prawa prywatnego,

⁵⁰ Przepis art. 1:302 PECL.

⁵¹ Przepis art. 2:201 Zasad Acquis.

⁵² A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 51. Na gruncie prawa krajowego normy prawa prywatnego na celu mają ochronę dobrej wiary osoby odpłatnie nabywającej prawa podmiotowe w okolicznościach usprawiedliwiających przekonanie, że zbywca posiada odpowiednie prawa: art. 7, art. 83 § 2, art. 92 § 2, art. 169–174 kc. Itp.

⁵³ W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa...*, s. 34.

⁵⁴ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego...*, s. 51.

⁵⁵ W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa...*, s. 35.

⁵⁶ A. Bień, *Zarys prawa...*, s. 49

zasada ta ustanawia nakaz dokonywania interpretacji regulacji prawa prywatnego w sposób zgodny z normami o charakterze społecznym i etycznym.⁵⁷ Z perspektywy prawa modelowego zasada słuszności wyraz swój znajduje pod postacią klauzuli dobrej wiary i uczciwego obrotu.

W następnej kolejności uwzględnić należy zasadę sprawiedliwości, w szczególności z uwagi na fakt, iż u podstaw współczesnego prawa prywatnego widzieć należy na pierwszym planie sprawiedliwość w aspekcie moralnym (jako emanację zasady słuszności w prawie), mającą na celu ochronę uczciwego postępowania uczestników rynkowej gry interesów (jako wyraz ekonomicznej efektywności w prawie), a dopiero w drugiej kolejności sprawiedliwość w znaczeniu formalnym, pojmowaną jako równe traktowanie podmiotów prawnych.⁵⁸

W przypadku istotnego braku równorzędności partnerów nawiązujących stosunki o charakterze prywatno-prawnym pojawia się konieczność ustanowienia odpowiednich instrumentów prawnych wspierających realizację w prawie umów zasady sprawiedliwości kontraktowej [ang. *contractual justice*]. Istnieją dwie kluczowe metody regulacji ochronnej, wspomagające ten cel: w pierwszej, prawodawca ustanawia normy o charakterze *ius cogens*, które wymuszają na podmiocie profesjonalnym należyte zachowanie się (w najczęściej stosowanym przez władzę ustawodawczą instrumencie prawnym o charakterze ochronnym uwagę zwracają przedkontraktowe obowiązki informacyjne, a w drugiej, sądy, mocą swej władzy dyskrecyjnej rozstrzygają spory na podstawie norm bezwzględnie wiążących albo powszechnie uznanych i akceptowanych w danym społeczeństwie generalnych reguł postępowania.⁵⁹ W prawie ochrony konsumenta najczęściej zastosowanie znajduje pierwsza ze wskazanych metod, co wynika z tego, iż spory konsumenckie z uwagi na niewielkie kwoty, których dotyczy, bardzo rzadko trafiają przed oblicze sądu.

Podmioty prawa prywatnego działają w ramach swojej autonomii woli i kształtują swoje stosunki prawne z innymi podmiotami biorącymi udział w wymianie rynkowej, mając na uwadze przede wszystkim własny interes (korzyść). Działaniem tym nie wolno im jednak przekraczać granic oznaczonych przez prawo. Szczególnego podkreślenia wymaga stanowisko przedstawicieli nurtu pragmatycznej jureksprudenckiej wartości, których zdaniem istnieje konieczność ustanowienia pewnej korekty egoistycznych interesów niektórych podmiotów prawa (najczęściej tych silniejszych m.in. pod względem intelektualnym i ekonomicznym) z uwzględnieniem zasady słuszności i uniwersalnych wartości uznawanych w danym społeczeństwie.⁶⁰

⁵⁷ Ibidem, s. 49.

⁵⁸ Ibidem, s. 36.

⁵⁹ W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa...* (op. cit.), s. 28.

⁶⁰ A. Bień, *Zarys prawa...* (op. cit.), s. 36.

Mając na względzie ogólną tendencję prawodawcy wspólnotowego do uwzględniania zasady słuszności i wartości uznawanych przez społeczność europejską w procesie tworzenia prawa, warto zauważyć iż, opierając się zarówno na zasadzie słuszności (czyli norm moralnych) oraz na sprawiedliwości formalnej, której wyrazem jest równość podmiotów stosunków prawnych, europejskie prawo prywatne coraz bardziej wzmacnia pozycję podmiotu słabszego, np. konsumenta, zmniejszając tym samym dyktat strony silniejszej. Ma to miejsce w drodze ustanawiania instytucji prawnych mających na celu wspieranie podmiotów nieprofesjonalnych w ich uczestnictwie w wymianie rynkowej. Szczególną rolę odgrywają tutaj przedkontraktowe obowiązki informacyjne, których zadaniem jest doprowadzenie do pewnej korekty równości formalnej podmiotów prawa z uwzględnieniem norm moralnych.⁶¹

Dokonując oceny umowy przy uwzględnieniu zasady sprawiedliwości doktryna powołuje się także na pojęcie słuszności kontraktowej, przez którą rozumieć należy, równomierny podział praw i obowiązków w konkretnym stosunku prawnym, korzyści lub obciążeń oraz ewentualnych ryzyk mogących powstać przy realizacji tego stosunku.⁶² W doktrynie wskazuje się, iż słuszność kontraktową oceniać należy odwołując się do zasady współżycia społecznego, a analiza orzecznictwa SN pozwala wnioskować, iż odesłanie do zasad współżycia społecznego zawarte w art. 58 ust. 2 k.c. i art. 353¹ k.c. rozumieć należy w stosunkach obligacyjnych właśnie jako równość stron tych stosunków.⁶³ Odesłanie to nie stanowi jednak ograniczenia autonomii woli stron, ale jest zasadą uzupełniającą.⁶⁴ Naruszenie przez strony zasad współżycia społecznego poprzez odejście od zasady sprawiedliwości umowy polegać może m.in. na zawarciu umowy, która nie stanowi wyrazu swobodnie i rozsądnie podjętej decyzji tej ze stron, która znajduje się w pozycji znacznej dysproporcji wiedzy lub pod presją ekonomiczną.⁶⁵ W literaturze przedmiotu uwagę zwraca się na fakt, iż kryteria słuszności kontraktowej różnicować należy w zależności od rodzaju obrotu, tj. konsumenckiego,

⁶¹ W tym kontekście zwrócić uwagę należy, iż współczesny prawodawca większą ochronę przyznaje nie tylko konsumentowi, ale także pracownikom najemnym, małoletnim oraz ubezwłasnowolnionym. Por. A. Bieć, *Zarys prawa...* (op. cit.), s. 36.

⁶² M. Tarska, *Zakres swobody...* (op. cit.), s. 66.

⁶³ R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych*, Art. 353¹ K.C., Zakamycze 2005, s. 105 i nast.; Uchwała SN z 6 marca 1992 r., III 141/92, OSN 1992, Nr 6, poz. 90.

⁶⁴ Z. Radwański, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 253; P. Machnikowski, *Swoboda...* (op. cit.), s. 300; M. Tarska, *Zakres swobody...* (op. cit.), s. 66–67.

⁶⁵ M. Tarska, *Swoboda umów...* (op. cit.), s. 67; P. Machnikowski, *Swoboda...* (op. cit.), s. 300. Dodaje on ponadto, iż istotne jest, aby sytuacja ta nie była wynikiem własnego niedbalstwa tej strony.

obustronnie profesjonalnego lub nieprofesjonalnego⁶⁶, co oznacza, iż ograniczenie autonomii woli strony powinno być dokonywane z uwzględnieniem jej statusu prawnego.

Zasada efektywności natomiast stanowi przykład przyjmowania przez prawo prywatne, w szczególności przez prawo modelowe, reguł ekonomicznej analizy prawa. Zwolennicy tego podejścia zwracają się do prawodawcy i organów stosujących prawo z wymogiem, aby regulacje prawne spełniały kryterium efektywności ekonomicznej, co w rezultacie doprowadzić ma do zwiększenia się dobrobytu społeczeństwa i polepszenia pozycji stron zamierzających zawrzeć umowę.⁶⁷

Na poziomie społecznym zasada efektywności ma na celu obniżanie kosztów transakcyjnych związanych z zawieraniem umów, wynikających przede wszystkim z asymetrii informacyjnej występującej pomiędzy stronami przyszłej umowy. Przy uwzględnieniu omawianej zasady prawodawca europejski nakłada na stronę profesjonalną rozbudowany obowiązek informacyjny na etapie przedkontraktowym, mając na celu redukcję znacznej dysproporcji wiedzy pomiędzy stronami, tak aby strona nieprofesjonalna, po otrzymaniu informacji i ich przeanalizowaniu, podjęła świadomą decyzję o związaniu się umową, będąc świadoma praw i obowiązków oraz ryzyk z niej wynikających, w szczególności gdy przedmiotem przyszłej umowy będzie świadczenie usługi finansowej. Wiedza ta pozwolić ma na zminimalizowanie ryzyka błędnej decyzji, która niekorzystna będzie zarówno na poziomie indywidualnym, gdyż skutkować może powstaniem dodatkowych kosztów dla podmiotów prywatnych, jak i na poziomie społecznym, z uwagi na możliwe nagromadzenie się w błędnych decyzji na rynku, w efekcie czego podmioty te mogą ewentualnie wycofać się w przyszłości z wymiany rynkowej.

Realizację zasady efektywności sensu largo stanowi ustanowiony przez ustawodawcę obszerny obowiązek informacyjny, mający zapewnić uczciwą konkurencję oferującym swe usługi, a tym samym wspierać przejrzystość i prawidłowe funkcjonowanie rynku.⁶⁸ Instytucja przedkontraktowego obowiązku

⁶⁶ M. Safjan, [w:] *Komentarz KC*, t. I, Warszawa 2004, s. 759; E. Traple, *Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy*, KKP 1997, z. 2, s. 191 i nast.

⁶⁷ Zasada efektywności wraz z zasadą wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości należy do podstawowych zasad prawa prywatnego wymienionych w Projekcie Wspólnego Systemu Odniesienia. Por. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers 2009.

⁶⁸ Zasada efektywności sensu largo to także liczne urzędowe rejestry (KRS, księgi wieczyste, rejestr patentów). Por. A. Bierć, *Zarys prawa...* (op. cit.), s. 52.

informacyjnego stanowi także w prawie prywatnym wyraz zasady efektywności *sensu stricte* w ten sposób, iż ma za zadanie redukcję dysproporcji wiedzy pomiędzy stronami przyszłej umowy, tak aby po uzyskaniu informacji potrzebnych do podjęcia decyzji podjęły taką, która stanowić będzie wyraz autonomii ich woli.⁶⁹

Zgodnie z postanowieniami DCFR ochrony konsumenta nie należy tylko postrzegać z perspektywy korzyści płynących z ochrony słabszej strony stosunku prawnego, lecz również powinna ona wzmacniać osiąganie ogólnego dobrobytu, co prowadzić ma do wzrostu konkurencji, a w konsekwencji do lepszego funkcjonowania rynku (większej efektywności) przez eliminację jego zawodności.

Konstrukcje prawne przyjmowane przez prawodawcę unijnego poddane być muszą obok tradycyjnej analizy pod względem formalnym także badaniu ich efektywności ekonomicznej. Oznacza to, iż analizie pod kątem jakości przyjętych rozwiązań poddane zostają przyjmowane instrumenty prawne oraz egzekucja prawa. Prawodawca unijny bada także efektywność prokonsumenckich instrumentów ochronnych, w tym w szczególności przedkontraktowego obowiązku informacyjnego, skupiając się głównie na dwóch kwestiach, tj. charakterze norm prawnych, przy pomocy których kształtowane są prawa konsumenta, oraz sankcje, jakie grożą przedsiębiorcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków wskazanych w ustawie.⁷⁰

W kontekście sporu toczącego się w doktrynie pomiędzy zwolennikami prymatu efektywności nad sprawiedliwością lub sprawiedliwości nad efektywnością warto poczynić kilka uwag. Sprawiedliwość zdaje się mieć dla przedstawicieli środowisk prawniczych znaczenie fundamentalne, leżące u podstaw ładu społecznego, politycznego, ale także ekonomicznego.

W doktrynie⁷¹ podkreśla się, iż choć prawo charakteryzować powinny wartości takie jak sprawiedliwość, celowość i bezpieczeństwo prawne, tj. ochrona zaufania, to jednak między wspomnianymi wartościami zachodzi antynomia. Z jednej strony, sprawiedliwość to równość, a równość prawna zakłada, że normy prawne mają charakter powszechny. Z drugiej jednak strony, w celu realizacji

⁶⁹ Zasada efektywności *sensu stricto* ma na celu także minimalizację ograniczeń formalnych w ramach czynności prawnych dokonywanych pomiędzy stronami, np. zasada swobody formy czynności prawnej. Dotyczy to również minimalizacji ograniczeń proceduralnych, w szczególności unieważnienie umowy zawartej pod wpływem błędu poprzez złożenie prostego oświadczenia woli bez udziału sądu. Kolejny przykład stanowią normy dyspozytywne w prawie, z których strony mogą skorzystać w celu uregulowania pewnych spraw. Por. A. Bierć, *Zarys prawa...* (op. cit.), s. 53.

⁷⁰ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...* (op. cit.), s. 809.

⁷¹ G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 81.

wartości, jaką jest celowość prawa, należałoby zająć się wszelkiego rodzaju nierównościami, przykładowo asymetrią informacyjną, m.in. poprzez dokonywanie indywidualizacji polegającej na tym, iż słabszej stronie umowy zapewnione zostaną środki prawne wyrównujące jej deficyt.

4. Ochrona zaufania podmiotów nieprofesjonalnych w prawie europejskim

Ochrona zaufania konsumenta w prawie wspólnotowym oparta została na podstawowej zasadzie ochrony poprzez informację. Głównym motywem, dla którego prawodawca europejski oraz poszczególne ustawodawstwa krajowe zdecydowały się chronić zaufanie konsumenta w tak szczególny sposób, jest rola, jaką ten ma odegrać na jednolitym rynku wewnętrznym. Rola ta ma polegać na tym, iż w obecnej sytuacji gospodarczej, w której ma miejsce przewaga podaży nad popytem, powinien on być w stanie dokonywać racjonalnych decyzji rynkowych, które pozytywnie będą wpływać na rozwój gospodarki unijnej.

Zakłada się, że będąc podmiotem dobrze poinformowanym oraz którego zaufanie jest prawnie chronione, będzie on mógł sam w korzystny dla siebie sposób wykorzystać szanse, jakie stwarza mu rynek europejski. Takie pozytywne działanie dobrze wyedukowanego konsumenta europejskiego w pozytywny sposób oddziaływać będzie na ochronę uczciwej konkurencji, która posiada niezaprzeczalny wpływ na prawidłowe funkcjonowanie gospodarki europejskiej w całości.

Oparcie ochrony konsumenta na paradygmacie informacji ma na celu ukształtowanie praktyk rynkowo-kompensatoryjnych pozwalających mu na swobodne i świadome podejmowanie decyzji o własnej konsumpcji. Podwyższenie wiedzy i informacji biernych uczestników rynku doprowadzić ma bezpośrednio do faktycznie wolnego i swobodnego ich działania. Podstawowe znaczenie ma indywidualistyczny, wolnościowy charakter europejskiego prawa konsumenckiego.⁷² Zgodnie z koncepcją amerykańską ochrona konsumentów wynika z ich niedostatecznej reprezentacji, gdyż mniejszość ta, będąc rozproszona, ma ograniczony dostęp do instytucji przedstawicielskich, a w konsekwencji nie może sama artykułować własnych interesów.⁷³ W myśl koncepcji europejskiej konsumentom należy się ochrona, gdyż stanowią oni „słabszą” grupę wskutek braku dostatecznej

⁷² E. Łętowska, *Antynomie ochrony konsumenta w prawie wspólnotowym*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Janusza Szewczyka*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Zakamycze 2004, s. 394.

⁷³ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 2.

informacji, dzięki którym mogliby podejmować decyzje rynkowe w sposób swobodny.⁷⁴ Konsument zasługuje na ochronę, gdyż z powodu swojego niedoinformowania jest on słabszą stroną stosunku prawnego.⁷⁵

Mając na uwadze stronę aksjologiczną ewolucji dyrektyw regulujących stosunki pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem w sferze usług finansowych, zauważyć należy, iż pierwsze dyrektywy podkreślały znaczenie funkcjonowania wspólnego rynku⁷⁶, zakłócenie konkurencji pomiędzy instytucjami finansowymi, ograniczenie możliwości uzyskania kredytu w innym państwie członkowskim, ograniczenie swobodnego przepływu towarów i usług. Prawodawca wspólnotowy, przyjmując pierwsze dyrektywy, dążył do poprawy działania mechanizmów rynkowych, konsumenta postrzegał przez pryzmat jego konsumpcji, traktując go jako instrument służący budowie rynku wewnętrznego, a model normatywny ochrony konsumenta tkwił zasadniczo w okowach zasady efektywności.

Pierwsza wzmianka o potrzebie wzmacniania zaufania konsumenta pojawiła się w dyrektywie 2002/65 dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość⁷⁷. Kolejno przyjmowane dyrektywy w coraz bardziej wyraźny sposób odwoływały się do potrzeby ochrony zaufania konsumenta, w szczególności najnowsza dyrektywa 2014/17 dotycząca kredytów hipotecznych podkreśliła brak zaufania u konsumentów do sektora finansowego, spowodowany nieodpowiedzialnymi zachowaniami uczestników rynku finansowego i konieczność odbudowy tego zaufania.⁷⁸ Analogicznie o potrzebie wzmacniania

⁷⁴ C. Żuławska, *Rozwój polskiego prawa konsumenckiego w ramach implementacji*, PiP z 9, 1999 r., s. 72. Autorka uważa, iż świadomość tych założeń jest istotna zarówno dla legislatora, jak i interpretatora konsumenckich przepisów.

⁷⁵ A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013, s. 128.

⁷⁶ Por. preambuła dyrektywy 87/102 dotycząca kredytu konsumenckiego – Dyrektywa Rady z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich UE dotyczących kredytu konsumenckiego, Dz.Urz. WE L 42 z 12.02.1987, s. 48. pkt 2 i 3 preambuły dyrektywy 99/44 w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji.

⁷⁷ Por. pkt 3 dyrektywy 2002/65 – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/65/WE z 23.09.2002 r. dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość (Dz.Urz.UE z 09.10.2002 r. L 271). Wcześniej konieczność wzmacniania zaufania konsumentów podkreślona została także w pkt 5 preambuły dyrektywy 99/44.

⁷⁸ Por. pkt 3 preambuły dyrektywy 2014/17 – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z 04.02.2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010, Dz.Urz. UE L 60 z 28.02.2014, s. 34.

zaufania konsumenta w kontekście znacznego zróżnicowania przepisów regulujących transgraniczną sprzedaż towarów i świadczenie usług mowa jest w dyrektywie 2011/83 w sprawie praw konsumentów⁷⁹. W dalszej kolejności wskazać należy na stronę aksjologiczną przyświecającą uchwaleniu drugiej dyrektywy o kredycie konsumenckim 2008/48, która podobnie jak poprzednie podkreśla konieczność zapewnienia zaufania konsumentów w drodze stworzenia rynku oferującego wystarczający poziom ochrony konsumentów, ale także swobodny przepływ ofert kredytowych na optymalnych warunkach.⁸⁰ Równocześnie pamiętać należy, iż wzmacnianiu zaufania konsumentów do rynku i instytucji finansowych towarzyszą inne cele, takie jak wspieranie rozwoju bardziej przejrzystego i efektywnego rynku finansowego, poprawa funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnienie swobodnego przepływu towarów i usług oraz swobody przedsiębiorczości.⁸¹

Prawo europejskie ma na celu ochronę konsumenta w oparciu o paradygmat informacji i dąży do wzbudzenia w nim zaufania do rynku. Konsument, którego zaufanie jest prawnie chronione, wierzy, iż postępowanie przedsiębiorcy, z którym zamierza zawrzeć on umowę, jest uczciwe, a informacyjne podstawy jego decyzji wspierane przez prawodawcę europejskiego. Zaufanie pomiędzy stronami transakcji pozytywnie wpływa zarówno na jej proces zawierania, jak i późniejsze wykonanie umowy, a w rezultacie ułatwia ono dokonywanie wymiany gospodarczej w Unii Europejskiej, efektywnie wpływa na prawidłowe funkcjonowanie jej mechanizmów rynkowych i konkurencyjność gospodarki.

5. Pojęcie usługi finansowej w prawie europejskim i prawie polskim

Usługi finansowe stanowią jeden z priorytetów unijnej polityki ochrony konsumenta. To właśnie one (usługi bankowe i kredytowe) zostały najwcześniej uregulowaną pod względem prawnym dziedziną rynku wymiany dóbr i usług.⁸²

⁷⁹ Por. pkt 6 preambuły dyrektywy 2011/83 w sprawie praw konsumenta – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 64).

⁸⁰ Por. pkt 8 preambuły dyrektywy 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki i uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG, Dz. Urz. UE L 133 z 22.05.2008, s. 66.

⁸¹ Ibidem, pkt 6 i 7.

⁸² Wcześniej uregulowana została tylko sprzedaż konsumencka.

Swoboda świadczenia usług finansowych na rynku europejskim stanowi istotny czynnik jego rozwoju gospodarczego. Mając na uwadze szeroki dostęp do omawianych usług na jednolitym rynku finansowym, jakiego zapewnienie jest celem prawodawcy europejskiego, należy podkreślić szczególne ryzyka, jakie niosą ze sobą wspomniane usługi.

Problematyka przedkontraktowego obowiązku informacyjnego staje się szczególnie złożona w przypadku zawierania umów w sferze usług finansowych. Produkty finansowe są coraz bardziej skomplikowane i przyjmują różne formy prawne, a istniejące obowiązki informacyjne w tym przedmiocie nie zależą od ich charakteru ekonomicznego lub ryzyka, które stwarzają dla strony nieprofesjonalnej. Praktyka pokazuje, iż informacje ujawniane na temat produktu rzadko przedstawiają jasną i zrozumiałą informację dla klienta, co skutkuje zawieraniem przez nich niekorzystnych umów, których przedmiotem jest nieodpowiednia dla nich usługa.

Kluczowe znaczenie obowiązku informacyjnego na etapie przedkontraktowym przy zawieraniu umowy, której przedmiotem jest usługa finansowa, stanowi konsekwencję z jednej strony faktu, iż usługi te zaliczyć należy do wysoko specjalistycznych stosunków prawnych, z drugiej natomiast strony stąd, że wartości takie jak rzetelność i transparentność informacji oraz zasada ochrony zaufania umawiających się stron, stanowią niezbędny warunek prawidłowego i bezpiecznego funkcjonowania rynków finansowych. Niedawny kryzys finansowy uwypuklił konieczność takiego kształtowania rozwiązań prawnych, aby sprzyjały one powstaniu jednolitego i przejrzystego rynku usług finansowych przy poszanowaniu wyżej wspomnianych wartości i zasad.

Usługi finansowe, będące w istocie produktami zaufania, świadczone są przede wszystkim przez banki, uznawane w orzecznictwie⁸³ i w powszechnej opinii za „instytucje zaufania publicznego”. Konsekwencją tego jest przyjęcie ciążącego na nich publicznoprawnego obowiązku informacyjnego. W polskiej doktrynie prezentowany jest pogląd, iż skutkiem uznania banków za instytucje zaufania publicznego, ponad inne obowiązki wynikające z obowiązujących przepisów prawa, jest ich obowiązek informacyjny o charakterze publicznoprawnym, o którym mowa w rozdziale 8 prawa bank.⁸⁴ Najbardziej istotną konsekwencją uznawania banku za instytucję zaufania publicznego jest przyjęcie w sferze cywilnoprawnej istnienia tzw. obowiązku lojalności banku⁸⁵, co oznacza,

⁸³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2009 r., VI ACa 1071/07, LEX 577585.

⁸⁴ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Naruszenie obowiązków informacyjnych banków w prawie umów konsumenckich*, Warszawa 2009.

⁸⁵ Zdaniem A. Chłopeckiego, obowiązek ten, podobnie jak pojęcie instytucji za-

iż na instytucji tej ciążyą szczególne obowiązki niewynikające wprost z umowy, lecz z przepisu art. 56 k.c., zgodnie z którym czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, zasad współżycia i z ustalonych zwyczajów.⁸⁶

Ustawa – Prawo bankowe co do zasady nie ustanawia rozbudowanych obowiązków informacyjnych jako instrumentu ochrony klienta banku. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że ustawa ta nie obciąża banku szczególnymi przedkontraktowymi obowiązkami informacyjnymi w stosunku do swojego kontrahenta.⁸⁷ Równocześnie ustawa – Prawo bankowe przewiduje w art. 69 ust. 2 regulację treści umowy kredytu, na mocy którego szeroki katalog informacji musi zostać inkorporowany do umowy. Z perspektywy zasady odpowiedzialnego udzielania kredytu podkreślić należy, iż postanowienia omawianej ustawy (art. 70) nakładają na bank obowiązek dokonania badania zdolności kredytowej klienta banku, a bardzo rygorystyczna interpretacja tego przepisu skutkowałaby koniecznością odmowy udzielenia kredytu podmiotowi, który nie uprawdopodobni możliwości jego spłaty w terminie. W doktrynie przyjmuje się, że ustawa – Prawo bankowe nie jest przeszkodą dla wywodzenia powinności informacyjnych lub ostrzegawczych banku z innych aktów prawnych, przy poszanowaniu ogólnych zasad i wartości prawa prywatnego.⁸⁸

Świadczenia usług finansowych (tzw. produktów zaufania) przez instytucje finansowe (tzw. instytucje zaufania publicznego), przede wszystkim przez banki, nie należy utożsamiać z typową działalnością gospodarczą⁸⁹ polegającą na produkcji dóbr, świadczeniu usług i obrocie towarowym.⁹⁰ Ich odrębność polega na tym, iż więcej je łączy z przepływem kapitału i obrotem płatniczym niż

ufania publicznego wynika bardziej z orzecznictwa niż ze świadomej decyzji ustawodawcy. Por. A. Chłopecki, *Bank jako instytucja zaufania publicznego w wymiarze cywilnoprawnym*, [w:] *Oblicza prawa cywilnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Błeszyńskiemu*, (red.) K. Szczepkowska-Kozłowska, Warszawa 2013, s. 94.

⁸⁶ Ibidem, s. 93.

⁸⁷ J. Pisuliński, *Umowa kredytu...*, s. 373. Poza obowiązkiem informacyjnym wynikającym z przepisu art. 111 pr. bank., który ma charakter publicznoprawny. P. Tereszkievicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 122.

⁸⁸ P. Tereszkievicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 122.

⁸⁹ Działalność banków niewątpliwie stanowi rodzaj działalności gospodarczej, gdyż mieści się ona w definicji działalności gospodarczej zdefiniowanej w art. 2 u.s.d.g. (Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.). Z uwagi jednak na fakt, iż działalność ta wymaga odrębnych i bardziej uszczegółowionych regulacji, to zastosowanie do niej znajduje ustawa – Prawo bankowe, która jest aktem o charakterze *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

⁹⁰ E. Fojcik-Mastalska, *Przepisy ogólne*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 44–45.

z typową produkcją i obrotem towarowym.⁹¹ W rozwiniętych gospodarkach rynkowych, usługi finansowe normowane są odrębnie od pozostałych usług, co potwierdzone zostało w ustawie o świadczeniu usług⁹², która, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 3 ust. 3, wyklucza usługi finansowe z zakresu swojego normowania. Podobne rozróżnienie zastosowane zostało przez prawodawcę wspólnotowego przy dyrektywie 97/7 w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawartych na odległość⁹³, dyrektywie 2006/123 dotyczącej usług na rynku wewnętrznym⁹⁴ oraz w dyrektywie horyzontalnej o prawach konsumenta 2011/83⁹⁵.

Dyrektywy unijne dotyczące materii rynku finansowego nie definiują pojęcia „rynek finansowy”. Wyłącznie dyrektywa 2002/87⁹⁶ podaje zakres podmiotowy sektora finansowego, określając w art. 2 pkt 8, że jest to sektor składający się z jednej lub z wielu instytucji kredytowych, instytucji finansowych lub przedsiębiorstw pomocniczych usług bankowych⁹⁷, które tworzą sektor bankowy; zakładów ubezpieczeń, zakładów reasekuracji lub ubezpieczeniowych grup kapitałowych⁹⁸, które tworzą sektor ubezpieczeń; firm inwestycyjnych lub

⁹¹ Por. głosę E. Fojcik-Mastalskiej do wyroku NSA z dnia 18 maja 1994 r., SA/WR 2290/93, Prawo bankowe 1995, nr 4, s. 53–57; W. Srokosz, *Pojęcie usług finansowych w regulacjach Unii Europejskiej*, Pr. Bank. 2002, nr 5.

⁹² Ustawa z dnia 4 marca 2010 o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r. Nr 47, poz. 278 z późn. zm.).

⁹³ Dyrektywa 97/7 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz. Urz. L 144 z 04.06.1997, s. 19–27).

⁹⁴ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006, s. 36.

⁹⁵ Dyrektywa 2011/83 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 64).

⁹⁶ Dyrektywa 2002/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie dodatkowego nadzoru nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń oraz przedsiębiorstwami inwestycyjnymi konglomeratu finansowego i zmieniająca dyrektywy Rady 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG i 93/22/EWG oraz dyrektywy 98/78/WE i 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. WE L 35 z 11.02.2003, s. 1).

⁹⁷ W znaczeniu dyrektywy 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.Urz. WE 2006 L 177/1).

⁹⁸ W rozumieniu dyrektywy 98/78/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 1998 r. w sprawie dodatkowego nadzoru nad zakładami ubezpieczeń w grupach ubezpieczeniowych (Dz.Urz. L 330 z 05.12.1998 r., s. 1). Dyrektywa 2005/68/

instytucji finansowych⁹⁹, które tworzą sektor usług inwestycyjnych i finansowych spółek holdingowych o działalności mieszanej.

Rynek finansowy jest częścią unijnego rynku wewnętrznego, a ustanowienie jednolitych regulacji prawnych w zakresie usług finansowych ma istotne znaczenie dla integracji rynków finansowych państw członkowskich. Interwencja prawodawcy w funkcjonowanie rynku finansowego jest podyktowana chęcią ochrony interesu publicznego oraz eliminacji niedoskonałości rynkowych, w szczególności asymetrii informacyjnych. Stabilność i bezpieczeństwo systemu finansowego traktować należy jako dobro publiczne, a wprowadzane przez prawodawcę unijnego, a następnie krajowego regulacje prawne mają na celu ich zagwarantowanie.

Wobec braku definicji legalnej doktryna definiuje rynek finansowy w zależności od przyjętych kryteriów i elementów definicji, tj. uwzględniając przedmiot transakcji dokonywanych na rynku finansowym lub grupy podmiotów biorących w nim udział (instytucje finansowe, takie jak banki, giełdy papierów wartościowych, towarzystwa ubezpieczeniowe, firmy ubezpieczeniowe, fundusze emerytalne, fundusze inwestycyjne itd.)¹⁰⁰.

6. Model normatywny ochrony zaufania poprzez informację na przykładzie usług kredytowych i inwestycyjnych w prawie europejskim i krajowym

Model normatywny ochrony zaufania konsumenta przez informację w sferze usług finansowych zawarty przez prawodawcę europejskiego w dyrektywie o kredycie konsumenckim¹⁰¹ postrzegam jako współczesny paradygmat ochrony przez informację w prawie unijnym. Od strony aksjologicznej wskazana dyrektywa ma na celu wzmocnienie zaufania nabywcy usługi kredytowej do rynku usług finansowych, zapewniając, by rynek oferował im wystarczający poziom ochrony, rozwój bardziej przejrzystego i efektywnego rynku kredytowego w obszarze bez granic wewnętrznych.

UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2005 r. w sprawie reasekuracji oraz zmieniająca dyrektywy Rady 73/239/EWG, 92/49/EWG, a także dyrektywy 98/78/WE i 2002/83/WE (Dz. Urz. UE L 323 z 09.12.2005, s. 1).

⁹⁹ W rozumieniu dyrektywy 2004/39 MiFID II.

¹⁰⁰ Więcej na ten temat por. E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna...* (op. cit.).

¹⁰¹ Dyrektywa 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki i uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG, Dz. Urz. UE L 133 z 22.05.2008, s. 66.

Dyrektywa o kredycie konsumenckim z 2008 r. stanowiąca przedmiot analizy dla niniejszych rozważań w istotny sposób rozbudowała, w porównaniu do pierwszej dyrektywy z 1987 r. o kredycie konsumenckim¹⁰², obowiązki informacyjne nakładane na kredytodawców. W myśl jej założeń proces informowania konsumenta znacznie wykracza poza samą fazę zawierania umowy kredytowej i obejmuje okres poprzedzający jej zawarcie, który swój bieg zaczyna już w chwili wprowadzania usługi kredytowej na rynek poprzez reklamę. Obowiązek informacyjny nałożony został zarówno na kredytodawcę, jak i na jego pośrednika.

Konsumentom należy się ochrona przed nieuczciwymi lub wprowadzającymi w błąd praktykami¹⁰³, w szczególności w odniesieniu do ujawnianych przez kredytodawcę informacji dotyczących usług przez niego oferowanych. Model normatywny obowiązku informacyjnego przedsiębiorcy realizowany jest w dyrektywie na trzech poziomach. Po pierwsze, dotyczy on informacji ujawnianych w reklamie. Po drugie, informacji, które konsumenci powinni otrzymywać na etapie przed zawarciem umowy, by mieć możliwość porównania różnych ofert¹⁰⁴ i podjąć decyzję przy pełnej znajomości faktów, a które, w myśl dyrektywy, powinny zostać przekazane przy użyciu standardowego europejskiego arkusza informacyjnego, który konsument może zabrać ze sobą i rozważyć. Po trzecie, w celu ułatwienia konsumentowi podjęcia najbardziej efektywnej decyzji, niezależnie od informacji udzielanych przed zawarciem umowy, na przedsiębiorcę nałożony został wymóg wyjaśnienia konsumentowi, który z proponowanych produktów jest dla niego najodpowiedniejszy z punktu widzenia jego potrzeb i sytuacji finansowej.

Bardzo doniosłe znaczenie dla modelu normatywnego ochrony informacyjnej nabywcy usługi finansowej mają reklamy produktów finansowych. Obraz instytucji finansowych, np. banków, ubezpieczycieli, kreowany w reklamie, odwołuje się do wartości, takich jak, spokój i bezpieczeństwo, które w ofercie swej mają produkty odpowiednie do potrzeb klientów. W konsekwencji instytucje finansowe tworzą u swych klientów poczucie bezpiecznej i dostatniej przyszłości. Wyobrażenie beztroski i bezpieczeństwa kreowane w reklamie

¹⁰² Dyrektywa Rady z dnia 22 grudnia 1986 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich UE dotyczących kredytu konsumenckiego, Dz.Urz. WE L 42 z 12.02.1987, s. 48.

¹⁰³ Zgodnie z dyrektywą 2005/29 – Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk rynkowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywę 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (O.J. 2005, L 149, s. 22).

¹⁰⁴ Pkt 18 preambuły do dyrektywy 2008/48.

produktów finansowych wzmacnia naturalną niechęć konsumenta do głębszej analizy negatywnych zdarzeń mogących spotkać go w przyszłości, co w naukach behawioralnych określane jest jako syndrom nadmiaru optymizmu.¹⁰⁵ Kreowanie u konsumentów przekonania o konieczności nabycia reklamowanego produktu finansowego, np. ubezpieczeniowego, inwestycyjnego czy kredytowego, stanowi instrument stymulowania określonego zachowania i jako takie poddane być powinno prawnej regulacji w zakresie treści informacyjnych w niej przekazywanych.

W obecnym brzmieniu dyrektywy przedkontraktowy obowiązek informacyjny przedsiębiorcy wobec konsumenta uregulowany został w przepisie art. 5 wskazanej dyrektywy. Wynika z niego, iż zakresem podmiotowym tego przepisu objęty został kredytobiorca oraz, w stosownych przypadkach, pośrednik kredytowy. Zostali oni zobowiązani, w oparciu o warunki kredytu proponowane przez kredytodawcę oraz po uwzględnieniu preferencji konsumenta i innych przekazanych przez niego informacji, do dostarczenia konsumentowi informacji koniecznych do porównania różnych ofert tak, aby przy pełnej znajomości faktów mógł on podjąć decyzję o ewentualnym związaniu się umową. Informacje te powinny mu zostać dostarczone w formie papierowej lub na innym trwałym nośniku, w stosownym czasie przed związaniem się umową o kredyt lub ofertą.

Dyrektywa w sposób enumeratywny wylicza zakres wymaganych informacji, od którego ustawodawca krajowy nie może uczynić żadnych wyjątków, nawet gdyby miały one na celu podniesienie poziomu ochrony konsumenta, co wynika z oparcia dyrektywy na klauzuli harmonizacji zupełnej.¹⁰⁶ Fakt, iż wspomniany katalog ma charakter zamknięty, nie oznacza, iż kredytobiorca lub pośrednik kredytowy nie mogą przekazać konsumentowi innych informacji spoza tej listy, oznacza to jedynie, iż informacje te podane zostać powinny w osobnym dokumencie, który załączony zostanie do standardowego europejskiego arkusza informacyjnego, zawierającego katalog informacji obowiązkowych.

W toku prac nad dyrektywą zmianie ulegał zakres obowiązkowych informacji¹⁰⁷, jakie musi otrzymać konsument na etapie przedkontraktowym

¹⁰⁵ D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, Londyn 2012, s. 250 i nast.

¹⁰⁶ Art. 22 ust. 1 dyrektywy 2008/48. Ponadto w toku prac nad dyrektywą usunięto proponowane wcześniej wyrażenie „w szczególności” przy tworzeniu katalogu informacji przekazywanych konsumentowi na etapie przedkontraktowym.

