

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Karta Narodów Zjednoczonych jako światowa konstytucja
– uwagi z perspektywy zakazu użycia siły
- Specyfika odpowiedzialności za naruszenia Europejskiej Konwencji
Praw Człowieka związane z działalnością nieuznawanych reżimów
– analiza orzecznictwa
- Współczesny kryzys migracyjny a uwarunkowania międzynarodowoprawne
- O potrzebie zmian w polskim prawie rozwodowym
- Wstrzymanie dostaw energii elektrycznej z powodu zaległości
po stronie odbiorcy a obowiązek informacyjny przedsiębiorcy
- Nieprzedawnialne roszczenia majątkowe w prawie cywilnym

3 (207)
2016

WARSZAWA 2016
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2016



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 2015 r. z liczbą **11 punktów** za publikację.
„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie od 1963 r.

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

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

mgr Agata Kleczkowska

Instytut Nauk Prawnych PAN

KARTA NARODÓW ZJEDNOCZONYCH JAKO ŚWIATOWA KONSTITUCJA – UWAGI Z PERSPEKTYWY ZAKAZU UŻYCIA SIŁY	7
Wstęp.....	7
1. Zakaz użycia siły w KNZ w 1945 r.	8
2. Karta Narodów Zjednoczonych jako światowa konstytucja.....	10
2.1. Karta Narodów Zjednoczonych – konstytucja <i>de iure</i> czy <i>de facto</i> ?	15
3. Stosowanie KNZ jako konstytucji <i>de facto</i> z perspektywy zakazu użycia siły.....	19
Podsumowanie	24
CHARTER OF THE UNITED NATIONS AS THE WORLD CONSTITUTION – REMARKS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE	25

mgr Szymon Zaręba

Instytut Nauk Prawnych PAN

SPECYFIKA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIA EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA ZWIĄZANE Z DZIAŁALNOŚCIĄ NIEUZNANAWANYCH REŻIMÓW – ANALIZA ORZECZNICTWA	27
Zarys problemu i krótki przegląd orzecznictwa ETPCz	28
Jurysdykcja i odpowiedzialność państwa macierzystego	31
Zakres ograniczonej jurysdykcji państwa macierzystego.....	36
Treść obowiązków pozytywnych	39
Jurysdykcja i odpowiedzialność państwa trzeciego – problem wzajemnej relacji	43
Skuteczna kontrola jako podstawowy warunek istnienia jurysdykcji państwa trzeciego	46
Ewolucja pojęcia „skutecznej kontroli”	48
Kryteria stosowane przez MTS i MTKJ	52
Działania państwa nieuznawanego poza jego terytorium a jurysdykcja państwa trzeciego	57
Zakres odpowiedzialności państwa trzeciego	59
Podsumowanie	62
THE SPECIFIC NATURE OF RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS RELATED TO ACTIVITIES OF UNRECOGNIZED REGIMES – AN ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS.....	66

dr hab. Przemysław Saganek

Instytut Nauk Prawnych PAN

WSPÓŁCZESNY KRYZYS MIGRACYJNY

A UWARUNKOWANIA MIĘDZYNARODOWOPRAWNE	67
Uwagi wstępne.....	67
Wielość płaszczyzn badawczych w obrębie	
prawa międzynarodowego	69
Międzynarodowe prawo azylowe.....	71
Definicja uchodźcy z konwencji genewskiej z 1951 r.	71
Zakres praw uchodźców wynikających z konwencji genewskiej	73
<i>Non-refoulement</i> i zakazy towarzyszące	75
Unijna definicja ochrony międzynarodowej i prawa osób	
uprawnionych do tej ochrony	77
Prawa osób ubiegających się o ochronę międzynarodową	81
Procedury związane z napływem osób ubiegających się	
o ochronę międzynarodową	84
Instrumenty ochrony interesów państw członkowskich	
zawarte w prawie UE	87
Kontekst przekroczenia granicy unijnej	89
Specyfika granic morskich	92
Specyfika kryzysu – wieloaspektowość, paradoksy	94
Podsumowanie	97
THE CONTEMPORARY MIGRATION CRISIS AND INTERNATIONAL LAW	98

dr hab. Marek Andrzejewski

Uniwersytet Szczeciński

O POTRZEBIE ZMIAN W POLSKIM PRAWIE ROZWODOWYM	99
1. Wprowadzenie	99
2. Konteksty.....	101
3. Czy deinstytucjonalizacja małżeństwa?	104
4. Postulaty <i>de lege ferenda</i>	108
4.1. Uwaga wprowadzająca.....	108
4.2. Propozycje niezbędnych lub pożądanых zmian	
w przepisach – prawo materialne.....	108
4.3. Propozycje niezbędnych lub pożądanых	
zmian w przepisach – prawo formalne.....	112
Bibliografia.....	121
ON THE NEED FOR CHANGE IN POLISH DIVORCE LAW	127

dr hab. Tomasz Szanciło

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

WSTRZYMANIE DOSTAW ENERGII ELEKTRYCZNEJ Z POWODU ZALEGŁOŚCI PO STRONIE ODBIORCY A OBOWIĄZEK INFORMACYJNY PRZEDSIĘBIORCY	129
I. Wprowadzenie	129
II. Podmiot legitymowany do wstrzymania dostaw energii elektrycznej	130
III. Przesłanki wstrzymania dostaw energii elektrycznej	131
IV. Oznaczenie terminu zapłaty konkretną datą	134
V. Zastosowanie przepisów procesowych do składania oświadczeń woli	135
VI. Doręczenie w świetle art. 61 k.c.	138
VII. Prawo energetyczne a art. 61 k.c.	141
STHE SUSPENSION OF ELECTRICITY SUPPLY DUE TO RECIPIENT'S ARREARS AND THE ENTREPRENEUR'S OBLIGATION TO PROVIDE INFORMATION.....	147

dr Mateusz Grochowski

Instytut Nauk Prawnych PAN

NIEPRZEDAWNIALNE ROSZCZENIA MAJĄTKOWE W PRAWIE CYWILNYM	149
I. Roszczenia nieprzedawnialne – istota i typologia	149
II. Natura roszczenia jako ogólne uzasadnienie nieprzedawnialności	154
II.1. Ogólne założenia	154
II.2. Dopuszczalność funkcjonalno-celowościowej wykładni przepisów o przedawnieniu	155
III. Szczegółowe źródła braku przedawnialności roszczenia.....	157
III.1. Stałość faktycznej podstawy roszczenia	157
III.2. Przedawnienie roszczenia o ustanowienie służebności a nabycie jej przez zasiedzenie	161
III.3. Argumenty celowościowe	164
IV. Podsumowanie	168
THE PROPRIETARY CLAIMS EXEMPTED FROM PRESCRIPTION IN CIVIL LAW ...	171
Informacje dla Autorów	173

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Agata Kleczkowska ■

KARTA NARODÓW ZJEDNOCZONYCH JAKO ŚWIATOWA KONSTYTUCJA – UWAGI Z PERSPEKTYWY ZAKAZU UŻYCIA SIŁY

Wstęp

Organizacji Narodów Zjednoczonych od początku jej powstania przypisywano szczególną rolę – powstrzymania kolejnego globalnego konfliktu, na miarę I i II wojny światowej, czemu służyć miał zarówno zakaz użycia siły, jak i sama konstrukcja Organizacji i kompetencji, w które ją wyposażono. Jak pokazały wydarzenia po 1945 r., ONZ nie zawsze okazywała się skutecznym rozjemcą w konfliktach między państwami, a niekiedy wręcz bezczynność Organizacji i paraliż jej najważniejszego organu – Rady Bezpieczeństwa ONZ (RB ONZ) – były nie mniej rażące niż same skutki sporów między państwami. Niemniej jednak ONZ pozostała najważniejszym forum, na którym dyskutuje się o globalnych problemach, a państwa odwołują się do Karty Narodów Zjednoczonych (KNZ), aktu założycielskiego Organizacji, jako do najważniejszego aktu prawnego dla całego porządku międzynarodowego. Mając więc na uwadze to znaczenie zarówno Organizacji, jak i samej KNZ, nieraz pojawia się określenie, że Karta stanowi „światową konstytucję”. Niniejszy artykuł ma odpowiedzieć na pytanie, czy takie określenie w odniesieniu do Karty jest uprawnione i jak ma się do niego praktyka państw. Z uwagi na najważniejszą normę KNZ i jej znaczenia dla całego ładu międzynarodowego po 1945 r., uwagi te zostaną poczynione z perspektywy zakazu użycia siły. Wydaje się, że mimo znaczenia Karty, formalnie jej znaczenie nie wykracza poza bycie „światową konstytucją” jedynie *de facto*, a biorąc pod uwagę

praktykę państw – normy Karty najczęściej ustępują pierwszeństwa partykularnym interesom członków społeczności międzynarodowej.

W pierwszej kolejności należy wskazać na charakter zakazu użycia siły – absolutny i bardzo szeroko zdefiniowany. Po drugie, postawiony w artykule problem każe przeanalizować cechy Karty w kontekście charakterystyki aktów o charakterze konstytucyjnym, aby ocenić, czy Karta może stanowić konstytucję *de iure* lub *de facto*. W końcu, uwagi o charakterze teoretycznym, trzeba odnieść do praktyki państw i sposobów dokonywania wykładni Karty przez państwa, również z perspektywy metod wykładni aktów konstytucyjnych.

1. Zakaz użycia siły w KNZ w 1945 r.

Mimo iż założeniem, które legło u podstaw utworzenia Ligi Narodów, było „zapewnienie gwarancji niepodległości politycznej oraz integralności terytorialnej wszystkich państw”, nie udało się uczynić Ligi Narodów (LN) skutecznym instrumentem zapewniającym pokój między państwami. Sam Pakt Ligi nie był w stanie zresztą tego zagwarantować, skoro na jego podstawie wojna została wyeliminowana jedynie warunkowo, dając państwom w dalszym ciągu możliwość korzystania z rozwiązań siłowych, ograniczając ich stosowanie jedynie pewnymi warunkami formalnymi¹. Wybuch II wojny światowej udowodnił więc jak daleko niedoskonały był system, mający w założeniu powstrzymać kolejny, globalny konflikt. Twórcy Karty Narodów Zjednoczonych, w oparciu o te doświadczenia, niedopuszczalność rozwiązywania sporów za pomocą siły ujęli więc w formie kategorycznego zakazu użycia siły, wyrażonego w art. 2 (4) KNZ, dopuszczając użycie siły jedynie w dwóch wypadkach: samoobrony uregulowanej w art. 51 (ustanawiając jednocześnie prawo do samoobrony jedynym legalnym przypadkiem jednostronnego użycia siły) oraz w sytuacji operacji kolektywnej podjętej na podstawie art. 42 KNZ.

Zakaz użycia siły zawarty w KNZ, w zamyśle jego twórców, nie miał być ani warunkowy, ani temporalny, ale miał mieć charakter absolutny, jedynie z uwzględnieniem dwóch wspomnianych wyżej wyjątków. Wyrazem tego była zarówno zmiana terminologiczna (zakaz wojny, nieprecyzyjny i dający możliwość państwom jego wąskiej interpretacji, zastąpiono zakazem użycia siły, nie pozostawiając wątpliwości co do tego, że każde rozwiązanie siłowe będzie nielegalne), jak i sformułowanie otwierające preambułę KNZ, zgodnie z którym

¹ W. Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 1993, s. 16.

jednym z celów Narodów Zjednoczonych jest, aby „uchronić przyszłe pokolenia od klęsk wojny, która dwukrotnie w ciągu naszego życia wyrządziła niewypowiedziane cierpienia ludzkości”². Za całkowitym zakazem użycia siły przemawia również konstrukcja samego zakazu, zawartego w art. 2 (4): „Wszyscy członkowie powinni w swych stosunkach międzynarodowych powstrzymywać się od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko nietykalności terytorium albo niepodległości politycznej któregokolwiek państwa, lub wszelkiego innego sposobu, niezgodnego z zasadami Narodów Zjednoczonych”³.

Część autorów prezentuje pogląd, że taki sposób sformułowania tego imperatywu, świadczy o tym, że zakaz użycia siły pozostaje aktualny jedynie wobec wskazanych w art. 2 (4) kierunków użycia siły, tj. nielegalne jest jedynie takie działanie, które naruszałoby integralność terytorialną lub niepodległość polityczną państwa. Jeśli więc państwo korzysta z rozwiązań siłowych, np. udzielając pomocy swoim obywatelom lub chcąc powstrzymać zbrodnie ludobójstwa, której dopuszcza się państwo trzecie wobec własnych obywateli, interwencja nie stanowi naruszenia art. 2 (4). Pogląd taki nie uwzględnia jednak dwóch ważnych czynników, które należy mieć na uwadze, interpretując art. 2 (4) KNZ. Po pierwsze, zwrot wskazujący na zakazane kierunki użycia siły został wprowadzony do KNZ na wniosek mniejszych państw, które chciały w ten sposób stworzyć dla siebie dodatkowe gwarancje, chroniące ich suwerenność przed ingerencją ze strony państw silniejszych⁴. Druga część art. 2 (4) została więc dodana nie po to, aby ograniczyć zakaz użycia siły, ale wprost przeciwnie, aby go wzmocnić. Po drugie, art. 2 (4) zakazuje użycia siły nie tylko w sposób naruszający integralność terytorialną i niepodległość polityczną państwa, ale także w każdy sposób „niezgodny z celami Narodów Zjednoczonych”. Cele KNZ wyraża art. 1 KNZ, ale mogą być one również wyinterpretowane z preambuły Karty. Są to więc m.in.

² Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie, ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, San Francisco 1945.06.26, Dz.U.1947.23.90 z dnia 1947.03.06.

³ Przywołane tłumaczenie art. 2 (4) pochodzi z oficjalnego polskiego tłumaczenia, opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1947 r. Niemniej jednak, ponieważ współcześnie w doktrynie używa się pojęcia „integralności terytorialnej”, a nie „nietykalności terytorium”, takie również tłumaczenie zostanie wykorzystane w dalszej części tekstu. Ponadto, polskie tłumaczenie zawiera błąd w stosunku do tekstu KNZ w j. angielski, gdzie nie ma mowy o „zasadach Narodów Zjednoczonych”, ale o „celach” („Purposes of the United Nations”, w przeciwieństwie do „Principles”, których dotyczy cały art. 2). W związku z powyższym, w dalszej części tekstu, będzie mowa o „celach Narodów Zjednoczonych” w kontekście zakazu użycia siły.

⁴ L. M. Goodrich, E. I. Hambro, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, Nowy Jork 1946, s. 68.

suwerenna równość państw, wykonywanie zobowiązań wynikających z KNZ w dobrej wierze i rozwiązywanie sporów metodami pokojowymi. Jeśli więc nawet przyjąć, że sam zakaz użycia siły przeciwko integralności terytorialnej i niepodległości politycznej stwarza pewien margines do skorzystania przez państwa z rozwiązań siłowych, to ten ostatni zwrot dopełnia cały zakaz, ponieważ każdy przypadek użycia siły narusza cele KNZ.

Podsumowując, państwa podpisujące Kartę Narodów Zjednoczonych w 1945 r. przyjęły, że absolutny zakaz użycia siły, z wyjątkiem dwóch ściśle zdefiniowanych w KNZ sytuacji, stanie się podstawą nowego ładu międzynarodowego.

2. Karta Narodów Zjednoczonych jako światowa konstytucja

Z uwagi zarówno na wagę norm prawnych zawartych w Karcie i ich znaczenie dla społeczności międzynarodowej, a także fakt, iż praktycznie wszystkie państwa świata są członkami ONZ, Karta Narodów Zjednoczonych jest niekiedy opisywana jako „światowa konstytucja”⁵. Co więcej, określenie to nie jest traktowane jedynie jako potoczne, które ma podkreślić rolę KNZ dla społeczności międzynarodowej, ale również jako mające znaczenie prawne. W tym miejscu należy więc rozważyć argumenty przemawiające za takim określeniem KNZ i zdecydować, czy pozwalają one traktować Kartę jako „światową konstytucję” *de iure* lub *de facto*⁶.

W pierwszej kolejności należy więc wskazać na rangę norm prawnych i zasad, które zostały uregulowane w Karcie⁷. Część z nich stanowi kodyfikację norm, które istniały jeszcze przed wejściem w życie KNZ (np. zasada rozwiązywania sporów za pomocą środków pokojowych), treść części norm istniejących przed powstaniem Karty została zmodyfikowana, tak aby włączyć je w system ONZ (np. dookreślono warunki legalnej samoobrony, czyniąc RB ONZ głównym organem odpowiedzialnym za międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo,

⁵ Tak np. B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, The Columbia Journal of Transnational Law, 1998, vol. 36, s. 532; B. Sloan, *The United Nations Charter as a Constitution*, Pace Yearbook of International Law 1989, vol. 1, s. 63; P. M. Dupuy, *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 1997, vol. 1, s. 3.

⁶ R. Macdonald, *The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective*, Australian Year Book of International Law 1999, vol. 20, s. 228. Autor ten sugeruje również rozważenie KNZ jako Konstytucji *in fieri*.

⁷ Ibidem.

nawet w przypadku skorzystania przez państwa z prawa do samoobrony⁸), jednak część norm i pojęć pojawiła się w międzynarodowym dyskursie, zarówno prawnym, jak i politycznym, dopiero po uregulowaniu ich w KNZ, obecnie natomiast instytucje te mają ogromne znaczenie dla relacji między państwami⁹ – są to przykładowo prawo do samostanowienia, prawa człowieka, atak zbrojny, zakaz użycia siły. W ten sposób Karta nie pomija żadnej z norm istotnych dla międzynarodowego porządku prawnego i relacji politycznych. Normy zawarte w Karcie są więc szczególne, na tyle nawet, że tworzy ona hierarchię norm prawa międzynarodowego – zgodnie z art. 103, w razie sprzeczności, normy zawarte w KNZ, mają mieć pierwszeństwo nad jakimikolwiek innymi zobowiązaniami zaciągniętymi przez państwa członkowskie ONZ. Co więcej, art. 103 nie rozróżnia sytuacji państw członkowskich i nieczłonkowskich¹⁰, co jak tłumaczy R. Bernhardt w Komentarzu do KNZ, „wydaje się to zrozumiałe i znaczące, ponieważ Karta zakłada i aspiruje, aby być „konstytucją” społeczności międzynarodowej, akceptowaną przez znakomitą większość państw”¹¹. Niemniej jednak, mimo tego, że art. 103 KNZ był kilkanaście razy przywoływany przez różne organy ONZ i państwa członkowskie, nie odegrał on nigdy większej roli w praktyce Organizacji¹².

Ponadto, w kontekście rangi norm Karty, należy zauważyć, że cechami aktów o charakterze konstytucyjnym są powszechność i inkluzywność, ponieważ konstytucja ma zastosowanie do wszystkich członków danej społeczności bez wyjątku¹³. W odniesieniu do KNZ oznaczać to powinno, że normami zawartymi w KNZ związane są wszystkie państwa, niezależnie od tego, czy są członkami ONZ, czy nie¹⁴. B. Fassbender w tym kontekście wskazuje, że zasada *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* nie kłóci się z faktem, że państwa, które nie są członkami

⁸ Niektórzy autorzy twierdzą wręcz, że regulacja samoobrony w art. 51 KNZ powoduje, że to nie państwo, które zostało zaatakowane jest najważniejsze, ale właśnie RB ONZ i jej kompetencje. Zob. D. A. Sadoff, *A Question of Determinacy: The Legal Status of Anticipatory Self-Defense*, Georgetown Journal of International Law 2008–2009, vol. 40, s. 549.

⁹ B. Fassbender, op. cit., s. 580.

¹⁰ Ibidem, s. 584. R. Bernhardt, *Komentarz do art. 103*, [w:] B. Simma (red.), *The Charter of the United Nations. A Commentary. Vol. 1*, Oxford 2002, s. 1293.

¹¹ R. Bernhardt, op. cit., s. 1295.

¹² Ibidem, s. 1299–1302. Przykładowo, art. 103 KNZ został przywołany przez Rosję w czasie debaty w RB ONZ nad użyciem siły przez NATO w Kosowie w marcu 1999 r. – Rosja podkreśliła brak podstaw prawnych do przeprowadzenia nalotów przez NATO na terytorium Jugosławii i wskazała, że państwa członkowskie NATO nie mogą zapominać, że są jednocześnie członkami ONZ i wiąże ich art. 103, który nakazuje pierwszeństwo obowiązków wynikających z KNZ (UN Security Council, 3988th meeting, Provisional Record, 24 marca 1999, S/PV.3988, s. 2–3).

¹³ B. Fassbender, op. cit., s. 581.

¹⁴ Ibidem.

ONZ powinny być związane Kartą, z uwagi zarówno na rangę norm prawnych regulowanych Kartą, jak i fakt, że współcześnie suwerenność powinna być interpretowana nie tylko jako nieograniczona swoboda państwa do działania, ale również pewne zobowiązanie, do przestrzegania międzynarodowego porządku prawnego. Niezależnie od członkostwa w ONZ, w relacjach między państwami obowiązuje zasada suwerennej równości państw, z której wynika np. zakaz użycia siły. Jak wskazuje ten Autor, niemożliwym jest więc zwolnienie państw niebędących członkami ONZ z przestrzegania zasad ustanowionych dla ogólnego dobra, niezależnie od członkostwa w ONZ¹⁵. Jeśli natomiast przyjąć, że jedynie zasady będące fundamentami współczesnego ładu międzynarodowego, takie jak zasada suwerennej równości państw czy zakaz użycia siły, wiążą wszystkie państwa bez wyjątków, ale nie odnosi się to już do obowiązków państw, państwa pozostające poza Organizacją, wbrew zasadzie równości państw, byłyby na uprzywilejowanej pozycji, ponieważ np. nie mogłyby ponieść żadnych konsekwencji przewidzianych w Karcie za naruszenie obowiązków z niej wynikających¹⁶ (szerzej relacje norm KNZ do obowiązków państw nieczłonkowskich zostały omówione poniżej).

O tym, że normy KNZ mają specjalne znaczenie, świadczyć ma również sama nazwa – termin „Karta” jest zarezerwowany dla „aktu najwyższej wagi, mówiącego o podstawowych zasadach porządku międzynarodowego”¹⁷. Należy jednak – po pierwsze – mieć na uwadze art. 1 (a) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, z którego wynika, że nie ma znaczenia nazwa zawieranego między państwami porozumienia, a po drugie, że praktyka stosowania nazw umów nie jest konsekwentna (np. umowy międzynarodowe nazywane „paktami” mogą spełniać podobne funkcje)¹⁸. Nazwa „Karta” świadczyć więc może o szczególnej randze norm zawartych w umowie międzynarodowej, ale niekoniecznie musi świadczyć o tym, że Karta Narodów Zjednoczonych jest „światową konstytucją”.

Należy również zwrócić uwagę, że Karta jest instrumentem relatywnie krótkim (ma mniej niż 9000 słów)¹⁹ i zawiera wiele ogólnych, niezdefiniowanych pojęć i instytucji²⁰, jak np. wspomniane prawo do samostanowienia czy atak zbrojny, co stanowi niewątpliwie o podobieństwie KNZ do konstytucji państw.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na pozycję organów ONZ, stworzoną przez Kartę. Organizacja ma zdecentralizowaną strukturę, a główne organy

¹⁵ Ibidem, s. 582–583.

¹⁶ Ibidem, s. 582–583.

¹⁷ S. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 231.

¹⁸ Ibidem, s. 230.

¹⁹ N. J. Schrijver, *The Future of the Charter of the United Nations*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2006, vol. 10, s. 2.

²⁰ Ibidem, s. 2.

ONZ, mimo iż Karta wyposaża je w obszerne kompetencje, nie mają możliwości uchwalania prawnie wiążących państwa aktów prawnych, które stanowiłyby źródło prawa międzynarodowego, a następnie egzekwowania ich wykonania od państw (niezależnie od sporów w doktrynie prawa międzynarodowego, czy rezolucje RB ONZ lub Zgromadzenia Ogólnego ONZ (ZO ONZ) mogą być źródłami prawa międzynarodowego, należy zwrócić uwagę, że nie było to założeniem twórców KNZ, bowiem nie wymieniono tych aktów w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS), który jest załącznikiem do Karty)²¹. Jeżeli KNZ miałyby być uznana za światową konstytucję w sensie instytucjonalnym, musiałaby zawierać postanowienia regulujące kompetencje organów, w taki sposób, aby zapewnić efektywne stosowanie norm zawartych w KNZ, co oznacza, że organy ONZ musiałyby posiadać narzędzia, za pomocą których mogłyby nakazać państwom odpowiednie stosowanie norm zawartych w Karcie²². Takiej regulacji jednak brak, co przyczynia się znacząco do krytyki KNZ i stanowi podstawę do zarzucania ONZ braku efektywności. N. J. Schrijver twierdzi co prawda, że wykładni Karty trzeba dokonywać z uwzględnieniem zasady dorozumianych kompetencji, zgodnie z którą kompetencje organów ONZ, nawet jeśli nie zostały wyraźnie wyrażone w KNZ, ale są niezbędne danemu organowi do wykonywania jego funkcji, należy domniemywać²³, ale wydaje się, że domniemywanie kompetencji w tym wypadku mogłoby pozostać w sprzeczności z suwerennością państw członkowskich.

Mimo jednak tych niewątpliwych ograniczeń, RB ONZ czy ZO ONZ są niezwykle wpływowymi forami, na których dyskutuje się o najważniejszych dla państw kwestiach, a ich rezolucje, zwłaszcza te, które nakładają sankcje na państwa, wzywają do powstrzymania się od stosowania określonych środków (np. zbrojnych) czy przestrzegania praw człowieka, nie pozostają bez echa wśród społeczności międzynarodowej. Szczególne znaczenie ma również orzecznictwo MTS²⁴. Mimo iż prowokuje wiele sporów nie tylko w doktrynie prawa międzynarodowego, ale również wśród państw, ma z pewnością ogromne znaczenie zarówno dla sposobu wykładni norm prawa międzynarodowego, nie tylko tych zawartych w KNZ, i formowania się norm prawa zwyczajowego. Także fakt, iż Trybunał bywa nierzadko krytykowany za zbytnią zachowawczość, gdy pomija w swoim orzecznictwie kwestie najbardziej kontrowersyjne, których rozstrzygnięcie miałyby szczególnie istotne znaczenie (gdy np. w sprawie Kosowa, MTS nie zdecydował się na ocenę legalności secesji w pra-

²¹ R. Macdonald, op. cit., s. 229.

²² P. M. Dupuy, op. cit., s. 19.

²³ N. J. Schrijver, op. cit., s. 6.

²⁴ R. Macdonald, op. cit., s. 228.

wie międzynarodowym, ale ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że w prawie międzynarodowym nie ma zakazu jednostronnych deklaracji niepodległości²⁵), świadczy o tym, że oczekiwania wobec Trybunału są skrojone na miarę najważniejszego międzynarodowego organu sądowego.

Po trzecie, jak wskazuje R. Macdonald, o konstytucyjnym charakterze KNZ świadczy również to, że KNZ nie zawiera postanowień regulujących sposób wystąpienia z Organizacji, mimo iż kwestia ta była dyskutowana w czasie konferencji w San Francisco, a państwa zgodziły się co do tego, że mogą swobodnie podjąć decyzję o wystąpieniu z ONZ w każdym czasie²⁶. W tym miejscu więc należy odwołać się do prac przygotowawczych nad Kartą. Z prac Komitetu I/2, zajmującego się opracowaniem Rozdziału III KNZ wynika jednoznacznie, że ustanie członkostwa w Organizacji było rozważane w kontekście uniwersalnego charakteru Organizacji. Jak można przeczytać w raporcie przedłożonym przez Sprawozdawcę Komitetu I/2, argumentami przemawiającymi za wykluczeniem możliwości wycofania przez państwa swojego członkostwa z ONZ były: sprzeczność z uniwersalnym charakterem Organizacji, możliwość, że państwa będą starały się wymusić na ONZ pewne działania pod groźbą wystąpienia z Organizacji oraz fakt, iż możliwość wystąpienia z ONZ mogłaby być sposobem na ucieczkę od obowiązków wynikających z członkostwa²⁷. Ostatecznie, po rozważeniu propozycji klauzul pozwalających na wystąpienie z ONZ, Komitet zarekomendował nieumieszczanie w KNZ takich postanowień, choć jednocześnie faktycznie zgodzono się, że w pewnych szczególnych okolicznościach (zwłaszcza, gdy ONZ okaże się niezdolna do utrzymania międzynarodowego pokoju) żadne państwo nie może zostać zmuszone do dalszej współpracy z ONZ²⁸.

Przykładem takiego uniwersalnego podejścia do członkostwa w ONZ była sytuacja wystąpienia Indonezji, która w 1965 r. zrezygnowała z członkostwa w Organizacji, ale gdy po roku nastąpiła zmiana rządu w tym państwie, a tym samym zmienił się kierunek prowadzonej polityki zagranicznej, Indonezja wyraziła wolę powrotu do ONZ, co nastąpiło bez przeprowadzania od nowa całej procedury przyjęcia nowego członka²⁹.

²⁵ Por. R. Kwiecień, *Glosa do opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 22.07.2010 r. w sprawie zgodności z prawem międzynarodowym jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2010, vol. 10 (3).

²⁶ R. Macdonald, op. cit., s. 214.

²⁷ *Report of the Rapporteur (Membership) of Committee I/2 to Commission I on Chapter III (Doc. 1178)*, The United Nations Conference on International Organization, San Francisco, California, April 25 to June 26, 1945. Selected Document, Washington 1946, s. 506.

²⁸ Ibidem, s. 507.

²⁹ B. Sloan, op. cit., s. 84.

W kwestii problematyki członkostwa, należy jednak podkreślić, że mimo uniwersalnego charakteru ONZ, nie wszystkie państwa ubiegające się o członkostwo w ONZ, są przyjmowane bez sporów³⁰, a jedynym czynnikiem determinującym przyjęcie do ONZ nie jest wola państw, żeby wskazać choćby na kasus Palestyny. Aktualnymi pozostają kryteria członkostwa. Wielokrotnie odmawiano zaakceptowania aplikacji państw, które powstały w sposób sprzeczny z prawem międzynarodowym lub opierały swoją politykę wewnętrzną na dyskryminacji pewnej grupy (przykładami mogą być Rodezja, Białafra, Katanga czy Bantustany)³¹. B. Fassbender słusznie wskazuje jednak, że nie oznacza to, że takim państwom na zawsze odebrano możliwość ubiegania się o uzyskanie członkostwa w ONZ³².

2.1. Karta Narodów Zjednoczonych – konstytucja *de iure* czy *de facto*?

Na wstępie należy zauważyć, że nie jest szczególnie kontrowersyjnym nazywanie „konstytucją” traktatu będącego podstawą funkcjonowania organizacji międzynarodowej o charakterze powszechnym. O tym, czy KNZ ma rzeczywiście szczególną pozycję dla całej społeczności międzynarodowej i stanowi faktycznie „światową konstytucję”, zwłaszcza *de iure*, decyduje bardziej to, w jakim stosunku Karta pozostaje do państw, które nie są członkami ONZ³³.

Nieliczne postanowienia KNZ odnoszą się wprost do sytuacji państw niebędących członkami ONZ. Są to: art. 2 (6), art. 4, art. 11 (2), art. 32, art. 35 (2), art. 50 i art. 93 (2). Najbardziej kontrowersyjnym z tych postanowień jest niewątpliwie art. 2 (6), który stanowi, iż Organizacja zapewni, że państwa, które nie są członkami ONZ, będą działać w zgodzie z zasadami Organizacji, w takim stopniu, w jakim jest to konieczne do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W wykładni tego artykułu ścierają się dwa przeciwstawne poglądy: według pierwszego z nich, wymóg spójności autorytetu ONZ i ranga zasad będących podstawą funkcjonowania ONZ, wymagają, aby postanowienia zawarte w art. 2 (6) miały pierwszeństwo przed zasadą nieinterwencji w sprawy wewnętrzne państw, jeśli utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa jest zagrożone. Według drugiego poglądu, art. 2 (6) nie ma żadnej szczególnej mocy prawnej, a w związku z tym powinien być interpretowany

³⁰ Przykładowo, w czasie pierwszej dekady pracy ONZ, członkostwa odmówiono 21 państwom. Dzisiaj poza Organizacją pozostają jedynie Palestyna i Watykan (W. G. Vitzthum, *Komentarz do Artykułu 2 (6)*, [w:] B. Simma (red.), *The Charter of the United Nations. A Commentary. Vol. 1*, Oxford 2002, s. 410).

³¹ B. Fassbender, op. cit., s. 612.

³² Ibidem, s. 613.

³³ Ibidem, s. 568.

z perspektywy zasady *pactis tertiis nec nocent nec prosunt* – możliwość nałożenia na państwa nieczłonkowskie jakichkolwiek obowiązków zależy więc od wyrażenia przez nich zgody na związanie ich tymi obowiązkami³⁴. Praktyka pokazuje, że art. 2 (6) ani nie był regularnie wykorzystywany przez państwa członkowskie (został przywołany m.in. na początku funkcjonowania Organizacji, w odniesieniu np. do sytuacji w Hiszpanii pod rządami generała Franco), ani nie zawsze wywierał faktycznie skutek na zachowanie państw, które w danym momencie nie były członkami ONZ. Przykładowo, kiedy ONZ nałożyło sankcje na Rodezję, Szwajcaria kontynuowała stosunki handlowe z Rodezją mimo sankcji, a RFN (członek ONZ od 1973 r.) zadeklarowała gotowość przyłączenia się do sankcji nałożonych przez RB ONZ, ale podkreślając, że jest to decyzja polityczna, a niepodyktowana względami prawnymi³⁵, co miało świadczyć o tym, że RFN nie uważa się za związaną wszystkimi normami KNZ i decyzjami ONZ co do zasady.

Ponadto Karta nie zawsze stanowi wyrażnie, że jej normy mają zastosowanie jedynie do państw członkowskich, ponieważ, przykładowo, wśród celów Organizacji pojawia się np. rozwijanie przyjaznych relacji „między państwami” (art. 1 (2) KNZ), a nie jedynie między państwami członkowskimi.

Z drugiej strony, jeśli chodzi o relacje między państwami nieczłonkowskimi a ONZ, państwa dążą do członkostwa w ONZ, a dopóty to się nie stanie, ubiegają się o umożliwienie im w jak najszerszym zakresie udziału w pracach Organizacji (np. kazus Palestyny, której udział w pracach ONZ wielokrotnie poszerzano na przestrzeni wielu lat) lub zgadzają się na udział organów ONZ w rozpoznawaniu sporów z ich udziałem (np. MTS rozpoznawał spór między Albanią a Wielką Brytanią w sprawie cieśniny Korfu, jeszcze zanim Albania została członkiem ONZ, za zgodą tego państwa). Ponadto członkostwo w ONZ ma szczególnie znaczenie dla nowopowstałych państw, ponieważ stanowi ono ostateczne potwierdzenie, że dany aktor faktycznie spełnił kryteria państwowości i stał się państwem.

G. Arangio-Ruiz prezentuje z kolei pogląd, który wyraźnie łączy możliwość uznania KNZ za konstytucję z uznaniem ONZ za super-państwo czy federację państw. W związku z tym, zdaniem tego Autora, niektóre artykuły KNZ, jak np. te ustanawiające wyłączną jurysdykcję państw w pewnych sprawach, a także suwerenną równość państw, jednoznacznie dyskwalifikują KNZ jako konstytucję³⁶. Jedyнным argumentem przemawiającym ewentualnie za konstytucyjnym charakterem Karty i szczególnym charakterem ONZ jest fakt, że na podstawie

³⁴ W. G. Vitzthum, op. cit., s. 141.

³⁵ Ibidem, s. 143.

³⁶ G. Arangio-Ruiz, *The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue*, European Journal of International Law 1997, vol. 1, s. 4.

Karty możliwe jest zorganizowane sił zbrojnych działających pod egidą ONZ³⁷. Pogląd ten nie wydaje się jednak trafny, ponieważ niezależnie od tego, czy KNZ jest „światową konstytucją”, ONZ z pewnością nie ma innego statusu prawnego niż organizacja międzynarodowa, nawet mimo tego, że posiada osobowość prawną. W sprawie Reparacji ONZ, MTS doszedł do wniosku, że fakt, iż ONZ ma międzynarodową osobowość (*‘Organization is an international person’*), nie jest tożsame ze stwierdzeniem, że ONZ jest państwem lub supra-państwem i ma takie same prawa i obowiązki jak państwa³⁸.

Podobnie, w sprawie dotyczącej wykładni porozumienia z 25 marca 1951 r. między WHO i Egiptem, MTS musiał rozważyć kwestię prawa organizacji międzynarodowej do wskazania swojej głównej siedziby lub biura regionalnego. MTS doszedł więc do wniosku, że organizacje międzynarodowe w pewnym sensie posiadają absolutne prawo, jeśli chodzi o wybranie miejsca lokalizacji ich siedzib głównych lub biur. Niemniej jednak, z drugiej strony każde państwo posiada suwerenne prawo wyrażenia lub niewyrażenia zgody na takie usytuowanie siedziby danej organizacji międzynarodowej i pod tym względem prawo organizacji nie jest „bardziej absolutne” niż analogiczne uprawnienie państwa. Trybunał powtórzył w tym miejscu pogląd zaprezentowany w opinii doradczej dotyczącej Reparacji, że nic nie wskazuje na to, żeby organizacje międzynarodowe tworzyły „supra-państwo”. Są one bowiem podmiotami prawa międzynarodowego i jako podmioty są związane obowiązkami wynikającymi z powszechnych zasad prawa międzynarodowego, ich konstytucji (co znamienne, MTS posłużył się właśnie terminem „konstytucja” na określenie każdego aktu założycielskiego organizacji międzynarodowej) i umów międzynarodowych, których są stronami³⁹.

Mając na względzie powyższe uwagi, należy jednoznacznie stwierdzić, że Karta Narodów Zjednoczonych nie jest „światową konstytucją” *de iure*, bowiem ani intencja państw, tworzących Narody Zjednoczone, ani żadne z postanowień Karty nie wskazują na to, aby Karta miała być czymś więcej niż aktem założycielskim organizacji międzynarodowej, nawet jeśli organizacji tej od początku przypisywano szczególną rolę i najważniejsze cele z punktu widzenia społeczności międzynarodowej w 1945 r. Po pierwsze, organy ONZ nie zostały wyposażone w kompetencje pozwalające na egzekwowanie od państw stosowania się do ich decyzji i skuteczny system wywierania nacisku na państwa w przypadkach takiej odmowy. Po drugie, mimo iż w KNZ nie pojawiła się odpowiednia klauzula,

³⁷ Ibidem, s. 5.

³⁸ *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1949, s. 179.

³⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1980, s. 73, § 37.

nie jest możliwym zmuszenie państwa do pozostania w ONZ, wbrew jego woli, i nie wydaje się, że takie „uprawnienie” byłoby ograniczone jedynie do sytuacji, gdy ONZ nie jest w stanie skutecznie przeciwdziałać zagrożeniom dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Ponadto, mimo iż KNZ zawiera postanowienia odnoszące się do państw nieczłonkowskich, to jednak jest ich zaledwie kilka i odnoszą się one do sytuacji tych państw tylko w takim minimalnym zakresie, w jakim jest to konieczne do tego, aby główne zadanie ONZ – powstrzymanie kolejnych światowych wojen i promowanie pokojowego rozstrzygania sporów – nie było w rzeczywistości iluzoryczne. Nie zmienia tego nawet art. 2 (6) KNZ, ponieważ jeżeli KNZ nie zawiera narzędzi pozwalających efektywnie oddziaływać na państwa członkowskie, tak aby przestrzegały norm KNZ, nie jest w takim razie możliwym, żeby ONZ mogło skutecznie wywrzeć nacisk na pozostałe państwa, co potwierdza zresztą praktyka.

Niemniej jednak, nie sposób nie zauważyć znaczenia ONZ i rangi norm prawnych zawartych w KNZ. Mają one podstawowe znaczenie dla społeczności międzynarodowej, a ich rola w praktyce państw powoduje krystalizowanie się analogicznych norm prawa zwyczajowego. Dzieje się tak nawet mimo tego, że w pewnym zakresie KNZ była aktem rewolucyjnym, zakazując np. użycia siły, podczas gdy do 1945 r. państwa nie były w stanie podporządkować się o wiele wężej sformułowanemu imperatywowi, jakim był zakaz prowadzenia wojen. Jeżeli więc rozważać Kartę jako akt o charakterze konstytucyjnym, KNZ jest w takim razie konstytucją w znaczeniu materialnym – zawiera pewien zestaw norm o rudymenarnym znaczeniu dla społeczności międzynarodowej, kreując hierarchię norm⁴⁰. Mimo również formalnej słabości organów ONZ, mają one ogromne znaczenie w międzynarodowym dyskursie politycznym i prawnym, a zachowanie państw sprzeczne z treścią rezolucji ZO czy RB ONZ lub niezastosowanie się do wyroku MTS jest potępiane przez społeczność międzynarodową, co stanowi o znaczeniu ONZ, nawet jeśli ma wymiar jedynie polityczno-moralny. Odpowiadając więc na pytanie postawione na początku części 2, jeżeli używać w stosunku do KNZ pojęcia „światowej konstytucji”, to tylko w znaczeniu faktycznym, a nie prawnym. Są to jednak jedynie rozważania teoretyczne, a najistotniejsze jest to, jak KNZ postrzegają podmioty prawa międzynarodowego, dla których miałaby ona być taką „konstytucją”. Dalej należy więc zastanowić się nad praktyką państwa, jeśli chodzi o stosowanie KNZ.

⁴⁰ P. M. Dupuy, *op. cit.*, s. 3.

3. Stosowanie KNZ jako konstytucji *de facto* z perspektywy zakazu użycia siły

Skoro znaczenie i regulacje Karty pozwalają na scharakteryzowanie jej jako światowej konstytucji *de facto*, należy zastanowić się, w jaki sposób państwa stosują i interpretują Kartę, a w szczególności, czy państwa, stosując KNZ, kierują się pewnymi szczególnymi metodami wykładni czy raczej traktują KNZ jak każdy inny traktat i posługują się jedynie dyrektywami wykładni, np. z art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. Problematyka, czy państwa interpretują KNZ z uwzględnieniem zasad wykładni charakterystycznych dla konstytucji zostanie omówiona na podstawie najważniejszej normy zawartej w KNZ, to jest zakazu użycia siły i wyjątku od niego, czyli prawa do samoobrony.

Po pierwsze więc, metodami wykładni konstytucji powinny być metody eksplikacyjne – wyjaśniające znaczenie pojęć konstytucji oraz metody „wypełniające” i konkretyzujące ogólne pojęcia, które zostały użyte w konstytucji⁴¹. Jak zostało już wspomniane, jednym z pojęć, które Karta wprowadziła do międzynarodowego dyskursu, było pojęcie „ataku zbrojnego”, który przy sformułowaniu art. 51 KNZ stał się kryterium warunkującym legalność samoobrony. Z uwagi na niedookreślone znaczenie tego pojęcia, warto przeanalizować, jakie znaczenie chcą mu nadać państwa w procesie stosowania prawa.

W doktrynie i orzecznictwie pojawiają się różne propozycje definiowania ataku zbrojnego, w których co do zasady podkreśla się ogromną skalę i poważne skutki użytej siły zbrojnej, co ma pozwolić na odróżnienie ataku zbrojnego od przypadków użycia siły na mniejszą skalę. Niewątpliwie w zamyśle twórców KNZ, którzy chcieli w jak najwyższym stopniu ograniczyć możliwość jednostronnego użycia siły, „atak zbrojny” miał oznaczać właśnie jedynie te najpoważniejsze sytuacje, gdy dochodzi do użycia siły zbrojnej, ponieważ miałyby one uprawniać państwa do podjęcia dyskrecjonalnej decyzji o skorzystaniu z rozwiązań siłowych. W praktyce wydaje się jednak, że państwa przez atak zbrojny rozumieją często również pomniejsze przypadki użycia siły lub sytuacje, gdy skala użytej siły była wręcz znikoma. Dzieje się tak nie tylko dlatego, że państwa uznają każde użycie siły za niebezpieczne, ale nierzadko również po prostu szukają pretekstu do rozpoczęcia interwencji.

Przykładem może być choćby inwazja USA w Panamie w 1989 r. Reżim generała Noriegi miał prześladować amerykańskich obywateli (i przyczynić się do śmierci jednego amerykańskiego żołnierza), a panamski parlament rzekomo

⁴¹ A. Jakuszewicz, *Wykładnia konstytucji jako proces konkretyzacji*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014, nr 1 (17), s. 75.

ogłosił, że Panama i USA znajdują się w stanie wojny⁴² (w rzeczywistości w rezolucji parlamentu zadeklarowano, że „Republika Panamy znajduje się w stanie wojny przez trwającą agresję rozpętaną przeciwko panamskiemu narodowi przez Rząd USA”⁴³). Mimo słabości tych amerykańskich argumentów i braku faktycznego ataku zbrojnego przeciwko USA, Stany Zjednoczone rozpoczęły interwencję 20 grudnia 1989 r., powołując się m.in. na prawo do samoobrony. Podobnie na prawo do samoobrony powołała się Rosja, uzasadniając interwencję w Gruzji w 2008 r. Powodem do interwencji miały być ataki Gruzji na mieszkańców Osetii Południowej, których Rosja wcześniej naturalizowała, oraz ataki na rosyjski personel pokojowy, stacjonujący w Osetii. Rosja nie próbowała nawet wykazać przypadku użycia siły, który mógłby być zbliżony w skali i skutkach do ataku zbrojnego, ale mimo to stwierdziła, że skala ataków gruzińskich władz na rosyjskich obywateli na terytorium Gruzji uprawnia Rosję do skorzystania z prawa do samoobrony⁴⁴. Przykłady te ilustrują, że państwa mimo jasnego brzmienia Karty i wymogu nastąpienia ataku zbrojnego, mimo jego braku, nadal powołują się na samoobronę, niekiedy zupełnie pomijając w swoim uzasadnieniu choćby próby wykazania przesłanek z art. 51 KNZ. Trudno uznać to za interpretację, która uzupełnia czy konkretyzuje postanowienia Karty, a raczej należy uznać to za wykładnię *contra legem*.

Innym przykładem może być powoływanie się na samoobronę wyprzedzającą, która miałaby zapobiec przyszłemu atakowi zbrojnemu, nawet takiemu, do którego przygotowania jeszcze się nie rozpoczęły. Przykładowo, Izrael dwukrotnie, w 1981 r. i w 2007 r., przeprowadzał naloty i niszczył reaktory atomowe w sąsiednich państwach arabskich (odpowiednio w Iraku i Syrii), dostrzegając w samej już budowie takich reaktorów zagrożenie dla swojego istnienia, które miało uprawniać Izrael do skorzystania z prawa do samoobrony, ponieważ potencjalnie mogą służyć one do wybudowania broni nuklearnej, która następnie może zostać użyta przeciwko Izraelowi. Używając wyprzedzająco siły, państwa wskazują więc, że nie mogą z dystansu obserwować, jak ich adversarz przygotowuje się do ataku, zwłaszcza jeżeli wielokrotnie wcześniej kierował on groźby pod adresem potencjalnej ofiary ataku. Ponownie, mimo iż art. 51 KNZ jasno

⁴² *Fighting in Panama: The State Department Excerpts From Statement by Baker on U.S. Policy*, New York Times, 21 grudnia 1989, dostępne na: <http://www.nytimes.com/1989/12/21/world/fighting-in-panama-the-state-dept-excerpts-from-statement-by-baker-on-us-policy.html> (dostęp: 10.09.2016).

⁴³ L. Henkin, *The Invasion of Panama Under International Law: A Gross Violation*, Columbia Journal of Transnational 1991, vol. 29, s. 301.

⁴⁴ *Letter dated 11 August 2008 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, S/2008/545.

stanowi, że przesłanką samoobrony jest uprzednie nastąpienie ataku zbrojnego⁴⁵, państwa uważają się za uprawnione do użycia siły, mimo iż ich działania pozostają w wyraźnej sprzeczności z brzmieniem art. 51 KNZ. I o ile można by dyskutować nad kształtem normy prawa zwyczajowego, która ewentualnie uprawniałaby państwa do samoobrony, o tyle same państwa rozwiewają wątpliwości co do podstawy prawnej swoich działań, wskazując, że wykonują prawo do samoobrony właśnie na podstawie art. 51 KNZ. Niemniej jednak państwa stosują wtedy bardzo ciekawą konstrukcję, to znaczy mówią o wykonywaniu prawa do samoobrony „uznanego (lub wyrażonego) w Karcie Narodów Zjednoczonych”. Tak też zrobiła Federacja Rosyjska w przypadku wyżej wspomnianego konfliktu w Gruzji – mimo tego, że nie była w stanie wykazać ataku zbrojnego ze strony Gruzji, swoje działania oparła na prawie do samoobrony „*as enshrined in the Charter of the United Nations*”⁴⁶, który to zwrot może sugerować, że Rosja, jak i inne państwa posługujące się taki terminem, chcą powiedzieć, że zdają sobie sprawę, że samoobrona została uregulowana w Karcie, ale niekoniecznie chcą posługiwać się kryteriami z art. 51 jako testem legalności dla ich działań. Tak jak zostało już podkreślone wcześniej, trudno uznać to za wykładnię Karty wypełniającą niezdefiniowane pojęcia, którymi posługuje się ten akt, a nie wykładnię obok litery Karty, co zresztą same państwa sugerują.

Po drugie, z uwagi na abstrakcyjny i ogólny charakter pojęć, którymi posługują się konstytucje, ich wykładnia powinna być dokonywana również przez pryzmat zasad konstytucji, jako podstawowych wartości, na których ma opierać się dany porządek prawny. Jeśli chodzi o zasady KNZ, zostały one zawarte w Rozdziale I, razem z celami KNZ, które w tym przypadku należy potraktować również jako wskazówki interpretacyjne. Przede wszystkim, z perspektywy przedmiotu niniejszej pracy, najistotniejszą zasadą jawi się być zakaz użycia siły. Ponadto wśród celów i zasad Karty znalazły się m.in. utrzymywanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, podejmowanie kolektywnych działań w przypadku zagrożenia dla międzynarodowego pokoju, rozwijanie przyjaznych relacji między państwami w poszanowaniu zasady równości i samostanowienia narodów, zasada suwerennej równości państw czy rozwiązywanie sporów metodami pokojowymi. Jeśli państwa kierowałyby się tymi zasadami przy wykładni norm Karty, to nie powinno nigdy dojść do interwencji Rosji na Ukrainie, bombardowań NATO w Kosowie, inwazji USA w Grenadzie i Panamie i wielu innych przypadków użycia siły po 1945 r., które nie tylko nie są samoobroną i naruszają sam zakaz z art. 2 (4), ale także praktycznie wszystkie z wymienionych wyżej

⁴⁵ W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Warszawa 2009, s. 52.

⁴⁶ S/2008/545.

celów i zasad Karty. Niezależnie od tego, czy państwa powołują się na samoobronę, mimo iż podejmowane przez nich działania nie mają związku z przesłankami samoobrony z art. 51 KNZ, czy na inne „uprawnienia”, które przysługują im, ich zdaniem, na podstawie prawa międzynarodowego, jak np. prawo do udzielenia pomocy swoim obywatelom, ich działania ograniczają się do realizacji własnych interesów, a nie do stania na straży zasad KNZ.

Pozytywnych przykładów w tym kontekście jest niewiele, ale jednym z nim może być operacja przeprowadzona w 1964 r. w Stanleyville w Demokratycznej Republice Kongo przez belgijskich spadochroniarzy, przy wsparciu USA, która miała na celu odbicie z rąk porywaczy ponad tysiąca cywilów, będących obywatelami 18 państw. Operacja została przeprowadzona za zgodą rządu Demokratycznej Republiki Kongo i miała na celu jedynie bezpieczne wywiezienie zakładników. Biorący w niej udział żołnierze otrzymali wyraźne rozkazy użycia siły wobec porywaczy, jedynie gdy będzie to niezbędne dla obrony własnej i zakładników, a także wycofania się natychmiast po zakończeniu operacji. Jak podkreślał amerykański rząd, operacja była ostatecznością, ponieważ wcześniejsze negocjacje z porywaczami nie przyniosły żadnych rezultatów, a rebelianci grozili w każdej chwili egzekucją wszystkich zakładników⁴⁷. Abstrahując od podstawy prawnej tej operacji (czy była to zgoda rządu Demokratycznej Republiki Kongo, czy norma prawa zwyczajowego pozwalająca na przeprowadzenie interwencji mającej na celu pomoc cywilom, czy jeszcze inna norma), fakt, że jedynym celem interwencji było uratowanie zakładników i faktycznie zakres operacji nie wykroczył poza ten cel, a także, że odbyła się ona za zgodą rządu Kongo, wydaje się, że nie budzi wątpliwości co do tego, że interwencja nie naruszyła żadnej z zasad i celów Karty. Pytanie jednak, czy to nie szczęśliwy zbieg okoliczności sprawił, że interesy państw chcących ratować swoich obywateli mogły być zrealizowane w warunkach pełnej zgodności z Kartą – biorąc pod uwagę np. amerykańską politykę ochrony własnych obywateli w każdych okolicznościach, wątpliwym jest, czy gdyby rząd Kongo nie wyraził zgody na interwencję lub wystąpiłaby inna niesprzyjająca przesłanka, operacja nie miałaby w ogóle miejsca.

Po trzecie, ponieważ konstytucja jest aktem prawnym przewidzianym do stosowania przez długi okres czasu, w zmieniających się okolicznościach,

⁴⁷ *Letter dated 24 November 1964 from the Permanent Representative of the United States of America Addressed to the President of the Security Council – Letter from the Prime Minister of the Democratic Republic of the Congo to the American Ambassador in Leopoldville, 21 November 1964 – Statement of the United State Government, S/6062; B. de Schutter, Humanitarian Intervention: A United Nations Task, California Western International Law Journal 1972–1973, vol. 3, s. 21.*

metodą wykładni konstytucji powinna być metoda dynamiczna⁴⁸, pozwalająca na dostosowanie ogólnych pojęć konstytucji do zmian społecznych, gospodarczych czy politycznych, które zachodzą w państwie z upływem lat. W odniesieniu do KNZ, często używane jest określenie, że Karta jest „żywym dokumentem”, który ewoluował od czasu jego powstania⁴⁹. Kofi Annan jako Sekretarz Generalny ONZ w swoim raporcie dla ZO ONZ, stwierdził, że „Karta jest żywym dokumentem, którego wzniosłe zasady nadal definiują aspiracje narodów wszędzie do życia w pokoju, godności i rozwoju”⁵⁰. Jednak aby Karta faktycznie przystawała do aspiracji państw, które niewątpliwie zmieniały się od 1945 r., Kartę należy interpretować w sposób funkcjonalny, mając na uwadze aktualne potrzeby społeczności międzynarodowej⁵¹. Ma to szczególne znaczenie właśnie w kontekście użycia siły, bowiem gdy Karta powstawała w 1945 r., państwa chciały, aby zakaz użycia siły był jak najszerszy, mając na uwadze świeże doświadczenia II wojny światowej i potrzebę powstrzymania społeczności międzynarodowej przed kolejnym globalnym konfliktem⁵². Najczęściej przywołany przykład zmiany okoliczności, która powinna mieć wpływ na kształt Karty, to rozwój nowych technologii, powstanie nowych typów broni, a przede wszystkim realny wzrost zagrożenia ze strony państw, które posiadają broń nuklearną. Skoro państwa tworzące Kartę w 1945 r. nie mogły wziąć pod uwagę tego, że użycie broni nuklearnej nie będzie kwestią pojedynczego, tragicznego przypadku, ale stanie się realnym zagrożeniem, nie może mieć to wpływu, zdaniem części państw i komentatorów, na prawa i obowiązki państw. Skoro bowiem w wyniku ataku nuklearnego potencjalnie mogłoby dojść do takich zniszczeń, że użycie siły w ramach samoobrony po nastąpieniu ataku nie miałoby już większego znaczenia, dlatego trzeba przyjąć, że państwa mają prawo do samoobrony wyprzedzającej, aby powstrzymać rozwój wydarzeń, który może doprowadzić do sytuacji, w której adwersarz posiadający broń nuklearną będzie gotowy do jej użycia⁵³. Oznaczałoby to przyzwolecie na użycie siły zbrojnej za każdym razem, gdy państwa poczują

⁴⁸ A. Jakuszewicz, op. cit., s. 78.

⁴⁹ J. Liang, *Modifying the UN Charter through Subsequent Practice: Prospects for the Charter's Revitalisation*, Nordic Journal of International Law 2012, vol. 81, s. 4.

⁵⁰ *Secretary-General Presents His Annual Report To General Assembly*, Press Release SG/SM/7136 GA/9596, 20 September 1999.

⁵¹ R. F. Scott, *Revision of the United Nations Charter: A Study of Various Approaches*, Michigan Law Review 1954–1955, vol. 53, s. 53; S. Engel, *Procedures for the de facto revision of the Charter*, American Society of International Law Proceedings 1965, vol. 59, s. 109.

⁵² J. Liang, op. cit., s. 13.

⁵³ L. Schloss, *The Limits of the Caroline Doctrine in the Nuclear Context: Anticipatory Self-Defense and Nuclear Counter-Proliferation*, Georgetown Journal of International Law 2011–2012, vol. 43, s. 578–579.

się zagrożone samym faktem, że państwo, z którym nie utrzymują najlepszych relacji, będzie chciało np. rozwijać program nuklearny, nawet jeśli „oficjalnie” program ten miałby służyć jedynie do rozwoju naukowego czy gospodarczego państwa. Taki był właśnie stan faktyczny w przypadku użycia siły przez Izrael w 1981 r., gdy państwo to zbombardowało reaktor nuklearny typu *Osirak* znajdujący się niedaleko Bagdadu. Reaktor znajdował się pod pełną kontrolą Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej, a kilka miesięcy wcześniej przeszedł inspekcję Agencji, która nie wykazała żadnych nieprawidłowości. Atak Izraela został potępiony przez społeczność międzynarodową⁵⁴. Mając na uwadze więc to, że niektóre państwa są w stanie za wszelką cenę bronić swojego poczucia bezpieczeństwa, ewolucyjna interpretacja Karty byłaby więc w tym wypadku interpretacją sprzeczną z jej zasadami i celami i w rzeczywistości nie stanowiłaby ewolucji, ale regres w podejściu do relacji międzynarodowych, gdyby każde państwo mogło znowu swobodnie decydować o tym, jak neutralizować sytuacje jego zdaniem mu zagrażające.

Podsumowanie

Karta Narodów Zjednoczonych może być uznana za „światową konstytucję” z uwagi zarówno na rangę norm prawnych w niej zawartych, a także to, jak kompleksowo zostały one w niej uregulowane, nie pozostawiając poza Kartą praktycznie żadnej z norm istotnych dla porządku międzynarodowego. Niemniej jednak, mimo iż formalnie można by uznać Kartę za „konstytucję światową” *de facto*, praktyka państw nie udowadnia, że Karta jest faktycznie nadrzędnym aktem prawnym, z którym państwa bezwzględnie liczą się i planują każde działanie mając na uwadze choćby cele i zasady Karty⁵⁵. Paradoksem jest to, że przy każdym użyciu siły przez państwa, interweniujący, mimo iż w sposób oczywisty działają w sprzeczności z normami Karty, powołują się na Kartę Narodów Zjednoczonych, jako źródło ich uprawnienia do interwencji (mimo iż, poza art. 51 KNZ, rzadko pojawia się wskazanie na konkretny przepis). Państwa więc uznają wagę Karty i pokazują, że zdają sobie sprawę, że ich działania nie mogą pozostać w sprzeczności z Kartą, ale ta świadomość ogranicza się do standardowego wymienienia Karty przy podawaniu uzasadnienia prawnego interwencji. Trudno jest więc powiedzieć, że Karta stanowi „światową konstytucję” nawet jedynie

⁵⁴ UN General Assembly, 53rd Plenary Meeting, Thirty-Sixth Session Official Records, 11 listopada 1981, A/36/PV.53.

