

Głos Prawa



Przegląd Prawniczy Allerhanda
2020 – t. 3 – nr 1 (5)

OPERA

Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn, *Interim measures of protection in the International Court of Justice order of 23 January 2020 in case Gambia v Mjanmar*

Monika Strus-Wołos, *Stan epidemii wywołanej przez wirus SARS-CoV-2 (COVID-19) jako siła wyższa uzasadniająca zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c.*

Kamil Joński, *Sąd rozjemczy – triumf i kryzys Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy ekonomii politycznej*

Paweł Księżak, *Wybory Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w latach 1998-2020*

FONTES

Maurycy Allerhand, *Przysięga kobiety ciężarnej u Żydów*

Gustaw Taubenschlag, *Swobodne uznanie władzy administracyjnej*

RES GESTAE

Aleksandra Czubińska-Durka, *Krótką historią małżeńską Joela Tickera, czyli jak mordercę rozpustnej żony uwolniono od winy i kary w procesie karnym we Lwowie 1-2 czerwca 1932 r.*

Szymon Rundstein – patron „Głosu Prawa” 2020

MISCELLANEA

Aleksander B. Skotnicki, *Dr Szymon Feldblum – krakowski adwokat, społecznik i syjonista*

i inne



The **Voice**
of **Law**

Allerhand Law Review
2020 – Vol. 3 – No. 1 (5)

Głos Prawa



Przegląd Prawniczy Allerhanda
2020 – t. 3 – nr 1 (5)

Czasopismo wydawane przy współudziale
przedstawicieli nauki i praktyki prawa oraz ekonomii

Μάχεσθαι χρή τὸν δῆμον ὑπὲρ τοῦ νόμου ὡκωσπερ τείχεος!

The people must fight for its law as for its walls!

Lud walczyć musi o prawo, jak o mury miasta!

Heraklit z Efezu, *O naturze*, B44 DK



The **Voice**
of **Law**

Allerhand Law Review
2020 – Vol. 3 – No. 1 (5)

Głos Prawa
Przegląd Prawniczy Allerhanda

The Voice of Law
Allerhand Law Review

Czasopismo redagowane przy współudziale
przedstawicieli nauki i praktyki prawa i ekonomii

Redakcja

Adam Redzik – redaktor naczelny
Arkadiusz Radwan
Wojciech Rogowski

Sekretarz redakcji

Joanna Kruszyńska-Kola

Redaktor językowy

Patryk Gacka

Ilustracje „Ślepym okiem Temidy”

Arkadiusz Krupa

Na 4. stronie okładki znajduje się miedzioryt z 1568 r. stanowiący personifikację
Sprawiedliwości autorstwa Mario Cartaro (ok.1540-1620).

Wszystkie grafiki zamieszczone w zeszycie pochodzą ze zbiorów własnych autorów
lub z domeny publicznej. Dołożono starań by ustalić autorów fotografii.

ISSN 2657-7984 (wersja drukowana)

ISSN 2657-800X (wersja online)

© All rights reserved

Wydaje

Fundacja im. Aliny i Leszka Allerhandów
we współpracy z Instytutem Allerhanda
e-mail: glosprawa@gmail.com
www.glosprawa.pl

Warszawa

Skład i łamanie: Małgorzata Głuszcak; druk: Elpil

VOX IURIS 2020, No 1 (5)

Od Redakcji	6
From Editors	9

OPERA

Ewa Salkiewicz-Munnerlyn , <i>Interim Measures of protection in the International Court of Justice order of 23 January 2020 in Case Gambia v Myanmar (Tymczasowe środki zabezpieczające w postanowieniu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 23 stycznia 2020 r. w sprawie Gambia vs Birma (Mjanma))</i>	12
Monika Strus-Wolos , <i>Stan epidemii wywołanej przez wirus SARS-CoV-2 (COVID-19) jako siła wyższa uzasadniająca zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c.</i>	28
Anna Paluch, Piotr A. Owiński , <i>O (nie)poprawności terminologii prawa spadkowego w polskim i niemieckim języku prawnym na przykładzie wybranych pojęć. Studium krytyczne</i>	37
Tomasz Plachtej , <i>Właściwość sądów powszechnych w sprawach cywilnych z zakresu prawa autorskiego i praw pokrewnych oraz własności przemysłowej</i>	53
Kamil Joński , <i>Sąd rozjemczy – triumf i kryzys Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy ekonomii politycznej</i>	70
Paweł Książak , <i>Wybory Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w latach 1998-2020</i>	103

Michał Kijak , <i>Zastosowanie rachunku powierniczego w ustawie deweloperskiej</i>	128
---	-----

SENTENTIAE

Patryk Gacka , <i>Przegląd orzeczeń i decyzji Międzynarodowego Trybunału Karnego (grudzień 2019 – marzec 2020 r.)</i>	141
--	-----

FONTES

Maurycy Allerhand , <i>Przysięga kobiety ciężarnej u Żydów</i>	154
Gustaw Taubenschlag , <i>Swobodne uznanie władzy administracyjnej</i>	160
Szymon Rundstein , <i>W poszukiwaniu prawa cywilnego (fragment)</i>	168
Rafał Lemkin , <i>Reforma prawa karnego w Niemczech</i>	181

RES GESTAE

Tomasz J. Kotliński, Jakub Kotliński , <i>Sądownictwo górnicze w Galicji</i>	186
Aleksandra Czubińska-Durka , <i>Krótką historią małżeńską Joela Tickera, czyli jak mordercę rozpustnej żony uwolniono od winy i kary w procesie karnym we Lwowie 1-2 czerwca 1932 r.</i>	197
Adam Redzik , <i>„Poczet jurystów i ekonomistów” (4): Szymon Rundstein (1876-1942) – patron „Głosu Prawa” 2020</i>	208

MISCELLANEA

Aleksander B. Skotnicki , <i>Dr Szymon Feldblum – krakowski adwokat, społecznik i syjonista</i>	222
Jerzy Stępień , <i>Śmierć w starych dekoracjach</i>	229

PANOPTICUM

Ewa Stawicka , <i>Życzenie</i>	232
---	-----

IN MEMORIAM

„Niechaj martwi ufają żywym”. Wspomnienie adw. Stanisława Mikke – w 10. rocznicę śmierci.....	236
---	-----

* * *

NA OKŁADCE: Dike – zapoznana „Sprawiedliwość”	245
---	-----

INFORMACJE DLA AUTORÓW.....	247
-----------------------------	-----

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS	248
--	-----

TABLE OF CONTENTS	255
-------------------------	-----



OD REDAKCJI

To już piąty numer, a jednocześnie zeszyt rozpoczynający trzeci rok wydawniczy „Głosu Prawa”. Choć podkreślamy fakt nawiązania do przedwojennego „Głosu Prawa” – wydawanego i redagowanego przez Anzelma Lutwaka – oraz związek z czasopiśmem i seriami wydawniczymi Instytutu Allerhanda, to fakt istnienia czasopiśma w obecnej postaci cieszy nas szczególnie.