¹⁰⁷ Art. 5 ust. 1: a) rodzaj kredytu; b) dane identyfikacyjne i adres kredytodawcy, a także w stosownych przypadkach dane identyfikacyjne i adres zaangażowanego pośrednika kredytowego; c) całkowitą kwotę kredytu oraz warunki dokonywania wypłat; d) okres obowiązywania umowy o kredyt; e) w przypadku kredytu w formie odroczonej płatności za towar lub usługę lub umowy o kredyt wiązany – towar lub usługę i ich cenę gotówkową; f) stopę oprocentowania kredytu, warunki stosowania tej stopy oprocentowania oraz, jeśli są dostępne, wszelkie indeksy lub stopy referencyjne mające

na standardowym europejskim arkuszu informacyjnym. Katalog ten jest bardzo obszerny, na etapie prac legislacyjnych był stale poszerzany, a wiele z elementów w nim zawartych ma złożony charakter. Przy tak obszernie skonstruowanym obowiązku informacyjnym, istnieje wysokie ryzyko, że konsument zostanie przeładowany informacjami i nie uświadomi sobie znaczenia wielu z nich, albo w ogóle je pominie.¹⁰⁸ W sytuacji gdy konsumenci, jako główny punkt odniesienia będą brać

zastosowanie do pierwotnej stopy oprocentowania kredytu, a także okresy, warunki i procedury zmian stopy oprocentowania kredytu. Jeżeli w różnych okolicznościach stosuje się różne stopy oprocentowania – w.w informacje we wszystkich stosowanych stopach; g) rzeczywistą roczną stopę oprocentowania oraz całkowitą kwotę do zapłaty przez konsumenta, przedstawione za pomocą reprezentatywnego przykładu podającego wszystkie założenia przyjęte do obliczenia tej stopy; w przypadku gdy konsument poinformował kredytodawcę o co najmniej jednym ze składników preferowanego przez siebie kredytu, takich jak okres obowiązywania umowy o kredyt i całkowita kwota kredytu, kredytodawca uwzględnia te składniki; jeżeli umowa o kredyt przewiduje różne sposoby dokonywania wypłat, w odniesieniu do których obowiązują różne opłaty i stopy oprocentowania, a kredytodawca korzysta z założenia, o którym mowa w załączniku I część II lit. b), zaznacza on, że inne mechanizmy dokonywania wypłat mogą spowodować zastosowanie wyższej rocznej stopy oprocentowania; h) kwotę, liczbę i częstotliwość płatności, jakich ma dokonać konsument, oraz, w stosownych przypadkach, kolejność, w jakiej płatności będą zaliczane na poczet spłaty różnych należnych sald, dla których stosuje się różne stopy oprocentowania; i) w stosownych przypadkach, opłaty za prowadzenie jednego lub kilku rachunków, na których zapisywane są zarówno transakcje płatności, jak i wypłaty, chyba że otwarcie takiego rachunku nie jest obowiązkowe, łącznie z opłatami za korzystanie ze środków płatniczych, zarówno dla transakcji płatności, jak i dla wypłat, a także wszelkie inne opłaty powstałe w związku z umową o kredyt oraz warunki, na jakich opłaty te mogą ulegać zmianie; j) w stosownych przypadkach, konieczność poniesienia przez konsumenta kosztów notarialnych przy zawarciu umowy o kredyt; k) obowiązek, o ile taki istnieje, zawarcia umowy dotyczącej usług dodatkowych związanych z umową o kredyt, w szczególności ubezpieczenia, w przypadku gdy zawarcie takiej umowy jest niezbędne do uzyskania kredytu lub do uzyskania go na oferowanych warunkach; l) stopę oprocentowania mającą zastosowanie w przypadku opóźnienia płatności oraz ustaleń dotyczących jej zmian, a także, w stosownych przypadkach, wszelkie opłaty z tytułu zaległości w spłacie; m) ostrzeżenie o konsekwencjach braku płatności; n) w stosownych przypadkach, wymagane zabezpieczenia o) istnienie lub brak prawa do odstąpienia od umowy; p) prawo do przedterminowej spłaty, o ile ono istnieje i, w stosownych przypadkach, informację na temat prawa kredytodawcy do rekompensaty, a także sposób określenia tej rekompensaty zgodnie z art. 16; q) prawo konsumenta do otrzymania bezpłatnej informacji, zgodnie z art. 9 ust. 2, na temat wyników przeprowadzonej w celu oceny jego zdolności kredytowej weryfikacji w bazie danych; r) prawo konsumenta do bezpłatnego otrzymania na żądanie egzemplarza projektu umowy o kredyt. Przepisu tego nie stosuje się, jeżeli w chwili, gdy konsument zgłasza takie żądanie, kredytodawca nie wyraża chęci zawarcia z konsumentem umowy o kredyt; oraz s) w stosownych przypadkach, czas, przez jaki kredytodawca jest związany informacjami udzielonymi przed zawarciem umowy o kredyt.

¹⁰⁸ Zwraca na to uwagę Stowarzyszenie banków i bankierów z siedzibą w Luksemburgu – *Avis de l'ABBL sur la proposition modifiée de directive relative de crédit aux*

pod uwagę wysokość oprocentowania kredytu, istnieje ryzyko, że przedsiębiorcy będą się starali skonstruować ofertę w taki sposób, aby konkurować właśnie tym składnikiem, podczas gdy inne składniki oferty będą zaniedbywane.

Znaczne ułatwienie dla konsumenta stanowi podanie informacji na etapie przedkontraktowym w postaci formularza, na którym informacje przedstawione są zgodnie ze schematem, w tej samej kolejności i jednakowej szacie graficznej, co pozwala szybciej zapoznać się z danymi tam zawartymi. Ponadto, ponieważ jest to formularz ustandaryzowany, stosować go muszą wszyscy przedsiębiorcy, co ułatwia porównanie ofert różnych kredytobiorców. Osobny formularz przewidziany został dla informacji o kredycie konsumenckim na rachunku bieżącym, o kredycie oferowanym przez niektóre organizacje kredytowe oraz o kredycie konsumenckim przeznaczonym na konwersję zadłużenia.

Model normatywny ochrony kredytobiorcy przez informacje na gruncie dyrektywy o kredycie konsumenckim został przez prawodawcę europejskiego w sposób istotny uzupełniony w drodze nałożenia na kredytodawcę i pośrednika kredytowego obowiązku udzielenia konsumentowi odpowiednich wyjaśnień, które na celu mają pomóc mu dokonać oceny, czy proponowana umowa kredytowa odpowiada jego potrzebom i sytuacji finansowej.¹⁰⁹

Przedmiotowy obowiązek powinien zostać spełniony poprzez wyjaśnienie konsumentowi informacji wymaganych na etapie przedkontraktowym, tzn. wyjaśnienie głównych cech oferowanego produktu (kredytu konsumenckiego), znaczenie tych cech dla konsumenta oraz konsekwencji zaległości w spłacie. Ten dodatkowy obowiązek przedsiębiorcy ma na celu pomóc konsumentowi zrozumieć wpływ, jaki zawarcie umowy o świadczenie konkretnej usługi finansowej mieć będzie na jego przyszłą sytuację ekonomiczną. Przedmiotowe wyjaśnienia powinny zostać zindywidualizowane i uwzględniać sytuację konkretnego klienta, w tym jego indywidualne potrzeby.

Podstawowym założeniem konstrukcji modelu normatywnego przedkontraktowego obowiązku informacyjnego zawartego w dyrektywie o kredycie konsumenckim jest to, iż rozsądny kredytobiorca, korzystając z wyjaśnień (pomocy) udzielonych mu przez instytucję finansową samodzielnie dokonuje oceny, czy konkretna oferta kredytowa złożona mu przez kredytodawcę odpowiada jego potrzebom i dostosowana jest do jego sytuacji finansowej. Istotną konsekwencją konstrukcji „samodzielności decyzji kredytobiorcy” jest wyłączenie współodpowiedzialności kredytodawcy za dokonanie przez konsumenta wyboru określonego produktu kredytowego.

consommateur (COM(2005) 483 final), z 8 grudnia 2005 r., <http://www.abbl.lu/download/21330/1/avis081205fr.pdf>, pkt 4 a opinii.

¹⁰⁹ Motyw 27 dyrektywy.

Pewne kontrowersje w doktrynie wzbudza kwestia, czy kredytodawca powinien zbadać sytuację majątkową i finansową konsumenta, w tym istniejące już jego zobowiązania płatnicze, przed przedstawieniem mu konkretnej oferty kredytowej i ryzyk z nią związanych. Zgodnie z jednym ze stanowisk reprezentowanych w naszym piśmiennictwie, nie jest możliwe prawidłowe wywiązanie się z obowiązku asysty przedkontraktowej, bez odniesienia się do osobistej sytuacji kredytobiorcy, dokonując jedynie abstrakcyjnego wyjaśnienia oferowanego produktu kredytowego.¹¹⁰ Stanowisko to wydaje mi się jednak zbyt rygorystyczne, gdyż, moim zdaniem, obowiązek udzielenia wyjaśnień implikuje przedstawienie i objaśnienie konstrukcji produktu oferowanego przez instytucję finansową, a nie obowiązek dokonania eksploracji stanu majątkowego kredytobiorcy.

Pewne wątpliwości budzić może kwestia, czy konstrukcja asysty przedkontraktowej kreuje zarówno po stronie kredytodawcy, jak i pośrednika kredytowego obowiązek informacyjny, który można traktować jako doradczy. W celu dokonania prawidłowej wykładni tej konstrukcji wspomnieć należy o zmianie dokonanej przez prawodawcę europejskiego w stosunku do pierwotnej wersji projektu dyrektywy.¹¹¹ Pierwsza wersja dyrektywy zakładała, iż zarówno kredytodawca, jak i pośrednik kredytowy zobowiązani by byli do dążenia do wyboru najbardziej odpowiedniego rodzaju i wysokości kredytu, mając na względzie własną ofertę, jak i położenie finansowe konsumenta, zalety i wady oferowanego produktu oraz jego przeznaczenie.¹¹² W myśl poprzedniej konstrukcji, to na kredytodawcy i pośredniku kredytowym spoczywałby ciężar wyboru najkorzystniejszej dla konsumenta oferty. Zgodnie z obecnym rozwiązaniem, to konsument podejmuje decyzję i dokonuje wyboru odpowiedniej dla niego oferty. Skłania to do przyjęcia tezy o braku elementów umowy o doradztwo w konstrukcji asysty przedkontraktowej.

Ratio legis konstrukcji prawnej asysty przedkontraktowej przyświecające prawodawcy europejskiemu opiera się na paradygmacie ochrony poprzez informację. Celem jest zapewnienie konsumentowi możliwie obszernego katalogu informacji, które wykorzysta on w celu dokonania prawidłowej oceny oferty. Z drugiej jednak strony należałoby rozważyć zakres przedmiotowego obowiązku „doradczego” – „asysty przedkontraktowej”, w szczególności w materii

¹¹⁰ P. Tereskiewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 139. Odmienne stanowisko reprezentowane jest przykładowo w doktrynie niemieckiej, np. J. Schürnbrand, [w:] *Münchener Kommentar BGB*, t. 3, § 491a, nb. 55.

¹¹¹ Zmiany dokonała Komisja Europejska poprzez przedstawienie zmodyfikowanego projektu dyrektywy. Zmiany te uwzględniały stanowiska Rady i Parlamentu Europejskiego zaprezentowane na wcześniejszych etapach procedury legislacyjnej.

¹¹² Art. 6 ust. 3 projektu dyrektywy z 2005 r.

przedstawiania zalet i wad oferowanego produktu. Jak zostało to już wskazane, przedmiotowe wyjaśnienia powinny zostać dostosowane do konkretnego konsumenta, do jego indywidualnych cech. Ponadto należy mieć na uwadze, iż na kredytodawcy ciąży obowiązek dokonania oceny zdolności kredytowej klienta¹¹³, który nie ciąży już na pośredniku kredytowy. Jednocześnie na gruncie obecnej dyrektywy, kredytodawca i pośrednik kredytowi nie są zobowiązani do wyboru najbardziej odpowiedniego produktu dla konsumenta, gdyż wyboru tego dokonuje on sam. W konsekwencji oznaczać to może, iż dokonując przedmiotowych wyjaśnień dotyczących charakterystycznych cech oferowanego produktu oraz ich konsekwencji dla konkretnego konsumenta, na kredytodawcy ciążyłby obowiązek uwzględnienia oceny zdolności kredytowej, a na pośredniku kredytowym już nie. Może to skutkować pewnymi wątpliwościami co do jakości i wiarygodności asysty, która nie uwzględniałaby takiej oceny.

Pomimo iż na kredytodawcy i pośredniku nie ciąży obowiązek wyboru najodpowiedniejszej oferty, to jednak ich powinności wykraczają daleko poza przedstawienie w sposób neutralny informacji wskazanych w dyrektywie. Zgodzić należy się z opinią, iż ponieważ zobowiązani oni są do podania informacji na temat charakterystycznych cech produktu, to słusznym jest oczekiwać, iż ich wyjaśnienie obejmie również pewną prognozę co do konsekwencji zawarcia określonej umowy na kredyt w określonej wysokości.¹¹⁴ Będzie to wymagało przedstawienia zarówno korzyści, jak i ryzyk wynikających z danej umowy, w szczególności poprzez wskazanie różnic pomiędzy ofertami tego samego kredytodawcy.

Obowiązek asysty przedkontraktowej jako zindywidualizowany obowiązek udzielania wyjaśnień stanowi istotne uzupełnienie formalnego modelu ochrony informacyjnej. Zasadnicze pytanie na temat treści obowiązku asysty przedkontraktowej dotyczy kwestii intensywności zachowania informacyjnego instytucji finansowej wobec jej kontrahenta oraz w jakim stopniu dyrektywa realizuje zasadę samoodповідzialności kredytobiorcy za podejmowane decyzje finansowe. Niewątpliwie celem asysty przedkontraktowej jest „materializacja” autonomii woli kredytobiorcy.¹¹⁵ Przedsiębiorca zostaje zobowiązany nie tylko do formalnego udostępnienia informacji, co wynika z formalnego modelu ochrony przez informację, ale ponadto do objaśnienia jej w sposób zindywidualizowany w zależności od sytuacji konkretnego konsumenta. Wskazany obowiązek ma służyć

¹¹³ Art. 8 ust. 1 dyrektywy 2008/48.

¹¹⁴ P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne...* (op. cit.), s. 314.

¹¹⁵ Por. C. W. Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung”*, AcP 2000, t. 200, nr 2–3, s. 276 i nast. [za:] P. Tereszkiewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 137.

zapewnieniu realizacji rzeczywistej autonomii woli oraz wzmocnieniu funkcjonowania zasady samoodповідzialności podmiotów w prawie prywatnym.

Mając na uwadze instytucję asysty przedkontraktowej, warto odnieść się do obowiązku doradczego, szczególnie, iż w doktrynie francuskiej i niemieckiej już od jakiegoś czasu toczą się intensywne dyskusje na temat wyraźnego rozdziału pomiędzy te dwie kategorie wypracowane w świetle narodowej dogmatyki prawa cywilnego.¹¹⁶ W polskiej doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że obowiązek doradczy *sensu stricto* oznacza wyrażenie przez instytucję finansową określonej rekomendacji wobec klienta odnośnie zawarcia danej umowy lub dokonania wyboru konkretnego produktu kredytowego z przedstawionej mu oferty.¹¹⁷ Zważywszy na definicję przedstawioną powyżej, przepis art. 5 ust. 6 dyrektywy 2008/48 nie statuuje obowiązku doradczego banku wobec kredytobiorcy, a podstawą takiego obowiązku odnośnie wyboru najbardziej korzystnego produktu kredytowego mogłaby być umowa o doradztwo zawarta pomiędzy klientem a bankiem.

Pogląd taki należy uznać za słuszny w świetle prawa unijnego, a sama wykładnia językowa przepisu art. 5 ust. 6 dyrektywy 2008/48 wprowadza odróżnienie procesu wyjaśniania od procesu doradztwa. Czynność doradztwa uregulowana została w dyrektywie MiFID, poprzez podkreślenie elementu rekomendacji konkretnego zachowania się przez kontrahenta instytucji finansowej. Wymóg sformułowany w przepisie art. 5 ust. 6 dyrektywy 2008/48, aby kredytobiorca samodzielnie ocenił, czy konkretny produkt kredytowy odpowiada jego potrzebom, traktować należy jako decydujący argument na korzyść tezy, iż obowiązek udzielania wyjaśnień nie pociąga za sobą konieczności sformułowania przez kredytodawcę rekomendacji nabycia najbardziej korzystnego produktu kredytowego.

Niemniej jednak, w doktrynie problematyka odróżnienia obowiązku doradczego od obowiązku asysty przedkontraktowej budzi nadal spore kontrowersje, pomimo generalnej akceptacji stanowiska przedstawionego powyżej. Instytucja asysty przedkontraktowej wprowadzona została do systemu prawa w dyrektywie 2008/48, a jej dopasowanie do istniejących już na gruncie dogmatyki prawa cywilnego kategorii nie jest łatwym zadaniem (szczególnie na gruncie prawa niemieckiego). Niewątpliwie odróżnienie obowiązku wyjaśnienia od obowiązku doradczego jest łatwiejsze w teorii niż w praktyce zachowań informacyjnych.

Czynności inwestycyjne stanowią drugi podstawowy typ usług finansowych podlegający normowaniu na gruncie prawa unijnego. W ramach analizy modelu ochrony zaufania przez informację przewidzianej w normach prawa prywatnego

¹¹⁶ Więcej na ten temat: P. Tereszkiewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 64 i nast.

¹¹⁷ Ibidem, s. 140.

dostrzec należy tendencję do odmiennego postrzegania tej ochrony na gruncie z jednej strony umowy kredytu oraz z drugiej strony usług inwestycyjnych.

Dokonując analizy i oceny modelu normatywnego obowiązków firm inwestycyjnych w stosunku do inwestorów, należy zwrócić uwagę na szerszy proces zwiększania ingerencji o charakterze publicznoprawnym na rynkach finansowych, co stanowi konsekwencję ostatniego kryzysu na tych rynkach. Wyrazem tej tendencji jest przyjęty w 2014 r. pakiet nowych przepisów normujących rynki instrumentów finansowych UE, stanowiących kolejny etap integracji rynków finansowych UE, określanych łącznie jako MiFID II – nową dyrektywą MiFID II¹¹⁸ oraz rozporządzeniem MiFIR¹¹⁹. Przyjęcie formy rozporządzenia stanowi jedną z najbardziej istotnych różnic w stosunku do MiFID I i ma zagwarantować m.in. jednolite stosowanie wspólnych norm regulacyjnych, zmniejszyć złożoność przepisów oraz obniżyć koszty ponoszone przez firmy inwestycyjne.

Do podstawowych założeń aksjologicznych nowych przepisów należy m.in. ustanowienie jednolitego wzorca ochrony inwestora, wzmocnienie jego zaufania do firm inwestycyjnych, rozszerzenie obowiązków informacyjnych tych firm, oraz zwiększenie przejrzystości funkcjonowania rynków finansowych w UE. W doktrynie wyraża się pewne wątpliwości co do efektywności nowych regulacji, gdyż ich skutkiem może być tylko utworzenie następnych kosztownych procedur i dokumentów, czego przykładem jest obecne – niejednokrotne – fikcyjne badanie profilu klienta.¹²⁰ Nowe regulacje należałoby zapewne powiązać ze skutecznym systemem odpowiedzialności firm inwestycyjnych oraz osób tam zarządzających – zarówno tym o charakterze publicznoprawnym (administracyjnoprawnym i karnym), jak i cywilnoprawnym.

Z uwagi na fakt, iż dyrektywa 2004/39 – MiFID I zostanie uchylona ze skutkiem od dnia 3 stycznia 2017 r., a państwa członkowskie zobowiązane są do przyjęcia i opublikowania do dnia 3 lipca 2016 r. przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do wykonania nowej dyrektywy, w swoim opracowaniu analizie poddam model normatywny obowiązków informacyjnych firmy inwestycyjnej w stosunku do inwestora wynikający z dyrektywy obecnie obowiązującej.

¹¹⁸ Dyrektywa 2014/65/UE w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.Urz. UE L Nr 173, s. 349) – zwana dalej nową dyrektywą MiFID II.

¹¹⁹ Rozporządzenie 600/2014 w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniające rozporządzenie (EU) nr 648/2012 (Dz.Urz. UE, L Nr 173, s. 84) – zwana dalej rozporządzeniem MiFIR.

¹²⁰ A. Michór, *MiFID II w systemie regulacji rynków finansowych UE*, materiały z konferencji „Perspektywy wyzwania integracji europejskiej” z dnia 18–19 września 2014 r., Wydział Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego.

Dyrektywa MiFID I i jej akty wykonawcze, zgodnie z przesłankami zawartymi w FSAP i w motywach samej dyrektywy, ma na celu zagwarantowanie ochrony inwestorowi indywidualnemu, m.in. poprzez stworzenie koncepcji opierającej się na gradacji poziomów ochrony inwestora. Wysoki poziom ochrony zapewnić mają inwestorom jasne normy i wymogi wobec firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych stosowane w sposób jednolity we wszystkich państwach członkowskich.¹²¹ Podstawową przesłanką działania przedsiębiorstw inwestycyjnych powinno być działanie uczciwe, sprawiedliwe i profesjonalne, w zgodzie z najlepiej pojętymi interesami klienta.¹²²

Mając na uwadze powyższe, należy jednakże wskazać, iż zakres regulacji dyrektywy MiFID jest ograniczony. Nie podlega wątpliwości, iż w sposób pośredni lub bezpośredni kształtuje ona stosunki pomiędzy firmą inwestycyjną a jej klientem. Dyrektywa ta nie przewiduje jednak norm obejmujących zagadnienie sankcji z tytułu naruszenia obowiązków nałożonych na instytucję finansową, w szczególności nie reguluje ona treści roszczeń przysługujących klientom firm inwestycyjnych czy rozkładu ciężaru dowodu. W tym zakresie właściwe pozostaje prawo krajowe państw członkowskich, co znajduje także potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie TSUE.¹²³

Przedmiot rozważań dla niniejszego opracowania stanowi ochrona zaufania inwestora poprzez obowiązki informacyjne nałożone na firmę inwestycyjną (dom maklerski) w stosunku do jej nieprofesjonalnego kontrahenta (inwestora – klienta) w związku z doradztwem inwestycyjnym, zarządzaniem portfelem instrumentów finansowych czy wykonywaniem zleceń klienta w ramach usług inwestycyjnych.¹²⁴ Uwagę w szczególności zwraca usługa doradztwa inwestycyjnego, która stanowi przykład świadczenia o charakterze informacyjnym.

Najwyższym poziomem ochrony objęty został klient detaliczny, który w dyrektywie MiFID I zdefiniowany został w sposób negatywny, tj. jest nim każdy klient niebędący klientem branżowym. Firma inwestycyjna ma obowiązek powiadomienia klienta o zakwalifikowaniu go do określonej kategorii inwestorów (art. 28 MiFID II, art. 19 ust. 3 MiFID I)¹²⁵. Wymogi w zakresie dostarczania

¹²¹ Motyw 5 Dyrektywy Komisji 2006/73/WE.

¹²² Art. 19 ust. 1 Dyrektywy 2004/39/WE.

¹²³ Orzeczenie Genil 48 SL, Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, C-604/11, z dnia 30 maja 2013 r., Zb Orz. 2014.

¹²⁴ Poszczególne rodzaje umów zawieranych przez firmy inwestycyjne z klientami omówione zostały szczegółowo przez A. Chłopeckiego, *Obrót instrumentami finansowymi na rynku kapitałowym*, [w:] A. Szumański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 19, Prawo papierów wartościowych, Warszawa 2006, s. 936 i nast.

¹²⁵ Firma inwestycyjna ma ponadto obowiązek przekazać inwestorowi na trwałym nośniku informacje dotyczące tego, czy ma on prawo do złożenia wniosku o zmianę tej

informacji zawarte w dyrektywie 2004/39 i dyrektywie 2006/73 są zdecydowanie bardziej rygorystyczne w odniesieniu do klientów detalicznych niż klientów branżowych, którzy powinni, z nielicznymi wyjątkami, mieć możliwość samodzielnego określenia, jakich informacji potrzebują w celu podjęcia świadomej decyzji, i zwrócenia się do przedsiębiorstwa inwestycyjnego z prośbą o dostarczenie takich informacji.¹²⁶

Kwalifikacja danego inwestora jako klienta detalicznego ma fundamentalne znaczenie dla katalogu środków ochronnych mu przysługujących, który obejmuje formę i zakres informacji przekazywanej przez firmę inwestycyjną, konieczność dokonania oceny inwestora i adekwatności danego rodzaju inwestycji w stosunku do strategii inwestycyjnej i poziomu tolerancji ryzyka oraz obowiązek firmy inwestycyjnej do działania w najlepiej pojętym interesie klienta.

Odmienne niż w przypadku umowy kredytu konsumenckiego, kiedy to prawodawca unijny kształtuje obowiązki kredytodawcy za pomocą norm statuujących poszczególne postaci zachowań o charakterze informacyjnym, dyrektywa MiFID odwołuje się klauzuli generalnej dla zdefiniowania pozycji prawnej firmy inwestycyjnej. Zgodnie z dyspozycją artykułu 19 ust. 1 dyrektywy MiFID, firma inwestycyjna ma generalny obowiązek dbania o interes klienta. Wymóg działania w sposób uczciwy, sprawiedliwy i profesjonalny, zgodnie z najlepiej pojętym interesem realizowany jest w drodze nałożenia na firmy inwestycyjne szeregu obowiązków. W pierwszej kolejności, informacje kierowane do klientów muszą mieć charakter jasny, rzetelny i niewprowadzający w błąd (art. 19 ust. 2 MiFID I, art. 24 i 27 MiFID II). W następnej kolejności prawodawca europejski podkreśla konieczność dostarczenia klientom wymaganych informacji dotyczących samej firmy inwestycyjnej, świadczonych usług, instrumentów finansowych oraz proponowanych strategii inwestycyjnych (art. 19 ust. 3 MiFID I, art. 28-34 MiFID II).

Regulacje te rozumieć należy w taki sposób, iż przedsiębiorstwa inwestycyjne zobowiązane są do przekazania swoim klientom odpowiednich informacji na temat charakteru instrumentów finansowych i zagrożeń związanych z inwestowaniem w takie instrumenty, tak by mogli oni świadomie podejmować każdą decyzję inwestycyjną. Poziom szczegółowości takich informacji będzie różny w zależności od tego, czy klient należy do kategorii klientów detalicznych, czy

kwalifikacji, oraz w konsekwencji, czy zmiana taka będzie skutkowała obniżeniem przysługującego mu poziomu ochrony. Firmy inwestycyjne mogą bądź to z własnej inicjatywy, bądź na wniosek zainteresowanego inwestora traktować kontrahenta uprawnionego tak jak klienta branżowego lub detalicznego, a klienta branżowego jako detalicznego. Mechanizm ten pozwala na zapewnienie wyższego poziomu ochrony kontrahentom uprawnionym oraz klientom branżowym.

¹²⁶ Motyw 44 Dyrektywy 2006/73.

branżowych oraz w zależności od charakteru i profilu ryzyka oferowanych instrumentów finansowych. Niemniej jednak, poziom ogólności nie może być na tyle ogólny, by pomijać jakiekolwiek istotne elementy. Możliwe, że w przypadku niektórych instrumentów finansowych wystarczą informacje odnoszące się do rodzaju instrumentu, podczas gdy dla innych wymagane będą informacje bardziej szczegółowe.¹²⁷

Przepis art. 19 ust. 1 dyrektywy MiFID statuuje generalny obowiązek lojalności, który stanowi uzupełnienie i konkretyzację obowiązków firmy inwestycyjnej w stosunku do jej partnera w ramach łączącej ich relacji zarówno na etapie kontraktowym, jak i przed zawarciem umowy. W literaturze przedmiotu słusznie zwraca się uwagę, iż spór co do tego, czy z istoty umowy zlecenia maklerskiego (umowy o świadczenie usług brokerskich) wynika bezpośrednio obowiązek lojalności instytucji finansowej wobec klienta, pozostaje bezprzedmiotowy.

Słusznie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w swoim niedawnym wyroku dotyczącym nierównomiernego rozłożenia w umowie opcji walutowej ryzyka osiągnięcia korzyści i nieekwiwalentności świadczeń stron¹²⁸, iż informacje przekazywane klientom przez instytucje finansowe przed zawarciem przez nich umowy o świadczenie usługi inwestycyjnej mogą przybrać postać wytycznych lub ostrzeżeń o ryzyku związanym z przedmiotową inwestycją. Sąd Najwyższy powołał się przy tym w swoim wyroku na niedawny wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczący sposobu oferowania klientowi banku umowy zwaney SWAP w celu zabezpieczenia się przed ryzykiem wahań stóp procentowych produktu finansowego nabytego przez klienta¹²⁹. W wyroku tym TSUE, dokonał interpretacji pojęcia doradztwa inwestycyjnego, jako świadczenia na rzecz klienta usług osobistego polecenia albo na jego prośbę, albo z inicjatywy firmy inwestycyjnej w stosunku do jednego lub większej liczby transakcji w zakresie instrumentów finansowych.¹³⁰ W myśl tezy drugiej sentencji wyroku, oferowanie inwestorowi zawarcia umowy stanowi usługę doradztwa inwestycyjnego, jeżeli polecenie (propozycja zawarcia umowy) przedstawione inwestorowi jest odpowiednie dla niego lub oparte na analizie jego indywidualnej sytuacji i nie jest ogłaszane wyłącznie przez kanały dystrybucyjne lub przeznaczone dla ogółu społeczeństwa.

Kolejnym obowiązkiem nałożonym na firmy inwestycyjne jest wymóg uzyskania informacji o kliencie lub zwrócenia się do niego o takie informacje.

¹²⁷ Motyw 45 Dyrektywy 2006/73.

¹²⁸ Wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/2012.

¹²⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-604/11 Genil 48 SL i Comercial Hostalera de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA i Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, z dnia 30 maja 2013 r.

¹³⁰ Pojęcie „doradztwa inwestycyjnego” zdefiniowane zostało w art. 4 ust. 1 pkt 4 dyrektywy MiFID I.

Potrzebne są one firmie inwestycyjnej w celu dokonania oceny, czy dana usługa inwestycyjna albo instrument finansowy spełniają w stosunku do niego kryterium odpowiedniości (art. 19 ust. 4–6 MiFID I, art. 35–38 MiFID II). Powinność ta jest bardzo istotna z punktu widzenia odpowiedzialności firmy inwestycyjnej, gdyż w sytuacji stwierdzenia, na podstawie informacji uzyskanych od klienta, że produkt lub usługa nie jest dla niego odpowiedni, musi ona ostrzec go o tym w ujednoliconym formacie (art. 19 ust. 5 MiFID I).

Niezależnie od wszystkich wyżej omówionych wymogów o charakterze głównie informacyjnym, firmy inwestycyjne zobowiązane są do realizacji zleceń na warunkach najbardziej korzystnych dla inwestora (*best execution* – art. 21 MiFID I, art. 44–46 MiFID II). Koncepcja ta zakłada, iż firma inwestycyjna podejmuje wszelkie kroki, tak aby uzyskać podczas realizacji zleceń możliwe najlepsze dla klienta wyniki, uwzględniając cenę, koszty, bezzwłoczność, prawdopodobieństwo realizacji oraz rozliczenie, wielkość, charakter lub wszelkiego rodzaju inne aspekty dotyczące realizacji zlecenia. W sytuacji jednak, gdy klient przekazuje specjalne wskazania, przedsiębiorstwo inwestycyjne realizuje zlecenie według tych wskazań.

Prawodawca europejski w sposób bardzo szczegółowy reguluje warunki, jakie spełniać musi informacja przekazywana klientom przez przedsiębiorcę inwestycyjnego. Zasadą jest przekazywanie informacji na trwałym nośniku, jednak przedsiębiorstwo inwestycyjne może dostarczyć informację na trwałym nośniku innym niż papier, jeżeli przekazanie informacji w ten sposób jest celowe, oraz jeżeli inwestor wskaże na ten inny trwały nośnik. Jeżeli przedsiębiorstwo inwestycyjne przekazuje klientowi informacje za pośrednictwem strony internetowej, a nie są one adresowane do niego indywidualnie, to muszą one spełniać określone wymogi, wśród których wskazać należy celowość przekazywania informacji w taki sposób, jej aktualność, oraz zgodę klienta i powiadomienie go w sposób elektroniczny o adresie i miejscu, gdzie informacja taka jest na stronie dostępna.

Ponadto informacje przekazywane przez firmy inwestycyjne klientom detalicznym spełniać muszą szereg wymogów, tak aby można je uznać za rzetelne, niebudzące wątpliwości i niewprowadzające w błąd.¹³¹ Informacje te obejmować powinny nazwę przedsiębiorstwa inwestycyjnego, powinny być dokładne,

¹³¹ SEKCJA 2: Informacje dla klientów i potencjalnych klientów – Art. 27 ust. 1 MiFID II (Art. 19 ust. 2 MiFID I) Warunki, które muszą spełniać informacje, aby można je uznać za rzetelne, niebudzące wątpliwości i niewprowadzające w błąd: 1. Państwa członkowskie wymagają od przedsiębiorstw inwestycyjnych, by informacje, które kierują do klientów detalicznych lub potencjalnych klientów detalicznych albo rozpowszechniają w sposób umożliwiający takim klientom dotarcie do tych informacji, w tym publikacje handlowe, spełniały warunki określone w ust. 2–8.

a przede wszystkim nie podkreślać żadnych potencjalnych korzyści płynących z usługi inwestycyjnej lub instrumentu finansowego, jeżeli jednocześnie w sposób uczciwy i wyraźny nie wskazują wszelkich zagrożeń, jakie się z tym wiążą. Powinny być przedstawione w sposób, który jest odpowiedni i zrozumiały dla przeciętnego przedstawiciela grupy, do której są skierowane lub do której mogą dotrzeć. Ponadto nie ukrywają one, nie umniejszają ani nie przedstawiają w sposób niejasny istotnych elementów, stwierdzeń lub ostrzeżeń.¹³²

W sytuacji gdy firma inwestycyjna dokonuje porównań usług inwestycyjnych lub dodatkowych instrumentów finansowych bądź osób świadczących takie usługi spełniać one muszą szereg warunków, wśród których uwagę zwrócić należałoby na wymóg rzetelności, miarodajności oraz zrównoważenia przy ich sporządzaniu.¹³³ W przypadku gdy informacje powołują się na wyniki osiągnięte w przeszłości, to informacja taka nie może być najwyraźniejszym elementem publikacji, w tym zawierać wyraźne ostrzeżenie, iż dane odnoszą się do przeszłości i nie stanowią pewnego wskaźnika na przyszłość.¹³⁴ Podobne ograniczenia

¹³² Art. 27 ust. 2 MiFID II (Art. 19 ust. 2 MiFID I) Informacje, o których mowa w ust. 1, obejmują nazwę przedsiębiorstwa inwestycyjnego. Są dokładne, a przede wszystkim nie podkreślają żadnych potencjalnych korzyści płynących z usługi inwestycyjnej lub instrumentu finansowego, o ile jednocześnie w sposób uczciwy i wyraźny nie wskazują wszelkich zagrożeń, jakie się z tym wiążą. Są przedstawione w sposób, który jest odpowiedni i zrozumiały dla przeciętnego przedstawiciela grupy, do której są skierowane lub do której mogą dotrzeć. Nie ukrywa się w nich, nie umniejsza ani nie przedstawia w sposób niejasny istotnych elementów, stwierdzeń lub ostrzeżeń.

¹³³ Art. 27 ust. 3 MiFID II (Art. 19 ust. 2 MiFID I) – W przypadku gdy informacje zawierają porównania usług inwestycyjnych lub dodatkowych instrumentów finansowych bądź osób świadczących takie usługi, spełnione muszą być następujące warunki: a) porównanie musi być miarodajne i przedstawione w sposób rzetelny i zrównoważony; b) należy podać źródła informacji wykorzystanych do porównania; c) należy podać główne fakty i założenia wykorzystane przy dokonywaniu porównania.

¹³⁴ Art. 27 ust. 4 MiFID II (Art. 19 ust. 2 MiFID I) – W przypadku gdy w informacjach wskazuje się wyniki osiągnięte w przeszłości z tytułu instrumentu finansowego, indeksu finansowego lub usługi inwestycyjnej, spełnione muszą być następujące warunki: a) wskazanie takie nie może być najwyraźniejszym elementem publikacji; b) informacje o wynikach muszą być właściwe i obejmować okres ostatnich 5 lat lub cały okres, w którym oferowano dany instrument finansowy, ustalano dany indeks lub świadczone daną usługę, o ile jest to okres krótszy niż 5 lat lub też okres dłuższy, wybrany według uznania przedsiębiorstwa; w każdym przypadku jednak takie informacje o wynikach muszą być oparte o pełne okresy dwunastomiesięczne; c) należy jasno określić okres referencyjny i źródło informacji; d) informacje muszą zawierać wyraźne ostrzeżenie, że dane odnoszą się do przeszłości i że wyniki w przeszłości nie stanowią pewnego wskaźnika na przyszłość; e) jeżeli wskazanie opiera się na kwotach nominowanych w walucie innej niż waluta państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę klient detaliczny lub potencjalny klient detaliczny, walutą taką należy podać wraz z ostrzeżeniem, że zyski inwestora mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu wskutek zmian kursu walutowego; f) jeżeli wskazanie

wprowadzone zostały, w sytuacji gdy informacje odnoszą się do przyszłych wyników, kiedy to firma inwestycyjna musi je oprzeć na obiektywnych danych, nie może oprzeć informacji na symulacji wyników w przeszłości ani do takiej symulacji się odwoływać oraz przedstawić wyraźne ostrzeżenie, że przedstawiane prognozy nie stanowią pewnego wskaźnika przyszłych wyników.¹³⁵

Wśród informacji obowiązkowych, jakie przedsiębiorstwo inwestycyjne zobowiązane jest przedstawić swojemu klientowi, szczególne znaczenie mają te związane z charakterem instrumentów finansowych i ryzykiem, jakie jest z nimi związane. Dla ustalenia zakresu tego obowiązku, firma inwestycyjna uwzględnić musi zakwalifikowanie inwestora do kategorii klienta detalicznego lub branżowego. Informacja ta powinna przybrać kształt ogólnego opisu wyjaśniającego charakter oferowanego instrumentu finansowego i ryzyka z nim związanego. Poziom szczegółowości tych wyjaśnień powinien pozwalać klientowi na podjęcie świadomej decyzji inwestycyjnej. Państwowi członkowskim została pozostawiona swoboda w materii kształtowania treści informacyjnych związanych z opisem ryzyka danego rodzaju instrumentu finansowego. Opis ryzyka powiązanego z konkretnym instrumentem finansowym obejmować powinien wyjaśnienie mechanizmu dźwigni finansowej i jego wpływu na ryzyko utraty całej inwestycji, zmienność ceny określonych instrumentów lub ograniczenia dotyczące dostępności rynku na takie instrumenty, fakt, że w wyniku transakcji na takich instrumentach inwestor może przyjąć zobowiązania finansowe i zaciągnąć inne dodatkowe zobowiązania, dodatkowe w stosunku do kosztów nabycia instrumentów,

opiera się na wynikach brutto, należy ujawnić, jak wpływają na ten wynik prowizje, opłaty i inne obciążenia; 5. W przypadku gdy informacje zawierają wzmiankę lub odniesienie do symulacji wyników osiągniętych w przeszłości, muszą one odnosić się do instrumentu finansowego lub indeksu finansowego oraz spełnione muszą być następujące warunki: a) symulacja wyników osiągniętych w przeszłości musi opierać się na rzeczywistych wynikach, osiągniętych w przeszłości z tytułu jednego lub kilku instrumentów finansowych lub indeksów finansowych, które są identyczne lub stanowią podstawę instrumentu finansowego, którego informacje dotyczą; b) w stosunku do rzeczywistych wyników w przeszłości, o których mowa w lit. a), spełnione są warunki wymienione w ust. 4 lit. a)–c), e) i f); c) informacje muszą zawierać wyraźne ostrzeżenie, że dane odnoszą się do symulacji wyników z przeszłości i że wyniki te nie stanowią pewnego wskaźnika na przyszłość.