⁵⁵ Podobnie o KNZ w czasach zimnej wojny: J. Žourek, *L'Interdiction de l'emploi de la Force en Droit international*, Genewa 1974, s. 49–50.

w znaczeniu faktycznym, skoro faktycznie właśnie państwa i tak kierują się jedynie własnymi interesami w prowadzeniu międzynarodowej polityki i przestrzeganiu porządku prawnego.

Artykuł powstał w związku z realizacją grantu „Sytuacja prawna podmiotów nieuznawanych w prawie międzynarodowym” ze środków Narodowego Centrum Nauki (numer umowy UMO-2014/13/B/HS5/01490).

CHARTER OF THE UNITED NATIONS AS THE WORLD CONSTITUTION - REMARKS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE

The aim of the article is to answer the question on the role of the Charter of the United Nations for the international community, and in particular whether the Charter can be named the world constitution. The considerations upon this topic will be held from the perspective of the prohibition of the use of force. Thus, first of all, the prohibition itself should be briefly describe, in order to underline its absolute character and the fact that it was defined very broadly in the Charter. Secondly, one has to analyze the traits of the Charter as the potential constitutional act for the international community. Finally, these theoretical remarks will be referred to the states' practice of application of the UN Charter. The conclusion stemming from such analysis indicates that the UN Charter may be formally named the world constitution, but in fact States do not treat obligations deriving from it as having any supreme power over their own national interests.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

*Szymon Zaręba** ■

SPECYFIKA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIA EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA ZWIĄZANE Z DZIAŁALNOŚCIĄ NIEUZNAWANYCH REŻIMÓW – ANALIZA ORZECZNICTWA

Problematyka odpowiedzialności międzynarodowej, w odróżnieniu od innych fundamentalnych zagadnień z zakresu prawa międzynarodowego, takich jak prawo legacji czy prawo traktatów, nie została dotąd skodyfikowana w sposób wiążący. Mimo że w debatach dotyczących odpowiedzialności zarówno doktryna, jak i same podmioty prawa międzynarodowego zazwyczaj odwołują się do przygotowanego przez Komisję Prawa Międzynarodowego (KPM) projektu artykułów dotyczących odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne z 2001 r., niektóre zawarte w nim koncepcje nigdy nie spotykały się z powszechną akceptacją.

Szczególnie głębokie różnice zarysowały się między projektem KPM i chronologicznie wcześniejszym w stosunku do niego orzecznictwem międzynarodowym a wydawanymi od połowy lat 90. wyrokami dwóch międzynarodowych sądów, Międzynarodowego Trybunału Karnego dla b. Jugosławii (MTKJ) i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Wątpliwości obu trybunałów wzbudziło zwłaszcza stosowanie przyjętych dotąd zasad pociągania do odpowiedzialności za naruszenia prawa międzynarodowego spowodowane działaniami i zaniechaniami nieuznawanych państw¹. Podnoszono,

* Doktorant i asystent w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego INP PAN, analityk w Polskim Instytucie Spraw Międzynarodowych. Badania, dzięki którym

że dotychczasowe podejście było zbyt rygorystyczne, nie odzwierciedlało istniejącej i ewoluującej praktyki oraz praktycznie uniemożliwiało realne egzekwowanie odpowiedzialności we wskazanych sytuacjach. Oba trybunały rozwinęły więc własne sposoby radzenia sobie z podobnymi sprawami. Poniżej analizie zostanie poddane podejście ostatniego z wymienionych sądów, które zostanie zwięźle skontrastowane ze sposobem, w jaki omawiane kwestie traktowały Komisja Prawa Międzynarodowego, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) oraz MTKJ. Pozwoli to ukazać charakterystyczne cechy koncepcji przyjętej przez ETPCz.

Zarys problemu i krótki przegląd orzecznictwa ETPCz

Art. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²) stanowi, że „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w Rozdziale I niniejszej Konwencji”. Z brzmienia tego przepisu można wyciągnąć oczywisty wniosek, że obowiązek poszanowania podstawowych praw i wolności wyrażonych w EKPCz spoczywa wyłącznie na państwach, które są stronami tego traktatu. Tymczasem jego stroną, zgodnie z art. 59 ust. 1 Konwencji, może zostać wyłącznie członek Rady Europy. Oznacza to, że aby samodzielnie ponosić odpowiedzialność na podstawie EKPCz, nieuznawane państwo musiałoby nie tylko stać się jej stroną, ale również uzyskać człon-

możliwe było opracowanie poniższego tekstu, zostały sfinansowane ze środków budżetowych na naukę w latach 2012–2016 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamantowy Grant”.

¹ Pod pojęciem państwa nieuznawanego będzie poniżej rozumiany podmiot, który spełnia następujące warunki: 1. Zagadnienie istnienia jego państwowości zostało podniesione w postępowaniu przed danym trybunałem przez jedno z uczestniczących w tym postępowaniu państw lub przez sam trybunał. 2. Nie jest uznawany za państwo przynajmniej przez jedno państwo-stronę statutu tego trybunału. 3. Nie jest stroną statutu tegoż trybunału. Pojęcie państwa nieuznawanego będzie przy tym używane synonimicznie z pojęciami „nieuznawane władze” i „nieuznawany reżim”. W orzecznictwie i literaturze na jego określenie bywają używane także zwroty: „samozwańcze władze”, „państwo *de facto*”, „quasi-państwo”, „reżim *de facto*”, por. A. Cullen, S. Wheatley, *The Human Rights of Individuals in De Facto Regimes under the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review* 13(4)/2013, s. 694–696.

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284. W poniższym tekście synonimicznie będą używane w odniesieniu do tego traktatu także zwroty „EKPCz” i „Konwencja”.

kostwo w Radzie Europy. Biorąc pod uwagę, że przystąpienie do tej organizacji wymaga wydania pozytywnej opinii przez jej Zgromadzenie Parlamentarne oraz zaproszenia ze strony Komitetu Ministrów, który podejmuje w tym względzie decyzję większością 2/3 głosów³, reżim uznawany przez żadne, jedno lub kilka państw członkowskich nie ma możliwości przystąpienia do Konwencji i ponoszenia odpowiedzialności na jej podstawie. Z przyczyn politycznych jest to zresztą mało realne nawet w przypadku państw, które byłyby w stanie uzyskać poparcie 2/3 członków organizacji⁴.

Dokonaną właśnie konstatacją można byłoby pozornie zakończyć rozważania na temat odpowiedzialności nieuznawanych reżimów za czyny naruszające EKPCz. Skoro bowiem podmiot nieuznawany nie może stać się stroną Konwencji i ponosić odpowiedzialności za jej naruszenia, problem pozostaje rozwiązany, nawet jeżeli budzi to pewne wątpliwości z humanitarnego punktu widzenia. Z praktyki ETPCz wyłania się jednak wyraźna tendencja do przypisywania naruszeń, za które winą można obarczyć nieuznawane władze, innym podmiotom – państwu macierzystemu⁵ lub państwu trzeciemu. Pod tym pierwszym pojęciem będzie niżej rozumiane państwo, na którego dotychczasowym terytorium powstał i działa nieuznawany reżim. Chociaż z punktu widzenia nieuznających podmiotów status obszaru, nad którym sprawuje władzę nowe nieuznane państwo nie zmienia się, zakres odpowiedzialności państwa macierzystego ulega w takim przypadku znaczącej redukcji, a ewentualne naruszenia bywają przypisywane państwu wspierającemu nieuznawane władze. To ostatnie będzie w niniejszej pracy określane roboczo jako „państwo trzecie”, z uwagi na to, że

³ Z brzmienia art. 4 w zw. z art. 20 lit. c Statutu Rady Europy wynika wyłącznie konieczność otrzymania przez zainteresowane państwo zaproszenia od Komitetu Ministrów. Praktycznie od samego początku funkcjonowania Rady Europy Komitet zwracał się jednak do Zgromadzenia Parlamentarnego z prośbą o wyrażenie opinii w sprawie przystąpienia nowego członka i obecnie można uznać, że uzyskanie pozytywnej opinii Zgromadzenia jest niezbędnym warunkiem uzyskania członkostwa w tej organizacji. Por. V. Djerić, *Admission to Membership of the Council of Europe and Legal Significance of Commitments Entered into by New Member States*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 60/2000, s. 609, P. Evans, P. Silk, *The Parliamentary Assembly: Practice and Procedure*, Strasbourg 2008, s. 28–29.

⁴ Taka sytuacja ma miejsce obecnie w przypadku Kosowa, które jest uznawane przez 2/3 państw-członków Rady Europy, ale w związku ze znaczną polaryzacją opinii co do jego członkostwa organizacja przyjęła w stosunku do niego politykę neutralnego statusu, por. *The situation in Kosovo and the role of the Council of Europe*, Recommendation 1923 (2010), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17873&lang=en>.

⁵ Pojęcie to stanowi nawiązanie do terminologii zagranicznej (*parent State, mother country, l'État-parent*), używanej dość często w kontekście postkolonialnym, ale również w odniesieniu do państw nieuznanych.

w świetle prawa międzynarodowego nie posiada ono żadnego formalnego tytułu do terytorium, za które ponosi odpowiedzialność.

W swojej dotychczasowej praktyce Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał kwestie odpowiedzialności za naruszenia Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności popełnione na terytoriach sześciu nieuznawanych reżimów. Po raz pierwszy analizy skomplikowanych zagadnień związanych z problemem odpowiedzialności międzynarodowej za naruszenia praw człowieka popełnione na obszarze, na którym sprawuje władzę nieuznawane państwo, dokonał w sprawach dotyczących Tureckiej Republiki Cypru Północnego (TRCP), *Loizidou p. Turcji* oraz *Cypr p. Turcji*⁶. Wyroki, które zapadły w tych postępowaniach, posłużyły jako model dla rozstrzygnięć w szeregu późniejszych orzeczeń odnoszących się do Północnego Cypru, a także jako punkt wyjścia dla orzecznictwa Trybunału w kolejnej ważnej grupie spraw, których przedmiotem były naruszenia mające miejsce na terytorium Republiki Naddniestrza: *Ilaşcu i inni p. Mołdowie i Rosji*, *Ivanțoc i inni p. Mołdowie i Rosji* oraz *Catan i inni p. Mołdowie i Rosji*⁷ oraz *Mozer p. Republiki Mołdawii i Rosji*⁸. Dorobek orzeczniczy ETPCz w sprawach cypryjskich i naddniestrzańskich stanowił z kolei podstawę wyrokowania Trybunału w postępowaniach dotyczących Republiki Górskiego Karabachu, (*Sargsyan p. Azerbejdżanowi i Chiragov i inni p. Armenii*⁹), Republiki Kosowa (*Azemi p. Serbii*¹⁰) oraz Republiki Abchazji i Południowej Osetii (*Gruzja p. Rosji (II)*¹¹). Problem przypisania odpowiedzialności za działalność państw nieuznawanych, a konkretniej, Ługańskiej i Donieckiej Republiki Ludowej, zostanie prawdopodobnie poruszo-

⁶ *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, skarga 15318/89, wyrok z dnia 23 marca 1995 r. (Wielka Izba) – dalej jako: *Loizidou 1995*; *Loizidou v. Turkey*, skarga 15318/89, wyrok z dnia 18 grudnia 1996 r. – dalej jako: *Loizidou 1996*; *Cyprus v. Turkey*, skarga 25781/94, wyrok z dnia 10 maja 2001 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Cypr p. Turcji*; *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, skarga 25781/94, wyrok z dnia 12 maja 2014 r. (Wielka Izba).

⁷ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, skarga 48787/99, wyrok z dnia 8 lipca 2004 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Ilaşcu*; *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, skarga 23687/05, wyrok z dnia 15 listopada 2011 r. – dalej jako *Ivanțoc*; *Catan and Others v. Moldova and Russia*, skargi 43370/04, 8252/05 i 18454/06, wyrok z dnia 19 października 2012 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Catan*.

⁸ *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, skarga 11138/10, wyrok z dnia 23 lutego 2016 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Mozer*.

⁹ *Sargsyan v. Azerbaijan*, skarga 40167/06, wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Sargsyan*; *Chiragov and Others v. Armenia*, skarga 13216/05, wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Chiragov*.

¹⁰ *Ali Azemi against Serbia*, skarga 11209/09, decyzja z dnia 5 listopada 2013 r. – dalej jako *Azemi*.

¹¹ *Georgia against Russia (II)*, skarga 38263/08, decyzja z dnia 13 grudnia 2011 r. – dalej jako *Gruzja p. Rosji (II)*.

ny w nierozstrzygniętych jeszcze sprawach międzypaństwowych *Ukraina p. Rosji* oraz *Ukraina p. Rosji (IV)*¹² wniesionych w 2014 i 2015 r.

Wśród wskazanych powyżej spraw można więc wyróżnić trzy główne grupy:

1. sprawy, które toczyły się przeciwko państwom macierzystym, tj. państwom, na których terytoriach powstały i działały państwa nieuznawane (*Azemi, Sargsyan*),
2. sprawy, które toczyły się przeciwko państwom wspierającym nieuznawane reżimy terytorialne (*Loizidou, Cypr p. Turcji* i inne sprawy dotyczące TRCP, *Chiragov, Gruzja p. Rosji (II)*),
3. sprawy, które toczyły się przeciwko państwom z grupy nr 1 i nr 2 jednocześnie (*Ilaşcu, Ivanțoc, Catan, Mozer*).

Jurysdykcja i odpowiedzialność państwa macierzystego

Oprócz pozostawiania stroną Konwencji, z cytowanego wcześniej art. 1 EKPCz wynika jeszcze jedno kryterium, jakie musi być spełnione, aby jakiegokolwiek państwo mogło zostać pociągnięte do odpowiedzialności za działania lub zaniechania, które można mu przypisać i które rodzą podstawy do oskarżenia go o naruszenie konwencyjnych praw i wolności. Mowa o posiadaniu jurysdykcji nad osobami, których prawa zostały naruszone¹³. Z dotychczasowego orzecznictwa strasburskiego trybunału można wyciągnąć jednoznaczny wniosek, że kompetencja jurysdykcyjna państwa-strony EKPCz obejmuje co do zasady jednostki, które przebywają na jego terytorium, a tylko wyjątkowo może być wykonywana nad osobami przebywającymi poza nim¹⁴. Jest więc ona zasadniczo

¹² *Ukraine v. Russia*, skarga 20958/14 i *Ukraine v. Russia (IV)*, skarga 42410/15.

¹³ Na jej absolutnie kluczowe znaczenie wielokrotnie zwracał uwagę Trybunał, m.in. w sprawach *Catan*, akapit 103 i *Ilaşcu*, akapit 311, a także m.in. *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, skarga 55721/07, wyrok z dnia 7 lipca 2011 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Al-Skeini*, akapit 130.

¹⁴ Por. zwł. *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, skarga 52207/99, decyzja z dnia 12 grudnia 2001 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Banković* – akapit 61, gdzie wskazuje się, że „każdy przypadek pozaterytorialnego stosowania EKPCz ma charakter wyjątkowy i wymaga specjalnego uzasadnienia w świetle okoliczności konkretnej sprawy”, *Al-Skeini*, akapit 131, *Catan*, akapit 104. Sam zwrot „jurysdykcja pozaterytorialna” pojawia się dopiero w najnowszym orzecznictwie, m.in. sprawach *Jaloud v. The Netherlands*, skarga 47708/08, wyrok z dnia 20 listopada 2014 r. (Wielka Izba) – dalej jako *Jaloud* – akapity

terytorialna¹⁵ – w opozycji do mającej charakter szczególny jurysdykcji pozaterytorialnej (*extraterritorial jurisdiction*)¹⁶. Trybunał przyjmuje zarazem, że jest ona zazwyczaj wykonywana na całym terytorium państwowym¹⁷, rozumianym jako obszar uznawany za terytorium danego państwa-strony EKPCz „zgodnie z prawem międzynarodowym” (*under public international law*)¹⁸. Rozstrzygnięcie w decyzji o dopuszczalności skargi w sprawie *Azemi* sugeruje przy tym, że w przypadkach spornych (tzn. gdy część państw nie uznaje danego obszaru za część terytorium jednego z państw-stron) decydującą rolę pełni nie tyle uznanie ze strony innych państw-stron Konwencji, ale to, czy państwo, którego jurysdykcji się dowodzi, uważa dany obszar za część swojego terytorium, czy też nie¹⁹.

131–136, *Chiragov*, akapit 168. Por. też m.in. K. Wierczyńska, *Odpowiedzialność państwa za ekstraterytorialne naruszenia prawa międzynarodowego w świetle decyzji i orzeczeń ET-PCz*, Europejski Przegląd Sądowy 6/2008, s. 31; L. Garlicki, *Jurysdykcja i odpowiedzialność państw (nowe elementy w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)*, Gdańskie Studia Prawnicze 31/2014, s. 131.

¹⁵ *Soering v. The United Kingdom*, skarga 14038/88, wyrok z dnia 7 lipca 1989 r. (skład plenarny), akapit 86, *Banković* akapity 61 i 67, *Ilaşcu* akapit 312, *Catan*, akapit 104. D. Rossi D’ambrosio, *The Human Rights of the Other- Law, Philosophy and Complications in the Extra-territorial Application of the ECHR*, SOAS Law Journal 2(1)/2015, s. 8–22, słusznie podkreśla jednak, powołując się m.in. na brzmienie art. 1 EKPCz, że wbrew temu, co dość często twierdzi się w doktrynie, kluczowa dla powstania jurysdykcji w rozumieniu Konwencji jest oparta na przymusie relacja łącząca państwo-stronę Konwencji i poszkodowaną jednostkę. Kwestie, takie jak kontrola nad terytorium lub władzami nieuznawanego państwa, mają tylko znaczenie pomocnicze i służą ustaleniu istnienia tej relacji.

¹⁶ Zwrotu „pozaterytorialna”, jako najbardziej wiernego tłumaczenia angielskiego wyrażenia *extraterritorial*, używam za: M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności: studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 127.

¹⁷ *Assanidze v. Georgia*, skarga 71503/01, wyrok z dnia 8 kwietnia 2004 r., akapit 139 – dalej jako *Assanidze*, *Ilaşcu* akapit 312, *Catan* akapit 104.

¹⁸ Por. *Catan*, 109–110, w tym zwłaszcza fragment: „Mimo, iż Mołdawia nie posiada skutecznej kontroli nad działalnością Mołdawskiej Republiki Naddniestrzańskiej w Naddniestrzu, fakt, że region ten jest uznawany zgodnie z prawem międzynarodowym za część terytorium Mołdawii rodzi zobowiązanie w świetle art. 1 Konwencji”, a także, podobnie, *Mozer*, akapit 100. O statusie danego obszaru na potrzeby postępowania przed ETPCz decyduje więc uznanie ze strony państwa macierzystego i szerszej społeczności międzynarodowej, por. A. Cullen, S. Wheatley, op. cit., s. 704.

¹⁹ Wskazana sprawa dotyczyła niewykonania orzeczenia zapadłego na rzecz skarżącego w 2002 r. przed jednym z sądów znajdujących się na obszarze Kosowa. W momencie wydania orzeczenia przez sąd krajowy Kosowo znajdowało się pod tymczasową administracją ONZ, ale formalnie nadal pozostawało częścią Serbii. Ogłoszona przez nie w lutym 2008 r. niepodległość została jednak do 2013 r. uznana przez ponad 89 państw (*Azemi*, akapity 43–46), w tym większość członków Rady Europy. W związku z tym, że władze serbskie cały czas konsekwentnie utrzymywały, że Kosowo stanowi część Serbii,

Naturalną konsekwencją powyższego powinna być konkluzja, że jurysdykcję nad obszarem działalności nieuznawanych władz powinno mieć państwo macierzyste²⁰. Strasburski trybunał zauważył jednak w sprawie *Ilaşcu*²¹, że w szczególnych sytuacjach domniemanie istnienia pełnej jurysdykcji nad terytorium całego państwa może zostać obalone. Ma to miejsce wówczas, gdy państwo-strona EKPCz nie jest w stanie wykonywać władzy (*authority*) nad częścią swojego terytorium, a więc traci nad nim skuteczną (efektywną) kontrolę²² (*effective control*) – np. wskutek okupacji takiego obszaru połączonej z jego skuteczną kontrolą przez siły zbrojne innego państwa²³, w związku z prowadzeniem działań wojskowych lub wybuchem powstania, a także w sytuacji, gdy przy wsparciu państwa trzeciego dochodzi do powstania na części terytorium państwa-strony EKPCz separatystycznego państwa (*separatist State*)²⁴. Oczywiście w praktyce w wielu

Trybunał nie wyraził wątpliwości w odniesieniu do istnienia jej jurysdykcji, orzekając jedynie o braku po jej stronie jakiejkolwiek odpowiedzialności za naruszenie praw skarżącego, por. *Azemi*, akapity 41–49. Por. też *Assanidze* akapity 133–134 i 139.

²⁰ Oczywiście można zastanawiać się, czy terytorium, które pozostaje pod skuteczną władzą nieuznawanego państwa, nadal należy do państwa, na którego obszarze to nieuznawane państwo powstało. W oczach państw nieuznających nowego tworu będzie ono jednak dalej formalnie posiadać tytuł prawny do tego obszaru. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest niezbędne do analizy problematyki, której poświęcona jest niniejsza praca.

²¹ *Ilaşcu*, akapity 312, por. też *Chiragov*, akapit 82.

²² Jak można wywnioskować np. z *Ilaşcu*, akapity 312–313, 330–331, Trybunał generalnie używa pojęć „władza” i „skuteczna kontrola” zamiennie. Jak zauważa w pewnym uproszczeniu M. Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011, s. 137, aby kontrola była „skuteczna”, państwo musi posiadać nad terytorium i jego mieszkańcami taką władzę, „by móc generalnie czynić to, co mu się podoba”. Por. także rozważania dotyczące efektywnej kontroli państwa trzeciego poniżej.

²³ W tym miejscu Trybunał wskazał *explicite* jako przykłady sprawy *Loizidou* i *Cypr p. Turcji*.

²⁴ Co dość zaskakujące, ETPCz nie rozstrzygnął w sprawie *Ilaşcu* w sposób wyraźny, z którą ze wskazanych przez siebie trzech sytuacji miał do czynienia, satysfakcjonując się jedynie stwierdzeniem braku skutecznej kontroli Mołdawii nad Naddniestrzem. Warto zauważyć, że przy ratyfikacji EKPCz Mołdawia i Azerbejdżan deklarowały, że nie będą akceptować skarg dotyczących naruszeń mających miejsce na terytoriach pozostających poza ich kontrolą (co dotyczyło, odpowiednio, Naddniestrza i Górskiego Karabachu). Trybunał konsekwentnie odmawiał tym oświadczeniom ważności ze względu na brak przepisu umożliwiającego składanie tego rodzaju zastrzeżeń do Konwencji (Mołdawia bezskutecznie powoływała się na art. 56 i 57 EKPCz, Azerbejdżan nie podawał wyraźnej podstawy prawnej). Por. decyzje o dopuszczalności rozpatrywania spraw: *Ilie Ilaşcu and Others against Moldova and the Russian Federation*, skarga 48787/99, decyzja z dnia 4 lipca 2001 r. (Wielka Izba), pkt I. Jurisdiction and responsibility of the respondent governments for the acts complaints of (brak numeracji akapitów); *Minas Sargsyan against*

przypadkach spełniony będzie naraz więcej niż jeden z powyższych warunków. Przykładowo, funkcjonowanie na danym obszarze odrębnego aparatu władzy w postaci „separatystycznego państwa” jest przeważnie ściśle powiązane z okupacją wojskową danego terytorium przez inne państwo lub państwa, przybierającą przeważnie bądź to formę „misji pokojowej” (Naddniestrze, Abchazja, Południowa Osetia, Kosowo), bądź stacjonowania wojsk w ramach „sojuszu wojskowego” z nieuznanym państwem (Północny Cypr, Górski Karabach), a przy tym często jest także skutkiem działań wojskowych.

Utrata efektywnej kontroli przez państwo-stronę EKPCz nie oznacza jednak, że może ono pozostać obojętne na to, co dzieje się na należącej do niego formalnie części terytorium i czuć się w odniesieniu do niej zupełnie zwolnione z obowiązków wynikających z Konwencji. ETPCz stwierdził bowiem w sprawie *Ilaşcu*, że utrata efektywnej kontroli nie wyłącza jurysdykcji państwa-strony nad takim obszarem i zamieszkującą go ludnością w sposób całkowity, a jedynie ogranicza jej zakres²⁵. Ta konstatacja może budzić, i wzbudziła, poważne wątpliwości – nawet w łonie składu sędziowskiego²⁶. Z jednej strony pojawiły się głosy, że państwo, które nie jest w stanie sprawować jakiegokolwiek władzy nad częścią swojego terytorium ze względu na istnienie tam separatystycznej administracji nie posiada nad tym obszarem żadnej jurysdykcji (nawet ograniczonej) i w związku z tym nie może ponosić żadnej odpowiedzialności za naruszenia Konwencji²⁷. Z drugiej strony zaprezentowano stanowisko diametralnie odmienne, tzn. że zakres jurysdykcji państwa nad jego terytorium pozostaje zawsze niezmienny, a ograniczona może być jedynie jego odpowiedzialność²⁸.

Azerbaijan, skarga 40167/06, decyzja z dnia 14 grudnia 2011 r., akapity 52 i 60–71.

²⁵ *Ilaşcu*, akapit 333. Co ciekawe, do innych wniosków doszła wcześniej Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawie *Ahmet Cavit An and Others against Cyprus* (skarga 18270/91, decyzja z dnia 8 października 1991 r.), w której stwierdziła, że ze względu na obecność tureckich sił zbrojnych Republika Cypru nie mogła wykonywać jurysdykcji na obszarze Północnego Cypru i dlatego nie mogła odpowiadać na podstawie Konwencji za działania podejmowane przez północnocypryjską administrację. Komisja ani słowem nie zająknęła się wówczas na temat istnienia obowiązków pozytywnych po stronie Cypru.

²⁶ Dowodem tego jest fakt, że opinię o istnieniu w tej sprawie ograniczonej jurysdykcji Mołdawii poparło 11 orzekających sędziów, zaś 6 głosowało przeciw. W rozstrzygniętej w połowie 2015 r. sprawie *Chiragov* stosunek ten wyniósł 14 do 3 – brak więc było również pełnej jednomyślności, którą osiągnięto dopiero w zapadłym niedawno wyroku w sprawie *Mozer*.

²⁷ Por. w sprawie *Ilaşcu* – *Partly Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza Joined by Judges Rozakis, Hedigan, Thomassen and Panfîru*, akapity 7–8 i 27 oraz *Partly Dissenting Opinion of Judge Loucaides*.

²⁸ Tak w sprawie *Ilaşcu* – *Partly Dissenting Opinion of Judge Ress*, akapity 1–2, a także, częściowo w podobnym duchu, *Dissenting Opinion of Judge Kovler*, pkt III. *Analysis of the concepts of “jurisdiction” and “responsibility”*. Stanowisko ETPCz w odniesieniu

Z punktu widzenia ogólnego prawa międzynarodowego oraz orzecznictwa stałych sądów międzynarodowych i trybunałów arbitrażowych za bardziej poprawne spośród przedstawionych należałoby uznać stanowisko ostatnie. Przejściowa niemożność sprawowania władzy nad określonym obszarem nie wyłącza obowiązku stosowania na nim dotychczasowych norm prawnych, ale może – i zazwyczaj tak się dzieje – skutkować brakiem odpowiedzialności międzynarodowej państwa, które nie ma nad takim obszarem kontroli²⁹.

Do takiego wniosku prowadzi także analiza art. 23 ust. 1 „Projektu artykułów dotyczących odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne” (Projekt KPM), przygotowanego przez Komisję Prawa Międzynarodowego (KPM) i zaakceptowanego przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w rezolucji z 2002 r.³⁰ Przepis ten, uważany przez doktrynę za odzwierciedlenie ogólnej zasady prawa międzynarodowego, a nawet normy międzynarodowego prawa zwyczajowego³¹, stanowi, że w przypadku siły wyższej, tj. niedającej się odeprzeć siły lub nieprzewidzianego zdarzenia, które pozostaje poza kontrolą danego państwa i uniemożliwia mu wykonanie zobowiązania wynikającego z prawa międzynarodowego, bezprawność działania lub zaniechania sprzecznego ze zobowiązaniami ciążącymi na tym państwie jest wyłączona. Z brzmienia tego artykułu wynika więc wyraźnie, że w przypadku zaistnienia siły wyższej państwo poddane jej

do związku między jurysdykcją a odpowiedzialnością nie zawsze zostaje wyrażone równie jasno. W cytowanej już sprawie *Azemi* Trybunał przypomniał wprawdzie swoje wcześniejsze rozważania dotyczące możliwości ograniczenia jurysdykcji państwa w przypadku braku skutecznej kontroli nad częścią jego terytorium, ale odnosząc się do samych okoliczności sprawy ani razu nie posłużył się pojęciem ograniczonej jurysdykcji, a swoje rozważania zakończył jak najbardziej poprawną konstatacją, że Serbia nie mogła być pociągnięta do odpowiedzialności na podstawie art. 1 EKPCz za działania będące przedmiotem skargi. Por. *Azemi*, akapity 41–42, 46–49.

²⁹ Tak twierdzą, opierając się na orzecznictwie i praktyce międzynarodowej, m.in. H. Silvanie, *Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments*, New York 1939, s. 135 i 158–159 H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge 1947, s. 247–249, J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris 1956, s. 46–47, J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Köln-Berlin 1968, s. 71–72. Wszyscy ci autorzy czynią jednak wyjątek dla sytuacji braku dobrej wiary lub należytej staranności w zapobieganiu naruszeniom lub ich zwalczaniu. Szerzej na ten temat poniżej – przy okazji analizy koncepcji obowiązków pozytywnych, która stanowi swego rodzaju odpowiednik wspomnianego wyjątku w systemie konwencyjnej ochrony praw człowieka.

³⁰ *Responsibility of States for internationally wrongful acts*, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 28 stycznia 2002 r., Annex, UN Doc. A/RES/56/83.

³¹ Por. liczne argumenty na rzecz obu tych tez w F. I. Paddeu, *A Genealogy of Force Majeure in International Law*, *The British Yearbook of International Law* 82(1)/2012, s. 476–494.

działaniu pozostaje związane swoimi obowiązkami w dotychczasowym zakresie. Jednocześnie wyłączenie bezprawności ewentualnych naruszeń sprawia, że nie ponosi ono za nie odpowiedzialności – gdyż, jak wynika z art. 1 Projektu KPM, międzynarodową odpowiedzialność państwa pociągają jedynie czyny międzynarodowo bezprawne³². Istnienie nieuznawanego reżimu, który uniemożliwia państwu macierzystemu rozciągnięcie władzy nad częścią jego terytorium i zapewnienie poszanowania jego międzynarodowych zobowiązań można niewątpliwie uznać za przypadek siły wyższej. W świetle ogólnego prawa międzynarodowego takie państwo pozostaje więc związane normami odnoszącymi się do obszaru, na którym działa państwo nieuznawane, ale nie odpowiada za ewentualne naruszenia norm prawa międzynarodowego, które mają na nim miejsce³³.

Tym niemniej Trybunał konsekwentnie stoi na stanowisku, że jurysdykcja państw-stron EKPCz w szczególnych przypadkach może ulegać ograniczeniu.

Zakres ograniczonej jurysdykcji państwa macierzystego

W wyroku w sprawie *Ilaşcu* ETPCz wskazał również, jak powinno być rozumiane ograniczenie zakresu jurysdykcji macierzystego państwa nad terytorium znajdującym się we władaniu nieuznawanego reżimu. Jego zdaniem w takiej sytuacji „zobowiązanie wynikające dla państwa z art. 1 [czyli obowiązek zapewnienia poszanowania konwencyjnych praw i wolności osób objętych jurysdykcją państwa-strony – przyp. aut.] musi być rozpatrywane przez Trybunał wyłącznie w świetle obowiązków pozytywnych tego państwa w odniesieniu do osób na jego terytorium”³⁴. Cytowaną frazę można interpretować na wiele sposobów. W świetle całokształtu orzecznictwa ETPCz najbardziej prawidłowa wydaje się wykładnia, że w opinii Trybunału utrata przez państwo efektywnej kontroli nad częścią jego terytorium prowadzi do ograniczenia zakresu jego jurysdykcji nad tym obszarem. Ograniczenie jurysdykcji pociąga za sobą z kolei znaczące ograniczenie zakresu odpowiedzialności państwa-strony³⁵, które może

³² *Responsibility of States...*

³³ Por. jednak rozważania dotyczące konieczności zachowania dobrej wiary i należytej staranności nieco niżej.

³⁴ *Ilaşcu*, akapity 333 i 335. Zastosowanie koncepcji obowiązków pozytywnych w opisanym przypadku spotkało się początkowo z dużym oporem, czego dowodem może być chociażby częściowe zdanie odrębne pięciorga sędziów, por. *Ilaşcu* – *Partly Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza...*, akapity 6, 7–8 i 27. Nadal bywa ona krytykowana w doktrynie, por. m.in. M. Milanović, op. cit., s. 106–107.

³⁵ W odróżnieniu od wyroku w sprawie *Ilaşcu*, akapit 333, w stosunkowo nowym

odtąd odpowiadać jedynie za ewentualne niedopełnienie w stosunku do osób poszkodowanych „obowiązków pozytywnych”. Przestaje ono natomiast być bezpośrednio odpowiedzialne za naruszenia Konwencji mające miejsce na utraconej części terytorium³⁶.

Wzmianka o istnieniu obowiązków pozytywnych, która znalazła się w cytowanym fragmencie orzeczenia w sprawie *Ilaşcu*, stanowiła swoiste nawiązanie do wykształconej i ugruntowanej na gruncie orzecznictwa strasburskiego koncepcji, zgodnie z którą państwa-strony EKPCz są zobowiązane nie tylko powstrzymać się od naruszeń podstawowych praw i wolności, ale też aktywnie przeciwdziałać ich naruszaniu przez podmioty, które nie działają w ich imieniu³⁷. Do momentu wydania tego wyroku wspomniana koncepcja była stosowana wyłącznie w sprawach, w których Trybunał przypisywał państwu-stronie odpowiedzialność za naruszenia Konwencji popełnione przez niezwiązane z władzami tego państwa osoby indywidualne, które działały na terytorium pozostającym pod jego skuteczną kontrolą³⁸. W gruncie rzeczy ETPCz nigdy jednak nie żądał, by istnienie tego rodzaju kontroli stanowiło warunek niezbędny do powstania obowiązków pozytywnych. W jego orzeczeniach konsekwentnie pojawiał się natomiast wymóg posiadania przez państwo-stronę EKPCz jurysdykcji³⁹. Ta ostatnia zaś, zgodnie z wyrokiem w sprawie *Ilaşcu*, rozciąga się –

wyroku w sprawie *Sargsyan*, akapit 131, Trybunał pominął kwestię, czy w przypadku braku skutecznej kontroli nad częścią swojego terytorium państwo macierzyste posiada ograniczoną jurysdykcję, czy też nie, natomiast wyraźnie zaznaczył, że ograniczona jest wówczas jego odpowiedzialność. Można by więc próbować dowodzić, że w analizowanych przypadkach sędziowie od początku mieli na myśli jedynie ograniczenie zakresu odpowiedzialności.

³⁶ W orzeczeniach ETPCz można zauważyć wyraźne problemy z rozróżnianiem pojęć „jurysdykcji” i „odpowiedzialności” (szerzej – por. niżej, na problem ten zwraca uwagę także M. Balcerzak, op. cit., s. 128 i 169). Co ciekawe, przeciwko oskarżeniom o to, że w jego orzecznictwie dochodzi do mylenia kryteriów służących do ustalenia jurysdykcji w rozumieniu art. 1 EKPCz oraz do przypisania odpowiedzialności za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym, zaprotestował wyraźnie sam Trybunał w sprawach *Catan*, akapit 115, a także *Jaloud*, akapit 154.

³⁷ W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015, s. 90–91. Szerzej na temat samej koncepcji – np. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 321–326.

³⁸ Słusznie zauważyła to w swoim zdaniu odrębnym wspomniana piątka sędziów – por. *Ilaşcu* – *Partly Dissenting Opinion of Judge Sir Nicolas Bratza...*, akapit 8, aczkolwiek stanowczo skrytykowała to podejście. Jej stanowisko wiązało się jednak bardzo ściśle z przekonaniem, że w związku z brakiem skutecznej kontroli nad Naddniestrzem Mołdawia nie posiadała jakiegokolwiek jurysdykcji w odniesieniu do tego obszaru.

³⁹ Por. m.in. *A. v. The United Kingdom*, skarga 100/1997/884/1096, wyrok z dnia 23 września 1988 r., akapit 22; *Z and Others v. The United Kingdom*, skarga 29392/95,

choć w ograniczonym zakresie – także na terytorium, którego nie jest ono w stanie skutecznie kontrolować⁴⁰.

Z drugiej strony, jak wynika z decyzji w sprawie *Azemi*, brak jakiegokolwiek kontroli (*any control*) po stronie państwa macierzystego stanowi przesłankę do stwierdzenia, że nie posiada ono żadnych obowiązków pozytywnych⁴¹, nawet pomimo formalnej przynależności określonego terytorium do tego państwa. Aby dowieść braku tych obowiązków, nie wystarczy więc udowodnić istnienia braku „skutecznej kontroli” nad konkretnym obszarem, ale wskazane jest również przedstawić argumenty przemawiające za tym, że państwo macierzyste nie sprawuje nad takim obszarem „jakiegokolwiek kontroli”. Analizując orzeczenia w sprawach *Ilaşcu* i *Azemi*, można jednak wyłącznie spekulować, co przesądza o tym, że państwo posiada pewien nienazwany, ograniczony stopień kontroli (niebędący ani „brakiem jakiegokolwiek kontroli”, ani „kontrolą skuteczną”), który skutkuje powstaniem po jego stronie obowiązków pozytywnych. Brak jasności orzecznictwa Trybunału w tym zakresie można z pewnością uznać za jego wadę.

Chociaż koncepcja obowiązków pozytywnych stanowi swego rodzaju autorski koncept ETPCz, jej źródła można bez wątpienia doszukiwać się w ogólnym prawie międzynarodowym. Mimo że, jak zauważono powyżej, za zasadę w tej dziedzinie prawa uznaje się brak odpowiedzialności państwa macierzystego za naruszenia popełniane na obszarze, który nie podlega jego kontroli, od zasady tej dopuszcza się istnienie wyjątków. Przyjmuje się bowiem, że aby zwolnić się z odpowiedzialności za zarzucane mu czyny, państwo musi dopełnić należytej staranności w zapobieganiu naruszeniom prawa międzynarodowego, przeciwdziałaniu im lub ich karaniu, a także działać w dobrej wierze⁴².

W praktyce międzynarodowej odwoływanie się do tych kryteriów przy ocenie ewentualnej odpowiedzialności państwa macierzystego za działania i zaniechania nieuznawanych władz było dużo bardziej powszechne w XIX i na początku XX w. niż po II wojnie światowej. Jednak nawet w tym wcześniejszym okresie trybunały arbitrażowe rzadko uznawały zaistniałe naruszenia obowiązku

wyrok z dnia 10 maja 2001 r. (Wielka Izba), akapit 73.

⁴⁰ *Ilaşcu*, akapit 333, a także *Ilaşcu* – *Partly Dissenting Opinion of Judge Ress*, akapit 1.

⁴¹ *Azemi*, akapity 45–49. W sprawie tej ETPCz odmówił stwierdzenia odpowiedzialności Serbii za naruszenia popełnione na obszarze Kosowa w związku z brakiem dowodów na wykonywanie przez nią jakiegokolwiek kontroli nad misją ONZ w Kosowie (UNMIK), kosowskim sądownictwem lub innymi instytucjami ustanowionymi przez UNMIK bądź wspieranie Kosowa zbrojnie, gospodarczo itd.

⁴² Por. fragmenty prac H. Silvanie, H. Lauerpachta, J. Charpentiera i J. A. Froweina cytowane powyżej. Por. także art. 23 ust. 2 projektu KPM, *Responsibility of States*....

dochowania należytej staranności i dobrej wiary za poważne na tyle, aby mogły uzasadniać pociągnięcie do odpowiedzialności państw, które przejściowo straciły kontrolę nad częścią swojego terytorium⁴³. Mimo to do dzisiaj formalnie nie wyklucza się możliwości egzekwowania odpowiedzialności państw, które nie wykazują się odpowiednią starannością w zapobieganiu lub przeciwdziałaniu naruszeniom prawa międzynarodowego. Świadczyć może o tym chociażby brzmienie cytowanego wcześniej art. 23 ust. 1 Projektu artykułów o odpowiedzialności państw, zgodnie z którym wyłączenie bezprawności danego działania lub zaniechania z powołaniem się na siłę wyższą jest możliwe tylko wtedy, gdy siła taka jest „nieodparta” i pozostaje „poza kontrolą państwa”. Ciężar dowodu, iż taka sytuacja ma miejsce, spoczywa w tym wypadku w sposób oczywisty na państwie powołującym się na wspomniany przepis, które powinno dowieść, że mimo podjętych starań nie było zdolne do zapobieżenia naruszeniom lub ich przerwania.

Treść obowiązków pozytywnych

Z koncepcji obowiązków pozytywnych wynika, że państwo-strona EKPCz, na którego terytorium działa nieuznawany reżim, powinno przedsięwziąć wszelkie środki zgodne z prawem międzynarodowym i pozostające w jego mocy, by zapewnić poszanowanie konwencyjnych praw skarżących. Odpowiednie działania powinny być przy tym realizowane dwutorowo. Z jednej strony państwo-strona Konwencji powinno aktywnie dążyć do odzyskania kontroli nad utraconą częścią terytorium, z drugiej natomiast – w sposób aktywny działać na rzecz zapewnienia poszanowania praw osób poszkodowanych⁴⁴.

⁴³ Por. m.in. orzeczenia w sprawach, w których pozwanymi byli, kolejno: USA, Wenezuela, Wielka Brytania i Meksyk: wyrok z 1876 r. w sprawie *Salvador Prats v. the United States of America*, [w:] J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, vol. III, Washington 1898, s. 2886 i nast.; wyrok z 1903 r. w sprawie *Santa Clara Estates case – Supplementary Claim*, [w:] J. H. Ralston, *Venezuelan arbitrations of 1903*, Washington 1904, s. 397 i nast.; wyrok z 1920 r. w sprawie *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States v. Great Britain)*, [w:] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, s. 42 i nast., wyrok z 1928 r. w sprawie *G. L. Solis (U.S.A.) v. United Mexican States*, [w:] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, s. 358 i nast. Za jeden z wyjątkowych przypadków, w którym kryterium należytej staranności zadecydowało o kształcie rozstrzygnięcia, należy uznać wyrok z 1875 r. w sprawie *Case of the “Montijo”*, [w:] J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, vol. II, Washington 1898, s. 1421 i nast.

⁴⁴ Ilaşcu, akapity 339–352, *Catan* 145, *Sargsyan*, akapity 129–131.

Zgodnie z orzecnictwem ETPCz dążenie do odzyskania kontroli powinno polegać na powstrzymaniu się od ewentualnego wspierania separatystycznego reżimu przez państwo macierzyste oraz wykorzystaniu przez nie wszelkich politycznych, prawnych i innych pozostających do jego dyspozycji środków w celu odzyskania kontroli nad spornym terytorium⁴⁵. W praktyce drugi z tych wymogów jest traktowany przez Trybunał w sposób symboliczny i sprowadza się do obowiązku podtrzymywania roszczenia do sprawowania suwerennej władzy nad niekontrolowaną częścią terytorium oraz podejmowania działań dyplomatycznych zmierzających do faktycznego odzyskania tej władzy, nawet jeżeli nie odnoszą one zamierzonych skutków⁴⁶.

Potwierdzenie zaprezentowanej tezy może stanowić chociażby sposób, w jaki ETPCz podchodził do omawianego problemu w trzech sprawach dotyczących Naddniestrza, a mianowicie *Iłaşcu*, *Ivanţoc* oraz *Catan*. W pierwszej z nich Trybunał zauważył, że „stając w obliczu reżimu wspieranego militarnie, politycznie i ekonomicznie przez takie państwo jak Rosja, Mołdawia mogła zrobić niewiele, by ponownie ustanowić swoją władzę nad Naddniestrzem”⁴⁷ i po przyjęciu się podejmowanym przez nią działaniom dyplomatycznym oraz przyjętym przez nią rozwiązaniom wewnętrznym zmierzającym do odzyskania spornego obszaru uznał je za wystarczające⁴⁸. W sprawie *Ivanţoc* ETPCz zadowolili się stwierdzeniem, że Mołdawia nie zaprzestała protestów przeciwko wspieraniu przez Rosję naddniestrzańskiego reżimu, nie zaakceptowała deklaracji niepodległości Naddniestrza i kontynuowała wysiłki mające na celu odzyskanie kontroli nad tym terytorium⁴⁹. W sprawach *Catan* i *Mozer* Trybunał odwoływał się już jedynie do swoich wcześniejszych ustaleń⁵⁰, wskazując na brak przesłanek do zmiany zajętego wcześniej stanowiska.

Dużo bardziej rygorystycznie interpretował natomiast ETPCz drugi postawiony przez siebie wymóg, tj. obowiązek aktywnego działania w celu zapewnienia poszanowania praw skarżących. W sprawie *Iłaşcu*, która dotyczyła

⁴⁵ *Catan*, akapit 145.

⁴⁶ Prawdopodobnie wynika to z faktu, że ETPCz generalnie uważa obowiązki pozytywne za zobowiązania starannego działania, a nie rezultatu. Por. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka (na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, [w:] *Księga Jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, red. M. Balcerzak, J. Białocerkiewicz, Toruń 2004, s. 272, M. A. Nowicki, *op. cit.*, s. 321–322.

⁴⁷ *Iłaşcu*, akapity 341–345.

⁴⁸ *Iłaşcu*, akapity 340–345.

⁴⁹ *Ivanţoc*, akapit 108.

⁵⁰ ETPCz w sprawie *Catan* powołał się więc na własne ustalenia ze sprawy *Iłaşcu*, a w chronologicznie późniejszej sprawie *Mozer* – ze sprawy *Catan*, por. *Catan*, akapity 145–146, *Mozer*, akapit 152.

m.in. bezprawnego pozbawienia wolności i złego traktowania czterech obywateli Mołdawii (Ilie Ilașcu, Alexandru Leșco, Andreia Ivanțoca i Tudora Petrov-Popy) przez władze naddniestrzańskie, Trybunał starannie przeanalizował działania podjęte przez Mołdawię w celu poprawienia sytuacji skarżących. Po ich przestudiowaniu orzekł, że od momentu wypuszczenia na wolność w 2001 r. pierwszego z uwięzionych, Ilie Ilașcu, Mołdawia nie wykazywała się starannością w dążeniu do uwolnienia lub poprawy bytu pozostałych skarżących i w związku z tym nie dopełniła ciążących na niej obowiązków pozytywnych⁵¹. ETPCz zasądził więc na ich rzecz odpowiednie odszkodowanie i nakazał jej, by przedsięwzięła wszelkie niezbędne środki, aby doprowadzić do uwolnienia pozostałych trzech uwięzionych. Więźniowie ci wnieśli niecały rok po wydaniu orzeczenia w sprawie *Ilașcu* kolejną skargę, podnosząc, że pomimo wydania przez Trybunał wyroku nadal nie zostali uwolnieni. We wszczętej na podstawie tej skargi kolejnej sprawie, *Ivanțoc*, ETPCz, po dokonaniu analizy działań podjętych przez rząd mołdawski od momentu zapadnięcia orzeczenia w poprzedniej sprawie, orzekł, że Mołdawia dopełniła obowiązków pozytywnych. Sędziowie zauważyli, że po wyroku w sprawie *Ilașcu* Mołdawia regularnie podnosiła kwestię uwolnienia skarżących w dwustronnych negocjacjach z przywódcami Naddniestrza i w rozmowach z Rosją, a także zwracała się z prośbami o wsparcie do innych państw i organizacji międzynarodowych⁵².

W innej sprawie dotyczącej bezprawnego aresztowania i pozbawienia wolności oraz złego traktowania, *Mozer*, ETPCz również potwierdził spełnienie przez Mołdawię zobowiązań, jakie ciążyły na niej w związku z koniecznością poszanowania jej obowiązków pozytywnych w odniesieniu do bezprawnie uwięzionego. Podobnie jak w sprawie *Catan*, jako główny argument przemawiający za taką konkluzją wskazał apele mołdawskich władz kierowane do organizacji międzyrządowych oraz państw trzecich, w tym zwłaszcza Rosji, mające na celu uzyskanie wsparcia niezbędnego do skłonienia naddniestrzańskiego reżimu do zapewnienia poszanowania praw skarżącego⁵³. Z aprobatą ocenił także powołanie odpowiednich organów i wprowadzenie procedur umożliwiających sprawne wywieranie nacisku na Rosję w poszczególnych indywidualnych sprawach dotyczących naruszeń popełnianych w Naddniestrzu, a także formalne uchylene przez mołdawski Sąd Najwyższy orzeczenia wydanego w stosunku do skarżącego przez sąd z Naddniestrza⁵⁴.

⁵¹ *Ilașcu*, akapity 348–352.

⁵² *Ivanțoc*, akapity 109–111, a także akapity 65 i 23–24.

⁵³ *Mozer*, akapity 153–154.

⁵⁴ *Mozer*, akapity 215–216 i 153.

Jak bardzo wymagający jest standard przyjęty przez Trybunał w odniesieniu do zapewnienia poszanowania konwencyjnych praw osób skarżących, świadczy jednak najlepiej inna ze spraw dotyczących Naddniestrza, *Catan*. Sprawa ta dotyczyła zamknięcia przez naddniestrzańskie władze szkół prowadzących nauczanie w języku mołdawskim w oparciu o alfabet łaciński. W wyniku kroków podjętych przez władze nieuznawanej republiki dzieci uczące się w zamkniętych szkołach straciły możliwość kontynuacji nauki. Mołdawia, świadoma swoich obowiązków pozytywnych, podjęła szeroko zakrojone działania w celu zniwelowania skutków wydarzeń, które miały miejsce. Rząd mołdawski odnowił i wyposażył budynki na części terytorium pozostającej poza kontrolą władz naddniestrzańskich, opłacił pensje nauczycieli, a także zorganizował codzienny transport dzieci z Naddniestrza do nowych szkół. Trybunał aprobująco ocenił podjęte przez mołdawskie władze działania, przyznając, iż rząd Mołdawii dokonał zauważalnego wysiłku i w związku z tym dopełnił ciążących na nim obowiązków pozytywnych⁵⁵.

Z orzeczenia w sprawie *Catan* wynika jednoznacznie, że działania państwa-strony EKPCz, które mają zapewnić poszanowanie praw i wolności człowieka osób zamieszkujących na części jego terytorium zajmowanym przez państwo nieuznawane, mogą niekiedy wymagać nawet ograniczonej współpracy z nieuznawanym reżimem. Konieczność transportu dzieci przez strzeżoną granicę między Mołdawią a Naddniestrzem bez wątpienia wymagała bowiem od władz Mołdawii zawarcia w tej sprawie odpowiedniego porozumienia z władzami naddniestrzańskimi. Brzemie, jakie Trybunał nakłada na państwa-strony EKPCz chcące zwolnić się z odpowiedzialności za czyny działających na ich terenie nieuznawanych reżimów, jest więc dużo cięższe niż to, które wynikałoby z ogólnie przyjętych norm prawa międzynarodowego.

Praktyka Trybunału w zakresie orzekania o odpowiedzialności za niedopełnienie obowiązków pozytywnych istotnie odbiega od zasad tradycyjnie przyjętych w orzecznictwie międzynarodowym przy ocenie dochowania bądź niedochowania przez państwo należytej staranności w przeciwdziałaniu naruszeniom na obszarze pozostającym pod jego kontrolą. Dużo większą wyrozumiałość dla państw borykających się z rebeliami i tendencjami separatystycznymi wykazywały orzeczenia trybunałów arbitrażowych dotyczące ochrony cudzoziemców z pierwszej połowy XX w. Wskazywano w nich między innymi, że podjęcie zdecydowanych działań zbrojnych przeciwko separatystom i buntownikom może być znacznie utrudnione w przypadku dużej skali powstania, trudności komunikacyjnych i logistycznych, ograniczonych możliwości finansowych czy

⁵⁵ *Catan*, akapity 147–148.

braku rezerw ludzkich⁵⁶. Podkreślano również, że fakt, iż odzyskanie terytorium pozostającego we władaniu nieuznawanych władz jest często możliwe dopiero w dalszej perspektywie czasowej, nie usprawiedliwia swobodnego pociągania państwa do odpowiedzialności za działania występujących przeciwko niemu grup, a od osób dochodzących roszczeń wymagano wyczerpującego udowodnienia, że oskarżone państwo nie podjęło niezwłocznie kroków, które było w stanie w danym momencie przedsięwziąć⁵⁷. Z całą pewnością żądanie od państwa macierzystego, by podjęło współpracę z nieuznawanym reżimem w celu zapewnienia poszanowania praw osób poszkodowanych, uznano by więc wówczas za niewyobrażalne. Także dzisiaj na gruncie ogólnego prawa międzynarodowego nie wydaje się to możliwe, chociaż brak w tym zakresie rozbudowanej praktyki orzeczniczej.

Jurysdykcja i odpowiedzialność państwa trzeciego – problem wzajemnej relacji

Państwo macierzyste nie jest wbrew pozorom jedynym podmiotem, który może ponosić odpowiedzialność w związku ze sprzeczными z EKPCz działaniami lub zaniechaniami nieuznawanego reżimu. Możliwość taka pojawia się również w przypadku pozostałych państw-stron Konwencji (państw trzecich), jeżeli spełniają określone warunki. Najbardziej podstawowym spośród tych wymogów jest oczywiście posiadanie nad poszkodowanymi jurysdykcji w rozumieniu art. 1 Konwencji.

W świetle przyjętej przez trybunał strasburski i wspomianej już wcześniej zasady, że kompetencja jurysdykcyjna państwa ma zasadniczo charakter terytorialny, warunek posiadania jurysdykcji przez państwo trzecie może wydawać się pozornie niemożliwy do spełnienia. Wskazanie, na jakiej podstawie takie państwo miałyby sprawować jurysdykcję nad obszarem działania nieuznawanego podmiotu leżącym formalnie na terytorium innego państwa-strony, wydaje się zadaniem karkołomnym. Problem ten rozwiązuje orzecznictwo Trybunału, chociaż w sposób nie do końca zadowalający.

⁵⁶ Por. m.in. wyrok z 1920 r. w sprawie *Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ (United States v. Great Britain)*, op. cit.; wyrok z 1903 r. w sprawie *Santa Clara Estates case – Supplementary Claim*, op. cit. oraz wyrok z 1903 r. w sprawie *Sambiaggio case*, [w:] J. H. Ralston, op. cit., s. 666 i nast.

⁵⁷ Por. zwłaszcza dwie ostatnie sprawy cytowane w poprzednim przypisie.

Analiza wyroków dotyczących wskazanej materii pozwala wyróżnić dwie główne tendencje orzecznicze⁵⁸. Zgodnie z pierwszą z nich, państwo-strona EKPCz, które sprawuje kontrolę nad częścią terytorium należącą do innego państwa strony rządzonej przez nieuznawane państwo, może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenia konwencyjnych praw i wolności, które mają miejsce na tym obszarze, a osoby dotknięte naruszeniami wchodzą wówczas pod jego jurysdykcję⁵⁹. Zgodnie z drugim nurtem, obecnym równolegle w orzecznictwie strasburskim, kontrola państwa-strony EKPCz nad częścią terytorium innego państwa-strony, na której działa nieuznawany reżim, prowadzi do rozciągnięcia nad nią jurysdykcji⁶⁰, a ewentualne naruszenia, które zostają popełnione na takim obszarze, mogą zostać przypisane państwu sprawującemu kontrolę, rodząc jego odpowiedzialność⁶¹.

W gruncie rzeczy ETPCz akceptuje więc równocześnie dwie relacje wynikania: kontrola → odpowiedzialność → jurysdykcja oraz kontrola → jurysdykcja → odpowiedzialność. W wyrokach, w których pojawia się problem odpowiedzialności państw trzecich za działania państw nieuznawanych, wyraźnie brakuje więc spójnej wizji relacji między kontrolą nad terytorium a jurysdykcją państwa i jego odpowiedzialnością konwencyjną⁶².

⁵⁸ Mimo iż nie wydają się one możliwe do pogodzenia, w części wyroków te nurty czy tendencje współwystępują ze sobą (sic). Z tego powodu nie można mówić o nich jako o wyraźnych liniach orzeczniczych.

⁵⁹ Najbardziej wyraźnie w *Loizidou* 1996, akapit 56: „Ze znacznej liczby oddziałów zaangażowanych w aktywne wykonywanie obowiązków na północnym Cyprze wynika w sposób oczywisty, że jej [tzn. Turcji – przyp. aut.] armia sprawuje skuteczną ogólną kontrolę nad tą częścią wyspy. Taka kontrola, zgodnie z odpowiednim testem i w świetle okoliczności sprawy, pociąga za sobą jej [Turcji] odpowiedzialność za politykę i działania TRCP. Ci, którzy zostali poszkodowani przez tę politykę lub działania, wchodzą więc pod jurysdykcję Turcji na potrzeby art. 1 Konwencji”. Podobnie orzekł Trybunał także m.in. w wyrokach *Loizidou* 1995, akapit 62, *Loizidou* 1996, akapit 52, *Ilaşcu*, akapit 314, *Catan*, akapit 106.

⁶⁰ *Loizidou* 1995, akapity 63–64, *Catan*, akapit 106, *Chiragov*, akapit 68.

⁶¹ Taki wniosek można wyciągnąć z *Loizidou* 1995, akapity 63–64 oraz *Cypr p. Turcji*, akapity 77 i 80 („sprawy będące przedmiotem niniejszej skargi wchodzą w zakres „jurysdykcji” Turcji w rozumieniu art. 1 Konwencji i dlatego pociągają za sobą odpowiedzialność pozwanego państwa na podstawie Konwencji”). Dużo bardziej jednoznacznie wypowiada się ETPCz m.in. w: *Ilaşcu*, akapit 311, *Catan*, akapity 103 i 106, *Al-Skeini*, akapit 130.

⁶² W niektórych orzeczeniach Trybunału, por. np. *Loizidou* 1995, akapit 62, a wśród nowszych wyroków – *Chiragov*, akapit 167, można próbować doszukiwać się pewnej tendencji do zacierania czy też niezauważania różnicy między pojęciami jurysdykcji i odpowiedzialności. W zdecydowanej większości spraw pojęcia te nie są jednak używane synonimicznie.