W części pierwszej („Opera”) tym razem zamieściliśmy aż siedem opracowań. Niewątpliwie najbardziej aktualny jest artykuł Moniki Strus-Wołos o stanie epidemii wywołanej przez wirus SARS-CoV-2 (COVID-19) jako sile wyższej uzasadniającej zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. Opracowanie to jest jednym z pierwszych, które dotyczą praktycznych aspektów stanu epidemii. Problematyki cywilistycznej w sferze prawa formalnego poświęcony jest artykuł Tomasz Płachteja na temat właściwości sądów powszechnych w sprawach cywilnych z zakresu prawa autorskiego i praw pokrewnych oraz prawa własności przemysłowej. Z kolei artykuł dwójki autorów, Anny Paluch i Piotra A. Owsńskiego, stanowi próbę opartej na wybranych przykładach krytycznej analizy terminologii prawa spadkowego w polskim i niemieckim języku prawnym. Natomiast artykuł Michała Kijaka, to zestawienie podstawowych informacji o rachunku powierniczym z ustawy deweloperskiej. Opracowanie Ewy Sałkiewicz-Munnerlyn

na temat tymczasowych środków zabezpieczających w postanowieniu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 23 stycznia 2020 r. w głośnej od miesięcy sprawie Gambia vs Birma (Mjanma). Jest ono dowodem na stałe zainteresowanie „Głosu Prawa” praktyką i teorią prawa międzynarodowego, a szczególnie międzynarodowego prawa karnego, czego potwierdzeniem jest też kolejna odsłona *Przeglądu orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego* autorstwa Patryka Gacki.

Niewątpliwie ważnymi i aktualnymi opracowaniami opublikowanymi w zeszycie są te poświęcone Trybunałowi Konstytucyjnemu oraz Sądowi Najwyższemu. Artykuł Kamila Jońskiego stanowi interesującą próbę przedstawienia funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego w ciągu ponad trzydziestu lat jego istnienia przez pryzmat ekonomii politycznej. Swoisty komentarz do tego opracowania wraz z autorskimi refleksjami stanowi tekst Jerzego Stępnia zamieszczony w dziale „Miscellanea”. Natomiast artykuł Pawła Księżaka jest interesującym poznawczo zestawieniem danych na temat tego, jak w okresie 1998-2020 wyłaniano Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Autor celowo zaniechał oceny kolejnych zmian procedur i praktyki. Opracowanie to ukazało się w czasie niedawnego sporu wokół wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Z tematyką Sądu Najwyższego wiąże się również felieton zamieszczony w autorskim dziale „Votum separatum”, w którym Autor w krótkiej formie postawił kilka pytań dotyczących powoływania sędziów i legitymizacji władzy sądowniczej.

W dziele „Fontes” znalazły się aż cztery przedruki opracowań z okresu II RP. Tradycyjnie dział otwiera mało znany artykuł Maurycego Allerhanda – tym razem na temat problemów w sądownictwie z powodu istniejącego w judaizmie zakazu przysięgi kobiet ciężarnych. Drugi przedruk to sięgnięcie do archiwum przedwojennego „Głosu Prawa”, gdzie znaleźliśmy artykuł na temat stale aktualny – swobodnego uznania w administracji. Autorem tego opracowania jest Gustaw Taubenschlag, zamordowany w czasie Holokaustu brat Rafała Taubenschlaga, słynnego romanisty i papirologa. Trzeci przedruk to pochodzący z 1934 r. krótki artykuł na temat zmian w prawie karnym Niemiec hitlerowskich autorstwa Rafała Lemkina, patrona „Głosu Prawa” 2019 r. Czwarty przedruk stanowi fragment znakomitej, a niestety mało znanej książki jednego z najwybitniejszych prawników polskich okresu międzywojennego – Szymona Rundsteina – *W poszukiwaniu prawa cywilnego*. Uczony ten jest też patronem „Głosu Prawa” 2020 r. i bohaterem kolejnej odsłony „Pocztu jurystów i ekonomistów”.

W dziale „Res Gestae”, oprócz wspomnianego pocztu, zamieściliśmy nadzwyczaj interesujące opracowanie Aleksandry Czubińskiej-Durki o lwowskim procesie Joela Tickera, który przez sąd został uwolniony od winy i kary za zabójstwo „rozpustnej żony”. Proces ten miał miejsce

w 1932 r., czyli niemal w czasie, gdy Polska żyła innym lwowskim procesem, nazywanym dzisiaj powszechnie „sprawą Gorgonowej”. Ponadto w dziale znajduje się opracowanie braci Tomasza i Jakuba Kotlińskich na temat sądownictwa górniczego w Galicji przed 1918 r.

Ważną część „Głosu Prawa” stanowią autorskie felietony i eseje. Charakter taki ma bardzo interesujący tekst wybitnego profesora medycyny i badacza dziejów Żydów krakowskich Aleksandra B. Skotnickiego, w którym przybliżona została nie tylko postać tytułowego Szymona Feldbluma, ale i działalność konsula Japonii w Kownie Sempo Sugihary, który w 1940 r. we współpracy z polskim wywiadem wystawił kilka tysięcy japońskich wiz dla polskich i litewskich Żydów, a dziś jest porównywany do Oskara Schindlera. Z kolei Ewa Stawicka w swoim stałym felietonie koncentruje się na osobie oraz spuściźnie Fryderyka Chopina, także w kontekście przełożenia na październik 2021 r. XVIII Konkursu Chopinowskiego.

W dziale „In Memoriam” przypomniano – w 10. rocznicę śmierci – sylwetkę adw. Stanisława Mikke, który był jedną z ofiar katastrofy rządowego Tupolewa w Smoleńsku 10 kwietnia 2010 r.

Całość zeszytu zamyka krótki komentarz na temat 4. strony okładki, na której znajduje się pochodząca z 1568 r. grafika autorstwa Mario Cartaro, ukazująca personifikację Sprawiedliwości.

Wydawanie czasopisma naukowego opartego na najlepszych wzorcach nie jest rzeczą łatwą. Nie byłoby to możliwe bez współpracy wielu Osób, ich przychylności i poparcia. Tym bardziej cieszy nas stale poszerzające się grono współpracowników i sympatyków „Głosu Prawa” oraz dołączenie do gremiów redakcyjnych wybitnych uczonych z Polski oraz najlepszych ośrodków naukowych świata, czemu damy wyraz w kolejnych zeszytach. Miło nam powitać kolejnych Autorów, a w szczególny sposób sędziego Arkadiusza Krupę, którego ilustracje znakomicie uzupełniają aż cztery artykuły.

Zapraszamy do współpracy wszystkich zainteresowanych. Wszelkie informacje dotyczące „Głosu Prawa” znajdziecie Państwo na naszej stronie (www.glosprawa.pl) w licznych zakładkach, w tym tych dotyczących baz indeksacyjnych, sposobu redagowania tekstów oraz ich upowszechniania.

Do kolejnego zeszytu!