¹³⁵ Art. 27 ust. 6 MiFID II (Art. 19 ust. 2 MiFID I) W przypadku gdy informacje odnoszą się do przyszłych wyników, spełnione muszą być następujące warunki: a) informacje nie mogą opierać się na symulacji wyników w przeszłości ani do takiej symulacji się odwoływać; b) muszą opierać się na uzasadnionych założeniach wynikających z obiektywnych danych; c) jeżeli informacje takie opierają się na wynikach brutto, należy ujawnić, jak wpływają na te wyniki prowizje, opłaty i inne obciążenia; d) muszą zawierać wyraźne ostrzeżenie, że przedstawiane prognozy nie stanowią pewnego wskaźnika przyszłych wyników.

oraz wszelkie wymogi związane z uzupełnianiem zabezpieczenia lub podobnymi zobowiązaniami. W przypadku oferowania klientowi instrumentu finansowego lub usługi składających się z dwóch lub więcej instrumentów finansowych, które pojedynczo przedstawiają mniejsze ryzyko niż łącznie, przedsiębiorstwo inwestycyjne zobowiązane jest poinformować inwestora o takim fakcie oraz wytłumaczyć sposób, w jaki ich współoddziaływanie zwiększa ryzyko. W wypadku gdy instrument finansowy obejmuje gwarancję osoby trzeciej, klient musi otrzymać na tyle szczegółów na temat gwaranta i gwarancji, aby móc rzetelnie ocenić tę gwarancję.

W celu prawidłowego wywiązania się z powinności informacyjnych firma inwestycyjna, przed zawarciem umowy o świadczenie usług inwestycyjnych, zobowiązana jest zwrócić się do klienta o przedstawienie podstawowych informacji dotyczących poziomu wiedzy o inwestowaniu w zakresie instrumentów finansowych oraz doświadczenia inwestycyjnego, koniecznych do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi inwestycyjnej lub usługa inwestycyjna, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, biorąc pod uwagę jego indywidualną sytuację. Informacje te w szczególności obejmują rodzaje usług inwestycyjnych, transakcji i instrumentów finansowych, które są znane klientowi, charakteru, wielkości i częstotliwości transakcji instrumentami finansowymi dokonywanych przez klienta oraz okresu, w którym były dokonywane, oraz poziomu wykształcenia, wykonywanego obecnie zawodu lub wykonywanego poprzednio, w sytuacji gdy są to informacje istotne dla dokonania oceny.

W przypadku świadczenia usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania portfelem, w skład którego wchodzi jeden lub większa liczba instrumentów finansowych, katalog informacji, o jakie firma inwestycyjna ma obowiązek zwrócenia się do klienta, jest szerszy, gdyż obejmuje ponadto np. cele inwestycyjne niezbędne do dokonania oceny, czy instrument finansowy będący przedmiotem oferowanej usługi inwestycyjnej lub usługa inwestycyjna, która ma być świadczona na podstawie zawieranej umowy, są odpowiednie dla danego klienta, mając na uwadze jego indywidualną sytuację.

Na temat znaczenia szczególnej podstawy przedkontraktowego obowiązku informacyjnego oraz ustalenia zakresu powinności informacyjnych przy zawieraniu umów o świadczenie usług inwestycyjnych wypowiadał się wielokrotnie Sąd Najwyższy na tle sporów powstałych pomiędzy bankami a ich klientami na gruncie transakcji opcji walutowych, tzw. kontraktów opcyjnych. Umowy te, których celem było zabezpieczenie się inwestorów przed wahaniami kursów walut, zawierane były na dużą skalę w różnych uproszczonych i przyspieszo-

nych kanałach komunikacji.¹³⁶ Klienci banku, z których zdecydowana większość w wyniku silnej aprecjacji złotego w 2008–2009 r. poniosła na tych transakcjach nawet kilkuset tysięcy lub milionowe straty, podnosili później, iż nie zostali w prawidłowy sposób poinformowani o ryzykach związanych z kontraktami opcyjnymi, oraz nie udzielono im w tym zakresie wszelkich niezbędnych informacji, co doprowadziło po ich stronie do braku świadomości zagrożeń i podjęcia błędnych decyzji inwestycyjnych.

Cały spór dodatkowo komplikował fakt, iż Polska nie implementowała na czas dyrektyw MiFID I oraz MiFID II, z których taki rozbudowany przedkontraktowy standard informacyjny wynikał. Po wejściu do Unii Europejskiej Polska miała obowiązek do 31 stycznia 2007 r. implementować do krajowego porządku prawnego wspomniane dyrektywy oraz stosować je od 1 listopada 2007 r. Polski ustawodawca nie dotrzymał żadnego z tych terminów, gdyż implementacja dyrektyw nastąpiła 21 października 2009 r. Z powołaniem się jednak na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej za utrwalony uznać należy pogląd o pełnej horyzontalnej skuteczności dyrektyw, które nie zostały implementowane w terminie. Dyrektywa co do zasady wiąże jednak tylko państwa i nawet w przypadku naruszenia terminu ich implementacji nie mogą one wykształcić bezpośredniego skutku w horyzontalnych stosunkach prawnych. Dyrektywa, która nie została transponowana na czas, odnosi skutek tylko w relacjach wertykalnych, a zastosowanie normy wspólnotowej przez organ krajowy możliwe jest jedynie, w sytuacji gdy przewiduje ona dla podmiotów prywatnych jednoznaczne uprawnienie, które wynika z tego, iż przepis wspólnotowy jest wystarczająco precyzyjny, bezwarunkowy i nie wymaga podjęcia działań wykonawczych przez państwo. W stosunkach horyzontalnych natomiast dyrektywa taka posiada skutek pośredni w ramach tzw. prowspólnotowej wykładni prawa. Oznacza to, iż nawet w sytuacji braku terminowej implementacji dyrektyw MiFID do polskiego systemu prawnego, obowiązek informacyjny polegający na udzieleniu klientowi rzetelnej i pełnej informacji o granicach ryzyka finansowego wynika z przepisów prawa polskiego, w szczególności z art. 72 kc, 353[1] k.c., 354 k.c. i 355 § 2 k.c. przy uwzględnieniu ich prowspólnotowej wykładni.¹³⁷ Podkreślenia wymaga wspomniany wcześniej pogląd Trybunału Konstytucyjnego wyrażony

¹³⁶ Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/2011; Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/2012; Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 166/2012; Wyrok SN, z dnia 19 czerwca 2013 r., I CSK 392/2012; Wyrok SN, z dnia 31 stycznia 2013 r., II CSK 330/2012.

¹³⁷ Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 166/2012.

w wyroku o bankowym tytule egzekucyjnym¹³⁸, że obowiązek rzetelnej, uczciwej i wyczerpującej informacji, służący zachowaniu równowagi w relacji klienta z bankiem, wynika z podstawowych zasad prawa obligacyjnego, nakazujących respektowanie uczciwości, lojalności i dobrych obyczajów w obrocie, w szczególności na etapie nawiązywania stosunku kontraktowego, ale też w związku z jego wykonywaniem.

Dodatkowo zważyć należy, iż wyłączenie w art. 70 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi¹³⁹ terminowych operacji finansowych – w tym terminowych operacji walutowych – dokonywanych przez banki niemające zezwolenia na prowadzenie działalności maklerskiej z ogólnej kategorii czynności maklerskiej nie może prowadzić do sytuacji, w której staranność banków „niemaklerskich” w sferze wykonywania ich obowiązków informacyjnych poprzedzających zawarcie indywidualnych umów terminowych oceniano w oparciu o odmienne standardy niż tych „maklerskich”. Zastosowania do banków nie znajdowało także Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych¹⁴⁰ dotyczące obowiązku badania poziomu wiedzy klienta o danym instrumencie finansowym i ryzyka wiążącego się z inwestycją w ten instrument.¹⁴¹ Przy dokonywaniu oceny wywiązania się przez bank z odpowiednich obowiązków informacyjnych zauważyć należy, iż terminowe operacje finansowe i prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych wymienione zostały w art. 5 ust. 2 pkt 4 i 7 pr. bank., tworzącym katalog tzw. funkcjonalnych czynności bankowych. W stosunku do tych czynności, na banku jako instytucji zaufania publicznego ciąży publicznoprawny obowiązek informacyjny wynikający z przepisów art. 69, art. 76, art. 76a, art. 110 i art. 111 pr. bank.¹⁴²

Uchybienie obowiązkowi informacyjnemu wynikającemu z ww. norm prawnych prowadzi do wywołania błędu u kontrahenta instytucji finansowej co do treści spornych czynności prawnych w zakresie granic ryzyka finansowego, które z nich wynikało i skutkuje powstaniem po stronie składającego oświadczenie

¹³⁸ Wyrok TK z dnia 26 stycznia 2005 r., 10/2004, OTK ZU 2005/1A poz. 7.

¹³⁹ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. Nr 165, poz. 1316).

¹⁴⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2005 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych oraz banków powierniczych.

¹⁴¹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2012 r., I ACa 582/12. Sąd zważył, iż rozporządzenie MF nie znajdowało zastosowania z uwagi na fakt, iż czynności wykonywane przez bank powierniczy nie stanowią usług maklerskich, do których stosuje się Rozdział 2 oddział 1 Rozporządzenia MF.

¹⁴² W przedmiotowych sporach przepisy te nie znajdowały zastosowania, gdyż obowiązek informacyjny z nich wynikający odnosił się do innych zagadnień.

woli uprawnienia do uchylenia się od jego skutków. Tak więc niewątpliwym jest, iż w okresie przed implementowaniem dyrektyw MiFID obowiązki informacyjne banku w zakresie zawierania transakcji opcyjnych oceniać należy zgodnie ze zbliżonym lub podobnym standardem informacyjnym jak ten wynikający z postanowień dyrektyw. Sąd zobowiązany więc jest do dokonania prowsólnotowej wykładni tych przepisów prawa krajowego, które pozostają w związku z zakresem regulacji prawa europejskiego.

Sąd Najwyższy odniósł się w swych rozważaniach także do obowiązku ostrzegawczo-doradczego instytucji finansowej w stosunku do swojego klienta i stwierdził, iż „otwartym zagadnieniem w okolicznościach danej sprawy pozostaje to, kiedy wynikający z dłuższej współpracy kontraktowej stron obowiązek lojalności banku wobec kontrahenta może przekształcić się w obowiązek rzetelnej informacji o charakterze doradczym¹⁴³”. W doktrynie pojęcie „obowiązku rzetelnej informacji o charakterze doradczym” uznaje się za wyjątkowo niejasne, i przyjmuje się, że odnosi się ono do obowiązku ostrzeżenia inwestora o ryzykownym charakterze danej czynności.¹⁴⁴ Dla celów komparastycznych warto dodać, iż obowiązki informacyjne banku w związku z umowami opcji (na tle podobnego stanu faktycznego) były przedmiotem rozstrzygnięcia w orzeczeniu Ille./Deutsche Bank.¹⁴⁵ Na gruncie prawa niemieckiego, w tego typu okolicznościach, powstaje obowiązek doradczy banku wobec jego klienta uwagi na umowę o doradztwo, konkludentnie zawartą pomiędzy bankiem a jego kontrahentem.

Na koniec rozważań dotyczących umów opcyjnych warto zauważyć, iż brak wśród norm prawa powszechnego szczególnej podstawy obowiązku informacyjnego, zobowiązującej bank do ujawnienia klientom określonych informacji przed zawarciem umowy, można było w ograniczonym zakresie kompensować powinnościami informacyjnymi wynikającymi z branżowego *soft law*, np. Zasad Dobrej Praktyki Bankowej, które statuuja po stronie banku obowiązek informowania o ryzykach związanych z usługą finansową niezależnie od statusu klienta.¹⁴⁶

¹⁴³ Wyrok SN z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/11, OSCN 2012, nr 9, poz. 105. Zauważyć należy, że w przedmiotowym sporze, powód, przedsiębiorca transportowy oraz pozwany bank pozostawali ze sobą we współpracy od 2003 r.

¹⁴⁴ P. Tereskiewicz, *Obowiązki informacyjne...*, s. 129

¹⁴⁵ Orzeczenie z dnia 22 marca 2011 r., WM 2011, s. 682.

¹⁴⁶ „Bank powinien informować klienta o rodzajach i warunkach świadczonych usług, wyjaśniając różnice między poszczególnymi oferowanymi usługami ze wskazaniem korzyści, które dana usługa gwarantuje oraz związanych z daną usługą ryzykach”. „Zasady działania banku w stosunkach z klientami, informacje o świadczonych usługach, a także umowy, dokumenty bankowe i pisma kierowane do klientów powinny być

W przypadku świadczenia usług finansowych prawodawca unijny w zróżnicowany sposób podchodzi do ochrony zaufania nabywcy usługi finansowej przez informację. W zależności od konkretnej kategorii umów nakłada on na instytucję finansową obowiązek przekazania podmiotowi nieprofesjonalnemu w różnym stopniu rozbudowane katalogów informacji na etapie przed zawarciem umowy. Przy świadczeniu usług kredytowych i inwestycyjnych powinności informacyjne przedsiębiorcy zostały bardziej skonkretyzowane, a katalogi informacji znacznie bardziej rozbudowane i uszczegółowione. Dodatkowo legislator unijny obok bardzo szczegółowego wyliczenia informacji, które musi otrzymać podmiot profesjonalny, na instytucję finansową dodatkowo nałożył powinności o charakterze formalnych, definiujące sposób przekazania i utrwalania informacji (kredyt konsumencki, kredyt hipoteczny).

W aktach prawnych przyjmowanych ostatnio przez prawodawcę unijnego (kredyt konsumencki) model obowiązku informacyjnego uległ pewnym modyfikacjom, nie pozostając bez uszczerbku dla ilości informacji, jaka ma zostać przekazana konsumentowi. W nowej regulacji unijnej kredytu konsumenckiego przedsiębiorca zobowiązany jest do podania stronie nieprofesjonalnej informacji przedkontraktowej na specjalnym formularzu (stanowiącym załącznik do dyrektywy), w drodze wypełnienia wolnych pól znajdujących się na nim.¹⁴⁷ Rozwiązanie to ma na celu ułatwienie dokonania oceny, czy przedsiębiorca w sposób prawidłowy spełnił ciążący na nim obowiązek informacyjny, a w razie wątpliwości za wystarczające uznać należy poprawne wypełnienie wolnych pól na formularzu. Zasada ta znalazła swój normatywny wyraz w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2008/48 o kredycie konsumenckim, zgodnie z którym przekazanie arkusza informacyjnego konsumentowi stwarza domniemanie wypełnienia ciążących na instytucji finansowej powinności informacyjnych.

Katalogi informacji, które instytucja finansowa zobowiązana jest do przekazania podmiotowi nieprofesjonalnemu, stają się coraz bardziej obszerne i szczegółowe. W pierwszej kolejności są to dane pozwalające na zidentyfikowanie

formułowane w sposób precyzyjny i zrozumiały”. Załącznik nr 1 do uchwały nr 6 XVIII Walnego Zgromadzenia Związku Banków Polskich z dnia 26 kwietnia 2007 r. uwzględniający zmiany wprowadzone uchwałą nr 13 XX Walnego Zgromadzenia Związku Banków Polskich z dnia 21 kwietnia 2009 r.

¹⁴⁷ W podobny sposób unormowany został obowiązek informacyjny strony profesjonalnej na etapie przedkontraktowym w przypadku umów *timeshare* – por. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umowy *timeshare*, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (Dz.Urz. L 33 z 3 lutego 2009 r., s. 10); Obowiązek ten dotyczy załączników II i III dyrektywy o kredycie konsumenckim oraz załączników I–IV dyrektywy o *timeshare*.

przedsiębiorcy, w tym jego tożsamość, adres prowadzenia działalności, tożsamość pośrednika, jeżeli taki występuje. W następnej kolejności wymagane są informacje dotyczące samej usługi finansowej, np. jej cechy charakterystyczne, ustalenia odnośnie dokonywania płatności, koszty, także te powiązane, w opóźnieniu w płatności i konsekwencji z tego wynikających itd. Następnie, instytucja finansowa przekazać musi informacje w zakresie samej umowy, w szczególności uwagę zwraca tutaj konieczność poinformowania o prawie do odstąpienia, jeżeli takie przysługuje oraz praktycznie instrukcje wykonania tego prawa, przedterminowej spłaty, wypowiedzenia umowy i praw przysługujących stronom w takich okolicznościach. Informacje te w zależności od usługi finansowej, która stanowić będzie przedmiot świadczenia, mogą się różnić, i tak np. w przypadku produktów inwestycyjnych kluczowe znaczenie ma przedstawienie klientowi profilu ryzyka i zysku związanych z inwestycją, oraz odpowiednie ostrzeżenie, w szczególności o możliwości utraty zgromadzonych środków.

W przypadku produktów inwestycyjnych prawodawca unijny nakłada na oferującego przedsiębiorcę wspomniane produkty obowiązek przekazania informacji w formie dokumentu nazwanego Kluczowe informacje dla konsumenta. Jest to dokument w ujednoliconym formacie, który przedstawia wymienione w dyrektywie lub rozporządzeniu informacje, w z góry narzuconej kolejności, dodatkowo niektóre informacje przedstawione być muszą w określonej szacie graficznej. Jest on zdecydowanie mniej obszerny niż arkusz informacyjny przekazywany konsumentowi w przypadku zawierania umowy o kredyt konsumencki lub hipoteczny. W tym pierwszym przypadku jest to jednostronicowy dokument, w tym drugim są to wielostronicowe formularze.

Posługiwanie się formularzem w stosunkach z konsumentem z jednej strony niewątpliwie prowadzi do obniżenia kosztów transakcyjnych i większej pewności po stronie instytucji finansowej co do wywiązania się z powinności informacyjnych wobec jego kontrahenta. Z drugiej jednak strony, arkusze informacyjne nie pozwalają na zmniejszenie nadmiernej szczegółowości tych powinności oraz zapobiec przeładowaniu informacyjnemu po stronie podmiotu nieprofesjonalnego, które negatywnie wpływa na możliwość rzeczywistego zapoznania się ze szczegółami dotyczącymi usługi finansowej.

We wnioskach dotyczących modelu normatywnego powinności informacyjnych przedsiębiorcy wobec konsumenta nie sposób nie wspomnieć o ogólnym przedkontraktowym obowiązku informacyjnym wynikającym z dyrektywy 2005/29 o nieuczciwych praktykach rynkowych polegającym na ogólnym zakazie pomijania informacji istotnych dla zawieranej umowy, niezbędnych dla podjęcia przez konsumenta świadomej decyzji o związaniu się umową (ogólny obowiązek informacyjny wyrażony w sposób negatywny).

Powinności informacyjne w dyrektywach, w szczególności tych konsumenckich lub obejmujących swym zakresem konsumenta, są z jednej strony uregulowane w sposób szczegółowy, z drugiej jednak, są to regulacje, o charakterze mocno wybiórczym, znajdującym zastosowanie tylko do określonego rodzaju transakcji. Brak tam jednak normy ustanawiającej ogólny obowiązek informacyjny na etapie przedkontraktowym wyrażony wprost, w sposób pozytywny.

7. Podsumowanie

Zdrowy sektor usług finansowych stanowi fundament strategii rozwojowej Europy, który ma na celu zapewnienie społeczeństwu europejskiemu stabilność finansową i ochronę interesów inwestora. Wspieranie wartości, takich jak ochrona zaufania (bezpieczeństwo obrotu) pomiędzy stronami stosunków cywilnoprawnych, sprawiedliwość, oraz równowaga, stanowiące niezbędny warunek prawidłowego funkcjonowania rynków finansowych, powinno stanowić cel prawa umów, a odbywać się to powinno już na etapie przed zawarciem umowy. Jedną z przyczyn ostatniego kryzysu na rynku finansowym był właśnie brak przejrzystości w odniesieniu do części transakcji, produktów oraz uczestników rynku.

Zwiększenie przejrzystości działania rynków finansowych jest nadrzędnym celem zmian prawa wspólnotowego, do czego dąży się m.in. poprzez dostarczanie stronie znajdującej się w deficycie wiedzy odpowiednich i rzetelnych informacji dotyczących usługi finansowej. Obowiązek informacyjny nałożony na profesjonalistę przy zawieraniu umów w sferze usług finansowych przyczynić się ma bowiem do budowania bardziej stabilnego i trwałego systemu finansowego, którego uczestnicy nie będą skłonni do zachowań krótkowzrocznych, zbyt ryzykownych czy też o charakterze spekulacyjnym.

We współczesnych stosunkach ekonomiczno-społecznych konieczne się staje dokonanie korekty egoistycznych interesów niektórych podmiotów prawa (najczęściej tych silniejszych pod względem intelektualnym i ekonomicznym) z uwzględnieniem zasady sprawiedliwości kontraktowej oraz uniwersalnych wartości uznawanych w danym społeczeństwie, takich jak uczciwość, ochrona zaufania czy sprawiedliwość.

Ochrona przez informację jest najkorzystniejszym środkiem przywrócenia konsumentowi rzeczywistej swobody zawierania umów, w szczególności z uwagi na fakt, iż u podstaw jego słabości leży brak wiedzy odnośnie zawieranej umowy, cech charakterystycznych usługi, którą jest zainteresowany, brak umiejętności oceny ryzyka oraz praw i obowiązków wynikających dla niego w sytuacji

związania się węzłem obligacyjnym z instytucją finansową. Z drugiej strony, posłużenie się przez ustawodawcę prawnymi instrumentami ochrony przez informację nie zwalnia stron z konieczności podjęcia przez nie decyzji i nie kształtuje w sposób władczy treści praw i obowiązków, które ustalane są w drodze składanych przez strony oświadczeń woli.

Mając na uwadze ochronę zaufania i zasadę sprawiedliwości kontraktowej, współczesne prawo prywatne w coraz większym stopniu wzmacnia pozycję podmiotu nieprofesjonalnego, nakładając ograniczenia na stronę profesjonalną. Dochodzi do tego w drodze kształtowania instytucji prawnych mających wspierać podmioty „słabsze” w ich uczestnictwie w wymianie rynkowej. W kontekście tym przedkontraktowe obowiązki informacyjne mają na celu wzmocnienie zaufania pomiędzy stronami zawierającymi umowę przez doprowadzenie do korekty równości formalnej podmiotów prawa z uwzględnieniem norm moralnych.

Dodatkową konkluzją wyłaniającą się na tle przeprowadzonej analizy jest to, iż powinności informacyjne nałożone na instytucje finansowe mają ustanowić pewien standard zachowania stron, wzmacniając stan wzajemnego zaufania stron umowy i być wyrazem zasady sprawiedliwości kontraktowej w prawie umów, a udzielenie drugiej stronie informacji dotyczącej przyszłej umowy dotyczącej usługi finansowej traktować należy jako jeden z istotnych elementów uczciwego postępowania. Jestem zdania, iż niewątpliwie istnieje związek pomiędzy obowiązkami informacyjnymi a podnoszeniem standardów zachowań oczekiwanych od stron. Z jednej strony, nałożenie powinności informacyjnych pozytywnie wpływa na standard zachowania stron, z drugiej jednak strony wysoki poziom etyczny zachowania się partnerów powoduje, iż informacja udzielana jest drugiej stronie chętniej.

Obowiązek informacyjny nałożony na przedsiębiorcę ma na celu przywrócenie równowagi pomiędzy stronami i następuje przy poszanowaniu podstawowej dla prawa cywilnego zasady autonomii woli. Ochrona przysługująca nieprofesjonalnym nabywcom usług finansowych nie stanowi działania protekcyjnistyczno-paternalistycznego, lecz ukierunkowana jest na zabezpieczenie interesów majątkowych słabszego z kontrahentów. Zmierza ona do stworzenia rozwiązań prawnych stanowiących faktyczną realizację zasady równorzędności podmiotów stosunków cywilnoprawnych. W sytuacji obrotu na rynku usług finansowych ochrona ta zapewnić ma zrównoważenie interesów instytucji finansowej i jej klientów, tak aby zagwarantowana w drodze ustawy zasada swobody umów nie była nadużywana przez kontrahenta silniejszego (instytucji finansowej) dla realizacji jego interesów majątkowych.

Przeprowadzona analiza pozwala na wysunięcie normatywnej konkluzji, iż regulacje prawa prywatnego polegające na przyznaniu podmiotom nieprofe-

sjonalnym instrumentów ochrony informacyjnej, nie odbierają im faktycznej samoodpowiedzialności za decyzje podejmowane w sferze własnych finansów, lecz wzmacniają poziom ochrony ich zaufania. W praktyce oznacza to, iż wszystkie decyzje dokonywane przez jednostki w oparciu o wiedzę uzyskaną od instytucji finansowych podejmowane są na ich własne ryzyko. W konsekwencji przedkontraktowe obowiązki informacyjne powinny stać się w nowoczesnej cywilistyce rzeczywistym instrumentem ochrony zaufania słabszej strony umowy. Ochrona słabszego uczestnika transakcji pozostaje w pewnej sprzeczności z zasadą swobody umów i może być postrzegana jako jej ograniczenie, to jednak tak rozumiana swoboda stanowi emanację równości formalnej, a współczesna cywilistyka bardziej skłania się w kierunku równości materialnej (zasady słuszności).

Wyroki

- Wyrok SA w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2009 r., VI ACa 1071/07, LEX 577585
- Wyrok BGH z dnia 22 marca 2011 r., Ille./Deutsche Bank, WM 2011
- Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 16 lutego 2012 r., IV CSK 225/2011
- Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 5 października 2012 r., IV CSK 166/2012
- Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2012 r., I ACa 582/12
- Wyrok SN, z dnia 19 czerwca 2013 r., I CSK 392/2012
- Wyrok SN, z dnia 31 stycznia 2013 r., II CSK 330/2012
- Wyrok SN – Izba Cywilna z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/2012
- Wyrok SN – Izba Cywilna, z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/2012
- Orzeczenie Genil 48 SL, Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, C-604/11, z dnia 30 maja 2013 r., Zb. Orz. 2014

LEGAL PROTECTION OF TRUST BY INFORMATION IN FINANCIAL SERVICES PROVISION

Legal protection of trust in the area of financial services is a very important subject, which finds reflexion in contemporary law, both European as well as national one. Financial services constitute, as a matter of fact, products of trust, which means that the evaluation of their properties, the relation of the quality to the price, the risk resulting from concluding the contract become known to the non-professional buyer after concluding the contract. In such circumstances, the non-professional party is forced to act in trust to the information received from the financial institution, and failure to provide the buyer with the obligatory information or providing it in a non-transparent form may lead to appearance of disturbances in the efficient functioning of market mechanisms, on which the price of the service should reflect the information about its quality and risks connected with it. The article provides an insight into the area of trust and precontractual information duties as an institution addressed to protect parties' trust one to another. The scope of the article covers the area of financial services, in particular credit and investments.

Bibliografia

- O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Law*, CMLR 50, 2013
- Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006
- A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego, Część ogólna*, Warszawa 2012
- C. W. Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, AcP 2000, t. 200, nr 2–3
- A. Chłopecki, *Obrót instrumentami finansowymi na rynku kapitałowym*, [w:] A. Szumański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 19, *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006
- A. Chłopecki, *Bank jako instytucja zaufania publicznego w wymiarze cywilnoprawnym*, [w:] *Oblicza prawa cywilnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Błęszyńskiemu*, – red. K. Szczepkowska-Kozłowska, Warszawa 2013
- I. Crow, G. Howells, M. Moroney, *Credit and Debt: Choices for Poorer Consumers*, [w:] I. Crow, G. Howells, M. Moroney (red.), *Aspects of Credit and Debt: Choices for Poorer Consumers*, London: Sweet and Maxwell 1993
- E. Fojcik-Mastalska, *Przepisy ogólne*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2003
- E. Fojcik-Mastalska, *glosa do wyroku NSA z dnia 18 maja 1994 r., SA/WR 2290/93*, *Prawo Bankowe* 1995, nr 4
- D. Gambetta, *Can we trust trust?*, [w:] *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, red. D. Gambetta, Oxford 1988
- A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge 1991
- A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2002
- B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013
- M. Grochowski, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów a nadmierny formalizm prawa* [w:] M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórkowska-Domagalska (red.), *Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, Warszawa 2012
- M. Grochowski, *Zaufanie a granice metodologii prawa prywatnego (na marginesie „Prawnych instrumentów ochrony zaufania przy zawieraniu umów” P. Machnikowskiego)*, KPP 2012 (21) 4
- S. Grzybowski, *System Prawa Cywilnego, Część Prawa Cywilnego*, t. I, Ossolineum 1974

G. Howells, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, [w:] 32 Journal of Law and Society 349, 2005

D. Kahneman, Thinking Fast and Slow, Londyn 2012

W. Kocot, Odpowiedzialność przedkontraktowa, Warszawa 2013

A. Kunkiel-Kryńska, Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich, Warszawa 2013

N. Luhmann, Risk. A Sociological Theory, New Brunswick 2006

E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004

E. Łętowska, Europejskie prawo umów konsumenckich, Warszawa 2004

E. Łętowska, Antynomie ochrony konsumenta w prawie wspólnotowym, [w:] Księga pamiątkowa ku czci profesora Janusza Szewcika, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Zakamycze 2004

P. Machnikowski, Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umów, Wrocław 2010

P. Machnikowski, Swoboda umów według art. 353[1] kc. Konstrukcja prawna. Monografie Prawnicze, Warszawa 2005

A. Michór, MiFID II w systemie regulacji rynków finansowych UE, materiały z konferencji „Perspektywy i wyzwania integracji europejskiej” z dnia 18–19 września 2014 r. Wydział Nauk Ekonomicznych Uniwersytetu Warszawskiego

H.-W. Micklitz, N. Reich, Cronica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a „Directive on Consumer Rights”, CMLR 2009, nr 2

P. Miłkaszewicz, Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2008

J. Molis, [w:] F. Zoll (red.), Prawo bankowe. Komentarz, t. I, Kraków 2005

M. Orlicki, Umowa ubezpieczenia, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2011

T. A. Paredes, Blinded by the Light: Information overload and its Consequences for Securities Regulation, [w:] 81 Washington University Law Quarterly, 2003

J. Pisuliński, Umowa kredyt. Kredyt konsumencki, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 8, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2011

G. Radbruch, Filozofia prawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009

Z. Radwański, [w:] *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, red. Z. Radwański, Warszawa 2008

I. Ramsay, *From Truth in Lending to Responsible Lending*, [w:] G. Howells, A. Janssen, R. Schulze, (red.), *Information Rights and Obligations*, Ashgate, Dartmouth, 2005

I. D. C. Ramsay, *Rationales for intervention in the consumer marketplace*, Office of Fair Trading, Londyn 1984

I. D. C. Ramsey, *From Truth in Lending to Responsible Lending*, [w:] G. Howells, A. Janssen, R. Schulze (eds), *Information rights and obligations*, Aldershot: Ashgate 2005

I. D. C. Ramsey, *Consumer Protection in the Era of Informational Capitalism*, [w:] T. Wilhelmsson (ed), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer 2001, s. 45–65

D. M. Rousseau et al., *Not so different after all: A cross-discipline view of trust*, [w:] *Academy of Management Review* 23, 1998, nr 3

E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Warszawa 2013

E. Rutkowska-Tomaszewska, *Naruszenie obowiązków informacyjnych banków w prawie umów konsumenckich*, Warszawa 2009

M. Safjan, [w:] *Komentarz KC*, t. I, Warszawa 2004

J. Schürnbrand, [w:] *Münchener Kommentar BGB*, t. 3, § 491a

A. Schwartz, L. L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis*, *University of Pennsylvania Law Review* 1978–1979, Vol. 127:630

H.-P. Schwintowski, *Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt – zugleich eine Analyse der Konstruktionsprinzipien des privaten Versicherungsvertrages unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts und des Europäischen Rechts*, Baden – Baden, Nomos 1987

R. Sefton-Green, *General introduction*, [w:] R. Sefton-Green (ed), *Mistake, fraud and duty to inform*, Cambridge University Press, 2004

W. Springer, *Spółeczna odpowiedzialność banków*, Warszawa 2009

W. Srokosz, *Pojęcie usług finansowych w regulacjach Unii Europejskiej*, *Pr. Bank.* 2002, nr 5

P. Sztompka, *Trust. A Sociological Theory*, Cambridge 1999

P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007

M. Tarska, *Zakres swobody umów w spółkach handlowych*, Warszawa 2012.

P. Tereszkievicz, *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe*, Warszawa 2014

E. Traple, Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy, KKP 1997, z. 2

R. Trzaskowski, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych, Art. 353¹ KC, Zakamycze 2005

S. Weatherill, The evolution of European consumer law and policy: From well informed consumer to confident consumer?, [w:] H. Micklitz (wyd.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten*, Baden-Baden 1996

W. C. Whitford, The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions, [w:] 2 *Wisconsin Law Review* 400, 1973

T. Wilhelmsson, The Abuse of the 'Confident Consumer' as a Justification for EC Consumer Law, JCP 2004, vol. 27

T. Wilhelmsson, The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – a comment, [w:] *Yearbook of Consumer Law*, 2006

E. Wójtowicz, Problem sankcji za uchybienie przedkontraktowym obowiązkom informacyjnym w umowach konsumenckich w prawie polskim na tle ostatnich tendencji w prawie unijnym, Rejent nr 10(234), 2010

C. Żuławska, Rozwój polskiego prawa konsumenckiego w ramach implementacji, PiP z. 9, 1999

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015
Warszawa 2015

Dorota Krekora-Zajac ■

ŁUDZKA PRÓBKA BIOLOGICZNA WYKORZYSTYWANA DLA CELÓW NAUKOWYCH JAKO PRZEDMIOT PRAWA CYWILNEGO

I. Wprowadzenie

Status prawny ludzkiego ciała zmieniał się pod wpływem czasów, religii, światopoglądów, poglądów społecznych i politycznych. W jurysprudencji nigdy nie podejmowano tematyki charakteru prawnego ludzkiego ciała *in abstracto*, zawsze bowiem impulsem do analiz doktrynalnych były pojawiające się realne zagrożenia czy naruszenia praw jednostek lub społeczeństwa. Dziś rozwój nauki, a zwłaszcza projekt poznania genomu ludzkiego oraz projekt poznania proteomu ludzkiego skłoniły bioetyków do podjęcia na nowo badań nad istotą ciała ludzkiego. Rozwój przemysłu biotechnologicznego, wykorzystywanie komercyjne części ciała ludzkiego, a co z tym związane prowadzenie badań na dużych grupach ludzkich komórek biologicznych pochodzących z biobanków czy biorepozytoriów ukazały również nowe, nieznane wcześniej zagrożenia i konflikty interesów podmiotów, od których pobierane są próbki, i podmiotów, które je później wykorzystują. Problem ten nie dotyczy tylko prawa polskiego, ale również jest fundamentalnym zagadnieniem dla bioetyki i jurysprudencji europejskiej oraz amerykańskiej. Brak kompleksowej regulacji prawa krajowego, jak i wiążącej regulacji międzynarodowej kreują niepewność co do możliwości dysponowania i wykorzystywania ludzkich próbek biologicznych, skutkiem czego jest zarówno

zagrożenie godności człowieka, jak również wolności naukowej oraz tak promowanego w deklaracjach międzynarodowych „solidaryzmu gatunkowego”¹.

Przedmiotem wielu kontrowersji w literaturze bioetycznej i orzecznictwie jest problem komórek embrionalnych. Wątpliwości w tym zakresie związane są głównie z zagadnieniem etycznym i moralnym odnoszącym się do odpowiedzi na pytanie o początek życia ludzkiego². Należy podkreślić zatem, że określenie charakteru prawnego ludzkich embrionów i komórek embrionalnych będzie możliwe dopiero po przyjęciu określonego światopoglądu, a więc przyznaniu im lub nie prymatu godności należnej każdemu człowiekowi. Z powodu zaś oczywistej niemożności rozstrzygnięcia w sposób jednoznaczny tego dylematu to zagadnienie pozostawiono poza rozważaniami w opracowaniu.

Przedmiotem analiz w niniejszym artykule będzie charakter prawny ludzkiej próbki biologicznej rozumianej jako odłączonego od ciała ludzkiego zbioru jego tkanek i komórek, wykorzystywanej dla celów badawczych. Tematu tego nie sposób podejmować w oderwaniu od fundamentalnych zagadnień filozoficznych i bioetycznych dotyczących istoty ciała ludzkiego. Z tego też powodu, w celu odkodowania charakteru prawnego próbek biologicznych zostaną ukazane najważniejsze problemy społeczne i prawne związane ze statusem ciała człowieka. Celem niniejszego opracowania nie jest jednak jednoznaczne wskazanie charakteru prawnego ciała ludzkiego i wszystkich odłączonych od niego elementów, lecz ukazanie realnych problemów prawnych związanych z brakiem określenia jego istoty oraz głównych nurtów dyskusji światowej na temat ludzkich próbek biologicznych.

II. Ewolucja postrzegania ciała ludzkiego jako przedmiotu prawa

Na różnych etapach rozwoju cywilizacji różne było zainteresowanie zagadnieniem ciała ludzkiego. Wydaje się jednak, że w tych dyskusjach nigdy nie przypisywano wszystkim elementom ciała ludzkiego jednolitego charakteru prawnego.

¹ I. Goold, J. Herring, *Medical law and ethics*, Londyn 2014, s. 200.

² Problem ten widoczny jest zwłaszcza w zakresie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i ETS. W szczególności w Wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wielka izba) z dnia 27 sierpnia 2015 r. – Parrillo przeciwko Włochom, sprawa 46470/11, Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 października 2011 r. Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV., sprawa C-34/10.