W świetle ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej za bardziej poprawną ze wskazanych tendencji należy uznać drugą, tzn. tę, która wywodzi z posiadania przez państwo skutecznej kontroli istnienie jego jurysdykcji, a dopiero z nią wiąże możliwość powstania odpowiedzialności⁶³. Wynika to z faktu, że aby zgodnie z prawem międzynarodowym można było mówić o powstaniu odpowiedzialności międzynarodowej, konieczne jest zaistnienie czynu międzynarodowo bezprawnego, czyli działania lub zaniechania, które można przypisać państwu i które stanowi naruszenie międzynarodowego obowiązku tego państwa⁶⁴. Skoro art. 1 EKPCz wyraźnie stanowi, że jej strony zobowiązują się do zapewnienia wyrażonych w niej praw i wolności osobom znajdującym się pod ich jurysdykcją, strona, która nie sprawuje jurysdykcji nad określonymi osobami, nie jest związana w stosunku do nich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji. Brak takich obowiązków oznacza z kolei, że nie jest możliwe zaistnienie naruszenia, które pociągałoby za sobą zaistnienie czynu międzynarodowo bezprawnego. Państwo nie może więc w takim wypadku ponosić na podstawie EKPCz odpowiedzialności międzynarodowej.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za słuszością przedstawionej tezy jest fakt, że preferowane podejście jest dużo silniej akcentowane przez Trybunał w jego nowszych orzeczeniach, takich jak wyroki w sprawach *Catan* i *Chiragov* oraz niedotyczący wprawdzie bezpośrednio odpowiedzialności za naruszenia Konwencji na obszarze państwa nieuznawanego, ale podsumowujący i porządkujący całokształt orzecznictwa ETPCz dotyczącego jurysdykcji i odpowiedzialności wyrok w sprawie *Al-Skeini*.

Analiza orzeczeń Trybunału odnoszących się do odpowiedzialności za działania nieuznawanych reżimów pozwala zaryzykować twierdzenie, że Trybunał początkowo nie dostrzegał istotności rozróżnienia pomiędzy istnieniem jurysdykcji i odpowiedzialności, a ewolucja jego podejścia do tego problemu nastąpiła dopiero pod wpływem zdań odrębnych zgłaszanych do większości wyroków oraz krytycznych opinii części doktryny. ETPCz nie wycofał się jednak nigdy z tez, które pojawiły się we wcześniejszych wyrokach, lecz odwołując się do nich, zaczął akcentować inne fragmenty uzasadnień swoich orzeczeń⁶⁵.

⁶³ Tak uważa również m.in. M. Balcerzak – ibidem, s. 124–128 oraz 134.

⁶⁴ Por. *Responsibility of States...*, art. 1 i 2.

⁶⁵ Por. zwłaszcza kreatywne streszczenie dotychczasowej działalności orzecznictwa Trybunału w omawianym zakresie w sprawie *Catan*, akapity 102–107.

Skuteczna kontrola jako podstawowy warunek istnienia jurysdykcji państwa trzeciego

Z dotychczasowego orzecznictwa strasburskiego trybunału wynika jednoznacznie, że w celu udowodnienia istnienia jurysdykcji państwa trzeciego nad osobami znajdującymi się na terytorium państwa nieuznawanego nie jest konieczne wykazanie faktycznego sprawowania przez państwo trzecie szczególnej kontroli (*detailed control*) nad polityką i działaniami nieuznawanych władz⁶⁶. Paradoksalnie jest to jednak jedyna konstatacja dotycząca zakresu kontroli sprawowanej przez państwo trzecie, która w świetle całego dorobku orzeczniczego ETPCz nie budzi żadnych wątpliwości.

Istotne rozbieżności można zaobserwować chociażby w przypadku terminów, którymi Trybunał określa zakres kontroli wymaganej przez niego do stwierdzenia istnienia jurysdykcji państwa trzeciego nad obszarem podporządkowanym nieuznawanym władzom. W poszczególnych orzeczeniach pojawiają się takie zwroty, jak m.in. „ogólna kontrola” (*overall control, un contrôle global*⁶⁷), „skuteczna ogólna kontrola” (*effective overall control, le contrôle global effectif*⁶⁸), „ogólna kontrola w praktyce” ([...] *exerce en pratique un contrôle global*⁶⁹) oraz „skuteczna kontrola w praktyce” ([...] *exercises in practice effective control*⁷⁰). W doktrynie do dzisiaj nie milkną spory, na ile pojęcia te różnią się między sobą, a na ile stanowią odniesienie do tego samego fenomenu⁷¹. Istnieją jednak poważne przesłanki, by terminy te uznać za tożsame. Silny argument na poparcie tej tezy mogą stanowić chociażby orzeczenie w sprawie *Cypr p. Turcji*, w którego akapicie 77. pojawia się zwrot „skuteczna ogólna kontrola” i późniejsze orzeczenie *Ilaşcu*,

⁶⁶ Por. *Loizidou* 1996, akapit 56.

⁶⁷ *Loizidou* 1996, akapit 56, *Foka v. Turkey* – dalej jako: *Foka*, skarga 28940/95, wyrok z dnia 24 czerwca 2008 r., akapit 83, *Protopapa v. Turkey*, skarga 16084/90, wyrok z dnia 24 lutego 2008 r., akapit 76.

⁶⁸ *Loizidou* 1996, akapit 49, *Cypr p. Turcji*, akapit 77.

⁶⁹ *Loizidou* 1996, akapit 56. *Nota bene* w wersji angielskiej znajduje się w tym miejscu zwrot *exercises effective overall control*.

⁷⁰ *Ilaşcu*, akapit 314. W wersji francuskiej: *exerce en pratique le contrôle effectif*.

⁷¹ Por. np. M. Milanović, *State Responsibility for Genocide*, *The European Journal of International Law* 17.3/2006, s. 586, a za nim w sprawie *Chiragov – Dissenting opinion of Judge Gyulumyan*, akapit 57, gdzie sędzia-autor zdania odrębnego argumentował, że „skuteczna ogólna kontrola” jest wymagana przez Trybunał do potwierdzenia istnienia jurysdykcji, zaś „ogólna” lub „skuteczna” kontrola – do przypisania odpowiedzialności. Takiej interpretacji przeczy m.in. brzmienie akapitu 77 orzeczenia ws. *Cypr p. Turcji*, gdzie wyraźnie uzależnia się istnienie odpowiedzialności za cudze działania od „skutecznej ogólnej kontroli”.

które odwołując się do tego samego akapitu, wspomina o „ogólnej kontroli”⁷², a także wydany po zakończeniu obu wymienionych postępowań wyrok w sprawie *Al-Skeini*, w którym Trybunał bez odrobiny zażenowania stwierdza, że w swoich dotychczasowych orzeczeniach uzależniał możliwość powstania pozaterytorialnej jurysdykcji państw-stron Konwencji od sprawowania przez nie „skutecznej kontroli”⁷³, odnosząc się między innymi do wskazanego właśnie fragmentu uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Ilaşcu*. Zaprezentowane stanowisko mogą też potwierdzać pojawiające się stale, już od pierwszego wyroku w sprawie *Loizidou* – a więc od ponad 20 lat – różnice znaczeniowe między francuskimi i angielskimi wersjami wydawanych orzeczeń. Fakt, że mimo upływu tak długiego czasu ET-PCz nie podjął starań, by rozwiązać wątpliwości doktryny w drodze ujednolicenia stosowanej terminologii lub wyjaśnienia różnic między poszczególnymi zwrotami pozwala przypuszczać, że uważał wyżej wymienione pojęcia za synonimy.

Tym niemniej na przestrzeni ostatnich lat w orzecznictwie strasburskim dotyczącym jurysdykcji i odpowiedzialności państw trzecich za działania nieuznawanych państw można odnotować utrwalanie się użycia terminu „skuteczna kontrola”⁷⁴. Zakładając, że jest to działanie świadome, należy ocenić je pozytywnie. Jest ono o tyle rozsądne, że brakowi skutecznej kontroli państwa macierzystego nad terytorium administrowanym przez nieuznawane władze towarzyszy przeważnie stwierdzenie istnienia skutecznej kontroli ze strony innego państwa-strony Konwencji⁷⁵. Użycie tego samego pojęcia sugeruje więc, że ograniczenie jurysdykcji państwa macierzystego wiąże się z rozciągnięciem na obszar, na którym władzę sprawuje nieuznawany reżim, jurysdykcji państwa trzeciego. W ten sposób unika się powstania próżni (*vacuum*) w konwencyjnym systemie ochrony praw człowieka⁷⁶.

⁷² *Ilaşcu*, akapit 316.

⁷³ *Al-Skeini*, akapit 110. Dokonane porównanie opiera się wyłącznie na wersjach wyroków w jęz. angielskim.

⁷⁴ Por. np. *Catan*, akapit 122, *Chiragov*, akapity 168–170 i 186, *Mozer*, akapity 101 i 110. Ten termin będzie więc, na przemian z „efektywną kontrolą”, używany w niniejszym opracowaniu. M. Milanović, *Extraterritorial Application...*, s. 42 twierdzi, że ET-PCz preferuje termin „skuteczna ogólna kontrola”, ale nie podaje żadnych argumentów na potwierdzenie swojej tezy. Tym ostatnim zwrotem posługuje się też konsekwentnie S. Talmon, *The responsibility of outside powers for acts of secessionist entities*, *International and Comparative Law Quarterly* 58.7/2009, *passim*.

⁷⁵ Podobnie jak w przypadku jurysdykcji państwa macierzystego, ET-PCz nie akceptuje możliwości wyłączenia jurysdykcji państwa-strony wynikającej ze skutecznej kontroli nad częścią terytorium innej strony Konwencji w drodze zastrzeżenia złożonego przy przystąpieniu do Konwencji – por. uwagi Trybunału nt. tureckich deklaracji opierających się na art. 25 i 46 EKPCz w wersji z 1950 r. w sprawie *Loizidou* 1995, akapity 65–89.

⁷⁶ Obawy przed powstaniem takiej luki sygnalizował ET-PCz m.in. w sprawie *Cyprr*

Należy odnotować, że równolegle z pojęciem skutecznej kontroli, począwszy od sprawy *Ilaşcu*, Trybunał zaczął odwoływać się także do pojęcia wpływu (*influence*). We wspomnianej sprawie sędziowie stwierdzili, że Naddniestrze pozostawało „pod skuteczną władzą (*effective authority*), a przynajmniej decydującym wpływem (*decisive influence*)” Rosji⁷⁷, co mogło sugerować złagodzenie wymogów niezbędnych do stwierdzenia istnienia jurysdykcji państwa trzeciego i ewentualnego pociągnięcia go do odpowiedzialności⁷⁸. Tym niemniej w kolejnych postępowaniach dotyczących nieuznawanych państw ETPCz wspominał już wyłącznie o „skutecznej kontroli i decydującym wpływie”⁷⁹. Konsekwentne stosowanie tej zbitki pojęciowej, zawierającej spójnik „i”, w późniejszym orzecznictwie pozwala przypuszczać, że strasburscy sędziowie nie traktują pojęcia „wpływu” jako swego rodzaju „mniej skutecznej kontroli”.

Ewolucja pojęcia „skutecznej kontroli”

Jak wynika z orzeczeń ETPCz, istnienie skutecznej kontroli państwa trzeciego nad obszarem pozostającym pod władzą nieuznawanego państwa jest zazwyczaj konsekwencją akcji zbrojnej – bądź to zgodnej z prawem międzynarodowym, bądź też bezprawnej. Kontrola taka może być przy tym sprawowana albo bezpośrednio, a więc za pośrednictwem sił zbrojnych danego państwa trzeciego, albo „za pośrednictwem podporządkowanej administracji lokalnej” (*through a subordinate local administration*)⁸⁰.

Interpretacja wymogu skutecznej kontroli państwa trzeciego nad nieuznawanym reżimem uległa w orzecznictwie ETPCz znaczącej ewolucji. Początkowo w celu stwierdzenia istnienia takiej kontroli strasburski trybunał kierował się wyłącznie kryteriami militarnymi. Tak było chociażby w sprawie *Loizidou*, w której Trybunał skoncentrował swoją uwagę na fakcie, iż armia turecka dysponowała na obszarze administrowanym przez północnocypryjskie władze blisko 30 tysiącami żołnierzy oraz bazami lotnictwa i floty, a należące do niej oddziały stale patrolowały ten teren i posiadały posterunki na wszystkich głównych szlakach komunikacyjnych. Zdaniem sędziów orzekających w sprawie czynniki te, w tym zwłaszcza znaczna liczba oddziałów zaangażowanych w aktywne pełnienie

p. *Turcji*, akapit 78.

⁷⁷ *Ilaşcu*, akapit 392.

⁷⁸ Sugerował to m.in. D. Rossi D’ambrosio, op. cit., s. 10.

⁷⁹ Por. *Catan*, akapit 122, *Chiragov*, akapit 186, *Mozer*, akapit 110.

⁸⁰ *Loizidou* 1995, akapit 62, *Loizidou* 1996, akapit 52, *Ilaşcu*, akapit 314, *Catan*, akapit 106.

obowiązków, pozwalały uznać sprawowanie przez Turcję efektywnej kontroli nad północną częścią Cypru za oczywiste⁸¹.

Odmienne podejście zaprezentował ETPCz w sprawach dotyczących Naddniestrza (*Ilaşcu, Ivanţoc, Catan, Mozer*) oraz Górskiego Karabachu (*Chiragov*), w których rozszerzył zakres analizy roli siły militarnej o kwestie prawne i polityczne. Z danych dostępnych Trybunałowi w sprawach naddniestrzańskich wynikało jednoznacznie, że w Naddniestrzu, czyli na obszarze nieco większym niż Północny Cypr, stacjonowało jedynie około 1,5 tys. żołnierzy rosyjskich. Chociaż dysponowali oni pokaźną ilością uzbrojenia, w tym m.in. ponad 100 czołgami oraz licznymi transporterami opancerzonymi i artylerią, w liczbach bezwzględnych wielkości te były generalnie od kilku do kilkunastu razy niższe niż w przypadku Północnego Cypru⁸². Sędziowie położyli więc nacisk na fakt, że to dzięki wsparciu ze strony oddziałów rosyjskich (radzieckich) separatystom udało się przejąć władzę w Naddniestrzu⁸³, a jej utrzymanie było możliwe w dużej mierze z powodu braku odpowiedniego nadzoru nad należącym do nich wyposażeniem, którego znaczna część przeszła w ręce władz naddniestrzańskich⁸⁴. Zaakcentowali również istotny wpływ wielkości arsenału pozostającego do dyspozycji wojsk rosyjskich na ich militarne znaczenie w regionie i zinterpretowali stacjonowanie rosyjskiego kontyngentu w Naddniestrzu jako silny sygnał trwającego poparcia dla rządzącego w nim reżimu⁸⁵. Podkreślili także, że przebywanie rosyjskich oddziałów na terytorium Naddniestrza stało w sprzeczności ze zobowiązaniami deklarowanymi przez Rosję podczas szczytów OBWE z 1999 i 2001 r., a tolerowanie rozmieszczania w strefie buforowej wojsk oraz produkcji i sprzedaży broni przez separatystyczne władze stanowiło naruszenie zawartego w 1992 r. porozumienia mołdawsko-rosyjskiego⁸⁶.

W sprawie *Chiragov* ETPCz rozłożył akcenty w podobny sposób. Chociaż precyzyjne ustalenie liczby żołnierzy ormiańskich przebywających na obszarze Górskiego Karabachu okazało się niemożliwe, z dostępnych Trybunałowi danych wynikało, że wynosi ona od 1,5 do 8–10 tysięcy⁸⁷. Była to więc liczba znacznie

⁸¹ *Loizidou* 1996, akapity 16 i 56. W większości późniejszych postępowań dotyczących naruszeń Konwencji na obszarze Północnego Cypru ETPCz ograniczał się do przypominania ustaleń poczynionych w tej sprawie, por. np. *Cypr p. Turcji*, akapity 76–77.

⁸² *Ilaşcu*, akapit 131, *Catan*, akapity 117–118.

⁸³ *Ilaşcu*, akapity 380–382, *Catan*, akapit 118.

⁸⁴ *Ilaşcu*, akapit 389, *Catan*, akapit 118.

⁸⁵ *Ilaşcu*, akapit 387, *Catan*, akapity 118–119.

⁸⁶ *Ilaşcu*, akapity 387–388 i 391, *Ivanţoc*, akapity 22 i 118, bardziej ogólnie: *Catan*, akapit 119.

⁸⁷ *Chiragov*, akapit 180.

niższa niż w przypadku Północnego Cypru. Jednocześnie brak było informacji, by oddziały ormiańskie w Karabachu dysponowały tak istotnym arsenałem jak ten, który pozostawał do dyspozycji wojsk rosyjskich w Naddniestrzu. ETPCz skupił się więc na dowodzeniu, że Armenia, dzięki obecności zbrojnej oraz dostarczaniu wyposażenia i prowadzeniu szkoleń wojskowych, była od samego początku istotnie zaangażowana w konflikt w Górskim Karabachu, a wsparcie z jej strony było kluczowe dla przejęcia i utrzymania kontroli nad tym terytorium przez separatystyczne władze⁸⁸. Kilkakrotnie podkreślał również znaczny stopień integracji sił zbrojnych Armenii i Górskiego Karabachu, w tym m.in. możliwość odbywania przez obywateli ormiańskich zasadniczej służby wojskowej w separatystycznej republice⁸⁹, a także zawarcie w 1994 r. przez oba podmioty porozumienia o współpracy wojskowej, zawierającego m.in. zobowiązanie Armenii do obrony Górskiego Karabachu w ramach sojuszu wojskowego⁹⁰.

W odróżnieniu od spraw cypryjskich, w sprawach dotyczących Naddniestrza i Górskiego Karabachu ETPCz zaczął również szeroko uwzględniać przesłanki ekonomiczne, które miały jego zdaniem świadczyć o istnieniu skutecznej kontroli. W sprawach *Ilaşcu* i *Catan* silnie wyeksponował przede wszystkim rolę wsparcia gospodarczego udzielanego przez Rosję reżimowi w Naddniestrzu – w tym zwłaszcza trudną do uzasadnienia z punktu widzenia ekonomicznego znaczącą redukcję zadłużenia Naddniestrza wobec Rosji, dostarczanie temu regionowi gazu ziemnego na dużo bardziej preferencyjnych warunkach niż pozostałej części Mołdawii, a także zgodę rosyjskich władz na prowadzenie w Naddniestrzu działalności przez państwowe spółki i instytucje⁹¹. Podniósł również, że w sytuacji, w której jedynie 20% ludności Naddniestrza było aktywnie zaangażowane w jakąkolwiek działalność gospodarczą, wielomilionowa pomoc humanitarna oraz subsydia gazowe otrzymywane od strony rosyjskiej stanowiły znaczne wsparcie dla działającego tam reżimu⁹². W sprawie *Chiragov* ETPCz zwrócił z kolei uwagę na przyznawane przez Armenię Górskiemu Karabachowi pożyczki o wartości milionów dolarów, które stanowiły regularnie około 60% budżetu tego podmiotu i przez wiele lat nie były w ogóle spłacane⁹³. Podkreślił także, że Panormiański Fundusz Hayastan, który w latach 1995–2012 ulokował ponad 100 milionów dolarów w projektach infrastrukturalnych w Karabachu, mimo iż formalnie traktowany jako organizacja pozarządowa i wspierany środkami

⁸⁸ *Chiragov*, akapity 172–180.

⁸⁹ *Chiragov*, akapity 75–77 i 175.

⁹⁰ *Chiragov*, akapity 74 i 178.

⁹¹ *Ilaşcu*, akapit 390.

⁹² *Catan*, akapit 120.

⁹³ *Chiragov*, akapit 183.

prywatnymi, został utworzony na podstawie prezydenckiego dekretu, a jego działalność była w znacznym stopniu uzależniona od władz Armenii i Karabachu, których najwyżsi przedstawiciele wchodzili w skład jego rady powierniczej⁹⁴.

W orzecznictwie Trybunału można wyróżnić jeszcze jedną, silnie zróżnicowaną grupę kryteriów oceny istnienia skutecznej kontroli, których wspólnym mianownikiem jest tak naprawdę wyłącznie to, że trudno je przyporządkować do którejś z poprzednich grup. W postępowaniach dotyczących Naddniestrza ETPCz odwołał się do dwóch argumentów tego typu: w sprawie *Catan* za jedną z przesłanek sprawowania efektywnej kontroli uznał fakt, iż na przestrzeni lat Rosja przyznała swoje obywatelstwo blisko jednej piątej mieszkańców obszaru kontrolowanego przez naddniestrzańskie władze⁹⁵, zaś w sprawie *Mozer* – to, że Rosja otwierała w Naddniestrzu własne komisje wyborcze bez występowania o zgodę do mołdawskich władz⁹⁶. Dużo więcej takich nietypowych powiązań ujawnił Trybunał w sprawie *Chiragov*, w której zwrócił uwagę m.in. na to, że wielu polityków zajmujących wysokie stanowiska w Karabachu obejmowało następnie najwyższe urzędy w Armenii⁹⁷, że Karabach przyjął bezpośrednio kilka ustaw obowiązujących w tym państwie oraz akceptował na swoim terytorium działalność ormiańskiej policji i wykonywanie jurysdykcji przez ormiańskie sądy, a jego mieszkańcy na potrzeby podróży zagranicznych korzystali z ormiańskich paszportów⁹⁸.

Katalog przesłanek efektywnej kontroli branych pod uwagę przez strasburski trybunał w omówionych sprawach wymyka się jednoznacznej ocenie. Z jednej strony bez wątpienia większość z nich rzeczywiście umożliwiała państwu trzecim wywieranie skutecznego nacisku na rządy poszczególnych nieuznawanych państw (Turcji na Cypr Północny, Rosji na Naddniestrze i Armenii na Górski Karabach) i wpływanie na podejmowane przez nie decyzje, przynajmniej w ograniczonym zakresie⁹⁹. Z drugiej strony trudno pozbyć się wrażenia, że kryteria stosowane w odniesieniu do poszczególnych przypadków były w gruncie rzeczy określane przez Trybunał *ad hoc* i w pewnym sensie „szyte na miarę”. Można wprawdzie argumentować, że w orzeczeniu w sprawie *Catan*

⁹⁴ *Chiragov*, akapit 184.

⁹⁵ *Catan*, akapit 120.

⁹⁶ *Mozer*, akapity 67 i 107.

⁹⁷ *Chiragov*, akapit 181.

⁹⁸ *Chiragov*, akapit 182.

⁹⁹ I. C. Kamiński, *Formacyjne orzecznictwo i nowe wyroki*, [w:] *Wpływ EKPC na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, red. E. Karska, Warszawa 2013, s. 112 zasadnie zauważa w tym kontekście, że „tezy o efektywnej kontroli sędziowie słusznie nie sprowadzają do zestawiania cyfr i elementów uzbroidenia”. Fakt ten pochwała także m.in. M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 135.

ETPCz sprecyzował zakres uwzględnianych przez niego przesłanek, zauważając, że przy ocenie, czy dane państwo-strona sprawuje skuteczną kontrolę nad konkretnym terytorium, będzie brał przede wszystkim pod uwagę „siłę wojskową państwa na danym obszarze”, a w dalszej kolejności także „inne czynniki, takie jak zakres, w jakim zbrojna, gospodarcza i polityczna pomoc dla podporządkowanej administracji lokalnej zapewnia jej wpływ i kontrolę nad regionem”¹⁰⁰. W gruncie rzeczy ta wypowiedź stanowiła jednak tak naprawdę jedynie potwierdzenie tego, co było oczywiste co najmniej od rozstrzygnięcia w sprawie *Ilaşcu* – że przy analizie istnienia skutecznej kontroli czynniki militarne nie zawsze mają dla Trybunału znaczenie decydujące, a na ogólną ocenę sytuacji mogą wpływać także m.in. uwarunkowania gospodarcze i polityczne.

Należy jednocześnie podkreślić, że część argumentów, na które powoływał się ETPCz, postulując istnienie efektywnej kontroli, trudno uznać za przekonujące. Wśród nich tytułem przykładu można wskazać podniesiony w sprawie *Catan* fakt masowego nadawania przez Rosję własnego obywatelstwa mieszkańcom Naddniestrza. Otóż zgodnie z niezależnymi raportami na trzech obywateli Rosji zamieszkujących Naddniestrze przypada dwóch obywateli ukraińskich¹⁰¹. Czy oznacza to, że Ukraina powinna być traktowana jako dążąca do uzyskania skutecznej kontroli nad tym obszarem? Właściwa wydaje się w tym wypadku odpowiedź przecząca. Przykład ten dowodzi, że ETPCz powinien albo ostrożniej wybierać kryteria, którymi się posługuje, albo bardziej wyczerpująco uzasadniać ich stosowanie w poszczególnych sprawach.

Kryteria stosowane przez MTS i MTKJ

We współczesnym orzecznictwie międzynarodowym można zaobserwować poważne rozbieżności stanowisk w kwestii kryteriów, które powinny stanowić podstawę do pociągnięcia państwa trzeciego do odpowiedzialności za działania i zaniechania wspieranego przez nie nieuznawanego reżimu. W zupełnie inny sposób niż ETPCz interpretują zakres relacji prowadzących do powstania odpowiedzialności państwa trzeciego MTS oraz MTKJ.

¹⁰⁰ *Catan*, akapit 107. Wcześniej Trybunał wskazał te kryteria w sprawie *Al-Skeini*, akapit 139, ale wówczas uczynił to jedynie na marginesie rozważań dotyczących jurysdykcji i odpowiedzialności niemających bezpośredniego związku z rozpatrywaną sprawą (a więc w formie tzw. *obiter dictum*). Por. także *Chiragov*, akapit 169.

¹⁰¹ Por. raport przygotowany na zlecenie Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego we Florencji, V. Gasca, *Country Report: Moldova*, EUDO Citizenship Observatory, s. 18, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/19626/Moldova.pdf>.

W orzeczeniu w sprawie *ludobójstwa w Srebrenicy* pierwszy ze wskazanych trybunałów stanął przed zadaniem oceny, czy Serbia i Czarnogóra, jako państwo-kontynuator Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii¹⁰², ponosiła odpowiedzialność za czyny organów utworzonej przez bośniackich Serbów i istniejącej w latach 1992–1995 Republiki Serbskiej, w tym także za zbrodnię ludobójstwa popełnioną na bośniackich muzułmanach w lipcu 1995 r. w Srebrenicy. Analizując skalę zależności tego podmiotu, MTS zauważył, że część oficerów wojsk Republiki Serbskiej była administracyjnie podporządkowana dowództwu jugosłowiańskiemu, które decydowało o takich kwestiach, jak ich pensje, awanse i emerytury¹⁰³. Uzbrojenie armii bośniackich Serbów zostało w większości przejęte po armii jugosłowiańskiej, która pozostawiła swoje wyposażenie, opuszczając terytorium Bośni i Hercegowiny w maju 1992 r., a sama Jugosławia dostarczała jej Republice Serbskiej, zwłaszcza amunicję, także później¹⁰⁴. Strona jugosłowiańska wydatnie wspierała Serbów z Bośni również finansowo, udzielając utworzonemu przez nich podmiotowi korzystnych kredytów¹⁰⁵. Chociaż w opinii sędziów Trybunału Jugosławia niewątpliwie udzielała Republice Serbskiej znacznego wsparcia wojskowego i finansowego, bez którego możliwości działania władz tego podmiotu byłyby istotnie ograniczone, MTS nie zaakceptował tezy Bośni i Hercegowiny, iż Serbia i Czarnogóra powinna ponosić odpowiedzialność za zbrodnie popełnioną przez bośniackich Serbów¹⁰⁶.

Trybunał wywiódł ten wniosek, opierając się na dwóch testach odpowiedzialności: „ściślej (lub też całkowitej) kontroli” (*strict control test, complete control test*) i „skutecznej (efektywnej) kontroli” (*effective control*). Zgodnie z pierwszym z nich, aby można było przypisać państwu odpowiedzialność za czyny podmiotu, które nie posiada formalnie statusu jego organu, ale pełni taką rolę *de facto*, konieczne jest wykazanie „całkowitej zależności” (*complete dependence*) tego podmiotu od wspierającego go państwa oraz tego, że jest on w całości przez nie kontrolowany¹⁰⁷. Oznacza to, że działalność tego podmiotu bez uzyskiwanego

¹⁰² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment – dalej jako: *Bosnia*, wyrok z dnia 26 lutego 2007 r., ICJ Reports 2007, akapit 133. Kwestia, czy rzeczywiście była w tym przypadku mowa o kontynuacji państwowości, jak twierdził MTS, pozostaje sporna, por. F. Lusa Bordin, *Continuation of Membership in the United Nations Revisited: Lessons from Fifteen Years of Inconsistency in the Jurisprudence of the ICJ*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 10/2011, passim.

¹⁰³ *Bosnia*, akapit 238.

¹⁰⁴ Ibidem, akapit 239.

¹⁰⁵ Ibidem, akapit 240.

¹⁰⁶ Ibidem, akapity 241 i 388.

¹⁰⁷ Ibidem, akapity 392–393, 397, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment – dalej jako:

wsparcia z zewnątrz nie byłaby możliwa¹⁰⁸ i że nie posiada on jakiegokolwiek rzeczywistej autonomii¹⁰⁹. W sprawie *ludobójstwa w Srebrenicy* jako przesłanki wskazujące na brak takiej zależności podano m.in. okoliczność występowania różnic w odniesieniu do pewnych kwestii strategicznych między rządem jugosłowiańskim i władzami bośniackich Serbów¹¹⁰, a także fakt, że oficerowie, którzy administracyjne podlegali Jugosławii, byli politycznie i operacyjnie podporządkowani władzom Republiki Serbskiej oraz mianowani na stanowiska przez jej prezydenta¹¹¹.

Drugi z wymienionych testów zastosowanych przez MTS w omawianej sprawie, test skutecznej kontroli, mimo identycznej nazwy, poważnie różnił się od „skutecznej kontroli” wymaganej w celu pociągnięcia przez ETPCz do odpowiedzialności za działania i zaniechania nieuznawanego reżimu państwa-strony EKPCz¹¹². Trybunał orzekł, że państwo może odpowiadać za swe własne działania, w wyniku których podmiot trzeci popełnił konkretne naruszenie prawa międzynarodowego, jeżeli ten ostatni kierował się jego wskazówkami lub był przez nie skutecznie kontrolowany¹¹³. Musi więc być ono świadome zakresu działań podejmowanych przez ten podmiot w danej sprawie¹¹⁴ oraz skutecznie kierować ich realizacją, m.in. udzielając różnego rodzaju pomocy (finansowej, organizacyjnej, logistycznej itd.), planując poszczególne działania i nadzorując ich wykonywanie¹¹⁵. W sprawie *ludobójstwa w Srebrenicy* skarżący nie przedstawił jednak wystarczająco wyczerpujących dowodów, by Trybunał mógł dojść do konkluzji, że zbrodnie popełnione przez oddziały bośniackich Serbów powinny zostać przypisane Serbii i Czarnogórze.

Jeszcze inne podejście do problemu odpowiedzialności państwa trzeciego w kontekście działalności nieuznawanego reżimu przyjął MTKJ w wyroku Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadić*¹¹⁶. Mimo iż sędziowie Trybunału orzekali w

Nicaragua, wyrok z dnia 27 czerwca 1986 r., ICJ Reports 1986, akapity 109–110.

¹⁰⁸ *Bosnia*, akapit 391, *Nicaragua*, akapit 111.

¹⁰⁹ *Bosnia*, akapit 394, *Nicaragua*, akapity 108–9.

¹¹⁰ *Bosnia*, akapit 394.

¹¹¹ *Ibidem*, akapit 388.

¹¹² Test ten, jak wskazał Trybunał – *Ibidem*, akapit 406, stanowi interpretację art. 8 Projektu KPM.

¹¹³ *Ibidem*, akapit 399, *Nicaragua*, akapit 115.

¹¹⁴ Z wypowiedzi zawartej w *Bosnia*, akapit 422 można wywnioskować, że konieczne jest, by państwo udzielało danemu podmiotowi pomocy, będąc świadome, iż zamierza on popełnić dane naruszenie prawa międzynarodowego.

¹¹⁵ S. Talmon, op. cit., s. 503.

¹¹⁶ Należy zauważyć, że w późniejszych sprawach dotyczących osób oskarżonych o zbrodnie popełnione na obszarze Republiki Serbskiej Biuro Prokuratora MTKJ zarzucało oskarżonym przeważnie naruszenia praw i zwyczajów wojennych, udział w ludobójstwie

tej sprawie o indywidualnej odpowiedzialności karnej oskarżonego Duško Tadić, uznali za słuszne odwołanie się do norm dotyczących ogólnej odpowiedzialności międzynarodowej w celu ustalenia, czy konflikt, w trakcie którego popełniono czyny, o które oskarżony był Tadić, miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny (a w konsekwencji, czy w sprawie miały zastosowanie normy Konwencji genewskich, czy wyłącznie ich tzw. wspólny artykuł 3). Zgodnie z przyjętym przez Izbę Apelacyjną założeniem, potwierdzenie odpowiedzialności Jugosławii za czyny Republiki Serbskiej w świetle prawa międzynarodowego miało świadczyć o międzynarodowym charakterze konfliktu w Bośni i Hercegowinie, którego dotyczyła sprawa, i skutkować koniecznością zastosowania Konwencji genewskich.

Ostatecznie Izba Apelacyjna orzekła, że prawo międzynarodowe przewiduje inne zasady przypisywania państwu odpowiedzialności za działania i zaniechania osób i grup o charakterze prywatnym, a inne w przypadku grup zorganizowanych i hierarchicznie uporządkowanych, takich jak jednostki wojskowe oraz nieregularne lub powstańcze grupy zbrojne¹¹⁷. Sędziowie przyznali, że o ile w pierwszym ze wskazanych przypadków niezbędne jest udowodnienie wydania konkretnych instrukcji dotyczących popełnionego naruszenia, w drugim wystarczy przedstawić dowody potwierdzające istnienie ogólnej kontroli (*overall control*) państwa nad daną grupą¹¹⁸. Gdy istnienie ogólnej kontroli zostaje udowodnione, państwo odpowiada za działania danej grupy niezależnie od tego, czy stosowała się ona do wydawanych przez nie wskazówek – a więc nawet wtedy, gdy postępowała sprzecznie z nimi¹¹⁹. W opinii MTKJ dowodem świadczącym o posiadaniu przez państwo ogólnej kontroli nie mogło być samo wsparcie finansowe lub militarne danego podmiotu, państwo musi bowiem także brać czynny

lub zbrodniach przeciwko ludzkości – w ten sposób unikano konieczności dowodzenia, iż walki były toczone w ramach międzynarodowego konfliktu zbrojnego (taka konieczność zaistniała natomiast w sprawie *Tadić*, gdyż oskarżonemu zarzucono w niej m.in. naruszenie Konwencji genewskich). Por., przykładowo, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević, Dragan Jokić*, IT-02-60-T, wyrok z dnia 17 stycznia 2005 r. (Izba Procesowa I), akapity 535–554, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r. (Izba Procesowa II), akapity 681–688.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Duško Tadić* – dalej jako: *Tadić*, IT-94-I-A, wyrok z dnia 15 lipca 1999 r. (Izba Apelacyjna), akapity 118–121. Z wyводу Trybunału wydaje się wynikać, że w obrębie dwóch głównych grup wyróżniał on jeszcze dodatkowe odrębności, jednak ich dokładniejsza analiza w niniejszej pracy nie znajduje uzasadnienia.

¹¹⁸ *Tadić*, akapit 120.

¹¹⁹ *Tadić*, akapity 121–122. W tym miejscu MTKJ błędnie zastosował przepis Projektu artykułów o odpowiedzialności państw dotyczący sprzecznej z instrukcjami działalności organów państwa oraz osób lub grup, którym powierzono wykonywanie elementów władzy państwowej (obecnie art. 7, wówczas art. 10).

udział w organizacji, koordynacji lub ogólnym planowaniu jego działań¹²⁰. Jak zauważyli sędziowie, w trakcie konfliktu w Bośni i Hercegowinie wojsko jugosłowiańskie udzielało armii bośniackich Serbów szerokiego wsparcia kadrowego, finansowego i logistycznego, m.in. przeniosło do sił zbrojnych Republiki Serbskiej wielu własnych oficerów i wypłacało żołd jej kadrze oficerskiej¹²¹. Armia jugosłowiańska miała również udział w sprawowaniu kierownictwa i nadzoru nad działalnością i operacjami wojsk bośniackich Serbów, których działania realizowały założenia strategiczne i taktyczne przyjęte przez Jugosławię¹²². Co więcej, Federalna Republika Jugosławii reprezentowała na kończącej konflikt jugosłowiański konferencji pokojowej w Dayton Republikę Serbską i zagwarantowała poszanowanie przez tę ostatnią przyjętych ustaleń¹²³. Zdaniem Trybunału relacje między oboma tymi podmiotami spełniały więc warunki niezbędne do pociągnięcia Jugosławii do odpowiedzialności za wszystkie działania i zaniechania państwa bośniackich Serbów¹²⁴.

Jak wynika z powyższego, zarówno testy stosowane przez MTS, jak i test wykorzystywany przez MTKJ w celu przypisania państwu odpowiedzialności za wszystkie działania i zaniechania nieuznawanego reżimu są dużo bardziej rygorystyczne niż ten, który jest wykorzystywany przez ETPCz. Należy podkreślić, że każdy z trzech wymienionych trybunałów wymaga w tym celu spełnienia innych warunków, określonych odpowiednio – w kolejności od najbardziej do najmniej wymagającego – w teście ścisłej kontroli (MTS), ogólnej kontroli (MTKJ) i skutecznej kontroli (ETPCz). Ten pierwszy nakazuje dowieść, że nieuznawane władze są wszechstronnie i wyłącznie wspierane przez dane państwo, nie posiadają w praktyce żadnej realnej autonomii i realizują w pełni cele polityczne kontrolującego je podmiotu. Ten drugi wymaga, aby państwo, które sprawuje kontrolę, nie tylko wspierało nieuznawany reżim, ale także uczestniczyło w koordynacji czy ogólnym planowaniu jego działań i nadzorowało ich wykonywanie. W porównaniu z nimi test ETPCz jest bardzo liberalny, gdyż wymaga jedynie wykazania istnienia silnych powiązań o charakterze wojskowym, finansowym czy politycznym między podmiotem kontrolującym i kontrolowanym, natomiast faktycznie nie koncentruje się w sposób wyraźny na istniejących między nimi relacjach podległości i zależności¹²⁵.

¹²⁰ *Tadić*, akapity 130–137, zwł. 131, 137.

¹²¹ *Tadić*, akapity 150–151.

¹²² *Tadić*, akapit 151.

¹²³ *Tadić*, akapit 160.

¹²⁴ *Tadić*, akapit 145. Konkluzja ta pozwoliła Trybunałowi potraktować konflikt w Bośni i Hercegowinie jako konflikt o charakterze międzynarodowym i umożliwiła zastosowanie przepisów Konwencji genewskich do czynów popełnionych przez Tadicia.

¹²⁵ Odpowiedzialność ta nie wynika więc „z bezpośredniego podporządkowania

Działania państwa nieuznawanego poza jego terytorium a jurysdykcja państwa trzeciego

W niektórych przypadkach samo sprawowanie „skutecznej kontroli” okazuje się jednak niewystarczające, by możliwe było rozciągnięcie jurysdykcji państwa trzeciego na osoby poszkodowane przez działania lub zaniechania organów państw nieuznawanych. Dzieje się tak wtedy, gdy organy nieuznawanego podmiotu działają poza obszarem, na którym sprawuje on władzę. Takie przypadki miały miejsce w niektórych sprawach cypryjskich dotyczących pozbawienia życia obywateli Cypru przez organy TRCP w pozostającej pod kontrolą sił pokojowych ONZ (UNFICYP) strefie buforowej rozdzielającej północną i południową część wyspy. Aby umożliwić stwierdzenie istnienia jurysdykcji państwa trzeciego, a następnie przypisanie mu odpowiedzialności za naruszenia konwencyjnych praw i wolności, strasburski trybunał stosuje w takich wypadkach dość wyjątkową koncepcję, łączącą dwie podstawy pozaterytorialnej jurysdykcji, sprawowanie „skutecznej kontroli nad terytorium” oraz sprawowanie „władzy i kontroli nad jednostką”.

Stosownie wydaje się w tym miejscu krótkie wyjaśnienie, co oznacza drugi z wymienionych terminów. Otóż w świetle orzecznictwa ETPCz rozciągnięcie jurysdykcji państwa-strony na osobę, która w momencie popełnienia naruszenia znajdowała się poza jego terytorium, może być m.in. konsekwencją posiadania przez przedstawicieli tego państwa „władzy i kontroli nad jednostką” (*authority and control over an individual*)¹²⁶, która nierozzerwalnie wiąże się z użyciem przymusu (siły)¹²⁷. Uzyskanie takiej władzy może nastąpić np. w wyniku przejęcia statku państwa trzeciego przez komandosów państwa-strony na wodach międzynarodowych i przymusowego sprowadzenia go do portu w tym ostatnim państwie¹²⁸, aresztowania obywatela państwa-strony przez jego funkcjonariuszy poza obszarem stosowania Konwencji i jego przymusowego transportu do tego państwa¹²⁹, czasowego pozbawienia wolności osoby niebędącej obywatelem państwa-strony EKPCz na terytorium państwa jej pochodzenia przez siły zbrojne

administracji, a tym bardziej ze sprawowania kontroli w odniesieniu do poszczególnych sytuacji (lub decyzji)”, lecz z „samego faktu wsparcia” ze strony danego państwa, które umożliwia istnienie nieuznawanych władz. Por. I. C. Kamiński, op. cit., s. 111.

¹²⁶ Por. m.in. *Al-Skeini*, akapity 133–137, *Jaloud*, akapity 152–155. Zamiennie stosowany bywa termin „kontrola i władza” (*control and authority*).

¹²⁷ *Al-Skeini*, akapit 136.

¹²⁸ *Medvedev and Others v. France*, skarga 3394/03, wyrok z dnia 29 marca 2010 r. (Wielka Izba), akapity 62–67.

¹²⁹ *Öcalan v. Turkey*, skarga 46221/99, wyrok z dnia 12 maja 2005 r. (Wielka Izba), akapit 91–93.

państwa-strony¹³⁰ czy też śmiertelnego postrzelenia obywatela państwa-strony na obszarze formalnie należącym do tego państwa przez funkcjonariusza innego państwa-strony¹³¹. Głównym przedmiotem analizy dokonywanej przez Trybunał w tego typu przypadkach jest kwestia, czy w odniesieniu do skarżących doszło do użycia przymusu przez organy państwa będącego stroną EKPCz. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, ETPCz stwierdza istnienie jurysdykcji tego państwa-strony, a następnie rozważa, czy powinno ono ponieść odpowiedzialność za naruszenia, o które jest oskarżane¹³².

Charakterystyczną cechą jurysdykcji opartej na sprawowaniu władzy i kontroli nad jednostką jest więc konieczność zastosowania w odniesieniu do dowolnej osoby środków przymusu przez organy państwa-strony Konwencji. We wspomnianych wcześniej sprawach dotyczących naruszeń w strefie buforowej pomiędzy TRCP a Republiką Cypru warunek ten przynajmniej pozornie nie wydawał się jednak spełniony, gdyż naruszenia były przeważnie popełniane przez organy TRCP, a nie funkcjonariuszy tureckich. Wbrew pozorom okoliczność ta nie stanowiła jednak dla Trybunału przeszkody, aby stwierdzać istnienie tureckiej jurysdykcji nad skarżącymi. Zdaniem ETPCz, ze względu na skuteczną kontrolę nad północnocypryjskim reżimem Turcja musiała bowiem ponosić odpowiedzialność także za działania i zaniechania jego organów, jako „administracji lokalnej” (*local administration*) istniejącej dzięki jej wsparciu¹³³ – a skoro tak, ich czyny musiały wchodzić również w zakres jej jurysdykcji¹³⁴. Potraktowanie w ten sposób organów TRCP jako przedstawicieli Turcji (*agents*) umożliwiałoby Trybunałowi obejmowanie skarżących turecką jurysdykcją w oparciu o koncepcję władzy i kontroli nad jednostką. Przyjmował on, że chociaż wydarzenia

¹³⁰ *Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, skarga 61498/08, decyzja z dnia 30 czerwca 2009 r., akapity 88–89.

¹³¹ *Pisari v. The Republic of Moldova and Russia*, skarga 42139/12, wyrok z dnia 21 kwietnia 2015 r., akapity 33–36 w związku z akapitem 53. Warto podkreślić, że wydarzenie będące przedmiotem tej sprawy miało miejsce na przejściu granicznym między Naddniestrzem a Mołdawią. Rosja, inaczej niż w pozostałych sprawach naddniestrzańskich, zupełnie nie kwestionowała swojej jurysdykcji nad poszkodowanym.

¹³² Nie jest natomiast w takich przypadkach analizowany zakres kontroli sprawowanej przez państwo-stronę Konwencji nad terytorium, na którym doszło do popełnienia naruszenia, por. L. Garlicki, op. cit., s. 124.

¹³³ Por. m.in. *Cypr p. Turcji*, akapit 77.

¹³⁴ Przedstawione rozumowanie w sposób błędny wywodziło posiadanie jurysdykcji przez Turcję z istnienia jej odpowiedzialności (takie ujęcie relacji między tymi dwoma instytucjami zostało już poddane krytyce powyżej). Z faktu posiadania przez Turcję efektywnej kontroli nad TRCP Trybunał powinien najpierw wywieść posiadanie przez nią jurysdykcji nad TRCP, a dopiero później możliwość poniesienia przez nią odpowiedzialności za działania podejmowane przez organy północnocypryjskie poza obszarem Cypru Północnego.

będące przedmiotem skarg miały miejsce w neutralnej strefie kontrolowanej przez siły ONZ, osoby poszkodowane znajdowały się pod władzą i kontrolą Turcji wynikającą z użycia w stosunku do nich siły przez jej przedstawicieli, tj. funkcjonariuszy TRCP¹³⁵. Konsekwencją rozciągnięcia w powyższy sposób jurysdykcji tureckiej na osoby poszkodowane była oczywiście możliwość ponoszenia przez Turcję odpowiedzialności za naruszenia ich konwencyjnych praw.

Zakres odpowiedzialności państwa trzeciego

Niezwykle istotnym zagadnieniem mieszczącym się w zakresie niniejszego opracowania jest kwestia, za czyje działania i zaniechania może odpowiadać państwo trzecie w związku z działalnością nieuznanego państwa. Nie ulega wątpliwości, że jego odpowiedzialność obejmuje czyny własnych organów, przede wszystkim urzędników i wojska, popełnione na terytorium okupowanym przez nieuznawany reżim. W odróżnieniu od tradycyjnej odpowiedzialności państwa-strony EKPCz za pozaterytorialne działania i zaniechania jego przedstawicieli odpowiedzialność ta dotyczy jednak wszystkich czynów organów państwa trzeciego, które naruszają konwencyjne prawa i wolności – a więc także tych, które nie wiążą się z użyciem bezpośredniego przymusu i kontroli nad jednostką¹³⁶. W gruncie rzeczy obszar, na którym działają skutecznie kontrolowane nieuznawane władze, nie jest więc traktowany inaczej niż terytorium samego państwa-strony.

Sprawowanie efektywnej kontroli umożliwia także dochodzenie od państwa-strony Konwencji odpowiedzialności za czyny organów państwa nieuznanego. W swoich wyrokach ETPCz wyraźnie wskazywał, że państwo trzecie

¹³⁵ *Maria Isaak and Others against Turkey*, skarga 44587/98, decyzja z dnia 28 września 2006 r., pkt A. The Government's objections, 2. As to the respondent Government's responsibility, (b) The Court's assessment (brak numeracji akapitów) i *Georgia Andreou against Turkey*, skarga 45653/99, decyzja z dnia 3 czerwca 2008 r., pkt A. The Government's preliminary objections, 3. Objection concerning the respondent Government's lack of jurisdiction, (c) The Court's assessment. Trybunałowi zdarzało się odwoływać do analizowanej koncepcji także w sprawach, w których naruszenie nastąpiło wprawdzie na terytorium TRCP, ale wiązało się z pogwałceniem przez obywateli cypryjskich neutralnego statusu strefy buforowej, por. *Solomou and Others v. Turkey*, skarga 36832/97, wyrok z dnia 24 czerwca 2008 r., akapity 47–51 – dalej *Solomou* i *Kallis and Androulla Panayi v. Turkey*, skarga 45388/99, wyrok z dnia 27 października 2009 r., akapity 25–27 – dalej *Panayi*.

¹³⁶ *A contrario Al-Skeini*, akapit 136. Por. też rozważania nt. możliwości uzyskania jurysdykcji w wyniku posiadania kontroli i władzy nad jednostką (*control and authority over an individual*) powyżej.

efektywnie kontrolujące „podporządkowaną [mu] administrację lokalną” (*sub-ordinate local administration*) odpowiada także za jej czyny, gdyż zawdzięcza ona swoje istnienie wsparciu z jego strony¹³⁷. Charakterystyczne dla koncepcji odpowiedzialności za działania nieuznawanych władz stosowanej przez Trybunał – w porównaniu z przyjętą w klasycznym prawie międzynarodowym – jest przy tym to, że nie wymaga on od państwa trzeciego sprawowania „szczegółowej” (*detailed*) kontroli nad polityką i działaniami takich władz, a jedynie kontroli „ogólnej” (*overall*)¹³⁸. W praktyce oznacza to, że gdy ETPCz stwierdza, że określony czyn został popełniony przez organy nieuznawanego państwa znajdujące się pod skuteczną kontrolą państwa-strony EKPCz, właściwie automatycznie przypisuje za niego odpowiedzialność temu państwu-stronie¹³⁹. Działania takich organów są więc w gruncie rzeczy traktowane jak działania przedstawicieli państwa-strony Konwencji. W tym świetle nie powinien więc budzić zdziwienia fakt, że Trybunał wielokrotnie nie próbował nawet ustalić, czy konkretne naruszenie zostało popełnione przez podmioty mające formalnie status organów w świetle prawa wewnętrznego danego państwa-strony, czy też przez organy podmiotu nieuznawanego i zadowalał się stwierdzeniem, iż popełniły je np. „władze tureckie i turecko-cyprijskie”¹⁴⁰ albo „żołnierze tureccy lub turecko-cyprijscy”¹⁴¹.

Powyższe oznacza również, że państwo, które sprawuje skuteczną kontrolę, może ponieść odpowiedzialność także za czyny nieuznawanych władz, o których popełnieniu czy zamiarze popełnienia zupełnie nie wiedziało. Co jest jednak jeszcze bardziej interesujące, nie uchyli się ono od odpowiedzialności za naruszenia nawet wtedy, gdy będzie skutecznie dążyć do powstrzymania

¹³⁷ Por. m.in. *Cypr p. Turcji*, akapit 77, *Ilaşcu*, akapit 316, *Catan*, akapit 106 oraz *Banković*, akapit 70, *Al-Skeini*, akapit 138.

¹³⁸ *Ilaşcu*, akapit 315, *Catan*, akapit 106, *Mozer*, akapit 217, *Al-Skeini*, akapit 138. Nie jest to oczywiście „ogólna kontrola” rozumiana w sposób, w jaki ujmuje ją MTKJ.

¹³⁹ Do podobnej konkluzji dochodzi M. Balcerzak, op. cit., s. 165–166. Por. też nowsze sprawy dotyczące Północnego Cypru, np. *Christodoulidou v. Turkey*, skarga 16085/90, wyrok z dnia 22 września 2009 r., akapity 29–30 i *Lordos and Others v. Turkey*, wyrok z dnia 2 listopada 2010 r., akapity 31–32, gdzie Trybunał stwierdza, że zgodnie ze swoim orzecznictwem w sprawach *Loizidou* i *Cypr p. Turcji* będzie procedował, „opierając się na założeniu, że Turcja jest odpowiedzialna za czyny będące przedmiotem skargi, nawet jeżeli dokonały ich władze «Tureckiej Republiki Cypru Północnego»”.

¹⁴⁰ *Djavit An v. Turkey*, skarga 20652/92, wyrok z dnia 9 lipca 2003 r. – dalej *Djavit An* – akapity 3, 18 i 19.

¹⁴¹ *Panayi*, akapit 27. Brak rozróżnienia między naruszeniami powodowanymi przez wojska tureckie i organy TRCP w orzecznictwie Trybunału zauważa również m.in. S. Talmon, *The Legal Consequences of (Non)Recognition: Cyprus and the Council of Europe*, [w:] *Aspects of Statehood and Institutionalism in Contemporary Europe*, red. M. D. Evans, Aldershot 1997, s. 68. Wskazuje on, że te ostatnie są uważane za ciało podporządkowane Turcji i działające w jej imieniu.

naruszeń Konwencji przez kontrolowany przez nie podmiot. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Catan*. Strasburscy sędziowie stwierdzili w niej istnienie odpowiedzialności Rosji za naruszenie Konwencji, mimo iż nie było żadnych dowodów na bezpośrednie zaangażowanie przedstawicieli tego państwa w działania podjęte przeciw skarżącym przez władze Naddniestrza, zaś rząd Rosji zgodnie z prawdą podnosił, że to dzięki działaniom rosyjskich mediatorów udało się przekonać separatystyczne władze do zapewnienia poszanowania praw skarżących¹⁴². Fakty te nie wpłynęły nawet na obniżenie wysokości odszkodowania¹⁴³.

Oprócz nieograniczonej odpowiedzialności za działania i zaniechania własnych organów oraz organów państwa nieuznawanego, państwo trzecie może również ponosić odpowiedzialność za czyny osób fizycznych, które działają w charakterze prywatnym, a więc nie są formalnie powiązane z podmiotem nieuznawanym. Jest to możliwe wtedy, gdy osoby te naruszają konwencyjne prawa skarżących za zgodą lub milczącym przyzwoleniem państwa-strony Konwencji (*[with] the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State, si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement*)¹⁴⁴. Może to mieć miejsce, gdy godzi się ono na popełnianie przez osoby prywatne naruszeń (np. niszczenia cudzej własności, bezprawnego wkraczania na cudzą nieruchomość gruntową¹⁴⁵) albo wykazuje się bezczynnością w zapobieganiu tym naruszeniom lub ich śledzeniu. Oczywiście z orzecznictwa Trybunału wynika, że pojęcie państwa-strony powinno być w tym wypadku interpretowane szeroko, jako obejmujące także znajdujące się pod jego efektywną kontrolą władze nieuznawanego podmiotu. Ich zgodą lub przyzwoleniem na popełnianie naruszeń będzie więc rodzić odpowiedzialność państwa-strony, nawet jeżeli to ostatnie próbuje przeciwdziałać samym naruszeniom bądź nie wie o ich istnieniu¹⁴⁶.

W niektórych sprawach, m.in. *Ilaşcu* i *Solomou*, ETPCz sugerował, że za zgodę lub milczące przyzwolenie dla działań osób prywatnych powinno być uważane także uznawanie przez państwo-stronę Konwencji czynów „samo-

¹⁴² *Catan*, akapity 97 i 135. Wnioski wyciągnięte przez ETPCz w tej sprawie wyraźnie przeczą tezie, którą wysuwa M. Milanović, *Extraterritorial Application...*, s. 46–52, że Trybunał wcale nie przypisuje państwu trzeciemu odpowiedzialności za działania kontrolowanych przez nie podmiotów, lecz obciąża je obowiązkami pozytywnymi w odniesieniu do terytorium, które państwo to skutecznie kontroluje. Gdyby tak było, w omawianym przypadku ETPCz powinien stwierdzić, że rzekome obowiązki pozytywne Rosji zostały spełnione, a przynajmniej rozważyć tę kwestię.

¹⁴³ *Catan*, akapity 163–166.

¹⁴⁴ *Cypr p. Turcji*, akapit 81, *Ilaşcu*, akapit 318.

¹⁴⁵ *Cypr p. Turcji*, akapity 271 i 324.

¹⁴⁶ Taki wniosek można przynajmniej wyciągnąć *a fortiori* na podstawie rozstrzygnięcia w sprawie *Catan*.

zwańczych władz nieuznawanych przez społeczność międzynarodową”¹⁴⁷. Stanowisko to może budzić zdziwienie w świetle pozostałych orzeczeń Trybunału i po raz kolejny potwierdza, że w łonie tego organu brakuje spójnej wizji zagadnienia odpowiedzialności za działania i zaniechania nieuznawanych państw. Skoro bowiem sam Trybunał traktuje takie czyny, jakby zostały popełnione przez funkcjonariuszy państwa trzeciego, nie ma powodu, by w tym konkretnym przypadku uważać je za czyny osób prywatnych¹⁴⁸. Fakt, że opinia ta została zupełnie pominięta w wyroku w sprawie *Al-Skeini*, w którym Trybunał dokonał podsumowania i uporządkowania swojego orzecznictwa odnoszącego się do zagadnień jurysdykcji i odpowiedzialności, może sugerować, że strasburscy sędziowie przyznali się do niekonsekwencji w tym względzie – tym bardziej, że w jednym z fragmentów orzeczenia pojawiała się kwestia zgody, zaproszenia i milczącego przyzwolenia jako przesłanek pozaterytorialnej jurysdykcji¹⁴⁹.

Podsumowanie

Orzecznictwo ETPCz dotyczące odpowiedzialności za działania nieuznawanych państw istotnie wyróżnia się na tle dorobku orzeczniczego pozostałych sądów międzynarodowych.

Po pierwsze, wykazuje ono wyraźną tendencję do zacierania czy też nieostrzegania różnic między jurysdykcją państwa-strony EKPCz a odpowiedzialnością międzynarodową. W jednych wyrokach Trybunał uznaje więc istnienie jurysdykcji w rozumieniu konwencyjnym za warunek niezbędny dla powstania odpowiedzialności za ewentualne naruszenia, w innych twierdzi, że istnienie odpowiedzialności pociąga za sobą powstanie jurysdykcji, a w jeszcze innych przytacza argumenty na rzecz obu tych tez jednocześnie (sic). Ten brak konsekwencji zaskakuje – tym bardziej, że brzmienie art. 1 Konwencji dość wyraźnie sugeruje, iż możliwość dochodzenia odpowiedzialności za naruszenia EKPCz jest uzależniona od posiadania przez państwo-stronę jurysdykcji nad osobami

¹⁴⁷ *Ilaşcu*, akapit 318 i *Solomou*, akapit 46.

¹⁴⁸ Co więcej, poczynszy od orzeczenia w sprawie *Cypr p. Turcji* przy ocenie wyzerpania krajowych środków odwoławczych ETPCz dopuszcza możliwość traktowania środków prawnych dostępnych w nieuznawanym państwie jako środków dostępnych w pozwanym państwie trzecim, por. m.in. *Cypr p. Turcji*, akapity 98–102, *Djavit An*, akapity 28–32, zaś od wyroku w sprawie *Foka* akceptuje możliwość traktowania przepisów ustanawianych przez nieuznawane władze jako prawa wewnętrznego pozwanego państwa trzeciego na potrzeby art. 5 EKPCz. Oba te fakty przeczą prywatnemu charakterowi działalności państwa nieuznawanego. Por. też A. Cullen, S. Wheatley, op. cit., s. 706.

¹⁴⁹ *Al-Skeini*, akapit 135.

poszkodowanymi, podobnie jak ma to miejsce w przypadku pozostałych reżimów traktatowych. Ostatnie orzeczenia Trybunału zdają się jednak wskazywać, że stopniowo zaczyna on przychylić się ku temu stanowisku. Można jednak zastanawiać się, czy i kiedy zmiana ta obejmie wyroki w sprawach dotyczących naruszeń Konwencji przez organy lub przedstawicieli nieuznawanego państwa poza jego terytorium.