Arkadiusz Radwan, Adam Redzik, Wojciech Rogowski



FROM EDITORS

This is already the fifth issue of the “The Voice of Law” beginning the third publishing year of our journal. Although we continue to refer to “The Voice of Law” originally published and edited by Anzelm Lutwak in the inter-war period, and we maintain ties with the publishing series of the Allerhand Institute, we are especially pleased with the existence of the journal in its present form.

In the first part of the present issue (“Opera”), we publish as many as seven studies. Undoubtedly, the most up to date is the article by Monika Strus-Wołos concerning the state of epidemic caused by the SARS-CoV-2 (COVID-19) virus as a force majeure justifying the suspension of the limitation period for claims within the meaning of Article 121 point 4 of the Polish Civil Code. This study is one of the first ones to touch upon the practical consequences of the epidemic. The subject of civil law in the sphere of procedural law is addressed in Tomasz Płachtej’s article on the jurisdiction of courts in the field of copyright and related rights and industrial property law. Furthermore, based on selected examples, the article of Anna Paluch and Piotr A. Owsński attempts to critically examine the terminology of inheritance law in Polish and German legal languages. The article by Michał Kijak, on the other hand, is a compilation of basic information on the escrow account as regulated by the Developer Act in Poland. A study by Ewa Salkiewicz-Munnerlyn, in turn, concerns interim pre-

cautionary measures in the decision of the International Court of Justice of 23 January 2020 in the high-profile case of *Gambia v Burma* (Myanmar). It attests to the constant interests in the practice and theory of international law, especially international criminal law, which is also confirmed by the next instalment of Patryk Gacka's *Review of the Case Law of the International Criminal Court*.

Undoubtedly, equally important and timely as those mentioned above are the studies devoted to the Constitutional Tribunal and the Supreme Court. Kamil Joński's article is an interesting attempt to present the functioning of the Constitutional Tribunal across over thirty years of its existence through the prism of political economy. A peculiar commentary to this study along with the author's reflections is the text by Jerzy Stępień in the "Miscellanea" section. On the other hand, the article by Paweł Księżak is a cognitively interesting compilation of data on how the First Presidents of the Polish Supreme Court were being elected in the period between 1998 and 2020. The author deliberately refrains from assessing subsequent changes in procedures and practices. This study was published during the recent dispute over the selection of candidates for the position of the First President of the Supreme Court. The subject of the Supreme Court is also raised in the column "Votum separatum", in which the Author briefly poses a few questions about the appointment of judges and the legitimacy of the judiciary.

The work "Fontes" contains four reprints of studies from the period of the Second Polish Republic. Traditionally, the section opens up with a little-known article by Maurycy Allerhand – this time on problems in the judiciary due to the Judaism ban on oaths of pregnant women. The second reprint was retrieved from the archives of pre-war "The Voice of Law". It raises a continuously relevant topic – discretion in administration. Its author, Gustaw Taubenschlag, the brother of Rafał Taubenschlag, a famous Romanist and papyrologist, was murdered during the Holocaust. The third reprint is a short article from 1934 on the changes in the criminal law of Nazi Germany written by Rafał Lemkin, the patron of "The Voice of Law" in 2019. The fourth reprint is an excerpt from an excellent, and unfortunately little-known book by one of the most outstanding Polish lawyers of the interwar period – Szymon Rundstein – *In Search of Civil Law*. This scholar is also the father-figure of "The Voice of Law" in 2020, and the main character of the next edition of the "Lexicon of Jurists and Economists".

In the "Res Gestae" section, in addition to the above-mentioned lexicon, we publish an extremely interesting study by Aleksandra Czubińska-Durka about the Lviv's trial of Joel Ticker, who was freed by the court from guilt and punishment for the murder of a "disso-lute wife". This trial took place in 1932, that is almost at a time when

Poland became totally absorbed in another Lviv trial, commonly known today as the “Gorgonowa case”. In addition, the section includes a study by brothers Tomasz and Jakub Kotliński on the mining judiciary in Galicia before 1918.

Original columns and essays constitute an important part of “The Voice of Law”. Of such character is a very interesting text by Aleksander B. Skotnicki, an eminent professor of medicine and researcher of the history of Krakow’s Jews, in which not only the eponymous Szymon Feldblum, but also the activity of the Japanese consul in Kaunas – Sempo Sugihara – are being presented. In 1940, in cooperation with the Polish intelligence, Sugihara issued several thousands of Japanese visas for Polish and Lithuanian Jews, and today is compared to Oskar Schindler. Ewa Stawicka, on the other hand, in her regular column focuses on the person and legacy of Fryderyk Chopin, also in the context of postponing the 18th Chopin Competition to October 2021.

In the “In Memoriam” section, the profile of the attorney Stanisław Mikke, who was one of the victims of the Tupolev crash in Smolensk on April 10, 2010.

The entire issue ends up with a short commentary concerning the 1568 graphic by Mario Cartaro, depicting the personification of Justice.

Publishing a research journal which follows the best practices is not easy. It would not be possible without the cooperation and support of many people. We are all the more pleased with the constantly growing group of collaborators and supporters of “The Voice of Law” and new members of the editorial board of eminent scientists from Poland and the best scientific centers in the world. We are equally pleased to welcome new authors, especially Judge Arkadiusz Krupa, whose illustrations perfectly complement four of the published articles.

We invite all interested authors to publish with us. All information about “The Voice of Law” and the publishing process can be found on our website (www.glosprawa.pl).

To the next issue!

Arkadiusz Radwan, Adam Redzik, Wojciech Rogowski



Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn*

**INTERIM MEASURES OF PROTECTION
IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
ORDER OF 23 JANUARY 2020 IN CASE GAMBIA
V MYANMAR**

Tymczasowe środki zabezpieczające w postanowieniu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 23 stycznia 2020 r. w sprawie Gambia vs Birma (Mjanma)

W artykule przeanalizowano zarządzenie MTS wskazujące środki tymczasowe w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Gambia vs Birma) z 23 stycznia 2020 r. Różne aspekty tradycyjnych wymagań dotyczących wskazania środków tymczasowych zostaną przedstawione w oparciu o orzecznictwo MTS, szczególnie w odniesieniu do jego mocy wiążącej, po wydaniu wyroku w sprawie *LaGrand*, w którym Trybunał wyjaśnił, że jego postanowienia dotyczące tymczasowej ochrony są wiążące. Przedstawiony został również jeden nowy wymóg – wiarygodności praw chronionych – sformułowany przez Trybunał po raz pierwszy w sprawie Belgia vs Senegal.

Pojęcia kluczowe: Artykuł 41; Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, środki tymczasowe, tymczasowe środki ochrony, wymogi, wiarygodność, warunki przyznawania środków tymczasowych; skutki prawne środków tymczasowych; zapobieganie sporowi

* Ewa Sałkiewicz-Munnerlyn, PhD, lecturer at Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modzelewskiego; ORCID: 0000-0002-2617-2017.