W dziejach filozofii europejskiej przez wieki wyróżniano różne koncepcje ciała ludzkiego: platońskie i neoplatońskie, realistyczne, humanistyczne, personalistyczne, empiryczno-przyrodnicze, socjologiczne, teologiczne czy post-modernistyczne³, choć podkreśla się, że samodzielna refleksja nad cielesnością człowieka jest domeną dopiero filozofii współczesnej⁴. Różnie postrzegano nie tylko elementy ciała ludzkiego, ale człowieka jako takiego. Koncepcja platońska odmawiała udziału cielesności we współtworzeniu człowieka, zaś Arystoteles pojmował człowieka jako jedność aktywnej duszy i biernej cielesności⁵.

Nie analizując wszystkich starożytnych poglądów na ciało ludzkie, należy wskazać, że sama konstrukcja niewolnictwa zakładała inne traktowanie ciała człowieka wolnego, a inne niewolnika. W czasach nowożytnych filozofowie wciąż różnicowali status ciała człowieka w zależności od jego pochodzenia. D. Hume pisał „Skóra, pory w skórze, mięśnie i nerwy dniówkowego robotnika są inne niż u człowieka, który należy do warstw wyższych; tak samo inne są jego uczucia, jego zachowanie i maniery”⁶.

Późniejsze wieki to czas ciągłego ścierania się różnych koncepcji filozoficznych próbujących określić stosunek łączący człowieka z jego ciałem. Dla przykładu można wskazać, że z filozofii Johna Stuarda Milla⁷ wywodzi się koncepcję, zgodnie z którą człowiek jest posiadaczem własnego ciała, zaś z poglądów Johna Locke’a zasadę autonomii każdej jednostki implikującą własność na ciełe.⁸

Nie sposób również pominąć wpływu religii⁹, zwłaszcza chrześcijańskiej, na sposób postrzegania ciała ludzkiego¹⁰. Chrześcijaństwo jako takie, jak również teologia chrześcijańska, wprowadziły bowiem pojęcie godności osoby ludzkiej, nadając jednocześnie ciału szczególny charakter, podkreślając osobową jedność ciała i ducha¹¹. Ten szczególny charakter wynikał wprost z uznania, że człowiek

³ S. Kowalczyk, *Ciało człowieka w refleksji filozoficznej*, Lublin 2009, s. 5.

⁴ M. Drwiega, *Ciało człowieka. Studium z antropologii filozoficznej*, Kraków 2005, s. 272.

⁵ M. Nowacka, *Filozoficzne aspekty terapii transplantologicznej*, Białystok 2002, s. 11.

⁶ D. Hume, *Traktat o naturze ludzkiej*, tom II, Warszawa 1963, s. 172.

⁷ R. Birke, *Law of Body symposium introduction*, Willamete Law Review, 1/2008, s. 1.

⁸ J.B. Rendorff, *Biobanks and the Rights to the Human Body*, [w:] *The use of Human Biobanks – Ethical Social Economist and Legal Aspects*, 2002, s. 58.

⁹ D. Nicol, D. Chalmers, R. McWhirter, J. Dickinson, *Impressions on the body, property and research*, [w:] *Person, Parts nad Property. How should we regulate human tissue in the 21st Century?*, (red.) I. Goold, K. Greasley, J. Herring, L. Skene, Oxford 2014, s. 11.

¹⁰ G. Vigarello, (red.), *Historia ciała. Od renesansu do oświecenia*, tom 1, Gdańsk 2011, s. 17.

¹¹ K. Wojtyła, *Osoba i czyn*, Kraków 1969, s. 195.

został stworzony na „obraz” i „podobieństwo” Boga¹². Zatem źródłem godności człowieka jest Bóg¹³. W koncepcji ciała św. Pawła uwidacznia się wyraźnie szczególny charakter nie tylko samej duszy, ale również całości osoby ludzkiej, a zatem i jej ciała.¹⁴ Święty Augustyn podkreślał, że ciało ludzkie jako „mieszkanie Ducha świętego” wymaga szczególnej ochrony¹⁵. Wprowadzenie pojęcia godności osoby ludzkiej rozumianej zarówno jako dusza i ciało¹⁶, opisanego przez św. Tomasza z Akwinu,¹⁷ wpłynęło znacząco na społeczne postrzeganie ciała człowieka.

Wydaje się, że takie spojrzenie na ciało człowieka znalazło swoje odzwierciedlenie również w europejskiej myśli prawniczej, czego dowodem jest np. Konwencja z Oviedo¹⁸ czy uwidocznione w wielu ustawodawstwach krajowych i orzecznictwie¹⁹ pojęcie godności człowieka jako fundamentalnej wartości chronionej przez prawo²⁰.

Podkreśla się, że rozwój nowożytnej nauki nie byłby jednak możliwy bez zmiany myślenia filozoficznego, która dokonała się XVI w.²¹ Wprawdzie koncepcje dualizmu ciała i ducha wyrażane przez ojca współczesnej filozofii Kartezjusza²² nie mają bezpośredniego odbicia w regulacjach prawnych, jednakże miały wpływ na postrzeganie elementów ciała ludzkiego oraz na postrzeganie ciała ludzkiego jako przedmiotu badań medycznych. Z uwagi na to, iż *de facto* dla Kartezjusza podmiot ograniczał się do myślenia, ciało miało charakter drugorzędny. Stworzył on jednak dwie teorie ciała: metafizyczną i naturalistyczną²³. Uznawał, że „Bóg ukształtował nasze ciało jako maszynę i chciał, aby ona funkcjonowała w charakterze uniwersalnego narzędzia”²⁴ oraz, że „Ja jestem czymś

¹² S. Kowalski, op. cit., s. 30; I. Mroczkowski, *Osoba i cielesność. Moralne aspekty teologii ciała*, Warszawa 2008, s. 132.

¹³ R. Kuligowski, *Humanizm w myśli Jana Pawła II*, Kielce 2004, s. 57.

¹⁴ K. Góźdz, *Teologia człowieka. Z najnowszej antropologii niemieckiej*, Lublin 2006, s. 51–56.

¹⁵ S. Kowalski, op. cit., s. 45.

¹⁶ I. Mroczkowski, op., cit. s. 109.

¹⁷ S. Kowalski, op. cit., s. 49.

¹⁸ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i biomedycynie z dnia 4 kwietnia 1997 r., European Treaty Series nr 164.

¹⁹ Wyrok TK z 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A ZU 2008, nr 7, poz. 126.

²⁰ Więcej na ten temat L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012.

²¹ M. Nowacka, op.cit. s. 28.

²² M. Drwięga, op. cit., 9.

²³ M. Drwięga, op. cit., s. 44.

²⁴ R. Descartes, *Medytacje o pierwszej filozofii*. Tom II, Warszawa 1958, s. 271.

różnym od mojego ciała i bez niego mogą istnieć”²⁵. Takie oderwanie człowieka od własnego ciała, a właściwie jego elementów, jest widoczne w świadomości społecznej zwłaszcza w odniesieniu do sprzedaży wytworów ludzkiego ciała oraz podejściu do patentowania wynalazków biotechnologicznych pochodzących z ludzkich tkanek.

Zmiany społeczne, światopoglądowe i polityczne wpływały na sposoby określenia przymiotów prawnych ludzkiego ciała. Najlepszym dowodem powyższej tezy był wprowadzony zakaz niewolnictwa, który ukształtował przekonanie o statusie prawnym ciała jako pewnego dobra oddzielonego od rzeczy. Podkreśleniem tego statusu była wyrażona wprost w prawie brytyjskim zasada *no property on human body*. Przez wiele kolejnych lat problematyka praw do ciała człowieka była przedmiotem zainteresowania głównie grabarzy²⁶. Z tego też względu powszechnie znane orzeczenia zapadające w brytyjskich sądach dotyczyły właśnie problematyki wykradania zwłok czy sukien te zwłoki okrywających²⁷.

Ważnym zjawiskiem wpływającym na określenia charakteru prawnego ciała ludzkiego była indywidualizacja jednostek. W wyniku tego procesu człowiek osiągnął autonomię od grupy, a zatem jednostka stała się ważna dla siebie, a nie dla społeczności. Emanacją tego nurtu jest podkreślenie w aktach prawnych zasady nietykalności cielesnej, której podstawy można odnaleźć już w art. 39 Wielkiej Karty Swobód z 1215 r., w przywileju *neminem captivabimus* wydanym przez Władysława Jagiełłę czy wreszcie w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela. Podkreśla się, że to „nowe” ciało człowieka zostało poddane znacznie silniejszej kontroli społecznej, stając się przedmiotem społecznej dyskusji²⁸.

Kolejnym istotnym zjawiskiem zmuszającym do rozważań na temat istoty ciała były przeszczepy narządów. Dopuszczalność transplantacji zwłaszcza wśród osób żywych wciąż budzi pewne kontrowersje społeczne,²⁹ choć wskazuje się, że jeszcze w latach 70. na świecie nie wzbudzał kontrowersji handel ludzkimi narządami i tkankami.³⁰ Odchodzi się od przeświadczenia, że ludzkie

²⁵ R. Descartes, *Medytacje o pierwszej filozofii*, tom I, Warszawa 1958, s. 103.

²⁶ O. Dostál, *Who owns my body? Legal status of material on human origin under Czech law*, *Common Law Review* 5/2003, s. 12.

²⁷ R. Atherton, *Claims on the deceased: The Corpse as Property*, *Journal Law and Medicine* 2001, nr 4, s. 361.

²⁸ T. Wiślicz, *Integralność cielesna jednostki w perspektywie przejścia do nowoczesności – zarys problematyki*, [w:] *Cielesność w ujęciu historycznym*, red. R. Matuszewski, Warszawa 2012, s. 132.

²⁹ M. Nowicka, *Filozoficzne aspekty terapii transplantologicznej*, Białystok 2002, s. 8.

³⁰ P. A. Gerike, *Human Biological Material: A Proprietary Interest or Part of the Monistic Being?*, *Oho Northern University Law Review* 17/1990.

zwłoki to *sacrum*,³¹ uznając, że ludzkie ciało po śmierci staje się „rezerwuarem części zamiennych”³². Konieczność przeprowadzania jednak takich zabiegów i brak kontrowersji filozoficznych³³ zmusiła ustawodawców europejskich do rozstrzygnięcia zasad dysponowania swoim ciałem przynajmniej dla celów przeszczepów. Należy wskazać na dość jednolite w Europie stanowisko dopuszczające przeprowadzanie takich zabiegów, a jednocześnie ograniczające wolność osób w ich przeprowadzaniu. Europejskie prawo transplantologiczne nie przewiduje bowiem możliwości pobierania wynagrodzenia za oddanie narządów. Ponadto ogranicza możliwość przekazywania narządów przez certyfikowane podmioty, za pośrednictwem których przeszczepy są możliwe. Wprowadzenie ograniczeń tych miało, jak się wydaje, nie tylko podkreślić szczególny charakter ciała ludzkiego, ale przede wszystkim wynikało z obawy, że komercjalizacja rynku transplantologii wpłynie na dostępność takich zabiegów tylko dla najbogatszych.

Rozważania doktryny dotyczące cywilnoprawnych aspektów przeszczepów oraz rozwój praw człowieka wpłynęły na uznanie ciała ludzkiego za przedmiot dóbr osobistych,³⁴ bez rozważania innego wykorzystywania ludzkich tkanek i komórek.

Przez ostatnie lata toczyła się dyskusja dotycząca statusu prawnego ludzkich komórek rozrodczych. Uchwalone w nurcie transplantologicznym ustawy nie regulowały kwestii komórek rozrodczych³⁵. Przez wiele lat praktykowany

³¹ Zwłoki ludzkie niekiedy również traktowane były jako pewien produkt. W 1978 r. Departament Transportu stanu Kalifornia wszedł w posiadanie zwłok, za zgodą rodzin denatów, do testowania poduszek powietrznych w samochodach. Okazało się bowiem, że zwłoki ludzkie ukazują wszelkie urazy wypadkowe lepiej niż manekiny. Praktyka ta wywołała wielkie protesty, J. Feinberg, *The Mistreatment of dead Dobies, Hansting Center Report* 15/1985.

³² J. Kopania, *Etyczny wymiar cielesności*, Kraków 2002, s. 49.

³³ M. Nowicka, op. cit., s. 71.

³⁴ J. Haberk, *Prywatność pacjenta a sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów post mortem*, Państwo i Prawo 3/2014, s. 58.

³⁵ W zakresie prawa polskiego został wydany wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości uznającego, że Polska „uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 31 dyrektywy 2004/23, art. 3 lit. b), art. 4 ust. 2, art. 7 dyrektywy 2006/17 oraz załącznika III do niej, jak również art. 11 dyrektywy 2006/86.” (Wyrok ETS z 11 czerwca 2015 r. C-29/14). Obecnie zagadnienie komórek rozrodczych reguluje ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności Dz.U. 2015, poz. 1087. Ustawa nie reguluje wszystkich dopuszczalnych zastosowań komórek rozrodczych, ograniczając swój zakres jedynie do wykonania zabiegów prokreacji medycznie wspomaganej. Zgodnie z regulacją art. 18.1 niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli:

1) dawca, w formie pisemnej, wycofał zgodę na zastosowanie pobranych od niego komórek rozrodczych;

był zatem obrót nimi. Na całym świecie powstawały wielkie instytucje biobankujące żeńskie i męskie komórki płciowe, proponujące wynagrodzenia dla osób je przekazujących³⁶. Na dyskusję prawną dotyczącą charakteru prawnego tych komórek nałożyła się dyskusja światopoglądowa co do początków życia człowieka, prokreacji medycznie wspomaganej oraz prawa dziecka do poznania swego genetycznego pochodzenia. W doktrynie podkreśla się konieczność regulacji rynku sprzedaży ludzkich komórek rozrodczych, nie zakazując jednocześnie pobierania opłat czy wynagrodzenia dawców. Wskazuje się między innymi na konieczność tworzenia krajowych systemów umożliwiających wymianę ludzkich komórek rozrodczych. Miałoby to spowodować zmniejszenie kosztów przechowywania i ograniczać możliwość przenoszenia się chorób genetycznych, co ma zwłaszcza istotne znaczenie w zakresie wykonywania wielu zabiegów prokreacji medycznie wspomaganej przy zastosowaniu komórek rozrodczych pochodzących od jednego dawcy.³⁷

Zupełnie inne problemy prawne można wskazać w sytuacji przyczepów komórek macierzystych w sytuacji, gdy np. dojdzie do pobrania komórek szpiku (z których mają zostać wyabstrahowane komórki macierzyste w celu ich autoprzeszczepu) przez lekarza, który do tego jest nieuprawniony. W praktyce

-
- 2) dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł;
 - 3) biorczyni nie wyraziła zgody na zastosowanie u niej komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie;
 - 4) istnieją przeciwwskazania medyczne do zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy;
 - 5) w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie urodziło się już dziesięcioro dzieci; ograniczenie to nie dotyczy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego (art. 18). Zgodnie zaś z art. 20 dawca komórek rozrodczych, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, może w każdym czasie żądać ich zniszczenia lub przekazać je na cele badawcze.

Z ustawy tej ponadto wynika, że wywóz komórek z Polski dopuszczalny jest tylko przez biobanki akredytowane, a ponadto zdelegalizowano sprzedaż komórek rozrodczych. Na gruncie ustawy nie został jednak wskazany jednoznaczny charakter prawny komórek rozrodczych. Z jednej bowiem strony dawca ma prawo wskazania celu dalszego ich wykonywania, z drugiej nie ma prawa samodzielnie przewozić wyabstrahowanych komórek poza Polskę oraz ma ograniczoną możliwość wykorzystania komórek, np. w przypadku śmieci partnera.

³⁶ <http://www.salvemedica.pl/klinika-leczenia-nieplodnosci/bank-komerek-rozrodczych.html>.

³⁷ S. D. Pattinson, *The value of bodily material: acquiring and allocating human gametes*; HFEA, Code of Practice, paras 7.2–7.5.

szpitale niszczą wówczas takie komórki i pobierają kolejne. Powtórny zabieg nie jest jednak obojętny dla zdrowia i można go wiązać z bezpośrednim narażeniem zdrowia lub życia pacjenta. Pacjent *de facto* traci władztwo nad tymi komórkami, których ze względów proceduralnych szpital nie wykorzysta do autoprzeszczepu. Teoretycznie można by powiedzieć, że w tym zakresie szpital nie ma legitymacji do ich zniszczenia lub przekazania dla celów badawczych, w praktyce jednak, z uwagi na fakt, że w ustawie z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów³⁸ brak jest przepisów regulujących niszczenie lub ponowne wykorzystanie pobranych komórek, tkanek i narządów, uszkodzony może jedynie domagać się na podstawie art. 189 k.p.c. ustalenia nieistnienia prawa do zniszczenia pobranego szpiku, wskazując, że zniszczenie takie pozostaje poza zakresem wyrażonej zgody, a ośrodek może rozporządzać pobranym materiałem tylko w ramach posiadanej zgody. Powstaje zatem otwarte pytanie, czy w takiej sytuacji pacjentowi nie powinno przysługiwać roszczenie windykacyjne, dzięki któremu mógłby te komórki odzyskać?

Obecnie istnieją przecież elementy ciała ludzkiego, które na rynku handlowym traktowane są jak rzeczy, takie jak włosy, łożysko, mleko kobiece czy męskie nasienie. Traktowane są one jako surowce do produkcji peruk, kosmetyków, produktów spożywczych³⁹ czy bioimplantów. Ponadto można wskazać, że polskie prawo farmaceutyczne również uznaje za rzeczy produkty powstałe z ludzkiej krwi lub jej składników.⁴⁰

Projekt poznania genomu ludzkiego, upowszechnienie się testów genetycznych identyfikujących osoby czy potwierdzających pokrewieństwo, skłoniły ponownie do zauważenia problemu bardzo małych próbek biologicznych człowieka, jak włos, kropla śliny czy krwi⁴¹. Rozwijająca się wciąż genetyzacja społeczeństwa⁴² sprawiła, że dogmaty transplantologiczne nie umożliwią ochrony człowieka w zderzeniu z pozyskiwaną z jego tkanek informacją genetyczną.

³⁸ Dz.U.2015.793 j.t.

³⁹ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1360225/Shop-sells-breast-milk-ice-cream-London-restaurant-Icecreamists-Baby-Gaga.html>; <http://nauka.newsweek.pl/jedzenie-lozyska-po-porodzie-moda-ekoparentingu-czy-to-zdrowe-,artykuly,364698,1.html>.

⁴⁰ Art. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz.U. 2008, nr 45, poz. 271 ze zm.

⁴¹ Obecnie wskazuje się nawet na możliwość identyfikacji ludzkiej informacji genetycznej w owadach żerujących na ludzkich zwłokach – więcej na ten temat R. Skowronek, M. Tomsia, K. Drożdżiok, J. Kabiesz, *Owady żerujące na zwłokach jako alternatywne źródło ludzkiego materiału genetycznego*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 4/2014, s. 254 i nast.

⁴² Więcej na ten temat J. Domaradzki, *Genetyzacja społeczeństwa. Społeczne konsekwencje nowej genetyki*, *Studia Socjologiczne* 2/2012, s. 2–27.

Choćby hipotetyczna możliwość manipulacji genetycznych odrodziła na nowo lęki związane z mitem Frankenstein⁴³ (M. Wollstonecraft Shelley *Frankenstein, czyli nowy Prometeusz*), ukazując konieczność wytyczania granic dla pragmatycznego traktowania ciała ludzkiego. Filozofowie wskazywali, że dokonując transgenizacji, czyli przenosząc geny między różnymi organizmami, naukowcy przejmują rolę stwórcy, stwarzając takie organizmy (rekombinacje DNA), które w naturze nie istniałyby (boskie gry).⁴⁴

Kolejnym istotnym problemem jest wykorzystywanie bez zgody próbek biologicznych w celu pozyskania informacji o konkretnym człowieku, np. gdy pracodawca pobiera włos ze szczotki pracownika, aby oddać go do badań DNA. Możliwość takiego wykorzystania ludzkiego ciała spowodowała konieczność szczególnej ochrony informacji genetycznej oraz ukazała, że między odłączonymi próbkami biologicznymi a dawcą istnieje wciąż silny związek determinujący określenie ochrony prawnej dawców. Ukazanie tego związku spowodowało z kolei, że w aktach prawa krajowego i międzynarodowego stworzono mechanizmy ochrony samej informacji genetycznej, nie obejmując żadną ochroną jej materialnego nośnika⁴⁵.

Dużo mniej kontrowersji społecznych budziły projekty biobankowania ludzkiego materiału biologicznego dla potrzeb naukowych, czyli zbierania próbek biologicznych przez wyspecjalizowane jednostki w celu ich przechowywania oraz przekazywania do badań na całym świecie⁴⁶. Jak wskazują badania J. Pawlikowskiego,⁴⁷ istnieje duża akceptacja społeczna dla tego procederu. Brak jednak jakichkolwiek ram prawnych wciąż utrudnia powstawanie biobanków i rozwój nauki. Rozwój biobanków, a co z tym związane – rozwój rynku biotechnologicznego, umożliwiły nowe spojrzenie na ciało ludzkie i obrót jego fragmentami.

⁴³ Bohater tej powieści, wykorzystując wiedzę medyczną jego czasów, dokonał eksperymentów na ludzkich ciałach po to, aby zdobyć kontrolę nad życiem i śmiercią, a w rezultacie uwolnić ludzi od brzemienia chorób oraz zapanować nad śmiercią. Mimo szlachetnych motywów młody lekarz poniósł całkowitą porażkę. Monstrum, które stworzył ze szczątków zmarłych, a następnie ożywił (wykorzystując stymulację elektryczną oraz światło), stał się jego prześladowcą i przyczynił się do jego śmierci.

⁴⁴ Z. Piątek, *Czy manipulacje genetyczne stanowią kontynuację mitu Frankenstein?*, [w:] *Ciało w dyskursie filozoficznym*, red. A. Kierasa, E. Struzik, *Terytorium i peryferia cielesności*, Katowice 2010, s. 329.

⁴⁵ Więcej na ten temat D. Krekora-Zajac, *Prawo do materiału genetycznego człowieka*, Warszawa 2014.

⁴⁶ K. Swanson, *Banking on the body. The market in blood, milk, and sperm in modern America*, Londyn 2014, s. 7.

⁴⁷ J. Pawlikowski, *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów naukowych – aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*, Lublin 2013, s. 192.

Biobank to określenie dla różnego typu zbiorów próbek biologicznych wraz z powiązanymi z nimi bazami danych, które mają pewien poziom dostępności, osiągalności i wymiany dla celów naukowych. Zatem biobank jest instytucją, której główny cel stanowi przechowywanie tkanek, komórek i organów ludzkich.

Niewątpliwie biobanki na całym świecie, w tym również w Europie, przeżywają obecnie swój rozkwit. Są one instytucjami zarówno prywatnymi, jak i publicznymi, gromadzącymi próbki materiału genetycznego dla celów naukowych, klinicznych czy policyjnych. Powstają biobanki odnoszące się jedynie do zbierania próbek od osób posiadających określoną cechę, np. określoną mutację genetyczną, jak również biobanki populacyjne, które przechowują materiał genetyczny zebrany od różnych osób, niezależnie od ich specyficznych mutacji, należących do określonej populacji. Dzięki tym pierwszym możliwe są prace nad etiologią i metodami leczenia poszczególnych schorzeń, zaś biobanki populacyjne umożliwiają poznawanie tzw. chorób populacyjnych występujących z dużą częstotliwością u ludzi. Z tego też powodu powstaje coraz więcej biobanków populacyjnych.

W takich krajach jak Wielka Brytania, Szwecja czy Estonia, w których tworzone są narodowe biobanki populacyjne, ich działalność jest również przedmiotem debat prawnych. Należy zauważyć, że temat ten jest jednym z najważniejszych zagadnień związanych z tzw. kwestiami bioetycznymi, gdyż istnienie i tworzenie biobanków umożliwi rozwój nie tylko genetyki człowieka, ale przede wszystkim prowadzenie prac nad chorobami genetycznymi czy białkowymi. Dzięki biobankom naukowcy bowiem mogą korzystać z próbek nie tylko pobranych od swojego pacjenta, ale też mogą prowadzić badania na dużej ilości próbek materiału biologicznego pochodzącego od różnych dawców. Nie sposób zatem nie docenić wielkiego znaczenia biobanków dla możliwości prowadzenia badań nad wieloma chorobami oraz umożliwienia wynalezienia leków na niektóre z nich.

Z drugiej jednak strony wypada wskazać, że zbierane próbki biologiczne są nie tylko elementami ciała człowieka, ale również zawierają niezwykle ważne i wrażliwe informacje dotyczące jego stanu zdrowia, cech genetycznych. Wykorzystywanie i pozyskiwanie materiału biologicznego może naruszać interesy dawców związane zarówno z ich dobrami osobistymi, jak np. prawem do prywatności, czy też prawami majątkowymi, co jest szczególnie istotne w przypadku rozważania możliwości odpłatnego przekazywania tkanek. Ponadto może prowadzić do stygmatyzacji osób oraz wykorzystywania ich próbek dla celów niezgodnych z ich światopoglądem czy przekonaniami etycznymi, jak np. klonowanie czy badania eugeniczne.

W Polsce obecnie również istnieje wiele biobanków, które mają bardzo różną formę prawną. Są bowiem banki organów, unikalny na skalę światową

biobank komórek mózgu czy biobanki krwi pępowinowej. Powstają pierwsze biobanki populacyjne. Podkreślić należy, iż obecnie istnieją jedynie regulacje dotyczące biobanków powstałych dla celów transplantologicznych, których reżimu prawnego nie należy stosować do biobanków dla celów naukowych z uwagi na inny cel wykorzystania, a więc również inne podstawy aksjologiczne.

Z badań empirycznych polskich biobanków J. Pawlikowskiego, J. Saka i K. Marczewskiego wynika, że sytuacja biobanków jest niedostatecznie uregulowana, a świadomość społeczną dotyczącą badań genetycznych i działalności biobanków w Polsce należy określić jako niewielką, co powodować może obniżenie zaufania publicznego dla tej instytucji, jak również konflikty między dawcą a biobankiem.

W Polsce podjęte zostały próby stworzenia regulacji prawnej biobanków przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego. W wyniku działań zespołu ministerialnego powstał projekt ustawy oraz wytyczne. Projektu nie skierowano jednak do dalszych prac legislacyjnych, a zespół opracowujący wytyczne został rozwiązany bez publikacji efektów pracy.

Zagrożenia związane z brakiem regulacji prawnej biobankowania dotyczą nie tylko dawców, ale również biobanków czy naukowców. Brak określonych ram prawnych dopuszczalności pobierania i wykorzystywania próbek biologicznych musi implikować podstawowe pytania o legalność wykorzystywania ludzkiego materiału biologicznego dla celów naukowych. Należy podkreślić, że formułowany niekiedy w piśmiennictwie postulat oparcia dopuszczalności wykorzystywania ludzkich próbek biologicznych na zgodzie jest niewystarczający nie tylko dla ochrony praw dawców, ale również ochrony praw biobanków. Praktyka bowiem wskazuje, że część cennych zbiorów próbek biologicznych, które zostały pobrane wiele lat temu bez uzyskiwania zgody, musiałaby zostać zniszczona, a takie założenie należy uznać za niecelowe. Ponadto przyjęcie, że zgoda jest jedyną podstawą prawną wykorzystania próbki biologicznej, nie ukazuje podstawowych obowiązków stron i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Idea biobankowania była uznana w 2009 r. przez Magazyn Times za jedną z wiodących koncepcji, która może zmienić świat. Rozwój gospodarki oparty na wysokich technologiach jest jednym z głównych celów strategii lizbońskiej, zaś rozwój biobanków stanowi warunek konieczny do rozwoju biotechnologii, która może stać się ważną gałęzią gospodarki. Szacuje się, że wartość rynku biobankowego w 2014 r. wynosiła 14,4 mld \$, a w 2018 r. osiągnie poziom 22,7 mld \$⁴⁸.

⁴⁸ <http://www.rnrmarketresearch.com/global-biobanking-market-2015-2019-market-report.html>

Rozwój przemysłu biotechnologicznego i biobanków wpłynął na konieczność nowego spojrzenia na komercjalizację ludzkiego ciała, ukazując, że ludzka próbka biologiczna staje się obecnie często produktem generującym olbrzymie zyski⁴⁹. Dla przykładu można wskazać na wyrok z 11 marca 2009 r., gdzie dziewięć rodzin przegrało proces przeciwko Stanowi Minnesota, dotyczący pobierania i kolekcjonowania próbek krwi od zarodków w celu badań przesiewowych i przekazywania ich prywatnym badaczom i szpitalom bez pozyskania świadomej zgody przez rodziców. Podobne procesy odbywały się również w innych stanach.⁵⁰ W 2009 roku amerykański Urząd Patentowy przyznał patent na dwa geny odpowiedzialne za najczęstsze występowanie nowotworu piersi i jajników. Brak ochrony prawnej dawców przy jednoczesnym uznawaniu praw własności intelektualnej i możliwości pobierania zysków z odkrytych elementów ciała ludzkiego spowodował, że pojawiła się nieufność społeczna do przekazywania próbek biologicznych dla celów badawczych w Stanach Zjednoczonych.⁵¹ Szacuje się, że już w 1990 roku w Stanach Zjednoczonych w dyspozycji biobanków znajdowało się 300 milionów próbek biologicznych pochodzących od 170 milionów osób, a ich liczba rośnie rocznie o około 20 milionów.⁵²

Jeszcze dobitniej problem komercjalizacji ludzkiego ciała ukazuje przypadek komórek HeLa. Komórki te były pierwszymi ludzkimi komórkami zdolnymi do podziału i namnażania poza organizmem człowieka. Zostały wykorzystane w ponad 50 tys. badań dotyczących m.in. leukemii, choroby Parkinsona czy AIDS. Były również wykorzystywane dla badań nad chemioterapią, mapowaniem genów, zapładnianiem in vitro czy klonowaniem. Wskazuje się, że dzięki tym komórkom powstał multimilionowy rynek sprzedaży ludzkiego materiału biologicznego, a osoby, od których te komórki pochodziły, nigdy nie uczestniczyły w zyskach z niego.⁵³

W literaturze podnosi się, że wiek XX i XXI to czas dużych lęków społecznych łączonych się z władzą nad ciałem człowieka⁵⁴. Te obawy związane

⁴⁹ D. Jakubiak, *Zasady wykorzystywania tkanek ludzkich w prawie wspólnotowym*, [w:] *studia z prawa międzynarodowego i prawa UE*, red., C. Mikka, Toruń 2005, s. 211.

⁵⁰ Complaint, Bearder v. Minesota, No. 27-CV-09-5615 (Hennepin County, Minn, Dist. Ct. Mar.11.2009); Complaint, Beleno v. Tex. Depet. Of State Health Servs., No. SA09CA0188 (W.D. Tex. Mar. 12.2009).

⁵¹ N. Ram, *Assigning Rights' and Protecting Interests: Constructing Ethical and Efficient legal Rights in Human Tissue Research*, Harvard Journal of Law and Technology, 1/2009.

⁵² E. Eiseman, S. B. Haga, *Handbook of human tissue sources*, Santa Monica 1999, p. XVII.

⁵³ D. A. Aford, J. D., L L.M., *HeLa Cells and Unjust Enrichment in the Human Body*, *The Lacks Family*, Annals of Health Law 1/2012, s. 224.

⁵⁴ Z. Piątek, op. cit., s. 331.

głównie z doświadczeniem Holokaustu, eugeniki, doświadczeń prowadzonych na ludziach w obozach koncentracyjnych i segregacji rasowej uwrażliwiły opinię społeczną na konieczność szczególnej ochrony ciała człowieka, wskazując, że ingerując w taki sposób w ciało człowieka, uderzamy w całą ideę człowieczeństwa, a ta zgodnie z filozofią Immanuela Kanta jest świętością⁵⁵.

Ponadto w XX w. nastąpiła bezprecedensowa medykalizacja. Medycyna, profilaktyka zdrowotna stały się głównymi powodami powrotu tematu ciała ludzkiego w centralne miejsce, jak również myślenia o regulacjach prawnych. Ograniczenia mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa i zdrowia ludzi, zakazy prawne związane z dostępem do używek doprowadziły jednak do oporu ludności przed rezygnacją z własnej autonomii. Zdaniem A. M. Moulin historia XX w. to historia wywłaszczania i odzyskiwania ciała.⁵⁶

Rozwój nowych technologii nakazuje postawić pytanie o definicję ludzkich tkanek, komórek i narządów oraz postawienie granic, kiedy te pochodzą jeszcze od człowieka, a kiedy ich modyfikacja zrywa ten bezpośredni związek. Obecnie wskazuje się, że rozwijający się rynek badań biomedycznych spowodował powstanie tak zwanej „inżynierii tkankowej”. Inżynieria tkankowa jest interdyscyplinarnym polem do aplikacji zasad inżynierii, nauk o życiu, wskazującej lub wpisującej funkcję poszczególnych tkanek. Jest ona również częścią medycyny regeneracyjnej mającej na celu zamianę lub regenerację ludzkich tkanek lub organów w celu przywrócenia ich normalnych funkcji.⁵⁷ Przez ostatnie kilkanaście lat nauka pozwoliła tworzyć nieistniejące wcześniej organy do przeszczepów, takie jak chociażby płuca.⁵⁸ Ta konieczność stawiania granicy prawnej między ochroną jeszcze ciała ludzkiego a dysponowaniem organami, tkankami czy komórkami, które spełniają jedynie określone funkcje, jest szczególnie dyskutowana w doktrynie Kanady.⁵⁹

Przez wiele lat charakter ciała ludzkiego nie był przedmiotem analizy doktryny prawa. Zmienił to rozwój etyki chrześcijańskiej i konieczność spojrzenia na ciało człowieka przez pryzmat wartości wyższych, takich jak dusza czy godność⁶⁰ oraz nowe jego wykorzystania.

⁵⁵ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 1971, s. 5.

⁵⁶ A. M. Moulin, *Ciało wobec medycyny*, [w:] *Historia ciała. Różne spojrzenia w XX w.* red J. J. Courtine, tom 3, s. 13.

⁵⁷ B. V. Tigestram, *How to build (and regulate) a body part: regulating tissue engineered products in Canada*, *Health Law Journal* 1/2011, s. 85.

⁵⁸ T. H. Petersen, E. A. Calle, L. E. Niklason, *Strategies for Lung Regeneration*, *Materials Today* 5/2011, s. 196.

⁵⁹ C. Alta, R., *Body of Research – Ownership and Use of Human Tissue*, *New England Journal of Medicine* 15/2006, s. 1517.

⁶⁰ O. Dostál, op. cit., s. 15.

III. Próbką biologiczną jako przedmiot ochrony w prawie europejskim

Przechodząc do rozważań prawnych, należy wskazać, że prawo europejskie reguluje oddzielnie kwestie dopuszczalności przetwarzania, przewożenia na terenie Unii Europejskiej tkanek i komórek oraz krwi⁶¹.

Wskazuje się, że badania medyczne w całej Europie są poddane dość licznym i szczegółowym regulacjom prawnym. Od II wojny światowej problem badań na ciele ludzkim jest przedmiotem również międzynarodowych regulacji prawnych, takich jak np. deklaracja helsińska.⁶²

Aktem wspólnotowym regulującym proces eksploatacji tkanek i komórek ludzkich bez względu na zastosowania jest Dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 30 marca 2004 roku w sprawie ustanowienia standardów jakości i bezpieczeństwa w zakresie oddawania, pobierania, badania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania, dystrybucji tkanek i komórek ludzkich.⁶³ Wprawdzie z traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) nie wynika kompetencja do tworzenia regulacji dotyczących technologii tkankowych, jednak podstawą do wydania Dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 30 marca 2004 roku jest jeden z filarów Wspólnoty, tj. ochrona zdrowia publicznego wynikająca z art. 152 § 4 a TWE.⁶⁴ Dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE nie ma zastosowania jednak do każdego rodzaju komórek. Nie dotyczy ona krwi i jej składników, narządów ludzkich i ich części, także narządów i komórek pochodzenia zwierzęcego. Co więcej, należy wskazać, że standardom Dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE podlegają jedynie te tkanki i komórki, które przed wykorzystaniem są przechowywane w bankach tkanek. Nie dotyczą zatem tkanek pobranych i wykorzystanych w ramach jednego zabiegu chirurgicznego, ponadto nie dotyczą wykorzystywania tkanek i komórek do badań naukowych (*in vitro*)

⁶¹ Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood components and amending Directive 2001/83/EC, Dz.U. L 2003 33/30.

⁶² J. Wright, C. Ploem, M. Śliwka, S. Gevers, *Regulating Tissue Research: Do We Need Additional Rules to Protect Research Participants?*, European Journal of Health Law 17/2010, s. 456. World Medical Association Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects (Seoul, 2008).

⁶³ Dz.U. L 102 z 7.04.2004.

⁶⁴ B. Salter Peterz-Solorzano, *Civil society and the governance of human genetics, Report to the United Kingdom Baudouin Foundation*, University of East Anglia, 4/2003, s. 19.

i na zwierzętach, a jedynie mają zastosowanie do badań klinicznych z udziałem człowieka, co wynika wprost z pkt 11 Preambuły do Dyrektywy. Ponadto wskazuje się, że standardy w niej określone nie będą miały zastosowania do innowacyjnych produktów inżynierii tkankowej, które są wytwarzane przy użyciu zmodyfikowanych *in vitro* tkanek i komórek ludzkich.⁶⁵ Jednocześnie wspomniana Dyrektywa ma charakter minimalny, co oznacza, że państwa członkowskie mogą utrzymać lub wprowadzić bardziej rygorystyczne środki ochrony.⁶⁶ Z punktu 13 preambuły do Dyrektywy wynika, że dotyczy ona wszystkich etapów wykorzystywania ludzkich tkanek i komórek, takich jak dawstwo, pobieranie, badanie, przetwarzanie, konserwowanie, przechowywanie i dystrybuowanie. Dyrektywa nie określa statusu prawnego i charakteru ludzkich tkanek. Wprowadza jednak pewne zasady mające z jednej strony chronić prawa dawców, z drugiej zaś zapewnić pewne normy techniczno-jakościowe odnoszące się do przechowania, przetwarzania oraz wykorzystywania ludzkich tkanek przez biobanki i laboratoria. W tym zakresie należy wskazać, że ochrona praw dawców została uzależniona od etapu procesu biobankowania. Tradycyjnie Dyrektywa wskazuje na konieczność uzyskania zgody na pobranie tkanki, która jest *de facto* zgodą na naruszenie nietykalności cielesnej. Pobranie jest zatem jedynym etapem, w którym dawca sprawuje kontrolę nad jego próbką biologiczną. Należy wyraźnie wskazać, że na żadnym z późniejszych etapów, tj. przechowywania czy wykorzystywania tkanki, jego wola nie ma charakteru prawotwórczego. Dalsza bowiem ochrona w tym zakresie związana jest jedynie z ochroną informacji zawartej w tkance. Taka konstrukcja zakłada wprost, że dawca traci możliwości decydowania o wykorzystaniu lub nie tkanki do określonych badań w przypadku anonimizacji danych go identyfikujących. Brak ochrony próbki biologicznej oznacza również, że nawet kiedy dawca nie wyraża zgody na wykorzystanie jego próbki, nie może żądać jej zwrotu.