Ważną różnicę między orzeczeniami Trybunału i innych sądów międzynarodowych dotyczącymi nieuznawanych reżimów stanowi także dokonana przez niego reinterpretacja tradycyjnego pojęcia jurysdykcji państwowej, tj. przyjęcie, iż zakres jurysdykcji państwa macierzystego (a nie wyłącznie jego odpowiedzialność) jest uzależniony od zakresu kontroli, jaką sprawuje ono nad należącym do niego formalnie terytorium. Zdaniem ETPCz jurysdykcja państwa macierzystego nie ma więc charakteru trwałego, ale może zostać ograniczona w przypadku utraty przez nie efektywnej (skutecznej) kontroli (*effective control*) nad danym obszarem¹⁵⁰, pociągając za sobą ograniczenie odpowiedzialności tego państwa do jego własnych działań i zaniechań związanych z niedopełnieniem tzw. obowiązków pozytywnych w stosunku do zamieszkujących ten obszar osób poszkodowanych. Z punktu widzenia teoretycznego wykorzystana przez strasburskich sędziów koncepcja obowiązków pozytywnych nie różni się istotnie od obowiązku dochowania należytej staranności w zapobieganiu lub przeciwdziałaniu naruszeniom prawa międzynarodowego, który pojawiał się w orzecznictwie innych sądów międzynarodowych i prawie zwyczajowym. W praktyce zadośćuczynienie wymogom stawianym przez strasburskich sędziów może jednak wymagać od państwa macierzystego nawet nieoficjalnego współdziałania z nieuznawanym reżimem, co stanowi wyraźną różnicę w porównaniu z kryteriami tradycyjnie stawianymi w orzecznictwie.

Nie mniejszą oryginalnością charakteryzują się wyroki ETPCz dotyczące odpowiedzialności państw trzecich, które wspierają nieuznawane reżimy. Podstawową cechą, która wyróżnia je na tle dorobku orzeczniczego pozostałych sądów międzynarodowych, jest uzależnianie przez Trybunał istnienia jurysdykcji państwa trzeciego oraz możliwości przypisania temu państwu odpowiedzialności za czyny nieuznawanych władz od posiadania nad nimi tzw. skutecznej kontroli.

¹⁵⁰ Taka interpretacja może nawet wydawać się sensowna, gdy wyeksponuje się, jak wskazano w jednym z pierwszych przypisów, że o istnieniu jurysdykcji w rozumieniu Konwencji decyduje przede wszystkim istnienie opartej na przymusie relacji łączącej państwo-stronę Konwencji i poszkodowaną jednostkę. Z nie do końca zrozumiałych względów Trybunał jednak dość kurczowo odwołuje się ciągle do terytorium jako obszaru sprawowania jurysdykcji i w tym sensie jego interpretacja stoi w sprzeczności z dotychczasowym rozumieniem pojęcia jurysdykcji terytorialnej.

Potwierdzenie istnienia takiej kontroli wymaga jedynie udowodnienia występowania pomiędzy państwem trzecim a podmiotem nieuznawanym ścisłych powiązań o charakterze wojskowym, finansowym lub politycznym. Nie jest więc konieczne posiadanie przez państwo kontrolujące wiedzy na temat czynów, które doprowadziły do naruszenia, uczestnictwo w ich planowaniu lub realizacji czy sprawowanie nadzoru nad ich popełnieniem. Co więcej, podjęcie przez państwo trzecie-stronę EKPCz działań zmierzających do przeciwdziałania naruszeniom generalnie nie wystarcza, aby zwolnić się z odpowiedzialności lub przynajmniej obniżyć wysokość odszkodowań, które mają być wypłacone skarżącym. Odpowiedzialność państwa trzeciego za naruszenia Konwencji mające miejsce na terytorium nieuznawanego reżimu obejmuje przy tym nie tylko wszystkie działania i zaniechania organów tego reżimu, ale także czyny osób fizycznych działających w charakterze prywatnym, o ile naruszają one konwencyjne prawa skarżących za zgodą lub milczącym przyzwoleniem tego państwa-strony. Kryteria stawiane przez ETPCz bardzo poważnie różnią się w tym względzie od tych, jakie stosowały inne sądy międzynarodowe, w tym MTS w sprawie *ludobójstwa w Srebrenicy* oraz MTKJ w sprawie *Tadić*.

Posiadanie przez orzecznictwo ETPCz, dotyczące odpowiedzialności za naruszenia EKPCz związane z działalnością państw nieuznawanych, pewnych, nawet istotnych odrębności trudno uznać za fakt jednoznacznie negatywny. Z całą pewnością większość innowacji autorstwa strasburskich sędziów dąży do poszerzenia zakresu odpowiedzialności państw-stron EKPCz i uniknięcia ich bezkarności w odniesieniu do naruszeń popełnianych przez podmioty nieuznawane. W ten sposób Trybunał – z jednej strony – dyscyplinuje państwa macierzyste, by nie rezygnowały z podejmowania działań, które chociaż częściowo mogłyby poprawić los osób przebywających na terytoriach, do których formalnie roszczą sobie prawo, a z drugiej – strony stara się zniechęcić państwa trzecie wspierające nieuznawane władze do kontynuacji tego rodzaju praktyk¹⁵¹. Z uwagi na to, że kwestie dotyczące interpretacji i stosowania Konwencji podlegają wyłącznie kognicji Trybunału, nie zachodzi również obawa wystąpienia rozbieżności orzeczniczych, które mogłyby spowodować konsternację co do zakresu ochrony praw człowieka w takich przypadkach. Tym niemniej koncepcje wykształcone przez ETPCz mogą być (i są już) wykorzystywane przy orzekaniu

¹⁵¹ W praktyce wskazana praktyka może jednak zadziałać przeciwnie do zamierzonych celów i skłonić część państw do odmowy wykonania orzeczeń Trybunału, do czego już dochodzi w przypadku niektórych innych wyroków, por. S. Kardaś, *Russia has refused to execute the European Court of Human Rights' judgment*, 20 kwietnia 2016 r., <http://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2016-04-20/russia-has-refused-to-execute-european-court-human-rights-judgment>.

przez inne sądy międzynarodowe¹⁵², pogłębiając proces fragmentacji reżimu odpowiedzialności międzynarodowej.

¹⁵² Orzeczenie w sprawie *Loizidou* posłużyło chociażby MTKJ do uzasadnienia jego koncepcji przypisania odpowiedzialności międzynarodowej w sprawie *Tadić*.

THE SPECIFIC NATURE OF RESPONSIBILITY FOR VIOLATIONS
OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS RE-
LATED TO ACTIVITIES OF UNRECOGNIZED REGIMES
– AN ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS

The aim of the article is to compare the way in which the issue of responsibility for violations related to the acts of unrecognized authorities claiming to be States is treated by the European Court of Human Rights and other international courts, particularly the International Court of Justice and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. The article considers in detail the relations between jurisdiction and responsibility, responsibility of parent States (including the concept of “positive obligations”) and responsibility of States which provide assistance to unrecognized regimes (with emphasis put on the concept of “effective control”). The results of the study indicate that the jurisprudence of the European Court differs in several important aspects from decisions of other international courts. These differences, while undoubtedly enhancing the protection of human rights in Europe, contribute to the process of fragmentation of the law of international responsibility.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Przemysław Saganek ■

WSPÓŁCZESNY KRYZYS MIGRACYJNY A UWARUNKOWANIA MIĘDZYNARODOWOPRAWNE

Uwagi wstępne

Kryzys migracyjny¹, którego najbardziej spektakularnym przejawem jest napływ tysięcy osób do Europy Południowej drogą morską w ciągu 2015 i 2016 r., stanowi bezspornie jedno z największych wyzwań, z jakimi zetknęła się Unia Europejska, czy szerzej – Europa – w XXI wieku. Póki co, ma ona problem z jego nazwaniem i wtłoczeniem w tradycyjne pojęcia. Faktycznie zagadnienie jest wieloaspektowe i trudne do uchwycenia z uwagi na bogactwo związanych z nim wątków. Tym bardziej zasługuje ono na to, by przyjrzeć mu się dokładniej. Poniższe rozważania ograniczą się tylko i wyłącznie do analiz natury prawnej. Od razu trzeba jednak wspomnieć, że nie mniej ważne są perspektywy wyznaczane przez politykę, moralność, religię, demografię², ekonomię. Każdy z tych elementów może być odczytywany w różnych aspektach i często pod różnym kątem. I tak polityka może z jednej strony obawiać się destabilizacji związanej z samą imigracją

¹ Co do opisu kryzysu patrz: N. Ostrand, *The Syrian Refugee Crisis: A Comparison of Responses by Germany, Sweden, the United Kingdom, and the United States*, *Journal on Migration and Human Security*, 2015, s. 255–274. J. Borg-Barthet, C. Lyons, *The European Union Migration Crisis*, *The Edinburgh Law Review* Vol 20 2016, s. 230–235. Jako kuriozum można odnotować rozważania C. Codrea, *European Refugee Crisis: Legal Framework And European Political Effects*, 2016 Rev. *Universul Juridic* 2016, s. 72 i nast.

² Patrz: R. Patrascu, *Migration, A Current Issue: The Crisis Of Today, The Challenge Of Tomorrow*, *Europolity Continuity & Change in European Governance* 2015, s. 242.

lub też raczej z reakcją na imigrację (odrodzeniem się nacjonalizmów). Tolerowanie przekraczania granic swojego państwa przez tysiące osób bez żadnej kontroli może traktować albo jako akt szczególnej solidarności zasługujący na pochwałę, albo jako wyraz bezsily i bezradności czy wręcz zachętę dla innych mocarstw do stymulowania takich ruchów ludnościowych w przyszłości. Z kolei duchowny może traktować obecny kryzys albo jako okazję do okazania miłości bliźniego, albo jako zagrożenie dla samego bytu chrześcijaństwa w co najmniej kilku państwach europejskich czy ich częściach. Niżej podpisany nie czuje się ekspertem w żadnej z tych dziedzin innych niż prawo, dlatego będą one wspomniane tylko w tych sytuacjach, w których ograniczenie się do kwestii prawnych byłoby zupełnie niemożliwe.

Dość powiedzieć, że prawo w tej dyskusji odgrywa rolę bardzo istotną. Po pierwsze, same ruchy ludności, jak i ich skutki, wiążą się z całym szeregiem istniejących norm prawa międzynarodowego. Po drugie, w prawie można szukać co najmniej pewnych sposobów radzenia sobie z kryzysem. Dotyczy to zarówno prawa obowiązującego, jak i jego pożądaných modyfikacji. Można jednak i trzeba widzieć w prawie jeden (nie jedyny, ani nawet nie najważniejszy, choć ważny) z elementów sprawczych kryzysu czy co najmniej jego rozmiarów.

Temu ostatniemu elementowi są poświęcone poniższe rozważania. Od razu trzeba podkreślić, że nie jest moim celem „zamykanie Europy” i sprowadzenie liczby przybyszów z rejonu Morza Śródziemnego do zera. Cel ten nie jest zresztą możliwy do osiągnięcia. Po drugie, nie jest moim celem zachęcanie do kwestionowania praw rzeczywistych uchodźców. Po trzecie, nie jest tym celem umacnianie obaw, frustracji czy pożałowania godnych przejawów niechęci do ludzi o innym kolorze skóry i innej religii. Wręcz przeciwnie – w mojej ocenie obecna sytuacja przypomina swoiste odwrócenie ról. Społeczeństwo zdaje się zapominać o empatii dla ofiar trwającej od 5 lat wojny w Syrii, obawiając się (słusznie), że kryzys jest (lub co najmniej może być) wykorzystywany do innych celów (trudnych do precyzyjnego ustalenia na obecnym etapie, lecz raczej niepożądanych), zaś państwa wykazują się całkowitą nieporadnością i brakiem wizji (w czym dzielnie sekundują im media). Tym samym część społeczeństwa wykazuje wolę „zastępowania” państwa. Co gorsza, teza o bezradności państw może być zgodna z prawdą. Celowe jest zatem przywrócenie właściwego podziału ról. Państwa powinny dokonać bilansu możliwości i zacząć rozważać scenariusze na wypadek różnych kierunków rozwoju kryzysu. Analiza prawa ma w tym zakresie pierwszorzędne znaczenie. Po pierwsze, trzeba wskazać, które (teoretycznie pożądane) działania są na pewno dopuszczalne, które są na pewno niedopuszczalne, a które budzić mogą wątpliwości co do dopuszczalności. Po drugie – trzeba ustalić normy, które stanowią na tyle poważną przeszkodę do radzenia sobie z kryzysem, że trzeba

podjąć dyskusję o ich zmianie czy zawieszeniu – przynajmniej na pewnym etapie pogłębiania się kryzysu. Już z góry można założyć, że będzie tu chodziło albo o normy utrudniające działania państw *per se*, albo też normy stanowiące zachęty do przyjazdu do państw europejskich osób, których status jako uchodźców lub osób nie będących uchodźcami jest niejasny.

Wielość płaszczyzn badawczych w obrębie prawa międzynarodowego

Wspomniana już wieloaspektowość zagadnienia kryzysu migracyjnego znajduje swoje przełożenie także na płaszczyznę prawa międzynarodowego. Nie chodzi tu tylko o to, że prawo międzynarodowe jest samo jedną z wielu wspomnianych wyżej płaszczyzn, ale o to, że w jego obrębie można wyróżnić znaczną liczbę dziedzin i poddziedzin, które są istotne dla zbadania sprawy.

Wymienić wśród nich można, po pierwsze, zagadnienia prawa uchodźczego. Głównym punktem odniesienia w tym zakresie jest konwencja genewska z 1951 r. Dodatkowo dla państw członkowskich UE miarodajne są w tej mierze rozbudowane normy prawa azylowego UE (poprzednio WE).

Drugim ważnym elementem są normy dotyczące przekraczania granic. Wiążą się one z regułami klasycznego prawa międzynarodowego – w tym zasadą suwerenności terytorialnej państwa i jego prawem decydowania o tym, kto może przebywać na jego terytorium. Istotne w tym zakresie są też liczne dokumenty prawa międzynarodowego, w tym prawa UE. Szczególnie ważnym elementem tego ostatniego jest Kodeks Graniczny Schengen.

Trzeci ważny obszar wyznaczają reguły prawa morza. Regulują one zakres uprawnień państw na poszczególnych obszarach morskich. W mojej ocenie właśnie fakt, iż masowa migracja odbywa się drogą morską, przyczynia się do nieumiejętności doktryny i praktyki uchwycenia sedna problemu, którego jesteśmy świadkami.

Po czwarte, istotne dla sprawy są kwestie prawa morskiego, zwłaszcza zaś ratowania życia na morzu.

Po piąte, sprawa wymaga spojrzenia z perspektywy prawa państwa do istnienia i bezpieczeństwa. Nie jest przypadkiem, że w przeszłości ruchy ludnościowe stanowiły koniec starych, a początek nowych państw. Nie można też wykluczyć tego, że sama możliwość kierowania ruchów wielkich mas ludzkich jest traktowana jako nowy rodzaj broni – póki co dyplomatycznej, lecz w jakiejś perspektywie także militarnej. Dość przypomnieć „szantaż migracyjny” Turcji, by zauważyć potencjał tkwiący w tym kryzysie.

Last but not least, wszystkie wnioski formułowane na gruncie powyższych gałęzi i podgałęzi prawa międzynarodowego będą musiały być przefiltrowane przez normy dotyczące praw człowieka. Dla państw europejskich szczególnie wysoki ich standard jest zapewniany przez Europejską Konwencję Praw Człowieka.

Jak widać, zestaw zagadnień pozwala mówić o wieloaspektowości problemu. Na pewno nie ułatwia on pochylenia się nad bieżącym problemem nawet wybitnym znawcom prawa międzynarodowego, specjalizującym się w jednej czy nawet kilku jego podgałęziach. Tym niemniej doktryna powinna podjąć to wyzwanie.

Niniejszy tekst skoncentruje się na 3 podstawowych obszarach. Będą to prawo azylowe *par excellence*, a także (choć w mniejszym zakresie) reguły dotyczące przekraczania granic i reguły prawa morza.

Parę słów trzeba powiedzieć na temat kluczowych dokumentów.

Jeśli chodzi o prawo międzynarodowe publiczne dotyczące uchodźców – podstawowym punktem odniesienia jest oczywiście wspomniana już konwencja genewska z 1951 r. wraz z protokołem nowojorskim z 1967 r. Odnośnie do prawa morza – analizy będą musiały odnieść się przede wszystkim do Konwencji Prawa Morza z Montego Bay z 1982 r. Zarazem trzeba mieć świadomość, że tak prawo morza, jak i inne elementy wspominane powyżej (suwerenność terytorialna, prawo samoobrony) mają charakter norm zwyczajowych – nie zawsze skodyfikowanych i w dużej mierze samodzielnych wobec prób kodyfikacji.

W zakresie prawa UE – kwestie kontroli granic będą omawiane w oparciu o nowy Kodeks Graniczny Schengen. Nie trzeba wyjaśniać, że wiąże on tylko te państwa, które są członkami systemu Schengen.

Z kolei unijne prawo uchodźcze jest bardzo rozbudowane. Dla uproszczenia analizy obejmą tylko najbardziej istotne elementy – a mianowicie dwa rozporządzenia i trzy dyrektywy. Są to:

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego³ i Rady (UE) nr 604/2013⁴, znane jako rozporządzenie dublińskie, czy bardziej precyzyjnie rozporządzenie Dublin III;

³ Dalej powoływanego jako PE.

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca. Dz. Urz. UE 2013 L 180/31.

Rozporządzenie PE i Rady (UE) nr 603/2013⁵ – znane jako rozporządzenie Eurodac;

Dyrektywa PE i Rady 2011/95/UE⁶, znana jako dyrektywa kwalifikacyjna;

Dyrektywa PE i Rady 2013/32/UE⁷, określana jako dyrektywa proceduralna;

Dyrektywa PE i Rady 2013/33/UE⁸, określana jako dyrektywa recepcyjna.

Międzynarodowe prawo azylowe

Definicja uchodźcy z konwencji genewskiej z 1951 r.

W sposób oczywisty konwencja genewska z 1951 r. jest głównym punktem odniesienia jakichkolwiek analiz dotyczących uchodźców.

Najważniejszym jej elementem jest oczywiście przyjęta w niej definicja uchodźcy. Obecnie znaczenie ma tylko jej część zawarta w ustępie drugim art. 1 część A⁹. Zgodnie z nim:

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 603/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia systemu Eurodac do porównywania odcisków palców w celu skutecznego stosowania rozporządzenia (UE) nr 604/2013 w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca oraz w sprawie występowania o porównanie z danymi Eurodac przez organy ścigania państw członkowskich i Europol na potrzeby ochrony porządku publicznego, oraz zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1077/2011 ustanawiające Europejską Agencję ds. Zarządzania Operacyjnego Wielkoskalowymi Systemami Informatycznymi w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE 2013 L 180/1.

⁶ Dyrektywa PE i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony, Dz. Urz. UE 2011, L 337/9.

⁷ Dyrektywa PE i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, Dz. Urz. UE 2013 L 180/60.

⁸ Dyrektywa PE i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową, Dz. Urz. UE 2013 L 180/96.

⁹ Art. 1 część A ust. 1 wskazuje, że uchodźcą to osoba będąca uchodźcą w rozumieniu wcześniejszych porozumień – z 1926, 1928, 1933, 1938, 1939 r. oraz Konstytucji Międzynarodowej Organizacji do spraw Uchodźców. Ten element z oczywistych względów nie jest aktualny obecnie.

„W rozumieniu niniejszej Konwencji termin „uchodźca” stosuje się do osoby, która (...) w rezultacie zdarzeń, jakie nastąpiły przed dniem 1 stycznia 1951 r., oraz na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa.”

Jest widoczne, że definicja ma zastosowanie dla celów samej tylko konwencji. Ta ostatnia jednak wyznacza podstawowy punkt odniesienia dla ochrony uchodźców *par excellence*.

Jak zatem widać, definicja ta odwołuje się do czterech głównych kryteriów:

- 1) Elementu czasowego (tj. zdarzeń sprzed 1951 r.),
- 2) Elementu obawy motywowanej zamkniętym katalogiem przyczyn,
- 3) Faktu przebywania poza granicami państwa macierzystego (tj. państwa obywatelstwa czy stałego pobytu),
- 4) Elementu niemożliwości czy braku woli korzystania z opieki państwa macierzystego.

Od razu trzeba zaznaczyć, że pierwszy z tych elementów nie ma znaczenia obecnie z uwagi na protokół nowojorski z 1967 r. Oczywiście, uwaga ta ma zastosowanie do państw-stron tego protokołu. Tym niemniej utrzymanie cezury 1951 roku w ogóle stawiałoby poza zakresem konwencji genewskiej kryzysy bliższe współczesności, w tym te z Bliskiego Wschodu.

Trudno byłoby krytykować definicję uchodźcy z perspektywy ochrony interesów państw, do których docierają wielkie fale migracyjne. Definicja ta jest bardzo wyważona. Można wręcz powiedzieć, że wyznacza *minimum minimum* poziomu ochrony. Oczywiście, trudno ją rozważać w oderwaniu od konkretnych praw związanych z tym statusem. Te będą przedmiotem jednego z kolejnych podrozdziałów niniejszego opracowania. Jednak trudno byłoby określić mianem państwa cywilizowanego państwo, które odmawiałoby ochrony osobom spełniającym przesłanki uznania za uchodźcę wynikające z powyższej definicji.

Definicja ta zawiera cały szereg obwarowań, dodatkowo chroniących interesy państwa schronienia cudzoziemca. I tak po pierwsze, może ono wiązać się definicją traktującą za uchodźców tylko osoby przebywające poza państwem macierzystym w związku ze zdarzeniami mającymi miejsce w Europie.

Po drugie, zgodnie z art. 1 F, postanowienia konwencji nie mają zastosowania do osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że:

„a) dokonała zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości (...);

b) dokonała poważnej zbrodni o charakterze niepolitycznym poza państwem, które ją przyjęło, przed uznaniem jej za uchodźcę;

c) jest winna czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych”.

Po trzecie, konwencyjny status uchodźcy stosunkowo łatwo utracić w przypadku jakiejkolwiek interakcji z państwem macierzystym lub innym państwem. I tak zgodnie z art. 1 C konwencja przestaje obowiązywać w stosunku do danej osoby, jeżeli:

„1) dobrowolnie zwróciła się ona ponownie o ochronę państwa, którego jest obywatelem, lub

2) utraciłszy swoje obywatelstwo ponownie dobrowolnie je przyjęła, lub

3) przyjęła nowe obywatelstwo i korzysta z ochrony państwa, którego obywatelstwo przyjęła, lub

4) ponownie dobrowolnie osiedliła się w państwie, które opuściła lub poza którego granicami przebywała z powodu obawy przed prześladowaniem.”

Punkty 5 i 6 tego przepisu dotyczą utraty statusu uchodźcy w sytuacji, gdy ustały warunki, w związku z którymi dana osoba została uznana za uchodźcę.

Praktyczne znaczenie definicji wynika z oceny zakresu uprawnień uchodźców określonych w konwencji. Temu zagadnieniu wypada przyjrzeć się dokładnie.

Zakres praw uchodźców wynikających z konwencji genewskiej

Niewątpliwie najważniejszym prawem uchodźcy jest to, które wynika z zasady *non-refoulement*. Wydaje się jednak właściwe skrótowne odniesienie do innych praw uchodźców, niejako dla oczyszczenia przedpola.

Prawa te są dość rozbudowane. W dużym uproszczeniu dałyby się one podzielić na dwie grupy. Część praw opiera się na zasadzie narodowej. Oznacza to, że uchodźca ma być traktowany w tych sprawach tak jak obywatel państwa pobytu. Inne prawa opierają się na zasadzie największego uprzywilejowania. Oznacza to traktowanie takie jak cudzoziemca będącego w najlepszej sytuacji w odniesieniu do danego zagadnienia. W praktyce oznacza to lub przynajmniej może oznaczać traktowanie mniej korzystne niż własnych obywateli. Do traktowania narodowego odwołują się postanowienia konwencji dotyczące „praw artystycznych

i własności przemysłowej” (czy innymi słowy ochrony praw własności intelektualnej) (art. 14), dostępu do sądów (art. 16 ust. 2), dostępu do nauczania podstawowego (art. 22 ust. 1), racjonowania (art. 20), opieki społecznej (art. 23), ustawodawstwa pracy i ubezpieczeń społecznych (art. 24). Faktycznie jednak przepisy te zawierają pewne ograniczenia. Trzeba w szczególności podkreślić, że dwa ostatnie prawa są zawężone do uchodźców legalnie przebywających na terytorium państwa (ostatnie zaś dodatkowo „stale legalnie przebywających”).

Klauzula największego uprzywilejowania ma zastosowanie do: nabywania mienia ruchomego i nieruchomego (art. 13), prawa do stowarzyszania się w stowarzyszeniach niepolitycznych i nieposiadających charakteru zarobkowego, a także związków zawodowych (art. 15), pracy najemnej (art. 17), samozatrudnienia (art. 18), wolnych zawodów (art. 19), dostępu do edukacji ponadpodstawowej (art. 22(2)) i mieszkań (art. 21).

Faktycznie państwo członkowskie UE mogłoby się poważnie zastanawiać, czy klauzula największego uprzywilejowania (KNU) z konwencji genewskiej rozciąga na uchodźców te prawa, które obywatele innych państw członkowskich posiadają na gruncie traktatów unijnych. Chodzi tu głównie o prawo do podjęcia pracy i prowadzenia działalności gospodarczej na zasadzie takiej, jak obywatele danego państwa. Z technicznego punktu widzenia KNU ma zastosowanie w tym zakresie. Twórcy konwencji genewskiej nie byli w tym zakresie na tyle staranni co twórcy GATT czy GATS, którzy wyłączyli z zakresu KNU organizacje integracji gospodarczej. Inna sprawa, że pomiędzy poszczególnymi przepisami konwencji genewskiej występują różnice – pozostawiające węższą lub szerszą możliwość rozważniania tych praw. Nie ma natomiast wątpliwości, że państwo może zastrzec te prawa dla osób, których status uchodźcy został uznany.

Prawa te wydają się rozsądnie skonstruowane. Jeśli na wstępie zaznaczymy, że szczególną uwagę należy poświęcić prawom działającym jako magnes dla setek tysięcy osób, to w zasadzie tylko bezwarunkowe stosowanie klauzuli narodowej odnośnie do pomocy państwa zdaje się być kandydatem do takiego zakwalifikowania. W tym zakresie państwa mogą co najwyżej przededefiniować zakres wynikającej z prawa krajowego pomocy państwa lub w sytuacji napływu uchodźców liczonego w setkach tysięcy – czasowo zawiesić obowiązywanie tej normy w związku z nadzwyczajną zmianą okoliczności. Nie trzeba wyjaśniać, że takie działania mogłyby być podejmowane tylko w ostateczności.

***Non-refoulement* i zakazy towarzyszące**

Wspomniana już zasada *non-refoulement* jest uregulowana w art. 33 konwencji genewskiej. Zgodnie z jego ustępem 1:

„Żadne Umawiające się Państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne.”

Trzeba wszakże podkreślić, że wymóg ten nie jest bezwzględny. Ustęp drugi tego samego artykułu stanowi bowiem, że:

„Nie może powoływać się jednakże na dobrodziejstwo niniejszego postanowienia uchodźca, co do którego istnieją podstawy, aby uznać go za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje, lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.”

Nie jest to jedyne postanowienie dotyczące wydalenia. Reguluje je w sposób obszerny art. 32. Zgodnie z nim

„1. Umawiające się Państwa nie wydalą uchodźcy, legalnie przebywającego na ich terytoriach, z innych powodów niż bezpieczeństwo państwowe lub porządek publiczny.

2. Wydalenie takiego uchodźcy może nastąpić jedynie na podstawie decyzji podjętej zgodnie z przewidzianą przez prawo procedurą. Uchodźcy powinno się, chyba że ważne powody bezpieczeństwa państwowego przemawiają przeciwko temu, zezwolić na przedstawienie dowodów na swoje usprawiedliwienie, złożenie odwołania i na posiadanie w tym celu przedstawiciela przed właściwymi władzami lub też przed osobą lub osobami specjalnie do tego wyznaczonymi przez właściwe władze.

3. Umawiające się Państwa przyznają takiemu uchodźcy rozsądny okres na staranie o legalne przyjęcie w innym państwie. Umawiające się Państwa w tym czasie mają prawo stosowania takich środków, jakie uznają za niezbędne.

Wreszcie nie sposób nie wspomnieć o regulacji zawartej w art. 31. Zgodnie z nim

„1. Umawiające się Państwa nie będą nakładały kar za nielegalny wjazd lub pobyt nauchodźców przebywających bezpośrednio z terytorium, na którym ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo w rozumieniu artykułu 1, i weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia, pod warunkiem że zgłoszą się bezzwłocznie do władz i przedstawią wiarygodne przyczyny swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu.

2. Umawiające się Państwa nie będą nakładały na poruszanie się takich uchodźców ograniczeń poza tymi, które są niezbędne; ograniczenia takie będą stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w państwie nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie. Umawiające się Państwa przyznają uchodźcom odpowiedni czas, jak również wszystkie niezbędne ułatwienia dla uzyskania prawa przyjęcia w innym państwie.”

Ta triada (art. 31–33) odnosi się do tego, co najważniejsze – także w kontekście współczesnego kryzysu. Nie jest przypadkiem, że przepisy te sąsiadują ze sobą. Nie jest też przypadkiem, że w niniejszej pracy zostały zaprezentowane w odwróconej kolejności. Dałoby się je określić jako swobody wjazdowo-pobytowe. Oznaczają bezkarność pewnych przypadków przekroczenia granicy (art. 31), ochronę przed wydaleniem (art. 32) i przed wydaniem do państwa, w którym danej osobie zagraża niebezpieczeństwo (art. 33). Wbrew pozorom nie stanowią one naturalnej sekwencji chronologicznej, choć do pewnego stopnia można ją dostrzec. I tak – na pewno, aby dana osoba znalazła się w sferze zainteresowania obcego państwa, musi wejść w relację z jego terytorium. Oznacza to albo znalezienie się na tym terytorium (legalnie albo nielegalnie), albo na granicy. Tej ostatniej kwestii sama konwencja nie reguluje, nie można zatem wyprowadzić z niej pozytywnego obowiązku wydania zezwolenia na przekroczenie granicy. W szczególności nie ma takiego obowiązku przy przekraczaniu granicy pomiędzy państwami, w których osobie takiej nie zagraża niebezpieczeństwo.

Zarazem jednak ochrona przed wydaleniem jest zawężona do uchodźców, którzy przebywają legalnie na terenie państwa. Jak rozumieć to określenie? W moim przekonaniu nie sposób oderwać się w tym zakresie od prawa krajowego danego państwa. I tak osoba uznana przez jedno państwo za uchodźcę, która samowolnie oddaliłaby się na terytorium innego państwa nie przebywa w nim legalnie i nie jest chroniona przed wydaleniem do państwa, w którym nie zagraża jej niebezpieczeństwo.

Daje się zauważyć, że prawa określone w art. 31–33 są przypisane uchodźcom. Istnieje zatem ryzyko, że państwo najpierw odmówi zbadania statusu danej osoby, a następnie wydali ją w związku z brakiem uznania jej za uchodźcę. Od razu trzeba wykluczyć takie podejście. Praktycznie sprowadzałoby ono do zera wartość gwarancji wynikających z art. 33. Już w tym miejscu trzeba zdystansować się w stosunku do funkcjonującej w publicznym dyskursie tezy, jakoby osoba uciekająca do Europy z Syrii przed prześladowaniami z powodu religii, rasy czy innych przyczyn wskazanych w konwencji traciła status uchodźcy z tego powodu, iż trasa jej wędrówki prowadziła przez Turcję. A zatem, że osoba ta była by uchodźcą w Turcji i tylko w Turcji. Teza ta nie wytrzymuje próby krytyki. Posiadanie statusu uchodźcy to czynnik dobrze zdefiniowany w kategoriach

prawnych, nie ma wśród nich kryterium pozostawania w pierwszym państwie ucieczki.

Zarazem jednak zasada *non-refoulement* nie może być utożsamiana z prawem pobytu czy prawem azylu¹⁰. J.C. Hathaway pisze wręcz, że właśnie brak obowiązku przyznania prawa stałego pobytu uchodźcy (tj. każdej osobie spełniającej przesłanki uznania za uchodźcę) był jedną z przyczyn sukcesu prac nad konwencją¹¹. G. S. Goodwin-Gill pisze, że konwencja genewska przyznaje prawo ubiegania się o azyl, ale nie gwarantuje prawa jego otrzymania.¹² Także z tą tezą można byłoby polemizować, jeśli miałyby oznaczać, że każde państwo ma pozytywny obowiązek dopuszczenia na swoje terytorium osoby powołującej się na swój status i przeprowadzenia pełnej procedury.

Znacznie więcej racji mają ci badacze, którzy zwracają uwagę na fakt, że ani konwencja genewska, ani protokół nowojorski nie dookreślają procedury uznawania za uchodźcę¹³. Większość państw-stron konwencji określa tę procedurę samodzielnie. Państwa członkowskie UE znajdują się w szczególnej sytuacji, gdyż są w tym zakresie związane bardzo precyzyjnymi wymogami prawa unijnego. Mają one pierwszorzędne znaczenie w naszych dyskusjach.

Unijna definicja ochrony międzynarodowej i prawa osób uprawnionych do tej ochrony

Unijna definicja uchodźcy i katalog przysługujących im praw znalazła się w dyrektywie kwalifikacyjnej. Ramy tego opracowania nie pozwalają na szczegółowy opis wszystkich postanowień tego aktu. Bardziej właściwa wydaje się próba syntetycznego uchwycenia jej najważniejszych założeń.

¹⁰ S. K. N. Blay, B. M. Tsamenyi, *Reservations and Declarations Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, International Journal of Refugee Law, 1990, s. 532. Na temat stosunku azylu do *non-refoulement*, vide: G. S. Goodwin-Gill, *Asylum: The Law and Politics of Change*, International Journal of Refugee Law, 1/1995, s. 8. L. C. Green, *The Right Of Asylum In International Law*, University of Malaya Law Review 1961, s. 240.

¹¹ J. C. Hathaway, *The Meaning of Repatriation*, International Journal of Refugee Law, 4/1997, s. 551.

¹² G. S. Goodwin-Gill, op. cit., s. 1. Patrz też: R. Boed, *The State of the Right of Asylum in International Law*, Duke Journal of Comparative & International Law, 1994–1995, s. 9.

¹³ B. Nylund, *Refugee Recognition Under the United States Refugee Act of 1980*, Nordisk

Tidsskrift Int'l Ret 1984, s. 87. B. Wierzbicki, *Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Białystok 1993, s. 60.

Dyrektywa może być słusznie postrzegana jako wykonanie przez UE konwencji genewskiej i protokołu nowojorskiego – w części definicyjnej i katalogu praw uchodźcy. Faktycznie jednak w znaczny sposób poszerza krąg osób uprawnionych do ochrony i katalog przysługujących im praw.

Dałyby się one sprowadzić do trzech elementów. Pierwszym jest przejęcie definicji uchodźcy z konwencji genewskiej i nadanie jej szerokiej interpretacji. Drugim – wprowadzenie dodatkowej kategorii chronionych osób – tj. osób uprawnionych do ochrony uzupełniającej. Trzecim – przyznanie obydwu kategoriom osób bardzo szerokiego katalogu praw.

Definicję uchodźcy zawiera art. 2 lit. d) dyrektywy. Zgodnie z nią:

„uchodźca” oznacza obywatela państwa trzeciego, który na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do szczególnej grupy społecznej przebywa poza państwem swojego obywatelstwa i nie może lub nie chce z powodu tej obawy korzystać z ochrony tego państwa, lub bezpaństwowca, który przebywając z takich samych powodów jak wyżej poza państwem swojego dawnego miejsca zwykłego pobytu, nie może lub nie chce z powodu tej obawy powrócić do tego państwa i do którego nie ma zastosowania art. 12

Jak widać, definicja jest prawie dosłownym powtórzeniem tej z konwencji genewskiej (w wersji zmienionej protokołem nowojorskim). W szczególności zachowuje zamknięty katalog przyczyn prześladowania. Są to: rasa, religia, narodowość, przekonania polityczne lub przynależność do szczególnej grupy społecznej. Faktycznie jedyne *novum* w tym zakresie to art. 10 dyrektywy. Definiuje on każdy z tych elementów, a więc *de facto* poszerza zakres ochrony¹⁴.

Drugi ważny element to ochrona uzupełniająca. Zgodnie z art. 2 lit. f) dyrektywy kwalifikacyjnej

„osoba kwalifikująca się do otrzymania ochrony uzupełniającej” oznacza obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca, który nie kwalifikuje się do uznania go za uchodźcę, lecz co do którego wykazano zasadnie, że jeśli wróci do swojego kraju pochodzenia, a w przypadku bezpaństwowca – do państwa swojego dawnego miejsca zwykłego pobytu, może mu rzeczywiście grozić poważna krzywda określona w art. 15, i do którego nie ma zastosowania art. 17 ust. 1 i 2

¹⁴ A więc np. pojęcie rasy obejmuje w szczególności takie aspekty, jak kolor skóry, pochodzenie lub przynależność do szczególnej grupy etnicznej; pojęcie religii obejmuje w szczególności posiadanie przekonań teistycznych, nieiteistycznych i ateistycznych, prywatne lub publiczne uczestniczenie lub nieuczestniczenie w formalnych – indywidualnych lub wspólnotowych – praktykach religijnych, inne czynności religijne czy wyrażane poglądy lub formy indywidualnych lub wspólnotowych zachowań opartych na wierzeniach religijnych lub nakazanych takimi wierzeniami.

oraz który nie może lub ze względu na takie ryzyko nie chce korzystać z ochrony tego państwa.”

„Ochrona międzynarodowa” właśnie oznacza status uchodźcy lub status osoby potrzebującej ochrony uzupełniającej.

Wspomniany art. 15 definiuje poważną krzywdę. Zgodnie z nim

„Poważna krzywda obejmuje:

- a) karę śmierci lub egzekucję; lub
- b) tortury lub nieludzkie lub poniżające traktowanie lub karanie wnioskodawcy w kraju jego pochodzenia; lub
- c) poważne indywidualne zagrożenie życia lub fizycznej integralności osoby cywilnej wynikające z masowej przemocy w sytuacjach międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych.”

Wprowadzenie tej kategorii osób chronionych jest krokiem o wielkiej doniosłości. W kontekście wojen domowych na Bliskim Wschodzie ma to szczególne znaczenie. Rozważmy bowiem sytuację osoby uciekającej z ogarniętej wojną Syrii. Czy osoba taka jest uchodźcą w rozumieniu konwencji genewskiej? Z pewnością jest bardzo wiele takich osób. Jeśli jazydzi, chrześcijanie czy szyici uciekają z terytoriów kontrolowanych przez Państwo Islamskie, na pewno są uchodźcami. To samo dotyczy ww. kategorii osób uciekających przed wejściem bojówek Państwa Islamskiego czy po prostu nie wracających na takie terytoria. Czy jednak osoba uciekająca przed konfliktem jako takim jest uchodźcą? Z technicznego punktu widzenia należałoby na to pytanie udzielić odpowiedzi przeczącej. Faktycznie jednak każda z osób znajdujących się na terenach objętych walkami może stać się ofiarą – przypadkową lub nieprzypadkową – działań wojennych, agresji uczestników walk czy innych osób – korzystających z rozchwiania norm prawnych i społecznych. Ochrona uzupełniająca jest właśnie odpowiedzią na sytuację takich osób.

O ile na samym początku niniejszego opracowania odniosłem się do ryzyka, że prawo europejskie może działać jak magnes dla wielkich grup ludzkich, wypada spytać, czy tak można byłoby kwalifikować status ochrony uzupełniającej. W mojej ocenie, nawet jeśli działałby on jako magnes, trudno byłoby czynić z tego powodu zarzut twórcom prawa unijnego. Wręcz przeciwnie – ochrona osób, których życie jest zagrożone z przyczyn innych niż wskazane w konwencji genewskiej, wydaje się nakazem przyzwoitości.

Jeśli ktoś miałby ochotę postrzegać go jako wyraz szczególnej hojności UE, to ocena taka wynikałaby raczej z literalnego porównania definicji konwencji genewskiej A.D. 1951 z podmiotowym zakresem unijnej ochrony międzynarodowej z drugiej dekady XXI wieku. Jednak aby takie porównanie miało sens, sytuację prawną zagrożonej osoby należy uwzględnić, mając na uwadze prawa

człowieka, w szczególności wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁵. Odesłanie osoby do ogarniętej wojną Syrii czy Iraku na pewno jest niezgodne z obowiązkiem respektowania prawa do życia i zakazu tortur i innego okrutnego traktowania i karan. W tym zakresie głównym punktem odniesienia jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Hirsi Jama*¹⁶. Dlatego rozwiązanie przyjęte przez UE raczej trudno byłoby postrzegać jako bałast i rozważać obniżenie poziomu ochrony do tego, który wynika z samej tylko konwencji genewskiej.

Jedynie o czym można byłoby dyskutować, to wyraźniejsze zróżnicowanie praw uchodźców z jednej strony, a osób korzystających z ochrony uzupełniającej z drugiej. Dyrektywa kwalifikacyjna przyjmuje z zasady wspólną regulację uprawnień tych osób.

Uprawnienia te wykraczają poza standard wynikający z konwencji genewskiej. I tak art. 26 ust. 1 przewiduje, że

„Niezwłocznie po udzieleniu ochrony międzynarodowej państwa członkowskie upoważniają jej beneficjentów do podejmowania zatrudnienia lub działalności na własny rachunek zgodnie z przepisami ogólnie mającymi zastosowanie do danego zawodu oraz do służby publicznej.”

Przepis ten pozostawia pewne wątpliwości. Co można nazwać zasadą ogólną. Czy to, że w Polsce cudzoziemiec spoza UE (EOG) musi uzyskać zezwolenie na pracę, czy też to na jakiej zasadzie podejmuje pracę obywatel polski w Polsce. W mojej ocenie pierwszy sposób rozumienia sprowadzałby przepis dyrektywy *ad absurdum*. Nie chodzi o jakiegokolwiek zasady ogólne, ale zasady dotyczące danego zawodu. Oznacza to traktowanie narodowe z uwzględnieniem specyfiki zatrudnienia w służbie publicznej.

Zasada narodowa ma wprost zastosowanie odnośnie do dostępu osób małoletnich do kształcenia (art. 27), uznawania kwalifikacji (art. 28), dostępu do opieki zdrowotnej (art. 30). Jednak ten ostatni nie oznacza gwarancji otrzymania bezpłatnej opieki. Art. 30 ust. 1 stanowi bowiem, że państwa członkowskie zapewniają, aby beneficjenci ochrony międzynarodowej mieli dostęp do opieki zdrowotnej według takich samych kryteriów kwalifikujących co obywatele państwa członkowskiego, które udzieliło takiej ochrony.

Jednak już dostęp do zakwaterowania i kształcenia dla dorosłych (a więc także studiów) został oparty na takich samych warunkach jak przyznane

¹⁵ Barbara Miltner, *The Mediterranean Migration Crisis: A Clash of the Titans' Obligations?*, 22 Brown Journal of World Affairs 2015, s. 214. Patrz też: J. Vedsted-Hansen, *The European Convention On Human Rights, Counter-Terrorism, And Refugee Protection*, Refugee Survey Quarterly, Vol. 29, No. 4, s. 46 i nast.

¹⁶ Barbara Miltner, op. cit., s. 216.

„obywatelom państw trzecich legalnie przebywającym na (...) terytorium” danego państwa. Jak widać, zatem standard ten jest niższy niż wynikałoby to z literalnej interpretacji konwencji genewskiej. Dostęp do zakwaterowania dotyczy art. 32. Jego ustęp 2 doprecyzowuje, że

„Dopuszczając krajową praktykę rozpraszania beneficjentów ochrony międzynarodowej, państwa członkowskie dążą do wdrażania polityki zapobiegającej dyskryminacji beneficjentów ochrony międzynarodowej oraz zapewniającej jednakowe szanse w dostępie do zakwaterowania.”

Najważniejszy przepis – dotyczący pomocy społecznej – opiera się na zasadzie traktowania narodowego. Jednak wprowadza on zróżnicowanie podmiotowe – uchodźcy mają szerszy zakres praw. Zgodnie z art. 29 ust. 2

„W drodze odstępstwa od zasady ogólnej określonej w ust. 1 państwa członkowskie mogą ograniczyć pomoc socjalną przyznaną osobom korzystającym z ochrony uzupełniającej do podstawowych świadczeń, które w takim przypadku są przyznawane na takim samym poziomie i na podstawie takich samych kryteriów kwalifikujących, co własnym obywatelom.”

Tym samym postrzeganie źródła problemów w zawartym w dyrektywie kwalifikacyjnej katalogu praw beneficjentów ochrony międzynarodowej jest raczej skazane na niepowodzenie. Nie zmienia to faktu, że realizacja zarówno standardu konwencji genewskiej, jak i dyrektywy kwalifikacyjnej może wyglądać inaczej przy 10–20 tys. zainteresowanych, 200 tys. i 2 milionach. Choć sama dyrektywa nie zawiera żadnego wentyla bezpieczeństwa, tu jednak można liczyć się z zastosowaniem ogólnych zasad. Na gruncie prawa międzynarodowego są nimi niemożliwość wykonania zobowiązań (jako część prawa odpowiedzialności międzynarodowej), *rebus sic stantibus* (jako część prawa traktatów), na gruncie prawa unijnego – zasada solidarności, która wiąże nie tylko państwa, ale też organy UE. Można zatem oczekiwać od Komisji propozycji wyłączenia czy zawieszenia pewnych wymogów w przypadku skokowego wzrostu napływu cudzoziemców do państw członkowskich UE. Inna sprawa, że w braku dobrej woli Komisji szanse na wygraną z nią w Trybunale są iluzoryczne.

Prawa osób ubiegających się o ochronę międzynarodową

Zestawienie praw uchodźców i osób uprawnionych do ochrony uzupełniającej warto skonfrontować z innym zestawem – dotyczącym osób dopiero ubiegających się o ten status. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w tym zakresie można poszukiwać elementów, które mogłyby z jednej strony działać jako magnes dla cudzoziemców udających się do Unii, a z drugiej – istotny element

wpływający na poziom wydatków państw członkowskich związanych z tym wpływem.

Prawa te są określone w dyrektywie recepcyjnej. Od razu trzeba zastrzec, że ta skrótowa nazwa może wprowadzać w błąd. Nie chodzi bowiem o przyjmowanie (recepję) uchodźców, ale osób, które być może są uchodźcami (osobami uprawnionymi do ochrony uzupełniającej), a być może nie są, lecz oczekują na decyzję w tej kwestii kompetentnego państwa. Rozbudowany katalog praw może niepokoić. Wszak chodzi tu o osoby, których status jest jeszcze niejasny.

Zapewne najbardziej kosztowne są postanowienia dotyczące pomocy materialnej.

Art. 17 ust. 1 formułuje zasadę, zgodnie z którą „Państwa członkowskie zapewniają udostępnienie wnioskodawcom świadczeń materialnych w ramach przyjmowania w momencie złożenia przez nich wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej”.

Ustęp 2 stanowi, że „Państwa członkowskie zapewniają świadczenia materialne w ramach przyjmowania pozwalające wnioskodawcom na odpowiedni poziom życia, gwarantujący im utrzymanie i ochronę zdrowia fizycznego i psychicznego”.

Zarazem jednak kolejne ustępy tego artykułu doprecyzowują, że

„3. Państwa członkowskie mogą uzależnić przyznanie wszystkich lub niektórych świadczeń materialnych w ramach przyjmowania oraz opieki zdrowotnej od faktu, że wnioskodawcy nie posiadają środków wystarczających do życia na poziomie odpowiednim do ich stanu zdrowia oraz zapewnienia im utrzymania.

4. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby wnioskodawcy pokrywali w całości lub w części koszty świadczeń materialnych w ramach przyjmowania oraz opieki zdrowotnej przewidzianych w niniejszej dyrektywie, zgodnie z ust. 3, jeżeli wnioskodawcy posiadają wystarczające środki, na przykład jeżeli pracowali przez wystarczający okres.”

Art. 17 ust. 5 dyrektywy stanowi, że

„Jeżeli państwa członkowskie przyznają świadczenia materialne w ramach przyjmowania w formie świadczeń finansowych lub talonów, ich wartość jest ustalana na podstawie poziomów określonych prawem lub praktyką danego państwa członkowskiego w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu życia własnym obywatelom. Państwa członkowskie mogą w tym kontekście traktować wnioskodawców mniej korzystnie niż własnych obywateli, zwłaszcza jeżeli wsparcia materialnego udziela się częściowo w naturze lub jeżeli te poziomy, stosowane względem własnych obywateli, mają zapewnić poziom życia wyższy od tego, który wobec wnioskodawców przewiduje niniejsza dyrektywa.”

Z kolei art. 18 (1) stanowi, że:

„W przypadku gdy zakwaterowanie jest świadczone w naturze, powinno ono przyjąć jedną z następujących form lub ich kombinację:

- a) lokali wykorzystywanych do celów zakwaterowania wnioskodawców na czas rozpatrywania wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego na granicy lub w strefach tranzytowych;
- b) ośrodków dla cudzoziemców, które gwarantują odpowiedni poziom życia;
- c) domów prywatnych, mieszkań, hoteli lub innych lokali zaadaptowanych na potrzeby zakwaterowania wnioskodawców.”

Zestawienie tych artykułów pozwala wyprowadzić wniosek, że państwo nie ma obowiązku przyznania zarówno pomocy finansowej, jak i zakwaterowania i wyżywienia w naturze. Jak najbardziej palące jest pytanie o to, jaki jest minimalny poziom opieki wymagany przez dyrektywę. W szczególności, czy państwo, które nie troszczy się o minimalny poziom dochodów swoich obywateli ani nie dba o to, by mieli gdzie mieszkać (a w takim państwie przyszło nam żyć), jest cokolwiek winne osobom ubiegającym się o ochronę międzynarodową.

Każda z odpowiedzi może rodzić opór. Z jednej strony trudno żądać od państwa, by traktowało cudzoziemca lepiej niż własnego obywatela. Zarazem jednak osoba ubiegająca się o ochronę nie ma wszystkich praw obywatela. Osoba taka musi być traktowana w sposób szczególny. Oznacza to, że państwo nie może odmówić pomocy, nawet jeśli nie udziela jej własnym obywatelom.

Dyrektywa określa oprócz tego cały szereg praw osób wnioskujących o objęcie ochroną dotyczących prawa do informacji (art. 5), dokumentacji (art. 6), nauki szkolnej i kształcenia (choć tylko dla małoletnich) (art. 14), opieki zdrowotnej (art. 19).

Szczególne znaczenie mają przepisy dotyczące przemieszczania się. Art. 8 ust. 1 przyjmuje zasadę, zgodnie z którą państwa członkowskie nie zatrzymują żadnej osoby wyłącznie ze względu na fakt, że jest ona wnioskodawcą. Art. 8 ust. 2 określa wyjątki od tej zasady. Szczególne znaczenie mają trzy spośród nich. Wnioskodawcę można zatrzymać „w celu ustalenia lub weryfikacji jego tożsamości lub obywatelstwa”, „w związku z postępowaniem mającym na celu podjęcie decyzji w sprawie prawa wnioskodawcy do przybycia na terytorium państwa członkowskiego” i wreszcie „jeżeli wymaga tego bezpieczeństwo narodowe lub porządek publiczny”.

Podobnie jak w przypadku praw określonych w dyrektywie kwalifikacyjnej, także te z zakresu dyrektywy recepcyjnej trudno krytykować. Dopuszczają one zróżnicowane poziomy wsparcia – odpowiednio do woli danego państwa, jego zamożności i podejścia do polityki społecznej. Jeśli coś działa w tym zakresie jako magnes, to raczej są to państwa o zasobach wyższych. Jedyną rzeczą, którą

można postulować to to, by państwa nie zgodziły się na ewentualne wprowadzenie nierealistycznych poziomów ochrony socjalnej osób wnioskujących o objęcie ochroną, w sposób drastyczny odbiegające od poziomu ochrony własnych obywateli. Można także oczekiwać poluzowania tych wymogów w sytuacji drastycznego zwiększenia się liczby wnioskodawców.

W tym kontekście warto odnotować, że zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy recepcyjnej, nie stosuje się jej w przypadku, gdy zastosowanie mają przepisy dyrektywy Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między państwami członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami. Kilka uwag należy poświęcić temu dokumentowi. Wbrew pozorom nie oznacza on wspomnianego poluzowania wymogów w sytuacji masowego napływu cudzoziemców. Dyrektywa 2001/55/WE określa bowiem sytuacje, w których niejako z góry przyjmuje się domniemanie, że całe grupy osób zasługują na tymczasową ochronę. Osobom tym mają być przyznawane prawa analogiczne do wyżej opisanych praw wynikających z dyrektywy recepcyjnej. Co więcej, reguły te są uruchamiane w drodze osobnej decyzji. Tym samym dyrektywa ta nie stanowi odpowiedzi na wyżej wspomniane (póki co teoretyczne) zapotrzebowanie.

Trudno jednak nie zauważyć, że obniżanie standardów opieki (czy to osób objętych ochroną czy dopiero się o nią starających) nie może być celem samym w sobie. Raczej można go rozważać z przyczyn obiektywnych (tj. spodziewając się, że astronomiczna liczba osób i tak nie pozwalałaby na dotrzymanie wymogów wynikających z prawa), nie zaś w celu upokorzenia czy dokuczenia ludziom, których sytuacja i tak jest bardzo smutna.

Dlatego dyskusja o kryzysie musi w centrum mieć raczej postawić przepisy dotyczące procedur.

Procedury związane z napływem osób ubiegających się o ochronę międzynarodową

Teoretycznie prezentacja procedur uchodźczych wymagałaby bardzo dokładnej prezentacji dyrektywy proceduralnej. Faktycznie jednak procedury są uregulowane także w innych aktach. W tym miejscu nie może zabraknąć odniesienia do procedur z rozporządzenia Dublin III. Ono samo jest dla nas interesujące, gdyż stanowi istotny element stanu prawnego, którego wpływ na obecną sytuację musi być przeanalizowany. Jako że procedury z rozporządzenia mają na celu ustalenie państwa właściwego (czyli tego, które będzie stosować procedury

z dyrektywy), wydaje się właściwe rozpoczęcie od skrótowej prezentacji podstawowych założeń systemu dublińskiego.

Jak wiadomo – nazwa orzeczenia nawiązuje do pierwszej regulacji tej materii, a mianowicie konwencji dublińskiej (Dublin I). Jej celem było uniknięcie sytuacji, w której wniosek o uznanie za uchodźcę (obecnie – o ochronę międzynarodową) jest składany w kilku państwach – czy to równocześnie, czy sukcesywnie. Taka sytuacja była określana jako *forum shopping*. Aby jej zapobiec, przyjęto (w konwencji, a następnie rozporządzeniach) zasadę, że właściwe do rozpoznania wniosku jest jedno państwo. Rozporządzenie wzorem swoich poprzedników określa całą hierarchię, według której określa się państwo właściwe. Punktem wyjścia jest art. 3 ust. 2, zgodnie z którym „w przypadku gdy nie można wyznaczyć odpowiedzialnego państwa członkowskiego na podstawie kryteriów wymienionych w niniejszym rozporządzeniu, odpowiedzialne za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej jest pierwsze państwo członkowskie, w którym wniosek ten został złożony. (...)”

Faktycznie jednak państwo wyboru wnioskodawcy jest ostatnim na liście państw właściwych. Kryteria wyboru państwa właściwego wskazuje rozdział III rozporządzenia. Otwierający go art. 7 ust. 1 wskazuje, że kryteria ustalania odpowiedzialnego państwa członkowskiego stosuje się w kolejności, w jakiej są one wymienione w niniejszym rozdziale.

W dużym uproszczeniu dałyby się one sprowadzić do następującej listy:

1. państwo członkowskie legalnego pobytu członka rodziny wnioskodawcy,
2. państwo członkowskie, które wydało wnioskodawcy ważny dokument pobytu,
3. państwo członkowskie, które wydało wnioskodawcy ważną wizę,
4. państwo członkowskie, którego granicę lądową, morską lub powietrzną wnioskodawca nielegalnie przekroczył, przybywając z państwa trzeciego.

Także literalne odczytanie tych kryteriów może skłaniać do nietrafnych wniosków. Praktyczne znaczenie ma tylko ostatnie kryterium. Nie trzeba wyjaśniać tego, co oznacza ono w kontekście współczesnego kryzysu. Wskazuje ono jednoznacznie na właściwość Grecji i Włoch odnośnie do prowadzenia znakomitej większości postępowań w sprawie udzielenia danej osobie ochrony międzynarodowej. To jest powód, dla którego rozporządzenie Dublin III należy postrzegać jako jeden z najważniejszych elementów współczesnego kryzysu. Będą one omawiane w dalszej części pracy.

Odnotować trzeba rozbudowane postanowienia proceduralne zawarte w rozporządzeniu. Mają one na celu ustalenie państwa właściwego, a także

interakcję pomiędzy państwem, w którym został złożony wniosek o ochronę międzynarodową, a państwem uważanym przez nie za właściwe. Najważniejszymi elementami tego postępowania są: wszczęcie (art. 20), złożenie wniosku o przejęcie (art. 21), odpowiedź na wniosek o przejęcie (art. 22), powiadomienie o decyzji o przekazaniu. Osoba, której decyzja dotyczy, może odwołać się od tej decyzji. Uregulowane zostały też kwestie wtórnego przekazania. Osobny przedmiot regulacji stanowi kwestia zatrzymania osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową.

Wyczerpująca analiza procedur rozporządzenia Dublin nie jest naszym celem w niniejszym opracowaniu. Odniesienia do niej znajdują się w jego końcowej części w takim zakresie, w jakim są niezbędne dla zarysowania tego, co uważam za istotę obecnego problemu.

Procedury udzielania i cofania ochrony międzynarodowej szczegółowo reguluje dyrektywa proceduralna. Część z jej postanowień zapewnia to, by procedura była sprawna, poddana instancyjnej kontroli administracyjnej i sądowej.

A więc przede wszystkim „Państwa członkowskie wyznaczają dla wszystkich procedur organ rozstrzygający, który będzie odpowiedzialny za odpowiednie rozpatrywanie wniosków zgodnie z niniejszą dyrektywą. Państwa członkowskie zapewniają, aby organ ten dysponował odpowiednimi środkami, w tym wystarczającą liczbą wykwalifikowanych pracowników, aby mógł wypełniać swoje zadania zgodnie z niniejszą dyrektywą”¹⁷.

Dyrektywa określa bardzo krótkie terminy na rejestrację wniosku. W przypadku złożenia go do organu kompetentnego termin wynosi 3 dni, w przypadku złożenia wniosku do organu innego niż kompetentny – 6. Także czas na rozpatrzenie wniosku jest ustalony na rozsądnym poziomie. Procedura w pierwszej instancji ma się zakończyć w ciągu 6 miesięcy, zaś w pewnych sprawach termin może być przedłużony o kolejne 9 miesięcy. Warto odnotować, że jedną z przyczyn tego przedłużenia może być to, że „o udzielenie ochrony międzynarodowej występuje jednocześnie duża liczba obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców, i praktycznie bardzo utrudnia to zakończenie procedury w terminie sześciu miesięcy (art. 31 (3) (b)).

Art. 10 ust. 3 reguluje wymogi procedury. Zgodnie z nimi wnioski mają być „rozpatrywane, a decyzje podejmowane indywidualnie, obiektywnie i bezstronnie”; państwo ma zapewnić, aby „uzyskiwane były precyzyjne i aktualne informacje z różnych źródeł, takich jak EASO oraz UNHCR i właściwe organizacje międzynarodowe”, „personel rozpatrujący wnioski i podejmujący decyzje znał stosowne normy mające zastosowanie w dziedzinie prawa azylowego

¹⁷ Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy proceduralnej.

i uchodźczego”, a także „miał, w razie potrzeby, możliwość konsultacji z ekspertami na temat konkretnych zagadnień, takich jak kwestie medyczne, kulturowe, religijne oraz związane z dziećmi i płcią.”