1. History of the proceedings

On 11 November 2019, the Republic of The Gambia (“The Gambia”) filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Republic of the Union of Myanmar (“Myanmar”) concerning alleged violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (“Genocide Convention” or “Convention”). In its Application The Gambia argued in particular that Myanmar has committed and continues to commit genocidal acts against members of the Rohingya group, which it describes as a “distinct ethnic, racial and religious group that resides primarily in Myanmar’s Rakhine State”. The Application contained a Request for the indication of provisional measures, seeking to preserve, pending the Court’s final decision in the case, the rights of the Rohingya group in Myanmar, of its members and of The Gambia under the Genocide Convention.

On 23 January 2020 the ICJ unanimously delivered its Order on the Request for the indication of provisional measures submitted by the Republic of The Gambia in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v Myanmar)*¹.

Vice-President Xue and judge Cancado Trindade appended separate opinions to the Order and a judge *ad hoc* Kress appended a declaration to the Order.

In the Operative clause (para. 86) of the order, the ICJ indicated the following provisional measures:

“(1) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to the members of the Rohingya group in its territory, take all measures within its power to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of this Convention, in particular:

killing members of the group;

causing serious bodily or mental harm to the members of the group;

deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and

imposing measures intended to prevent births within the group;

(2) Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall, in relation to the members of the Rohingya group in its territory, ensure that its military, as well as any irregular armed units which may be directed or supported by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts described in point (1) above, or of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, of attempt to commit genocide, or of complicity in genocide;

¹ <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>

Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence related to allegations of acts within the scope of Article II of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide;

Unanimously,

The Republic of the Union of Myanmar shall submit a report to the Court on all measures taken to give effect to this Order within four months, as from the date of this Order, and thereafter every six months, until a final decision on the case is rendered by the Court.”

2. Conditions for the indication of provisional measures

The Court may indicate provisional measures only if the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded. The Court must also satisfy itself that the rights whose protection is sought are at least plausible and that there is a link between those rights and the measures requested. The Court may indicate provisional measures only if there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights in dispute before the Court gives its final decision.

a. Irreparable prejudice and urgency

The Court, pursuant to Article 41 of its Statute, has the power to indicate provisional measures when irreparable prejudice could be caused to rights which are the subject of judicial proceedings or when the alleged disregard of such rights may entail irreparable consequences².

Such a criterion has been repeated in the Court’s jurisprudence, notably in the cases concerning *Nuclear Tests (Australia v France)* (ICJ Reports 1973, p. 103); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)* (ICJ Reports 1979, p. 19); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* (ICJ Reports 1993, p. 19); and *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v United States of America)* (ICJ Reports 1998, p. 36); *LaGrand (Germany v United States of America)* (ICJ Reports 1999, p. 15); and the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* (ICJ Reports 2000, p. 127, para. 39).

² Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights (*Islamic Republic of Iran v United States of America*), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, ICJ Reports 2018 (II), p. 645, para. 77; See Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v Belgium*), Provisional Measures, Order of 8 December 2000, ICJ Reports 2000, p. 182; dissenting opinion of the judge ad hoc Bula-Bula, p. 222 quoting my statement in post-graduate diploma (Ewa Sałkiewicz, Geneva, Institut des Hautes Etudes Internationales [IHEI], 1984) about the irreparable prejudice; *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, second edition, A. Zimmerman, K. Oellers-Frahm, Oxford 2012, p. 1028 (Art. 41 of the ICJ Statute); C. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge 2017, pp. 225-244.

The important issue here is the definition of the “irreparable prejudice”. In the dissenting opinion in case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v Belgium*), request for the indication of provisional measures, order of 8 December 2000, the judge *ad hoc* Bula-Bula said: “This, I believe, is a type of irreparable prejudice” (see Ewa Stanisława Alicja Salkiewicz, *Les mesures conservatoires dans la procédure des deux Cours de La Haye*, 1984, p. 69, concerning “damage not capable of any reparation”, p. 222).

However, the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused before the Court gives its final decision. The condition of urgency is met when the acts susceptible of causing irreparable prejudice can “occur at any moment” before the Court makes a final decision on the case. The Court must therefore consider whether such a risk exists at this stage of the proceedings³.

The Court in paras. 64-75 is of the opinion that the prejudice to the right of the Rohingya group in Myanmar could cause irreparable harm.

b. *Prima facie* jurisdiction

The Court may indicate provisional measures only if the provisions relied on by the Applicant constitutes, *prima facie*, a basis on which its jurisdiction could be founded, and it does not need to satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction on the merits of the case⁴.

³ *Iran v United States of America*, op. cit. pp. 645-646, para. 78. For the application of the standard of “irreparable harm” see *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v Iceland)*, ICJ Reports 1972, p. 11 (the power to grant provisional measures “presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of a dispute in judicial proceedings”) (at [34]), applied in e.g. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, ICJ Reports 2006, p.113, at [61-2] and ICJ Reports 2007, p. 3, at [32]; Case Concerning the Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v Russia*), above, at [128]; *Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*, ICJ Reports 2013, p. 398, at [24]-[25]; and *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents (Timor-Leste v Australia)*, ICJ Reports 2014, p. 147, at [32].

Irreparable can mean non-compensable: *Nuclear Tests (Australia v France)*, ICJ Reports 1973, p. 99, [27], [30]; *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (US v Iran)*, ICJ Reports 1979, p. 20, [42]: “[with the] continuation of the situation, the subject of the present request exposes the human beings concerned to privation, hardship, anguish and even danger to life and health and thus a serious possibility of irreparable harm”; *Frontier Dispute (Burkina-Faso v Republic of Mali)*, ICJ Reports 1986, p. 10, at [21]; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures*, ICJ Reports 1996, p. 13 at [38]; *LaGrand (Germany v United States)*, ICJ Reports 1999, p. 9, at [24]; *Avena and others Mexico v United States of America*, ICJ Reports 2003, p. 77, at [55].

⁴ See, *inter alia*, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, ICJ Reports 2018 (II), p. 630, para. 24.

In the *Interhandel Case (Switzerland v United States) (Interim Measures of Protection)*, ICJ Reports 1957, p. 105, Judge Sir Hersch Lauterpacht said (separate opinion, at [17] that “the correct principle ... which has been uniformly adopted in international arbitral and judicial practice is as follows: The Court may properly act under the terms of Article 41 provided that there is in existence an instrument such as a Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction.” In the *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v Iran)*, ICJ Reports 1951, p. 89 at [93], the ICJ, in granting provisional measures, said that it could not be accepted that the claim fell completely outside the scope of international jurisdiction. Since the *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v Iceland)*, ICJ Reports 1972, p. 1, at [16], the Court has consistently required that the instrument invoked by the parties conferring jurisdiction on the Court “appears, *prima facie*, to afford a possible basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.”

Accordingly, the Court must be satisfied that it has *prima facie* jurisdiction over the merits before it can grant interim measures: see e.g. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, ICJ Reports 1984, p. 169 at [179]; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda)*, ICJ Reports 2002, p. 219 at [30]; *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, ICJ Reports 2006, p. 113 at [57]; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, ICJ Reports 2009, p. 139 at [40]; *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia)*, ICJ Reports 2014, p. 147 at [18].