Kolejną zasadą wynikającą z aktów prawa międzynarodowego jest uznanie, że ciało ludzkie nie podlega komercjalizacji. Zasada, że ciało ludzkie ani jego części nie mogą same w sobie stanowić źródła zysków finansowych, została wyrażona w licznych dokumentach wspólnotowych i międzynarodowych. Wynika ona z art. 3 Karty Praw Podstawowych, z art. 32 Konwencji Bioetycznej oraz art. 21 Protokołu dodatkowego do niej w sprawie transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego. Podobnie wynika ona z art. 12 § 1 Dyrektywy 2004/23/WE. Z regulacji jednak Dyrektywy 2004/23/WE wynika możliwość

⁶⁵ D. Jakubiak, op. cit., s. 220; raport Europejskiej Grupy DS w nauce i nowych technologiach (EGE) z 29.06.2004 r. w spr. aspektów etycznych, produktów inżynierii tkankowej, s. 1.

⁶⁶ D. Jakubiak, op. cit., s. 216.

przyjmowania rekompensaty przez dawców w wysokości ograniczonej do wydatków i niedogodności związanych z darowaniem tkanek i komórek. Kontynuacją tej zasady jest wyrażone w Dyrektywie zalecenie, że państwa członkowskie powinny zachęcać do pobierania tkanek i komórek na zasadach niekomercyjnych.

Jednakże należy wskazać, że na gruncie Dyrektywy 2004/23/WE dopuszczane jest prowadzenie działalności biobankowej w celach komercyjnych.⁶⁷ Choć jak wynika z opinii dotyczącej aspektów etycznych banków tkanek ludzkich stworzonej przez Europejską Grupę do spraw etyki w 1998, działalność biobanków powinna być zarezerwowana dla instytucji publicznych nienastawionych na zarobek⁶⁸. Z wyjaśnień do protokołu dodatkowego do Konwencji Bioetycznej w sprawie transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego wynika, że biobank nie może czerpać zysków z tkanek i produktów z nich wytworzonych, może jednak pobierać wynagrodzenie z tytułu świadczeń medycznych lub technicznych.

W zakresie biobankowania podstawowym modelem ochrony praw dawców jest zgoda. Ponadto w świetle art. 1 § 1 Dyrektywy 2004/23/WE państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić ochronę danych osobowych dawców tak, aby żadna osoba trzecia mająca do nich dostęp nie mogła ustalić ich tożsamości. Wymóg anonimowości dotyczy wszystkich danych osobowych. Dyrektywa ustanawia również wymogi jakości i bezpieczeństwa dla materiału przetworzonego w obszarze państw członkowskich, uwidaczniające się w odpowiednim systemie akredytacji i rejestracji biobanków, nadzoru nad pobieraniem materiałów biologicznych, inspekcji środków ochrony, monitoringu w zakresie ustalania pochodzenia i przeznaczenia próbek z systemu kontroli przywożonych i wywożonych do państw trzecich komórek i tkanek, jak również systemie notyfikacji ciężkich i niepożądanych zdarzeń.

W przypadku pobierania tkanek i komórek od osób zmarłych Dyrektywa wskazuje konieczność poszanowania zmarłego i nakazuje w pkt 16 preambuły na obowiązek zrekonstruowania ciała dawcy tak, by było jak najbardziej zbliżone do anatomicznego kształtu. W państwach europejskich obecnie trwa dyskusja nad sposobami implementacji Dyrektywy. W Polsce również został przygotowany projekt nowej Ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek i narządów, ma on jednak charakter szerszy niż sama Dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 30 marca 2004 roku, bowiem dotyczy również narządów ludzkich dla celów transplantologicznych.

⁶⁷ D. Jakubiak, op. cit., s. 225.

⁶⁸ European Group of Ethics and Science in New Technology, *Opinion of ethical aspects of human tissue banking*, Report no 14 on Human Tissue Bank, dostępna <http://aei.pitt.edu/43230/1/A7169.pdf>

Projekt ten dotyczy komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych, narządów rozrodczych i ich części, a także krwi dla celów transfuzji, a zakaz komercjalizacji obwarowany jest sankcją karną.⁶⁹

W myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych ciało ludzkie oraz odkrycie sekwencji genów nie może stanowić wynalazków posiadających zdolność patentową. W myśl art. 3 dyrektywy nie można udzielić patentu również na wynalazek oparty na elemencie wyizolowanym z ludzkiego ciała i to nawet w przypadku, gdy jego struktura jest identyczna z budową elementu naturalnego. Podobna regulacja znalazła się również w polskim prawie własności przemysłowej. Natomiast zgodnie z dyrektywą i stanowiskiem TSUE przedmiotami patentu mogą być wynalazki, które łączą element naturalny z procesem technologicznym umożliwiającym jego wyizolowanie lub wytworzenie w celu zastosowania przemysłowego.⁷⁰

IV. Charakter prawny ludzkiego ciała w prawie polskim i polskiej doktrynie

W Polsce podstawową regulacją prawną w przedmiotowym zakresie jest ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. To unormowanie prawne nie rozstrzyga jednak w sposób jednoznaczny, czy komórki, tkanki i narządy ludzkie są rzeczami, czy też posiadają jakiś odrębny status prawny. Ustawa definiuje podstawowe pojęcia, wskazując, że komórką jest najmniejsza struktura morfologiczna i czynnościowa organizmu zdolna do podstawowych czynności życiowych, występująca pojedynczo lub grupowo, niepowiązana ze sobą tkanką łączną⁷¹. Tkanekę określono jako zespół komórek o wyspecjalizowanych funkcjach powiązanych ze sobą substancją międzykomórkową⁷², narząd zaś jako wyodrębnioną i istotną część ludzkiego ciała, zbudowaną z różnych tkanek, zdolną do utrzymania swojej struktury, ukrwienia i możliwości pełnienia autonomicznych funkcji fizjologicznych⁷³.

Z art. 5 ust. 1 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów wynika, że można dokonać pobrania komórek,

⁶⁹ B. Lisowska, *Będą zmiany w ustawie transplantologicznej*, Puls Medycyny 56/2004.

⁷⁰ D. Jakubiak, op. cit., s. 216.

⁷¹ Art. 2 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy.

⁷² Art. 2 ust. 1 pkt 15 ww. ustawy.

⁷³ Art. 2 ust. 1 pkt 9 ww. ustawy.

tkanek, narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia, jeżeli osoba zmarła za życia nie wyraziła sprzeciwu. W myśl art. 6 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów sprzeciw ten może być wyrażony w rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek narządów ze zwłok ludzkich, wynikać może też z oświadczenia opatrzonego własnoręcznym podpisem albo oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego.

Treść ustawy wskazuje bezpośrednio, że dotyczy ona głównie wykorzystywania tkanek i komórek dla celów przeszczepów⁷⁴. Regulacja biobanków znajdująca się w ustawie w art. 15 wprost została ograniczona do banków komórek i tkanek zbierających je do celów przeszczepów. Podkreśla się również, że ustawa nie ma zastosowania do autoprzeszczepów⁷⁵.

Należy zatem przyjąć, że przedmiotowa ustawa nie reguluje wykorzystania ludzkich komórek, tkanek i narządów dla celów naukowych oraz biobankowania dla celów naukowych. Z tego też powodu zasady dotyczące takiego wykorzystywania należy wywieść z regulacji dotyczącej ciała ludzkiego znajdującej się w Kodeksie cywilnym.

Na wstępie wypada podkreślić, iż to, że człowiek jako osoba fizyczna jest podmiotem prawa cywilnego, wynika wprost z Kodeksu cywilnego i zostało zaakceptowane przez przedstawicieli doktryny. Zgodnie bowiem z art. 1 k.c. osoba fizyczna, a więc człowiek, jest podmiotem, a nie przedmiotem prawa cywilnego. Co więcej, na to, że człowieka uznano w rozumieniu prawa cywilnego za podmiot, wskazuje w sposób jednoznaczny również systematyka Kodeksu cywilnego. Z analizy tytułów i zakresu przedmiotowego rozdziałów kodeksu wynika, iż osoby fizyczne nie zostały zakwalifikowane do rozdziału III – Mienie. Kwestię osób fizycznych reguluje rozdział II Kodeksu cywilnego. Skoro zatem człowiek został zakwalifikowany jako podmiot prawa cywilnego, nie można uznać, że jest jego przedmiotem, w konsekwencji czego nie może być w żadnym wypadku uznany za rzecz.

Od końca lat 60. do chwili obecnej w doktrynie prawa cywilnego toczy się spór co do charakteru prawnego ciała człowieka.

Według S. Grzybowskiego ciało człowieka staje się rzeczą dopiero po śmierci, a oddzielone jego części stają się rzeczami i przedmiotami obrotu i są nimi dopóki nie zostaną połączone z ciałem⁷⁶. Zwłoki zatem są rzeczą, choć co wyraźnie

⁷⁴ M. Nestorowicz, K. Śliwa, *Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, *Prawo i Medycyna* 4/2009, s. 5.

⁷⁵ I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, red. J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, Warszawa 2014, s. 24.

⁷⁶ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław-Warsza-

trzeba podkreślić, nie mogą być przedmiotem żadnych praw rzeczowych ani obrotu cywilnoprawnego⁷⁷, który jest dopuszczalny w przypadku preparatów anatomicznych. Przeciwnie poglądy odnaleźć można w publikacjach M. Sośniaka i J. Ignatowicza, którzy podnoszą, iż zwłoki ludzkie nie są rzeczami, a co za tym idzie, nie istnieje względem nich prawo własności⁷⁸. Autorzy ci uznają jednak za rzeczy wypreparowane elementy człowieka jako preparaty przygotowane dla celów badawczych⁷⁹. Podobny pogląd prezentuje również M. Nesterowicz⁸⁰, który podkreśla, że z brzmienia ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów jasno wynika, że pobranie tkanek ze zwłok ludzkich w innym celu niż transplantologiczny wymaga zgody dawcy lub jego przedstawiciela ustawowego⁸¹. Przyjęcie takiej regulacji przez ustawodawcę powoduje zdaniem autora, że niemożliwe jest legalne prowadzenie jakichkolwiek badań naukowych na tkankach⁸².

W teorii prawa nie jest to jednak temat ujmowany jednolicie i można wskazać na przynajmniej jeszcze dwa odmienne poglądy doktryny.

W myśl pierwszego z nich, zwłoki ludzkie mogą być traktowane jako rzecz niczyja, wyjęta z obrotu⁸³. Odnaleźć można też pogląd, w myśl którego zwłoki, chociaż niewątpliwie są w prawie cywilnym przedmiotem materialnym, nie mogą jednak być przedmiotem prawa ze względu na integralność i naturę osoby ludzkiej⁸⁴. Zwolennicy tego poglądu poszukują zatem podstaw zakazu traktowania zwłok jako przedmiotu prawa cywilnego w sferze etycznej.

wa–Kraków–Gdańsk 1985, s. 402.

⁷⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 233; A. Brzozowski, W. J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne część ogólna*, Warszawa 2010, s. 143.

⁷⁸ Za uznaniem zwłok ludzkich jako przedmiotu ochrony dóbr osobistych opowiedział się również ETPCz w orzeczeniu z dnia 13 stycznia 2015 r. – Elberte przeciwko Łotwie, Sprawa 61243/08, wskazując, że „że pobranie tkanek i organów z ciała osoby zmarłej bez zgody i wiedzy członków najbliższej rodziny zmarłego stanowi naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz niehumanitarne i poniżające traktowanie.”

⁷⁹ M. Sośniak, *Z problematyki przeszczepów ex mortuo*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku: symposium, Toruń 18–19 maja 1987 r.*, red. A. Filar, Toruń 1987, s. 10–11; J. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, s. 233.

⁸⁰ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 142.

⁸¹ M. Nesterowicz, K. Śliwka, *Pobranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, *Prawo i medycyna* 4/2009, s. 6.

⁸² Ibidem, s. 6.

⁸³ M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55³ kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 82.

⁸⁴ S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 205.

Dla dalszych rozważań zasadnicze znaczenie ma przeanalizowanie statusu prawnego części ciała ludzkiego. Problem ten właściwie do chwili obecnej pozostawał poza zainteresowaniem teoretyków prawa⁸⁵.

Dla nielicznych przedstawicieli doktryny części ciała ludzkiego są rzeczami, podobnie jak szkielety, mumie czy preparaty anatomiczne, ale tylko pod warunkiem, że są odłączone od ciała ludzkiego⁸⁶. Zgodnie bowiem z tym poglądem, dopóki poszczególne części ciała ludzkiego znajdują się w ciele, są integralną częścią człowieka.

Konsekwencją powyższego poglądu jest konieczność uznania, że odłączone od organizmu ludzkiego narządy tracą charakter rzeczy w chwili ich ponownego połączenia z ciałem tego samego lub innego człowieka⁸⁷.

Inny istotny problem w tym zakresie stanowi próba odpowiedzi na pytanie, czy komórki ludzkie nawet wówczas, gdy znajdują się już obrocie, nie są rzeczami, ale dobrami *sui generis*⁸⁸. Wielu autorów uznaje jednak, iż podobny jest charakter prawny wszystkich elementów ciała człowieka, zarówno zatem tkanek, komórek, jak i narządów. Naturalną konsekwencją takiego poglądu jest przyjęcie, że tkanki, komórki czy też inne narządy człowieka stają się rzeczami dopiero w momencie odłączenia ich od ciała ludzkiego.

W doktrynie przedmiotem analiz był również zakaz komercjalizacji ludzkiego ciała⁸⁹. Z zakazu pobierania zysków finansowych z ciała ludzkiego oraz ograniczenia obrotu nimi, wywodzono niemożność uznania jakichkolwiek elementów ciała ludzkiego za rzeczy⁹⁰. Zdaniem M. Bławat zakaz komercjalizacji „nie służy przeciętnemu człowiekowi”, a jedynie umożliwia czerpanie z ciała ludzkiego dużych zysków przez ośrodki naukowe oraz koncerny farmaceutyczne i biotechnologiczne⁹¹.

⁸⁵ Zagadnienie to opisywała jedynie G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 79. Autorka rozważała status odłączonych elementów pozostawionych przez pacjenta w zakładzie leczniczym.

⁸⁶ Ibidem; M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55³ kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 82.

⁸⁷ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1985, s. 402.

⁸⁸ W. Katner, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. I, red. M. Safjan, Warszawa 2012, t. I, s. 1299.

⁸⁹ L. Bosek, *Problem komercjalizacji ciała ludzkiego w świetle Konwencji o Biomedycynie*, <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=20&ij=1>.

⁹⁰ L. Bosek, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzem*, Warszawa 2011, s. 377.

⁹¹ M. Bławat, *Komercjalizacja ciała ludzkiego*, [w:] *Prawo wobec innowacji technologicznych*, red., A. Sztoldman, Warszawa 2013, s. 79.

Do tej pory określenie charakteru prawnego elementów ludzkiego ciała nie było konieczne i właściwie nie budziło większych zastrzeżeń nazwanie ich dobrami *sui generis*. Rozważania bowiem związane z ciałem ludzkim były ograniczone *de facto* do dwóch sytuacji, tj. poszanowania zwłok ludzkich oraz transplantacji. W odniesieniu do zwłok należy wskazać, że kwestie pochówku, ewentualnego przekazania na cele badawcze oraz zasadę poszanowania dla ciała ludzkiego po śmierci reguluje ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁹², a dodatkową ochroną jest również konstrukcja dobra osobistego w postaci kultu pamięci osoby zmarłej, na którą wielokrotnie wskazywało orzecznictwo Sądu Najwyższego⁹³. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że w wyroku z dnia 9 lutego 2011 r. Sąd Najwyższy wskazał, iż preparowane fragmenty tkanek pobrane w czasie sekcji zwłok nie podlegają ochronie przysługującej ochronie dóbr osobistych⁹⁴. Należy zatem wskazać, że zwłokami po osobie zmarłej mogą, z pewnymi ograniczeniami, dysponować osoby najbliższe⁹⁵, a jeżeli takich nie ma, to wówczas ich dysponentem staje się starosta, który może przekazać je dla celów badawczych.

Drugie zagadnienie /transplantacji/ zostało uregulowane ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. W akcie tym, o charakterze administracyjnoprawnym, jak również w wydanych na jego podstawie rozporządzeniach, określone zostały dwa zagadnienia fundamentalne z punktu widzenia cywilistycznego, a zatem kwestia zgody na pobranie organu oraz kwestia odpłatności takich zabiegów. Ustawa wskazuje bowiem, że zgoda na pobranie organu czy tkanki jest istotnym, choć nie jedynym warunkiem przeprowadzenia takiego zabiegu, jak również zakazuje obrotu komercyjnego tymi organami czy komórkami. Należy jednak wskazać, że ustawa ta reguluje jedynie kwestie pobierania organów, tkanek i komórek dla celów transplantologicznych, pozostawiając poza regulacją pobieranie tych elementów ciała ludzkiego na cele badawcze.

Ustawa, podobnie jak akty prawa międzynarodowego, wprowadza zakaz pobierania zysków finansowych z ciała ludzkiego, kreując konstrukcję zakazu

⁹² Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687).

⁹³ Wyrok SN z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 537/10, LEX nr 846563; wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 256/10, LEX nr 794581; wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2004 r., I CK 484/03, OSNC 2005, nr 4, poz. 69.

⁹⁴ Wyrok SN z dnia 9 lutego 2011 r., VCSK 256/10, Biul. SN 2011, nr 6, poz. 10.

⁹⁵ Dysponowanie to nie tylko możliwość decydowania o czasie, miejscu i sposobie pochowania, ale również możliwość ekshumacji i przeniesienia zwłok już raz pochowanych; zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 listopada 2009 r., VII SA/Wa 1201/09, OSP 2011, nr 10, poz. 105.

dokonywania odpłatnych przeszczepów. Mimo negatywnego etycznie spojrzenia na handel ludzkimi narządami w celach transplantologicznych pojawiają się badania ekonomiczne wskazujące na profity wynikające z dopuszczenia odpłatności za przekazywane narządy⁹⁶, tj. zwiększenie liczby dawców, a co za tym idzie również na poszerzenie dostępności narządów. Podkreśla się, że obecnie w Polsce nie funkcjonuje problem handlu organami dla celów transplantologicznych, choć problem ten dostrzegany jest w wielu krajach świata⁹⁷.

Trzecią wreszcie kwestią związaną z ciałem człowieka jest uznanie nietykalności cielesnej jako jednego z fundamentalnych praw człowieka. Dobro osobiste w postaci nietykalności cielesnej jest gwarancją tego, że nikt nie powinien w sposób bezprawny ingerować w cielesność człowieka, z czym wiąże się bezpośrednio prawo pacjenta do udzielenia zgody na świadczenia medyczne wyrażone w art. 16 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (u.p.p.)⁹⁸.

Analiza obowiązującego stanu prawnego w Polsce prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż nie istnieje żadna prawna regulacja pobierania i przeszczepiania komórek rozrodczych, gonad dla celów innych niż związanych z prokreacją medycznie wspomaganą. Wychodząc z zasady, że to co nie jest zakazane, jest dozwolone, należy dojść do wniosku, że komercyjny obrót nimi jest z punktu widzenia prawa dopuszczalny.

Wydaje się, że podobnie ukształtowana została sytuacja prawna tkanek i komórek ludzkich, które są wytworem ciała ludzkiego, ale mogą być usuwane w sposób konwencjonalnie uznany za powszechny. Mowa tu głównie o włosach ludzkich, które zwłaszcza w ostatnich latach stały się częstym przedmiotem obrotu. Wpływ na to miał bez wątpienia rozwój medycyny estetycznej, ale przede wszystkim rozwój perukarstwa, w tym w związku ze wzmożoną zachorowalnością na choroby nowotworowe. Wydaje się, że zakaz komercjalizacji w tym zakresie byłby zupełnie bezzasadny, pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego i etycznego. Trudno bowiem uznać, że sprzedawanie włosów może budzić jakiejkolwiek wątpliwości moralne czy też może być sprzeczne z szeroko pojętą godnością człowieka. Wydaje się, że słusznie wskazuje L. Bosek, iż gwarancja godności ludzkiej nie chroni zatem wszystkich odłączonych elementów ciała ludzkiego.⁹⁹

⁹⁶ B. Zbrońska, *Między racjonalnością, moralnością i prawem. Mikroekonomiczna analiza rynku transplantacji narządów*, Przegląd Prawa Publicznego 4/2013, s. 92.

⁹⁷ W. Rowiński, *Czy w Polsce możliwy jest handel narządami?*, [w:] *Handel narządami ludzkimi. Etyka, prawo i praktyka*, red. Z. Lasocik, M. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 54.

⁹⁸ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2012 r., poz. 159).

⁹⁹ L. Bosek, *Godność...*, s. 351.

Brak bezpośredniej regulacji prawnej ludzkich próbek biologicznych wykorzystywanych dla celów naukowych powoduje konieczność poddania analizie przedstawianych w Europie modeli stosowanych do określenia charakteru prawnego ludzkich próbek biologicznych. W tym zakresie należy wskazać cztery możliwe podejścia. Pierwsze zakładające, że ciało ludzkie nigdy nie może być przedmiotem niczyjej własności. Historyczny rozwój tej zasady ukonstytuował od niej jednak wiele wyjątków, wskazujących na dopuszczalność uznania niekiedy elementów ciała ludzkiego za rzeczy. Drugi, przeciwny, wskazuje, że odłączone części ciała ludzkiego stanowią przedmiot własności. Trzeci zakłada, że status prawny osoby fizycznej rozciąga się na wszystkie odłączone od niej elementy jako zawierające informację o całym organizmie. Ochrona w tym zakresie opiera się na konstrukcji dóbr osobistych. Konsekwencją jego przyjęcia jest oparcie pobierania i wykorzystywania ludzkich próbek biologicznych na zgodzie dawcy. Ostatni, czwarty, wskazuje na konieczność zastosowania modelu mieszanego zakładającego łączenie wszystkich modeli.

V. Zasada *no property on the human body* i wyjątki od niej

Pierwszą nowożytną i wciąż aktualną koncepcją dotyczącą praw do ciała ludzkiego była zasada wywodząca się z systemu *common law no property on the human body*. Początkowo w Wielkiej Brytanii nie budziło wątpliwości, że ciało ludzkie czy wręcz człowiek może być przedmiotem własności¹⁰⁰, czego najlepszym dowodem było niewolnictwo i stosunki feudalne. Pogląd ten utrzymywał się do początku XIX w., czyli do czasu zniesienia niewolnictwa, choć w orzecznictwie już wcześniej budził wiele kontrowersji. Sędziowie kwestionowali tę zasadę, wskazując m.in. już w 1569 r., że powietrze w Anglii jest zbyt czyste, aby mogli oddychać nim niewolnicy, zatem wszyscy ludzie powinni być wolni¹⁰¹. Kształtowała się zatem zasada przeciwna – *no property on the human body*. Została ona wprost wyrażona w dwóch orzeczeniach sądowych. W pierwszej sprawie oskarżoną była osoba, która kradła sukna okrywające zwłoki¹⁰², w drugiej oskarżono lekarza, który kupił zwłoki bliźniąt syjamskich od osoby, która je ukradła¹⁰³.

¹⁰⁰ R. N. Nwabueze, *Biotechnology and the Challenge of Property. Property Rights in Dead Body, Body Parts, and Genetic Information*, Hampshire 2007, s. 44.

¹⁰¹ *Cartwright's case* (1569) 2 Rushworth 468, opis dostępny on line <http://medico-legal.tripod.com/somersetvstewart.htm#p51-rhc>.

¹⁰² R. Atherton, *Claims on the deceased: The Corpse as Property*, *Journal Law and Medicine* 2001, nr 4, s. 361.

¹⁰³ *Dr Handyside's case, Exelby v. Handyside* (1749) 2 East PC 652, opis dostępny N. Hoppe, *Bioequity: Property and the Human Body*, Ashgate Publishing 2009, s. 79.

W obu tych przypadkach sąd uznał, iż nie było możliwości oskarżenia nikogo o kradzież, gdyż zwłoki nie są rzeczą, a zatem takie działania mogą być uznane jedynie za bezczeszczenie zwłok. Tradycyjnie wskazywano, że ciało człowieka nie może być przedmiotem własności, choć wskazywano również pewne wyjątki jak krew, mocz i włosy¹⁰⁴. Uznanie, że ciało ludzkie nie może być przedmiotem własności, wywoływało jednak wiele praktycznych problemów związanych głównie ze statusem prawnym ludzkich zwłok. Dla przykładu brak było możliwości postawienia zarzutu zaboru mienia osobie, która dokonała kradzieży zwłok¹⁰⁵, choć w orzeczeniu Regina v. Price¹⁰⁶ sąd uznał prawo ojca do posiadania zwłok swojej córki. Wątpliwości budziła także kwestia uznania zwłok ludzkich za części składowe nieruchomości¹⁰⁷.

Przyjmując pogląd, że nie ma możliwości uznania własności na ciele ludzkim, wskazywano jednocześnie, iż ochrona ciała człowieka następuje przez prawo do poszanowania integralności cielesnej, autonomii i prywatności. Należy jednak podkreślić, że ochrona nietykalności cielesnej nie zapewnia ochrony elementów ciała od niego odłączonych. Co więcej, przeciwko uznaniu prawa do integralności jako prawa chroniącego odłączone części ciała ludzkiego przemawia również fakt, iż prawo brytyjskie uznaje przywłaszczenie części ciała za kradzież, a nie jako przestępstwo przeciwko osobie. Wydaje się jednak, że ochrona, która wynika z brytyjskiej ustawy o tkankach (Human Tissue Act)¹⁰⁸, wskazuje na potwierdzenie zasady *no property on the human body*. Mimo że nie określa wprost charakteru prawnego ciała ludzkiego, to jednak wprowadzając wymóg zgody na pobranie tkanek, a nie umowy przenoszącej własność, wskazuje pośrednio, iż ochrona ludzkich tkanek ma swoje źródło w prawie do integralności osoby ludzkiej¹⁰⁹. Należy również wskazać, że niektórzy autorzy prezentują pogląd przeciwny, podkreślając, że konieczność uzyskania zgody wymagana przez HTA jest właśnie uznaniem elementów ciała ludzkiego za przedmioty własności¹¹⁰.

¹⁰⁴ J. Herring, P.-L. Chau, *My Body Your Body, Our Body*, Medical Law Review 2007, nr 15, s. 36.

¹⁰⁵ R. Taylor, *Human Property: Threat or saviour?*, Property Law and Legislation 2002, nr 4, dostępny w wersji on line www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2002/44.html.

¹⁰⁶ 20. (1884) 12 App. Cas. 247 (Q.B.D.).

¹⁰⁷ *R v. Stewart* (1840) Dear&Bell 159, opis dostępny on line www.law.mq.edu.au/research/colonial_case_law/nsw/cases/case_index/1840/r_v_stewart/.

¹⁰⁸ Human Tissue Act 2004, który otrzymał asygnatę królewską w dniu 15 listopada 2004 r., dalej nazywany HTA.

¹⁰⁹ J. Herring, P.-L. Chau, *My Body...*, s. 37.

¹¹⁰ D. Beyleveld, R. Brownsword, *My body, my body parts, my property*, Health Care Analysis 2000, nr 2, s. 96.

Co ważne, angielskie prawo pozytywne *de facto* nie określa statusu prawnego ciała ludzkiego, pozostawiając regulację tej kwestii orzecznictwu. Ogólną zasadą wynikającą z *common law* jest zatem uznanie, że nie ma własności na ciele ludzkim, jednak rozwój nauk medycznych i komercjalizacja wyników badań naukowych skłoniły orzecznictwo do stworzenia wielu wyjątków od tej zasady.

Jeden z pierwszych wyjątków dotyczył uprawnień quasi-właścicielskich do zwłok przysługujących katowi¹¹¹, krewnym zmarłego albo właścicielowi posesji, na której zostały znalezione.

Drugim wyjątkiem¹¹² było uznanie, że praca i umiejętności mogą zmienić ciało lub jego element w przedmiot własności, jeżeli element tego ciała był w prawnym posiadaniu osoby, która go przetworzyła. Zgodnie z art. 32 Human Tissue Act materiał biologiczny może stać się przedmiotem własności w wyniku „zastosowania” wiedzy¹¹³, przy czym nie jest do końca jasne, co musi nastąpić, żeby element ciała mógł być uznany za przetworzony¹¹⁴. W Australii uznano za przetworzone nawet próbki tkanek włożone do parafiny¹¹⁵, natomiast w Wielkiej Brytanii, w świetle orzecznictwa, samo zakonserwowanie tkanek nie uzasadnia jeszcze powołania się na ten wyjątek¹¹⁶.

Trzeci wyjątek dotyczy sytuacji, w której ciało człowieka staje się okazem muzealnym. Dotyczy to m.in. egipskich mumii, które jako przedmiot są własnością muzeum¹¹⁷.

Ostatni wyjątek dotyczy regenerujących się tkanek. Sądy w orzeczeniach wskazują jednoznacznie na możliwość kradzieży tych tkanek, co potwierdza tezę, iż uprawnienia wobec nich mają charakter właścicielski. Przedmiotowa kwestia była szeroko analizowana przez orzecznictwo przy okazji rozwiązywania problemów dotyczących m.in. możliwości kradzieży włosów z ludzkiej głowy¹¹⁸,

¹¹¹ R. Magnusson, *The recognition of propriety high in human tissue in common law jurisdictions*, Melbourne University Law Review 1992, nr 3, s. 603.

¹¹² W orzeczeniu *Doodeward v. Spence* (1908) 6 CLR 406 sąd rozstrzygał kwestię praw własności do preparatu z dwugłowego dziecka; preparat został sprzedany jako element spadku po doktorze, który go wykonał, dostępny on line www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1908/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title%28doodeward%20and%20spence%20%29

¹¹³ Art. 32 ust. 9 podpunkt b Human Tissue Act.

¹¹⁴ J. Herring, P.-L. Chau, *My Body...*, s. 35.

¹¹⁵ *Pecar v. National Australia Trustees Ltd (The Estate of Ivan Ulrich Deceased)* n. 2518 of 1996, 27.10.1996, opis dostępny www.alrc.gov.au/publications/20-ownership-samples-and-human-tissue-acts/legal-status-genetic-samples.

¹¹⁶ *Dobson v. North Tyneside Health Authority* (1996) 4 All ER 474, dostępny on line www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1996/1301.html, data wejścia 28.10.2012 r.

¹¹⁷ R. Taylor, *Human Property...*

¹¹⁸ *R v. Herbert*, Journal of Criminal Law 1961, nr 25, s. 163.

kradzieży kapsułki krwi¹¹⁹ czy wylewania próbki moczu. Działania te zostały spenalizowane i uznane za przestępstwa przeciwko własności¹²⁰.

W doktrynie *common law* niekiedy wskazuje się, że stanowisko uznające ludzkie próbki biologiczne jako rzeczy, zdaje się nie zauważać elementu połączenia informacji pochodzącej z próbki biologicznej z ciałem ludzkim.¹²¹ Jednak należy podkreślić, że w praktyce zastosowanie tej zasady powodowało niemożność przyznania jakiejkolwiek ochrony dawcom. Dla przykładu można wskazać orzeczenie w sprawie *Jonathan Yearworth and Other vs. North Bristol NHS Trust*, w którym sąd rozstrzygał prawo własności nad męskimi komórkami rozrodczymi. Sąd badał stan faktyczny, z którego wynikało, że sześciu mężczyzn oddało swoje nasienie do przechowania i ewentualnego późniejszego wykorzystania w celach prokreacyjnych w związku z rozpoczynaniem chemioterapii. W wyniku jednak awarii systemu placówki przechowującej komórki doszło do ich zniszczenia, a mężczyźni domagali się odszkodowania za zniszczony materiał biologiczny, deklarując, że w ten sposób utracili oni całkowicie zdolność rozrodczą. Sąd w tym zakresie rozważał dwa aspekty. Pierwszym była konieczność rozstrzygnięcia, czy zniszczenie takich wyabstrahowanych z ciała ludzkiego komórek może być uznane za szkodę osobie. Drugie, czy przekazane komórki były ich własnością. W zakresie pierwszych rozważań sąd uznał, że nie doszło do szkód na osobie, gdyż komórki te nie znajdowały się już w ciałach tych mężczyzn, a do szkody nie doszło w wyniku ich pobrania, czyli naruszenia nietykalności cielesnej. Rozważając odpowiedź na drugie pytanie, sąd, powołując się na zasadę *no property on the human body*, uznał, że komórki te nie były ich własnością.¹²² Odpowiadając na zarzuty pozwanego sąd uzasadnił, że utrata spermy nie stanowi krzywdy na ciele ani szkody w ich majątku, albowiem skoro sperma nie stanowi przedmiotu własności w myśl zasady *no property on the human body*, to jej zniszczenie nie może stanowić szkody, uszczerbku w czymś majątku. Sąd brytyjski uznał, że w świetle obecnych odkryć medycyny należy poddać rewizji ustaloną wcześniej zasadę *no property on the human body*. Zwrócił jednocześnie w orzeczeniu uwagę na bardzo istotny praktyczny aspekt problemu. Stwierdził bowiem, że stosując przedmiotową zasadę w sposób dogmatyczny, np. w sytuacji, kiedy chirurg przed przyszczeniem oderwanego palca uszkodziłby go, nie poniós-

¹¹⁹ R v. *Welsh* (1974) RTR478, opis dostępny J. Herring, *Medical law and ethics*, Oxford 2012., s. 478.

¹²⁰ D. Mortimer, *Property rights in body parts: The relevance of Moor's case in Australia*, Monash University Law Review 1993, nr 2, s. 217–245.

¹²¹ M. Macilotti, *The legal status of human biological materials and the consequences in biobanking*, Revista de Derecho y Genoma Humano 1/2011, s. 126.

¹²² *J. Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust, Property: The future of Human tissue?*, Medical Law Review 3/2009, s. 457 i nast.

łby on żadnej odpowiedzialności. Odcięty palec nie jest bowiem ani częścią ciała człowieka, ani przedmiotem jego własności. Brak możliwości przyjęcia jakiegokolwiek odpowiedzialności w analogicznych sytuacjach doprowadził do wskazania przez sąd, że przechowywana w stanie zamrożenia sperma stanowi przedmiot własności z uwagi na wyjątek *work and skills exemption*. Sąd argumentował, że powodowie mieli możliwość decydowania i kontrolowania losów pochodzącego od nich nasienia. Mężczyźni ci sami ejakulowali spermę w celu jej utrwalenia i późniejszego jej wykorzystania do zapłodnienia. Uprawnienia tych mężczyzn są oczywiście ograniczone przepisami prawa oraz koniecznością skorzystania z pomocy medycznej w celu jej wykorzystania. Jednakże, zdaniem sądu, dla uznania, iż określony element stanowi przedmiot własności, nie jest potrzebne wykazanie, iż uprawnienia wobec niego przysługujące danej osobie mają charakter absolutny. Sąd uzasadniał, że właściciel ziemi też nie jest w pełni wolny w zakresie budowania na swoim gruncie, ani aptekarz nie ma pełnej wolności co do tego, komu może sprzedać leki. Ponadto dopóki próbki z nasieniem istniały, w gestii mężczyzn pozostawała negatywna kontrola, tzn. że bez ich zgody nie można było nic z próbkami zrobić, a ich właściciele mogli w każdym czasie wystąpić o ich zniszczenie. Takie rozstrzygnięcie, pomimo argumentacji wyrażonej w uzasadnieniu sądu, spowodowało, że roszczenia powodów nie zostały uznane.

Z uwagi na rangę problemu o prawie do własności spermy wypowiedział się również sąd w 2000 r., wskazując na niedopuszczalność uznania prawa własności wdowy do spermy pochodzącej od zmarłego męża. Kobieta pobrała nasienie męża po jego śmierci, a z uwagi na fakt, że prawo brytyjskie zakazuje zapłodnienia po zmarłym, chciała wywieźć nasienie do Belgii, aby tam poddać się zapłodnieniu¹²³.

Brak ochrony własności oddzielonych części ludzkiego ciała pozostaje w znacznym kontraście z ochroną gwarantowaną przez własność intelektualną wynikającą z patentów na ludzkich genach i liniach komórkowych.¹²⁴ Brak takiej ochrony spowodował również konieczność zawierania umów z dawcami, gwarantując im ich prawa i udział w zyskach. Jako przykład takiej umowy można wskazać umowę dotyczącą dawców chorych na pseudoxanthoma (PXE). Na mocy umowy z dawczynią widniała ona w zgłoszeniu patentowym, a po zawarciu ugody prawa patentowe pozostały przy organizacji zrzeszającej chorych.

Kontynuacja tego nurtu zakładająca udział w zyskach wynikających z patentów widoczna była również w sprawie *Greenberg v. Miami Children's Hospital*

¹²³ *R v. Human Fertilization and Embryology Authority; Ex parte Blood* (1997) 2 All ER 687, dostępne on line – www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648631.

¹²⁴ R. Rao *Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?*, s. Journal of law medicine and ethics v. 35/2007, s. 372.

*Research Institute et. al.*¹²⁵, w której ojciec dzieci chorych na chorobę Canavana oddawał ich próbki krwi i moczu, a po ich śmierci również komórki mózgowe. Ponadto namówił on również inne rodziny dotknięte tą chorobą do przekazywania na cele badawcze ich tkanek. Naukowiec pracujący na tych tkankach odkrył i opatentował gen odpowiedzialny za chorobę, zakazując również wykonywania przez inne laboratoria nad nią testów. Rodziny wskazały, że w formularzach zgody nigdy nie wyraziły zgody na taką komercjalizację. Sąd dopuścił do rozpoznania zarzutu niesprawiedliwego wzbogacenia i wskazał, że oddane tkanki były bezzwrotnymi darowiznami, a prawa rzeczowe w stosunku do ciała wygasają, kiedy próbka jest dobrowolnie oddawana osobie trzeciej. Sąd odrzucił koncepcję, zgodnie z którą informacja genetyczna nie stanowi odrębnego przedmiotu od tkanek, wskazując, że informacja przetworzona staje się produktem i własnością naukowca. W sprawie tej została zawarta ugoda, na podstawie której zgłoszenie patentowe nie mogło uniemożliwiać wykorzystywania badań na obecność danego genu oraz testów dla celów naukowych, a powodowie otrzymali odszkodowanie z uwagi na ukrycie przed nimi zamiaru komercjalizacji.