Art. 12 przewiduje szereg gwarancji dla wnioskodawców. Dotyczą one: prawa do informacji „w języku, który rozumieją lub co do którego można zasadnie przyjąć, że zostanie przez nich zrozumiany, o procedurze, której należy się poddać, oraz o swoich prawach i obowiązkach w trakcie tej procedury, jak również potencjalnych skutkach niewywiązywania się z tych obowiązków i braku współpracy z organami.” Kolejne prawa dotyczą możliwości uzyskania pomocy tłumacza, możliwości kontaktu z UNHCR lub jakąkolwiek inną organizacją świadczącą pomoc prawną lub inne doradztwo wnioskodawcom zgodnie z prawem krajowym danego państwa członkowskiego, dostępu do szerokiego zakresu informacji – w tym, co oczywiste – do informacji o decyzji w ich sprawie wraz z pouczeniem o prawie odwołania. Kolejne przepisy regulują: przesłuchanie, kwestie protokołów, badań lekarskich, bezpłatnej informacji prawnej. Wreszcie art. 31–42 regulują procedurę w pierwszej instancji, a art. 46 – procedurę odwoławczą.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na wyczerpujące omówienie wszystkich rozwiązań prawnych dyrektywy proceduralnej.

Wskazać warto na cały szereg zabezpieczeń. Nie jest bowiem tak, że prawo UE czyni ją i jej członków zupełnie bezbronniymi w obliczu różnych wyzwań czy zagrożeń. O tych zabezpieczeniach warto rozmawiać w nieco szerszym kontekście – wykraczającym poza samą dyrektywę proceduralną.

Instrumenty ochrony interesów państw członkowskich zawarte w prawie UE

Instrumenty ochrony dałoby się podzielić na te, które chronią dane państwo członkowskie (czasami kosztem innych państw członkowskich), i na te, które chronią ogół państw członkowskich (a zatem Unię jako taką). Wymienienie ich wszystkich w tym miejscu nie jest możliwe. Wystarczy odnieść się do najważniejszych elementów.

I tak można powiedzieć, że cały system rozporządzenia Dublin III (podobnie jak jego dwóch wcześniejszych odsłon – konwencji Dublin I i rozporządzenia Dublin II), służy ochronie państw członkowskich innych niż państwo właściwe do prowadzenia postępowania w sprawie objęcia danej osoby ochroną międzynarodową.

Ochronie tej służą postanowienia dyrektywy recepcyjnej i rozporządzenia Dublin III dotyczące możliwości (traktowanej jako wyjątek) pozbawienia wnioskodawcy wolności. Art. 13 ust. 2 dyrektywy proceduralnej statuuje cały szereg obowiązków osób ubiegających się o ochronę międzynarodową.

Bardzo ważnym elementem ochrony państw członkowskich jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich¹⁸. Jej art. 6 ust. 1 przyjmuje zasadę, zgodnie z którą „bez uszczerbku dla wyjątków, o których mowa w ust. 2–5, państwa członkowskie wydają decyzję nakazującą powrót każdemu obywatelowi państwa trzeciego nielegalnie przebywającemu na ich terytorium”. Wyjątki dotyczą sytuacji, w których państwo członkowskie pobytu czy też inne państwo członkowskie zdecydowało się na wydanie cudzoziemcowi zezwolenia na pobyt. Dyrektywa ta określa środki podejmowane względem takich cudzoziemców oraz przyznane im gwarancje prawne.

Trzeba podkreślić, że niezależnie od przytaczanych wyżej ambitnych postanowień, dyrektywa proceduralna zezwala na kierowanie osób ubiegających się o ochronę międzynarodową do bezpiecznych krajów. Są to: kraj pierwszego azylu (art. 35), bezpieczny kraj pochodzenia (art. 36) i bezpieczny kraj trzeci (art. 37). W przypadku istnienia kraju pierwszego azylu lub bezpiecznego kraju trzeciego państwo członkowskie może uznać wniosek o ochronę międzynarodową za niedopuszczalny (art. 33 dyrektywy). W przypadku osób pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia ma zastosowanie art. 39 ust. 8 dyrektywy.

Artykuł 39 ust. 8 dyrektywy proceduralnej stanowi, że „Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że procedura rozpatrywania wniosku zgodnie z podstawowymi zasadami i gwarancjami określonymi w rozdziale II prowadzona jest w trybie przyspieszonym lub przeprowadzana na granicy lub w strefach tranzytowych”, jeśli ma miejsce jedna z dziesięciu sytuacji. W tym miejscu warto wspomnieć o kilku z nich. Mogą one polegać na tym, że:

- wnioskodawca pochodzi z bezpiecznego kraju pochodzenia,
- wnioskodawca wprowadził organy w błąd,
- jest prawdopodobne, że wnioskodawca w złej wierze zniszczył lub pozbył się dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży, który pomógłby w ustaleniu jego tożsamości lub obywatelstwa,
- wniosek ma jedynie na celu opóźnienie lub zakłócenie wykonania decyzji o wydaleniu,
- „wnioskodawca wjechał nielegalnie na terytorium państwa członkowskiego lub przedłużył nielegalnie swój pobyt oraz bez ważnego

¹⁸ Dz. Urz. UE z 2008 L 348/98.

powodu nie zgłosił się do organów albo nie złożył wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej w najkrótszym możliwym terminie, zważywszy na takie okoliczności jego wjazdu”,

- wnioskodawca odmawia wywiązania się z obowiązku poddania się pobraniu odcisków palców przewidzianego w rozporządzeniu Eurodac,
- „wnioskodawca może być z poważnych powodów uznany za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego państwa członkowskiego, lub wnioskodawca został już wcześniej przymusowo wydany z poważnych powodów związanych z bezpieczeństwem lub porządkiem publicznym na mocy prawa krajowego.”

Odniesienie się do przeprowadzania postępowania w trybie przyspieszonym na granicy lub w strefach tranzytowych oznacza, że wnioskodawca taki nie zostanie wpuszczony na terytorium państwa. Zarazem nie zmienia to sytuacji, w której osoba taka już na tym terytorium się znajduje.

Jak widać zatem, prawo unijne ani nie zmusza do uznawania za uchodźcę osoby, która utrudnia to ustalenie, ani nie gwarantuje tej osobie prawa pobytu. Można zatem spytać, dlaczego jest tak źle, skoro jest tak dobrze. Wynika to w dużej mierze z faktu, że wydalenie osoby, która przekroczyła granicę nielegalnie i nie została uznana za osobę uprawnioną do ochrony międzynarodowej, jest zależne od dobrej woli państwa obywatelstwa tej osoby czy wręcz państwa trzeciego. Dobrej woli w tym zakresie prawo unijne nie jest w stanie zastąpić.

Dlatego tak ważne jest to, jak od strony prawnej wygląda kwestia samego przekroczenia granicy przez osobę domagającą się ochrony międzynarodowej.

Kontekst przekroczenia granicy unijnej

Rozważając kwestię ewentualnego prawa przekroczenia granicy przez osoby poszukującej, ochrony międzynarodowej, warto odwołać się do Kodeksu Granicznego Schengen. Jego art. 3 stanowi, że

„Niniejsze rozporządzenie stosuje się do każdej osoby przekraczającej granice wewnętrzne lub zewnętrzne państw członkowskich, bez uszczerbku dla:

- a) praw osób korzystających z prawa do swobodnego przemieszczania się na mocy prawa Unii;
- b) praw uchodźców i osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, w szczególności w odniesieniu do zasady *non-refoulement*.”

Artykuł 14 ust. 1 Kodeksu Granicznego Schengen stanowi, że „Obywatelowi państwa trzeciego, który nie spełnia wszystkich warunków wjazdu ustanowionych w art. 6 ust. 1 i który nie należy do żadnej z kategorii osób, o których

mowa w art. 6 ust. 5, odmawia się wjazdu na terytorium państw członkowskich. Pozostaje to bez uszczerbku dla stosowania szczególnych przepisów dotyczących prawa do azylu i ochrony międzynarodowej lub wydawania długoterminowych wiz pobytowych.”

Takie ukształtowanie przepisów Kodeksu Granicznego Schengen pozwala stwierdzić, że ma on charakter subsydiarny względem reguł prawa azylowego. Stąd też podstawowe znaczenie ma jego kształt w tym zakresie i możliwa interpretacja.

Kwestia tego, czy prawo unijne gwarantuje przekroczenie granicy już na podstawie samego wniosku o objęcie ochroną międzynarodową, należy do najbardziej trudnych i ważnych zarazem. Nie mniej ważne jest to, na ile państwo może uniemożliwić samo wejście cudzoziemca w ramy procedur związanych z tą ochroną.

Prima facie lektura stosownych przepisów prawa unijnego skłaniać mogłaby do pozytywnej odpowiedzi na pierwsze, a negatywnej na drugie z tych pytań.

Szczególnie ten drugi wniosek wydaje się nie do zakwestionowania. I tak dość wspomnieć, że art. 3 ust. 1 rozporządzenia Dublin III stanowi, że

„Państwa członkowskie rozpatrują każdy wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej złożony przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca, który składa wniosek na terytorium jednego z nich, w tym na granicy lub w strefach tranzytowych. Wniosek jest rozpatrywany przez jedno państwo członkowskie, którym jest państwo, które kryteria wymienione w rozdziale III wskazują jako odpowiedzialne.”

Jeszcze dalej idzie art. 3 ust. 1 dyrektywy proceduralnej, zgodnie z którym „Niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, z którymi wystąpiono na terytorium, w tym na granicy, na wodach terytorialnych lub w strefach tranzytowych państw członkowskich, oraz do cofania ochrony międzynarodowej.”

Z kolei art. 3 ust. 1 dyrektywy recepcyjnej stanowi, że

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich obywateli państw trzecich i bezpaństwowców, którzy składają wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej na terytorium, w tym na granicy, na wodach terytorialnych lub w strefach tranzytowych państwa członkowskiego, tak długo jak posiadają oni zezwolenie na pozostanie na jego terytorium jako wnioskodawcy, a także do członków ich rodzin, jeżeli są oni objęci takim wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej zgodnie z prawem krajowym.”

Ten przepis wskazuje, że prawo cudzoziemca do pozostania w państwie członkowskim nie jest bezwarunkowe. Jednak nie ma wątpliwości, że państwo członkowskie nie może zignorować wniosku złożonego przez cudzoziemca.

Art. 20 ust. 1 rozporządzenia Dublin III stanowi, że „Postępowanie w sprawie ustalania odpowiedzialnego państwa członkowskiego wszczyna się, gdy tylko wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej zostanie po raz pierwszy złożony w państwie członkowskim.”

Podobnie szeroki zakres ma art. 8 ust. 1 dyrektywy proceduralnej. Zgodnie nim:

„W przypadku gdy istnieją powody, aby przypuszczać, że obywatele państw trzecich lub bezpaństwowcy przetrzymywani w ośrodkach zatrzymań lub obecni na przejściach granicznych, w tym w strefach tranzytowych, na granicach zewnętrznych mogą chcieć wystąpić z wnioskiem o udzielenie ochrony międzynarodowej, państwa członkowskie przekazują im informacje o możliwości wystąpienia z takim wnioskiem. W takich ośrodkach i na takich przejściach granicznych państwa członkowskie zapewniają możliwość skorzystania z pomocy tłumaczy w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do ułatwienia dostępu do procedury azylowej.”

Co więcej, zgodnie z art. 9 ust. 1

„Wnioskodawcom zezwala się na pozostawanie w państwie członkowskim, wyłącznie na potrzeby procedury, do czasu podjęcia przez organ rozstrzygający decyzji zgodnie z procedurami obowiązującymi w pierwszej instancji określonymi w rozdziale III. To prawo do pozostawania nie oznacza uprawnienia do otrzymania zezwolenia na pobyt.”

Powstaje pytanie, jak należy rozumieć te dwa przepisy. Czy łącznie składają się one na pozytywne prawo cudzoziemca do wjazdu na terytorium państwa członkowskiego na podstawie samego oświadczenia o posiadaniu statusu uchodźcy. Jeśli tak, to faktycznie możemy w tym miejscu poszukiwać najsłabszego ogniwa i potencjalnego źródła problemów – współczesnych i przyszłych. Tak interpretowany przepis może być wręcz zachętą do kierowania na państwa członkowskie wielkich strumieni ludzkich przez państwa ościenne lub przez morze. Tu szczególnie niepokojące może wydawać się cytowane już odniesienie się art. 3 dyrektywy proceduralnej do wniosków składanych na morzu terytorialnym.

Trzeba zauważyć, że cytowane przepisy gwarantują rozpatrzenie wniosku o ochronę. Jednak wbrew pozorom nie jest ono równoznaczne z prawem przekroczenia granicy. Wskazują na to dobitnie cytowane postanowienia dyrektywy proceduralnej o rozpatrywaniu wniosku w strefie tranzytowej lub na granicy. W każdym razie nie ma podstaw do postrzegania w cytowanych przepisach osobnego i samoistnego prawa do przekroczenia granicy ani też gwarancji bezkarności jej nielegalnego przekroczenia – w sytuacji innej niż objęta art. 31 konwencji genewskiej. Art. 8 i 9 dotyczą dwóch kwestii, które można rozpatrywać osobno. Art. 8 dotyczy prawa do informacji. Art. 9 dotyczy prawa do pozostania, ale

niekoniecznie prawa wjazdu. A zatem przepisy te nie stanowią logicznej całości. Jest faktem, że ich pobieżna lektura mogłaby skłaniać do tego wniosku. W tej sytuacji wyglądałyby jako rodzaj zaproszenia (art. 8) i jego kontynuacji – czyli prawa do pozostania na czas procedur azylowych (art. 9). Jednak w mojej ocenie państwa mają prawo do węższej interpretacji tych przepisów. Nie można jednak wykluczyć, że interpretacja dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości byłaby mniej korzystna dla państw, a bardziej dla osób ubiegających się o ochronę. Można jedynie sugerować, by państwa naciskały na węższy sposób interpretacji przepisów, a w razie wątpliwości dążyły do jednoznacznego przesądzenia tej kwestii w treści przepisów.

Specyfika granic morskich

Prima facie fakt, iż napływ uchodźców odbywa się drogą morską, w sposób szczególny utrudnia radzenie sobie z problemem. Wypada to stwierdzenie zweryfikować w świetle norm prawnych. W tym celu warto rozważyć drogę typowego przybysza z Turcji czy Libii do Grecji czy Włoch. Pierwszym etapem jest wypłynięcie z państwa pobytu. To ono decyduje o tym, kto i na podstawie jakich dokumentów je opuszcza. Jakkolwiek przykro zabrzmi to w uszach Europejczyka, ani Turcja ani Libia (w braku stosownej umowy) nie ma żadnego obowiązku zatrzymywania własnych obywateli czy tym bardziej obywateli państw trzecich. Państwa te mają prawo przyjąć bardzo restrykcyjne przepisy w tym zakresie i wówczas mogą ścigać osoby wypływające z ich terytorium. Mają też jednak prawo nieścigania czy wręcz ułatwiania wyjazdów takich osób. Co więcej, na morzu terytorialnym Libii czy Turcji inne państwa nie mogą dokonywać jakichkolwiek aktów władczych. To samo dotyczy momentu wypłynięcia z morza terytorialnego Turcji czy Libii. Żadne państwo nie ma prawa zawracać łodzi na morze terytorialne tych ostatnich z morza pełnego. W tym zakresie nie ma znaczenia, czy dana osoba znajduje się na morzu pełnym w technicznym tego słowa znaczeniu, czy też na tureckiej (libijskiej) wyłącznej strefie ekonomicznej czy strefie wyłącznego rybołówstwa. To samo dotyczy wyłącznej strefy ekonomicznej czy strefy wyłącznego rybołówstwa państwa europejskiego, w którego kierunku dana łódź płynie. Przyjęcie innego podejścia oznaczałoby całkowite przenicowanie klasycznego prawa morza. Opiera się ono na zasadzie wolności mórz. Nie ma podstaw, by uzależniać ją od faktu posiadania przez łódź przynależności państwowej. Nie trzeba tłumaczyć, że wszelkie pomysły traktowania uciekinierów jako piratów są tak niepoważne, że w ogóle trudno je komentować.

Nie oznacza to, że okręt wojenny nie może zatrzymać łodzi z uciekinierami. Jednak może jedynie dokonać jego inspekcji.

Pozostaje kwestia samego wpłynięcia łodzi na morze terytorialne państwa europejskiego. Tu ujawnia się kluczowe znaczenie kwalifikacji lub odmowy kwalifikacji łodzi z imigrantami jako statku. Jeśli zostanie ona w ten sposób zakwalifikowana, trzeba przyznać jej prawo nieszkodliwego przepływu. Zarazem przepłynięcie całego morza terytorialnego nie jest konieczne. Jak jasno wynika z cytowanych przepisów, uciekinierzy mogą złożyć, a państwa muszą przyjąć do rozpatrzenia wnioski o ochronę międzynarodową już na morzu terytorialnym. Co ciekawe, przekroczenie granicy w rozumieniu Kodeksu Granicznego Schengen nastąpi dopiero w porcie.

Odmowa kwalifikacji łodzi jako statku byłaby możliwa jedynie na podstawie tego, że łódź ta nie jest zarejestrowana i co za tym idzie nie ma przynależności państwowej. Zakładając, że możliwość taka istnieje, warto rozważyć, co faktycznie mogłoby zyskać państwo europejskie na takiej interpretacji. Faktycznie państwo mogłoby zakazać wpłynięcia na morze terytorialne, jednak w razie tego wpłynięcia i tak byłoby zobowiązane do rozpoznania wniosków o ochronę międzynarodową. Co więcej, sama możliwość odmowy traktowania łodzi jako statku jest wątpliwa. Jeśli bowiem łódź jest mała, to i tak nie ma zdolności rejestracyjnej. Nie można zatem karać za brak spełnienia wymogu, który jest niemożliwy do spełnienia.

Rozważmy jednak sytuację, że prawo unijne zostanie zaostrzone i państwo członkowskie będzie mogło odmawiać rozpatrywania wniosków składanych na morzu terytorialnym. Co faktycznie może zrobić takie państwo względem łodzi z uciekinierami. Teoretycznie mogłoby ono blokować wejście na swoje morze terytorialne. Jednak już próba odholowania łodzi w kierunku Turcji jest bardziej niż wątpliwa¹⁹.

Co więcej, imigranci mogą znajdować się na obiektach, które na pewno nie są statkami – takimi jak pnie drzew, tratwy, belki, czy wręcz płynąć wpływ. Nie trzeba wyjaśniać, że w takiej sytuacji priorytetem i minimum człowieczeństwa jest ratowanie życia na morzu i faktyczne wprowadzenie danej osoby tak do systemu azylowego UE, jak i na terytorium państwa.

Daje się zatem zauważyć, że prawo morza stanowi główne lub co najmniej jedno z głównych źródeł problemów państw europejskich. *A contrario* wydaje się, że sytuacja prawna osób napływających jest tak dobra, że w zasadzie pozostaje im tylko wpłynięcie na morze terytorialne i zażądanie ulotki o prawie ubiegania

¹⁹ W każdym razie bez zgody Turcji. Co do praktyki odholowywania w stosunkach do Libii przez Włochy, patrz: Barbara Miltner, op. cit., s. 215.

się o ochronę międzynarodową na podstawie cytowanego art. 8 dyrektywy proceduralnej. W tym kontekście może dziwić, czemu tego nie robią. To stawia na porządku dziennym drugi aspekt problemu.

Specyfika kryzysu – wieloaspektowość, paradoksy

Jeśli w poprzednim podrozdziale podążyliśmy z przybyszami z brzegu Turcji czy Libii na wybrzeże greckie czy włoskie, wypada prześledzić dalszy ciąg tej wędrówki. Osoba taka z zasady unika jak ognia wszelkiego kontaktu z organami państwa, w którym się znalazła. Stara się za to za wszelką cenę dostać do bogatych państw Unii. W przypadku osób, które znalazły się w Grecji, sytuacja jest o tyle kuriozalna, że wiąże się z wkroczeniem do Unii, a następnie z jej opuszczeniem. Z zasady każde przekroczenie granicy oznacza naruszenie prawa państw, których granice są przekraczane.

Nie trzeba wyjaśniać, że sytuacja taka może rodzić przerażenie państw docelowych i tranzytowych. Trudno się dziwić, że kierują one pretensje w stosunku do Grecji (w mniejszym zakresie Włoch). Warto rozważyć je w świetle prawa. Czy Grecja narusza przepisy, a jeśli tak, to jakie.

Szczególnie często w tym kontekście jest przywoływane rozporządzenie Dublin III. Trzeba jednak zauważyć, że rozporządzenie to nie zobowiązuje państwa do ścigania osób, które opuszczają jego terytorium lub uchylają się od rejestracji²⁰. Naruszenie rozporządzenia Dublin III miałoby miejsce wówczas, gdyby Grecja odmówiła przyjęcia osoby, co do której jest państwem właściwym. Nie tu leży istota problemu prawnego. Znajduje się ona w innym miejscu. Jest nim Kodeks Graniczny Schengen. Ten rzeczywiście zobowiązuje do poddania kontroli każdej osoby przekraczającej granicę zewnętrzną. Grecja z tego obowiązku się nie wywiązuje. W mojej ocenie u podłoża tego stanu rzeczy leżą dwie przyczyny. Po pierwsze, nie jest w stanie tego zrobić. Po drugie, nie ma interesu w tym, by być w stanie to zrobić. W praktyce bowiem kontrola takiej osoby prowadziłaby do wyraźnego wskazania Grecji jako państwa właściwego w rozumieniu rozporządzenia Dublin III. Tym samym występuje swoista zbieżność interesów. Grecja uznaje, że mniejszym złem jest to, że imigranci nielegalnie wkraczą na jej terytorium, skoro i tak zamierzają z niego wyjechać. Tym samym Grecja nie musi martwić się o spełnianie wymogów wynikających z dyrektywy recepcyjnej, prowadzić postępowania i martwić się w sytuacji, gdy danej osoby w praktyce nie

²⁰ Inaczej niż twierdzi A. Stergiou, A. Stergiou, *The Refugee Crisis And Its Effects On Greece's European Integration And Relations With Turkey*, Review of International Law & Politics Vol. 12, No. 2, s. 79.

będzie w stanie wydalić, choćby nawet nie otrzymała ona ochrony międzynarodowej.

Jest faktem, że przyczyną wyboru przez uciekinierów Grecji jako państwa przyjazdu są tylko względy geograficzne. Ona sama nie ponosi w tym zakresie żadnej winy. Co więcej, skrupulatne wykonywanie przez nią reguł Kodeksu Granicznego Schengen oznaczałoby dla niej tylko i wyłącznie problemy. Jedynym wyjściem byłoby uruchomienie pomocy dla Grecji – czy to w postaci dobrowolnej, czy przymusowej relokacji, czy to w postaci pomocy finansowej.

Zarazem jednak obecny stan faktyczny uruchamia kolejne fale imigracji.

Zapewne podstawowe pytanie do prawnika brzmi, w jaki sposób fale te zatrzymać. Odpowiedź jest jednak dość smutna. Fali tej zatrzymać się nie da. Można jedynie pracować nad jej zmniejszeniem.

Oczywiście najlepszym rozwiązaniem byłoby doprowadzenie do zakończenia konfliktu w Syrii i innych miejscach zapalnych. Ten efekt znajduje się poza zasięgiem Unii i jej członków. Po drugie, konieczna jest pomoc dla uchodźców w samej Syrii i państwach z nią sąsiadujących. Po trzecie, należy dążyć do porozumienia z tymi państwami, licząc się z tym, że mają one interes w tym, by obecną sytuację wykorzystać w sposób abuzywny²¹.

Wszystkie te działania są podejmowane, z lepszym czy gorszym skutkiem. Nie da się przy tym ukryć, że istnieją instrumenty, które leżą w rękach państw członkowskich, a które mogą mieć wpływ na napływ cudzoziemców.

Daje się zauważyć dwa podejścia do kryzysu. Jedno z nich przyjęły Niemcy w 2015 r. – *de facto* zapraszając uchodźców. Drugi – przyjęły Węgry²² i inne państwa wzmacniające kontrole graniczne. Ich jednoznaczna ocena jest trudna.

Z jednej strony nie można odmówić humanitaryzmu podejściu niemieckiemu. Zarazem jednak okazało się ono błędem politycznym. Nie chodzi tu o politykę jako sztukę zdobywania popularności i wygrywania wyborów, ale o sztukę rozwiązywania problemów. Podejście niemieckie oznaczało zachętę do kolejnych przyjazdów. Przypominało zatem gaszenie ognia benzyną. Jednak jego problematyczność jest jeszcze większa. Jednym z założeń przyznania Unii kompetencji w zakresie imigracji, azylu itp. było przekonanie, że działania jednego państwa mogą wpływać na inne. Nie da się ukryć, że działania niemieckie to wręcz idealny przykład tego, czemu miały zapobiegać działania unijne.

²¹ Inna sprawa, że ich obciążenia też są bardzo duże, patrz: N. Ostrand, op. cit., s. 256. Co do postawy rebeliantów kontrolujących stolicę Libii, patrz: R. Patrascu, op. cit., s. 250.

²² Szerzej na temat postawy państw Europy Środkowo-Wschodniej, patrz: R. Patrascu, op. cit., s. 251–254.

Z drugiej strony działania Węgier stały się przedmiotem krytyki. Faktycznie jednak działania te miały na celu zapewnienie celu unijnego, jakim jest ochrona granic zewnętrznych.

Jest to tylko jeden z licznych paradoksów obecnej sytuacji. Ten największy – związany z działaniem Dublin III był już wskazany. Nie jest dobrze, jeśli respektowanie prawa przez państwo przynosi mu same straty. To samo dotyczy prób uszczelnienia granic. Co ciekawe, gdy propozycje dotyczące relokacji zostały przyjęte bardzo źle przez państwa Europy Środkowej i Wschodniej, jedną z gróźb kierowanych pod ich adresem było... zawieszenie Schengen. Tymczasem państwa te stały właśnie na gruncie respektowania zobowiązań wynikających z Schengen. Z kolei pomysły stałego mechanizmu relokacji były potraktowane jako pomysł przerzucenia kosztów „gościnnej” polityki niemieckiej na państwa... najbardziej jej przeciwne. W tę logikę absurdu pięknie wpisują się pomysły stworzenia unijnej straży granicznej. W kontekście tego, co było mówione na temat prawa morza, można się zastawiać, co na działaniu tej straży miałyby uzyskać pierwsze państwo flankowe.

W obronie Komisji Europejskiej można rzec, że choć nie przedstawiła propozycji dobrych, to w sposób wyraźny tematem się zajmuje. Może nieświadomie uruchomiła w państwach drzemącą w nich frustrację i irytację, której raczej szybko nie uda się ugasić. Zarazem z teoretycznego punktu widzenia relokacja jest rozwiązaniem rozsądnym. Po pierwsze, odciąża państwo flankowe i w ten sposób realizuje zasadę solidarności. Po drugie, zmniejsza wspomniany już efekt karania państwa flankowego za respektowanie Kodeksu Granicznego Schengen. Po trzecie, nie da się wykluczyć, że działające mechanizmy mogłyby odgrywać rolę elementu zniechęcającego do przyjazdów. Tu jednak kryje się główne ryzyko. Może się bowiem okazać, że efekt jest odwrotny od zamierzonego. Z punktu widzenia wnioskodawcy perspektywa znalezienia się w Polsce może oznaczać faktyczną szansę łatwego dotarcia do Niemiec czy Szwecji. Tym samym relokacja może okazać się czynnikiem przyciągania niż zniechęcania kolejnych fal uciekinierów. Może się też okazać realną przyczyną przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych z Polską (czyli tego, czym Polska była szantażowana jako karą za... brak zgody na relokację).

Nie da się ukryć, że idea wzmocnienia kontroli na granicach odgrywa taką zniechęcającą rolę²³. Nie chodzi tu bowiem o trzymanie uciekinierów w strefach granicznych, ale o zapewnienie ich identyfikacji przed dotarciem do celu ich podróży. Dlatego tak ważnym elementem było wzmocnienie granic państw

²³ Co do krytycznej oceny tego podejścia, patrz: J. Borg-Barthet, C. Lyons, op. cit., s. 234.

nieczłonkowskich – Macedonii i Serbii, choć ono też wpisuje się w wyżej wskazaną logikę paradoksów. Państwa członkowskie wsparły bowiem kontrolę granic pomiędzy państwem członkowskim a nieczłonkowskim, działając po stronie... państwa nieczłonkowskiego.

Zarazem same państwa stoją przed dylematem, czy przejąć inicjatywę czy czekać na taką ze strony Unii. Zarazem jednak nie da się na dłuższą metę unikać pierwszego i irytować się na samą myśl o drugim.

Jak była już o tym mowa, celem tego artykułu nie jest udowodnienie tezy, że właściwym rozwiązaniem jest to, by w Polsce nie było ani jednego uchodźcy z Syrii, a w Libanie i Turcji było ich kilka milionów. Niniejszy tekst nie ma na celu przyjmowania opresyjnej polityki wobec uchodźców. W mojej ocenie państwa muszą zadać sobie pytanie, co zrobić w sytuacji, gdy olbrzymie fale migracyjne zaczną być wręcz stymulowane przez obce mocarstwa. Nie ma wątpliwości, że państwa europejskie powinny być w stanie wypracować scenariusze na wypadek np. miliona napływających osób.

Nie jest moim celem w tym tekście opracowanie bardzo dokładnego scenariusza. Nie ulega jednak wątpliwości, że będzie on musiał uwzględnić następujące elementy. Po pierwsze, droga morska jest bardzo trudna do zamknięcia w sposób, który byłby zgodny z prawem międzynarodowym i unijnym. Po drugie, jej uszczelnienie przy obecnie obowiązującym prawie uderza w pierwsze państwo flankowe. Tymczasem tylko ono może w praktyce mieć środki do uszczelniania swojej granicy.

W każdym razie trzeba się liczyć z tym, że przyszła operacja ochrony granic przybrałaby postać patroli morskich, które miałyby na celu identyfikację lub wręcz zatrzymywanie osób wpływających na morze terytorialne na nierejestrowanym statku. Wiązałaby się ona z dynamiczną interpretacją prawa morza i zapewne zmianami prawa UE. Musiałaby jednak oznaczać, że ciężar rozpatrywania wniosków będzie rozłożony między różne państwa. Zarazem najprawdopodobniej wnioski byłyby rozpatrywane w miejscach traktowanych przez uciekinierów jako mało atrakcyjne.

Podsumowanie

Współczesne prawo uchodźcze wydaje się być na tyle cennym osiągnięciem, że trudno byłoby zgodzić się na obniżanie jego wymogów z uwagi na współczesny kryzys migracyjny. W każdym razie nie widzę możliwości zawężenia nie tylko definicji uchodźcy, ale też unijnej definicji ochrony międzynarodowej. W przypadku napływu setek tysięcy czy milionów wnioskodawców trzeba

się liczyć, że może być bardzo utrudniona lub wręcz niemożliwa pełna realizacja wszystkich uprawnień osób uprawnionych do ochrony międzynarodowej i osób o nią się ubiegających określonych w prawie unijnym. Środki zaradcze raczej będą się wiązać z uszczelnianiem granicy. Przy ich podejmowaniu trzeba wyważyć względy humanitarne i ochronę uzasadnionych interesów państw. W każdym razie nie będzie to proces ani łatwy, ani przyjemny.

THE CONTEMPORARY MIGRATION CRISIS AND INTERNATIONAL LAW

The text of Przemysław Saganek is a part of a wider discussion on the Mediterranean migration crisis. The author underlines the multi-aspect character of the crisis and the fact that several branches of international law which are at stake in it. They cover: the law on refugees, human rights, the law of the sea, the maritime law, the rules on territorial sovereignty and on the crossing of borders. What is of importance are customary norms, treaties and norms of the EU law. The idea of the author is to look at the instruments of international law which may act as incentive for hundreds of thousands of newcomers or as main obstacles for the states to put an end to uncontrolled inflow of people through their borders. His idea is to identify such instruments and start discussion on their possible suspension or termination if the crisis persists.

The author comes to the conclusion that the definition of a refugee from the 1951 Geneva Convention is not by itself a source of problems. The same concerns the subsidiary protection as introduced by the EU qualification directive. The same can be said about the scope of rights of persons covered by the international protection. The only element which requires discussion is the possible redefinition of the right to national treatment as regards the social aid.

On the other hand, the scope of powers of states to defend their borders depends on the interpretation of the EU instruments on the protection of borders and the rights of applicants for international protection. The author comes to the conclusion that neither the procedural directive, nor the 2016 Schengen Border Code can be interpreted as a source of the right of an applicant to enter the territory of a Member State. On the other hand, the geographical conditions and the law of the sea make Greece and Italy the most vulnerable for the inflow of persons. The necessity of important changes to the law and its interpretation are referred to in a general way.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Marek Andrzejewski ■

O POTRZEBIE ZMIAN W POLSKIM PRAWIE ROZWODOWYM

1. Wprowadzenie

Zmiany prawa wynikają w swej najgłębszej warstwie z przemian rzeczywistości, której dany akt prawny dotyczy, w tym jej aspektów politycznych, technologicznych, demograficznych, ekonomicznych, obyczajowych, moralnych i innych. Bywa, że nowe regulacje prawne odzwierciedlają pojawienie się takich czy innych prądów myślowych lub zachowań, na które ustawodawca reaguje (pozytywnie lub karcąco) albo też zamierza je wykreować. Modyfikacje uregulowań prawnych zawsze wymagają rozważań, roztropności, respektu dla skomplikowanej materii, wszechstronnej o niej wiedzy, a jeśli dotyczą one rzeczywistości tak złożonej i delikatnej jak rodzina, wówczas argumenty za ich przeprowadzaniem muszą być szczególnie mocne.

Wokół małżeństwa i rodziny toczą się spory będące osią debaty na temat kierunku przemian o charakterze cywilizacyjnym.¹ Dla jednych nurtów

¹ Zobacz na ten temat np. w: L. Kocik, *Rodzina w obliczu wartości i wzorów życia ponowoczesnego świata*, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2006; B. Stanisławczyk, *Kto się boi prawdy? Walka z cywilizacją chrześcijańską w Polsce*, Fronda PL, Sp. z o.o., Warszawa 2015, s. 497–554 i podana tam literatura na temat cywilizacyjnego sporu wokół rodziny. Zob. też: A. Ostaszewska, *Co dzieje się z rodziną? Refleksje po lekturze książki Christophera Lachsa*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza małżeństwa*, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012, s. 199–220 i podana tam literatura; B. Banaszkiewicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2013, z. 3, s. 591–656. Zob. też napisaną z pasją książkę przeciwnego rozwodom polskiego demografa: E. Rosset, *Rozwody*,

myślowych jest to pojęcie najważniejsze, ściśle związane z przekonaniami religijnymi czy też filozoficznymi, a dla innych rodzina jest nieomal przeżytkiem i czynnikiem hamującym rozwój społeczeństwa. Ma to odzwierciedlenie w ustawodawstwie, które jest wszak funkcją poglądów dominujących w aktualnie rządzącej politycznej opcji. Można wskazać wiele współcześnie obowiązujących przepisów, zarówno wyrosłych z troski o rodzinę², jak i z bez troski o nią, a niewykluczone, że niekiedy również z niechęci w stosunku do niej.³ Te ostatnie, w wielu przypadkach, przyjmowano, używając kamuflażu, jakoby powstały w ramach realizacji... polityki rodzinnej, prowadzonej jednak *a'rebour*.⁴

Kulturowy, a nawet cywilizacyjny spór, jaki można obserwować, śledząc doniesienia medialne, przekazy artystyczne czy literaturę naukową na temat rodziny, odciska piętno na decyzjach i losach konkretnych ludzi skrajnie odmiennie traktujących rodzinę i małżeństwo, a więc – nie może być inaczej – różnie

PWE Warszawa 1986, s. 463.

² Wyobrażenie o ilości aktów prawnych dotyczących rodziny daje książka: P. Te-lusiewicz, *Służebna rola zwrotu „rodzinny” w przepisach prawa polskiego*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 492. Należy jednak mieć na uwadze, że nie zawsze akty prawne dotyczące rodziny wprowadzano po to, by rodzinę wspierać...

³ Mam na myśli ustawy dopuszczające zabijanie nienarodzonych, utożsamiające związki homoseksualne z małżeństwami, zezwalające na przysposobienie dziecka parom jedнопłciowym, zdejmujące obowiązki związane z utrzymaniem dzieci z ich rodziców, przekładając je na społeczeństwo i wiele innych.

⁴ Nie szukając przykładów daleko i dawno warto wskazać na ustawę z 22 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (Dz. U. 2003, Nr 228, poz. 2255 ze zm.), w której wprowadzono dodatek dla osób samotnie wychowujących dziecko wypłacany osobom formalnie samotnym (wdowom, wdowcom, pannom, kawalerom, a także osobom rozwiedzionym i żyjącym w separacji), a więc wśród świadczeniobiorców były osoby żyjące w konkubinacie. Przepis doprowadził do radykalnego wzrostu liczby wniesionych pozwów o rozwód i o separację, a także skłonił wiele par do niezawierania małżeństwa. Zobacz na ten temat w: M. Andrzejewski, *Najdroższe obrączki świata*, Polityka z 20.12.2003; idem, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko-rodzina-państwo)*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 143–146; ks. M. Kosek, *Realizacja konstytucyjnej zasady ochrony rodziny w świetle ustawy o świadczeniach rodzinnych z dnia 28 listopada 2003 roku*, [w:] *Finis legis Christus, Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, t. II, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009.

Krytycznie o unormowaniach prawa podatkowego dotyczących rodziny zob. w: K. Świąch, *Pozycja rodziny w polskim prawie podatkowym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, ss. 450, zwłaszcza s. 377–398; P. M. Woroniecki, *Małżeństwo jako przedmiot polityki fiskalnej państwa*, [w:], J. Sztuchmiller, J. Krzywkowska (red.), *Małżeństwo na całe życie?*, Olsztyn 2011, s. 379 i nast.; M. Goettel, *Wybrane konstrukcje prawnorodzinne w prawie podatkowym (na gruncie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych)*, w: M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, TNOiK, Toruń 2008, s. 539–558.

rozumiejących miłość, odpowiedzialność, lojalność, wierność i wiele innych ważkich pojęć. I bywa, że – zapewne zauroczeni przeciwieństwami – zawierają oni ze sobą związki małżeńskie...

2. Konteksty

Rozwody, a raczej zjawisko społeczne nietrwałości relacji w ramach małżeństw⁵, brak stabilizacji ekonomicznej, w tym brak pracy i mieszkań wraz z wieloma innymi istotnymi czynnikami, przyczyniają się do demograficznej zapaści w niemal wszystkich krajach Europy, a w tym w Polsce.⁶ Zjawisko to ma początki w latach 80. XX wieku, a jego pogłębienie nastąpiło w ostatnim ćwierćwieczu. Ów stan trwa nadal. Po części dzieje się tak dlatego, że przez cały ten okres przeciwdziałanie złym tendencjom demograficznym nie było w polityce społecznej państwa – eufemistycznie rzecz ujmując – zagadnieniem pierwszoplanowym. Dowodzą tego przykłady regulacji prawnych z obszaru prawa dotyczącego rodziny⁷ (m.in. z zakresu prawa socjalnego i podatkowego), aczkolwiek liczne w ostatnim ćwierćwieczu nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zawierały z reguły rozwiązania roztropne.

W kontekście rozważań snutych wokół rozwodu uwagę skoncentrować należy na relacjach osobistych i prawnych łączących konkretne osoby połączone więzią rodzinnoprawną małżeństwa, a także – gdy urodziły się w związku małżeńskim dzieci – osoby połączone więzią rodzicielską. W doktrynie prawa rodzinnego wskazuje się na trwałość/stabilność, jako cechę stosunków prawnych

⁵ Dotyczy ono również wszelkich alternatywnych względem małżeństwa form życia, takich jak konkubiny czy związki jednopłciowe. Zob. na ten temat w: K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Zakład Wydawniczy NOMOS, Kraków 2002.

⁶ Zob. np. w: Z. Strzelecki, *Współczesne wyzwania demograficzne dla Europy i Polski*, [w:] E. Giermanowska, M. Raclaw, M. Rymśa, *Kwestia społeczna u progu XXI wieku, Księga jubileuszowa dla Profesor Józefiny Hryniewicz*, WUW, Warszawa 2015, s. 42–66; K. Kluzowa, *Sytuacja demograficzna rodzin polskich lat dziewięćdziesiątych i jej konsekwencje społeczne*, [w:] M. Ziemska (red.), *Rodzina współczesna*, WUW, Warszawa 1999, s. 13–24.

⁷ Tym mianem określane jest zbiór norm prawnych wyodrębniony nie wedle kryteriów klasycznych, lecz wedle kryterium funkcji, jaką jest ochrona rodziny, albo ujmując rzecz szerzej, regulacji mających wpływ na funkcjonowanie rodziny. Zobacz na ten temat w: Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, PWN, Warszawa-Poznań 1982, s. 126; M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 51–63.

powstających na gruncie tego działu prawa cywilnego⁸, nikt też nie podważa obowiązującej w prawie rodzinnym zasady trwałości związku małżeńskiego.⁹ Jednocześnie można zaobserwować, że w relacjach rodzinnych wiele jest destrukcji i destabilizacji, że coraz częściej do głosu dochodzi egoizm¹⁰, który okazuje się silniejszy od solidarności, lojalności, wierności, miłości czy też odpowiedzialności za siebie nawzajem. Skalę jego zwycięstw w rodzinach można zobrazować stosunkiem konkretnych ludzi, ale też społeczeństw, do dzieci, wskazując np. na: przyzwolenie społeczne na zabijanie nienarodzonych¹¹, masowe spożywanie alkoholu przez kobiety w ciąży pomimo świadomości narażania dziecka na upośledzenie (syndrom FAS)¹², zjawisko przemocy ekonomicznej przejawiające się niewykonywaniem obowiązku alimentacyjnego¹³, osamotnienie dzieci umieszczanych w pieczy zastępczej¹⁴, utrudnianie dzieciom kontaktów z rodzicem, który mieszka osobno, pedofilię¹⁵, przemoc domową i wielu innych zjawisk.

Miarą destrukcji relacji rodzinnych jest też znaczący wzrost liczby wydawanych w Polsce w ostatnich kilkunastu latach orzeczeń rozwiązujących małżeństwo przez rozwód.¹⁶ Należy zachować pokorę i wstrzeźliwość w osądzaniu

⁸ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne*, [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 35–44.

⁹ Można natomiast nabrać wątpliwości, jeśli chodzi o respektowanie zasady trwałości małżeństwa, obserwując praktykę orzekania w sprawach o rozwód, gdyż – mówiąc ogólnie – trudno dopatrzeć się determinacji sądów w działaniach na rzecz pojednania małżonków.

¹⁰ O rodzinie jako środowisku wzrastania ku altruizmowi i chroniącemu przed egoizmem zob. m.in. w: A. C. Carlton, P. T. Mero, *O naturalny charakter rodziny*, Międzynarodowy Przegląd Polityczny 2006, Nr 2, s. 105.

¹¹ Zob. np. w: A. Zwoliński, *Krzywdzone dzieci. Zagrożenia współczesnego dzieciństwa*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2012 i podana tam literatura.

¹² Zobacz na ten temat m.in. w: M. Banach, J. Matejek, *W trosce o zdrowie dziecka i twoje: Płodowy Zespół Alkoholowy (FAS)*, wyd. 2, Wydawnictwo Scriptum, Kraków 2016, s. 232; M. Banach (red.), *Alkoholowy zespół płodu – teoria, diagnoza, praktyka*, WAM, Kraków 2011; M. Klecka, *Rozwój diagnostyki poalkoholowego spektrum zaburzeń rozwojowych – przegląd narzędzi diagnostycznych*, Psychiatria i Psychologia Kliniczna, 2010, Nr 4.

¹³ O skali problemu dają wyobrażenie wydawane corocznie przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (ogłaszane na stronie internetowej resortu) opracowania pt. „Informacja o realizacji ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów”.

¹⁴ O skali problemu dają wyobrażenie wydawane corocznie przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (ogłaszane na stronie internetowej resortu) opracowania pt. „Informacja o realizacji ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej”.

¹⁵ Zob. np. w: A. Zwoliński, s. 238–260 i podana tam literatura.

¹⁶ A. Ostaszewska, A. J. Nagórka, *Cechy stabilności małżeństwa. Statystyka rozwodów w Polsce na tle badań zagranicznych*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza*

rozводzących się osób, gdyż często u podłoża ich decyzji leżą dramatyczne okoliczności. Postrzegając jednak rozwody, jako zjawisko społeczne, można nabrać respektu dla roli egoizmu i nieodpowiedzialności w decyzjach życiowych wielu spośród nich.¹⁷ Socjologom, demografom, psychologom, czy też pedagogom, pozostawić należy analizowanie dynamiki rozwodów, ich przyczyn, skutków, emocjonalnej ceny rozwodowej traumy małżonków i ich dzieci¹⁸, czy też tego dla ilu spośród rozwodzących się było to głębokie przeżycie, a dla ilu zaledwie forma spektakularnego, ale powierzchownie przeżywanego wydarzenia.

Na proces osłabiania więzi rodzinnych, w tym zwłaszcza małżeńskich, można spojrzeć przez pryzmat liceów funkcjonujących w polskich miastach, w których młodzież z rodzin pełnych bywa coraz częściej w mniejszości. Uzasadniona wydaje się obawa, że w obliczu kryzysów jakie napotkają w stworzonych przez siebie związkach, nie wykrzeszą z siebie dość determinacji, by je ochronić. Mając doświadczenie wzrastania w rodzinach emocjonalnie okaleczonych, albo obserwując toksyczne relacje w rodzinach przyjaciół, wielu spośród nich może w ogóle nie podjąć ryzyka życia w małżeństwie, czy też w nieformalnym trwałym związku.

Tworzenie i szanowanie silnych relacji jest współcześnie – szczególnie w odniesieniu do młodzieży – wystawione na szczególnie trudną próbę wynikającą z destrukcyjnego wpływu seksualizacji sfery publicznej. Seks jest wszechobecny w filmach, programach telewizyjnych, Internecie, czasopismach, reklamach.¹⁹ Do jego perwersyjnej formy promującej instrumentalne traktowanie siebie i innych osób, jaką jest pornografia, łatwy dostęp mają nawet dzieci. Efektem tego zjawiska jest obniżający się wiek inicjacji seksualnej.²⁰ Wyniki ba-

małżeństwa, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012, s. 35–58 i podana tam literatura.

¹⁷ Skoro od 2004 r. rokrocznie sądy orzekały średnio około 65 tys. rozwodów (wcześniej około 40 tys.), to znaczy, że każdego roku rozwodziło się 130 tys. osób. Jeżeli założyć, że małżeństwa te miały średnio po jednym dziecku, wówczas w rozwód zaangażowanych było każdego roku bezpośrednio niespełna 200 tys. osób. Od 2004 do chwili obecnej daje to łącznie około 2 miliony 400 tys. osób (1/15 populacji).

¹⁸ Na ten temat m.in. w: M. Beisert, *Rozwód. Proces radzenia sobie z kryzysem*, Wydawnictwo Fundacji Humaniora, Poznań 2000, s. 290; E. Rosset, *Rozwody*, PWE Warszawa 1986, s. 460; M. Błazek, *Rozwód jako sytuacja kryzysowa w rodzinie*, [w:] I. Janicka, H. Liberska, *Psychologia Rodziny*, PWN, Warszawa 2014, s. 459–482.

¹⁹ Coraz bardziej stanowczo formułowany jest postulat prowadzenia edukacji seksualnej dzieci z wyłączeniem aspektu formacyjnego pokazującego związek między seksualnością człowieka, a jego duchowością, o czym szeroko w: G. Cube, *Globalna rewolucja seksualna. Likwidacja wolności w imię wolności*, Wydawnictwo Homo Dei, wyd. 2, Kraków 2013, s. 439.

²⁰ D. Ł. Jarczevska, *Wczesna inicjacja seksualna – grupy ryzyka i konsekwencje*; <http://www.rodzinakatolicka.pl/index.php/kompendium/37kompendium/26182>

dań empirycznych na ten temat nie pozostawiają złudzeń co do trudności, na jakie napotyka współczesna młodzież w budowaniu trwałych relacji partnerskich w małżeństwie czy w nieformalnym związku, skoro w wielu krajach Europy doświadcza jej kilkadziesiąt procent dzieci, które nie ukończyły 15. roku życia.²¹ Musi to prowadzić do wielości partnerów seksualnych przed poznaniem tego, z którym miałyby zostać zawarty związek małżeński. Silne podstawy ma lęk o umiejętność dochowania wierności w takim związku, a więc i o jego trwałość.

3. Czy deinstytucjonalizacja małżeństwa?

Na podobnych do przedstawionych wyżej informacjach i obserwacjach zbudowana jest socjologiczna diagnoza, że w krajach kręgu kultury euroamerykańskiej mamy do czynienia z procesem społecznym deinstytucjonalizacji małżeństwa.²² Najkrócej rzecz ujmując, polega on na coraz większym znaczeniu relacji łączącej dwie indywidualności²³ i jednoczesnym osłabianiu rangi norm społecznych wyznaczających zachowania partnerów. Wśród przejawów deinstytucjonalizacji wymienia się m.in. fakultatywność małżeństwa, opóźnianie wieku zawierania małżeństw i zawieranie ich po okresie kohabitacji, destabilizację mał-

wczesna-inicjacja-seksualna-grupy-ryzyka-i-konsekwencje (16.10.2014). Autorka pisze m.in.: „W międzynarodowym badaniu Health Behaviour in School-aged Children Study (HBSCS) z lat 2001–2002 ankietowano nastolatki z 35 krajów. W Polsce zaobserwowano najniższy odsetek młodych do 15. roku życia, którzy przeżyli inicjację seksualną, wynoszący 15%. Tylko w 9 krajach odsetek ten był niższy niż 20%. Najwyższy był w Grenlandii i wynosił 75%. Wśród samych chłopców tylko w 4 krajach odsetek ten był w okolicach 20% (w Polsce 20,9%), a wśród dziewcząt w 15 krajach (w Macedonii 3,6%, na drugim miejscu w Polsce – 9,2%). Najwyższe odsetki aktywnych seksualnie nastolatków, powyżej 40%, stwierdzono wśród dziewcząt mieszkających w Anglii, Walii, Szwecji i Niemczech, a wśród chłopców na Ukrainie, w Rosji, Belgii, Anglii i Szkocji oraz w Macedonii”.

Zob też w: K. Wąż, *Zjawisko (przed)wczesnego rodzicielstwa*, [w:] Z. Izdebski, T. Niemiec, K. Wąż (red.), *(Zbyt)młodzi rodzice*, Warszawa 2011, s. 132–140.

²¹ W Polsce inicjację seksualną przeżywa około 15% dzieci, które nie ukończyły 15. roku życia.

²² A. Cherlin, *The Deinstitutionalization of American Marriage*, *Journal of Marriage and Family* 2004, tom 66, nr 4, s. 848–861. Zobacz też w: I Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza małżeństwa*, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012, s. 13 i nast.

²³ Na temat przemian intymności w związkach, współczesnej autonomizacji ich życia i wielu innych aspektów tego zagadnienia zobacz w: F. Schmidt, *Para, mieszkanie, małżeństwo. Dynamika związków intymnych na tle przemian historycznych i współczesnych dyskusji o procesach indywidualizacji*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Warszawa-Toruń 2015, ss. 514.

żeństwa i społeczne przyzwolenie na rozwody, jeśli relacje w małżeństwie słabną („małżeństwo nie jest wyborem na całe życie, lecz umową o wzajemne świadczenie usług”) itp.²⁴ Można łatwo przewidzieć, jakie prawo wzmacniałoby tę tendencję i jakie unormowania byłoby efektem poddania się tezie o nieuchronności deinstytucjonalizacji małżeństwa. Byłyby to prawo niechętne małżeństwu, a więc takie, które np. uzależniałoby zawieranie związków małżeńskich i tworzenie innych form trwałego pożycia wyłącznie od swobodnej decyzji dwóch lub większej liczby osób czy też dopuszczałoby równie swobodne rozwiązywanie ich oparte wyłącznie na wyrażeniu woli rozstania żywionej przez chociażby jednego z małżonków czy partnerów itp.

W Europie występuje tendencja do tworzenia prawa małżeńskiego, a zwłaszcza rozwodowego, które wzmacnia nie tylko deinstytucjonalizację małżeństwa, ale i rodziny. Jest to kierunek niekorzystny z punktu widzenia kryteriów dobra i trwałości rodziny, stabilności środowiska wychowawczego dla dziecka czy zasady wzajemnej za siebie odpowiedzialności członków rodziny (solidarność grupy rodzinnej). Chcąc się mu przeciwstawić, należy poszukiwać rozwiązań prawnych opartych na założeniach aksjologicznych zrekonstruowanych na podstawie uregulowań Konstytucji oraz dorobku doktryny prawa rodzinnego.²⁵ Ustawa zasadnicza nakłada na państwo obowiązek zapewnienia rodzinie autonomii, ochrony, w tym wspierania jej trwałości, a także gwarantuje rodzicom prymat w wychowywaniu dzieci. Rola państwa nie sprowadza się więc jedynie do respektowania uprzywilejowanej pozycji rodziny, jako beneficjenta rozmaitych świadczeń. Państwo ma względem rodziny zadania pomocnicze, czyli nie może rodziny zastępować w wypełnianiu przez nią jej zadań, lecz ma ją wspierać, w szczególności w obliczu niewywiązywania się przez nią z jej funkcji.²⁶ W doktrynie nikt nie kwestionuje obowiązywania zasady trwałości małżeństwa²⁷, z którą współgra z założenia stabilny charakter stosunków prawnych powstających na gruncie prawa rodzinnego (małżeństwo, rodzice-dzieci).²⁸

²⁴ I. Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce...*, s. 14. Porównaj w: A. Toffler, *Szok przyszłości*, Poznań 1998, s. 249.

²⁵ M. Łączkowska, *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe*, Studia Prawnoustrojowe. Kwartalnik WPiA UWM w Olsztynie 2014, Nr 24, s. 61–81.

²⁶ Zobacz np. obowiązek wspierania rodziny, jeśli nie wypełnia ona funkcji opiekuńczo-wychowawczej, nałożony na agendy państwa w wielu przepisach Ustawy z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. 2011, Nr 149, poz. 887 ze zmianami), obowiązek wspierania ubogich na podstawie Ustawy z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tj. Dz. U. 2015, poz. 163 ze zmianami).

²⁷ Na trwałość jako konstytutywną cechę małżeństwa wskazują nie tylko prawnicy. Zob. np. w: F. Adamski, *Rodzina – wymiar społeczno-kulturowy*, Wydawnictwo UJ, Kraków 2002, s. 13 i nast.

²⁸ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinno-prawne*, Studia Prawa

Argumentację aksjologiczną, która może nie wszystkich przekonywać, nawet jeśli wyprowadzona jest z ocen przypisywanych ustawodawcy zawartych w unormowaniach Konstytucji i dorobku doktryny, można wzmocnić przesłankami o charakterze socjologicznym. Pomimo to, że również w Polsce dostrzegalne są przejawy procesu deinstytucjonalizacji małżeństwa, należy jednak nie tracić z pola widzenia, że występuje u nas relatywnie (w porównaniu do innych krajów europejskich) wysoki wskaźnik zawieranych małżeństw i jeden z niższych wskaźników rozwodów. Zachodzące zmiany, zaprzatając uwagę, przesłaniają to, co jest w polskich rodzinach stabilne i co pozwala głosić pogląd, że proces deinstytucjonalizacji małżeństwa w Polsce nie dość, że powolniejszy niż w innych państwach Europy, to jeszcze przebiega w taki sposób, że tendencji tej nie należy traktować jako nieodwracalnej. Zwłaszcza, że wiele elementów wskazujących na instytucjonalne aspekty funkcjonowania małżeństw ma się w naszym kraju ciągle nieźle lub dobrze.²⁹

Skoro kierunek zmian zachodzących w polskim małżeństwie nie jest przesądzony, a w debatach i życiowej praktyce teza o rodzinie, jako podstawowej komórce społeczeństwa, mocuje się z tendencją ku nadaniu tego miana jednostce³⁰, to należy którąś z tych tendencji poprzec. Czy zaakceptować kierunek zmian, jaki dominuje w Europie Zachodniej, czy może próbować mu się przeciwstawić? Czy dominanta w relacjach małżeńskich elementu psychologicznego (prymat emocji małżonków i to zarówno wtedy, kiedy dokonują wyboru, jak i wtedy, kiedy ze sobą są, ale też – konsekwentnie rozumując – wtedy, kiedy oddalają się od siebie, a oddalając, nierzadko zbliżają ku innym osobom) powinna cieszyć się przychylnością prawa w każdej sytuacji, na każdym etapie związku, czy też np. uzasadniony byłby dystans (dezaprobaty) względem rozwiązania małżeństw bez powodów czy też z powodów błahych?

Otóż w sporze o wizję małżeństwa opowiedzieć się należy przeciwko feztyszowi indywidualizmu, a za uwzględnieniem paradygmatu zawierającego przychylność dla elementów komunitaryzmu³¹, czyli – odnosząc się wprost do tematu artykułu – za pójsiem w stronę traktowania aspektów prawnych małżeństwa, a więc jego zawarcia, funkcjonowania i ewentualnego rozwiązania, w sposób poważny. Takiemu podejściu można postawić zarzut, że brane serio prawo małżeńskie nie będzie dla części (większości?) współczesnych atrakcyjną

Prywatnego 2007, Nr 1.

²⁹ I. Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce*, s. 31.

³⁰ A. C. Carlton, P.T. Mero, s. 105.

³¹ Zob. np. w: T. Terlikowski, *Przyszłość małżeństwa. W poszukiwaniu paradygmatu bardziej komunitarnego*, *Więź* 2006, Nr 9, s. 11–22; M. Rymśza, *Małżeństwo nie jest sprawą prywatną*, *Więź* 2009, Nr 11–12, s. 57–69.

formułą. Skoro młodzi ludzie coraz częściej unikają w ogóle ryzyka wiązania się na stałe, to tym bardziej mogą mieć dystans względem propozycji funkcjonowania w związku opartym na solidnych podstawach formalnych. Z postulatem stawiania małżonkom wysokich wymagań etycznych, może bowiem być trochę tak, jak z postulowaniem wprowadzenia zakazu zabijania nienarodzonych, którego legislacyjna realizacja może wszak spowodować ostre przeciwdziałanie zwolenników aborcji, gdy to oni dojdą do władzy. Czy obawa o taką ich reakcję może być argumentem przeciwko pryncypialnemu stawianiu zakazu wszelkiej aborcji? Obawiam się, że może, ale tylko do pewnego stopnia. Projekt prawa traktującego małżeństwo i rodzinę serio warto i należy bowiem wprowadzić dla tych, którzy tak właśnie chcą pojmować te dwa pojęcia, te dwie wartości.³² Przytoczone wypowiedzi z obszaru socjologii rodziny nie pozwalają twierdzić, że tworzenie takiego prawa w Polsce rozchodziłoby się nazbyt stanowczo z oczekiwaniami społecznymi. Jeśli natomiast chodzi o tych, którzy czuliby się nowym prawem zawiedzeni lub byłiby jemu przeciwni, to należałoby przyjąć, że to nie do nich ta propozycja jest adresowana. Hołdując indywidualizmowi, nie powinni zawierać związków małżeńskich ani zakładać rodzin, unikając w ten sposób łudzenia siebie i innych, że są zdolni do życia dla kogoś. Być może należałoby dla nich sformułować prawny model funkcjonowania w związku na wzór francuskiego PACS.³³

³² Nie uważam za właściwe, aby współcześnie należało rozważać na gruncie prawa świeckiego koncepcję małżeństwa, jako związku, który byłby nierozzerwalny. Zwłaszcza w obliczu niedawnych zmian przepisów prawa kanonicznego Kościoła katolickiego, głoszącego konsekwentnie nierozzerwalność małżeństwa, jednak w znacznym stopniu upraszczających procedurę jego unieważniania. Unieważnienie małżeństwa na gruncie Kodeksu Prawa Kanonicznego nie jest oczywiście rozwodem, jest tak jednak postrzegane przez część katolików (nie mówiąc już o postronnych obserwatorach) ulegających przekazowi świeckich mediów. Taki a nie inny stan świadomości członków Kościoła, a jednocześnie obywateli, należy jednak mieć na uwadze, wiedząc, że korzystanie z możliwości unieważnienia małżeństwa inspirowane jest często zamiarem zawarcia nowego związku i dlatego postrzegane jest na podobieństwo rozwodu. Ułatwienia proceduralne, niezależnie od ich intencji i istoty, odebrane zostały jako zliberalizowanie stanowiska Kościoła w stosunku do idei nierozzerwalności małżeństwa. Dostęp do sakramentów dla osób, które żyją w powtórnych związkach, wprowadzony przez papieża Franciszka w adhortacji „*Amoris laetitia*” również ma wektor od, a nie do nierozzerwalności.