In the *Legality of Use of Force* cases, ICJ Reports 1999, p. 124 and the *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v Rwanda)*, ICJ Reports 2002, p. 219, the Court refused to make orders for provisional measures because it did not have *prima facie* jurisdiction.

The ICJ in its order (paras. 16-38) notes, that The Gambia founds its jurisdiction on Article IX of the Genocide Convention. Article IX of the Genocide Convention reads: “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.”

It observes that this Article IX may apply only if there is a dispute between the Parties relating to the interpretation, application

or fulfilment of the Convention. The Gambia maintained that it has a dispute with Myanmar regarding its own rights under the Genocide Convention. Myanmar denied that it has committed any of the violations of the Genocide Convention alleged by The Gambia and said that, there is lack of any genocidal intent. The ICJ did not accept this reasoning of Myanmar saying in the Order, that at least some of the acts alleged by The Gambia are capable of falling within the provisions of the Genocide Convention. The Court concluded that, pursuant to Article IX of the Genocide Convention it has *prima facie* jurisdiction, to deal with the case.

c. Sufficient link between the rights whose protection is sought and the subject-matter of the case in relation to which the request for protection is made⁵

Already the predecessor of the ICJ, The Permanent Court of International Justice (PCIJ) in three cases referring to the Article 41 of the PCIJ Statute, spoke of provisional measures “which ought to be taken to preserve the respective rights of the parties”⁶. The ICJ in the *Fisheries Jurisdiction* cases decided that: “the right of the Court to indicate provisional measures (...) has as its object to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court”⁷. This position has been reaffirmed in the case *Certain Documents and Data*⁸.

In the jurisprudence of the ICJ this “link” requirement, it means that the rights to be protected by the provisional measures must be linked to those rights that are the subject of the main claim⁹. As for example in *Arbitral Award of 31 July 1989*, Guinea-Bissau asked the Court to order provisional measures against Senegal with respect to activities in the maritime areas and the Court rejected its request because: “...the alleged rights sought to be made the subject of provisional measures are not the subject of proceedings before the Court on the merits of the case”¹⁰.

⁵ H. Sakai, *New Developments of the Orders of Provisional Measures by the International Court of Justice*, “52 JYIL” 2009, p. 231, 237.

⁶ *Denunciation of the Treaty of November 2nd, 1865, between China and Belgium, 1927 (Belgium v China)*, PCIJ Series A No. 8, p. 6; *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland (Denmark v Norway)*, 1932 PCIJ Series A/B No. 48, p. 284; *Polish Agrarian Reform and the German Minority (Germany v Poland)*, 1933 PCIJ Series A/B No. 58, p. 177.

⁷ *Fisheries Jurisdiction (UK v Iceland)*, *Interim Protection*, ICJ Reports 1972, p. 12; *Fisheries Jurisdiction (FRG v Iceland)*, *Interim Protection*, ICJ Reports 1972, pp. 30, 34.

⁸ *Question relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Lest v Australia)*, ICJ, Order of 3 March 2014, para. 22.

⁹ I. Uchikova, *Provisional Measures before the International Court of Justice*, “12 LPICT”, 2013, pp. 404-407.

¹⁰ *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v Senegal)*, *Provisional Measures*, ICJ Reports 1990, pp. 64, 70.

In the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*¹¹ the Court said that the link test is an independent requirement in the indication of the provisional measures.

As it was said above, the main reason of the provisional measures is to protect a right *pendente lite*.

The ICJ considered in its Order of 23 January 2020 in paras. 43-63 the issue of the rights whose protection was sought and the link between such rights and the measures requested. The Court repeated the opinion expressed previously in its jurisprudence that “The Court may exercise this power only if it is satisfied that the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible”¹².

Based on this statement, the Court in para. 56 decided that: “In the Court’s view, all the facts and circumstances mentioned above (see paras. 53-55) are sufficient to conclude that the rights claimed by the Gambia and for which it is seeking protection – namely the right of the Rohingya group in Myanmar and of its members to be protected from acts of genocide and related prohibited acts mentioned in Article III, and the right of The Gambia to seek compliance by Myanmar with its obligations not to commit, and to prevent and punish genocide in accordance with the Convention – are plausible”¹³.

d. Plausibility of rights

The object of the provisional measures under Article 41 of the Statute is the preservation of the respective rights claimed by the parties in a case, pending its decision on the merits. The Court must be concerned to preserve by such measures the rights which may subsequently be adjudged by it to belong to either party. Therefore, the Court may exercise this power only if it is satisfied that the rights asserted by the party requesting such measures are at least plausible¹⁴.

The Court introduced this requirement in its 2009 order in *Belgium v Senegal*, when it said that: “the power ...to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible”¹⁵.

¹¹ *ICJ Reports 2007, Provisional Measures*, pp. 3, 10.

¹² Order of 23 January 2020 (*Gambia v Myanmar*), p. 14, para. 43, *Qatar v United Arab Emirates, Provisional Measures*, Order of 23 July 2018, *ICJ Reports 2018 (II)*, pp. 421-422, para. 43.

¹³ Order of 23 January 2020, *Gambia v Myanmar*, op. cit., p. 18, para. 56.

¹⁴ See, for example, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v United Arab Emirates), Provisional Measures*, Order of 23 July 2018, *ICJ Reports 2018 (II)*, pp. 421-422, para. 43.

¹⁵ *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v Senegal)*, Order on Provisional Measures of 28 May 2009, *ICJ Reports 2009*, p. 139, at [151], para. 57.

Since this case, in all orders on provisional measures, the Court has assessed plausibility of rights¹⁶.

The judge Cançado Trindade in his separate opinion elaborated this superficial use of “plausible”, which is in his words “devoid of a meaning” (para. 76)¹⁷. Moreover, he said that:

“Thus, in my Separate Opinion in the case of *Application of the U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (CERD – Qatar versus United Arab Emirates, provisional measures of protection, Order of 23.07.2018), I pondered that “The test of so-called ‘plausibility’ of rights is, in my perception, an unfortunate invention – a recent one – of the majority of the ICJ. (...) It appears that each one feels free to interpret so-called ‘plausibility’ of rights in the way one feels like; this may be due to the fact that the Court’s majority itself has not elaborated on what such ‘plausibility’ means. To invoke ‘plausibility’ as a new ‘precondition’, creating undue difficulties for the granting of provisional measures of protection in relation to a *continuing situation*, is misleading, it renders a disservice to the realization of justice” (paras. 57 and 59)”.

That is why he considered that the rights protected by the present Order of provisional measures of protection are not simply “plausible”, as the Court said, but they are truly fundamental rights, such as the right to life, right to personal integrity, right to health among others (para. 75)¹⁸.