VI. Własność ludzkiego ciała

Kolejna koncepcja zakładająca, że ciało człowieka może być przedmiotem własności, wynika wprost z zastosowania wyjątków od zasady *no property on the human body*¹²⁶.

Wskazuje się, że odejście od zasady *no property on the human body* i uznanie, że człowiek jest właścicielem swojego ciała, niesie ze sobą istotne korzyści. Prawo własności bowiem daje prawo do kontroli nad częściami ciała wówczas, kiedy zostaną one oddzielone. W literaturze przedmiotu podnosi się, iż uznanie prawa własności przyczyni się do pełniejszego poszanowania autonomii jednostki, co jest zgodne z zasadą szacunku dla ludzkiej godności. Podejście zatem prawnorzeczowe zwiększa bez wątpienia bezpieczeństwo jednostek¹²⁷ i występuje zarówno w krajach wywodzących się z tradycji *common law*, jak i prawa stanowiącego.

¹²⁵ *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute et. al.*, orzeczenie United States District Court for the Southern District of Florida z dn. 29 maja 2013 roku; w anglojęzycznych źródłach cytowany jako *Greenberg v. Miami Children's Hosp. Research Inst.* 264 F. Supp. 2d 1064, 1073 (S.D. Fla. 2003).

¹²⁶ R. Taylor, *Human Property*...

¹²⁷ R. N. Nwabueze, *Donated organs, property rights and the remedial quagmire*, *Medical Law Review* 2008, nr 1, s. 46.

Przykładem kraju, w którym koncepcja uznania praw własności nad odłączonymi elementami ciała ludzkiego występuje, są Włochy. W prawie włoskim uznawano, że właścicielem odłączonych części ludzkiego ciała staje się każdy, kto je objął w posiadanie¹²⁸. Teoria ta zakłada bowiem, że własność powstaje w momencie odłączenia organu od człowieka. Potwierdził to wyrok sądu z Mediolanu z 1960 r., wskazujący, że pacjent jest właścicielem materiału biologicznego wyodrębnionego w ramach operacji¹²⁹.

W doktrynie włoskiej nie ulega również wątpliwości, że przedmiotem własności są włosy czy kobiece mleko. Mogą one bowiem być przedmiotem obrotu gospodarczego, gdyż ich wyodrębnienie z ciała ludzkiego nie narusza integralności człowieka¹³⁰.

Inny charakter mają natomiast krew i szpik kostny, które mogą być przedmiotem transplantacji i transfuzji. W momencie, kiedy dawca wyrazi zgodę na przeszczep, traci wszystkie uprawnienia do swojej krwi czy szpiku kostnego, które staną się częścią ciała innego człowieka.

Jeszcze inaczej postrzegana jest kwestia elementów ciała, które nie będąc odnawialnymi (jak krew czy szpik kostny), są pobierane dla celów diagnostycznych. Nie są one bowiem przedmiotami autonomicznymi, wskazują na cechy osoby, od której pochodzą. Z uwagi jednak na fakt, iż te elementy poddawane są różnym przetworzeniom w ramach badań histologicznych, genetycznych lub też konserwacji w celu ich późniejszego wykorzystania dla celów naukowych, tradycyjnie uznawało się, że są one przedmiotem własności¹³¹.

Jak wskazuje De Cupis, części odłączone od ciała ludzkiego, których odłączenie nie jest związane z nieodwracalnym uszkodzeniem ciała, stają się dobrami ruchomymi, którymi można rozporządzać z pewnymi ograniczeniami wynikającymi z art. 5 codice civile (Kodeksu cywilnego)¹³². Należy zauważyć, że rzeczami (*beni*) w rozumieniu art. 810 c.c. są przedmioty, które mogą być przedmiotem praw. Zgodnie z tą teorią części ciała ludzkiego stają się rzeczami w momencie ich odłączenia od ciała.

Inna koncepcja wskazuje, że w momencie odłączenia części ludzkiego ciała stają się rzeczą niczyją, która nie może do nikogo należeć i w konsekwencji

¹²⁸ M. Tallacchini, *Bodyright. Corpo biotecnologico e biodiritto*, Biblioteca della libertà, 1998, vol. XXXIII, s. 24.

¹²⁹ Wyrok sądu w Mediolanie z dnia 17 kwietnia 1961 r., *Termi* 1961, nr 37, s. 141.

¹³⁰ M. Macilotti, U. Izzo, G. Pascuzzi, M. Barbareschi, *La disciplina giuridica delle biobanche*, *Pathologica* 2008, nr 3, s. 107.

¹³¹ *Ibidem*, s. 92.

¹³² A. De Cupis, *I diritti della personalità*, [w:] A. Cicu, F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1985, s. 159.

tego stają się przedmiotem własności dopiero w chwili wprowadzenia ich do ciała innej osoby¹³³.

W doktrynie włoskiej pojawia się również koncepcja wskazująca na podobieństwo między częściami ciała ludzkiego a ludzką myślą¹³⁴. Zgodnie z nią człowiek jest tak samo właścicielem utworu, który stworzył, jak też wszystkich swoich śladów biologicznych na zasadzie art. 2576 c.c. Człowiek zatem staje się właścicielem wszystkich swoich części ciała nawet wówczas, gdy zostały one odłączone podczas operacji¹³⁵.

Niekiedy również wskazuje się, iż odłączone elementy ciała człowieka należy traktować jak pożytki naturalne, które mogą być uzyskane przy pomocy chirurga¹³⁶.

Generalnie zatem można przyjąć, że większość doktryny włoskiej wskazuje na to, iż odłączone części ciała ludzkiego są przedmiotem własności, zauważając jednocześnie dość istotny problem, tj. uznanie, iż tkanki ludzkie są przedmiotem własności, może zagrozić istniejącym już biobankom i badaniom naukowym. Dlatego też wskazuje się na możliwość posługiwania się pomocniczo pojęciem dobra wspólnego, szczególnie widocznego w powszechnej Deklaracji o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka. Konsekwencją przyjęcia teorii dobra wspólnego jest to, że nikt nie ma praw do materiału genetycznego, a zatem powinny powstać albo organizacje, które reprezentować będą prawa dawców, lub też dawcy będą przenosić wszystkie prawa na niezależny podmiot działający na zasadzie trustu, którego rolę mogą przejąć biobanki.

Przechodząc do przykładów uznania praw własności na odłączonych częściach ciała ludzkiego w krajach należących do tradycji *common law*, należy wskazać, że zasada *no property on the human body* wywodzi się z konieczności ograniczenia komercyjnych przeszczepów oraz zakazu niewolnictwa oraz że odnosi się ona do ciała człowieka jako takiego, co zostało szczególnie podkreślone w sprawie *R vs. Bentham*, w której sąd wskazał, że nikt nie może posiadać nic, co nie jest od niego odłączone. Podobna interpretacja wynika z raportu *Muffieldy Council on Bioethics*, w której wskazano że zakaz uznania własności na ciele ludzkim ma sprzyjać altruistycznym donacjom organów.¹³⁷ W praktyce wskazuje się, że nawet studenci medycyny mają długą tradycję w kupowaniu elementów ciała

¹³³ M. Macilotti, U. Izzo, G. Pascuzzi, M. Barbareschi, *La disciplina giuridica...*, s. 92.

¹³⁴ F. S. Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1986, s. 52.

¹³⁵ M. Macilotti, U. Izzo, G. Pascuzzi, M. Barbareschi, *La disciplina giuridica...*, s. 92.

¹³⁶ G. Criscuoli, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli art. 820–821 c.c.*, *Rivista di diritto familiare e delle persone* 1985, vol. XIV, s. 271.

¹³⁷ R. Vard, *Proprietary Rights in Human Tissue*, *Hibernian Law Journal* 12/2013, s. 102.

ludzkiego, w szczególności ludzkich tkanek.¹³⁸ Konieczność odejścia od zasady *no property on the human body* wynika również z faktu, że zasada ta ukształtowana została w XIX w., zaś obecnie ciało ludzkie jest źródłem wielomilionowych zysków, a zakaz komercjalizacji wydaje się fikcją.¹³⁹

Ponadto należy podnieść, że prawo do nietykalności, godności i autonomii umożliwia kontrolowanie tego, co się dzieje z naszym ciałem, w żaden natomiast sposób nie wpływa na kontrolowanie tego, co się dzieje z odłączonymi częściami ciała. Własność nad odłączonymi częściami ciała ludzkiego pozwala jednostkom na uzyskanie pełnej kontroli nad tym, co się z nimi dzieje, w odróżnieniu od pierwotnej zasady, która wprowadziła zapewniła ochronę przed usunięciem elementów ciała bez zgody, ale jednak nie daje możliwości odzyskania ich po odłączeniu. Również, co niezmiernie ważne z praktycznego punktu widzenia, zasada *no property on the human body* nie zapewnia też osobie, od której te elementy ciała pochodzą, udziału w zyskach płynących z ich wykorzystania¹⁴⁰.

Zdaniem G. Laurie uznanie prawa własności na ciele odbywa się właśnie przez własność intelektualną i przyznawanie patentów. W takim ujęciu jednak właścicielami elementów ciała ludzkiego są wynalazcy, a nie osoby, od których został pobrany materiał będący podstawą odkryć¹⁴¹. Z tego też powodu *Human Genome Organisation Ethic Committee* wydało rekomendację, w której postuluje by podmioty, uzyskujące zyski z badań genetycznych, przeznaczyły 1–3% swojego zysku netto na wspieranie infrastruktury opieki medycznej albo na cele humanitarne¹⁴² tak, aby zyski z tych badań, choć pośrednio również trafiały do dawców materiału.

W doktrynie wskazuje się, że potrzebna jest zmiana w podejściu do uczestniczenia w zyskach z osiągnięć uzyskanych z badań nad materiałem genetycznym człowieka, gdyż nastąpił pewien kryzys zaufania do badań genetycznych. Proces ten związany jest ze wzrastającą rolą sektora prywatnego w prowadzeniu takich badań. Tworzenie praw intelektualnych do takich wynalazków przyczyniło się bezpośrednio do odseparowania badań genetycznych od strefy publicznej, co z kolei sprawiło, że wyniki tych badań nie są powszechnie dostępne¹⁴³.

¹³⁸ Ibidem, s. 103.

¹³⁹ Australian Law Reform Commission, „Human Tissue Transplant”.

¹⁴⁰ J. Herring, P.-L. Chau, *My Body...*, s. 36.

¹⁴¹ G. Laurie, *Privacy, property or permission? Need our models for regulating personal genetic material be mutually exclusive?*, Law and Technology 2002, nr november 6–8, s. 18, dostępny on line – www.actapress.com/Content_of_Proceeding.aspx?proceedingid=325.

¹⁴² B. M. Knoppers, R. Chadwick, H. Takebe, K. Berg, J. M. Cantu, A. S. Daar, E. M. Engels, M. Kirby, D. Macer, T. H. Murray, R.-Z. Qiu, I. C. Verma, D. C. Wertz, *HUGO urges genetic and benefit-sharing*, Community Genetics 2000, nr 2, s. 88.

¹⁴³ G. Laurie, *Privacy, property...*, s. 16.

Podkreśla się ponadto, że niewłaściwe jest, iż osoby, które dostarczają próbki biologicznych, i których uczestnictwo jest konieczne dla powodzenia projektu badawczego są następnie pomijane w podziale zysków. Ochrona bowiem tych podmiotów ogranicza się jedynie do uzyskania od nich tzw. poinformowanej zgody¹⁴⁴. Jako przykład takiego postępowania można podać decyzję Europejskiego Urzędu Patentowego w sprawie produkcji proteiny, której materiał genetyczny pochodził od kobiety w ciąży. W wyroku tym organ uznał, że wystarczającym warunkiem przemawiającym za dopuszczalnością takiego badania, jak i gwarantującym poszanowanie godności kobiety w ciąży, jest udzielenie przez nią zgody¹⁴⁵.

Wskazuje się, że zgoda to niewystarczająca ochrona, uprawnieniem bowiem jest tylko wstrzymanie zgody. Często też osoba, która już złożyła zgodę, nie może jej wycofać po osiągnięciu przez badanie określonego stadium. Dawcy próbek biologicznych nie mają ponadto możliwości kontrolowania sposobu ich wykorzystania. Zgodnie z obecnie przyjętym w Anglii¹⁴⁶, jak i w Polsce modelem regulacji uznaje się, że próbka jest swojego rodzaju prezentem dla badacza.

Należy podnieść, że darowizny materiału genetycznego są udzielane bezwarunkowo, co niewątpliwie jest zgodne z interesem publicznym i przyczynia się do rozwoju medycyny i genetyki. Podczas prac nad *Human Tissue Act* wskazywano, że właścicielem ciała człowieka nie jest ani państwo, ani naukowcy, ani lekarz, gdyż to od dawcy zależy, czy przekazać ten dar (własne tkanki) dla celów badawczych¹⁴⁷. Przyjęcie jednak, iż przekazanie próbek biologicznych jest darowizną, wskazuje na to, że próbka staje się przedmiotem własności laboratorium czy biobanku. Skoro zatem człowiekowi nie przysługuje własność nad pochodzącymi od niego tkankami, to należałoby uznać, że jedynym podmiotem, który nie byłby właścicielem, jest dawca. Taki tok rozumowania widoczny jest również w sprawie *Moore*¹⁴⁸. Paradoks ten zauważył sędzia, który w zdaniu odrębnym do

¹⁴⁴ Termin przyjęty w literaturze polskiej, będący kalką z języka angielskiego (*informed consent*), oznacza zgodę uzyskaną po uprzednim poinformowaniu osoby mającej być poddaną interwencji medycznej o wszelkich okolicznościach i ewentualnych konsekwencjach tej interwencji, jak też o jej prawach. Używa się również terminu „świadoma zgoda”.

¹⁴⁵ Howard Floyer/Relaxin [1995] EPOR 541, opis dostępny N. Hawkins, *Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe: A Reappraisal* on SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Societyline 3/2010, dostępny on line – www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol7-3/hawkins.asp.

¹⁴⁶ I. S. Kohane, R.B. Altman, *Health-Information Altruists – A potentially Critical Resource*, New England Journal of Medicine 2005, nr 19, s. 2074.

¹⁴⁷ R. Hardcastle, *Law and the Human Body. Property Rights, Ownership and Control*, Oxford–Portland–Oregon 2007, s. 105.

¹⁴⁸ *Moore v. Regents of the University of California* (1990) 51 Cal. 3d 120 [271 Cal.

powyższego wyroku wskazał, że pacjent nie ma żadnych praw do odłączonych części swojego ciała i tym samym zostaje on również wykluczony z zysków, choć jest jedyną osobą, która uczyniła odkrycie genu odpowiedzialnego za daną chorobę możliwym¹⁴⁹. Należy jednak wskazać, że teoria darowizny materiału genetycznego wywodzi się z koncepcji przeszczepów i krwiodawstwa, która wskazuje, że są one rodzajem odpowiedzialności obywatelskiej i międzyludzkiej¹⁵⁰.

Podkreśla się, że uznanie uprawnień właścicielskich względem materiału biologicznego będzie umożliwiało dawcom uzyskanie również prawa do informacji o skutkach badań przeprowadzonych na ich materiale biologicznym¹⁵¹. Z ankiet opracowanych przez Medical Research Council wynika, że każdy z zainteresowanych wskazał, iż chciałby wiedzieć, co dzięki jego próbce udało się osiągnąć i odkryć¹⁵². Nie można również ignorować wartości komercyjnej, jaką próbka stanowi zarówno dla badaczy, jak i osób, od których pochodzi. Wielu autorów¹⁵³ podkreśla, że zasada równości wymaga, żeby obecnie panująca niesprawiedliwość w podziale zysków została wyrównana, co może być osiągnięte, jak się podkreśla, dzięki uznaniu praw właścicielskich.

Wskazuje się, że zmiany w podejściu do kwestii udziału w zyskach są już widoczne w praktyce amerykańskiej. Przykładem może być choćby sytuacja rodzin cierpiących na rzadką chorobę PXE, które zgodziły się na dostarczenie próbek jedynie w sytuacji, kiedy zostaną wymienione w ewentualnym zgłoszeniu patentowym i otrzymają 50% z ewentualnego zysku¹⁵⁴. Powyższy przykład wskazuje na powolne odwracanie się od tendencji darowania próbek i może bez wątpienia stanowić zapowiedź zmiany w kulturze badawczej również w Wielkiej Brytanii.

Niektórzy autorzy¹⁵⁵ wskazują również, że nie sposób nie zauważyć pewnych zagrożeń związanych z uznaniem modelu własnościowego. Płacenie dawcom może bowiem spowodować, że wzrosną koszty badań naukowych, choć trzeba pamiętać, że człowiek zawsze będzie miał możliwość darowania swoich tkanek.

Rptr. 146, 793 P.2d 479] opis <http://law.justia.com/cases/california/cal3d/51/120.html>.

¹⁴⁹ G. Laurie, *Privacy, property...*, s. 20.

¹⁵⁰ A. V. Campbell, *The Body in Bioethics*, London 2009, s. 61.

¹⁵¹ G. Laurie, *Privacy, property...*, s. 20.

¹⁵² Medical Research Council, Public perception of the collection of human biological samples, London 2000, par. 6.9, dostępny on line – www.ukbiobank.ac.uk/wp-content/uploads/2011/07/Public-Perceptions-Collection-Human-Biological-Samples.pdf.

¹⁵³ G. Laurie, *Privacy, property...*, s. 20; por. także W. Boulier, *Sperm, Spleens and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts*, Hofstra Law Review 1995, nr 3, s. 693; C. M. V. Barrad, *Genetic information and Property Theory*, Northwestern University Law Review 1993, nr 3, s. 1037.

¹⁵⁴ G. Laurie, *Privacy, property...*, s. 21; dostępny on line – www.pxe.org.

¹⁵⁵ ibidem, s. 22.

Medical Research Council wskazuje ponadto, że dawcy nie powinni być opłacani za oddanie tkanek, z wyłączeniem zwrotu kosztów¹⁵⁶. Zapłata może bowiem utrudnić udzielenie świadomej zgody przez dawcę tkanek. Podobnie Główna Rada Medyczna (*General Medical Council*) wskazuje, że nie należy oferować dawcom wynagrodzenia, które mogłoby ich skłonić do podjęcia ryzyka, którego nigdy by nie podjęli w innych okolicznościach¹⁵⁷.

Zdaniem S. Wilkinsona argumenty te nie są słuszne, gdyż ludzie nie sprzedawaliby żadnych rzeczy, jeżeliby nie zostało im zaproponowane wynagrodzenie¹⁵⁸. Problem ryzyka można rozwiązać przez lepszą kontrolę, np. przez system licencji i rejestracji. Autor podnosi także niesłuszność poglądów o etycznej niedopuszczalności decydowania się na poniesienie ryzyka w zamian za gratyfikację finansową, wskazując, iż przykładowo kandydaci do służby wojskowej podejmują takie lub dalece większe ryzyko w zamian za korzyści finansowe. Wskazuje on ponadto, że jeżeli poinformowana osoba uzna, iż poniesienie pewnego ryzyka za określoną kwotę jest celowe, to nie sposób przyjąć, że nie jest to w jej interesie. Ponadto zdaniem autora, skoro moralnie nie jest naganne, że badacze czerpią z tych tkanek korzyści finansowe, to tym bardziej nie powinno być odbierane jako naganne czerpanie zysku przez dawcę tkanek¹⁵⁹.

Prawo własności na odłączonych częściach ciała zostało uznane w licznych orzeczeniach sądowych, jak w sprawie Moore'a czy Catalona. Ze sprawy *Moore vs. Regents of the University of California* nie wynika całkowity brak uznania, że wyodrębnione elementy ciała ludzkiego nie są rzeczami. Sąd bowiem nie uznał jedynie prawa dawcy do udziału w zyskach, nie ograniczając tym samym korzyści finansowych badaczy uzyskanych w wyniku zgłoszenia patentu na linię komórkową Moore'a¹⁶⁰.

W sprawie Catalona sąd jednoznacznie uznał istnienie prawa własności próbek na rzecz Uniwersytetu Waszyngtona w St. Louis¹⁶¹. Orzeczenie to zapadło

¹⁵⁶ Medical Research Council, Human Tissue and Biological Samples for Use in Research: 3/2001, dostępne on line – www.mrc.ac.uk/Utilities/Documentrecord/index.htm?d=MRC002420.

¹⁵⁷ S. Wilkinson, *Biomedical research and the commercial exploitation of human tissue*, Genomics, Society and Policy 2005, nr 1, s. 27–31.

¹⁵⁸ General Medical Council, Research: the role and responsibilities of doctors, 2002, s. 14, dostępne on line – www.gmc-uk.org/guidance/good_medical_practice/duties_of_a_doctor.asp.

¹⁵⁹ S. Wilkinson, *Biomedical research...*, s. 27–31.

¹⁶⁰ L. Skene, *Proprietary rights in human bodies, body parts and tissue: regulatory contexts and proposals for new laws*, Legal Studies, 22/2003, s. 107.

¹⁶¹ Wyrok z dnia 31 marca 2006 r. *Washington University v. William J. Catalona*, dostępny on line – www.circare.org/lex/03cv01065_opinion.pdf; L. B. Rowe, *You don't me: Recommendations to protect human contributors of biological material after Washington*

na tle następującego stanu faktycznego. Doktor Catalona był słynnym urologiem i naukowcem z Uniwersytetu w Waszyngtonie zajmującym się nowotworem prostaty. Zebrał on ponad 250 000 próbek materiału biologicznego od 3600 swoich pacjentów¹⁶². Próbkę te przechowywane były w biobanku GU Biorepository. Po tym jak naukowiec zakończył współpracę z Uniwersytetem w Waszyngtonie, chciał przenieść próbki na Uniwersytet w Chicago. Wysłał listy do dawców próbek z informacją o zmianie miejsca pracy oraz z prośbą o udzielenie zgody na przeniesienie tych próbek. Mimo uzyskanych zgód dawców Uniwersytet w Waszyngtonie nie wyraził zgody na zabranie próbek, wskazując, że dawcy wyrazili pierwotnie zgodę na ich umieszczenie w biobanku i tym samym przenieśli swoje prawa właścicielskie na biobank. Z orzeczenia zapadłego w tej sprawie¹⁶³ wynika, że osoba, która wyraziła zgodę na umieszczenie swojego materiału genetycznego w biobanku, traci właściwie wszystkie do niego prawa, a jej zgoda w tym zakresie nie może zostać zmieniona. Ponadto wskazano, że po cofnięciu zgody przez pacjentów możliwe jest zniszczenie próbek lub ich anonimizacja.

Podobnie w wyroku *Colavito vs. New York Organ Donor Network* sąd uznał, że ciało ludzkie może być traktowane jako przedmiot własności w ściśle określonych sytuacjach, czego wyrazem jest uznanie, że może [p] być ono przenoszone w drodze darowizny, nigdy w drodze sprzedaży. Orzeczenie to dotyczyło organów przygotowanych do przeszczepień.¹⁶⁴

VII. Zasada świadomej zgody – *we are our body*

Najbardziej klasycznym modelem jest przyjęcie, że każdy element ciała ludzkiego podziela charakter prawny całego człowieka. Zasada ta wyrażona przez M. Macilotti w określeniu *we are our body* zakłada, że podstawą każdego rozporządzenia odłączonym elementem ciała ludzkiego jest zgoda, która w założeniu swoim stanowi przesłankę uchylającą bezprawność naruszenia dobra osobistego wynikającego z przysługującej każdemu człowiekowi godności. Takie postrzeganie elementów ciała ludzkiego widoczne jest zarówno w polskiej ustawie transplantologicznej, w prawie czeskim, jak i w aktach międzynarodowych¹⁶⁵.

University v. Catalona, Chicago Kent Law Review 1/2008, s. 243.

¹⁶² M. Macilotti, *Consensus informato...*, s. 91.

¹⁶³ L. Andrews, *Two perspectives: rights of donor: who owns your body? A patient's perspective on Washington University vs Catalona*, The Journal of Law, Medicine & Ethics 2006, nr 34, s. 398 i nast.

¹⁶⁴ E. Colleran, *My Body, his property?: Prescribing a framework to determine ownership interests in directly donated human organs*, Temple Law Review 13/2007, s. 1204.

¹⁶⁵ M. Goniewicz, R. Patryn, K. Goniewicz, A. Włoszczak-Szubza, *Legal Concept*

Świadoma zgoda jako warunek wykorzystywania materiału biologicznego pojawiła się również w rekomendacjach wydanych w 2007 roku przez Narodowy Instytut Nowotworów (SCI), w których wskazywano, że naukowcy korzystający z próbek biologicznych powinni uzyskać świadomą zgodę uczestników badań.¹⁶⁶ Założenie to widoczne jest również w innych ustawodawstwach opierających możliwości dysponowania ludzką próbką biologiczną przez biobanki na zgodzie.

Koncepcja świadomej zgody po raz pierwszy pojawiła się w terminologii prawniczej w 1957 r. w sprawie *Salgo vs. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*¹⁶⁷, jednakże w regulacjach prawnych uwidoczniła się znacznie później. Miała zastosowanie głównie do praktyk medycznych i stała się podstawą autonomii pacjentów. Zakładała udział pacjenta w podejmowaniu decyzji między innymi przez szacowanie ryzyka związanego z interwencją medyczną, zarówno terapeutyczną, jak i diagnostyczną. W doktrynie podkreślało się nie tylko jej walor ochrony praw pacjenta, ale również etyczny. W różnych krajach koncepcja świadomej zgody pojawiała się w różnym czasie. Należy jednak wskazać, że rdzennie wywodzi się ona ze Stanów Zjednoczonych, a ustawodawstwa europejskie niejako implementowały gotową amerykańską koncepcję. Pierwszym amerykańskim wyrokiem, w którym sąd wyraźnie powołał się na konieczność uzyskania zgody pacjenta jako wyrazu jego wolności i autonomii, był wyrok z 1914 r. ws. *Schloendorff vs. Society of New York Hospital*, orzekając, iż „every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault for which he is liable in damages”¹⁶⁸.

Z podstawowej definicji świadomej zgody wynika, że pacjent ma prawo uczestniczenia w sposób świadomy we wszystkich decyzjach, dotyczących jego procesu leczenia po otrzymaniu wyjaśnień wszystkich aspektów interwencji medycznej wraz ze wskazaniem alternatywnych procedur. Pacjent musi być również poinformowany o ryzyku śmierci i innych poważnych komplikacjach w każdej z proponowanych metod, jak również o rokowaniach na przyszłość. Ponadto ma prawo poznać wszystkie szczegółowe informacje dotyczące diagnoz i wyników

of consent as a declaration of intent to use genetic material, *Revista Română de Bioetică*, nr 1/2014, s. 16.

¹⁶⁶ National Cancer Institute Best Practices, <http://biospecimens.cancer.gov/best-practices/2011-NCIBestPractices.pdf>.

¹⁶⁷ T. B. Heng, *Property rights in human tissue*, *Singapore Academy of Law Journal* 15/2003, s. 61.

¹⁶⁸ M. Goniewicz, R. Patryn, K. Goniewicz, A. Włoszczak-Szubda, *Legal concept of consent as a declaration of intent to use genetic material*, *Revista Română de Bioetică*, 1/2014, s. 18.

badania w każdym czasie oraz posiadania własnych kopii badań i wyników. Podkreśla się, że taka zgoda powinna być uzyskana w formie pisemnej.¹⁶⁹ Z definicji tej jednak wyraźnie wynika, że w praktyce nie ma ona zastosowania do zbierania, przechowywania i przetwarzania ludzkich próbek biologicznych przez biobanki dla celów naukowych, nie ma tutaj bowiem mowy o zastosowaniu celu leczniczego, czyli diagnostycznego. Ponadto często trudno mówić o ryzykach medycznych dotyczących dawcy.

European Society of Human Genetics proponuje różną definicję świadomej zgody, w zależności od tego, czy próbka biologiczna została pobrana dla celu biobankowania czy też istniała wcześniej. W przypadku próbki pobranej wcześniej, na przykład dla celów diagnostycznych, a przechowywanej w biobankach czy biorepozytoriach, wskazuje się na możliwość jej dalszego używania przez biobanki dla innych celów bez dodatkowej zgody, po akceptacji jednak odpowiedniego komitetu bioetycznego. Wyjątkiem od tego jest sytuacja, w której taka zgoda może być uzyskana, wówczas jest ona podstawą do dalszego wykorzystywania materiału biologicznego¹⁷⁰.

Uznanie, że zgoda jest podstawowym i wystarczającym warunkiem określającym zasady dysponowania próbką biologiczną dla celów badawczych, można uznać za dość oczywiste, ale tylko z dogmatycznego punktu widzenia. Nie rozwiązuje ono bowiem jednak wszystkich problemów prawnych. Po pierwsze, należałoby zastanowić się nad kwestią fundamentalną, tj. dotyczącą ustalenia dobra osobistego, którego zgoda stanowi okoliczność uchylającą bezprawność.

Ochrona dóbr osobistych wynikająca z regulacji prawnej jest nie tylko skuteczną metodą dającą różne narzędzia, ale również podkreśla wyjątkową pozycję w systemie prawnym człowieka, którego wszystkie elementy ze względu na godność każdej istoty ludzkiej powinny być chronione. Niewątpliwie zgoda na pobranie materiału biologicznego jest przesłanką uchylającą bezprawność naruszenia nietykalności cielesnej; nie ma ona jednak odniesienia do dalszego wykorzystywania próbki biologicznej, zwłaszcza dla innych celów niż został on pobrany. Zgodnie zaś z Powszechną Deklaracją o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka niezależna i świadoma zgoda jest przesłanką ważności przeprowadzania wszystkich interwencji na genomie ludzkim. Świadomość zgody opiera się na obowiązku podania niezbędnych informacji dotyczących celu, natury

¹⁶⁹ Ibidem, s. 19.

¹⁷⁰ ESHG (European Society of Human Genetics) *Recommendations of the European Society of Human Genetics. Data storage and DNA banking for biomedical research: technical, social and ethical issues*, European Journal of Human Genetics 11/2003; s. 8–10.

i implikacji testu, a w szczególności poufności badań, dostępu do wyników badań i ogólnych rezultatów, uzyskania odszkodowania, przewidywanych możliwości wykorzystania rezultatu badań, w tym zwłaszcza możliwości ich wykorzystania komercyjnego, źródeł finansowania projektu badawczego. Jak wynika z Protokołu dodatkowego do Konwencji bioetycznej dotyczącego testów genetycznych dla celów zdrowotnych, informacje takie powinny być dostarczane również osobie, która jest niezdolna do wyrażania zgody. Na podstawie Protokołu dodatkowego przeprowadzenie pobrania próbki biologicznej do testu możliwe jest bez zgody uprawnionego jedynie w trzech przypadkach, tj. kiedy nastąpi to dla dobra tej osoby lub jej rodziny lub jeżeli nie można opóźnić testu, albo korzyści nie można inaczej uzyskać. Zarówno zaś w Deklaracji Bioetycznej UNESCO, jak i w Konwencji z Oviedo wskazuje się na konieczność zagwarantowania możliwości jednostce wycofania swojej zgody w dowolnym momencie.

Kwestie związane ze zgodą na wykorzystanie próbki biologicznej widoczne były już w orzeczeniu Catalona. W sprawie tej zgoda została zinterpretowana w taki sposób, że rozporządzenie ich tkankami nastąpiło *de facto* wbrew ich zgodzie.¹⁷¹ Jeszcze więcej problemów w tym zakresie może pojawić się przy coraz częściej wykorzystywanej zgodzie blankietowej.¹⁷²

Problem zatem pojawia się wówczas, kiedy próbki zostają wykorzystywane w innym celu niż ten, dla którego zostały pobrane lub też nie zostają pobrane bezpośrednio od człowieka, ale niejako stają się nimi komórki i tkanki, które samoczynnie albo przynajmniej bez ingerencji osoby pobierającej materiał genetyczny zostały uzyskane, jak np. badania z odnalezionego włosa, naskórka czy krwi. Wydaje się, że dość dobrze rozwinięta konstrukcja dóbr osobistych w tym zakresie, co należy wyraźnie podkreślić, jest niewystarczająca. Trudno bowiem mówić o naruszeniu nietykalności przy dokonywaniu dla przykładu badań ze znalezionej włosów. Powyższa problematyka nie była zresztą przedmiotem rozważań w dostępnej dotychczas w literaturze, gdyż – jak należy przypuszczać – nie było po prostu takiej potrzeby.

Należy również wskazać, że w każdym kraju Unii Europejskiej istnieją biorepozytoria przy szpitalach, ośrodkach akademickich, które mają duże zbiory ludzkich próbek biologicznych, nie posiadając na nie zgody. Wynika to zapewne z faktu, iż idea zgody jako podstawy pobierania ludzkich tkanek na cele badawcze jest koncepcją ostatnich lat. Akceptując zatem ściśle model oparty na idei zgody, należałoby uznać, że podmioty magazynujące te próbki bez zgody robią to bezprawnie, naruszając dobra osobiste dawców. Nie sposób nie zauwa-

¹⁷¹ L. B. Rowe, op. cit., s. 258.

¹⁷² L. B. Rowe, op. cit., s. 263.

żyć, że obecnie takie biorepozytoria nie mają możliwości pozyskiwania zgody od dawców, gdyż ci albo nie żyją, albo też dane przypisane do próbki nie pozwalają na ich identyfikację. Zasadniczym wówczas pytaniem jest kwestia, co zrobić z takimi tkankami, czy bezprawność ich przechowania i wykorzystywania może uchylić decyzja komisji bioetycznej? Czy można zatem uznać, że osoby zasiadające w jej składzie znają prawdopodobną wolę dawcy?

Na całym świecie korzysta się obecnie również z komórek HeLa, które można też kupować przez Internet. Należy jednak wyraźnie wskazać, że w przypadku tych komórek zostały one pobrane w ogóle bez czegoś, co można by nazwać świadomą zgodą.

VIII. Koncepcja mieszana

Zdaniem M. Macilotti¹⁷³ należy wyraźnie oddzielić pojęcie ciała ludzkiego od wyodrębnionych z niego tkanek i komórek. Tkanki te mogą bowiem stać się oddzielną i wyodrębnioną rzeczą, która w określonych sytuacjach może jednak na nowo być połączona z ciałem. To połączenie wynika z funkcjonalnego wykorzystania komórek i tkanek i jest związane z odpowiedzią na pytanie, czy wykorzystanie to zakłada korzystanie jedynie z substancji biologicznej, czy również z informacji o całym organizmie zawartej w danej tkance. Podkreśla się również, że ochrona integralności człowieka ma fundamentalne znaczenie dla praw jednostki i świadomego decydowania o jej życiu i zdrowiu. Wskazuje ona na odwieczny konflikt bioetyczny sprowadzający się do pytania, czy jesteśmy własnym ciałem, czy też mamy własne ciało.

Rozwiązanie tego paradygmatu może być trojokie. Po pierwsze, oceniając materiał biologiczny z perspektywy materialnej, należy uznać, że stanowi on rzecz i może w tym zakresie być przedmiotem własności. Po drugie, materiał biologiczny może być uznawany za rzecz niczyją, tzn. taką, która nie jest własnością również podmiotu, od którego pochodzi.¹⁷⁴ Kolejne spojrzenie to uznanie, że próbka biologiczna jest źródłem informacji o całym organizmie. W tym zakresie trudno mówić o prawie własności, a jedynie o ochronie danych pozyskanych z próbki. Ochrona tych danych opiera się zawsze na powiązaniu z danymi identyfikującymi, a więc nadaniu im charakteru danych osobowych. Trzecia koncepcja zakłada szczególną relację osobistą między ciałem ludzkim a odłączonymi od niego elementami. Zgodnie z tą teorią, wszystko, co odłączone od człowieka,

¹⁷³ M. Macilotti, *The legal status...*, s. 128.

¹⁷⁴ G. Criscuou, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli art. 820–821 cc*, *Rivista del diritto di famiglia e delle persone*, 14/1985, s. 271.

wciąż jest ludzkie, a zatem korzystając z koncepcji nadprzyrodzonej godności, przysługuje tym elementom ochrona taka, jak każdej osobie fizycznej.

Wydaje się, że w praktyce na próbkę biologiczną należałoby patrzeć ze wszystkich trzech perspektyw. Przyjęcie bowiem takiej „mieszanej” koncepcji zakłada również, że w określonych przypadkach, np. przypadku anonimizacji dawcy, próbka biologiczna staje się po prostu rzeczą. Należy jednak pamiętać, że nie zawsze możliwa jest taka pełna anonimizacja danych zawartych w tkankach. Wskazuje się, że próbka biologiczna zawsze zawiera jakieś ograniczenie charakteru „takiej rzeczy” jest art. 21 Konwencji Bioetycznej, który wskazuje na zakaz uzyskiwania finansowych profitów z ludzkiego ciała, co oznacza wprost, że człowiek nie może sprzedać swoich próbek biologicznych.¹⁷⁵

IX. Podsumowanie

Z przeprowadzonych analiz wynika, że nie ma modelu idealnego w zakresie określenia charakteru prawnego ludzkiej próbki biologicznej. Uwarunkowania historyczne, etyczne, światopoglądowe i moralne sprawiły, że trudno obecnie wskazać na jednolity charakter prawny wszystkich odłączonych elementów ciała od człowieka¹⁷⁶. Mimo przyjęcia, że człowiek nie jest przedmiotem prawa oraz przypisania jego ciału szczególnego charakteru, którego ochrona wynika z godności, trudno jednoznacznie wskazać status prawny ludzkich próbek biologicznych. Tradycyjnym kryterium różnicującym dopuszczalny zakres wykorzystywania ciała ludzkiego był cel tego wykorzystania. Z tego też powodu została wprowadzona w Europie zasada zakazu pobierania zysków z ciała ludzkiego, odnosząca się jednak przez wiele lat jedynie do przeszczepów. Praktyka wskazuje, że nie jest ona implementowana zarówno do rozporządzania własnymi włosami, jak i mlekiem kobiecym czy komórkami rozrodczymi. Podnosi się, że zakaz komercjalizacji ludzkiego ciała ma swoje podstawy moralne, etyczne i religijne. Podkreśla się jednak, że zyski z komercjalizacji ludzkiego ciała w praktyce jednak istnieją, choć nie dotyczą one dawców, a instytucji prowadzących badania.¹⁷⁷

¹⁷⁵ M. Macilotti, *The legal status...*, s. 135.