³³ Na ten temat zobacz w: J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 400; P. Pilch, *Instytucjonalizacja związków partnerskich w Europie – kilka uwag o historii zjawiska, modelach obowiązujących regulacji oraz Unii Europejskiej*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, Toruń 2013.

4. Postulaty de lege ferenda

4.1. Uwaga wprowadzająca

Jak już wskazano, chcąc zarysować kierunek pożądanych zmian w prawie rozwodowym, trzeba odnieść się do uregulowań z zakresu prawa materialnego, formalnego, a także tych, które dotyczą aspektu organizacyjnego prowadzenia postępowań rozwodowych. Na tych trzech obszarach należy poszukiwać rozwiązań, które byłyby zbudowane na fundamencie szacunku dla rodziny, jako podstawowej grupy społecznej i respektowania zasady trwałości małżeństwa.

Przepisy, których funkcjonowanie miałyby służyć ochronie rodziny i podniesieniu rangi instytucji małżeństwa, nie mogą sugerować sięgania po rozwód bez zaistnienia po temu koniecznej potrzeby. Z obowiązywaniem w systemie prawa przepisów o rozwodzie powinno być związane przekonanie, że są one możliwością, po jaką można, a niekiedy trzeba, sięgać w zasadzie w ostateczności. Jeżeli rozwiązanie małżeństwa jest nieuniknione, wówczas prawo nie powinno utrudniać uzyskania rozwodu. W takich przypadkach uregulowania prawa winny zawierać narzędzia pozwalające stworzyć godne warunki rozstania, w szczególności zaś zapewnić możliwie najlepsze zabezpieczenie sytuacji dziecka po rozwodzie.³⁴

4.2. Propozycje niezbędnych lub pożądanych zmian w przepisach – prawo materialne

4.2.1. Zawarcie małżeństwa

Zagadnieniem prawnym silnie związanym z problematyką rozwiązania małżeństwa przez rozwód jest jego zawarcie, a w szczególności zaś odpowiednie przygotowanie nupturientów do pełnienia ról małżeńskich i rodzinnych. Zaakcentowanie rangi zawarcia małżeństwa, jako czynnika, które je wzmacnia, można dostrzec w nauczaniu papieży, którzy – w obliczu wnoszenia do sądów kościelnych coraz większej ilości spraw o unieważnienie małżeństwa – wskazywali na konieczność dowartościowania przygotowania kandydatów, w tym osiągnięcia przez nich odpowiedniej dojrzałości (której brak stanowi przesłankę unieważnienia związku).³⁵ Najistotniejsze znaczenie ma w tym zakresie przekaz wycho-

³⁴ R. Zegadło, *Mediacja jako środek osiągania porozumień rodzicielskich*, [w:] K. Weitz, J. Gudowski (red.), *Aurea praxis aurea teoria. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 1987.

³⁵ M. Gwóźdź, *Przygotowanie do małżeństwa w przemówieniach papieży do Roty Rzymskiej w latach 1962–2002*, [w:] R. Sztuchmiller, J. Krzykowska, *Jak przygotować do małżeństwa?*, Olsztyn 2013, s. 141–148. W zasadzie godne polecenia są niemal wszyst-

wawczy idący od rodziców i innych osób bliskich, jednak nikt też nie może zwolnić z zadań edukacyjnych i wychowawczych placówek oświatowych. Wskazując na potrzebę dowartościowania momentu zawarcia małżeństwa, jako rzutującego na jego sukces lub porażkę, należy postulować, by państwo (zwłaszcza poprzez działalność instytucji edukacyjnych) współ z organizacjami pozarządowymi, Kościołem katolickim, innymi kościołami i związkami wyznaniowymi, podjęło wysiłek zmierzający do rozwoju prorodzinnej edukacji młodzieży, zapewnienia wsparcia psychologicznego w podejmowaniu decyzji życiowych i wielu innych działań prowadzących ku budowaniu prorodzinnej mentalności. Brak przygotowania do pełnienia owych ról występuje zwłaszcza w małżeństwach zawieranych „z ważnych powodów” (z reguły jest nim ciąża) za zezwoleniem sądu wydanym kobiecie, która nie ukończyła 18. roku życia, spośród których co trzecie nie trwa dłużej niż rok.³⁶

W tym kontekście warta rozważenia jest idea przywrócenia prawu instytucji zaręczyn³⁷, jako przyobiecania sobie zawarcia małżeństwa i traktowania czasu do tego wydarzenia jako przygotowania.

4.2.2. Okresowa niemożność wystąpienia o rozwód

Dla skłonienia nupturientów do odpowiedzialnego podejścia do małżeństwa, zwłaszcza w obliczu zawierania związków małżeńskich, które z założenia mają być ...krótkotrwałe, a więc w przypadkach, gdy chodzi jedynie o przeżycie swego rodzaju wydarzenia, należałoby rozważyć wprowadzenie do polskiego prawa rodzinnego zakazu rozwiązywania małżeństwa przez rozwód przed upływem dwóch (trzech?) lat od chwili jego zawarcia. Mogłoby to zostać wyrażone

kie artykuły dotyczące przygotowania do małżeństwa zamieszczone w tym tomie. Zob. też: S. Kasprzak, *Współczesne zagrożenia trwałości małżeństwa sakramentalnego i potrzeba starannego przygotowania dla nupturientów*, [w:] R. Sztuchmiller, J. Krzywkowska (red.), *Małżeństwo na całe życie?*, Olsztyn 2011, s. 55–75.

³⁶ U. Kempieńska, *Małżeństwa młodocianych. Ciąża, ślub i co dalej...?*, Toruń 2012, zwłaszcza s. 157 i nast; K. Marzec-Holka, *Dezintegracja małżeństw zawartych za zgodą sądu*, WSP Bydgoszcz, Bydgoszcz 1994.

³⁷ Tak w: K. Piasecki, *Prawo Małżeńskie*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 301. Na temat tego obyczaju szerzej w: I. Przybył, *Obyczaj zaręczyn i jego rola w procesie konstruowania małżeństwa*, [w:] A. Kotlarska-Michalska, *Młodzież a rodzina*, Roczniki Socjologii Rodziny, tom XIX, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009, s. 33–49. O zaręczynach i ich charakterze prawnym (bez postulowania przywrócenia tej instytucji) zob. w: J. Gajda, *Zawarcie małżeństwa*, [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, tom 11, pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 73–75; J. Nikołajew, *Instytucja zaręczyn według tradycji i prawa Kościoła greckokatolickiego w Polsce*, [w:] R. Sztuchmiller, J. Krzywkowska (red.), *Jak przygotować do małżeństwa?*, Olsztyn 2013, s. 49–70.

w formie domniemania, że skoro doszło do skutecznego zawarcia związku małżeńskiego, to przesłanki jego zupełnego i trwałego rozkładu pożycia nie mogą się ziścić przed upływem wskazanego okresu.

4.2.3. Zasada rekryminacji

Konieczne jest restrykcyjne odzwierciedlenie w polskim prawie zasady rekryminacji (art. 56 §3 k.r.o.). Jej obowiązywanie jest konieczne³⁸, jednak sformułowanie w powołanym przepisie budzi wątpliwości.³⁹ Zawiera on bowiem tezę, że zachowanie małżonka niewinnego rozkładu pożycia małżeńskiego może być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdy nie wyraża on zgody na rozwód, o który z powodztwem wystąpił małżonek wyłącznie odpowiedzialny za ów rozkład.⁴⁰ Wątpliwości nasuwają się w związku ze stosowaniem przepisu w praktyce sądowej. W szczególności w przypadkach, gdy argumentem na rzecz przypisania niewinnemu małżonkowi zachowania nieetycznego, jest przedstawienie sądowi przez powoda zaświadczenia lekarskiego o ciąży będącej skutkiem podjęcia przez niego współżycia cielesnego z osobą, z którą tworzy nowy, faktyczny związek. Taki dokument nie dowodzi jednak naganności odmowy wyrażenia zgody na rozwód, lecz niewierności powoda, a więc jego zachowania sprzecznego z prawnym nakazem wierności wyrażonym w art. 23 k.r.o. Jako taki nie powinien przysparzać powodowi korzyści procesowych.⁴¹ Trudno jednak liczyć, że w sytuacji podjęcia przez

³⁸ Zob. na ten temat w: A. Olejniczak, [w]: H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz LEX*, a LEX Wolters Kluwer business, wyd. 2., Warszawa 2013, s. 432–444 i podana tam literatura i orzecznictwo.

³⁹ Debata na ten temat omówiono w: W. Stojanowska, *Rozwód*, [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 695–710.

⁴⁰ Głoszona jest teza – m.zd. trudna do pogodzenia z brzmieniem art. 56 § 3 k.r.o. – że niezgodność z zasadami współżycia społecznego zachowania małżonka, który odmawia zgody na rozwód, może nie zawierać w sobie nagannej oceny takiego zachowania – zob. np. w: A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawnej podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 55. Podzielić należy pogląd o wadliwości redakcji powołanego przepisu zawarty chociażby w: A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1980, s. 113 i nast.

⁴¹ Tematyka pojmowania i rangi wierności wykracza poza ramy tego artykułu. Wskazane jest jednak podanie w przypisie notki do tekstu stawiającego tę kwestię odpowiednio serio zarówno od strony filozoficznej, jak i prawnej: B. Czech, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej*, [w:] M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę, Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 45–72. Zob. też w: J. Salij, *Wierność jako fundament małżeństwa. Obrona trwałości i nierozzerwalności małżeństwa*

powoda pożycia w nowym związku można utrzymać małżeństwo, nie mówiąc o szansach na zachowanie w nim choćby poprawnych relacji. Dlatego należy zmienić art. 56 §3 k.r.o. w sposób umożliwiający sądowi wydanie orzeczenia o rozwodzie w przypadku, w którym małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia pozostaje w nowym faktycznym związku z zamiarem jego formalnego zawarcia, względnie, jeśli spodziewa się z tego związku potomstwa.⁴² Należy jednak jednocześnie tak zmienić przepis, by wyłączyć możliwość – otwartego lub pośredniego – określania odmowy wyrażenia zgody na rozwód przez małżonka niewinnego rozkładu pożycia, jako zachowania sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. Nie da się jednak wykluczyć, że odmowa owej zgody wynikać może z chęci utrzymania małżeństwa motywowanej miłością do współmałżonka czy też względami religijnymi, a więc nie z niskich pobudek takich jak np. złośliwość czy zemsta. Na negatywną ocenę nie zasługuje też odmowa wyrażenia zgody na rozwód ze względu na ekonomiczną zależność od współmałżonka. Natomiast, gdyby można pozwanemu małżonkowi przypisać niskie motywy odmowy wyrażenia zgody (np. zemsta, wymuszanie korzyści majątkowej), wówczas należałoby z rezerwą odnieść się do zakwalifikowania powoda, jako wyłącznie winnego doprowadzenia do rozkładu pożycia w tym związku.

4.2.4. „Odszkodowanie”

Niezależnie od kwestii alimentowania byłego małżonka należy rozważyć dopuszczalność zasądzenia swego rodzaju odszkodowania z tytułu nierównego statusu ekonomicznego rozwodzących się małżonków, w szczególności wówczas, gdy powstał on wskutek wspólnych ustaleń małżonków odnośnie do podziału ról w ich związku. Chodzi o zminimalizowanie pokrzywdzenia tego małżonka, który nie rozwijał się zawodowo, prowadząc dom, koncentrując energię na wychowywaniu dzieci itp., a po orzeczeniu rozwodu, zwłaszcza, gdy ów układ ról w małżeństwie trwał wiele lat, miałby znacząco niższy status materialny. Podjęcie pracy, o ile w ogóle byłoby możliwe, nie zapewniałoby mu godziwych zarobków, jak również ewentualnego świadczenia emerytalnego. Rzecz jasna odszkodowanie należałoby przyznać jedynie wówczas, gdy do rozwodu doszłoby z przyczyn

wobec postmodernistycznego kultu płynności, [w:] D. Bryl, J. Troska (red.), *Rodzina wobec współczesnych wyzwań*, Teologia i Moralność 2008, Nr 4, s. 51–60.

⁴² Ten argument można wziąć pod uwagę szczególnie wówczas, gdy powód nie ma dzieci pochodzących z małżeństwa, które zamierza rozwiązać przez rozwód. Nie dlatego jednak, że prawo powinno względniej traktować związki płodne. Z punktu widzenia prawem określonych celów małżeństwa (art. 23 k.r.o.) i przesłanek rozwodowych (art. 56 k.r.o.) nie ma po temu podstaw. Argumentem może być natomiast взгляд na ochronę interesów dziecka poczętego lub zrodzonego w tym drugim związku.

(merytorycznych i formalnych) leżących przede wszystkim po stronie małżonka lepiej sytuowanego.

4.3. Propozycje niezbędnych lub pożądanых zmian w przepisach – prawo formalne

4.3.1. Specyfika spraw o rozwód

Z punktu widzenia idei ochrony rodziny i poszukiwania rozwiązań prawnych, które temu celowi mogłyby się przysłużyć, największe niewykorzystane możliwości tkwią w prawie formalnym. Dotyczy to w szczególności postępowań w sprawach o rozwód. Istotne znaczenie mają też uregulowania dotyczące ustroju sądów, które również wymagają zmian. Ich zakres wykracza jednak znacznie poza zmiany mieszczące się w pojęciu reformy.

W rozważaniach o jakiegokolwiek procedurze, w szczególności zaś wtedy, gdy celem jest zaproponowanie nowych rozwiązań, należy wyjść od oczywistej tezy, że uregulowania natury formalnej muszą być adekwatne do specyfiki problemów prawnomaterialnych, jakie mają być przy użyciu danej procedury rozwiązywane. Prawo formalne ma bowiem charakter służebny w stosunku do unormowań prawa materialnego.⁴³ Należy w związku z tym zadbać, aby przyjęte rozwiązania współgrały ze specyfiką relacji rodzinnych, których dotyczą.

Należy sprecyzować sens sformułowania „specyfika spraw o rozwód”.⁴⁴ Najważniejszą ich cechą jest to, że w postępowaniu o rozwód uczestniczą osoby, które były, są i pozostaną rodziną. Dotyczy to również wielu osób najbliższych stronom postępowania. Dlatego postępowanie powinno być tak ukształtowane, aby nie pogłębiało nieuniknionej i tak destrukcji relacji rodzinnych.⁴⁵ Rozwodzący się – zwłaszcza jeśli mają dzieci, ale nie tylko – pozostaną rodziną i będą pozostawać ze sobą w bezpośrednich, a co najmniej pośrednich relacjach. Zakończą prowadzenie wspólnie gospodarstwa, ustanie między nimi więź seksualna itp., ale mając chociażby wspólne dzieci i wnuki będą, chcąc nie chcąc,

⁴³ Np. w: K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze w sprawach cywilnych*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 4–5.

⁴⁴ Szerzej na ten temat w: M. Andrzejewski, *O specyfice rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych (szkic koncepcji)*, [w:] S. Bębas, E. Jasiuk, *Prawne, administracyjne i etyczne aspekty wychowania w rodzinie*, tom 2, Wydawnictwo WSE w Radomiu, Radom 2011, s. 133–139.

⁴⁵ Por. w: M. Sawczuk, *Przemiany prawa rodzinnego w Europie (zagadnienia wybrane)*, [w:] B. Czech (red.), *Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego? Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej 21–22 września 1995 r. w Katowicach*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Katowice 1997, s. 255–257.

spotykać się na rozmaitych rodzinnych uroczystościach lub w celu omówienia szczególnie ważnych problemów.

Mając to na względzie, należy procedurę rozwodową ukształtować w taki sposób, aby służyła rozwiązywaniu rodzinnych problemów prawnych, a nie sprowadzała się wyłącznie do rozstrzygania sporów. „Rozstrzygnięcie” koncentruje uwagę i emocje na orzeczeniu – jego treści i chwili wydania, zaś „rozwiązanie problemu”, zawierając odniesienie do przeszłości, kieruje uwagę na konstrukcję przyszłości, przez co osłabia spektakularność momentu orzekania. „Rozstrzygnięcie” narzuca optykę walki i generuje postrzeganie postępowania, jako prowadzącego do czyjegoś zwycięstwa lub przegranej (to w sprawach o rozwód jest szczególnie nieracjonalne podejście), czego można chociażby częściowo uniknąć, patrząc na postępowanie w sprawie o rozwód, jako próbę „rozwiązania problemu”. „Rozstrzygnięcie” zatrzymuje uwagę osób zaangażowanych w sprawę na aspekcie formalnym sporu/problemu, natomiast „rozwiązanie problemu” kieruje myśli ku tym aspektom zagadnienia, które są od prawa ważniejsze, jak np. ekonomia, psychologia, pedagogika, medycyna i inne. Wszak właśnie przede wszystkim na tych obszarach problem powinien być i może zostać rozwiązywany, zaś prawo, które jest formą, a nie treścią, powinno pełnić względem nich rolę służebną.

Przedstawiona idea i jej semantyczny wyraz są zakorzenione w koncepcji sprawiedliwości naprawczej, a więc postępowania nastawionego na rozwiązywanie problemów.⁴⁶ Warto podkreślić, że przeprowadzone w ostatnich latach zmiany w prawie rozwodowym (wprowadzenie mediacji, nałożenie na strony obowiązku opracowania planu wychowawczego) mają u podstaw takie właśnie postrzeganie roli prawa formalnego.

4.3.2. Postępowanie pozasądowe lub przedsądowe

a) Potrzeba uniknięcia pułapki tkwiącej w myśleniu skoncentrowanym na „rozstrzyganiu” spraw rodzinnych prowadzi do sformułowania najważniejszego spośród przedstawionych tu wniosków i postulatów, a mianowicie wprowadzenia w sprawach rozwodowych – a także w większości innych spraw rodzinnych, co jednak nie jest przedmiotem niniejszych rozważań – postępowania przedsądowego i jednocześnie pozasądowego. Należy podkreślić, że zespoły podobne do postulowanych niżej w niniejszym artykule funkcjonują w kilku krajach.⁴⁷

⁴⁶ J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej, Warszawa 2004; idem, *Sprawiedliwsza sprawiedliwość, rozmowa z W. Osiatyńskim*, Gazeta Wyborcza z 11–12 stycznia 2003.

⁴⁷ O dopuszczalności wprowadzenia swego rodzaju instytucji pojednawczych w sprawach rodzinnych w Europie zob. np. w: R. Zegadło, s. 1994. O tym, że nie jest

W polskiej tradycji dobrze są wspomniane – mające podobny cel – komisje rozjemcze działające w zakładach pracy dla załatwienia sporów pracowników z pracodawcą bez korzystania z drogi sądowej.

b) Takie postępowanie nie toczyłoby się przed sędzią (sędziami) rozstrzygającym spór, lecz przed grupą/zespołem ekspertów, którzy pomagiliby rozwiązać problem. Postępowanie to mogłoby prowadzić do rozwiązania wszelkich spraw związanych z rozwiązaniem małżeństwa przez rozwód (możnaby wtedy o nim mówić, że jest to postępowanie pozasądowe), a w obliczu braku porozumienia w jakiegokolwiek kwestii dopuszczalna byłaby droga do dwuinstancyjnego postępowania sądowego (postępowanie przed zespołem miałoby wówczas charakter postępowania przedsądowego).

c) Celem tego postępowania powinno być pogodzenie małżonków, a jeśli okazałoby się to niemożliwe, wówczas powinno ono prowadzić do wydobycia problemów, które muszą zostać rozwiązane (małżonkowie mogą wielu z nich nie dostrzegać). Zespół ma mieć za zadanie nie tylko prowadzenie postępowania w kierunku rozwiązania rodzinnego problemu prawnego, ale też podejmowanie działań na rzecz rozwiązania pozaprawnych problemów rodziny, które ujawnią się w jego toku. Aby to osiągnąć, zespół musi mieć obowiązek współpracowania z lokalnymi instytucjami wspierającymi rodzinę, czyli powinien wykonywać mniej więcej to zadanie, jakie postawiono w regulaminie sądów powszechnych przed sądami rodzinnymi⁴⁸, których one jednak w praktyce nie wykonują.

d) W skład zespołu powinni wejść psychologowie, pedagodzy, przedstawiciele służby zdrowia, oświaty, organizacji pozarządowych działających na rzecz rodziny, pracownicy socjalni, prawnicy i inni. Wydaje się, że cenzus wyższego wykształcenia uznać należy za niezbędny. Żaden z członków zespołu nie ma posiadać statusu podobnego do ławnika, gdyż mają oni być profesjonalistami w swych dziedzinach, a więc osobami, których kompetencje pozwolą na efektywny namysł nad kierunkiem pożądaných działań na rzecz rodziny zarówno w trakcie postępowania, jak i ewentualnie po jego zakończeniu (obojętnie, czy

to idea nowa świadczą opisy zawarte w: W. Stojanowska, *Środki prawne zapobiegania i rozwiązywania konfliktów rodzinnych na podstawie badań prawnoporównawczych*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego, Nr 26, Warszawa 1987, s. 146–160; A. W. Jongbloed, *The Netherlands (1838–2005)*, [w:] C. H. van Rhee (red.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, Antwerp-Oxford 2005, s. 82–98, 93–95; N. Andrews, *The New English Civil Procedure Rules* (1998), ibidem, s. 161–180; C. H. van Rhee, *Introduction*, ibidem, s. 185 i nast.; A. Wijffels, *France*, ibidem, s. 197–206. Zobacz też np. [w:] K. Stanley, *Family Law*, wyd. 7., Palgrave Macmillan, s. 6–10.

⁴⁸ J. Ignaczewski, [w:] M. Romańska (red.), *Regulamin urzędowania sądów powszechnych*, Sądowe Komentarze Tematyczne pod red. J. Ignaczewskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 450–457.

dojście do rozwiązania małżeństwa czy podjęcia próby dalszego wspólnego życia). Jeśli chodzi o prawników, ale również przedstawicieli innych zawodów, zasadne byłoby objęcie ich programem szkoleń lub umożliwienie uczestnictwa w studiach podyplomowych z zakresu psychologii i pedagogiki. Prawnik uczestniczący w pracach zespołu nie powinien być osobą eksponowaną. Jego podstawową funkcją powinna być dbałość o poszanowanie ram prawnych przy formułowaniu ustaleń.

Członkowie zespołu powinni być osobami dojrzałymi zawodowo i życiowo. Powinni mieć ukończony co najmniej 35. rok życia. W sprawach o rozwiązanie małżeństwa wymóg ten powinien również dotyczyć pełnomocników stron.

e) Zespół powinien być sytuowany na szczeblu powiatu lub rejonu w rozumieniu obszaru kompetencji sądów powszechnych pierwszej instancji. Na początku działania zespołów w najgorszym razie powinny one być powoływane na poziomie okręgu w rozumieniu obszaru kompetencji sądów okręgowych. Usprawiedliwieniem takiego – odległego od rodziny – usytuowania może być niewystarczająca w początkowej fazie liczba profesjonalistów dla zapewnienia komisjom sprawnego działania na mniejszych obszarach. Zespół mógłby być agendą samorządowych struktur pomocy społecznej, ale równie dobrze można by je afiliować przy sądach rejonowych lub (na początku działania) okręgowych. Mogłyby też mieć status autonomiczny względem administracji samorządowej i sądownictwa.

f) Postępowanie przed zespołem powinno być obligatoryjne. Droga postępowania sądowego powinna być dopuszczalna po wyczerpaniu możliwości rozwiązania rodzinnego problemu przed komisją. Ustalenia poczynione wspólnie ze stronami powinny być dla stron wiążące, tzn. przysługiwać im powinna ranga tytułu egzekucyjnego.

g) Postępowanie przed komisją powinno być maksymalnie, jak to tylko jest możliwe, odformalizowane. Formalizm postępowania musi ustąpić wymogom komunikacji osób przeżywających kryzys, a przy tym nieobeznanym z prawem i być może nieposiadającym wysokiego statusu edukacyjnego. W szczególności język, jakim posługiwać się będą członkowie komisji, nie może być językiem prawniczym, w postępowaniu dominować powinien język potoczny. Celem postępowania ma być jednak umożliwienie wspólnego z rozwodzącymi się małżonkami wypracowania rozwiązań poszczególnych rodzinnych zagadnień.

h) Ze względu na standard dopuszczalności drogi sądowej (prawo do sądu) w każdym elemencie nieustalonym w postępowaniu przed komisją orzeka sąd na szczeblu sądu rejonowego (modelowo) w trybie nieprocesowym.

i) W początkowej fazie funkcjonowania zespołów (3–5 lat) postanowienia zespołów powinny być kontrolowane przez sąd (apelacyjny?), jednakże po-

winna to być jedynie kontrola legalności wydawanych orzeczeń o rozwiązaniu małżeństwa i poszczególnych składowych elementach dotyczących spornych problemów prawnych.

j) W trakcie postępowania przedsądowego, ze względu na jego charakter, nie należałoby nakłaniać stron do prowadzenia mediacji, w każdym razie nie należałoby ich na mediacje kierować. Byłoby to bowiem po części dublowaniem poczynań zespołu. Prowadzenie postępowania przedsądowego i pozasądowego (z możliwością orzeczenia rozvodu poza sądem) jest lepszym rozwiązaniem niż mediacja, a to przez wzgląd na udział w pracach zespołu kilku osób, które mogłyby profesjonalnie pomóc rozwiązywać problemy wyłaniające się w konsekwencji kryzysu małżeńskiego.⁴⁹ Mogłyby to być nawet kwestie, których rozwodzący się małżonkowie nie dostrzegali, a profesjonaliści z poszczególnych dziedzin biorący udział w pracach zespołu je zdiagnozowali, pomagając rozwiązać. Za otwarciem na koncepcje prowadzenia postępowania przed zespołem, a jednocześnie przeciwno nadmiernym nadziejom na dobrą skuteczność mediacji w postępowaniach rozwodowych i opiekuńczych, przemawiają też złe doświadczenia w już ponad dwunastoletniej praktyce funkcjonowania mediacji rozwodowej w Polsce.⁵⁰

4.3.3. Postępowanie sądowe w sprawach o rozwód

a) Postępowanie sądowe w sprawach o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód powinno toczyć się na żądanie którejkolwiek ze stron postępowania prowadzonego wcześniej przed komisją. Sąd winien podjąć próbę rozwiązania tych problemów, których nie udało się stronom rozwiązać w toku postępowania przedsądowego.

Postępowanie powinno toczyć się w pierwszej instancji przed sądem rejonowym, jednakże dopiero wówczas, gdy zostaną przeprowadzone radykalne zmiany w organizacji polskiego sądownictwa rodzinnego. Przede wszystkim

⁴⁹ Na temat dobrych efektów prowadzenia mediacji w sprawach rozwodowych zarówno w fazie przedsądowej, jak i w trakcie postępowania sądowego, której celem jest obniżenie pułapu stresu dla stron i dzieci oraz kreowanie poprawnych między nimi relacji na czas po rozwodzie, zob. w: M. Białecki, *Możliwość i ograniczenia mediacji w sprawach rodzinnych na tle prawnoporównawczym*, [w:] M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 10–12.

⁵⁰ M. Domański, *Oddalenie powództwa o rozwód w sprawach, w których małżonkowie mieli wspólne małoletnie dzieci w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, [w:] E. Holewińska-Łapińska (red.), *Prawo w Działaniu*, Sprawy Cywilne, tom 14, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 177–220; E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006, s. 87; J. Brol, *Bariera na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Mediacja*, [w:] E. Holewińska-Łapińska, *Prawo w Działaniu*, Sprawy Cywilne, tom 7, Oficyna Naukowa, Warszawa 2010, s. 19–80.

powinny one dotyczyć otwarcia drogi awansu dla sędziów rodzinnych przez utworzenie wydziałów rodzinnych we wszystkich sądach okręgowych. Należy też stanowczo postulować umożliwienie wykonywania zawodu sędziego w ogóle, a sędziego rodzinnego w szczególności, jedynie osobom dojrzałym, to jest mającym – poza odpowiednio wysokim poziomem wiedzy prawniczej – odpowiednie predyspozycje psychiczne, odpowiedni wiek (minimum 35 lat)⁵¹, a także to, co określa się mianem osobowości.⁵² Sędzia musi też akceptować system etyczny i założenia aksjologiczne leżące u podstaw unormowań prawa rodzinnego.⁵³

b) Sędzia rodzinny powinien mieć możliwość korzystania bez zbędnej zwłoki z wiedzy ekspertów z zakresu psychologii, pedagogiki, medycyny, pracy socjalnej i innych dziedzin. Jest to postulat realizacji jednego z trzech filarów idei sądownictwa rodzinnego w jego formule zaprezentowanej w okresie tworzenia, którego jednak do tej pory nigdy nie próbowano nawet realizować... Umiejętność współpracy z partnerami społecznymi w osobach profesjonalistów z wymienionych dziedzin – kształcona w trakcie aplikacji – powinna być jednym z ważniejszych kryteriów oceny kompetencji sędziego. Rolą sędziego rodzinnego powinno być bowiem koordynowanie poczynań względem rodziny.⁵⁴ Dotychczasowa słabość tej współpracy jest refleksem szerszego zjawiska, a mianowicie słabej komunikacji trzeciej władzy ze społeczeństwem⁵⁵ i nie należy spodziewać się szybko oczekiwanych zmian w omawianym zakresie.

⁵¹ Szerzej w: M. Andrzejewski, *Sędzia rodzinny – uwagi w kontekście poszukiwania modelu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych*, [w:] *Proces cywilny. Nauka-Kodyfikacja-Praktyka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012. Istotę problemu braku dojrzałości sędziego, w jego minimalnym zakresie, oddaje gorzkie stwierdzenie dyskutanta w trakcie debaty o wymiarze sprawiedliwości, że do zawodu sędziego nie powinno się dochodzić w ramach programu – moja pierwsza praca...

⁵² F. Zedler, *Sądy rodzinne – wybrane zagadnienia organizacyjne i procesowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1984, s. 43. Szerzej o osobowości sędziego rodzinnego zob. w: B. Czech, *Z rozważań nad postępowaniem i orzecznictwem w sprawach rodzinnych (niezawisłość sędziowska, sprawy o rozwód, sprawy opiekuńcze małoletnich, sędziowie rodinni, dobro dziecka, opinie biegłych)*, Rodzina i Prawo 2011, Nr 20, s. 15–18.

⁵³ B. Czech, *Z rozważań...*

⁵⁴ Praktykę współpracy ukazano w: M. Arczewska, *Role społeczne sędziów rodzinnych*, Instytut Socjologii UW, Warszawa 2009, s. 98–107, 156–161. Zob. też w: M. Andrzejewski, *Współpraca sądów rodzinnych i instytucji pomocy społecznej w umieszczaniu dzieci poza rodziną*, Państwo i Prawo 2003, Nr 9; B. Czech, *Z rozważań...*, s. 20–30.

⁵⁵ Zobacz na ten temat zwłaszcza teksty – oparte na empirycznych badaniach – zawarte w: M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, Kraków 2003.

Rangę tej współpracy wyznacza konieczność weryfikowania ustaleń rodziców powziętych w ramach zawartych przez nich porozumień. Konieczna jest aktywna postawa sądu w kwestii ustalania losu dzieci po rozwodzie rodziców. Sędziowie nie powinni jednak nadmiernie ufać swej intuicji z zakresu pedagogiki, psychologii, a także (zważywszy niewiedzę o poziomie życia innych niż własna grupa społeczno-zawodowa) na przykład ekonomii i dlatego ocenę trafności rozwiązań przyjętych w porozumieniach przedstawianych przez rodziców powinni wyrażać po otrzymaniu opinii biegłych z tych dziedzin wiedzy. Proceduralną istotę przyjętych w prawie rozwodowym uregulowań wymuszających na rodzicach namysł w celu wspólnego ustalenia przyszłości dzieci można sprowadzić do nakazu aktywnego podejścia do tego zagadnienia również przez sąd i to w każdym przypadku rozwodu, a nie tylko wówczas, gdy – jak to miało miejsce przed wprowadzeniem zmian z 2005 i 2008 r. – strony wiodły spór odnośnie do dzieci.⁵⁶

c) Z punktu widzenia opisanej wyżej specyfiki spraw rozwodowych niezbędne jest odejście od hołdowania w postępowaniu w sprawach o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód zasadzie kontradiktoryjności na rzecz wzmacniania w tym postępowaniu elementów koncyliacyjnych.⁵⁷ Skoro toczący postępowanie małżonkowie są skonfliktowani i mają problem z prowadzeniem dialogu w wielowątkowej trudnej emocjonalnie sprawie, to nieracjonalne jest proceduralne utrudnianie im komunikacji. Kontradiktoryjność generuje konfrontowanie się stron, a przez to nie przystaje do specyfiki relacji rodzinnych, które – jak powiedziano – będą trwać po zakończeniu postępowania prawnego. W ostatnich kilkunastu latach poczyniono kroki w pożądanym kierunku, a więc ku złamaniu zasady kontradiktoryjności elementami koncyliacji (mediacja, porozumienie rodzicielskie), ale na tym nie należy poprzestać.

d) Zważywszy na opisaną wyżej specyfikę rodzinnych problemów prawnych należy adekwatną do niej uczynić scenografię, w jakiej toczą się w sądzie postępowania dotyczące tych problemów. Sędzia (sąd) nie powinien zasiadać na podwyższeniu, za stołem sędziowskim, lecz przy stole wraz ze stronami postępowania. Posiedzenia w celu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych nie powinny odbywać się w surowej scenerii sali sądowej, lecz w pokoju sędziego.⁵⁸

⁵⁶ R. Zegadło, s. 1988.

⁵⁷ Zasada koncyliacyjnego rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych powinna wyprzeć zasadę kontradiktoryjności z wszelkich postępowań rodzinnych poza ewentualnie sprawami majątkowymi.

⁵⁸ Ze względu na potrzebę zachowania intymności prawo islamskie nie pozwala na prowadzenie spraw o rozwód w sali sądu: A. M. Piwko, *Muzułmańskie prawo rodzinne. Sposoby rozwiązania małżeństwa w islamie oraz zasady dziedziczenia majątku*, Nurt SVD. Półrocznik Misjologiczno-Religioznawczy 2013, Nr 1, tom 133, s. 215–216.

Sędzia powinien być ubrany godnie, czyli elegancko, ale nie w togę ani żaden inny strój urzędowy (uniform), gdyż to mentalnie go oddala od stron, z którymi – chcąc rozwiązać ich prawne problemy – powinien toczyć dialog.⁵⁹ To określenie zostało użyte celowo, gdyż raczej o dialog powinno chodzić, a nie o przesłuchanie.

e) Należy ustanowić funkcję rzecznika interesu dziecka, który występowałby w sądowym postępowaniu rozwodowym jego rodziców.⁶⁰ Powinien on być powoływany, gdy z powodztwa wynika, że rodzice będą wiedli spór o sprawowanie władzy rodzicielskiej, kontakty z dzieckiem czy też o alimenty, w szczególności zaś, jeśli zawarli budzące merytoryczne wątpliwości porozumienie rodzicielskie lub jeśli nie byli w stanie takiego porozumienia sformułować, ewentualnie, gdy z sugestią powołania rzecznika wystąpi do sądu którakolwiek ze stron lub zespół rozpatrujący sprawę w postępowaniu przedsądowym.

f) W sprawach rozwodowych powinna istnieć możliwość nałożenia na strony obowiązku podjęcia mediacji odnośnie do rozwiązania istotnych spraw na czas po orzeczeniu rozvodu, a zwłaszcza tych, które dotyczą zabezpieczenia losu dzieci.⁶¹ Mam na myśli jedynie te sytuacje, w których mediacja w ogóle ma sens, a więc wówczas, kiedy strony postępowania nie są uzależnione, chore psychicznie, silnie zaburzone emocjonalnie, ani nie występuje między nimi przemoc lub znacząca nierównowaga siły.⁶² Nie przekonuje argument o dobrowolnym charakterze mediacji, jako narzędzia przejętego do procedur z psychologii, na gruncie której dobrowolność traktowana jest jako cecha, która mediację

⁵⁹ Uwagi o randze stroju sędziego, których jednak w stosunku do sędziów rodzinnych nie podzielam, zob. w: M. Laskowski, *Warunki pracy sędziego a godność sprawowanego przez niego urzędu*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Pozycja ustrojowa sędziego*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015, s. 74–76.

⁶⁰ Na temat tej ochrony *de lege lata* zob. w: P. Gluza, Z. Kołakowska-Halbersztadt, M. Tański, *Dziecko w rozstaniu rodziców*, LexisNexis, Warszawa 2013, ss. 302. Zob. też w: T. Sokołowski, *Wprowadzenie*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 594–595.

⁶¹ Szerzej o mediacji w niemieckiej procedurze cywilnej w: R. Zegadło, s. 1994 i nast. Na temat doświadczeń innych państw zob. m.in. w: M. Białecki, *Możliwość i ograniczenia...*, s. 1–12. O słabym, bo zbliżonym do osiąganego w Polsce, jedynie niespełna 10 procentowym udziale mediacji w postępowaniach rozwodowych w początkowych latach po wprowadzeniu jej do procedury rozwodowej w Anglii i Walii, zob. w: R. Verkijk, *England and Wales*, [w:] C.H. van Rhee (red.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen – Oxford 2005, s. 226–228. O wątpliwościach dotyczących dobrowolności mediacji zob. w: A. M. Arkuszewska, J. Pils (red.), *Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 70–73.

⁶² A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007, s. 35–41.

niemalże definiuje.⁶³ Jeżeli bowiem rodzic odmawia podjęcia dialogu w sprawie losu dziecka po rozwodzie, wówczas powinien ponieść negatywne konsekwencje swego zachowania. Argument, że nie jest to możliwe, albowiem nie złamał on żadnego nakazu, a jedynie nie skorzystał z prawnej możliwości, wydaje się nieprzekonujący. Należy taki nakaz sformułować. Trudno bowiem zaakceptować uplasowanie prawa do nieuczestniczenia w mediacji i prawa do odmowy udziału w aktywnej partycypacji w ustalaniu przyszłości dziecka w trudnym okresie kryzysu wokółrozwodowego, ponad zasadę ochrony dobra dziecka, któremu może dobrze przysłużyć się porozumienie rodzicielskie w tym zakresie. Odmowa podjęcia próby sformułowania takiego porozumienia jest zachowaniem nagannym i przynoszącym szkodę w postaci wydłużenia postępowania oraz zmniejszenia widoków na racjonalne uregulowanie przyszłości dziecka.

Gdyby koncepcja obligatoryjnej mediacji nie uzyskała poparcia, należałoby przywrócić posiedzenia pojednawcze, jako obowiązkowe w postępowaniu w sprawach o rozwód. Byłby to przejaw determinacji w prowadzeniu postępowania w sposób mniej sformalizowany, a więc z większą aktywnością stron. Posiedzenie pojednawcze powinno być prowadzone przez psychologa lub co najmniej mediatora, przy uczestnictwie sędziego.

g) Zmienić należy przepisy o kosztach sądowych w sprawach o rozwód i separację. Rozwód powinien kosztować około 1/12 rocznych dochodów z barierą w postaci górnej wysokości w kwocie np. 25 tys. złotych. Zważmy, że w sprawie, w której sąd orzeka w składzie trzyosobowym, w tym jeden sędzia zawodowy, podejmowane są trudne kwestie o wielkiej doniosłości, nierzadko po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w tym z opinii ekspertów. Ten postulat nie zmierza przeciwko zwolnieniom z części lub całości kosztów osób ubogich.

Natomiast całkowitą odpłatność powinien ponosić Skarb Państwa za przeprowadzenie mediacji rozwodowej.⁶⁴ Zdjęłoby to swoistą blokadę ekonomiczną i ambicjonalną, która utrudnia stronom występowanie z wnioskiem o mediację.

h) Na wzór wymogów postawionych wyżej sędziom orzekającym w sprawach rozwodowych należy też sformułować podobne postulaty w stosunku do pełnomocników procesowych osób, które się rozwodzą. Również oni powinni mieć co najmniej 35 lat, ukończone studia podyplomowe w zakresie psychologii i pedagogiki, w ramach których uwzględnione byłyby też elementy mediacji. Pełnomocnicy nie mogliby przekazywać prowadzenia spraw rozwodowych osobom, które nie ukończyły 35. roku życia, ani aplikantom.

⁶³ R. Zegadło, s. 1990 i nast.

⁶⁴ Tak w: R. Zegadło, s. 1996 i nast.

* * *

Przedstawiona koncepcja nie jest propozycją skończoną. Wymaga ona wielu uszczegółowień, wyjaśnień i znacznie rozbudowanej argumentacji. Sformułowanie go w tej wersji niechaj będzie zachętą do podjęcia rozmowy, bo zagadnienie rozwiązywania małżeństwa przez rozwód zasługuje na otwartą, szczerą, wielowątkową debatę.

Bibliografia

F. Adamski, Rodzina – wymiar społeczno-kulturowy, Wydawnictwo UJ, Kraków 2002;

M. Andrzejewski, Współpraca sądów rodzinnych i instytucji pomocy społecznej w umieszczaniu dzieci poza rodziną, Państwo i Prawo 2003, Nr 9;

M. Andrzejewski, O specyfice rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych (szkic koncepcji), [w:] S. Bębas, E. Jasiuk (red.), Prawne, administracyjne i etyczne aspekty wychowania w rodzinie, tom 2, Wydawnictwo WSE w Radomiu, Radom 2011;

M. Andrzejewski, Najdroższe obrączki świata, Polityka z 20.12.2003;

M. Andrzejewski, Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko-rodzina-państwo), Zakamycze, Kraków 2003;

M. Andrzejewski, Sędzia rodzinny – uwagi w kontekście poszukiwania modelu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych, [w:] Proces cywilny. Nauka-Kodyfikacja-Praktyka, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012;

M. Arczewska, Role społeczne sędziów rodzinnych, Instytut Socjologii UW, Warszawa 2009;

A. M. Arkuszewska, J. Pils (red.), Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014;

M. Banach, J. Matejek, W trosce o zdrowie dziecka i twoje: Płodowy Zespół Alkoholowy (FAS), wyd. 2, Wydawnictwo Scriptum, Kraków 2016;

M. Banach (red.), Alkoholowy zespół płodu – teoria, diagnoza, praktyka, WAM, Kraków 2011;

B. Banaszkiewicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2013, z. 3;

M. Białecki, Możliwość i ograniczenia mediacji w sprawach rodzinnych na tle prawnoporównawczym, [w:] M. Kosek, J. Słyk (red.), W trosce o rodzinę, Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008;

M. Beisert, *Rozwód. Proces radzenia sobie z kryzysem*, Wydawnictwo Fundacji Humaniora, Poznań 2000;

M. Błazek, *Rozwód jako sytuacja kryzysowa w rodzinie*, [w:] I. Janicka, H. Liberska, *Psychologia Rodziny*, PWN, Warszawa 2014;

M. Borucka-Arctowa, K. Pałeczki (red.), *Sądy w opinii społeczeństwa polskiego*, Kraków 2003;

J. Bról, *Bariery na drodze alternatywnego rozwiązywania sporów w sprawach cywilnych. Mediacja*, [w:] E. Holewińska-Łapińska, *Prawo w Działaniu, Sprawy Cywilne*, tom 7, Oficyna Naukowa, Warszawa 2010;

A. C. Carlton, P. T. Mero, *O naturalny charakter rodziny*, *Międzynarodowy Przegląd Polityczny* 2006, Nr 2;

A. Cherlin, *The Deinstitutionalization of American Marriage*, *Journal of Marriage and Family* 2004, tom 66, nr 4;

J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, *Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej*, Warszawa 2004;

J. Consedine, idem, *Sprawiedliwsza sprawiedliwość*, rozmowa z W. Osiałyńskim, *Gazeta Wyborcza* z 11–12 stycznia 2003;

G. Cube, *Globalna rewolucja seksualna. Likwidacja wolności w imię wolności*, Wydawnictwo Homo Dei, wyd. 2, Kraków 2013;

B. Czech, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej*, [w:] M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wandy Stojanowskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008;

B. Czech, *Z rozważań nad postępowaniem i orzecznictwem w sprawach rodzinnych (niezawisłość sędziowska, sprawy o rozwód, sprawy opiekuńcze małoletnich, sędziowie rodzinni, dobro dziecka, opinie biegłych)*, *Rodzina i Prawo* 2011, Nr 20;

M. Domański, *Oddalenie powództwa o rozwód w sprawach, w których małżonkowie mieli wspólne małoletnie dzieci w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, [w:] E. Holewińska-Łapińska (red.), *Prawo w Działaniu, Sprawy Cywilne*, tom 14, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013;

J. Gajda, *Zawarcie małżeństwa*, [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, tom 11, pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, C.H. Beck, Warszawa 2009;

P. Gluza, Z. Kołakowska-Halbersztadt, M. Tański, *Dziecko w rozstaniu rodziców*, LexisNexis, Warszawa 2013;

M. Goettel, *Wybrane konstrukcje prawnorodzinne w prawie podatkowym (na gruncie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych)*, [w:]

M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, TNOiK, Toruń 2008;

A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007;

M. Gwóźdź, *Przygotowanie do małżeństwa w przemówieniach papieży do Roty Rzymskiej w latach 1962–2002*, [w:] R. Sztynchmiller, J. Krzykowska, *Jak przygotować do małżeństwa?*, Olsztyn 2013;

E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006;

D. Ł. Jarczevska, *Wczesna inicjacja seksualna – grupy ryzyka i konsekwencje*; <http://www.rodzinakatolicka.pl/index.php/kompendium/37kompendium/26182-wczesna-inicjacja-seksualna-grupy-ryzyka-i-konsekwencje> (16.10.2014);

S. Kasprzak, *Współczesne zagrożenia trwałości małżeństwa sakramentalnego i potrzeba starannego przygotowania dla nupturientów*, R. Sztynchmiller, J. Krzykowska (red.), *Małżeństwo na całe życie?*, Olsztyn 2011;

U. Kempieńska, *Małżeństwa młodocianych. Cięża, ślub i co dalej...?*, Toruń 2012;

M. Klecka, *Rozwój diagnostyki poalkoholowego spektrum zaburzeń rozwojowych – przegląd narzędzi diagnostycznych*. *Psychiatria i Psychologia Kliniczna*, 2010, Nr 4;

Kluzowa, *Sytuacja demograficzna rodzin polskich lat dziewięćdziesiątych i jej konsekwencje społeczne*, [w:] M. Ziemska (red.), *Rodzina współczesna*, WUW, Warszawa 1999;

L. Kocik, *Rodzina w obliczu wartości i wzory życia ponowoczesnego świata*, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2006;

ks. M. Kosek, *Realizacja konstytucyjnej zasady ochrony rodziny w świetle ustawy o świadczeniach rodzinnych z dnia 28 listopada 2003 roku*, w: *Finis legis Christus*, *Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, t. II, red. J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009;

M. Laskowski, *Warunki pracy sędziego a godność sprawowanego przez niego urzędu*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Pozycja ustrojowa sędziego*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015;

M. Łączkowska, *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe*, *Studia Prawnoustrojowe*. *Kwartalnik WPiA UWM w Olsztynie* 2014, Nr 24;

K. Marzec-Holka, *Dezintegracja małżeństw zawartych za zgodą sądu*, WSP Bydgoszcz, Bydgoszcz 1994;

J. Nikołajew, Instytucja zaręczyn według tradycji i prawa Kościoła greckokatolickiego w Polsce, [w:] R. Sztynchmiller, J. Krzywkowska (red.), *Jak przygotować do małżeństwa?*, Olsztyn 2013;

A. Olejniczak, *Materialnoprawnej, przesłanki udzielenia rozwodu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1980;

A. Olejniczak, [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz LEX, a LEX Wolters Kluwer business*, wyd. 2, Warszawa 2013;

A. Ostaszewska, *Co dzieje się z rodziną? Refleksje po lekturze książek Christophera Lachsa*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza małżeństwa, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne*, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012;

A. Ostaszewska, A. J. Nagórka, *Cechy stabilności małżeństwa. Statystyka rozwodów w Polsce na tle badań zagranicznych*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza małżeństwa, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne*, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012;

J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013;

K. Piasecki, *Prawo Małżeńskie*, LexisNexis, Warszawa 2011;

K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze w sprawach cywilnych*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010;

P. Pilch, *Instytucjonalizacja związków partnerskich w Europie – kilka uwag o historii zjawiska, modelach obowiązujących regulacji oraz Unii Europejskiej*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Wydawnictwo „Dom Organizatora” TNOiK, Toruń 2013;

A. M. Piwko, *Muzułmańskie prawo rodzinne. Sposoby rozwiązania małżeństwa w islamie oraz zasady dziedziczenia majątku*, Nurt SVD. Półrocznik Misjologiczno-Religioznawczy 2013, Nr 1, tom 133;

I. Przybył, *Obyczaj zaręczyn i jego rola w procesie konstruowania małżeństwa*, [w:] A. Kotlarska-Michalska, *Młodzież a rodzina, Roczniki Socjologii Rodziny*, tom XIX, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009;

I. Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce*, [w:] A. Kotlarska-Michalska (red.), *Oblicza małżeństwa, Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne*, Tom XXII (2012), Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2012;

M. Romańska (red.), *Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Sądowe Komentarze Tematyczne*, pod red. J. Ignaczewskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013;

E. Rosset, *Rozwody*, PWE, Warszawa 1986;

M. Rymśza, *Małżeństwo nie jest sprawą prywatną*, *Więź* 2009, Nr 11–12,

o. J. Salij, *Wierność jako fundament małżeństwa. Obrona trwałości i nierozzerwalności małżeństwa wobec postmodernistycznego kultu płynności*, [w:] D. Bryl, J. Troska (red.), *Rodzina wobec współczesnych wyzwań*, *Teologia i Moralność* 2008, Nr 4;

M. Sawczuk, *Przemiany prawa rodzinnego w Europie (zagadnienia wybrane)*, [w:] B. Czech (red.), *Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego? Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej 21–22 września 1995 r. w Katowicach*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Katowice 1997;

K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Zakład Wydawniczy NOMOS, Kraków 2002;

F. Schmidt, *Para, mieszkanie, małżeństwo. Dynamika związków intymnych na tle przemian historycznych i współczesnych dyskusji o procesach indywidualizacji*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Warszawa-Toruń 2015;

T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2014;

T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinno-prawne*, *Studia Prawa Prywatnego* 2007, Nr 1;

T. Sokołowski, *Wprowadzenie*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego, pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2014;

B. Stanisławczyk, *Kto się boi prawdy? Walka z cywilizacją chrześcijańską w Polsce*, *Frona PL, Sp. z o.o.*, Warszawa 2015;

K. Stanley, *Family Law*, wyd. 7, Palgrave Macmillan;

W. Stojanowska, *Środki prawne zapobiegania i rozwiązywania konfliktów rodzinnych na podstawie badań prawno-porównawczych*, *Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego*, Nr 26, Warszawa 1987;

W. Stojanowska, *Rozwód*, [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, tom 11, System Prawa Prywatnego pod red. Z. Radwańskiego, INP PAN, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014;

Z. Strzelecki, *Współczesne wyzwania demograficzne dla Europy i Polski*, [w:] E. Giermanowska, M. Raław, M. Rymśza, *Kwestia społeczna u progu XXI wieku*, *Księga jubileuszowa dla Profesor Józefiny Hryniewicz*, WUW, Warszawa 2015;

K. Święch, *Pozycja rodziny w polskim prawie podatkowym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013;

P. Telusiewicz, *Służebna rola zwrotu „rodzinny” w przepisach prawa polskiego*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013;

T. Terlikowski, *Przyszłość małżeństwa. W poszukiwaniu paradygmatu bardziej komunitarnego*, *Więź* 2006, Nr 9;

A. Toffler, *Szok przyszłości*, Poznań 1998;

C. H. van Rhee (red.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, Antwerp-Oxford 2005;

K. Wąż, *Zjawisko (przed)wczesnego rodzicielstwa*, [w:] Z. Izdebski, T. Niemiec, K. Wąż (red.), *(Zbyt)młodzi rodzice*, Warszawa 2011;

P. M. Woroniecki, *Małżeństwo jako przedmiot polityki fiskalnej państwa*, [w:] J. Sztychmiller, J. Krzywkowska (red.), *Małżeństwo na całe życie?*, Olsztyn 2011;

F. Zedler, *Sądy rodzinne – wybrane zagadnienia organizacyjne i procesowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1984;

R. Zegadło, *Mediacja jako środek osiągania porozumień rodzicielskich*, [w:] K. Weitz, J. Gudowski (red.), *Aurea praxis aurea teoria*, Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, LexisNexis, Warszawa 2011;

A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawnej, podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015;

Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, PWN, Warszawa-Poznań 1982;

A. Zwoliński, *Krzywdzone dzieci. Zagrożenia współczesnego dzieciństwa*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2012.

ON THE NEED FOR CHANGE IN POLISH DIVORCE LAW

The author discusses an always relevant problem of the model of the procedure for dissolving marriage. The problem is analyzed from the point of view not only of law, but also social sciences, primarily, psychology. He observes a presence of a dominant tendency nowadays to deemphasize the meaning of marriage and family, and to succumb to crisis and file for a divorce for banal reasons. The so called pro-divorce mentality translates into a tendency observed among judges to favor divorce. On the other hand, the author assesses the legal acts referring to divorce cases as reasonable, i.e. neither favoring nor facilitating divorce. Therefore, a need is emphasized to change the approach to the family in a critical situation. He suggests that in a family court instead of settling family legal problems an attempt should be made to solve them. To this effect, in local communities, special groups comprising psychologists, pedagogues, lawyers, social workers and other specialists should be set up. The ultimate goal for the groups would be to try to reconcile the spouses, to help them solve their family problems, including assistance in dealing with all divorce procedures. People dissatisfied with the proposal suggested by such a group might have a right to file a case in court. In court the proceedings should be held in compliance not with the so far applied adversarial principle but with the conciliatory principle.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Tomasz Szanciło ■

WSTRZYMANIE DOSTAW ENERGII ELEKTRYCZNEJ Z POWODU ZALEGŁOŚCI PO STRONIE ODBIORCY A OBOWIĄZEK INFORMACYJNY PRZEDSIĘBIORCY

I. Wprowadzenie

Wstrzymanie dostaw energii na podstawie art. 6b ustawy z 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne¹ stanowi jedno z najdalej idących uprawnień przedsiębiorcy energetycznego², z którym odbiorca zawarł stosowną umowę, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę rolę, jaką odgrywa w życiu każdego człowieka energia elektryczna. W związku z tym nie jest to uprawnienie, które przysługuje w każdej sytuacji, ale muszą być spełnione określone warunki, nawet jeżeli podstawą wstrzymania dostaw jest brak płatności ze strony odbiorcy. Na tym tle między przedsiębiorcą energetycznym a odbiorcą może powstać spór dotyczący zasadności wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, do rozstrzygnięcia którego, w oparciu o art. 8 ust. 1 pr. energ., uprawniony jest Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes URE, Prezes Urzędu). Jest to pierwszy organ, który ma prawo i obowiązek badać, czy zaistniały przesłanki do skorzystania przez przedsiębiorcę energetycznego ze wskazanego uprawnienia. Kolejnymi są sądy, które rozpatrują odwołania od decyzji Prezesa URE. Każdy z organów

¹ T.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm., dalej: pr. energ.

² Ustawa posługuje się pojęciem „przedsiębiorstwa energetycznego”, jednak w ujęciu podmiotowym należy mówić o przedsiębiorcy energetycznym.

orzekających, czy to organ administracyjny (Prezes URE), czy sądy (Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Sąd Apelacyjny w Warszawie, Sąd Najwyższy), staje przed koniecznością ustalenia, czy działanie przedsiębiorcy energetycznego było zgodne z prawem, tj. zostało poprzedzone wszystkimi wymaganymi prawem działaniami, w tym, czy został zachowany tzw. obowiązek informacyjny w stosunku do kontrahenta.

II. Podmiot legitymowany do wstrzymania dostaw energii elektrycznej

Przed 1.07.2007 r. działalność w zakresie obrotu i dystrybucji energii elektrycznej realizowana była przez jedno i to samo przedsiębiorstwo energetyczne. Dostarczanie energii odbywało się, po uprzednim przyłączeniu do sieci, na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji albo umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji. Możliwe było zawarcie tzw. umowy kompleksowej, a więc zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji energii albo umowy sprzedaży (art. 3 pkt 30 pr. energ.).

Po tej dacie przedsiębiorstwa obrotu są odrębnymi podmiotami od przedsiębiorstw dystrybucyjnych, mają osobny przedmiot działalności gospodarczej i prowadzą działalność na innych segmentach i szczeblach rynku energii. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12.04.2013 r.³, przedsiębiorstwo obrotu może być stroną postępowania o nieuzasadnione wstrzymanie dostarczania energii prowadzonego przez Prezesa URE na podstawie art. 8 ust. 1 pr. energ., jeżeli podstawę faktyczną dla wstrzymania dostarczania energii stanowiły zaległości w płatności należności wynikających z realizacji umowy kompleksowej w rozumieniu art. 5 ust. 3 i 4 pr. energ. W przypadku umowy kompleksowej prawna więź w zakresie obowiązku zapłaty za dostarczoną energię i wyświadczone w związku z dostarczaniem tej energii usługi dystrybucyjne łączy odbiorcę energii jedynie z przedsiębiorstwem obrotu. Jeżeli przedsiębiorstwo obrotu zobowiązało się sprzedawać energię odbiorcy oraz dostarczać ją za pośrednictwem przedsiębiorstwa dystrybucyjnego, do którego należy sieć, to wstrzymanie dostarczania energii z powodu niewywiązywania się przez odbiorcę z warunków płatności określonych w umowie następuje na żądanie przedsiębiorstwa obrotu. Przy wstrzymywaniu dostarczania energii elektrycznej na podstawie art. 6 ust. 3a pr. energ. przedsiębiorstwo dystrybucyjne jest jedynie „egzeku-

³ III SK 26/12, OSNP 2014, nr 2, poz. 33.

torem” poleceń przedsiębiorstwa obrotu. Ocenę, czy wstrzymanie dostarczania energii przez przedsiębiorstwo dystrybucyjne na podstawie tego przepisu było zasadne, determinuje treść umowy łączącej przedsiębiorstwo obrotu z odbiorcą, zachowanie odbiorcy energii (powstanie zaległości) i przedsiębiorstwa obrotu (wezwanie do zapłaty odpowiadające wymogom z art. 6 ust. 3a pr. energ.). Spór o nieuzasadnione wstrzymanie dostarczania energii toczy się między odbiorcą energii a przedsiębiorstwem obrotu (wobec którego odbiorca ma zaległości) oraz przedsiębiorstwem dystrybucyjnym (które wstrzymuje i wznowia dostarczanie energii).