¹⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua)*, Order on Provisional Measures of 8 March 2011, *ICJ Reports 2001*, p. 6 at [18], para. 53; *Request for Interpretation of the Judgement of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, Order on Provisional Measures of 18 July 2011, *ICJ Reports 2011*, p. 537 at [545], para. 33; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua)*; *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*, Order on Provisional Measures of 22 November 2013, *ICJ Reports 2013*, p. 354 at [360], para. 27; *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua)*, Order on Provisional Measures of 13 December 2013, *ICJ Reports 2013*, p. 398 at [403-404], paras. 17-19; *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia)*, Order on Provisional Measures of 3 March 2014, *ICJ Reports 2014*, p. 147 at [152], para. 22; *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France)*, Order on Provisional Measures of 7 December 2016, *ICJ Reports 2016*, p. 1148 at [1165- 1166], para. 71; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)*, Order on Provisional Measures of 19 April 2017, *ICJ Reports 2017*, p. 104 at [126], para. 63; *Jadhav Case (India v Pakistan)*, Order on Provisional Measures of 18 May 2017, para. 35, available at www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20170518-ORD-01-00-EN.pdf

¹⁷ Separate opinion of judge Cançado Trindade, para. 76, p. 18.

¹⁸ C. Miles, *Provisional measures and the „new” plausibility in the jurisprudence of the International Court of Justice*, BYIL, 2018, pp. 1-46; M. Lando, *Plausibility in the Provisional Measures. Jurisprudence of the International Court of Justice*, “Leiden Journal of International Law” 2018, Vol. 31, Issue 3, pp. 641-668; T. Sparks, M. Somos, *The humanisation of provisional measures? Plausibility and the Interim Protection of Rights before the ICJ*, MPIL, Research Paper Series No. 2019-20.

e. Non-aggravation of the dispute

At the early stage of its jurisprudence, the ICJ had often indicated in the operative part of its orders non-aggravation measures¹⁹.

In the Order of 23 January 2007, in case *Pulp Mills on the River Uruguay*, the Court refused to indicate a general measure of non-aggravation arguing, that: "...whereas in those cases provisional measures other than measures directing the parties not to take actions to aggravate or extend the dispute or to render more difficult its settlement were also indicated"²⁰.

The question arises, what are the circumstances which may justify the indication of non-aggravation measures. Based on the case law of the ICJ, one may suggest there are: the urgency and the risk of irreparable prejudice²¹.

The Gambia has requested the Court to indicate measures aimed at ensuring the non-aggravation of the dispute with Myanmar. In the fourth and fifth measures, the Gambia asked to: "... require both Parties not to take any action, and positively to act to prevent any action, which might aggravate the dispute, or render it more difficult of resolution, and to provide a report to the Court on implementing measures"²². These request is based on the Court's jurisprudence²³.

The Court in its Order said, that: "In this respect, the Court recalls that when it is indicating provisional measures for the purpose of preserving specific rights, it also possesses the power to indicate additional provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that the circumstances so require"²⁴.

The Court however did not indicate this measure, because in its view: "... in the circumstances of the present case, and in view of the specific provisional measures it has decided to take, the Court does not deem it necessary to indicate and additional measure relating to the non-aggravation of the dispute between the Parties".

¹⁹ *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v Iran)*, *Provisional measures*, Order of 5 July 1951, *ICJ Reports*, p. 93.

²⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2007, paras. 49-50, *ICJ Reports*.

²¹ P. Palchetti, *The Power of the International Court of Justice to indicate provisional measures to prevent the aggravation of a dispute*, "Leiden Journal of International Law" 2008, No. 21, p. 627-630; C. Miles, *Provisional measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge 2018, pp. 209-216.

²² Verbatim record, CR 2019/18, p. 67.

²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, *Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, *ICJ Reports 1993*; *Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali)*, *Provisional Measures*, Order of 10 January 1986, *ICJ Reports 1986*; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)*, *Provisional Measures*, Order of 5 February 2003, *ICJ Reports 2003*.

²⁴ Order of 23 January 2020, p. 24, para. 83; *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)*, *Provisional Measures*, Order of 18 July 2011, *ICJ Reports 2011 (II)*, pp. 551-552, para. 59.

3. The problem of the binding force

As noted by Judge Oda “the provisional measures indicated by the Court in the past have usually not been implemented”²⁵.

It was only in 2001, *LaGrand* Judgment, that the Court for the first time clarified this issue finding that its “orders on provisional measures under Article 41 have binding effect”²⁶. Germany had argued that the measures are binding; the United States had taken the view, frequently expressed by States so far, that wording and history of Articles 41 and 94 of the Charter show the contrary²⁷.

Another reason why States have occasionally been non-compliant is that the Court lacks the power to enforce its decisions and that Article 94 paragraph 2 of the Charter of the United Nations (“[i]f any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a *judgment* rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment”) does not apply to orders of the Court. But it does not mean that the ICJ has no way to sanction it. In that case the Court indicated the interim measures, the State in whose favor certain measures have been indicated, may contain in its final submissions in the pending case a request to this effect. In that case, the Court may grant relief in the form of a declaration that the order has been violated or even take this into consideration in its determination of the compensation due²⁸.

In legal doctrine and in separate opinions the position has been taken that orders must be seen as binding because of their specific importance for the protection of the judicial procedure²⁹.

²⁵ S. Oda, *Provisional measures: The practice of the International Court of Justice*, [in:] *Fifty years of the International Court of Justice*, eds. V. Lowe, M. Fitzmaurice, Cambridge 1996, p. 541 at [555].

²⁶ *LaGrand (Germany v United States of America)*, Judgment, *ICJ Reports 2001*, p. 466 at [506], para. 109.

²⁷ *Ibidem* at para. 93 (argument by Germany) and at para. 96 (argument by the United States of America).

²⁸ In the *Bosnian Genocide* case the Court refused to treat violation of the order for protection as a separate ground for compensation reasoning that “the question of compensation for the injury caused to the Applicant by the Respondent’s breach of aspects of the Orders indicating provisional measures merges with the question of compensation for the injury suffered from the violation of the corresponding obligations under the Genocide Convention.” (See *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Judgment, *ICJ Reports 2007*, p. 43 at [231], para. 458); E. Salkiewicz-Munnerlyn, *Interim Measures of Protection in the Two Orders of The ICJ Genocide Cases (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, “Strani pravni život” 2009, No. 1, pp. 53-71, <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=582668>

²⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*), *Provisional Measures*, Order of 13 September 1993, Separate Opinion of judge Weeramantry, *ICJ Reports 1993*, pp. 325, 374-389; M. Lando, *Compliance with provisional measures indicated by the International Court of Justice*, “Journal of International Dispute Settlement” 2017, No. 8, pp. 22-55; M. Vucic, *Binding effect of provisional*

In the case *Gambia v Myanmar*, the Court reaffirms that its “orders on provisional measures under Article 41 [of the Statute] have binding effect” (*LaGrand, Germany v United States of America, Judgment, ICJ Reports 2001*, p. 506, para. 109) and thus create international legal obligations for any party to whom the provisional measures are addressed³⁰.