¹⁷⁶ R. N. Nwabueze, *Legal paradigms of human tissues*, [w:] *Human tissue research. A european perspective on the ethical and legal challenges*, red. C. Lenk, N. Hoppe, K. Beier, C. Wiesemann, Oxford 2011, s. 96.

¹⁷⁷ J. Bovenberg, *Whose Tissues Is It Anyway?*, *Nature Biotechnology* 23/2005, s. 929; C. H. Harrison, *Neither Moore nor the Market Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, *American Journal of Law and Medicine*, 1/2002, s. 77.

W wytycznych sporządzonych przez Amerykańskie Towarzystwo Medyczne uwidacznia się złagodzenie powyższego stanowiska. Rekomendacje te dopuszczają bowiem komercjalizację elementów ciała ludzkiego pod warunkiem uzyskania świadomej zgody mocodawcy. Ponadto wskazuje się na konieczność udziału w zyskach wynikających z takiej komercjalizacji przez pacjentów: „podstawą podziału zysku miałyby być umowy zawierane między badaczami a pacjentami”.¹⁷⁸

Kluczowym zagadnieniem jest jednak rozważenie charakteru prawnego ludzkich próbek biologicznych pobranych i przechowywanych dla celów badawczych. Przyjęcie wprost założenia, że zgoda jest jedyną podstawą dopuszczalności wykorzystywania tkanek przez biobanki powoduje wiele problemów prawnych i praktycznych. Po pierwsze, trudno jednoznacznie wskazać bezprawność naruszenia jakiego dobra osobistego została wyłączona przez wyrażoną zgodę. Po drugie, należy podnieść, że z uwagi na fakt, iż biobanki przechowują próbkę przez wiele lat i w tym czasie wykonywane są na niej różne badania, trudno jest stwierdzić, jaki powinien być zakres tej zgody. Tradycyjnie bowiem wskazuje się na fakt, że zgoda jest okolicznością wyłączającą konkretne naruszenie dobra osobistego, a przecież w chwili pobierania zgody przez biobank wszystkie cele wykorzystania próbki nie są znane. Z tego samego względu trudno też zastosować wprost koncepcję świadomej zgody. Należy podnieść, że na świecie wskazuje się na koncepcję zgody dynamicznej¹⁷⁹, w ramach której badacz ma obowiązek skontaktowania się z dawcą próbek biologicznych zawsze przed rozpoczęciem badań w celu uzyskania od niego zgody. Taki jednak model w praktyce jest, po pierwsze, bardzo kosztowny, po drugie, wydłuża czas rozpoczęcia badań, a po trzecie, kontakt z dawcą nie zawsze jest możliwy. Wreszcie powstaje istotne zagadnienie anonimizacji próbki i tego, że w chwili anonimizacji dawca nie może wycofać swojej zgody. Najważniejszy jednak problem, który implikuje oparcie dopuszczalności przechowywania próbki przez biobanki czy biorepozytoria na zgodzie, to fakt, że w wielu z nich znajdują się próbki, które zostały pobrane bez zgody dawcy, np. w czasie zabiegów operacyjnych czy sekcji zwłok, a utrata takich zbiorów byłaby zbyt wielką stratą dla nauki. Oczywiście można wskazać, że w tym zakresie ustawodawca powinien przyjąć ustawę umożliwiającą komisiom bioetycznym dysponowanie takimi tkankami, choć jak się wydaje, takie roz-

¹⁷⁸ C. Petrini, *Ethical and legal considerations regarding the ownership and commercial use of human biological materials and their derivatives*, s.93, dostępny <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3440234/>

¹⁷⁹ Badania dot. tego modelu zgody prowadzone są przez Deborah Mascalconi w ramach projektu Chris <http://www.eurac.edu/en/research/health/biomed/projects/pages/default.aspx>.

wiązanie mogłoby budzić pewne wątpliwości etyczne i w praktyce być źródłem wielu nadużyć. Dopuszczenie bowiem możliwości dysponowania próbkami poza wolą dawcy na podstawie opinii komisji bioetycznej powodowałoby konieczność postawienia pytania o celowość ubiegania się przez badaczy i biobanki o zgody dawców.

Co więcej, przyjęcie, że próbka biologiczna jest rzeczą, również nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych z wykorzystaniem jej dla celów badawczych, choć wydaje się, że w praktyce taka właśnie koncepcja została zastosowana zarówno przez biobanki w Polsce, jak i innych krajach europejskich. Zakładając, że człowiek wyodrębnia swoją próbkę biologiczną, a następnie ją darowuje na rzecz biobanku, należy wskazać, że traci on *de facto* nad nią władztwo, nie mając tym samym wpływu ani na sposób jej przechowywania, ani też jej zniszczenie. Co więcej, nawet wówczas, gdy wycofa on zgodę na wykorzystywanie danych w niej zawartych, próbka ta nie jest mu zwracana. Należy wyraźnie podkreślić, że konstrukcja taka nie rozwiązuje jednak problemu w zakresie własności nad tymi próbkami, które znajdują się w biobankach bez wiedzy i zgody dawców. Nie można bowiem zastosować ani regulacji art. 169 k.c., gdyż biobank, wiedząc że nie posiada zgody, nie nabył jej w dobrej wierze, ani konstrukcji zasiedzenia ruchomości z tych samych przyczyn. Podobnie jak w przypadku modelu zgody, ten problem mógłby być rozwiązany *de lege ferenda* tylko przez ustawodawcę. Ustawa taka powinna precyzować, że próbki znajdujące się w posiadaniu biobanku w określonym czasie stają się jego własnością. W tym zakresie oczywiście można przyjąć różne modele regulacji ustawowej. Istnieje możliwość uznania, że próbki biologiczne znajdujące się w posiadaniu biobanku, w określonym czasie po wejściu w życie ustawy stają się własnością biobanku. Inny model zakładałby, że próbki znajdujące się w biobanku bez zgody dawcy, w chwili wejścia w życie ustawy, podlegają nacjonalizacji i podjęcia przez państwo decyzji, czy pozostawi ono bezpłatnie próbki biologiczne w dyspozycji biobanku czy też żądając za nie zapłaty w zależności od sposobu ich uzyskania przez biobank. Takie podejście zakłada, że próbki pobrane bez zgody dawcy stawałyby się dobrem należącym do państwa. Niezależnie od przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania należy wskazać, iż aby taka regulacja mogła być uznana za zgodną z Konstytucją, musiałaby gwarantować ochronę praw dawców, np. poprzez nałożenie na biobanki obowiązku uzyskania zgody od tych, których identyfikacja jest możliwa.

W zakresie biobankowania niekiedy ukazuje się również koncepcję własności informacji odnoszącej się do kontroli nad wykorzystaniem informacji znajdujących się w komórce.¹⁸⁰ Wówczas podnosi się, że konstrukcja świadomej

¹⁸⁰ N. Ram, *Assigning Rights and protecting interests: Constructing ethical and*

zgody jest niczym więcej, jak licencją na autoryzowany dostęp do pewnych danych w tym zakresie i wskazuje się, iż ich właścicielem jest dawca, czyli podmiot któremu przysługują wszystkie prawa.¹⁸¹ W prawie amerykańskim podkreśla się, że zgoda jest niejako sercem kontraktów.¹⁸² Próby uregulowania materii udziału w zyskach przy pomocy zawierania umów ograniczają się do udziału w prawach własności intelektualnej, tak jak to było w umowach zawieranych przez PXE International.

Należy wyraźnie podkreślić, iż niezależnie od przyjętej teorii, w doktrynie przedmiotu wskazuje się, że dla ochrony odłączonych części ciała niezbędne są roszczenia prawnorzeczowe, co więcej, taka ochrona powinna być rozszerzona o ochronę związaną z dobrami osobistymi, gdyż odłączona próbka biologiczna zawiera dane genetyczne o całym organizmie. W konsekwencji zatem, nawet odłączona od ciała część nie jest nigdy autonomiczna pod względem genetycznym. Jak wiadomo, prawo własności wskazuje na pewną odrębność właściciela od przedmiotu własności, w przeciwieństwie do dóbr osobistych. Dlatego podkreśla się dwojaki związek między człowiekiem a jego próbką biologiczną, uznając, że własność umożliwia kontrolę nad materialnym nośnikiem informacji, a dobra osobiste zapewniają ochronę samej informacji genetycznej jako przedmiotu dóbr osobistych. Ponadto zauważa się pozytywny ekonomiczny aspekt tego podziału, który sprawia, iż próbka jest rzeczą, która może ulec zniszczeniu, a dane genetyczne, istniejące dłużej niż próbka, nie staną się własnością badacza. Naukowiec posiada bowiem jedynie prawo do korzystania z próbki zgodnie z zasadami ochrony danych osobowych, nie będąc ich właścicielem. Należy wyraźnie podkreślić, że wówczas zgoda na wykorzystanie danych nie chroni własności, a prywatność osoby¹⁸³, tj. prawo do właściwego wykorzystania jej danych genetycznych.

Taki model przedstawiony został przez Donnę Gitter, która proponowała ustanowienie prawa, zgodnie z którym człowiek ma prawo własności do swojego ciała i może nim rozporządzać. Zakładała również dodatkową ochronę dawców w sytuacji, kiedy ci nie zostali poinformowani o komercjalizacji, wówczas dawcy posiadaliby prawo dalszego decydowania co do przetwarzania ich tkanek. W tym modelu zakłada się, że jednostce przysługuje prawo własności do jej

efficient legal rights in human tissue research, Harvard Journal of Law and Technology, 1/2009, s. 141.

¹⁸¹ B. W. Carver, *Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses*, Berkeley Technology Law Journal, 2/2005, s. 454.

¹⁸² N. Ram, *op. cit.*, s. 161.

¹⁸³ G. Calabresi, *Una introduzione al pensiero giuridico: quattro approcci al problema del regime giuridico delle parti del corpo*, Rivista Critica del Diritto Privato 1991, s. 755.

tkanek i teoretyczne prawo do wymiany ich oraz utraty wskazując jednocześnie na pewien prymat zasady, zgodnie z którą powinny być przedmiotem altruistycznej darowizny. Takie założenie umożliwia dokonywanie przez naukowców badań do celów komercyjnych również bez zgody dawców oraz nie pozwala zastosować instytucji wyzysku czy „wady oświadczenia” woli.¹⁸⁴

Konkludując, należy zgodzić się z L. Boskiem, że ludzkie próbki biologiczne są dobrami, a jednym z największych wyzwań, które stoi przed współczesnym prawem cywilnym i medycznym, jest określenie ich odrębnego charakteru prawnego¹⁸⁵. Uważam, że nie ma potrzeby tworzenia specjalnej kategorii prawnej dla określenia charakteru prawnego ludzkich próbek biologicznych. Ten materialny nośnik informacji o całym organizmie po wyodrębnieniu z ciała ludzkiego staje się rzeczą, która może być przedmiotem mniej lub bardziej ograniczonego obrotu handlowego. Wydaje się, że taki charakter prawny wynika również z praktyki obrotu tymi próbkami biologicznymi. W mojej ocenie takie postrzeganie ludzkich próbek biologicznych nie jest sprzeczne z pojęciem godności człowieka. Ponadto jednoznacznie należy podkreślić, że zakwalifikowanie ludzkiej próbki biologicznej jako rzeczy nie ogranicza ochrony informacji genetycznej, która w nich się znajduje. Taka informacja jest bowiem chroniona w reżimie ochrony danych osobowych i dóbr osobistych z nimi związanych.

Przyjmując, że wyodrębnione próbki biologiczne są rzeczami należałoby wskazać na konsekwencje takiego uznania *de lege lata*. Po pierwsze, rozważając stany faktyczne pojawiające się w sprawach doktora Catalona, sprawie Moora, na gruncie prawa polskiego należy podkreślić, że sąd powinien w pierwszej kolejności, stosując zasady wykładni oświadczeń woli, zakwalifikować umowę łączącą dawcę z placówką badawczą jako umowę sprzedaży, dzierżawy, przechowania lub darowizny i dopiero wówczas określić prawa stron do dysponowania próbką. Niewątpliwie należy wskazać, że taką czynność prawną między stronami powinno się zakwalifikować jako czynność kauzalną, zatem odpadnięcie kauzy będzie pociągało za sobą nieważność stosunku prawnego. Wykładnia oświadczeń woli stron w sprawie Moora powinna jasno wskazać, że celem dawcy nie było przeniesienie prawa do próbki, zaś w sprawie Catalona, że dawcy nie mieli intencji przeniesienia praw na Uniwersytet, a jedynie na konkretną osobę fizyczną – doktora Catalona. Jeżeli sąd uznałby umowę za umowę przenoszącą własność, wówczas należałoby wskazać, iż dawca nie ma prawa żądania zwrotu próbki, co jednak nie ogranicza jego prawa do informacji genetycznej w niej zawartej.

¹⁸⁴ M. Baird, *When and why does what belong to whom? A proposed model for the international protection of human donors of biological material*, Canada United States Law Journal 1/2006, s. 341.

¹⁸⁵ M. Macilotti, *The legal status...*, s. 123.

Ponadto w mojej ocenie taka kwalifikacja ludzkich próbek biologicznych przechowywanych dla celów naukowych umożliwi dochodzenie roszczeń za zniszczenie próbki, czy to celowe, czy też wynikające z jej nieprawidłowego przechowywania.

Rozwój biotechnologii ukazał fundamentalną różnicę między człowiekiem, który nie posiada swojej wartości ekonomicznej a próbkami jego ciała, które tę wartość mają. Prawo nie może pomijać wciąż tego zagadnienia. Z tego powodu konieczne jest podjęcie prac legislacyjnych nad regulacją wykorzystania ludzkich próbek biologicznych dla celów naukowych w szczególności przez biobanki. Taka regulacja winna stworzyć nie tylko ramy publicznoprawne dot. wykorzystywania ludzkich próbek biologicznych, ale również cywilnoprawne, wskazujące na dopuszczalne możliwości wykorzystywania próbek jako przedmiotów obrotu gospodarczego. Ustawa taka przesądzać powinna również możliwość ewentualnego zakwalifikowania pobrania próbki biologicznej dla celów badawczych jako świadczenia zdrowotnego zdefiniowanego w art. 2 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej¹⁸⁶, pamiętając, że *de lege ferenda* takie zakwalifikowanie mogłoby ograniczyć prawa dawców jedynie do praw pacjenta. Ponadto istniałaby wówczas konieczność nałożenia na biobank obowiązków wynikających z ustawy o działalności leczniczej, co niewątpliwie w praktyce przyczyniłoby się do wzrostu kosztowności pobierania próbek, jak również do przedłużania czasu ich zbierania na potrzeby konkretnych badań. Zwiększenie kosztowności w tym zakresie prowadzonych badań oraz zmniejszenie ochrony praw dawców zdaje się zatem wskazywać na konieczność *de lege ferenda* wykluczenia działalności prowadzonej przez biobanki naukowe z katalogu podmiotów objętych przedmiotową ustawą.

¹⁸⁶ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, Dz.U. 2011 nr 112, poz. 654.

THE LEGAL STATUS OF HUMAN BIOLOGICAL SAMPLES USED IN RESEARCH PURPOSES

The article is concerning analysis of legal status of human biological samples used in research purposes. Historical evolution of human body status, possible use of human biological samples and legal status of human biological samples under the European Community, Polish, Italian Law has been described in the article, as well as regulation in the Common Law countries. In author's opinion the human biological samples should be recognized as a res for the legal purposes. Aforementioned approach provides the best protection of interests of both donors and biobanks. Paper contains conclusions *de lege lata* and *de lege ferenda*, including proposals of future legislation regarding biobanks and potential influence of foreign courts judicial decisions in this area on Polish legal practice.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015
Warszawa 2015

Filip Dziędzic ■

KRĄG RODZICÓW I DZIECI UPRAWNIONYCH DO POSIADANIA KARTY DUŻEJ RODZINY A KONSTYTUCYJNA ZASADA RÓWNOŚCI WOBEC PRAWA

W dniu 1 stycznia 2015 r.¹ weszła w życie ustawa z dnia 5 grudnia 2014 r. o Karcie Dużej Rodziny² (dalej: ustawa o KDR). Zastąpiła ona rozwiązanie funkcjonujące jako rządowy program pomocy społecznej przyjęty przez Radę Ministrów w oparciu o upoważnienie wynikające z art. 24 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej³, tj. rządowy program dla rodzin wielodzietnych powołany do życia uchwałą nr 85 z dnia 27 maja 2014 r.⁴ oraz rozporządzenie z dnia 27 maja 2014 r. w sprawie szczegółowych warunków realizacji tego programu⁵.

Zgodnie z deklaracją ustawodawcy ustawa o KDR ma kompleksowo regulować kwestię uprawnień dla rodzin wielodzietnych⁶. Uprawnienia te polegają na przyznaniu określonym osobom tworzącym – w rozumieniu ustawy – rodzinę wielodzietną dostępu do dóbr, usług i „innych form działalności” na preferencyjnych

¹ Art. 35 ustawy o KDR, zmieniającej ustawę z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1628 i 1741) wszedł w życie w dniu 2 stycznia 2015 r.

² Dz. U. 2014 poz. 1863.

³ Dz. U. 2004 nr 64 poz. 593 z późn. zm.

⁴ M. P. 2014 poz. 430.

⁵ Dz. U. 2014 poz. 755 z późn. zm.

⁶ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o KDR, druk nr 2923 z dnia 25 listopada 2014 r.

warunkach, a korzystanie z nich jest uwarunkowane uzyskaniem i posiadaniem ważnej Karty Dużej Rodziny (art. 1 ust. 2 ustawy o KDR).

Uznając zasadność wprowadzenia przedmiotowej regulacji, która wpisuje się w konstytucyjny nakaz uwzględniania w polityce społecznej i gospodarczej państwa dobra rodziny – art. 71 ust. 1 Konstytucji RP⁷ – należy wskazać, iż wyznaczając krąg podmiotów uprawnionych do korzystania z dobrodziejstw Karty, ustawodawca naruszył zarazem inną konstytucyjnie chronioną wartość – równość wobec prawa, która jako zasada wyrażona została w art. 32 ust. 1 Ustawy zasadniczej. Niedozwolonej dyskryminacji poddane zostały dwie grupy podmiotów, którym z punktu widzenia celów i założeń ustawy powinno przysługiwać prawo do posiadania Karty analogicznie do członków rodzin wielodzietnych, którzy zostali objęci tym uprawnieniem. W oparciu o irrelevantne kryterium formalne, prawa do posiadania Karty została pozbawiona część rodziców charakteryzujących się najważniejszą „cechą” z punktu widzenia założeń spoczywających u podstaw wprowadzenia analizowanej regulacji, tj. stworzeniem tytułowej „dużej” rodziny (rozumianej formalnie jako rodzina składająca się z co najmniej trojga dzieci). Wtórnią konsekwencją powyższej dyskryminacji jest pozbawienie możliwości posiadania Karty części dzieci będących czwartym (ew. kolejnym) dzieckiem w rodzinie, w której pozostałe dzieci utraciły ww. uprawnienie przed urodzeniem tegoż czwartego (kolejnego) dziecka. Ma to miejsce w związku z co najmniej niefortunnym powiązaniem prawa do posiadania Karty przez czwarte (kolejne) dziecko z koniecznością posiadania Karty przez rodzica. Przedmiotem niniejszego artykułu jest uzasadnienie postawionej powyżej tezy oraz odpowiedź na pytanie, jaki sposób usunięcia owej dyskryminacji będzie najbardziej koherentny z celem i treścią ustawy o KDR.

We współczesnych porządkach demokratycznych doniosłość zasady równości wobec prawa jest niepodważalna. Już w pierwszym zdaniu preambuły do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Narody Zjednoczone uznały, iż obok przyrodzonej godności człowieka to właśnie równość i niezbywalność praw wszystkich ludzi stanowi podstawę „wolności, sprawiedliwości i pokoju świata”⁸. Jak zauważa W. Łączkowski, równość (obok sprawiedliwości) stała się wręcz „aksjomatem i podstawą demokratycznych systemów prawnych i praworządnych państw”⁹. Równość na przestrzeni wieków pojmowana była jednak różno-

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., por. także art. 1, art. 2 i art. 7.

⁹ W. Łączkowski, *Prawne zasady równości i sprawiedliwości*, Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXXIII, zeszyt 2/2011, s. 57.

znacznie, nie doczekała się przy tym uniwersalnej, legalnej definicji, a zatem na wstępie konieczna jest rekonstrukcja istoty współczesnego uregulowania zasady równości, która w Konstytucji RP wyrażona została w art. 32 ust. 1. W pierwszej kolejności odwołać się należy do sposobu jej pojmowania przez Trybunał Konstytucyjny. Z pewnością można uznać, iż rozumienie treści ww. zasady przyjęte już w pierwszych orzeczeniach dotyczących problematyki równości oraz konsekwentnie prezentowane w kolejnych rozstrzygnięciach również po uchwaleniu Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. ma obecnie charakter ugruntowany¹⁰. Opierając się na dorobku orzecznictwa TK, można wskazać, że równość oznacza, iż w sytuacji, kiedy dana cecha znacząca, ważna charakteryzuje w jednakowym stopniu określony krąg podmiotów, wszystkie podmioty, które zaliczają się do tego kręgu powinny podlegać takiemu samemu – równemu – traktowaniu, tj. traktowaniu, które nie może nosić znamion zarówno dyskryminowania, jak i uprzywilejowywania poszczególnych jednostek lub podgrup osób zaliczanych do ww. kręgu. Z drugiej strony, w przyjmowanym sposobie pojmowania równości zawiera się również akceptacja odmiennego traktowania przez prawo podmiotów różnych, ponieważ „równe traktowanie przez prawo tych samych podmiotów pod pewnym względem oznacza z reguły różne traktowanie tych samych podmiotów pod innym względem”¹¹.

Obowiązek respektowania oraz zachowania standardu równości w zarysowanym znaczeniu spoczywa na „władzach publicznych”, co wynika wprost z art. 32 ust. 1 zdanie drugie, przy czym adresatem ww. normy konstytucyjnej są wszelkie organy władzy publicznej – zarówno te stanowiące prawo, jak i te, które je stosują¹². A zatem na treść zasady równości w rozumieniu art. 32 ust. 1 Konstytucji RP składają się równość w prawie (równość w stanowieniu prawa) i równość wobec prawa (równość w jego stosowaniu), a oba te elementy mają charakter równorzędny. Konstytucyjną regulację tej zasady uzupełnia – uznawany

¹⁰ Zob. zwłaszcza orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, nr 1, poz. 1, które uznać można za „kultowe”, ponieważ powoływane jest w większości opracowań monograficznych, zbiorów orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz publikacjach szczegółowych. Zaprezentowany w nim pogląd był podtrzymywany w kolejnych orzeczeniach, zob. np. orzeczenie TK z dnia 6 kwietnia 1993 r., K 7/92, OTK 1993 r., nr 1 poz. 7; orzeczenie TK z dnia 3 września 1996 r., K 10/96, OTK ZU 1996, nr 4, poz. 33, a aktualność tego stanowiska po wejściu w życie Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Trybunał Konstytucyjny potwierdził wprost m.in. w wyroku z dnia 16 grudnia 1997 r., K 08/97, OTK ZU 1997, nr 5–6, poz. 70 oraz popiera je konsekwentnie w orzeczeniach późniejszych.

¹¹ Orz. TK U 7/87.

¹² Wyrok TK z dnia 28 maja 2002 r. P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35, cz. III, pkt 3.

za negatywny jej wymiar¹³ – zakaz dyskryminacji w sferze życia politycznego, społecznego i gospodarczego „z jakiegokolwiek przyczyny” (art. 32 ust. 2).

Syntetyzując poglądy wyrażone w przedmiocie pojmowania równości w swoich wcześniejszych rozstrzygnięciach, Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 20 grudnia 1994 r.¹⁴ stwierdził, iż zasada równości wyraża się w zakazie ustanawiania prawa, które wprowadzałoby zróżnicowanie sytuacji prawnej osób znajdujących się w jednakowej sytuacji faktycznej.

Dokonując oceny regulacji prawnej przez pryzmat zasady równości, należy w pierwszej kolejności ustalić, czy zachodzi podobieństwo podmiotów lub sytuacji, tj. czy możliwe jest wyodrębnienie cechy, która mogłaby zostać uznana za cechę dla tych podmiotów lub sytuacji wspólną i w rezultacie uzasadniającą ich równe traktowanie. Rozwiązanie tego „podstawowego problemu” (jak Trybunał określił kwestię wyodrębnienia cechy wspólnej w wyroku z dnia 29 września 1997 r., K 15/97), powinno zostać dokonane poprzez analizę celu oraz treści aktu normatywnego zawierającego analizowaną normę¹⁵. Odczytanie zamierzonego przez ustawodawcę celu powinno zostać dokonane nie tylko na podstawie norm tworzących daną regulację, ale również przy uwzględnieniu motywów wprowadzenia danego aktu prawnego¹⁶.

Ustalenie, iż prawodawca dokonał zróżnicowania sytuacji prawnej podmiotów podobnych, nie przesądza o naruszeniu zasady równości, bowiem nie ma ona charakteru bezwzględnego¹⁷. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego został wyodrębniony zestaw trzech kryteriów, których dochowanie przez ustawodawcę przesądza, iż wprowadzone odstępstwo od nakazu równego traktowania i zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotów podobnych na gruncie danej regulacji nie stanowi naruszenia art. 32 Konstytucji RP¹⁸. Odstępstwo to musi być uzasadnione:

1. Racjonalnie, a zatem kryterium, z uwagi na które zastosowano zróżnicowanie sytuacji podmiotów podobnych musi pozostawać w bezpośrednim związku z celem oraz treścią przepisów danej regulacji, a jednocześnie służyć realizacji tegoż celu oraz treści,

¹³ Wyrok TK z dnia 13 maja 2002 r., SK 32/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 31.

¹⁴ Sygn. K 8/94, OTK1994, cz. II, poz. 43.

¹⁵ Wyrok P 10/01.

¹⁶ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 185.

¹⁷ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, wyd. 16, s. 95.

¹⁸ Por. np. orzeczenie K 10/96; wyrok TK z dnia 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997, Nr 5–6, poz. 70.

2. Argumentem proporcjonalności, tj. powinna zostać zachowana odpowiednia proporcja pomiędzy wagą interesu, któremu różnicowanie ma służyć, a wagą interesów, które zostaną naruszone w związku z wprowadzonym zróżnicowaniem podmiotów podobnych,
3. Posiadaniem źródła, umocowania w innych wartościach, zasadach lub normach o randze konstytucyjnej. W orzeczeniu K 10/96, jak również w wielu następnych¹⁹ Trybunał wskazał, iż zasadą taką będzie przede wszystkim zasada sprawiedliwości społecznej.

Jedynie ustalenie, iż regulacja różnicująca sytuację podmiotów podobnych spełnia wszystkie powyższe kryteria pozwala na rekapitulację, iż regulacja ta broni się w konstytucyjnym „teście równości”²⁰. Zaznacza się przy tym, iż badanie odstępstw od nakazu równego traktowania przy zastosowaniu tak wyodrębnionych kryteriów, w dalszym ciągu pozostawia Trybunałowi Konstytucyjnemu znaczny zakres swobody²¹.

Jak wskazano powyżej, w orzecznictwie Trybunału silnie akcentowany jest związek zachodzący pomiędzy zasadą równości wobec prawa a zasadą sprawiedliwości społecznej. Już w orzeczeniu U 7/87 (a zatem w orzeczeniu wydanym jeszcze w czasie obowiązywania Konstytucji PRL) Trybunał wskazał, iż idee równości oraz sprawiedliwości społecznej niezależnie od okresu historycznego rozpatrywane są zwykle łącznie, przy czym można uznać za uzasadnione stwierdzenie, że idea równości kumuluje się w idei sprawiedliwości społecznej. Zaznaczając nadrzędność pojęcia sprawiedliwości, Trybunał wskazał, iż służy ono ocenie zasadności zróżnicowań społecznych. Jeśli podział dóbr i wynikający z tego podział ludzi powoduje występowanie niesprawiedliwych różnic, są one wówczas uważane za nierówności.

W przyjętym przez Trybunał rozumieniu „być sprawiedliwym to jednakowo traktować istoty równe z pewnego punktu widzenia, tj. mające tę samą cechę charakterystyczną, istotną dla danej klasy (kategorii) ludzi (np. potrzeby, wyniki pracy, zdolności, zasługi)”, a zasada sprawiedliwości rozdzielczej, możliwa również do wyrażenia za pomocą nakazów: «równych należy traktować równo» i «podobnych należy traktować podobnie», zakłada „istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych osób (kategorii) a należnym im traktowaniem (zasada relewantności)”.

¹⁹ Np. wyrok TK z dnia 24 lutego 1999 r., SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24; wyrok TK z dnia 29 września 1997 r., K 15/97, OTK ZU Nr 3–4/1997, poz. 37.

²⁰ Sformułowaniem tym posłużył się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 5 lipca 2011 r., P 14/10, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 45.

²¹ L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, Warszawa 1998, s. 65.

Jakkolwiek nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, iż stanowisko Trybunału Konstytucyjnego dotyczące relacji zachodzących pomiędzy zasadą równości a zasadą sprawiedliwości nie jest całkowicie jasne²², to jednak z pewnością uznać należy, iż zróżnicowanie prawne przyjmuje postać sprzecznej z Ustawą zasadniczą dyskryminacji/uprzywilejowania w tych sytuacjach, w których „nie znajduje podtrzymania w zasadzie sprawiedliwości społecznej”²³.

Odrębnie należy zwrócić uwagę, iż konstytucyjne ujęcie równości mieści w sobie także możliwość przyznania prawnych preferencji określonym grupom osób, które w życiu społecznym mają pozycję słabszą, jeżeli celem uprzywilejowania jest zmniejszenie faktycznie istniejących nierówności. Tego rodzaju regulacje określane są pojęciem „uprzywilejowania wyrównawczego” lub „dyskryminacji pozytywnej”²⁴, a ich wprowadzenie nie jest uważane za naruszenie zasady równości.

Pojmowana w powyższy sposób zasada równości nie została na gruncie ustawy o KDR zachowana. Ustawodawca bez racjonalnego uzasadnienia pozbawił część rodziców i dzieci tworzących rodziny wielodzietne prawa do posiadania Karty, a za takim zróżnicowaniem nie przemawia jakakolwiek inna konstytucyjnie chroniona wartość. Wprowadzona dyskryminacja nie znajduje uzasadnienia w argumencie proporcjonalności oraz pozostaje społecznie niesprawiedliwa. Wyłożenie istoty dyskryminacji części rodziców i dzieci w świetle ustawy o KDR wymaga uprzedniego przybliżenia kręgu osób uprawnionych do posiadania Karty.

Za tytułową „dużą” rodzinę ustawodawca uznał (w ustawie używane jest pojęcie rodziny „wielodzietnej”) rodzinę, którą tworzą²⁵ co najmniej jeden ro-

²² Zob. P. Czarnek, *Zasada równości wobec prawa*, [w:] *Zasady Ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, D. Dudek (red.), Wolters Kluwer 2009, s. 97–98 wraz z powołaną tam literaturą.

²³ Orzeczenie K 10/96.

²⁴ Por. wyrok K 15/97.

²⁵ Art. 4 ust. 1 ustawy o KDR zawiera sformułowanie, iż przez rodzinę wielodzietną rozumie się taką rodzinę, w której rodzic lub małżonek rodzica mają na utrzymaniu co najmniej troje dzieci spełniających określone warunki. Sformułowanie o posiadaniu przez rodziców „na utrzymaniu” jest w tym miejscu niefortunne i nie koresponduje w żaden sposób z treścią ustawy. Pojęcie „utrzymywanie” odwołuje się do ponoszenia kosztów, finansowania dziecka, podczas gdy ustawa pomija całkowicie status majątkowy rodziny jako kryterium relewantne z punktu widzenia możliwości przyznania Karty, nie ustanawiając jakichkolwiek barier przed przyznaniem Karty nawet członkom rodziny w powszechnym rozumieniu zamożnej. Potwierdza to brak obowiązku przedłożenia przez składającego wniosek o przyznanie Karty jakichkolwiek dokumentów potwierdzających sytuację majątkową rodziny. Podobnie nie jest wymagane oświadczenie, iż dzieci pozostają na utrzymaniu rodziców, a zatem formalnie możliwe jest przyznanie Karty również dziecku, które po ukończeniu 18. roku życia uczy się w szkole wyższej, jednocześnie

dzic lub małżonek rodzica, mający na utrzymaniu nie mniej niż troje dzieci (art. 4 ust. 1). Niewątpliwie ustanowienie granicy, która wyznacza rodzinę wielodzietną, poprzez określenie liczby dzieci w takiej rodzinie na co najmniej troje, mieści się w szerokim zakresie przysługującej ustawodawcy na gruncie Konstytucji swobody regulowania stosunków społeczno-gospodarczych²⁶. Nawet przyjęcie w ustawie, iż rodzinę wielodzietną tworzy rodzina, w której wychowuje się co najmniej czworo dzieci nie powodowałoby przekroczenia tej swobody, niemniej biorąc pod uwagę standardy społecznego pojmowania wielodzietności, wydaje się, iż granica ta została wyznaczona na optymalnym poziomie.

Dla ustalenia statusu rodziny wielodzietnej pod uwagę brane są jedynie dzieci w wieku do ukończenia 18. roku życia lub, w przypadku kontynuowania przez dziecko nauki – najpóźniej do ukończenia 25. roku życia. Ograniczenia wiekowe nie znajdują zastosowania w sytuacji, w której w skład rodziny wielodzietnej wchodzi dzieci niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym lub znacznym (art. 4 ust. 1 pkt 3). Za dziecko uznaje się również dziecko, nad którym sprawowana jest rodzinna piecza zastępcza, oraz osobę przebywającą w dotychczasowej rodzinie zastępczej albo w rodzinnym domu dziecka, o której mowa w art. 37 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej²⁷. Podobnie szeroko zdefiniowano rodzica będącego członkiem rodziny wielodzietnej, którym w świetle art. 4 ust. 2 ustawy o KDR jest nie tylko rodzic biologiczny, ale również rodzic zastępczy, osoba prowadząca rodzinny dom dziecka i małżonek rodzica. Prawo do posiadania Karty nie jest ograniczone do obywateli polskich (art. 5).

Prawo do posiadania Karty nie przysługuje co do zasady członkom rodziny, która nie spełnia kryteriów do uznania jej za rodzinę „wielodzietną” (art. 4 ust. 1 *a contrario*). Z punktu widzenia możliwości uzyskania Karty istotne znaczenie posiada zdefiniowanie momentu, na który ustalane jest posiadanie przez rodzinę statusu rodziny wielodzietnej. Ustawodawca określił ten moment za pośrednictwem art. 7 ust. 1 i 2 – jest nim dzień złożenia wniosku o przyznanie Karty. Zgodnie z tym przepisem następująca po dniu złożenia wniosku utrata przez jednego członka rodziny wielodzietnej statusu osoby uprawnionej do jej posiadania nie rzutuje negatywnie na możliwość przyznania Karty pozostałym

pracując oraz utrzymując się samodzielnie. Ustawodawca używa tego określenia wyłącznie w art. 4 ust. 1 ustawy o KDR, co również przemawia za uznaniem, iż sformułowanie to znalazło się w treści powołanej jednostki redakcyjnej przypadkowo. Bardziej prawidłowym oraz pozostającym w związku z celem i treścią ustawy byłoby zastąpienie ww. zwrotu np. określeniem „wychowywania” lub innym nieodnoszącym się do kwestii statusu majątkowego rodziny.

²⁶ Por. wyrok TK P 10/01.

²⁷ Dz. U. z 2013 r. poz. 135 z późn. zm.

członkom rodziny, którzy spełniają ustawowe kryteria (ust. 1), a Karta nie zostaje wydana jedynie osobie, która przestała je spełniać (ust. 2).

W pojęciu rodziny wielodzietnej nie mieszczą się zatem rodziny, w których w dniu składania wniosku o przyznanie Karty dzieci – bez względu na ich wiek lub pobieranie nauki – było mniej niż troje albo dzieci było troje lub więcej, ale nie można było wśród nich wyodrębnić trojga dzieci spełniających kryteria z art. 4 ust. 1. W każdym z tych przypadków ani rodzicom, ani dzieciom tworzącym taką rodzinę Karta nie zostanie przyznana, ponieważ w dniu składania wniosku o przyznanie Karty nie są oni w rozumieniu ustawy członkami rodziny wielodzietnej.

Z uwagi na okres trwania prawa do posiadania Karty ustawodawca dokonał w art. 11 rozróżnienia członków rodzin wielodzietnych na dwie kategorie: dzieci, mające prawo do posiadania Karty na czas określony (co do zasady nie dłużej niż do ukończenia 25. roku życia²⁸; por. ust. 1 pkt 2 – 6), oraz rodziców, którym Karta jest przyznawana bez jakiegokolwiek ograniczenia możliwości jej posiadania terminem, a zatem w istocie dożywotnio (ust. 1 pkt 1 ustawy o KDR). Zasadą jest, iż wystąpienie zmian, które powodują odpadnięcie podstaw do wydania Karty rodzicowi, nie wpływa negatywnie na prawo jej posiadania, jeżeli tylko Karta uprzednio została już takiemu rodzicowi wydana (art. 6 ust. 1). Jedynymi wyjątkami od ww. zasady są przyczyny określone w art. 4 ust. 3 i 4, dotyczące przypadków niewłaściwego wykonywania władzy rodzicielskiej lub pieczy zastępczej. Ograniczenie czasowe prawa do posiadania Karty przez rodzica może występować również wobec rodziców będących cudzoziemcami mającymi prawo do zamieszkania na terytorium Polski na czas określony (art. 11 ust. 2).

Z zastrzeżeniem wskazanych wyjątków, nabycie prawa do posiadania Karty przez rodzica powoduje możliwość korzystania z niej bezterminowo, przy czym w czasie, w którym rodzic ma prawo posiadania Karty (od dnia przyznania mu Karty do dnia śmierci), można wyróżnić dwa etapy. Pierwszy, w którym rodzic posiada na utrzymaniu co najmniej troje dzieci nieprzekraczających określonego wieku – spełnia wszystkie warunki przyznania mu Karty. Drugim etapem posiadania Karty przez rodzica jest etap, kiedy przestaje on spełniać kryteria warunkujące przyznanie mu Karty, tj. posiada na utrzymaniu mniej niż troje dzieci lub nawet w ogóle nie posiada dzieci poniżej określonego wieku, jednak – z uwagi na normę art. 6 ust. 1 i art. 11 ust. 1 pkt 1) – w dalszym ciągu może korzystać z uprawnień wynikających z posiadania Karty.