Powyższe orzeczenie zachowało aktualność, chociaż nastąpiła zmiana przepisów, jednak bez wpływu na omawiany problem. Generalnie w praktyce sprzedaż i usługa jest świadczona przez przedsiębiorcę zajmującego się obrotem energią elektryczną i przedsiębiorcę zajmującego się dystrybucją w ramach tzw. usługi kompleksowej, na podstawie umowy zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji energii. Klient zawiera taką umowę z pierwszym ze wskazanych przedsiębiorców, na rzecz którego – na podstawie umowy kompleksowej – uiszcza należność za sprzedaż i dostawę energii elektrycznej. Jeżeli odbiorca nie uiszcza stosownych opłat, czy to z tytułu sprzedaży, czy to z tytułu dostawy energii elektrycznej, nie wywiązuje się z kontraktu łączącego go z przedsiębiorcą dokonującym sprzedaży. Zatem to ten przedsiębiorca jest uprawniony do wstrzymania dostaw energii, chociaż faktycznym wykonawcą zlecenia jest przedsiębiorca dystrybucyjny (art. 6b ust. 2 pr. energ.). Jeżeli natomiast odbiorca zawarł dwie odrębne umowy z tymi dwoma przedsiębiorcami, co jest stosunkowo rzadką sytuacją, każdy z nich jest uprawniony do wstrzymania dostaw energii (art. 6 ust. 1 i 2 pr. energ.), przy czym w odniesieniu do umowy sprzedaży energii elektrycznej sprzedawca kieruje do przedsiębiorcy energetycznego wykonującego działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii żądanie wstrzymania dostaw i to ten przedsiębiorca realizuje to żądanie. Jest to oczywiste rozwiązanie, gdyż właścicielem infrastruktury przesyłowej jest właśnie przedsiębiorca przesyłowy.

III. Przesłanki wstrzymania dostaw energii elektrycznej

W świetle art. 6b ust. 1 i 3 pr. energ. przedsiębiorstwu energetycznemu zajmującemu się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej przyznano uprawnienie wstrzymania dostarczania takiej energii po spełnieniu następujących przesłanek:

- 1) w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że nastąpiło nielegalne pobieranie paliw lub energii lub odbiorca zwleka z zapłatą za świadczone usługi, co najmniej przez okres 30 dni po upływie terminu płatności,
- 2) odbiorca zostanie powiadomiony na piśmie o zamiarze wypowiedzenia umowy,
- 3) odbiorcy zostanie wyznaczony dodatkowy, dwutygodniowy termin do zapłaty zaległych i bieżących należności.

Odrębna sytuacja zachodzi, gdy w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że instalacja znajdująca się u odbiorcy stwarza bezpośrednie zagrożenie życia, zdrowia lub środowiska – wówczas nie jest konieczne zawiadomienie odbiorcy i wyznaczenie mu dodatkowego terminu.

Natomiast w świetle art. 6b ust. 2 i 3 pr. energ. sprzedawca energii elektrycznej ma prawo wstrzymać, a konkretnie wystąpić do przedsiębiorstwa przesyłowego z zażądaniem wstrzymania dostawy takiej energii po spełnieniu następujących przesłanek:

- 1) odbiorca zwleka z zapłatą za świadczone usługi lub za pobrane paliwo gazowe lub energię, co najmniej przez okres 30 dni po upływie terminu płatności,
- 2) odbiorca zostanie powiadomiony na piśmie o zamiarze wypowiedzenia umowy,
- 3) odbiorcy zostanie wyznaczony dodatkowy, dwutygodniowy termin do zapłaty zaległych i bieżących należności⁴.

Widać wyraźnie, że uprawnienie przedsiębiorcy przesyłowego jest szersze, tj. występuje w większej liczbie przypadków, co jest związane z tym, że to właśnie ten przedsiębiorca dokonuje kontroli legalności pobierania paliw lub energii, układów pomiarowo-rozliczeniowych, dotrzymania zawartych umów i prawidłowości rozliczeń (art. 6 ust. 1 pr. energ.). Teoretycznie zawiadomienie o zamiarze wypowiedzenia umowy i wezwanie do zapłaty w dodatkowym terminie nie muszą zostać zawarte w jednym piśmie, aczkolwiek w praktyce oba te oświadczenia obejmuje jedno pismo, gdyż możliwość wypowiedzenia umowy

⁴ W literaturze wskazuje się nawet, że po stronie przedsiębiorcy energetycznego istnieje dodatkowo obowiązek poinformowania odbiorcy o upływie miesięcznego terminu zwłoki w realizacji płatności za dostarczoną energię i możliwości wstrzymania dostaw po upływie wskazanego terminu – zob. M. Nowaczek-Zaremba, Z. Muras, [w:] M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 501. Jednak wyrażono również pogląd, że pismo nie musi zawierać informacji o zamiarze wypowiedzenia umowy – zob. szerzej M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 154.

jest i tak uzależniona od wcześniejszego wyznaczenia dodatkowego terminu do zapłaty zaległych i bieżących należności.

Dodać również trzeba, że nie jest możliwe wstrzymanie dostaw energii elektrycznej w sytuacji zaległości w płatnościach, gdy dotyczy to obiektów służących obronności państwa. Wstrzymanie dostaw nie może nastąpić również w sytuacji, gdy odbiorca energii elektrycznej złoży reklamację dotyczącą dostarczania energii, co powinien uczynić nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania powiadomienia, o którym mowa powyżej. Dostarczania energii nie wstrzymuje się wówczas do czasu rozpatrzenia reklamacji, co powinno nastąpić w terminie 14 dni od dnia jej złożenia, a jeżeli reklamacja nie została rozpatrzona w tym terminie, uważa się, że została uwzględniona. Jeżeli reklamacja nie zostanie uwzględniona, a odbiorca w gospodarstwie domowym w terminie 14 dni od dnia otrzymania powiadomienia o nieuwzględnieniu reklamacji wystąpił do stałego polubownego sądu konsumenckiego, o którym mowa w art. 37 ustawy z 15.12.2000 r. o Inspekcji Handlowej⁵, z wnioskiem o rozpatrzenie sporu w tym zakresie, dostarczania paliw gazowych lub energii nie wstrzymuje się do czasu wydania wyroku przez ten sąd (art. 6c ust. 1–3 pr. energ.).

W orzecznictwie wyrażono pogląd, że art. 6 ust. 3a pr. energ. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym i wyłącza możliwość wstrzymania dostaw energii na innych zasadach niż w nim określone⁶. Taki sam wniosek należy odnieść, z jedną modyfikacją, do aktualnie obowiązujących przepisów, gdyż art. 6b ust. 3 pr. energ. stanowi odpowiednik poprzednio obowiązującego art. 6 ust. 3a⁷. Ta modyfikacja dotyczy możliwości wydłużenia czternastodniowego terminu do zapłaty zaległości, o czym będzie mowa poniżej. Niewątpliwie jednak powyższe przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, co oznacza, że nawet jeżeli odbiorca zwleka przez przynajmniej miesiąc z zapłatą kwot należnych przedsiębiorcy energetycznemu, ale ten nie uprzedzi odbiorcy na piśmie o zamiarze wypowiedzenia umowy i nie wyznaczy mu dodatkowego dwutygodniowego terminu do zapłaty należności, wstrzymanie dostaw energii będzie bezzasadne.

Kwestia wyników kontroli i ewentualnego nielegalnego pobierania energii elektrycznej jest zagadnieniem technicznym, zaś kwestia braku płatności za sprzedaż lub dostawę energii przez okres 30 dni po upływie terminu płatności jest zagadnieniem, które nie wymaga szerszego omówienia. Podstawowym problemem jest prawidłowe zawiadomienie odbiorcy na piśmie o zamiarze wypowiedzenia

⁵ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1059 ze zm.

⁶ Zob. wyrok SN z 5.06.2007 r., III SK 11/07, OSNP 2008, nr 17-18, poz. 274.

⁷ Zob. art. 1 pkt 7 ustawy z 26.07.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 984).

umowy oraz wyznaczenie mu dodatkowego, dwutygodniowego terminu do zapłaty zaległych i bieżących należności. Problematyka ta jest związana z prawidłowością doręczenia takiego zawiadomienia (wezwania), co często może narażać na wątpliwości.

IV. Oznaczenie terminu zapłaty konkretną datą

W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy przedsiębiorca energetyczny może w zawiadomieniu o zamiarze wypowiedzenia umowy, a jednocześnie w wezwaniu do zapłaty oznaczyć termin płatności konkretną datą, a jeśli tak, to jaki to wywołuje skutek prawny. W ustawie brak jest w tym przedmiocie wytycznych – mowa jest jedynie o „dodatkowym, dwutygodniowym terminie do zapłaty”. Konkretna data nie musi zgadzać się z czternastodniowym terminem, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę obrót pocztowy i ewentualną awariację przesyłki. Niemniej w orzecznictwie przyjmuje się, że ponieważ przepisy prawa energetycznego nie precyzują, w jaki sposób przedsiębiorca energetyczny ma wyznaczyć dodatkowy termin, to określenie w powiadomieniu terminu poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej samo w sobie nie powoduje nieprawidłowości wezwania z jego strony⁸. Jeżeli przedsiębiorca energetyczny wyznaczył błędnie dodatkowy termin na uiszczenie zaległości, lecz dostarczanie energii wstrzymał po upływie terminu obliczonego zgodnie z art. 6 ust. 3a pr. energ., to wstrzymanie dostarczania energii elektrycznej nie było nieuzasadnione, co ma miejsce w tych sprawach, w których błędne wyznaczenie terminu polegało na wskazaniu konkretnej daty, która ze względu na dzień doręczenia odbiorcy pisma dostawcy energii nadeszła przed upływem dwóch tygodni liczonych zgodnie z tym przepisem, natomiast data ta została wyznaczona w taki sposób, że przedsiębiorca energetyczny mógł racjonalnie oczekiwać, iż pismo informujące o zamiarze wstrzymania dostaw energii dotrze do odbiorcy w terminie pozwalającym na zakończenie biegu dwóch tygodni, o których mowa w art. 6 ust. 3a pr. energ.⁹

Taki pogląd jest słuszny, gdyż nie sposób obciążać podmiotu prawa cywilnego, a takim jest przedsiębiorca energetyczny, obowiązkami, które nie wynikają z przepisów prawa. Skoro ustawodawca nie zakazał oznaczenia terminu płatności konkretną datą, a istotne jest, aby był to termin dwutygodniowy, to uprawnione jest oznaczenie konkretnego terminu zapłaty, aczkolwiek powoduje to, że jeżeli okres pomiędzy doręczeniem odbiorcy wezwania a dzienną datą

⁸ Zob. wyroki SA w Warszawie: z 28.11.2008 r., VI ACa 466/08, niepubl. i z 22.10.2009 r., VI ACa 354/09, niepubl.

⁹ Zob. wyrok SN z 2.12.2010 r., III SK 29/10, OSNP 2012, nr 5–6, poz. 83.

spełnienia świadczenia wskazaną w tym wezwaniu jest krótszy niż dwa tygodnie, przedsiębiorca energetyczny ma obowiązek udowodnienia, że między datą doręczenia wezwania a datą faktycznego wstrzymania dostaw energii upłynął dwutygodniowy termin wynikający z art. 6b ust. 3 pr. energ. Jeżeli przedsiębiorca energetyczny wstrzyma dostawę energii elektrycznej po dacie wskazanej w wezwaniu, ale nie upłynie okres 14 dni od doręczenia wezwania odbiorcy, wstrzymanie będzie niezgodne z prawem, a więc Prezes URE będzie uprawniony do wydania decyzji stwierdzającej taki stan rzeczy, na podstawie art. 8 ust. 1 pr. energ. Jeżeli jednak pomiędzy doręczeniem zawiadomienia a wstrzymaniem dostaw energii upłynie wskazany okres, nawet jeżeli okres pomiędzy doręczeniem zawiadomienia a datą w nim wskazaną byłby krótszy, zaś odbiorca nie uiścił zaległości, to działanie przedsiębiorcy energetycznego będzie prawidłowe.

Może również dojść do sytuacji, w której przedsiębiorca energetyczny wyznaczy konkretną datę do zapłaty zaległości, przy czym uwzględniając obrót pocztowy i ewentualne doręczenie, określi tę datę po okresie dłuższym niż 14 dni od daty wystawienia pisma, jednak wstrzyma dostawę energii wcześniej, tj. po upływie tego okresu od daty faktycznego doręczenia, zaś odbiorca zapłaci zaległość w terminie wskazanym w zawiadomieniu. Przepisy ustawy milczą na ten temat. Wydaje się zasadne, aby przyjąć w takim wypadku, że doszło do nieprawidłowego wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, mając na uwadze cele ustawy i pozycję odbiorców, o czym będzie mowa poniżej. Ponadto nie sposób uznać, aby odbiorca, który postępuje zgodnie ze wskazówkami przedsiębiorcy energetycznego, ponosił negatywne skutki jego ewentualnych błędów. Jeżeli przedsiębiorca wyznaczył odbiorcy dłuższy termin do zapłaty, to brak jest aksjologicznych argumentów, aby uznać, że termin ten skraca się do 14 dni. Nie sposób uznać, aby termin określony w art. 6b ust. 3 pr. energ. nie mógł zostać przedłużony przez przedsiębiorcę energetycznego, zgodnie z zasadą *in favorem redemptore*. Przepis ten ma bowiem charakter semiimperatywny, gdyż wyznacza minimum wymogów formalnych, jakie muszą być zachowane przy wstrzymaniu dostarczania energii, a więc przedsiębiorca energetyczny może przyznać odbiorcy więcej uprawnień niż wynika to z prawa energetycznego.

V. Zastosowanie przepisów procesowych do składania oświadczeń woli

Kolejna kwestia dotyczy możliwości zastosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego regulujących doręczenia, tj. art. 131 i nast. k.p.c., a w szczególności art. 139 k.p.c., który normuje postępowanie w przypadku niemożności

doręczenia w trybie artykułów poprzedzających. Jest to istotne, gdyż zgodnie z art. 139 § 1 k.p.c. w razie niemożności doręczenia w sposób przewidziany w artykułach poprzedzających, pismo przesłane za pośrednictwem operatora pocztowego należy złożyć w placówce pocztowej tego operatora, a doręczane w inny sposób – w urzędzie właściwej gminy, umieszczając zawiadomienie o tym w drzwiach mieszkania adresata lub w oddawczej skrzynce pocztowej ze wskazaniem gdzie i kiedy pismo pozostawiono, oraz z pouczeniem, że należy je odebrać w terminie siedmiu dni od dnia umieszczenia zawiadomienia, a w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu, czynność zawiadomienia należy powtórzyć. Chodzi tu o sytuację, w których zawiadomienie z art. 6b ust. 3 pr. energ. nie zostało doręczone odbiorcy bezpośrednio w dniu, w którym doręczenie było wykonywane przez pracownika operatora pocztowego. Wówczas powstaje pytanie, w jakiej dacie nastąpiło doręczenie, czy awizacja ma wpływ na to ustalenie i które przepisy należy w związku z tym stosować. Jak bowiem wynika z art. 61 k.c., oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią, z tym, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Takim oświadczeniem jest zawarte w piśmie wystosowywanym w oparciu o art. 6b ust. 3 pr. energ. zawiadomienie o zamiarze wypowiedzenia umowy i wezwanie do zapłaty stosownych kwot.

W tym przedmiocie Sąd Najwyższy w wyroku z 15.01.1990 r.¹⁰ wyraził pogląd, że jeżeli treść oświadczenia woli składanego innej osobie zawarta jest w piśmie przesłanym pocztą, a przesyłka – wobec niemożności doręczenia – pozostawiona zostanie w urzędzie pocztowym z powiadomieniem o tym adresata, dojście oświadczenia do wiadomości tej osoby w rozumieniu art. 61 k.c. następuje z chwilą doręczenia pisma w dniu przyjętym analogicznie do daty doręczenia pisma sądowego w trybie art. 139 § 1 k.p.c. Zatem Sąd Najwyższy zastosował *per analogiam* powołany przepis, powołując się przy tym na uchwałę składu 7 sędziów SN – zasadę prawną z 10.05.1971 r.¹¹, przy czym uchwała ta dotyczyła zagadnienia, jaką datę należy uznać za datę doręczenia pisma sądowego w wypadkach przewidzianych w art. 139 § 1 i 2 k.p.c., a więc w odniesieniu do pism procesowych, a nie oświadczeń woli składanych poza postępowaniem sądowym. Podobnie w wyroku z 20.01.2004 r.¹² Sąd Najwyższy uznał, że nie jest uprawnione stanowisko wykluczające możliwość zastosowania tzw. doręczenia zastępcze-

¹⁰ I CR 1410/89, Lex nr 9006.

¹¹ III CZP 10/71, OSNCP 1971, nr 11, poz. 187.

¹² II CK 358/02, Wokanda 2004, nr 9, s. 6.

go do składania oświadczeń woli w sferze prawa materialnego¹³. Generalnie jeżeli chodzi o doręczenia sądowe, orzecznictwo konsekwentnie przyjmuje, że gdy awizowana przesyłka zostanie faktycznie odebrana, za datę doręczenia uznaje się datę jej rzeczywistego odebrania przez adresata lub datę, w której bezskutecznie upłynął określony w zawiadomieniu termin odbioru¹⁴.

W orzecznictwie i literaturze wskazano, że w związku z tym, iż przepis art. 6 ust. 3a pr. energ. (aktualnie art. 6b ust. 3) nie określa szczegółowo sposobu liczenia terminu, istnieje możliwość zastosowania fikcji prawnej doręczenia, zgodnie z dyspozycją art. 139 § 1 k.p.c.¹⁵ Przy przyjęciu tego poglądu w odniesieniu do innych doręczeń należałoby uznać, że doręczenie zawiadomienia zgodnie z art. 6b ust. 3 pr. energ. należy rozpatrywać przede wszystkim z punktu widzenia faktycznego jego doręczenia, nawet jeżeli miało miejsce awizo, a jeżeli nastąpiła bezskuteczna dwukrotna awizacja, przy czym druga miała miejsce po upływie tygodnia od pierwszej, to termin 14 dni na spełnienie świadczenia przez odbiorcę należy liczyć po upływie ostatniego dnia drugiej awizacji.

Jednak wskazany przepis procesowy nie może mieć zastosowania¹⁶. Trzeba bowiem zauważyć, że doręczenia w trybie przepisów kodeksowych dotyczą postępowania sądowego i pism procesowych, zawierających oświadczenia i wnioski stron składane poza rozprawą i posiedzeniem jawnym. Tu chodzi natomiast o złożenie oświadczenia woli jednego podmiotu (wierzyciela) drugiemu podmiotowi prawa cywilnego (dłużnikowi). Takich oświadczeń, jeżeli nie są składane w toku postępowania cywilnego, Kodeks postępowania cywilnego w ogóle nie dotyczy. Przeciwnie stanowisko nie znajduje uzasadnienia, gdyż oznaczałoby rozciąganie przepisów postępowania cywilnego na kwestie pozasądowe, co byłoby sprzeczne chociażby z art. 1 k.p.c. Jeżeli nie mówimy o piśmie procesowym, to nie chodzi o datę łączącą się z uznaniem doręczenia takiego pisma w sytuacjach, gdy w zwykły sposób tego uczynić nie można. Takim celom służy powoływany art. 139 k.p.c., nazywany nawet przepisem „o niemożności doręczenia lub odmowie przyjęcia pisma sądowego”, inaczej określanego mianem „doręczenia zastępczego”¹⁷.

¹³ Zob. też wyrok SN z 28.02.2002 r., III CKN 1316/00, Lex nr 55137.

¹⁴ Zob. np. powołaną uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 10.05.1971 r. (III CZP 10/71), a także postanowienie SN z 6.07.2000 r., V CKN 1159/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 12 i wyrok SN z 17.02.2004 r., III CK 226/02, Lex nr 163995.

¹⁵ Zob. wyrok SOKiK z 5.04.2007 r., XVII AmE 189/06, niepubl., M. Czarzasty, *Uwarunkowania prawne wstrzymania dostaw paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła z powodu zwłoki w zapłacie*, Biuletyn URE 2007, nr 5, s. 36.

¹⁶ W literaturze wyrażono taki pogląd, ale bez szerszego uzasadnienia – zob. P. Sobolewski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 670.

¹⁷ Zob. wyrok SN z 17.06.2009 r., IV CSK 53/09, Lex nr 610182.

W odniesieniu do doręczeń ze strony przedsiębiorcy energetycznego o niemożności zastosowania, chociażby w drodze analogii, procesowych przepisów o doręczeniach świadczy również okoliczność, że w art. 30 pr. energ. znajduje się odwołanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (bez znaczenia pozostaje odesłanie zawarte w art. 57 ust. 2 tej ustawy). Zgodnie z postanowieniami tego artykułu, o ile do postępowania przed Prezesem URE stosuje się, co do zasady, przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, to postępowanie w sprawie odwołania od decyzji lub zażalenia od postanowienia Prezesa Urzędu toczy się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu w sprawach z zakresu regulacji energetyki (art. 479⁴⁶–479⁵⁶ k.p.c.), przy czym jest to postępowanie odrębne, a więc w sprawach w nim nieuregulowanych zastosowanie znajdują ogólne przepisy kodeksu, w tym również regulujące kwestię doręczeń. Cały czas jednak chodzi o postępowanie sądowe w przedmiocie odwołania lub zażalenia od decyzji Prezesa URE i doręczenia w toku tego postępowania. Takim postępowaniem nie jest wezwanie w trybie art. 6b ust. 3 pr. energ., a więc niezasadne jest rozciąganie procesowych przepisów dotyczących doręczeń na zawiadomienie, o jakim mowa w tym przepisie.

VI. Doręczenie w świetle art. 61 k.c.

W związku z tym odnieść się należy do powołanego art. 61 § 1 zd. 1 k.c., który zawiera normę o charakterze ogólnym, ale podstawową w zakresie ustalenia momentu złożenia oświadczenia woli. Z treści tego przepisu wynika teoria doręczenia. Decydujące znaczenie mają tu dwie okoliczności: faktyczne dojście oświadczenia do adresata i możliwość zapoznania się adresata z treścią doręczono oświadczenia¹⁸. Zatem istotne jest, czy nastąpiło doręczenie oświadczenia woli adresatowi, a nie, czy zapoznał się on z tym oświadczeniem, o ile miał taką możliwość. Należy stwierdzić, że w świetle powołanego przepisu możliwość zapoznania się przez adresata z treścią oświadczenia nie może być utożsamiana z faktycznym zapoznaniem się z tym oświadczeniem, a więc czy np. adresat odebrał przesyłkę, otworzył ją i przeczytał zawarte w niej pismo, a nawet odmówił jej przyjęcia. Mamy do czynienia z pewną fikcją prawną, gdyż nawet jeżeli adresat

¹⁸ J. Grykiel, [w:] J. Grykiel, M. Lemkowski, *Czynności prawne: art. 56–81. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 110; zob. też np. P. Suski, *Kodeks cywilny w orzecznictwie i piśmiennictwie. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 1997, s. 393, A. Janiak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 388, S. Rudnicki, R. Trzaskowski, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, s. 555.

w rzeczywistości nie zna treści oświadczenia woli, ale miał realną możliwość zapoznania się z nią, jako że oświadczenie woli doszło do niego prawidłowo, czyli w sposób umożliwiający zapoznanie się z nim, to uznaje się, że faktycznie zapoznał się z tym oświadczeniem woli, co wywołało określone skutki prawne. To założenie implikuje jednak wniosek, że realna możliwość zapoznania się przez adresata z treścią oświadczenia woli nie jest stosowana *in abstracto*, w oderwaniu od okoliczności danego wypadku. Wręcz przeciwnie, każdorazowo należy ustalić, że w określonej sytuacji adresat miał realną (faktyczną) możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia do niego skierowanego.

Taki pogląd wydaje się być utrwalony i w judykaturze. Przykładowo, w powołanym wyroku z 20.01.2004 r. (II CK 358/02) Sąd Najwyższy podkreślił, że art. 61 k.c. nie wymaga, aby adresat określonego oświadczenia woli zapoznał się z jego treścią. Decydujące jest to, że istniała możliwość zapoznania się z nim. W związku z tym dosyć jednolicie przyjmuje się, że złożenie oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy ma miejsce także wtedy, gdy adresat, mając możliwość zapoznania się z jego treścią, z własnej woli nie podejmuje przesyłki pocztowej zawierającej to oświadczenie¹⁹. Jednocześnie oczywistym jest, że zgodnie z zasadami ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), to na składającym oświadczenie woli spoczywa obowiązek udowodnienia, że doszło ono do adresata w taki sposób, że mógł on – w świetle zasad doświadczenia życiowego – zapoznać się z jego treścią. Może to być dowodzone wszelkimi środkami dowodowymi przewidzianymi w Kodeksie postępowania cywilnego. Jeżeli oświadczenie zostało przesłane adresatowi listem lub za pomocą środka porozumiewania się na odległość (np. faks), nadawca powinien wykazać, że przesyłka została adresatowi doręczona. W przypadku przesłania listem poleconym dowodem jest zwrotne poświadczenie odbioru, bo już nie dowód nadania, który można uznać, co najwyżej, za tzw. dowód *prima facie*²⁰. Ponieważ w prawie energetycznym nie określono formy, w jakiej ma zostać dokonane doręczenie, należy przyjąć, że dopuszczalna jest każda forma skutecznego doręczenia do adresata (odbiorcy)²¹, przy czym to przedsiębiorca energetyczny ma obowiązek udowodnienia, że stosowne pismo zostało doręczone odbiorcy. Jeżeli pismo, o którym mowa w art. 6b ust. 3 pr. energ., zostanie wysłane zwykłym listem, to negatywne skutki dowodowe z tym związane obciążają przedsiębiorcę

¹⁹ Zob. np. wyroki SN: z 11.12.1996 r., I PKN 36/06, OSNAPiUS 1997, nr 14, poz. 251, z 23.01.1998 r., I PKN 501/97, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 15, z 19.07.2012 r., II CSK 655/11 i z 18.01.2005 r., II PK 124/07, Lex nr 602690.

²⁰ Jednak w wyroku z 17.03.2010 r., II CSK 454/09, OSNC 2010, nr 10, poz. 142, Sąd Najwyższy uznał, że dowód nadania przesyłki rejestrowanej stanowi uprawdopodobnienie doręczenia jej adresatowi, który może to domniemanie obalić, wykazując, że nie miał możliwości zapoznania się z jej treścią.

²¹ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne...*, s. 153.

energetycznego. W sytuacji, gdy składający oświadczenie woli przedłożyć dowód doręczenia, a przynajmniej dowód, że adresat mógł zapoznać się z jego treścią, następuje zmiana ciężaru dowodu i to adresat ma obowiązek obalenia domniemania przez wykazanie, że nie miał realnej możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia.

Pewne wątpliwości budzi kwestia tzw. awizo, czyli zawiadomienia adresata o nadejściu przesyłki i złożenia jej w placówce operatora pocztowego. Bezspornie wystawienie awizo oznacza, że w momencie doręczenia przesyłka nie została faktycznie wydana adresatowi. Zatem otrzymanie awiza i zapoznanie się z nim nie jest równoznaczne z dojściem do adresata oświadczenia woli w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią. W najnowszym orzecznictwie przyjmuje się, że taka możliwość powstaje dopiero wówczas, gdy adresat oświadczenia w zwykłym biegu zdarzeń uzyskał realną możliwość zapoznania się z treścią awizowanej przesyłki pocztowej, co wymaga udania się na pocztę²². W powołanym wyroku z 17.06.2009 r. (IV CSK 53/09) Sąd Najwyższy wskazał, że przesłanki określone w art. 61 § 1 zd. 1 k.c. są spełnione, jeśli oświadczenie woli, skierowane do adresata, będącego przedsiębiorcą zostanie mu przekazane pocztą na adres siedziby, przez co albo będzie się mógł zapoznać z jego treścią najpóźniej w następnym dniu roboczym, albo, jeśli z jakiejś przyczyny bezpośrednie doręczenie było niemożliwe, w pierwszym dniu roboczym, w którym przesyłka mogła zostać odebrana na podstawie zawiadomienia pocztowego (tzw. awizo).

Najpełniej wyraził to Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10.02.2014 r.²³: „W razie zwrotu niedostarczonej przesyłki, za chwilę złożenia oświadczenia woli należy uznać moment, w którym korespondencja mogła i powinna być doręczona drugiej stronie. Będzie to dzień, w którym po raz pierwszy próbowano doręczyć przesyłkę pod właściwym adresem. Data taka będzie zwykle uwidoczniiona na zwróconej przesyłce w postaci odpowiedniej adnotacji doręczyciela. Nawet jeśli w rzeczywistości nie doszło do odebrania lub odczytania przesłanego oświadczenia, ryzyko z tym związane będzie obciążać adresata, gdyż Kodeks cywilny stanowi o możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia. Z tych względów odmowa przyjęcia wręczanego pisma, nieodebranie prawidłowo awizowanego listu, nieprzekazanie przesyłki przez dorosłego domownika lub pracownika, nieprzeczytanie lub przypadkowe wykasowanie wiadomości SMS, czy też niewydrukowanie tekstu zapamiętanego przez maszynę faksową nie mogą stanowić powodów dla stwierdzenia, że oświadczenie woli nie zostało złożone.”.

²² Zob. wyroki SN: z 23.04.2010 r., II PK 295/09, Lex nr 602254 i z 18.04.2012 r., V CSK 215/11, Lex nr 1212829.

²³ I ACa 1481/13, Lex nr 1439302.

Jednocześnie w literaturze podnosi się, że jeżeli nadawca oświadczenia ma prawo spodziewać się, że odbiorca będzie przebywał w miejscu, dokąd doręcza się oświadczenie, to decydujący dla uznania go za doręczone jest, co do zasady, moment dostarczenia go w to miejsce. W praktyce miejsce to stanowi albo miejsce zamieszkania zainteresowanej osoby, albo miejsce jej normalnej, stałej aktywności. Konsekwencje faktycznej niemożności odbioru obciążają adresata, chyba że nadawca miał świadomość, że w miejscu, do którego doręcza oświadczenie, jego adresata nie zastanie, np. adresat z powodu choroby przebywa poza miejscem zamieszkania i nie ma faktycznej możliwości odbioru listu²⁴. Zatem przy ocenie momentu złożenia oświadczenia woli – przynajmniej w pewnym zakresie – należy również uwzględniać indywidualne okoliczności leżące po stronie adresata, a ich zakres uzależniony powinien być od dobrej wiary oraz wiedzy nadawcy o istnieniu tych okoliczności²⁵.

VII. Prawo energetyczne a art. 61 k.c.

Powstaje pytanie, czy powyższe zasady należy zastosować wprost do art. 6b ust. 3 pr. energ. Chociaż niewątpliwie mamy tu do czynienia ze złożeniem oświadczenia woli przez podmiot prawa cywilnego, co *a priori* sugerowałoby pozytywną odpowiedź na tak postawione pytanie, nie sposób pominąć istoty i celu wskazanego przepisu. Jest to o tyle istotne, że przepisy prawa energetycznego, w przeciwieństwie do przepisów kodeksowych, mają charakter publiczny, a tylko w pewnych wyjątkach – prywatny, jak w zakresie umowy o sprzedaż i dostawę energii elektrycznej. Słusznie wskazuje się, że art. 6 ust. 3a pr. energ. ma na celu ochronę odbiorców energii poprzez jednoznaczne sprecyzowanie warunków prowadzących do wstrzymania sprzedaży podstawowego dobra, jakim jest energia elektryczna²⁶. Oznacza to, że jeżeli przedsiębiorca energetyczny zmierza wstrzymać dostarczanie energii bez ryzyka uznania takiego wstrzymania za nieuzasadnione, ma obowiązek zachowania *ratio legis* nałożonego na niego obowiązku informacyjnego, jaki został przewidziany w art. 6b ust. 3 pr. energ., a więc umożliwienia odbiorcy zrealizowania ciążącego na nim obowiązku. Nie można zapominać, że chociaż mamy tu do czynienia z klientem, który nie uiszcza ciążących na nim opłat z tytułu dostarczenia mu energii elektrycznej, ewentualnie opłat za nielegalnie pobraną energię, to możliwość wstrzy-

²⁴ Zob. M. Safjan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Art. 1-449¹⁰, Warszawa 2013, s. 274.

²⁵ J. Grykiel, [w:] *Komentarz*, s. 112.

²⁶ Wyrok SOKiK z 21.12.2005 r., AmE 62/04, niepubl.

mania jej dostaw stanowi najdotkliwszą sankcję przewidzianą dla odbiorców, co oznacza, że powinno być stosowane jedynie wyjątkowo, tj. w sytuacji, gdy klient jest faktycznie nielojalny i w pełni świadomie nie wywiązuje się z obowiązków wynikających z umowy i nie uiszcza stosownych opłat mimo szansy, jaką przewidział ustawodawca we wskazanym przepisie. Nie można również zapominać, że odbiorcami energii elektrycznej są najczęściej konsumenci, a więc tym bardziej należy mieć na względzie ochronną rolę tego przepisu. Innymi słowy, omawiany przepis nie został wprowadzony *stricte* w celu ochrony przedsiębiorcy energetycznego, chociaż oczywiście takiego celu nie można pominąć (ochrona przed świadczeniem w stosunku do kontrahenta, który nie spełnia ekwiwalentnego świadczenia), ale przede wszystkim w celu ochrony zdecydowanie słabszej strony umowy o sprzedaż i dostarczenie energii elektrycznej, szczególnie, że w praktyce umowy te mają charakter adhezyjny, a więc zawierane są przez tzw. przystąpienie, co powoduje, że konsument (a nawet przedsiębiorca) nie ma zwykle żadnego wpływu na jej treść. W orzecznictwie słusznie wskazuje się, że art. 6 ust. 3a pr. energ. chroni przede wszystkim interesy odbiorcy energii elektrycznej, który musi mieć zarówno świadomość istnienia zaległości w opłatach należności za dostarczoną energię, terminów płatności poszczególnych należności oraz poszczególnych okresów zwłoki za konkretnie wskazane czynniki energetyczne, jak i świadomość skutków związanych z brakiem uregulowania należności w wyznaczonym terminie, wobec dotkliwości sankcji, jaką jest wstrzymanie dostaw energii elektrycznej. Wymogi określone w tym przepisie muszą być więc bezwzględnie spełnione, aby wstrzymanie dostaw energii było zasadne. Oznacza to, że samo istnienie zadłużenia nie jest wystarczające dla wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, a konieczne jest jeszcze należyte, szczegółowe i uprzednie poinformowanie odbiorcy o wysokości zadłużenia i o skutkach braku uiszczenia należności²⁷.

W tym kontekście trzeba mieć na uwadze przepisy § 34 i 37 rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z 29.04.2013 r. w sprawie warunków wykonywania usług powszechnych przez operatora wyznaczonego²⁸. Zgodnie z § 34 ust. 1, jeżeli w chwili doręczania przesyłki rejestrowanej stwierdzona zostanie nieobecność adresata lub innych osób uprawnionych do ich odbioru, zawiadomienie w postaci papierowej o próbie doręczenia wraz z informacją o terminie jej odbioru i adresie placówki oddawczej, w której przesyłka jest przechowywana, operator wyznaczony pozostawia w oddawczej skrzynce pocztowej adresata. Natomiast zgodnie z § 37 ust. 1–3, poza przesyłkami wymienionymi

²⁷ Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 18.06.2013 r., VI ACa 1361/12, Lex nr 1372487.

²⁸ Dz.U. poz. 545.

w § 14 ust. 2²⁹, operator wydaje przesyłki adresatowi w placówce oddawczej w terminie 14 dni, zwanym „terminem odbioru”, który rozpoczyna się od dnia następnego po dniu doręczenia zawiadomienia. Widać wyraźnie, że ustawodawca dał odbiorcy czas dwóch tygodni na to, aby odebrać przesyłkę i zapoznać się z jej treścią.

Tego uregulowania nie można pomijać, jeżeli weźmie się pod uwagę wskazaną istotę i cel normy zawartej w art. 6b ust. 3 pr. energ. Brak jest uzasadnionych podstaw, aby interpretacji tego przepisu dokonywać dokładnie tak, jak to czyni się w odniesieniu do zasad ogólnych. Mamy tu do czynienia z niezwykle istotnym uprawnieniem przedsiębiorcy energetycznego, które pozbawia konsumenta (a nawet i przedsiębiorcę – kontrahenta) jednego z podstawowych dóbr, jakie jest oferowane we współczesnym świecie. Co więcej, przedsiębiorca energetyczny ma obowiązek zawarcia stosownej umowy z kontrahentem, a odmowa zagrożona jest karą pieniężną³⁰. Generalnie istnieje ustawowy obowiązek zawarcia tego typu umowy po stronie takiego przedsiębiorcy. Nie chodzi tu więc o „zwykłą” umowę cywilną, ale umowę, której przedmiotem jest specyficzne dobro. I w tym kontekście powinien być odczytywany art. 61 ust. 1 k.c. Skoro ustawodawca przewidział, że odbiorca ma 14 dni na odebranie przesyłki z placówki operatora pocztowego, to uwzględniając wskazane okoliczności, nie można pozbawiać odbiorcy energii elektrycznej tego uprawnienia, tym bardziej, że nie wiąże się to z żadnymi negatywnymi skutkami po stronie przedsiębiorcy energetycznego. W związku z brakiem płatności ze strony kontrahenta przedsiębiorcy energetycznemu przysługują przynajmniej odsetki ustawowe za opóźnienie (art. 481 § 1 k.c.), ewentualnie odsetki wynikające z umowy o sprzedaż i dostawę energii elektrycznej.

W literaturze wyrażono pogląd, że należy odróżnić problem daty złożenia oświadczenia przez jego autora w rozumieniu art. 61 k.c., co może mieć kluczowe znaczenie dla ustalenia biegu danych terminów istotnych dla składającego oświadczenie, od odrębnej kwestii rzeczywistego doręczenia (lub fikcji takiego doręczenia), które będzie mieć znaczenie, ale wyłącznie dla biegu terminów dla drugiej strony. Co do zasady, adresata nie powinny obciążać negatywne konsekwencje późniejszego odebrania przesyłki. Nie może on jednak czerpać z tego korzyści z uszczerbkiem dla nadawcy. Wypracowane przez orzecznictwo zasady

²⁹ Chodzi tu o paczki pocztowe zawierające pszczoły lub pisklęta ptactwa domowego, jeżeli nadawca zabezpieczył przesyłkę w sposób gwarantujący utrzymanie funkcji życiowych przemieszczanych zwierząt, a także próbki z mlekiem, jeżeli nadawca umieścił je w nietłukącym się opakowaniu i zabezpieczył przed wylaniem zawartości – termin odbioru takich przesyłek wynosi 48 godzin.

³⁰ Zob. np. art. 7 i 56 ust. 1 pkt 4 pr. energ.

dotyczące doręczania pism sądowych mogą mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy chodzi o terminy, które w związku ze złożeniem danego oświadczenia otwierają się dla adresata. Będą one liczone od daty faktycznego odbioru lub – w przypadku, gdy przesyłka została zwrócona wobec braku podjęcia – od daty, w której upłynął wyznaczony odpowiednimi przepisami termin przechowania korespondencji w placówce operatora pocztowego. W innych przypadkach, w związku z tym, że ustawodawcę interesuje wyłącznie „możliwość” zapoznania się z oświadczeniem, należy przyjąć, że istnieje ona od pierwszej próby prawidłowego doręczenia i to właśnie wtedy następuje złożenie oświadczenia³¹. Warto odnotować także pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 5.10.2005 r.³², zgodnie z którym dopiero dwukrotne awizowanie przesyłki poleconej zawierającej oświadczenie pracodawcy o rozwiązaniu stosunku pracy stwarza domniemanie faktyczne możliwości zapoznania się przez pracownika z jego treścią, co oznacza przerzucenie na niego ciężaru dowodu braku możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia pracodawcy. Należy również zwrócić uwagę na wyrok tego Sądu z 18.11.1999 r.³³, zgodnie z którym podjęcie przez pracownika zawiadomienia o przesyłce pocztowej skierowanej pod jego adres przez pracodawcę (awizo) nie jest równoznaczne z dojściem do niego zawartego w tej przesyłce oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy o pracę w taki sposób, iż mógł się zapoznać z jego treścią.

Taki pogląd należy podzielić odnośnie do art. 6b ust. 3 pr. energ. Dwutygodniowy termin zapłaty powinien być wyznaczony tak, aby odbiorca miał faktycznie 14 dodatkowych dni na uregulowanie należności³⁴. Słusznie Sąd Najwyższy przyjął w wyroku z 21.09.2010 r.³⁵, że wyważenie interesów dostawców i odbiorców energii nie może prowadzić do obwarowania możliwości skorzystania z uprawnienia do wstrzymania dostaw energii wymogami, które nie znajdują uzasadnienia w *ratio legis* unormowania wynikającego z tego przepisu. Do tego stwierdzenia trzeba dodać, że te interesy kolidują ze sobą, skoro dochodzi do sporu. Jeżeli uzasadnieniem wskazanego unormowania jest nie samo wstrzymanie dostaw energii elektrycznej, ale uświadomienie odbiorcy o istnieniu zaległości z tego tytułu, szczególnie gdy powstała ona wskutek przeoczenia lub okoliczności życiowych, a także udzielenie dodatkowego terminu na ich zapłatę, w tym również umożliwienie zabezpieczenia odpowiednich środków na pokrycie po-

³¹ Tak M. Wojewoda, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 649.

³² I PK 37/05, OSNP 2006, nr 17–18, poz. 263.

³³ I PKN 375/99, OSNP 2001, nr 7, poz. 227.

³⁴ Zob. M. Nowaczek-Zaremba, Z. Muras, [w:] *Komentarz*, s. 503.

³⁵ III SK 12/10, Lex nr 1213576.

wstałej zaległości, to priorytet należy przyznać faktycznemu odbiorowi przesyłki przez adresata, a w sytuacji, gdy do odbioru nie doszło we wskazanym czternastodniowym terminie awizacji, można przyjąć fikcję prawną, że adresat zapoznał się ze skierowanym do niego oświadczeniem woli w ostatnim dniu tego terminu. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której np. adresat będący kontrahentem przedsiębiorcy energetycznego odebrał pismo skierowane do niego w trybie art. 6 ust. 3a pr. energ. ostatniego dnia awizacji, który przypadałby na czwartek, do czego jest uprawniony zgodnie ze wskazanymi przepisami i uiszczył należność przelewem w dniu następnym, tj. w piątek, a więc można się spodziewać, że przelew dotarłby do przedsiębiorcy energetycznego dopiero w poniedziałek, ale już w piątek, przy przyjęciu ogólnej wykładni dotyczącej art. 61 k.c., byłby on uprawniony do wstrzymania dostaw energii elektrycznej. Zatem uwzględniając czynności niezbędne do wznowienia dostaw, całkowicie zależnych od przedsiębiorcy energetycznego, kontrahent mógłby być pozbawiony energii elektrycznej przez stosunkowo długi okres czasu. Analogiczna sytuacja mogłaby mieć miejsce również w tzw. okresie przedświątecznym, Bożego Narodzenia lub Wielkanocy. Oczywiście nie pozbawiałoby to odbiorcy dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych w stosunku do przedsiębiorcy energetycznego, ale nie to jest założeniem i celem prawa energetycznego.

Reasumując, należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu powołanego wyroku z 21.09.2010 r. (III SK 12/10), że art. 6 ust. 3a pr. energ. (aktualnie art. 6b ust. 3) ogranicza się do ustanowienia obowiązku wyznaczenia dodatkowego terminu, który wynosi dwa tygodnie, a milczy o zasadach obliczania tego terminu, jednak termin ten rozpoczyna swój bieg od daty doręczenia stosownego wezwania odbiorcy energii do uiszczenia zapłaty za energię elektryczną. Chociaż stan faktyczny był odmienny od omawianego, to stwierdzenie to wyraża istotę poruszanego tu problemu. W orzecznictwie wyrażono nawet pogląd, że art. 6 ust. 3a pr. energ. został wprowadzony w interesie odbiorcy, gdyż uniemożliwia on zastosowanie umownych, mniej korzystnych dla odbiorcy zasad wstrzymywania dostaw i jako *lex specialis* wyłącza zastosowanie ogólnych zasad przewidzianych w Kodeksie cywilnym³⁶. Należy jednak przyjąć, że nie chodzi o wyłączenie ogólnych zasad kodeksowych w ogóle, ale ich odpowiednie stosowanie, tj. z uwzględnieniem założeń, jakim przyświecają przepisy prawa energetycznego. Zastosowanie tych zasad wprost i przyjęcie *a limine* wykładni wypracowanej przez judykaturę i doktrynę dla art. 61 k.c. byłoby sprzeczne z celem i istotą tych przepisów dotyczących umowy o sprzedaż i dostawę energii elektrycznej. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony,

³⁶ Wyrok SOKiK z 16.12.2004 r., XVII AmE 49/03, niepubl.

że przepis ten ma charakter dyspozytywny³⁷. Jeżeli chodzi o termin zapłaty, to powinien on być wyznaczony tak, aby odbiorca miał faktycznie 14 dodatkowych dni na uregulowanie należności. W innym przypadku treść zawiadomienia jest mniej korzystna dla odbiorcy niż rozwiązanie przyjęte w art. 6b ust. 3 pr. energ., a przedsiębiorstwo swym działaniem nie wyczerpuje przesłanek uzasadnionego wstrzymania dostaw na podstawie tego przepisu³⁸. Skoro żaden przepis nie nakłada na odbiorcę energii elektrycznej obowiązku odbierania awizowanej przesyłki „od razu”, a wręcz przeciwnie, powołane rozporządzenie uprawnia go do odbioru w terminie 14 dni od awizacji, to zasadne jest dokonanie wykładni art. 61 § 1 k.c. w zw. z art. 6b ust. 3 pr. energ. w kontekście powołanych argumentów.

³⁷ W tym przedmiocie w doktrynie panuje zgoda; zob. np. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 149, A. Janiak, [w:] *Komentarz*, s. 394, P. Sobolewski, [w:] *Komentarz*, s. 672; zob. też wyrok SN z 15.10.1974 r., I CR 407/74, OSN 1975, nr 10–11, poz. 152.

³⁸ Zob. powołany wyrok SOKiK z 5.04.2007 r., XVII AmE 189/06.

THE SUSPENSION OF ELECTRICITY SUPPLY DUE TO RECIPIENT'S ARREARS AND THE ENTREPRENEUR'S OBLIGATION TO PROVIDE INFORMATION

The suspension of energy supply is one of the farthest-reaching powers of energy entrepreneur with whom a recipient had signed an agreement. Therefore, it is not right which can be used in every situation, but must be met certain conditions, even if the basis for suspension of supply is the lack of payment by the recipient. It may rise dispute between the trader and the recipient concerning the validity of cutting-off delivery of electricity. It is necessary to determine whether the action of the energy trader was in accordance with the law, which was preceded by all the required law actions, including whether it has been preserved obligation to provide information in relation to the contractor. It is not sufficient that the recipient is in default for a specified period of payment for energy, but must be notified in writing of its intention to terminate the contract. In addition, it must be designated an additional two-week deadline for payment of outstanding and current liabilities. It's important to define the conditions of keeping by the operator of the energy information's obligation, including the starting date for calculating the additional period set for payment of arrears. This raises doubt whether the principle derived from Article. 61 of the Civil Code can be applied directly to the energy law, which aims to protect recipients. This is more important that consumers more often than not are recipients of electricity, so far the weaker party of a contract for the sale and delivery of electricity.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (207) 2016
Warszawa 2016

Mateusz Grochowski ■

NIEPRZEDAWNIALNE ROSZCZENIA MAJĄTKOWE W PRAWIE CYWILNYM

I. Roszczenia nieprzedawnialne – istota i typologia

Tytułowe pojęcie nieprzedawnialnych roszczeń majątkowych na pierwszy rzut oka może wydawać się paradoksem. Zgodnie z ogólną regułą art. 117 § 1 k.c. w prawie polskim roszczenia takie nie powinny istnieć – jako bowiem ogólną regułę ustawodawca przyjął, że reżimowi przedawnienia podlega każde roszczenie o charakterze majątkowym. Za bezwzględną przedawnialnością roszczeń majątkowych, którą wyraża ten przepis, przemawia przede wszystkim ogólne uzasadnienie instytucji przedawnienia w prawie prywatnym. Przeważają w nim wyrażnie elementy publiczne – wśród których centralną rolę odgrywa dążenie do wzmocnienia pewności obrotu prawnego, przez ograniczenie możliwości dochodzenia roszczeń po upływie dłuższego czasu¹. Pozwala ono na ochronę utrwalonych stosunków faktycznych, których podważanie nie jest uzasadnione społecznie i mogłoby rozdzić trudności dowodowe².

W wyjątkowych sytuacjach prawo cywilne wprowadza jednak wyraźny wyjątek od tej reguły, deklarując brak przedawnialności roszczeń określonego rodzaju. Należą do nich, po pierwsze, roszczenia windykacyjne i negatoryjne,

¹ Ogólnie o uzasadnieniu instytucji przedawnienia por. zwł. B. Kordasiewicz [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 576 oraz T. Pałdyna, *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 28–76. Tak ujmowany cel przedawnienia może wywoływać oczywiście pewne zastrzeżenia o charakterze aksjologicznym. Wynikają one przede wszystkim z podstawowego skutku przedawnienia, jakim jest poważne osłabienie ochrony praw podmiotowych (por. B. Kordasiewicz, op. cit., s. 577–579).

² Por. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 423 i nast.

których nieprzedawnialność³ została stwierdzona *explicite* w art. 223 § 1 k.c. Po drugie, to samo rozwiązanie zostało wprowadzone także w wypadku roszczenia o zniesienie współwłasności – w art. 220 k.c.⁴ W obu wypadkach podstawowym argumentem przeciwko przedawnieniu tych roszczeń jest ich ścisły związek z określoną sytuacją prawnorzeczową, stanowiącą warunek ich istnienia⁵. Jak będzie jeszcze mowa (w punkcie III.1.), analogiczne uzasadnienie można odnosić także do innych roszczeń majątkowych, które mają swoje oparcie w określonym układzie faktów związanych z rzeczą.

Obok wyłączenia przedawnialności wprost, w doktrynie i orzecznictwie stosunkowo często wyrażany jest pogląd o konieczności rozciągnięcia tego rozwiązania także na inne typy roszczeń, które *prima facie* powinny mieścić się w zakresie art. 117 § 1 k.c. Wnioski te formułowane są z istoty rzeczy poza dosłownym brzmieniem przepisów regulujących te prawa, zwykle w oparciu o argumentację systemową i celowościowo-funkcjonalną. W oparciu o dotychczasowe wypowiedzi literatury i orzecznictwa wskazać można pięć typów roszczeń, którym przypisywana jest ta cecha⁶.

Do grupy tej zaliczano, po pierwsze, roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej (art. 145 i 146 k.c.). Pogląd ten podzielany był jednogłośnie w dotychczasowej literaturze⁷ – jako podstawowy argument w tym zakresie

³ Analogicznym terminem (*Unverjährbarkeit*) posługuje się także doktryna niemiecka – por. R. Kanzleiter, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 6, Sachenrecht, §§ 854–1296. *Wohnungseigentumsgesetz. Erbbauerechtsgesetz*, Monachium 2009, s. 940.

⁴ Krytycznie o tym przepisie jednak S. Wójcik, *Przedmiot przedawnienia w polskim prawie cywilnym*, NP 1985, nr 6, s. 20 i nast., którego zdaniem nie dotyczy on roszczenia i, w konsekwencji, jest zbędny w systemie prawa.

⁵ Również w austriackim systemie prawnym przedawnialność tego roszczenia została wyłączona *explicite* (§ 1481 ABGB), podobnie do analogicznego wyłączenia przedawnienia w stosunku do roszczenia o ustanowienie drogi koniecznej: § 7 NotwegG (Notwegegesetz, RGBl. Nr. 140 – dalej jako: „NotwegeG”). Zgodnie z § 8 tej ustawy, „Roszczenie o przyznanie drogi koniecznej nie ulega przedawnieniu” („*Der Anspruch auf Einräumung eines Nothweges unterliegt nicht der Verjährung*”).

Analogicznie zgodnie ze wspomnianym wyżej § 924 BGB przedawnieniu nie ulega zdecydowana większość roszczeń wynikających ze stosunków sąsiedzkich. Co do wątpliwości w tym zakresie w polskiej literaturze por. jednak przyp. 60.

⁶ O typologii tych roszczeń por. także E. Gniewek, *Wyłączenie przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu*, [w:] *Oblicza prawa cywilnego, Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Janowi Błeszyńskiemu*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2013, s. 132 i nast. oraz J. Kuźmicka-Sulikowska, *Idea przedawnienia i jej realizacja w polskim kodeksie cywilnym*, Wrocław 2015, s. 228, 236 (tam również o rzadszych koncepcjach objęcia brakiem przedawnialności także roszczeń innych rodzajów).

⁷¹⁶ W. Bugajski, *Przepisy o zakładaniu na cudzych nieruchomościach urządzeń wodno-kanalizacyjnych, gazociągowych, energetycznych i telekomunikacyjnych, a tzw. służebności ustawowe* (art. 145, 146 k.c.), Pal. 1966, nr 12, s. 55 i nast.; S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1988, s. 81; W. Kocon, *Droga konieczna*, Warszawa 1977, s. 99–101; A. Kubas, *Ustanowienie służebności drogi koniecznej*, NP 1966, nr 3, s. 346; J.St. Piątkowski, [w:] *System prawa*

wskazującej ściśle powiązanie roszczenia o ustanowienie tej służebności ze stanem faktycznym określonym przez ustawodawcę jako przesłanka jego istnienia⁸. Roszczenie to trwa tak długo, jak długo istnieją uzasadniające je okoliczności faktyczne. Odpadnięcie jednej z nich sprawia natomiast, że gaśnie również ono samo. Pogląd ten formułowany był także w nieco innej postaci, nawiązującej do koncepcji „odnawialności” roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej, przyjmowanej w literaturze niemieckiej i austriackiej⁹.

Pogląd o nieprzedawnialności tego roszczenia wyrażany jest także *explicit* w innych systemach prawnych. Z perspektywy prawa polskiego szczególne znaczenie ma wyłączenie możliwości przedawnienia tego roszczenia w § 8 austriackiej ustawy z dnia 7 lipca 1896 r. o ustanowieniu dróg koniecznych¹⁰ oraz w § 924 w zw. z § 917 i nast. BGB.¹¹ Przykład tych regulacji stanowił dość istotny punkt odniesienia przy formułowaniu poglądu o nieprzedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej w polskiej literaturze¹².

Po drugie, z analogicznych przyczyn za nieprzedawnialne uznaje się w literaturze także roszczenie o ustanowienie służebności na podstawie art. 151 zd. 2 k.c. Także w tym wypadku funkcjonowanie tego roszczenia poza zakresem art. 117 § 1 k.c. uzasadniane jest ścisłym związkiem z określoną sytuacją prawnorzeczową, stanowiącą przesłankę jego istnienia¹³.

Po trzecie, brak przedawnialności tradycyjnie przypisuje się także roszczeniu o przeniesienie własności działki na podstawie art. 231 § 1 k.c.¹⁴ Stanowisko

cywilnego, t. II, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 136; S. Wójcik, *Przedmiot...*, NP 1985, nr 6, s. 23 i nast.; F. Zoll, *Austriackie prawo prywatne. Część ogólna*, Kraków 1909, s. 299; idem, *Prawo cywilne w zarysie opracowane przy współudziale dra Adama Szpunara docenta Uniwersytetu Jagiellońskiego*, t. I, *Część ogólna*, Kraków 1948, s. 161.

⁸ Tak zwł. A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346; J. St. Piąkowski, op. cit., s. 136.

⁹ Por. punkt III.1.

¹⁰ Notwegegesetz, RGBl. Nr. 140 – dalej jako: „NotwegeG”. Zgodnie z § 8 ustawy, „Roszczenie o przyznanie drogi koniecznej nie ulega przedawnieniu” (*Der Anspruch auf Einräumung eines Nothweges unterliegt nicht der Verjährung*).

¹¹ Zgodnie z § 924 BGB, wskazane w tym przepisie roszczenia wynikające ze stosunków sąsiedzkich „nie ulegają przedawnieniu” (*unterliegen nicht der Verjährung*).

¹² Do rozwiązań niemieckich i austriackich w polskiej literaturze odwoływali się przede wszystkim W. Kocon, op. cit., s. 100 oraz A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346; przytaczana przez nich koncepcja „odnawialności” przeniknęła jednak do późniejszych wypowiedzi polskiej doktryny i zaczęła funkcjonować bez powoływania się na jej źródło (por. m.in. wyraźne nawiązanie do tej koncepcji przez M. Balwicką-Szczyrbę, op. cit., s. 91).

¹³ Pogląd taki formułuje J. St. Piąkowski, op. cit., s. 144.

¹⁴ Tak m.in. J. Pokrzywniak, *Kiedy przedawnia się roszczenie o przymusowe ustanowienie służebności przesyłu*, „Rzeczpospolita”, 5 lutego 2009 r.; M. Orlicki [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–44911*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 971; K. Górka [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 466; S. Rudnicki, G. Rudnicki, J. Rudnicka, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, *Własność i inne prawa rzeczowe*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 486; odmiennie R. Chorabik, *Glosa*

to wypracowane zostało w ugruntowanej linii orzeczniczej SN, zapoczątkowanej uchwałą z 18 marca 1968 r. (III CZP 15/68)¹⁵ i konsekwentnie aprobowanej w kolejnych orzeczeniach¹⁶. Pogląd ten jest także dość zgodnie przyjmowany w literaturze, zazwyczaj w pełni aprobowanej¹⁷ stanowisko Sądu Najwyższego i uzasadniającą go argumentację¹⁸.

Po czwarte wreszcie, pogląd ten został także przyjęty w odniesieniu do roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu (art. 305² k.c.) w uchwale Sądu Najwyższego z 20 lutego 2013 r. (III CZP 101/12)¹⁹. Analogicznie do wymie-

do wyroku Sądu Najwyższego z 20.5.1997 r., III CKN 172/97, MoP 2000, nr 6.

¹⁵ OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z glosą S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90.

¹⁶ Por. wyroki SN: z 13 grudnia 2007 r., I CSK 364/07 (LEX nr 381107 z glosą S. Rudnickiego, PS 2008, nr 7–8), z 15 stycznia 2009 r., I CSK 333/07 (OSNC-ZD 2009, nr 4, poz. 97), z 21 czerwca 2011 r., I CSK 555/10 (BSN 2011, nr 11), z 9 maja 2012 r., V CSK 236/11 (LEX nr 1214335).