4. *Jus Cogens* under the Convention against Genocide and the Corresponding Customary International Law

Provisional measures remain in the domain of *jus cogens* as they serve for the protection of fundamental human rights. In the public hearing of 10 December 2019 (the oral procedure before the ICJ), the delegation of Gambia made a reference to such acknowledgment of *jus cogens*³¹. The Court in its jurisprudence has addressed this issue, for example in the case of *Armed Activities in the Territory of Congo*, opposing Democratic Republic of Congo to Rwanda, the ICJ recognized (in its Judgment on jurisdiction and admissibility, of 3 February 2006, para. 64) the prohibition of genocide as a peremptory norm of international law. Also in the case of *Application of the Convention against Genocide (Bosnia-Herzegovina v Serbia and Montenegro, Judgment on preliminary objections of 11 July 1996, para. 32)*, the ICJ observed *inter alia* that the terms of Article IX of the Convention against Genocide do “not exclude any form of State responsibility”.

Unfortunately, the Court in the case we examine, did not address this issue but, in our opinion, it should do it. That is why we agree with the opinion expressed by the judge Cançado Trindade in his separate opinion that: “In my understanding, State responsibility and individual criminal responsibility cannot be dissociated in cases of massacres”³².

The Court has addresses this issues in the following cases: *Application of the Convention against Genocide*, opposing Bosnia-Herzegovina to Serbia and Montenegro (Judgment of 26 February 2007), *Application of the Convention against Genocide*, opposing Croatia to Serbia (Judgment of 3 February 2015). In its 2007 Judgment, the Court confirmed the applicability of the rules on State responsibili-

measures as an inherent judicial power: An example of cross-fertilization, Annals FLB, “Belgrade Law Review” 2018, No. 4, pp. 127-142.

³⁰ Order of 23 January 2020, p. 24, para. 84; C. Miles, *Provisional measures and the margin of appreciation before the International Court of Justice*, “Journal of International Dispute Settlement” 2017, No. 8, pp. 1-21.

³¹ ICJ, doc. CR 2019/18, of 10 December 2019, p. 51, para. 7.

³² Separate Opinion of judge Cançado Trindade, *Gambia v Myanmar, ICJ Reports 2020*, p. 20; A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht 2011, pp. 1-71.

ty between States in the context of genocide (para. 167) but not without underlining that in its view the recognition of State responsibility should not be understood as making room for State crimes, thus imposing limitations on the matter (paras. 167-170). And in its 2015 Judgment, the Court briefly referred to *jus cogens* without considering its legal effects (para. 87).

Grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, such as acts of genocide, among other atrocities, are in breach of responsibility and call for reparations to the victims³³.

Conclusions

The examined case showed the importance of the procedural measure during the incidental jurisdiction of the ICJ, such as interim measures of protection in the framework of the Genocide Convention violation. It is a particular case, regarding protection of fundamental human rights and the obligation of prevention.

That is why, it involves many theoretical issues to be solved in international law such as Responsibility to Protect, [R2P], *actio popularis*, *obligations erga omnes*, *forum prorogatum*, enforcement of the ICJ orders indicating interim measures³⁴. The Gambia acted against Myanmar because its actions were a violation of *erga omnes* obligation and the United Nations was not able to act or did not want to act (not important issue for Big 5, possibility of veto at the Security Council). In the *Barcelona Traction* case the ICJ proclaimed the concept of *erga omnes* obligations in international law such as: the outlawing of acts of aggression; the outlawing of genocide; protection from slavery; protection from racial discrimination. The violation of an *erga omnes* obligation entails "aggravated responsibility"³⁵.

There are some authors who believe that that R2P has filled part of the gaps in the Genocide Convention and allowed states to take affirmative actions to prevent genocide in the modern era (e.g. Libya

³³ P. Palchetti, *Responsibility for breach of provisional measures of the ICJ: between protection of the rights of the parties and respect for the judicial function*, "Rivista di diritto internazionale" 2017, pp. 5-22.

³⁴ S. Yee, *Forum Prorogatum and the indication of provisional measures in the International Court of Justice*, chapter 25, *The Reality of international law, Essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford 1999, pp. 565-584; *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, F. Turab Ahmadov, St Anne's College, University of Oxford, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, Trinity 2017, pp. 82-155.

³⁵ P. Picone, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, [in:] *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, ed. P. Picone, Cedam 1995, pp. 528, 536; *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd (New Application: 1962) (Belgium v Spain) (second phase)*, ICJ Reports 1970, p. 3; A. Cassese, *International Law*, Oxford 2001, p. 182; F. Borgia, *The Responsibility to Protect doctrine: between criticisms and inconsistencies*, "Journal on the Use of Force and International Law" 2015, Vol. 2, No. 2, pp. 223-237, <http://dx.doi.org/10.1080/20531702.2015.1090217>; M. Longobardo, *Genocide, obligations erga omnes, and the responsibility to protect: remarks on a complex convergence*, "The International Journal of Human Rights" 2015, Vol. 19, No. 8, pp. 1199-1212, <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2015.1082834>

2011). Three recent conflicts could be subject to an R2P intervention: The Yazidis in Iraq, Rohingya Muslims in Burma (Myanmar) and Libyans in Benghazi (circa 2011), (pp. 25-27)³⁶.

The possibilities mentioned above are political means, not judicial procedure, but it could be present in the case when country is unwilling to act.

If we want to enforce procedural law at the ICJ, one would propose to amend the Statute of the ICJ, according to its Article 69, which provides as follows: “Amendments to the present Statute shall be effected by the same procedure as is provided by the Charter of the United Nations for amendments to that Charter, subject however to any provisions which the General Assembly upon recommendation of the Security Council may adopt concerning the participation of states which are parties to the present Statute but are not Members of the United Nations”. But the procedure of Statute amendments is not very convenient and is not practicable, in fact it never happened till now. Also, States don’t participate in adopting Rules of the Court, leaving this possibility to the Court itself. Rules of the Court, including its Statute, should be interpreted according to the Vienna Convention of the Law of Treaties³⁷.

Non-compliance of parties with provisional measures it is not only private matter between parties, but it is also a matter of a public order, it means parties and their relations to the Court³⁸. The question arises, what should be the reaction of the Court in case of a breach of provisional measure and what kind of sanctions it can impose on the non-complying party. It seems that this kind of punitive damages is not based on the ICJ Statute although, in some views³⁹, the Court has the authority to levy damages against the non-complying State.

We agree with the opinion of Prof. Paolo Palchetti, that: “a form of sanction that could be envisaged in response to lack of compliance with provisional measures is the imposition of costs, or part of costs, relating to the proceedings”⁴⁰. In fact, the Statute of the ICJ in its Article 64 states that: “Unless otherwise decided by the Court, each

³⁶ Z. A. Karazsia, *An Unfulfilled Promise: The Genocide Convention and the Obligation of Prevention*, “Journal of Strategic Security” 2018, No. 4, pp. 20-31, DOI: <https://doi.org/10.5038/1944-0472.11.4.1676>

Available at <https://scholarcommons.usf.edu/jss/vol11/iss4/2>

³⁷ *LaGrand (Germany v United States of America)*, 2001, Reports 2001, p. 501; P. Palchetti, *Making and enforcing procedural law at the International Court of Justice*, QIL, Zoom-out 61, 2019, pp. 5-20.