²⁸ Wyjątek stanowią dzieci legitymujące się orzeczeniem o umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności, które nawet po ukończeniu 25. roku życia mogą zachowywać prawo do posiadania Karty (art. 11 ust. 1 pkt 4).

Właśnie w związku z bezterminowością przyznawania Karty rodzicom, na drugim wyróżnionym etapie jej posiadania uwidacznia się dyskryminacja, jaką ustawodawca dopuścił na gruncie ustawy o KDR. Obecne ukształtowanie kręgu rodziców uprawnionych do posiadania Karty pozostawia poza jego marginesem grupę rodziców, którzy znajdują się w identycznej sytuacji faktycznej, jak rodzice uprawnieni do posiadania Karty na drugim wyróżnionym powyżej etapie. Jak wskazano, posiadanie Karty przez rodzica nie jest immanentnie związane z posiadaniem na utrzymaniu co najmniej trojga dzieci poniżej granic określonych w art. 4 ust. 1, a na drugim etapie posiadania Karty przez rodzica pewne jest, że ostatecznie wszystkie spośród jego dzieci przekroczą te granice. Zatem na drugim wyróżnionym etapie uprawnionych rodziców charakteryzuje to, iż stworzyli rodzinę składającą się z co najmniej trojga dzieci, która w przeszłości spełniała warunki konieczne do uznania ją za rodzinę wielodzietną w rozumieniu ustawy o KDR. Należy zauważyć, iż jednocześnie istnieje grupa rodziców, którzy również wychowali troje lub więcej dzieci, tj. także stworzyli w przeszłości rodzinę wielodzietną w rozumieniu Ustawy, a jednak pozostają prawa do posiadania Karty pozbawieni. Granicę oddzielającą obie te grupy rodziców, tj. grupę rodziców posiadających prawo do posiadania Karty i grupę tych, którzy są tego prawa pozbawieni, wyznacza natomiast wyłącznie – *argumentum ad art. 6 ust. 1* – okoliczność uprzedniego nabycia (lub nie) prawa do posiadania Karty w okresie, w którym rodzic spełniał wszystkie warunki przyznania mu Karty, tj. na pierwszym wyróżnionym powyżej etapie.

W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia momentu, na który ustalane jest posiadanie przez rodzinę statusu rodziny wielodzietnej. Wobec przyjęcia, że dniem tym jest dzień złożenia wniosku o przyznanie Karty, prawa do jej posiadania zostali pozbawieni w szczególności wszyscy rodzice, którzy wychowali troje lub więcej dzieci, jednak w dniu wejścia ustawy w życie ich rodzina nie była już uznawana za rodzinę wielodzietną. Z drugiej strony, powiązanie możliwości przyznania rodzicowi Karty z wychowywaniem przez niego trójki lub więcej dzieci spełniających ustawowe kryteria w dniu złożenia wniosku o przyznanie Karty spowodowało, iż w istocie wystarczającym dla bezterminowego prawa do posiadania Karty przez rodzica pozostaje, aby rodzic legitymował się posiadaniem tak pojmowanej rodziny wielodzietnej wyłącznie w dniu złożenia wniosku o przyznanie Karty.

Ustawa bez uzasadnienia różnicuje zatem rodziców posiadających co najmniej troje dzieci na tych, którzy są uprawnieni do posiadania Karty bezterminowo – nawet po osiągnięciu pełnoletności i zakończeniu nauki nawet przez wszystkie dzieci rodzica – i tych, którzy tego prawa zostali pozbawieni całkowicie. Granicę podziału wyznacza natomiast wyłącznie dzień, na który ustala się posiadanie przez rodzinę statusu rodziny wielodzietnej.

Z całą pewnością różnicowanie to dotyczy podmiotów, będących podmiotami podobnymi, charakteryzującymi się analogiczną cechą istotną, uzasadniającą ich równe traktowanie. Przemawia za tym analiza celu oraz treści ustawy o KDR. *Ratio legis* ustawy upatrywać można w jej art. 1, wskazującym ogólnie, iż na podstawie Ustawy ma dojść do przyznania członkom rodzin wielodzietnych „korzystniejszego od ogólnie obowiązującego dostępu do towarów, usług lub innych form działalności”. Motywy wprowadzenia ustawy o KDR zostały szerzej zaprezentowane w uzasadnieniu jej projektu, w którym wskazano, iż celem ustawy jest wspieranie rodzin wielodzietnych poprzez m.in. zmniejszenie ich wydatków. Ponadto równorzędny cel ustawy stanowi promocja wielodzietności zmierzająca do „rozwoju takiego modelu rodzicielstwa”. Ustawodawca uzasadnia wprowadzenie ustawy także potrzebą „umacniania oraz wspierania funkcji rodziny wielodzietnej”, dostrzegając celowość zwiększania „szans rozwojowych i życiowych dzieci i młodzieży z rodzin wielodzietnych”. Projektodawca wskazując na tak zdefiniowane cele, podkreśla również wagę rozwoju demograficznego Polski, zaznaczając, że ustawa ma stanowić jeden z elementów polityki prorodzinnej. W uzasadnieniu do projektu ustawy zachowano powściągliwość w argumentacji przemawiającej za celowością jej wprowadzenia. Cele rozwiązań, na podstawie których szczególne przywileje przyznaje się rodzinom złożonym z wielu dzieci, zostały natomiast szerzej zebrane w opracowaniu Kancelarii Prezydenta RP, na podstawie samorządowych inicjatyw o analogicznym charakterze. Wśród celów wprowadzenia Karty wyróżnia się cele: demograficzne, finansowe, ekonomiczne, społeczne (w tym wyrównywanie szans), wizerunkowe²⁹. Niewątpliwie wszystkie wskazane założenia można odnieść w pełni do celów wprowadzenia Karty o ogólnopolskim charakterze.

Oczywistym jest, że ustawa o KDR, wprowadzając system zniżek dla członków rodzin wielodzietnych, jest rozwiązaniem, które może stanowić pewną ulgę finansową dla tych rodzin, niemniej w mojej ocenie ulżenie budżetowi rodzin wieloosobowych nie jest celem, a środkiem do realizacji zasadniczego celu ww. regulacji. Uważam, że podstawowy cel ustawy stanowi promowanie wielodzietności, zmierzające w ostatecznym rozrachunku do realizacji celu nadrzędnego, jakim jest poprawa sytuacji demograficznej Polski. Przemawia za tym w szczególności fakt, iż przyznanie Karty członkom rodziny wielodzietnej nie zostało w żaden sposób uzależnione od kryterium dochodowego. Z dniem 1 stycznia 2015 r. Karta Dużej Rodziny uzyskała regulację w randze ustawy, wobec czego nie jest zasadnym odmienne akcentowanie jej celu choćby systematyką tego

²⁹ Zob. szerzej Karta Dużej Rodziny w Polsce i wybranych krajach UE, Warszawa 2013, www.prezydent.pl/download/gfx/prezydent/.../karta_duzej_rodziny.pdf, dostęp 28.06.2015 r., s. 7–9.

rozwiązania, które ostatecznie przestało znajdować swoje źródło w przepisach o pomocy społecznej. Oczywiście ustawa o KDR samodzielnie nie jest w stanie zapewnić realizacji tak zdefiniowanego celu, niemniej może stanowić istotny (choć zapewne nie decydujący) element w ramach konsekwentnie prowadzonej polityki prorodzinnej państwa. Należy przy tym zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w prezydenckim opracowaniu, iż wszystkie powołane cele „wzajemnie się uzupełniają i wzmacniają”, a żaden z nich nie jest celem autonomicznym³⁰.

Z punktu widzenia tak zdefiniowanych celów należy przyjąć, iż grupa rodziców uprawnionych do bezterminowego posiadania Karty na drugim wyróżnionym powyżej etapie i grupa rodziców, którzy pomimo posiadania co najmniej trojga dzieci generalnie pozostają prawa do posiadania Karty pozbawieni, charakteryzuje się wspólną cechą znaczącą, a ich sytuacja faktyczna jest nie tyle podobna, co identyczna. Właściwą obu tym grupom rodziców cechą relewantną jest fakt stworzenia przez nich rodziny wielodzietnej składającej się z co najmniej trojga dzieci, natomiast identyczność sytuacji zachodzi po przekroczeniu ustawowych cezur przez ich dzieci, tj. kiedy i jedni, i drudzy rodzice przestali tworzyć rodzinę wielodzietną w rozumieniu ustawy i spełniać kryteria przyznania Karty jej członkom. Skoro bowiem nadrzędnym celem analizowanej regulacji jest rozwój wielodzietnego modelu rodziny i stworzenie (łącznie z innymi regulacjami) okoliczności sprzyjających zakładaniu rodzin liczących więcej niż dwoje dzieci, to właśnie wielość dzieci w rodzinie musi zostać uznana za „cechę” rodziny determinującą przyznanie prawa do posiadania Karty jej członkom, w tym również rodzicom. Sytuacja wszystkich rodziców, którzy wychowali troje lub więcej dzieci, jest podobna również w tym aspekcie, iż rodzice Ci potencjalnie musieli zaangażować znacząco większe środki finansowe w wychowanie dzieci od osób, które wychowały ich mniej³¹, a nakłady poczynione na ten cel zmniejszały materialny poziom ich życia oraz rzutują na ich status materialny także po usamodzielnieniu się dzieci. W związku z powyższym obie te grupy rodziców

³⁰ Ibidem, s. 9.

³¹ W tym kontekście należy zwrócić uwagę na koszt wychowania dziecka w Polsce, który przykładowo w 2015 r. szacowany jest na kwotę od 176 do 190 tys. zł. Przeciętny koszt wychowania trójki dzieci to dla rodziców koszt od 421 do 460 tys. zł (wskazane kwoty obejmują koszt do czasu ukończenia przez dziecko 18. roku życia, przyjmuje się, że koszty utrzymania i kształcenia dziecka na poziomie wyższym to dodatkowo co najmniej 60 tys. zł na każde dziecko). Kalkulacja ta obejmuje jedynie podstawowe koszty, wobec czego istnieje znaczne prawdopodobieństwo, iż łączne ekonomiczne koszty wychowania dzieci przez rodziców przekraczają wskazane kwoty, przy czym precyzyjne określenie kosztów wychowania dziecka w Polsce nie jest możliwe z uwagi na brak gromadzenia w Polsce odpowiednich danych. Zob. szerzej: *Koszty wychowania dzieci w Polsce w 2015 r.*, Raport Centrum im. Adama Smitha pod kierunkiem prof. dra hab. A. Surdeja, Warszawa 2015.

powinny zostać potraktowane równo, tzn. jeżeli ustawodawca zdecydował, iż prawo do korzystania z uprawnień wynikających z posiadania Karty będzie rodzicom przysługiwało bezterminowo (a nie tylko w okresie, kiedy co najmniej troje spośród dzieci rodzica nie przekracza granic wskazanych w art. 4 ust. 1), jeżeli legitymują się oni cechą istotną, tj. posiadają co najmniej troje dzieci, to prawem do posiadania Karty przez czas nieokreślony powinni zostać objęci wszyscy rodzice charakteryzujący się tą cechą znaczącą, a nie tylko część spośród nich.

Niewątpliwie zatem ustawodawca, ustalając krąg rodziców uprawnionych do posiadania Karty po utracie cech warunkujących jej przyznanie, dokonał zróżnicowania sytuacji rodziców znajdujących się w identycznej sytuacji faktycznej. Kryterium wyznaczającym linię podziału między uprawnionymi i pozbawionymi prawa do posiadania Karty jest zaś jedynie fakt wcześniejszego posiadania lub nieposiadania Karty przez rodzica (por. art. 6 ust. 1), przy czym możliwość uzyskania Karty przez rodzica została istotnie ograniczona poprzez przyznanie znaczenia decydującego – aczkolwiek oderwanego od celu i treści tej ustawy - dacie złożenia wniosku o przyznanie Karty (art. 7 ust. 1). Uwzględniając, iż konstytucyjny zakaz dyskryminacji dotyczy „jakiegokolwiek” przyczyny, niewątpliwie uznać można, iż do naruszenia tego zakazu dochodzi także z uwagi na przyczynę formalną wskazaną powyżej. Odstępstwo od zasady równości wprowadzone w związku z bezterminowością przyznawania Karty jedynie części rodziców, którzy stworzyli co najmniej „trójdzielną” rodzinę, nie znajduje również umocowania w jakichkolwiek innych konstytucyjnie chronionych wartościach, zasadach czy normach.

Należy zauważyć, iż dyskryminacja części rodziców posiadających rodziny wielodzietne ma miejsce wyłącznie w związku z bezterminowym charakterem prawa do posiadania Karty. O naruszeniu zasady równości nie byłoby mowy, gdyby prawo do posiadania Karty przez rodzica było powiązane z koniecznością spełniania przez niego kryteriów warunkujących przyznanie prawa do posiadania Karty (tj. z pierwszym wyróżnionym wcześniej etapem posiadania Karty przez rodzica) lub przy wprowadzeniu reguły, iż uprawniony rodzic ma prawo do posiadania Karty tak długo, jak nie utraci ważności Karta posiadana przez ostatnie z jego dzieci. W przypadku każdego z tych rozwiązań nie zachodziłoby podobieństwo sytuacji rodziców uprawnionych do posiadania Karty i rodziców pozbawionych tego prawa. Rodzice mający prawo do posiadania Karty odróżnialiby się bowiem od rodziców go nie posiadających cechami z punktu widzenia celów ustawy kluczowymi, tj. legitymowałiby się posiadaniem co najmniej trojga dzieci spełniających kryteria sprecyzowane w art. 4 ust. 1 ustawy.

Przyczyny przyznawania Karty uprawnionym rodzicom na czas nieokreślony nie zostały wskazane w treści ustawy o KDR, jak również nie wynikają

z uzasadnienia jej projektu, chociaż bezterminowość przyznawania Karty rodzicom została przewidziana już w pierwszej proponowanej wersji ustawy. Rozwiązanie to nie było przedmiotem analizy komisji sejmowych³², jak również dyskusji nad ustawą na posiedzeniu Sejmu³³, a jednogłośnie przyjęcie tej ustawy³⁴ przemawia za uznaniem, iż formuła bezterminowego korzystania z Karty przez rodziców nie budziła jakichkolwiek wątpliwości ustawodawcy. Przyznawanie rodzicom Karty na czas nieokreślony było zasadą obowiązującą również na gruncie uchwały RM i wydanego na jej podstawie rozporządzenia, a ustawa o KDR wiernie powieliła to rozwiązanie. Ustalenie optymalnego sposobu usunięcia dyskryminacji części rodziców istniejącej w analizowanym aspekcie na gruncie ustawy wymaga jednak oceny zasadności przyznawania rodzicom Karty na czas nieokreślony. W tym celu należy podjąć próbę rekonstrukcji podstaw wprowadzenia regulacji, na podstawie której rodzicom, którzy stworzyli rodziny wielodzietne, przyznaje się preferencyjne warunki korzystania z dóbr i usług, a w dodatku czyni się to bez jakiegokolwiek limitacji temporalnej.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż skutki decyzji rodziców, którzy zdecydowali o wychowaniu ponadprzeciętnej liczby dzieci, rozciągają się niewątpliwie nie tylko na tych rodziców, ale na całe społeczeństwo. Jako oczywiste dla państwa jawią się przede wszystkim korzyści demograficzne. Za twórcami Raportu „Koszty wychowania...” – jako nie mniej ważne – można wskazać, iż „dla społeczeństwa jako całości dzieci (ich liczba i «jakość») są «kapitałem» – zasobem, bez którego nie ma wzrostu bogactwa i dobrobytu. Nie tylko samym rodzicom, ale i całemu społeczeństwu i jego politycznej organizacji, czyli państwu, powinno więc zależeć na zapewnieniu odpowiednio wysokiej dzietności i «jakości» dzieci wychowywanych przez polskie rodziny”³⁵. Analizując korzyści dla państwa wynikające z decyzji rodziców o założeniu rodziny wielodzietnej, należy wprost wskazać na wkład w postaci danin odprowadzanych do budżetu przez samych rodziców w okresie wychowywania dzieci i w związku z ich wychowaniem, jak również zauważyć trzeba, iż wkład ten wzrasta wraz z usamodzielnieniem się dzieci, kiedy odprowadzają one daniny publiczne bezpośrednio. Nawiązując do przytoczonych kosztów wychowania dzieci w rodzinach wielodzietnych należy jednak przede wszystkim zaznaczyć, iż materialne skutki

³² Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Polityki Społecznej i Rodziny (nr 199) oraz Komisji Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej (nr 313) z dnia 3 grudnia 2014 r.

³³ Sprawozdanie stenograficzne z 81. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 5 grudnia 2014 r. (trzeci dzień obrad), Warszawa 2014, s. 219.

³⁴ Za przyjęciem ustawy głosowało 417 posłów, przeciw – 0, wstrzymało się od głosu – 0, sejm.gov.pl

³⁵ Raport..., s. 5.

podjętej przez rodziców decyzji o posiadaniu rodziny wielodzietnej nie ustają wraz z „odchowaniem” ostatniego dziecka, ale niewątpliwie rozciągają się one również na okres późniejszy. Na dalszą sytuację tych rodziców mogą rzutować istotnie okoliczności, takie jak zaciągnięte w związku z wychowywaniem dzieci kredyty lub chociażby potencjalnie mniejsze oszczędności czy niższy status materialny od rodziców, którzy nie przeznaczali swoich dochodów na utrzymanie dzieci.

A zatem ujemne dla rodziców (w aspekcie materialnym) konsekwencje decyzji o stworzeniu rodziny wielodzietnej rozciągają się również na okres, w którym dzieci te nie tworzą już z rodzicami jednego gospodarstwa domowego. Z drugiej strony, analogiczne – tj. nieograniczone w czasie jedynie do tego okresu – pozostają korzyści dla społeczeństwa. Niewątpliwie wskazane okoliczności przemawiają za podzieleniem opinii ustawodawcy, iż rodzicom, którzy stworzyli rodzinę wielodzietną, Karta powinna być przyznawana bezterminowo, co implikuje konieczność usunięcia istniejącej dyskryminacji w drodze poszerzenia kręgu rodziców uprawnionych do posiadania Karty i objęcie tym prawem także grupy rodziców, która pozostaje obecnie pozbawiona prawa posiadania Karty pomimo stworzenia rodziny wielodzietnej.

Jak wskazano na wstępie, od zasady, iż prawo do posiadania Karty przysługuje członkowi rodziny, która w dniu złożenia wniosku o wydanie Karty spełnia kryteria warunkujące uznanie jej za rodzinę „wielodzietną”, istnieje wyjątek. Ustawodawca zakłada bowiem możliwość przyznania Karty osobie, która w dniu złożenia wniosku nie jest członkiem rodziny uznawanej za wielodzietną w art. 6 ust. 4 – dotyczy to dziecka, które urodziło się rodzicowi posiadającemu Kartę (a więc dziecka rodzica, który stworzył już wcześniej rodzinę uznawaną za wielodzietną). Karta zostanie przyznana nowo narodzonemu – co najmniej czwartemu – dziecku rodzica nawet w sytuacji utraty prawa do jej posiadania przez pozostałe dzieci w rodzinie. *Prima facie* przepis poszerza krąg dzieci uprawnionych do posiadania Karty, wprowadzając zasadę, iż każde kolejne dziecko ponad trzecie w rodzinie powinno nabywać prawo do posiadania Karty, nawet w sytuacji utraty przymiotu wielodzietności przez samą rodzinę. Tak jednak nie jest, ponieważ warunkiem przyznania Karty czwartemu i kolejnemu dziecku w rodzinie jest posiadanie Karty przez rodzica. Skoro – jak zostało wykazane powyżej – część rodziców posiadających troje lub więcej dzieci została dyskryminująco pozbawiona prawa do posiadania Karty, prawa do jej posiadania nie nabędą w świetle art. 6 ust. 4 ustawy o KDR dzieci tychże rodziców, które urodzą się jako czwarte lub kolejne dziecko w rodzinie. W rezultacie część dzieci, urodzonych jako czwarte lub następne w rodzinach, które utraciły status wielodzietnych, będzie miała prawo do posiadania Karty, a część nie. Nie sposób przy tym wskazać jakiegokolwiek

racjonalnego powodu uzasadniającego takie rozróżnienie i powiązanie możliwości nabycia prawa do posiadania Karty przez czwarte (kolejne) dziecko w rodzinie z koniecznością posiadania Karty przez rodzica.

Dyskryminacja części dzieci będących czwartym lub kolejnym dzieckiem w rodzinach, które przed dniem narodzin tegoż dziecka utraciły status rodziny „wielodzietnej”, stanowi wtórną konsekwencję zasygnalizowanej dyskryminacji części rodziców. Wraz z przyznaniem prawa do posiadania Karty wszystkim rodzicom tworzącym rodziny wielodzietne, powiązanie możliwości nabycia Karty przez czwarte lub kolejne dziecko rodzica z koniecznością posiadania Karty przez rodzica przestanie prowadzić do dyskryminacji. Z pewnością zmiana ustawy o KDR w proponowany w niniejszym artykule sposób jest zmianą ważniejszą i pilniejszą niż zmiany obecnie procedowane³⁶, które – jakkolwiek dotyczą kwestii istotnych – nie mają wymiaru zasadniczego, konstytucyjnego.

Parafrazując kwestię z tragedii Friedricha von Schillera³⁷, można by powiedzieć, iż na gruncie ustawy o KDR ustawodawca – pomimo deklaracji zamiaru promowania wielodzietności i rozwoju tego modelu rodzicielstwa – pozbawiając część rodziców prawa do posiadania Karty z uwagi na fakt, iż stworzyli rodzinę wielodzietną wcześniej niż rodzice, którym prawo to przyznano, wyraża myśl zgoła odmienną od postulowanego przez siebie celu, tj. myśl sprowadzającą się do stwierdzenia: rodzic swoje dzieło sprawił, rodzic odejść może. Paradoksalnie wydaje się, iż większe zrozumienie dla sytuacji rodziców wychowujących wiele dzieci oraz dzieci posiadających wiele rodzeństwa panowało w Drugiej niż Trzeciej Rzeczypospolitej Polskiej. Przykład rozwiązania o podobnym charakterze (tj. rozwiązania, które nie mogąc samodzielnie stanowić remedium na problem niskiej dzietności, daje jednak wyraz trosce państwa o osoby wnoszące szczególny wkład do społeczeństwa) może stanowić dekret Prezydenta II RP Ignacego Mościckiego z 1926 r., którym Prezydent nie tylko zobowiązał się, że zostanie ojcem chrzestnym każdego siódmego dziecka płci męskiej w rodzinie, ale też każdy z jego chrześniaków otrzymywał książeczkę oszczędnościową, przywilej bezpłatnej nauki w kraju i za granicą, w tym na studiach wyższych, stypendium,

³⁶ Zmiany zakładają wprowadzenie możliwości składania wniosków o przyznanie Karty drogą elektroniczną (zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach rodzinnych oraz niektórych innych ustaw, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, VII kadencja, druk nr 3428 z dnia 15 maja 2015 r.) oraz zwolnienie członków rodzin wielodzietnych w całości lub w części z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi (zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o Karcie Dużej Rodziny oraz niektórych innych ustaw, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, VII kadencja, druk nr 3585 z dnia 27 kwietnia 2015 r.).

³⁷ F. Schiller, *Sprzysiężenie Fieski w Genui. Tragedya., akt trzeci, scena czwarta, Fryderyka Schillera dzieła poetyczne i dramatyczne*, Tom II, Stanisławów 1906, s. 160.

bezpłatne przejazdy i opiekę zdrowotną³⁸. Mając na względzie powyższe, wydaje się, iż definiując krąg beneficjentów Karty Dużej Rodziny, ustawodawca zapomniał o poczynionym w preambule Konstytucji RP nawiązaniu do „najlepszych tradycji Drugiej Rzeczypospolitej”.

³⁸ J. Matusz, Chrześcianiacy prezydenta Mościckiego, „Rzeczpospolita”, dostęp 25.06.2015 r., <http://www.rp.pl/artukul/217245.html?p=3>, por. odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Finansów – z upoważnienia ministra – na zapytanie nr 3030 w sprawie przepisów prawa regulujących kwestie chrześniaków prezydenta II RP Ignacego Mościckiego dnia 18 lutego 2013 r., <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=307ACC00>, dostęp 25.06.2015 r.

PARENTS AND CHILDREN ENTITLED TO HOLD OF THE LARGE FAMILY CARD VS. THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY BEFORE THE LAW

The subject of the article is the justification of the thesis that the differentiation of the legal situation of parents on the basis of the Act on the Large Family Card, who have established a family with at least three children violates the constitutional principle of equality before the law. On the one hand some parents are entitled to use the card without any time limit, and on the other hand there is a group of parents who also have large families, but are totally deprived of the right. According to the author of the article, the diversity does not represent any constitutionally protected value and the discrimination occurs due to the unlimited duration of the right to own the Card by eligible parents. The result of the above, as well as the fourth (another) child's right to the Card depending on holding the Card by the parent, is discriminatory for the children born as the fourth (next) child in the family. The article is also an attempt to answer the question which way would be the best to remove the above-mentioned discrimination thus making it most coherent with the objective and content of the analyzed regulation.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (203) 2015
Warszawa 2015

Grażyna Włosek ■

POLSKA BIBLIOGRAFIA PRAWNICZA – PRZESZŁOŚĆ, TERAŻNIEJSZOŚĆ, PRZYSZŁOŚĆ (W ZWIĄZKU Z JUBILEUSZEM 50-LECIA)

1. Rys historyczny

Początki Polskiej Bibliografii Prawniczej¹ sięgają XIX wieku. Był to okres głębokich przemian, obejmujący wszystkie dziedziny działalności człowieka. Wzrosła liczba publikacji i czasopism naukowych. W związku z tym pojawiła się potrzeba uporządkowania i rejestracji ukazującego się piśmiennictwa. Zaczęły powstawać bibliografie dziedzinowe: lekarskie, matematyczne, historyczne, a także prawnicze.² Wybitny historyk prawa Jan Wincenty Bandtkie³ opracował „Bibliografię prawa polskiego od najdawniejszych czasów do 1823 r.”, Mimo starań nie ukazała się drukiem, nadal pozostaje w formie rękopisu w zbiorach Biblioteki Uniwersytetu Jagiellońskiego. Uważana jest jednak za pierwszą bibliografię prawniczą w Polsce⁴. Pierwowzorem bibliografii jaką jest obecnie PBP, stała się wydana w 1911 r. „Bibliografia Prawnicza Polska XIX i XX wieku” pod red.

¹ Dalej PBP.

² A. Suligowski, *Słowo wstępne*. [w:] Bibliografia Prawnicza Polska XIX i XX wieku. Warszawa 1911, s. XXII; H. Mościcki *Słowo wstępne*. [w:] Hoesicka, Bibliografia Prawnicza Polska 1918–1929, Warszawa 1930, s. 1

³ Jan Wincenty Bandtkie-Stężyński – inna forma nazwiska: *Bandtke*, krypt.: J. W. B. (ur. 14 lipca 1783 w Lublinie, zm. 7 lutego 1846 w Warszawie), polski historyk prawa, edytor, leksykograf i wolnomularz.

⁴ A. Matczuk, *Mecenat nad bibliografiami dziedzinowymi w okresie zaborów*, Folia Bibliologica 2013/2014, vol. 55/56, s. 66.

Adolfa Suligowskiego⁵. Było to wybitne na ten czas dzieło, w którym znalazło się 8231 pozycji, umieszczonych w działach odpowiadających poszczególnym gałęziom prawa. Prace nad bibliografią trwały 20 lat, z czynnym udziałem środowiska prawniczego i warszawskiej młodzieży akademickiej.⁶ Do dziś pozostaje doskonałym źródłem informacji, przydatnym zwłaszcza w badaniach historyczno-prawnych. Bibliografię A. Suligowskiego uzupełnił Roman Longchamps de Berier⁷, rejestrując wydawnictwa z 1911 i 1912 roku. Za sześć następnych lat, niestety, nie posiadamy bibliografii prawniczej. Publikacje za okres 1918–1928 były indeksowane w „Hoesicka Bibliografii Prawniczej Polskiej” przez Stanisława Łożę. W latach 1930–1937 ukazywała się kwartalnie „Bibliografia Prawnicza” pod redakcją Artura Millera. Okres 1938–1943 to kolejna luka w rejestracji polskiego piśmiennictwa prawniczego.

Po II wojnie światowej jednym z głównych zadań, jakie stały przed Działem Bibliografii i Dokumentacji Instytutu Nauk Prawnych PAN, było opracowanie pełnej bibliografii prawniczej za lata 1913–1959, która miała być kontynuacją bibliografii A. Suligowskiego. Podjęto jednak decyzję, że w pierwszej kolejności zostanie przygotowana bibliografia od 1944 do 1959 roku.⁸ Znalazło się w niej 16 tysięcy opisów bibliograficznych artykułów i książek.

Kolejne bibliografie ukazywały się w sporych odstępach czasowych, obejmując dane gromadzone przez kilka lat. Następne wydawane były co dwa lata, a od 1978 roku jako rocznik. I tak jest do chwili obecnej.

Tworzeniem bibliografii zajmował się Zespół współdziałający z pracownikami naukowymi, co gwarantowało wysoki poziom merytoryczny. Pieczę nad PBP sprawowali redaktorzy naczelni, którymi byli kolejno: prof. Karol Koranyi, prof. Witold Czachórski, dr Stefan Kalinowski, prof. Jan Skupiński, prof. Ewa Łętowska, a obecnie jest nim prof. Andrzej Bierć.

W tym miejscu należy również wspomnieć o pani Marcie Jaszcuk kierującej długie lata Zespołem PBP.

Rozwój technologii komputerowych i kształtowanie się społeczeństwa, w którym informacja znalazła szerokie zastosowanie w codziennym życiu społecznym, kulturalnym, ekonomicznym oraz politycznym, umożliwił i niejako wymusił zmiany w tworzeniu i udostępnianiu bibliografii. Zaczęły powstawać

⁵ Adolf Suligowski (ur. 3 marca 1849, zm. 16 lutego 1932 w Warszawie) – polski prawnik, adwokat, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, poseł na Sejm Ustawodawczy

⁶ A. Suligowski, *Słowo wstępne*, op. cit., s. XXII–XXVII.

⁷ Roman Longchamps de Bérier (ur. 9 sierpnia 1883 we Lwowie, zm. 4 lipca 1941 we Lwowie) – polski prawnik cywilista, członek Komisji Kodyfikacyjnej RP, ostatni rektor Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie.

⁸ K. Koranyi, *Przedmowa*. [w:] *Polska Bibliografia Prawnicza 1944–1959*, Warszawa 1962, s. 5

,obok tradycyjnych drukowanych, wersje elektroniczne. Tak też się stało w przypadku PBP. W 1990 roku stworzony został dedykowany PBP program komputerowy ILSOFT BP, który znacząco wpłynął na usprawnienie i przyspieszenie procesu opracowania danych oraz zwiększył możliwości rozpowszechniania. Nowy system umożliwił również uzupełnienie tradycyjnych elementów opisu bibliograficznego o dodatkowe informacje i znaczenie poszerzył możliwości przeszukiwania bazy. W tym czasie zostały też podjęte działania mające na celu rejestrację w ILSOFT BP retrospektywnych roczników PBP – sprzed 1990 roku.

Inne bibliografie dziedzinowe z czasem zaczęły odchodzić od wersji drukowanych, w wielu przypadkach z przyczyn finansowych.⁹ PBP nadal jest wydawana i ma swoich zwolenników, którzy korzystają wyłącznie z takiej formy udostępniania.

ILSOFT BP na ten moment idealny, z upływem lat zaczął ujawniać swoje mankamenty i nie potrafił sprostać zmieniającym się potrzebom zarówno samej bibliografii, jak i jej odbiorców. Z tego powodu w 2012 r. wdrożony został nowy system informatyczny „Expertus” pozwalający m.in. na udostępnienie Polskiej Bibliografii Prawniczej w Internecie, przeszukiwanie bazy przez każdy znaczący element opisu bibliograficznego, zamieszczanie w systemie abstraktów, streszczeń, linków, a nawet pełnych tekstów publikacji.

2. Cele i zadania PBP

PBP tworzona jest w Instytucie Nauk Prawnych PAN, zawiera opisy bibliograficzne naukowych prac z zakresu prawa i dziedzin pokrewnych oraz wybrane publikacje związane z dydaktyką i popularyzacją prawa. Indeksuje 180 czasopism prawnych oraz kilkanaście z innych powiązanych nauk. Jest niezbędnym narzędziem w pracy naukowej i badawczej. Jak większość bibliografii realizuje nie tylko zadania informacyjno-wyszukiwawcze, ale również historyczno-archiwalne. Ujawnia prawniczy dorobek naukowy w odpowiedni sposób uporządkowany, sklasyfikowany i scharakteryzowany.

Podstawowa jej funkcja polega na dostarczeniu bieżącej i rzetelnej informacji na temat naukowych publikacji prawnych szerokiej grupie odbiorców: naukowcom, studentom, prawnikom oraz innym zainteresowanym prawem osobom. Funkcjonuje w trzech formach: jako czasopismo – rocznik, jako baza

⁹ Więcej na ten temat zob. J. Sadowska, *Polskie dziedzinowe bibliograficzne bazy danych w perspektywie lokalnej i globalnej*. [w:] *Bibliograficzne bazy danych : kierunki rozwoju i możliwości współpracy*. Bydgoszcz, 27–29 maja 2006, Warszawa 2009, <http://www.ebib.pl/publikacje/matkonf/mat19/sadowska.php>.

danych PBP – online, oraz jako moduł w systemach informacji prawnej wydawnictw C.H. Beck i Wolters Kluwer.

PBP – czasopismo – rocznik – ukazuje się w pierwszej połowie roku. Układ bibliografii oparty jest na własnej klasyfikacji dziesiętnej. Obejmuje 24 działy odpowiadające poszczególnym gałęziom prawa. Pozycję umieszcza się w jednym z nich, najbardziej odpowiadającym jej treści. W przypadku, gdy to konieczne, zapis powtarzany jest w dwóch – trzech innych działach. Zaznacza się typy rejestrowanych publikacji: książki, prace zbiorowe, udziały w pracach zbiorowych, artykuły, recenzje, sprawozdania, glosy, wywiady, opracowania. Prace składające się na publikację zbiorową są również rejestrowane. Przy glosach zamieszcza się krótką informację o ich tematyce. W PBP znajdują się także dane o orzecnictwie oraz naukowych czasopismach prawniczych. Zawiera indeks czasopism i wydawnictw ciągłych zarejestrowanych w danym roku, indeks autorów wraz z oznaczeniem typu publikacji, indeks autorów prac zagranicznych recenzowanych w polskich czasopismach. Ponadto PBP w wyborze funkcjonuje w czasopiśmie „Państwo i Prawo” jako rubryka stała. W bieżącym roku ukazał się 50, jubileuszowy nr PBP.

PBP – online – obejmuje lata 1965–2015 i jest raz w miesiącu aktualizowana oraz sukcesywnie uzupełniana o retrospektywne roczniki PBP. Obecnie trwają prace nad rejestracją danych za okres, 1960–1964. Zawiera około 430 tys. rekordów. Opisy bibliograficzne tworzone są w oparciu o format MARC 21, zawierają słowa kluczowe oraz, gdy jest to możliwe, również link do pełnego tekstu publikacji. Bazę można przeszukiwać przez każdy znaczący element opisu bibliograficznego. Wersja demonstracyjna znajduje się na stronie www.bibliografia-prawnicza.pl. W wolnym dostępie jest rok 1999. Korzystanie z pełnej bazy jest możliwe po wykupieniu subskrypcji.

PBP – jako moduł w systemach Lex i Leglis – na podstawie umów licencyjnych zawartych z C.H. Beck i Wolters Kluwer INP PAN dostarcza tym wydawnictwom dane bibliograficzne, które są konwertowane do ich systemów informacji prawnej działających w oparciu o inny model informacyjno-wyszukiawczy i nie należy z nim utożsamiać PBP.

3. Kilka słów o przyszłości

Rozwój dziedzinowych baz danych w kierunku odchodzenia od tworzenia bazy przez jedną instytucję na rzecz wielu jednostek naukowych, nurt *open access*, czy zmiany w samej zawartości bibliografii¹⁰ powodują, że PBP stoi przed poważnymi decyzjami dotyczącymi formy jej dalszego funkcjonowania. PBP jest bazą o ograniczonym dostępie, z tego powodu mamy trudności z uzyskaniem dotacji na rozwój i poszerzenie baz danych. Środki finansowe nie pokrywają bieżących potrzeb bibliografii. Konieczne są dodatkowe nakłady na podniesienie wartości informacyjnej bazy poprzez poszerzenie jej o abstrakty i słowa kluczowe w języku angielskim, dane bibliometryczne, linki do pełnych tekstów publikacji, a także zmiany w systemie, umożliwiające bezpośrednie przysyłanie danych w celach sprawozdawczych do Zintegrowanego Systemu Informacji o Szkolnictwie Wyższym, w tym Polskiej Bibliografii Naukowej. Rodzi się tu na marginesie pytanie dotyczące wzajemnych relacji między bibliografiami specjalnymi a Polską Bibliografią Naukową, mająca się stać publiczną bibliografią osób i instytucji, za pomocą której będzie można zapoznać się z dorobkiem nauki polskiej.

Mimo tych wszystkich problemów mam nadzieję, że uda się nam odnaleźć w nowej rzeczywistości, obrać właściwy kierunek i nadal kontynuować dzieło naszych poprzedników z pożytkiem dla prawniczego środowiska naukowego i całego społeczeństwa. Kończąc, przytoczę słowa prof. A. Suligowskiego: „Obliczanie i grupowanie płodów ducha wynika z potrzeb narodu. Jak w każdym gospodarstwie społecznym, tak w skarbcu twórczości umysłowej należy utrzymywać nieustanną kontrolę jego części składowych i ich zawartości”¹¹, co właśnie czynią bibliografie dziedzinowe.

¹⁰ J. Sadowska, op. cit.

¹¹ A. Suligowski, op. cit., s. XXI.

POLISH OF LAW BIBLIOGRAPHY. THE PAST,
THE PRESENT AND THE FUTURE
(ON THE OCCASION OF THE 50TH ANNIVERSARY)

Polish of Law Bibliography is an important instrument supporting the work of researchers, students, lawyers and other persons applying the law. Its origins date back to the XIX century. The database recording polish literature of law and related areas. It is created in the Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences. It operates in three forms: yearbook, electronic database and a module in the system of legal information publishers Wolters Kluwer and C.H. Beck. The electronic version bibliography contains 430,000 records and covers 1965-2015.

Registration of the electronic version retrospective yearbooks Polish Law Bibliography is currently in progress.

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