¹⁷ Tak m.in. S. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975, s. 204; Z. Klafkowski, *Przedawnienie w prawie cywilnym*, Warszawa 1970, s. 39, [za:] T. Pałdyna, *op. cit.*, s. 225, przyp. 144; S. Wójcik, [w:] *System prawa cywilnego*, t. II, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, Ossolineum 1977, s. 532; J. Ignatowicz, [w:] *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1985, s. 800 i nast.; Idem, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. Z. Resich, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, J. I. Bielski, Warszawa 1972, s. 630 i nast.; S. Rudnicki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r.*, I CSK 364/07, PS 2008, nr 7–8, s. 181. Tak również S. Breyer w aprobowanej glosie do tej uchwały (OSP 1969, nr 4, poz. 90, s. 181), którego zdaniem już w chwili jej podejmowania przez SN zagadnienie to pozostawało oczywiste (z tego względu, w pełni dzieląc wnioski Sądu Najwyższego, autor nie odniósł się szerzej do tej kwestii). Podobnie A. Kubas (*Budowa na cudzym gruncie*, Warszawa 1972, s. 175), którego zdaniem już we wcześniejszym orzecznictwie nieprzedawnialność tego roszczenia nie budziła wątpliwości i przyjmowano ją w sposób milczący. Ostatecznie jednak A. Kubas dochodzi do wniosku (ibidem, s. 176 i nast.), że roszczenie to ulega przedawnieniu. Ze stanowiskiem tym polemizuje także T. Pałdyna, *op. cit.*, s. 225. Niejednoznaczne jest natomiast zdanie S. Grzybowskiego (*Prawo cywilne. Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1989, s. 105), który stwierdza jedynie, że pogląd o braku możliwości przedawnienia roszczeń wynikających z art. 231 k.c. „może budzić poważne wątpliwości (autor nietrafnie rozciąga krytykowane stanowisko na cały art. 231 k.c., nie zaś jedynie na jego § 1, którego w istocie dotyczy pogląd o nieprzedawnialności w doktrynie i orzecznictwie). Pogląd ten podziela także R. Morek, *Komentarz do art. 231*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2012, Legalis, teza 8.

¹⁸ S. Breyer (*Przeniesienie...*, s. 205) uzupełnia jednak tę argumentację o sprostowanie, że roszczenie z art. 231 § 1 k.c. ma charakter bezwzględny. Z perspektywy współczesnej klasyfikacji postaci praw podmiotowych trudno jednak zgodzić się z tym twierdzeniem. Nie ulega bowiem wątpliwości, że roszczenie to ma charakter względny (skuteczny *inter partes* stosunku prawnego, nie zaś *erga omnes*). Wniosek S. Breyera można rozumieć także jako wskazanie, że roszczenie z art. 231 § 1 k.c. jest związane z prawem bezwzględnym. W takim wypadku pogląd ten również jednak nie przekonuje. Należy bowiem zauważyć, że inne roszczenia związane z prawem własności przedawniają się na zasadach ogólnych (co wynika choćby z art. 223 § 1 k.c. i 229 § 1 k.c.). Stanowisko to trafnie więc, jak się wydaje, zostało skrytykowane przez A. Kubasa, *Budowa...*, s. 176 (który odczytał ten pogląd w taki właśnie sposób).

¹⁹ OSNC 2013, nr 7–8, poz. 88. Z punktu widzenia argumentacji zawartej w uza-

nionych wyżej praw, zwrócono w tym wypadku uwagę na powiązanie tego roszczenia ze stałym zespołem okoliczności faktycznych, którego istnienie – nie zaś upływ czasu – wyznacza temporalne granice, w których możliwe jest jego dochodzenie. Uchwała ta rozstrzygnęła zasadniczą różnicę zdań w doktrynie – w której prezentowano zarówno pogląd o przedawnialności tych roszczeń²⁰ (w terminie dziesięcioletnim lub, gdy są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, w terminie trzech lat²¹), jak i o jej braku²².

Po piąte, w orzecznictwie wyrażono także pogląd o braku przedawnialności roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości w wykonaniu umowy

sadnieniu uchwały pogląd ten rozumieć można jednak znacznie szerzej – jako opowiedzenie się za nieprzedawnialnością roszczeń o ustanowienie wszelkich służebności (tak też odczytuje go J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 230 i nast.).

²⁰ Źródeł pierwszego poglądu upatrywać należy przede wszystkim w publikacjach autorstwa G. Bienka i S. Rudnickiego, którzy wkrótce po wejściu w życie przepisów o służebności przesyłu jednoznacznie opowiedzieli się za możliwością przedawnienia roszczenia o jej ustanowienie – jako roszczenia majątkowego – G. Bieniek, *Urządzenia przesyłowe. Problematyka prawna*, Warszawa 2008, s. 60; tak również idem, *Służebność przesyłu, czyli temat prawnych dyskusji*, „Rzeczpospolita”, 25 września 2008 r.; S. Rudnicki, G. Rudnicki, op. cit., s. 557, teza 7). Pogląd ten został powtórzony – z reguły z powołaniem się na przynajmniej jedno z tych dwóch stanowisk – przez kolejnych autorów: B. Rakoczego, op. cit., s. 182–183, 185; K. A. Dadańską, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, *Własność i inne prawa rzeczowe*, red. A. Kidyba, Warszawa 2012, s. 356, teza 5; M. Olczyk, *Komentarz do zmiany art. 305(2) Kodeksu cywilnego wprowadzonej przez Dz.U. z 2008 r. Nr 116, poz. 731*, [w:] M. Olczyk, *Komentarz do ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2008, część wstępna (przed tezą 1); S. Rudnickiego, G. Rudnickiego i J. Rudnicką, op. cit., s. 650 i n. oraz P. Wojnarskiego, *Służebność przesyłu: niedopracowana instytucja*, „Rzeczpospolita”, 16 września 2008 r. O problemie przedawnienia roszczeń tego rodzaju por. także szerzej J. Pokrzywniak, [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–44911*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1126 i nast.

²¹ Zwolennicy poglądu dopuszczającego przedawnienie roszczeń o ustanowienie służebności przesyłu najczęściej wskazują przy tym, że bieg terminu przedawnienia mógł rozpocząć się w stosunku do nich najwcześniej z dniem wejścia w życie ustawy wprowadzającej do Kodeksu cywilnego instytucję służebności przesyłu – a więc 3 sierpnia 2008 r. Jako uzasadnienie tego poglądu wskazuje się brak możliwości dochodzenia tego roszczenia przed wejściem w życie przepisów stanowiących jego podstawę prawną, co wyklucza rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia przed tą datą. Por. G. Bieniek, *Służebność...* (polemizując z odmiennym stanowiskiem P. Wojnarskiego, *Służebność...*); K. A. Dadańska, op. cit., s. 557, teza 5; M. Olczyk, op. cit., część wstępna (przed tezą 1); S. Rudnicki, G. Rudnicki, op. cit., s. 557, teza 7; B. Rakoczy, op. cit., s. 180.

²² Za stanowiskiem tym opowiedzieli się E. Gniewek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 554, nb. 14; idem, *Wyłączenie...*, passim; idem, *Opinia o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2011, nr 3, s. 144; B. Lackoroński, *Komentarz do art. 305[2]*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, teza 14 i nast.; M. Balwicka-Szczyrba, *Problem przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy przesyłowego o ustanowienie służebności przesyłu*, PiP 2010, z. 10, s. 86–93; J. Pokrzywniak, op. cit., K. Zaradkiewicz, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Komentarz do art. 1 – 449¹⁰*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 935, nb. 6.

zobowiązującej. Pogląd ten, przyjęty w uchwale SN z 15 czerwca 1978 r. (III CZP 34/78)²³, został jednak zakwestionowany *expressis verbis* w późniejszym orzecznictwie²⁴ – co rodzi zasadnicze wątpliwości, by można było uważać go za nadal aktualny.

Bliższe spojrzenie na argumenty przytaczane za i przeciwko objęcia omawianych roszczeń ogólną regułą przedawnialności roszczeń majątkowych ujawnia szereg punktów wspólnych. Jak się wydaje, stanowią one zarazem najbardziej zasadnicze elementy samej koncepcji nieprzedawnialności roszczeń majątkowych *de lege lata*. Kwestia ta zasługuje zatem na nieco bliższe spojrzenie.

II. Natura roszczenia jako ogólne uzasadnienie nieprzedawnialności

II.1. Ogólne założenia

Podstawę uzasadnienia poglądu o nieprzedawnialności wszystkich omawianych wyżej roszczeń stanowi to samo, ogólne twierdzenie, stanowiące punkt wyjścia i wspólny mianownik wszystkich bardziej szczegółowych argumentów. Sprowadza się ono do przyjęcia, że pozostają one, pod względem swojej natury, odmienne od typowych roszczeń majątkowych, o których mowa w art. 117 § 1 k.c. Stanowisko to wpisuje się w bardziej ogólny pogląd, zgodnie z którym brak przedawnialności może mieć swoje źródło nie tylko w wyraźnej dyspozycji ustawy, lecz także wynikać z właściwości roszczenia²⁵.

Koncepcja ta, w polskiej literaturze mająca swoje źródła na gruncie przepisów o służebności drogi koniecznej (art. 145 i 146 k.c.), została następnie rozszerzona na inne roszczenia – zwłaszcza o wykup działki w razie budowy na cudzym gruncie (art. 231 § 1 k.c.) oraz o ustanowienie służebności przesyłu²⁶. Metoda oceny przedawnialności roszczenia w oparciu o jego właściwości („naturę”) stosowana jest także w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który na tej

²³ OSP 1978, nr 12, poz. 221, z glosami Z. Banaszczyka, OSPiKA 1979, nr 7–8, poz. 136 oraz R. Tollika, OSPIKA 1980, nr 2, poz. 25.

²⁴ Tak SN w uchwale z 25 maja 1979 r., III CRN 83/79 (OSNCP 1980, nr 1, poz. 10).

²⁵ Tak ogólnie S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, Warszawa 1974, s. 637 oraz idem, [w:] S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, op. cit., s. 81. Do kryterium „natury” roszczenia, o którym mowa w art. 3052 k.c. (bez sprecyzowania tego określenia) odwołuje się także E. Gniewek, [w:] *Kodeks...*, s. 554, nb. 14, aprobując jednak równocześnie stanowisko K. Zaradkiewicza, odnoszące się do tego pojęcia wprost.

²⁶ Uchwała SN z 20 lutego 2013 r., III CZP 101/12 (OSNC 2013, nr 7–8, poz. 88); do analogicznego kryterium odwołuje się także E. Gniewek, *Wyłączenie...*, s. 145.

podstawie wykluczył m.in. dopuszczalność przedawnienia roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości w wykonaniu umowy zobowiązującej w uchwale z dnia 15 czerwca 1978 r. (III CZP 34/78)²⁷ oraz roszczenia o wykup działki gruntu na podstawie art. 231 § 1 k.c., w linii orzeczniczej inspirowanej uchwałą z dnia 18 marca 1968 r. (III CZP 15/68)²⁸.

II.2. Dopuszczalność funkcjonalno-celowościowej wykładni przepisów o przedawnieniu

Ogólne założenie o naturze roszczenia jako możliwym źródle jego nieprzedawnialności spotkało się z odosobnioną krytyką w doktrynie²⁹. Na jej uzasadnienie wskazano³⁰, po pierwsze, że przedawnialność roszczeń majątkowych została jednoznacznie przesądzona w art. 117 § 1 k.c. Możliwość przedawnienia może zostać wyłączona jedynie w granicach wyraźnych wyjątków wprowadzonych przez ustawodawcę, które nie podlegają wykładni rozszerzającej. Po drugie, polemika z tym stanowiskiem oparta została także na argumentach celowościowych i aksjologicznych. Wskazano, że odwoływanie się do tej argumentacji oznaczałoby prowadzenie wykładni wbrew intencjom, z jakim stanowione były normy prawne dotyczące przedawnienia: „celowość tę badał już bowiem ustawodawca i tam, gdzie uznał to za stosowne, wyłączył działanie przedawnienia”³¹, równocześnie zaś stosowanie argumentacji celowościowej „podważa społeczno-gospodarczy sens przedawnienia”³².

Argumentacja ta nie wydaje się jednak w pełni przekonująca.

Po pierwsze, stoi ona w sprzeczności z powszechnie przyjmowaną aktualnie w polskim prawie prywatnym derywacyjną koncepcją wykładni, do której podstawowych założeń należy konieczność interpretacji każdego przepisu prawnego przy użyciu wszystkich dostępnych metod³³. Wyłączenie argumentacji celowościowej i funkcjonalnej znacznie zubażałoby warsztat interpretacyjny, rodząc ryzyko, że wynik wykładni będzie sprzeczny z zadaniami normy prawnej i rolą, jaką ma ona do odegrania w systemie prawa.

²⁷ OSP 1978, nr 12, poz. 221, z głosami Z. Banaszczyka, OSPiKA 1979, nr 7–8, poz. 136 oraz R. Tollika, OSPIKA 1980, nr 2, poz. 25.

²⁸ OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z głosem S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90.

²⁹ Tak T. Pałdyna, op. cit., s. 224.

³⁰ Oba argumenty przytacza T. Pałdyna, *ibidem*, s. 220 (odsyłając do nich na s. 224).

³¹ T. Pałdyna, op. cit., s. 225.

³² *Ibidem*.

³³ Por. m.in. M. Zirk-Sadowski, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 4, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2012, s. 156–159, 187–189.

Po drugie, w instytucji przedawnienia trudno dopatrzeć się elementów, które z góry wykluczałyby sięganie do wykładni celowościowej i funkcjonalnej. W pewnych wypadkach rozwiązanie to może natomiast zapewnić większą poprawność i operatywność norm prawnych w zakresie przedawnienia.

Po trzecie, nie sposób oczywiście odmówić zasadności argumentom wskazującym na konieczność respektowania woli ustawodawcy co do kwestii przedawnienia, mogącej wywoływać wątpliwości aksjologiczne. Z podobnych względów uzasadnione wydaje się także przywiązywanie szczególnej wagi do zapewnienia pewności i przewidywalności stosowania przedawnienia. Obie te kwestie nie mają jednak w tym wypadku decydującego znaczenia. Ich ocena musi bowiem nastąpić w proporcji do innych wchodzących w grę argumentów – przede wszystkim o charakterze funkcjonalno-celowościowym. W pewnych wypadkach sama konstrukcja lub mechanizm funkcjonowania określonego roszczenia mogą bowiem wskazywać, że dopuszczenie jego przedawnienia mogłoby prowadzić do sprzeczności w systemie prawa lub wywoływać efekty niepożądane z perspektywy pragmatycznej. Uprzedzając dalsze uwagi, można zauważyć, że problemy tego rodzaju dobrze ilustruje konflikt między (hipotetycznym) przedawnieniem roszczenia o ustanowienie służebności i możliwością nabycia jej przez zasiedzenie oraz sprzeczność koncepcji przedawnienia z intencją ustawodawcy leżącą u podstaw prawnej regulacji służebności przesyłu.

Argument o konieczności uwzględnienia woli ustawodawcy jest w tym kontekście o tyle wątpliwy, że ogranicza źródła ustalenia tej woli wyłącznie do treści przepisów. Pomija on natomiast, że w ramach intencji ustawodawcy – przy założeniu jego racjonalności – mieści się także konstruowanie systemu prawa w sposób spójny i kompletny oraz zapewnianie poszczególnym elementom tego systemu optymalnej skuteczności. Prawidłowa interpretacja tekstu prawnego wymaga więc wzięcia pod uwagę także argumentów funkcjonalnych i celowościowych. Problem społecznej legitymizacji regulacji przedawnienia powinien zostać w takich wypadkach rozwiązany na płaszczyźnie uzasadnienia orzeczenia, w którym dane roszczenie będzie uznane za nieprzedawnialne. Oczywiście, z perspektywy adresatów norm prawnych rozwiązanie takie będzie mniej pewne i czytelne niż w razie wyraźnego wyłączenia przedawnienia roszczenia, jego wykluczenie rodziłoby jednak ryzyko nadmiernego formalizmu w stosowaniu prawa, sprzeczne z intencją ustawodawcy oraz funkcjami norm prawnych.

Na marginesie warto także zauważyć, że w odniesieniu do roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej w literaturze wskazano na „wieloletnią praktykę utwierdzonej zasady nieprzedawniania się tego typu roszczeń”³⁴.

³⁴ Tak A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346.

Argument ten został jednak sformułowany w sposób lakoniczny, bez odwołania się do jakichkolwiek poglądów czy przykładów z praktyki. Z tego powodu trudno ocenić jego trafność. Jednocześnie – o czym świadczyć może fakt kilkakrotnych wypowiedzi Sądu Najwyższego – w tym uchwale rozstrzygającej zagadnienie prawne przedstawione przez sąd powszechny – praktyka w tym zakresie może wykazywać niespójność.

III. Szczegółowe źródła braku przedawnialności roszczenia

III.1. Stałość faktycznej podstawy roszczenia

Stanowisko o nieprzedawnialności omawianych roszczeń stosunkowo najczęściej uzasadniane jest przez odwołanie do ich właściwości, jaką jest ścisły związek ze stanem faktycznym, który uzasadnia ich dochodzenie. Jest ono możliwe tak długo, jak długo stan ten utrzymuje się w niezmienionej postaci. Powiązanie tych roszczeń z określonym stanem faktycznym oznacza zatem, że ustawodawca w autonomiczny sposób ukształtował sposób ich dochodzenia oraz wpływ, jaki wywiera na nie upływ czasu. W czasie istnienia przesłanek faktycznych roszczenia te mogą być dochodzone bez ograniczeń czasowych, w razie zaś ich odpadnięcia gasną one – co sprawia, że ocena ich przedawnienia staje się bezprzedmiotowa³⁵.

Zbliżonym argumentem wskazywanym przez zwolenników koncepcji nieprzedawnialności jest także „stała odnawialność” (*fortwährender Neustellung*)³⁶ omawianych roszczeń. W myśl tej koncepcji, sformułowanej w literaturze niemieckiej i austriackiej na gruncie służebności drogi koniecznej (i zaadaptowanej w prawie polskim)³⁷, roszczenie to nie może ulec przedawnieniu, gdyż leżący

³⁵ Podstawowy punkt odniesienia dla zwolenników tego poglądu stanowi, opisane wyżej, utrwalone stanowisko orzecznictwa co do niedopuszczalności przedawnienia roszczenia o wykup działki na podstawie art. 231 § 1 k.c. – tak SN w uchwale z 18 marca 1968 r., III CZP 15/68 (OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z glosą S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90) oraz w wyroku z 6 marca 1981 r., III CRN 25/81 (LEX nr 503229).

³⁶ W ten sposób (lub za pomocą sformułowań bliskoznacznych) w literaturze niemieckiej i austriackiej uzasadniana jest powszechnie nieprzedawnialność roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej. Tak R. Kanzleiter, op. cit., s. 940, który stwierdza, że wyłączenie przedawnienia „jest wyrazem ustawowej oceny, że roszczenia w stosunkach sąsiedzkich ustawicznie powstają na nowo”; z wcześniejszych wypowiedzi tak również P. Bassenge, [w:] *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2016, s. 1563.

³⁷ Tak A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346. Pogląd ten przytacza także – opierając się jednak na linii orzecniczej Sądu Najwyższego na gruncie art. 231 § 1 k.c., nie zaś na poglądach nauki niemieckiej i austriackiej – J. Pokrzywniak, op. cit.

u jego podstaw stan faktyczny ma charakter trwały³⁸ – „nieustannie występują przesłanki uzasadniające żądanie, by [...] ustanowić [służebność]”³⁹. W konsekwencji roszczenie to stale „odżywa” – a zatem, jak można rozumieć, jego wymagalność ustawicznie powstaje na nowo („każdego dnia z osobna”)⁴⁰. Obok roszczeń wynikających z prawa własności (art. 222 k.c.) zalicza się więc ono do roszczeń, które z zasady nie ulegają przedawnieniu⁴¹. W tym sensie, zgodnie z formułowanym niekiedy poglądem, może być ono uznane za „skargę wieczystą” (*actionem perpetuam*)⁴², choć samo odwołanie do „wieczystości” roszczenia bywa uznawane w literaturze za przesadne⁴³. Innymi więc słowy – jak należałoby rozumieć istotę tego argumentu – ustawodawca określa przesłanki powstania i wygaśnięcia tych roszczeń w sposób autonomiczny, co wyklucza stosowanie do nich ogólnych przepisów o przedawnieniu.

Dla porządku należy zauważyć, że w warunkach prawa polskiego (w którym brak odpowiednika § 924 BGB i § 7 NotwegeG), koncepcja „odnawialności” roszczenia o ustanowienie służebności nie uzasadnia nieprzedawnialności jako jego cechy konstrukcyjnej, lecz wyłącznie brak faktycznej możliwości jego przedawnienia. Różnica ta nie ma jednak poważniejszego znaczenia z perspektywy teoretycznej ani praktycznej – niezależnie od wybranej koncepcji, w obu wypadkach roszczenie to będzie bowiem funkcjonowało w systemie prawa jako nieprzedawnialne. W konsekwencji, w pełni uzasadniona wydaje się zaproponowana w polskiej literaturze formuła, zgodnie z którą roszczenie o ustanowienie służebności drogi koniecznej (co odpowiednio odnieść można także do roszczeń z art. 305² k.c.) należy do majątkowych roszczeń prawa cywilnego, „które nie tylko nie przedawniają się, ale upływ czasu w ogóle na te roszczenia nie oddziałują”⁴⁴.

Stanowisko to spotkało się jednak w literaturze z krytyką, uzasadnianą przy użyciu dwóch argumentów. Po pierwsze, w odniesieniu do służebności przesyłu stwierdzono, że permanentność samoistnego posiadania dotyczy jedynie przedsiębiorcy przesyłowego, nie zaś właściciela nieruchomości, któremu również przysługuje roszczenie o ustanowienie tej służebności (art. 305² § 2 k.c.). Odwoływanie się do „odnawialności” tego roszczenia ignoruje zatem wyraźną intencję ustawodawcy, który dąży do zrównania pozycji obu tych podmiotów⁴⁵. Po drugie, wskazano także na błędne (dokonane *contra legem*) powiązanie

³⁸ Tak również W. Kocon, op. cit., s. 100.

³⁹ Tak istotę tego argumentu ujmuje E. Gniewek, *Opinia...*, s. 144.

⁴⁰ M. Balwicka-Szczyrba, op. cit., s. 92.

⁴¹ W. Kocon, op. cit., s. 100.

⁴² Ibidem.

⁴³ Tak S. Wójcik, *Przedmiot...*, s. 23.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Tak B. Rakoczy, op. cit., s. 183.

problematyki przedawnienia z faktem posiadania nieruchomości – podczas gdy „związanie roszczenia z posiadaniem nie zmienia w żaden sposób jego charakteru. Przecież nawet roszczenia płynące z praw rzeczowych, zazwyczaj związanych z posiadaniem, ulegają przedawnieniu. Wyjątek od tej zasady jest wyraźnie wyartykułowany w art. 223 § 1 k.c.”⁴⁶.

Polemika ta opiera się jednak, jak można sądzić, na niewłaściwym odczytaniu krytykowanego poglądu. Przy założeniu, że nieprzedawnialność roszczenia wiązałaby się jedynie z posiadaniem samoistnym, zarzuty te byłyby oczywiście w pełni zasadne. Istota zwalczanego poglądu opiera się jednak na odmiennym założeniu, zgodnie z którym o braku możliwości przedawnienia nie decyduje samo posiadanie, lecz całokształt okoliczności faktycznych stanowiących przesłanki ustanowienia służebności, wśród których znajduje się, co oczywiste, także posiadanie samoistne. W konsekwencji wyłączenie tego roszczenia z zakresu art. 117 § 1 k.c. nie następuje jedynie z uwagi na posiadanie służebności przez przedsiębiorcę przesyłowego (a tym bardziej nie dotyczy wyłącznie jego roszczenia – jak zdają się sugerować zwolennicy omawianego stanowiska), lecz wynika ze szczególnej właściwości tego roszczenia, którego istnienie zostało ściśle związane przez ustawodawcę z występowaniem określonej sytuacji faktycznej o charakterze trwałym.

Na marginesie należy także zwrócić uwagę na dwa elementy regulacji służebności gruntowych: art. 291 i 293 k.c. Oba te przepisy mogą potwierdzać wniosek, że skutki upływu czasu zostały ukształtowane przez ustawodawcę w wypadku służebności w sposób odmienny niż w ogólnej regulacji prawa cywilnego. Odnoszą się one do, szeroko pojętych, zmian w stanie faktycznym na nieruchomości, które następują z upływem czasu, już po ustanowieniu służebności. Zgodnie z art. 291 k.c., jeśli w trakcie istnienia tego prawa dojdzie do istotnej zmiany okoliczności, rodzącej „ważną potrzebę gospodarczą”, właściciel nieruchomości obciążonej może żądać zmiany treści lub sposobu wykonywania służebności. W myśl art. 293 k.c. służebności gasną, jeśli przez określony czas nie były one wykonywane (służebności czynne) albo jeśli na nieruchomości utrzymywał się stan sprzeczny z treścią służebności (służebności bierne). Druga z tych konstrukcji była tradycyjnie określana jako „przedawnienie” prawa rzeczowego (tak zwłaszcza art. 128 § 1 dekretu z dnia 11 października 1946 r. Prawo rzeczowe⁴⁷). Konstrukcja ta nie może być jednak, co oczywiste, utożsamiana z instytucją przedawnienia roszczeń majątkowych. Świadczą o tym zwłaszcza jej odmienne skutki – upływ terminów przewidzianych w art. 293 k.c. powoduje

⁴⁶ Tak T. Pałdyna, op. cit., s. 225.

⁴⁷ Dz.U. Nr 57, poz. 319 ze zm.

wygaśnięcie prawa, nie wpływając jednak w żaden sposób na roszczenie o jego ustanowienie. W konsekwencji po wygaśnięciu służebności możliwe jest żądanie jej ponownego ustanowienia⁴⁸.

W literaturze wskazano także na inną szczególną cechę służebności przesyłu – jako „prawa przymusowego kształtującego treść i zakres własności nieruchomości”⁴⁹ [podkr. – MG]. Oczywiście argument ten opiera się przede wszystkim na trybie ustanowienia służebności, która może powstać także na podstawie orzeczenia⁵⁰. Ponieważ argument ten nie został szerzej rozwinięty w literaturze, jedynie jako hipotezę można przyjąć, że opiera się on na przekonaniu, zgodnie z którym roszczenia wpływające na treść i zakres prawa własności z zasady nie powinny ulegać przedawnieniu. W takim rozumieniu uzasadnienie to byłoby, jak się wydaje, bliskie argumentowi o ścisłym związku roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu z sytuacją prawnorzeczową określoną w hipotezie art. 305² k.c.

W doktrynie wyrażono także pogląd, zgodnie z którym roszczenie o ustanowienie służebności (stanowisko to sformułowano w odniesieniu do drogi koniecznej) nie ulega przedawnieniu, służebność bowiem wyznacza *ex lege* granice prawa własności. Zgodnie z tym rozumieniem, sądowe ustanowienie służebności stwierdza jedynie zakres prawa własności nieruchomości istniejący z mocy prawa⁵¹. W konsekwencji roszczenie to nie może ulec przedawnieniu, oznaczałoby to bowiem, „że przedawnia się ustawa, co jest oczywiście nie do przyjęcia”⁵². Pogląd ten został zakwestionowany w późniejszej literaturze jako oparty na błędnych założeniach co do relacji między służebnością a treścią prawa własności oraz co do niepoprawnego ujmowania hipotetycznego przedawnienia jako „przedawnienia ustawy”⁵³. Krytykę tę, zwłaszcza co do drugiej ze wskazanych kwestii, można podzielić w pełni. Obecnie nie budzi bowiem wątpliwości, że orzeczenie o ustanowieniu służebności ma charakter prawnokształtujący, tworząc ograniczone prawo rzeczowe, nie zaś stwierdzając jedynie jego istnienie z mocy prawa⁵⁴. Z tej perspektywy ewentualnemu przedawnieniu nie ulegałaby więc rzecz jasna „ustawa”, lecz oparte na niej roszczenie będące prawem podmiotowym. Mimo tych zasadniczych zastrzeżeń, pogląd ten opiera się jednak na dość czytelnej intuicji, zgodnie z którą roszczenie o ustanowienie służebności

⁴⁸ W. Bugajski, op. cit., s. 55.

⁴⁹ Tak K. Zaradkiewicz, op. cit., s. 935.

⁵⁰ Na związek ten zwraca także, jak się wydaje, uwagę K. Zaradkiewicz, ibidem.

⁵¹ Tak W. Bugajski, op. cit., s. 55 i nast. (oraz przyp. 22 na s. 56).

⁵² Ibidem, s. 56.

⁵³ Tak W. Kocon, op. cit., s. 100, przyp. 6.

⁵⁴ Por. E. Gniewek, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 4, *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, s. 228, nb. 41.

wiązane jest przez ustawodawcę ściśle z określonym układem prawnych i faktycznych stosunków związanych z nieruchomością⁵⁵. W tym sensie odpowiada on więc, omówionemu wyżej, podstawowemu argumentowi za nieprzedawnialnością roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu.

Z pokrewnej perspektywy, za wykluczeniem przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności wskazano także (w odniesieniu do służebności drogi koniecznej), że żądanie to nie jest roszczeniem w rozumieniu art. 117 § 1 k.c.⁵⁶ Stanowisko to jest jednak rzadkie w polskiej doktrynie, która w przeważającej części kwalifikuje żądanie ustanowienia służebności jako roszczenie majątkowe. Trudno przy tym wskazać jakiekolwiek argumenty za poglądem przeciwnym (nie przedstawia ich także sam autor tego stanowiska). Uzasadnianie nieprzedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności na tej drodze wydaje się więc nietrafne.

III.2. Przedawnienie roszczenia o ustanowienie służebności a nabycie jej przez zasiedzenie

Z punktu widzenia roszczeń o ustanowienie służebności gruntowych i przesyłu – stanowiących najbardziej typowy przykład roszczeń majątkowych nieprzedawnialnych ze swojej „natury” – istotne znaczenie ma także relacja między ustanowieniem tych praw i możliwością nabycia ich w wyniku zasiedzenia.

Przedawnienie i zasiedzenie – stanowią dwa elementy tej samej koncepcji prawa prywatnego, jaką jest dawność. Oba te instrumenty służą przy tym podobnemu celowi. Każdy z nich przewiduje, stosownie do swojej konstrukcji, szczególną ochronę osób, na których rzecz przemawiają utrwalone sytuacje faktyczne – kosztem innych osób, którym służy określone prawo podmiotowe, sprzeczne z tymi sytuacjami. Uzasadnienie to dotyczy zarówno wzmocnienia pozycji dłużnika w stosunku do wierzyciela, który przez dłuższy czas nie wykonuje swego prawa, jak i posiadacza samoistnego w stosunku do osoby, która toleruje długotrwałe naruszenie jej tytułu prawnego do nieruchomości. Z podobieństwa przedawnienia i zasiedzenia wynika także, że obie te instytucje powinny działać w sposób zgodny i koherentny, posiadają one bowiem wspólne uzasadnienie aksjologiczne i funkcjonalne.

W razie dopuszczenia przedawnienia roszczeń o ustanowienie służebności instytucje te działałyby jednak w dwóch przeciwstawnych kierunkach. Z jednej strony, upływ czasu wzmacniałby pozycję właściciela nieruchomości, na której zlokalizowana została określona infrastruktura (np. utwardzony szlak czy

⁵⁵ Zwraca zresztą na to uwagę sam W. Bugajski, op. cit., s. 56, przyp. 22.

⁵⁶ Tak T. Pałdyna, op. cit., s. 225 i nast.

urządzenia przesyłowe). Po upływie terminu, w praktyce wynoszącego najczęściej trzy lata (z powodu związania tego roszczenia z prowadzeniem działalności gospodarczej w rozumieniu art. 118 *in fine* k.c.), mógłby on bowiem przeciwstawić się ustanowieniu służebności, podnosząc zarzut przedawnienia. Z drugiej strony, wraz z upływem czasu wzmocnieniu ulegałyby także sytuacja przedsiębiorcy przesyłowego, wykonującego służebność przesyłu *in statu usucapiendi*. To samo zdarzenie – upływ czasu – prowadziłyby zatem do dwóch przeciwstawnych efektów, działając jednocześnie na korzyść i niekorzyść obu zainteresowanych.

W konsekwencji dopuszczenie przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności prowadziłyby także do nadania podwójnego znaczenia wykonywaniu służebności. Zgodnie ze sformułowaniem użytym przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 marca 1968 r. (III CZP 15/68⁵⁷), z jednej strony, posiadanie to zyskiwałoby bowiem na znaczeniu (w ramach instytucji zasiedzenia), z drugiej zaś – upływ czasu znaczenia tego by je pozbawiał.

Oba te rezultaty, będące konsekwencją przyjęcia koncepcji przedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu, rażąco naruszałyby więc spójność i konsekwencję regulacji prawnej, prowadząc do oczywistej sprzeczności między dwoma podstawowymi elementami instytucji dawności. Ten potencjalny konflikt obu konstrukcji był, jak mowa wyżej, dostrzegany przez Sąd Najwyższy już wcześniej na gruncie art. 231 § 1 k.c.

W wypadku roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu i drogi koniecznej sprzeczność ta byłaby tym bardziej ewidentna, że wobec omówionej wyżej koncepcji braku możliwości żądania przez właściciela nieruchomości usunięcia istniejącej na niej infrastruktury, służebność ta ostatecznie zawsze zostałaby nabyta przez zasiedzenie⁵⁸. Na nieruchomości trwale istniałby wówczas stan odpowiadający przesłankom zasiedzenia tej służebności – w szczególności, istniałaby na niej instalacja przesyłowa lub trwałe i widoczne urządzenie (art. 292 k.c.). W konsekwencji posiadacz nabyłby tę służebność – najpóźniej po upływie dłuższego, trzydziestoletniego terminu zasiedzenia (gdy byłby on posiadaczem w złej wierze). W razie przyjęcia poglądu o nieprzedawnialności omawianej kategorii roszczeń, naturalną granicą czasową ich dochodzenia – w praktyce odgrywającą funkcję w pewnym zakresie zbliżoną do przedawnienia – byłby zatem termin zasiedzenia, wynoszący dwadzieścia lub trzydzieści lat.

⁵⁷ OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z glosą S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90.

⁵⁸ Pogląd o możliwości nabycia służebności przesyłu przez zasiedzenie jest powszechnie przyjmowany w literaturze, przy nielicznych głosach sprzeciwu – tak zwł. E. Gniewek, [w:] *System...*, s. 265 i nast., nb. 173; idem [w:] *Kodeks...*, s. 554) i w orzecznictwie – por. wypowiedzi Sądu Najwyższego powołane wyżej w przyp. 5.

W wypadku służebności przesyłu efekt ten byłby jednak mniej korzystny i – jak można sądzić – sprzeczny z założeniami leżącymi u podstaw art. 305² k.c. W razie nabycia tej służebności przez zasiedzenie właściciel nieruchomości nie uzyskałby bowiem wynagrodzenia, którego ustanowienie jest wyraźnie eksponowane przez ustawodawcę w regulacji tej służebności. Z tej perspektywy rozwiązanie to wydaje się więc znacznie mniej efektywne gospodarczo i mniej przekonujące z perspektywy aksjologicznej niż brak ograniczenia roszczenia o ustanowienie służebności terminem przedawnienia.

Warto także zauważyć, że w literaturze wskazano na potencjalną możliwość uzasadnienia braku przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności w drodze analogicznego stosowania art. 223 § 1 k.c.⁵⁹ Przepis ten wyłącza przedawnienie roszczenia windykacyjnego i negatoryjnego (uregulowanych w art. 222 k.c.), jeśli dotyczą one nieruchomości. Możliwość stosowania tej regulacji *per analogiam* na gruncie roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu (i innych służebności) można uzasadniać podobieństwem przedmiotu regulacji, którym w obu wypadkach są stosunki prawne związane z nieruchomością. Podstawowa słabość tej drogi rozumowania wynika jednak z oparcia jej na rozszerzającej wykładni wyjątku wprowadzonego w art. 223 § 1 k.c. w stosunku do ogólnej reguły przedawnialności roszczeń majątkowych (art. 117 k.c.)⁶⁰. Z tego powodu pogląd ten budzi poważne zastrzeżenia z perspektywy metodologicznej i systemowej.

Pokrewne argumenty można sformułować także na tle art. 231 § 1 k.c. Jak zauważono, ze względu na specyfikę tego roszczenia, przyjęcie jego przedawnialności byłoby nieuzasadnione z przyczyn funkcjonalnych⁶¹. Prowadziłoby ono bowiem do sytuacji, w której posiadacz samoistny pozostawałaby w korzystniejszej sytuacji prawnej w początkowej fazie posiadania niż w miarę upływu czasu (gdy żądanie wykupu ulegałoby przekształceniu w zobowiązanie naturalne). Podobnie jak w wypadku roszczenia o ustanowienie służebności, zróżnicowanie tej

⁵⁹ Tak A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346.

⁶⁰ Wątpliwość tę podkreśla sam autor tej koncepcji – por. A. Kubas, *Ustanowienie...*, s. 346, przyp. 28.

⁶¹ W uzasadnieniu uchwały z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 15/68 (OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z glosą S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90), SN stwierdza *expressis verbis*, że pogląd taki byłby „społecznie nieuzasadniony”. Uzasadniając swoje stanowisko, SN wskazał także, że posiadacz, który wznosił budynek lub inne urządzenie na cudzym gruncie, z reguły przez cały czas posiadania pozostaje w dobrej wierze i nie wie, że roszczenie to mu przysługuje. W konsekwencji, jak można sądzić (argument ten nie został bowiem szerzej rozwinięty), zdaniem Sądu Najwyższego, termin przedawnienia tego roszczenia mógłby upłynąć przed realnym uzyskaniem przez posiadacza wiedzy o możliwości jego dochodzenia.

sytuacji z biegiem okresu posiadania prowadziłoby więc do sprzeczności z perspektywy systemowej. Na podstawie całości regulacji prawa rzeczowego (zwłaszcza instytucji zasiedzenia) można bowiem wyciągnąć wniosek, że zgodnie z ogólnym założeniem ustawodawcy wraz z upływem czasu sytuacja posiadacza samoistnego ulega wzmocnieniu, nie zaś osłabieniu. Możliwość przedawnienia roszczenia, o którym mowa w art. 231 § 1 k.c. czyniłaby oczywisty wyłom w tej regule, prowadząc przede wszystkim do sprzeczności z instytucją zasiedzenia⁶².

III.3. Argumenty celowościowe

Na tle problemu braku przedawnialności osobnej uwagi wymaga roszczenie o ustanowienie służebności przesyłu – jak była mowa w punkcie I, uznane wprost za nieprzedawnialne w orzecznictwie SN. Za wnioskiem takim przemawiają w jego wypadku istotne względy celowościowe⁶³ – silniejsze niż na gruncie innych roszczeń, w stosunku do których rozważać można wyłączenie przedawnienia.

Nie ulega wątpliwości, że instytucja służebności przesyłu została wprowadzona do Kodeksu cywilnego w celu ułatwienia porządkowania stosunków prawnych związanych z istnieniem infrastruktury przesyłowej⁶⁴. Regulacja ta miała za zadanie skonstruować precyzyjny instrument (nawiązujący do wcześniejszej konsekwentnej praktyki orzeczniczej), który pozwalałby przedsiębiorstwom przesyłowym na uzyskanie tytułu do utrzymywania urządzeń przesyłowych na cudzej nieruchomości, przy jednoczesnej ochronie interesu jej właściciela, który może dochodzić wynagrodzenia. Aby spełniać te zadania, instrument ten powinien mieć szeroki zakres stosowania – także pod względem czasowym⁶⁵.

Dopuszczalność przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu znacząco ograniczałaby jednak skuteczność tego rozwiązania. Możli-

⁶² Tak SN w uchwale z 18 marca 1968 r., III CZP 15/68 (OSNC 1968, nr 8–9, poz. 138 z glosą S. Breyera, OSP 1969, nr 4, poz. 90); tak też – powołując się na to orzeczenie – J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 233.

⁶³ M. Balwicka-Szczyrba (op. cit., s. 87 i nast.) przyznaje argumentacji celowościowej kluczową rolę w rozwiązaniu problemu przedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu, stwierdzając, że powinna stanowić ona punkt wyjścia w ocenie tej kwestii.

⁶⁴ Por. m.in. M. Balwicka-Szczyrba, op. cit., s. 87 i nast.; M. Grochowski, *Zasiedzenie służebności przesyłu – problemy intertemporalne*, MoP 2014, nr 1, s. 25. Podobne stanowisko zajmuje także, na gruncie służebności drogi koniecznej S. Breyer (*Droga konieczna*, NP 1972, nr 5, s. 132), którego zdaniem do czasu powszechnego uporządkowania kwestii dojazdu do nieruchomości „instytucję drogi koniecznej można uważać raczej za zło konieczne” (por. także cytowaną tam wypowiedź J. Paliwody, *Poprawa struktury gospodarstw rolnych. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 1968, s. 123).

⁶⁵ M. Balwicka-Szczyrba, op. cit., s. 88 i nast., 93.

wość przymusowego ustanowienia służebności byłaby bowiem w praktyce ograniczona ogólnymi terminami przedawnienia, z reguły wynoszącymi w tym wypadku 3 lata, z powodu powiązania tego roszczenia z działalnością gospodarczą (zgodnie z art. 118 *in fine* k.c.)⁶⁶. W praktyce oznaczałoby to, że w razie istnienia przesłanek tego roszczenia w dniu wejścia w życie nowelizacji (co byłoby regułą w wypadku istniejącej w tym dniu infrastruktury przesyłowej), ulegałoby ono przedawnieniu 3 sierpnia 2011 r. (w związku z typowym powiązaniem tych roszczeń z prowadzeniem działalności gospodarczej, w rozumieniu art. 118 *in fine* k.c.)⁶⁷.

Przyjęcie przedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu w znacznym stopniu przekreślałoby więc praktyczne znaczenie tej instytucji oraz stało w wyraźnej opozycji do założeń ustawodawcy. W konsekwencji jego przyjęcia, art. 305² k.c. miałby realne znacznie wyłącznie w odniesieniu do roszczeń wynikających z budowy nowych urządzeń przesyłowych. Nie pozwalałby on natomiast na skuteczne regulowanie sytuacji prawnej urządzeń istniejących wcześniej, których znacznie częściej, jak się wydaje, dotyczy problem braku tytułu prawnego po stronie przedsiębiorcy.

W literaturze (na gruncie art. 231 § 1 k.c.) zakwestionowano jednak uzasadnianie nieprzedawnialności roszczenia przez odwołanie do potrzeby gospodarczej, polegającej na uzgodnieniu stanu prawnego nieruchomości z występującymi na niej stosunkami faktycznymi. Jak wskazano przy tym, w podobnym wypadku pozbawienia własności rzeczy ruchomej, ustawodawca dopuszcza dowolnie długie utrzymanie jej posiadania bez tytułu prawnego, umożliwiając przedawnienie roszczenia windykacyjnego (art. 223 § 1 k.c. *a contrario*)⁶⁸. Argument ten nie wydaje się jednak w pełni zasadny. Co najbardziej istotne, poza ogólnym wykluczeniem możliwości odwoływania się w tym zakresie do potrzeby gospodarczej – a więc w istocie do wykładni celowościowo-funkcjonalnej – nie wskazano jakichkolwiek dalszych powodów, które potwierdzałyby gospodarcze uzasadnienie przedawnialności tego roszczenia. Równocześnie powołanie się na regulację art. 223 § 1 k.c. wynika, jak się wydaje, *implicite* z argumentu o możliwości wyłączenia przedawnienia roszczeń majątkowych jedynie w wypadkach ściśle wskazanych przez ustawodawcę.

Pogląd o braku przedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu tłumaczyć można także ustanawianiem tego prawa w interesie

⁶⁶ Zwraca na to uwagę M. Balwicka-Szczyrba, *ibidem*.

⁶⁷ Por. *ibidem*, s. 88.

⁶⁸ Argument ten został sformułowany przez A. Kubasa, *Budowa...*, s. 176; w bardziej ogólny sposób odwołuje się także do niego także T. Pałdyna, *op. cit.*, s. 225, stwierdzając, że „racje gospodarcze nie mogą [...] decydować o nieprzedawnialności roszczeń”.

publicznym. Stanowisko to formułowane było przede wszystkim w dawniejszej literaturze, odnośnie do służebności drogi koniecznej⁶⁹. Argument ten, jak się wydaje, ma szczególnie istotne znaczenie na gruncie służebności przesyłu. Instytucja ta powstała bowiem przede wszystkim w celu uporządkowania stosunków związanych z utrzymywaniem infrastruktury przesyłowej, służącej najczęściej potrzebom szerokiej grupy odbiorców – i w silnym stopniu realizującej interes publiczny⁷⁰.

Wśród argumentów celowościowych ubocznie wskazano także – na gruncie służebności przesyłu – że w razie hipotetycznego przedawnienia roszczeń o ustanowienie tego prawa, krótki termin wynikający z art. 118 *in fine* k.c. (w związku z typowym dla tych roszczeń powiązaniem z prowadzeniem działalności gospodarczej) znacznie utrudniałby ich efektywne dochodzenie, między innymi zgromadzenie stosownej dokumentacji⁷¹. Argument ten ściśle wiąże się oczywiście z bardziej ogólnym założeniem co do celu służebności przesyłu jako instrumentu pozwalającego na porządkowanie stosunków prawnych związanych z istnieniem infrastruktury przesyłowej⁷². Biorąc pod uwagę szczególne właściwości spraw o ustanowienie służebności przesyłu, związanych często z koniecznością precyzyjnego ustalania zadawnionych stanów faktycznych o wysokim stopniu skomplikowania, argument ten może, pomocniczo⁷³, przemawiać za wykluczeniem przedawnialności tego roszczenia. Faktyczne utrudnienia w realizacji roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu mogłyby dotyczyć przy tym zarówno żądań formułowanych przez przedsiębiorcę przesyłowego (art. 305² § 1 k.c.), jak i właściciela nieruchomości (art. 305² § 2 k.c.)⁷⁴.

⁶⁹ Tak F. Zoll, *Austriackie...*, s. 299; idem, *Prawo...*, t. I, s. 161. Warto zauważyć, że pogląd ten w pierwszej publikacji sformułowany został na gruncie wyraźnego przepisu prawa austriackiego – § 7 NotwegeG – następnie zaś został powtórzony w braku takiej wyraźnej regulacji w zunifikowanym powojennym prawie rzeczowym. Podobny pogląd formułowany był także w literaturze niemieckiej – por. W. Kocon, *op. cit.*, s. 100.

⁷⁰ M. Balwicka-Szczyrba, *op. cit.*, s. 92. Należy jednak zauważyć, że interesem publicznym nie jest jednak tłumaczone wyłączenie przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej w § 924 BGB. Zdaniem R. Kanzleitera (*op. cit.*, s. 940) interes ten uzasadnia jedynie nieprzedawnialność roszczeń związanych z określeniem granicy (§ 919 i 920 BGB).

⁷¹ Tak M. Balwicka-Szczyrba, *op. cit.*, s. 88.

⁷² W tym kontekście ujmuje go także, notabene, M. Balwicka-Szczyrba, *ibidem*, s. 88 i nast.

⁷³ Podobnie, jak się wydaje, B. Rakoczy (*op. cit.*, s. 182 i nast.), który, polemizując z tym argumentem, podkreśla jego słaby (bo wyłącznie pragmatyczny) charakter.

⁷⁴ Odmienne B. Rakoczy (*ibidem*, s. 183, przyp. 18), którego zdaniem „właściciel może zgromadzić taki materiał w krótkim czasie, gdyż w zasadzie dotyczy to tylko jego jednej nieruchomości”. Można przypuszczać, że w wielu wypadkach pogląd ten może okazać się uzasadniony, trudno jednak podnosić go do rangi ogólnej reguły. W znacznej

Argument ten mogą wzmacniać także dalsze właściwości funkcjonalne, typowe dla tego roszczenia. Nie ulega wątpliwości, że w praktyce będzie ono zgłaszane, zarówno przez przedsiębiorcę przesyłowego, jak i przez właściciela nieruchomości, w celu realizacji konkretnego interesu o charakterze majątkowym. Po stronie przedsiębiorcy w grę będzie wchodziło więc przede wszystkim zapewnienie trwałego tytułu prawnego do utrzymywania na nieruchomości infrastruktury przesyłowej w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Służebność przesyłu ściśle wiąże się z tą działalnością – obniżając w końcowym rezultacie koszty jej prowadzenia i zwiększając zyski osiągane przez przedsiębiorcę. Właściciel nieruchomości, występując o ustanowienie służebności przesyłu, dążyć będzie natomiast z reguły do uzyskania wynagrodzenia z tytułu znoszenia na nieruchomości urządzeń przesyłowych. Cel ten będzie z reguły podstawowym uzasadnieniem dla wystąpienia przez niego z roszczeniem o ustanowienie tego prawa. Obie strony będą dążyły zatem do osiągnięcia celów o charakterze ściśle majątkowym, które, dadzą się z reguły wyrazić w postaci realnego zysku. W konsekwencji, jak można więc przypuszczać, spór między nimi będzie skupiał się zazwyczaj wokół wysokości wynagrodzenia, istnienie przesłanek ustanowienia służebności będzie bowiem z reguły raczej ewidentne. Ta właściwość roszczeń z art. 305² k.c. sprawia, że skutki pekuniarne są w ich wypadku szczególnie eksponowane.

Z tego punktu widzenia roszczenie o ustanowienie służebności przesyłu w wielu wypadkach różnić się będzie, na płaszczyźnie funkcjonalnej, od pokrewnego konstrukcyjnie roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej (art. 145 i 146 k.c.). Służebność ta często ustanawiana jest z przyczyn pragmatycznych – w celu umożliwienia dostępu do nieruchomości władnacej. Cel ten nie zawsze jednak daje się wyrazić równie prosto w kategoriach majątkowych co korzyści wynikające z ustanowienia służebności przesyłu. Ta specyfika roszczeń z art. 305² k.c. wydaje się jednak zbyt słabym argumentem za objęciem ich ogólnymi regułami przedawnienia roszczeń majątkowych, (przy powszechnym wyłączaniu przedawnienia w stosunku do roszczenia o ustanowienie służebności drogi koniecznej).

Przedawnienie roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu mogłoby mieć natomiast praktyczne znaczenie w sytuacjach, w których sytuację prawną

liczbie sytuacji stan faktyczny i prawny nieruchomości oraz istniejących na niej urządzeń przesyłowych może okazać się na tyle skomplikowany, że sformułowanie i wykazanie roszczenia będzie wymagało dłuższych przygotowań. Należy też pamiętać, że w pewnych wypadkach stosowna dokumentacja będzie znajdować się wyłącznie w dyspozycji przedsiębiorcy przesyłowego, co również może ograniczać sprawne sformułowanie roszczenia przez właściciela nieruchomości.

urządzeń przesyłowych określa tytuł o charakterze obligacyjnym (z reguły umowa użytkowania zawarta wyraźnie lub *per facta concludentia* między właścicielem nieruchomości i przedsiębiorcą przesyłowym)⁷⁵. Wypadki tego rodzaju są stosunkowo częste w praktyce – tym bardziej, że do czasu wprowadzenia regulacji służebności przesyłu, tytuł prawny dla utrzymywania urządzeń przesyłowych na cudzej nieruchomości konstruowany był często (przede wszystkim w orzecznictwie) za pomocą instrumentów prawa zobowiązań. Do najważniejszych skutków tej tendencji zaliczyć należy wypracowanie koncepcji stosunku zbliżonego do konstrukcji obligacji realnej, w którego ramach właściciel nieruchomości może żądać jedynie zawarcia umowy i ustalenia wynagrodzenia za znoszenie na nieruchomości urządzeń przesyłowych, nie zaś ich usunięcia. Żądanie takie, jako naruszające interes publiczny związany z niezakłóconym funkcjonowaniem infrastruktury przesyłowej, byłoby bowiem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, wyznaczającymi zakres prawa własności (art. 140 k.c.) oraz granice praw podmiotowych (art. 5 k.c.)⁷⁶.

IV. Podsumowanie

Wbrew dość jednoznacznej z pozoru treści art. 117 § 1 k.c., prawo cywilne *de lege lata* przyjmuje istnienie roszczeń majątkowych, które nie ulegają przedawnieniu. Właściwość ta może wynikać z dwóch źródeł. Po pierwsze, w wyjątkowych sytuacjach ustawodawca wyłącza wprost możliwość przedawnienia określonego roszczenia (jak ma to miejsce np. w wypadku ochrony windykacyjnej i negatoryjnej w art. 223 § 1 k.c.). Obok tego brak przedawnialności roszczenia może mieć bardziej ukryte źródła – leżące poza językowym kształtem danej regulacji. Wynikają one przede wszystkim z systemowej pozycji przepisu oraz jego tła celowościowo-funkcjonalnego. Mogą prowadzić one do wniosku, że w grupie roszczeń majątkowych istnieją roszczenia na tyle specyficzne, że przypisanie im przedawnialności prowadziłoby do wyników sprzecznych z ich istotą lub nieoperatywnych w praktyce.

⁷⁵ O sytuacji tej, jako typowym wypadku, w którym wystąpić może problem przedawnienia roszczenia o ustanowienie służebności (w tym wypadku: służebności drogi koniecznej) W. Kocon, op. cit., s. 99.

⁷⁶ Pogląd ten sformułowany został w orzecznictwie SN – por. m.in. uchwałę siedmiu sędziów z 8 marca 2006 r., III CZP 105/05 (OSNC 2006, nr 10, poz. 159) oraz w wyrokach: z 28 czerwca 2005 r., I CK 14/05 (LEX nr 311439), z 18 stycznia 2007 r., I CSK 223/06 (OSP 2008, nr 3, poz. 25), z 28 maja 2008 r., II CSK 658/07 (LEX nr 432067) oraz z 3 kwietnia 2009 r., II CSK 459/08 (LEX nr 607254).

O szczególnym charakterze tych roszczeń decyduje zwykle ich ścisłe powiązanie z określoną sytuacją faktyczną na nieruchomości. W przeciwieństwie do typowych roszczeń majątkowych, które wynikają z jednorazowego zdarzenia (dokonania czynności prawnej, wyrządzenia szkody itd.), hipotezy norm prawnych regulujących omawiane wyżej roszczenia wymagają istnienia tej sytuacji w sposób trwały. Brak adekwatności przedawnienia do roszczeń tego rodzaju wzmacnia także – w wypadku służebności – możliwość zastosowania innego elementu instytucji dawności: zasiedzenia. Podobnie jak przedawnienie, łączy ono upływ czasu ze zmianami w sferze praw podmiotowych, pozwalając w dłuższej perspektywie na trwałe uzyskanie określonego uprawnienia. Na płaszczyźnie funkcjonalnej obie instytucje postrzegać można do pewnego stopnia jako swoje substytuty – z całą zaś pewnością ich łączne stosowanie prowadziłoby, jak mowa wyżej, *ad absurdum*. Wywoływałoby ono, po pierwsze, niespójność o charakterze funkcjonalnym i aksjologicznym – wynikającej z rozbieżnej oceny tych samych zdarzeń: upływu czasu i posiadania. Po drugie, możliwość jednoczesnego stosowania obu instytucji ograniczałaby zakres ochrony interesów właściciela nieruchomości, który – po upływie hipotetycznego terminu przedawnienia – mógłby utracić możliwość uzyskania wynagrodzenia za znoszenie urządzeń przesyłowych, nie mogąc jednocześnie przeciwstawić się utrzymywaniu ich na nieruchomości. Obok tego, poszczególne roszczenia – czego najbardziej wyraźny przykład stanowi roszczenie o ustanowienie służebności przesyłu – mogą wykazywać osobną specyfikę z perspektywy funkcjonalnej, dodatkowo przemawiającą przeciwko utracie przez nie zaskarżalności z upływem czasu.

Kończąc, warto także zauważyć, że do problemu przedawnialności roszczenia o ustanowienie służebności przesyłu odnosi się także, pośrednio, projekt nowelizacji przepisów Kodeksu cywilnego o urządzeniach przesyłowych i służebności przesyłu przedstawiony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego⁷⁷. W jego art. 4 zawarty został przepis intertemporalny określający początek biegu przedawnienia roszczenia z art. 305² k.c. Ma ono rozpocząć się z dniem wejścia w życie ustawy wprowadzającej do Kodeksu cywilnego przepisy o służebności przesyłu. Przepis ten jednoznacznie wskazuje zatem, że w przekonaniu twórców projektu roszczenie o ustanowienie służebności przesyłu jest ze swojej istoty przedawnialne. Wniosek ten potwierdza także uzasadnienie projektu, w którym stwierdzono wyraźnie, że roszczenie z art. 305² k.c. ma charakter majątkowy i podlega przedawnieniu⁷⁸.

⁷⁷ Projekt ustawy z dnia... o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (projekt z dnia 14 maja 2009 r.), <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego>.

⁷⁸ Projekt..., s. 11.

Rzecz jasna, projekt ten trudno jednak traktować jako argument, który jednoznacznie przemawiałby na rzecz przedawnialności omawianego roszczenia lub jej braku. Po pierwsze, rozpoznawane zagadnienie prawne rozstrzygane jest w ramach aktualnego stanu prawnego, w którym brak jest jakiegokolwiek wyraźnej wypowiedzi ustawodawcy co do dopuszczalności przedawnienia roszczeń z art. 305² k.c. Po drugie, wbrew kategorycznemu stanowisku w uzasadnieniu projektu, przedawnialność tego roszczenia – a zwłaszcza wywodzenie jej jedynie z jego majątkowego charakteru – budzi, jak była mowa w punkcie III.1., poważne wątpliwości w literaturze. Po trzecie, omawiany projekt regulacji intertemporalnej, zakładający przedawnialność roszczenia z art. 305² k.c., spotkał się z krytycznymi uwagami w doktrynie, wskazującej, że roszczenie to błędnie uznano za mieszczące się w ramach art. 117 § 1 k.c.⁷⁹

⁷⁹ E. Gniewek, *Opinia...*, s. 144; M. Balwicka-Szczyrba, op. cit., s. 88, 92.

THE PROPRIETARY CLAIMS EXEMPTED FROM PRESCRIPTION IN CIVIL LAW

The text deals with the question of proprietary claims in the Polish civil law, which are exempted from prescription. The existence of such claims is a clear exception from the general rule set forth in Article 117 of the Civil Code (hereinafter: "CC"), which embraces all the proprietary claims with the general concept of prescription after the elapse of particular term (specified further in the following provisions). The article tries to explore the premises behind the general concept of lack of prescription, as well as to identify particular reasons for disapplication of Article 117 CC on the grounds of particular types of claims.

The statute exempts explicitly two types of claims from prescription. It is the case of Article 223 § 1 CC, declaring lack of prescription for the damage claims supplementary to vindicatory claim. Similarly, according to Article 220 CC prescription does not embrace a claim for dissolution of co-ownership.

In the other instances, the similar conclusion is derived in interpretation, mainly upon functional and systematic arguments. The case-law and the private law scholarship identify five examples of such claims. In all of these instances, the main reason behind disapplication of prescription rules is the close link of this claims with real property. Prescription of these claims and, hence, the possibility to transform them into natural obligations, seem from this perspective counter-functional and difficult to reconcile with the other principles and provisions of property law.

It pertains, first of all, to the claims for establishing a way of necessity easement (Article 145 and 146 CC). Secondly, the same view is adopted for art. 151 CC, regarding another type of easement – available in the case of unintentional introducing a building or another facility behind the border of the somebody else's ground. Thirdly, in the similar case of the intruding with a construction into another real property, the lack of prescription is adopted as regards the claim for transfer of title to the occupied part of the ground (Article 231 § 1 CC). Fourthly, the lack of prescription has been approved for the claim for establishing a transmission servitude (art. 305² CC). Fifthly, the same solution has been proposed for the claim for transfer of title in performance of the contract with solely obligatory effects. This interpretation has been, however, rejected in the subsequent case-law and does not seem to be acclaimed currently.

Informacje dla Autorów

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

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

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

PROCEDURA RECENZYJNA

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

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620