³⁸ M. Mendelson, *State responsibility for breach of interim protection orders of the International Court of Justice*, [in:] *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, eds. M. Fitzmaurice, D. Suroshi, Oxford and Portland Oregon 2004, p. 42; Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Leiden: Nijhoff 2006, p. 1026.

³⁹ O. Schachter, *International Law in theory and practice: General course in Public International Law*, 1982, 178 Recueil des Cours, p. 223.

⁴⁰ P. Palchetti, *Making and enforcing...*, p. 17.

party shall bear its own costs". This issue was raised before the ICJ in the joint cases *Certain Activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v Nicaragua)* and *Construction of a road in Costa Rica along the San Juan river (Nicaragua v Costa Rica)*, Judgment of 16 December 2015, but the Court said that: "Taking into account the overall circumstances of the case ... an award of costs ... would not be appropriate"⁴¹.

The practice of the ICJ after *LaGrand* case in the situation of non-compliance with provisional measures is that this fact is recorded in the operative part of the judgment. But in the view of some authors a finding of non-compliance "does not seem to address properly the damage caused to the Court's own standing by a lack of compliance with its provisional measures orders"⁴².

As we see, there is no one simple way to solve this problem, but it is because there is a lack of compulsory jurisdiction for States in front of the ICJ. States prefer to abstain from judicial settlement of disputes by the ICJ because they do not want to be blamed by non-compliance.

Bibliography

Borgia Fiammetta, *The Responsibility to Protect doctrine: between criticisms and inconsistencies*, "Journal on the Use of Force and International Law" 2015, Vol. 2, No. 2, pp. 223-237.

Cancado Trindade Antonio Augusto, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht 2011.

Cassese Antonio, *International Law*, Oxford 2001.

Karazsia Zachary A., *An Unfulfilled Promise: The Genocide Convention and the Obligation of Prevention*, "Journal of Strategic Security" 2018, No. 4, pp. 20-31.

Lando Massimo, *Compliance with provisional measures indicated by the International Court of Justice*, "Journal of International Dispute Settlement" 2017, No. 8, pp. 22-55.

Lando Massimo, *Plausibility in the Provisional Measures. Jurisprudence of the International Court of Justice*, "Leiden Journal of International Law" 2018, Vol. 31, Issue 3, pp. 641-668.

Longobardo Marco, *Genocide, obligations erga omnes, and the responsibility to protect: remarks on a complex convergence*, "The International Journal of Human Rights" 2015, Vol. 19, No. 8, pp. 1199-1212.

Mendelson Maurice, *State responsibility for breach of interim protection orders of the International Court of Justice*, [in:] *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, eds. M. Fitzmaurice, D. Sarooshi, Oxford and

⁴¹ ICJ Reports 2015, p. 718.

⁴² G. Zyberi, *Provisional measures of the International Court of Justice in Armed Conflict situations*, "Leiden Journal of International Law" 2010, No. 23, p. 581. See opposite view T. Stein, *Contempt, Crisis and the Court: The World Court and Hostage Rescue Attempts*, 1982, 76 AJIL, p. 528, who says: "in a context where rectitude is the primary value at stake, censure by the Court is a significant sanction."

- Portland Oregon 2004, pp. 35-55.
- Miles Cameron, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge 2017.
- Miles Cameron A., *Provisional measures and the margin of appreciation before the International Court of Justice*, "Journal of International Dispute Settlement" 2017, No. 8, pp. 1-21.
- Miles Cameron, *Provisional measures and the „new” plausibility in the jurisprudence of the International Court of Justice*, BYIL, 2018, pp. 1-46.
- Miles Cameron, *Provisional measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge 2018, pp. 209-216.
- Oda Shigeru, Provisional measures: *The practice of the International Court of Justice*, [in:] *Fifty years of the International Court of Justice*, eds. V. Lowe, M. Fitzmaurice, 1996, p. 541 at [555].
- Palchetti Paolo, The Power of the International Court of Justice to indicate provisional measures to prevent the aggravation of a dispute, "Leiden Journal of International Law" 2008, No. 21, pp. 627-630.
- Palchetti Paolo, *Responsibility for breach of provisional measures of the ICJ: between protection of the rights of the parties and respect for the judicial function*, "Rivista di diritto internazionale" 2017, pp. 5-22.
- Palchetti Paolo, *Making and enforcing procedural law at the International Court of Justice*, QIL, (Questions of International Law), Zoom-out 61, 2019, pp. 5-20.
- Picone Paolo, *Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes*, [in:] *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, ed. P. Picone, Cedam 1995, pp. 517-578.
- Rosenne Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4 Vols., 4th ed., Leiden: Nijhoff 2006 (1st ed. 1965).
- Sakai Hironobu, *New Developments of the Orders of Provisional Measures by the International Court of Justice*, 52 "Japanese Yearbook of International Law" 2009, pp. 244-257.
- Salkiewicz-Munnerlyn Ewa, *Interim Measures of Protection in the Two Orders of The ICJ Genocide Cases (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, "Strani pravni život" 2009, No. 1, pp. 53-71.
- Schachter Oscar, *International Law in theory and practice: General course in Public International Law*, 1982, vol. 178 Recueil des Cours, p. 9-396.
- Sparks Tom, Somos Mark, *The humanisation of provisional measures? Plausibility and the Interim Protection of Rights before the ICJ*, MPIL (Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law), Research Paper Series No. 2019-20, pp.1-24.
- Stein Ted., *Contempt, Crisis and the Court: The World Court and Hostage Rescue Attempts*, 1982, 76 AJIL, p. 499-531.
- Turab F. Ahmadov, *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, St Anne's College, University of Oxford, A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, Trinity 2017.
- Uchikova Inna, *Provisional Measures before the International Court of Justice*, 2013, 12 LPICT, (The Law and practice of International Courts and Tribunals), pp. 391-430.
- Vucic Mihajlo, *Binding effect of provisional measures as an inherent judicial power: An example of cross-fertilization*, Annals FLB, "Belgrade Law Review" 2018, No. 4, pp. 127-142.
- Yee Sienho, *Forum Prorogatum and the indication of provisional measures in the International Court of Justice*, chapter 25, *The Reality of international law, Essays in honour of Ian Brownlie*, Oxford 1999, pp. 565-584.

Zimmerman Andreas, Oellers-Frahm Karin, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2012, second edition, Oxford, p. 1135-1203.

Zyberi G., *Provisional measures of the International Court of Justice in Armed Conflict situations*, "Leiden Journal of International Law" 2010, No. 23, pp. 395-416.



Monika Strus-Wołos*

**STAN EPIDEMII WYWOŁANEJ PRZEZ WIRUS
SARS-COV-2 (COVID-19) JAKO SIŁA WYŻSZA
UZASADNIAJĄCA ZAWIESZENIE BIEGU TERMINÓW
PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ W ROZUMIENIU
ART. 121 PKT 4 K.C.**

Celem artykułu jest wskazanie, czy pandemia taka jak wywołana przez wirus SARS-CoV-2, która ma istotny wpływ na życie gospodarcze oraz wymiar sprawiedliwości i skutkowała wieloma szczególnymi regulacjami prawnymi i ogłoszeniem stanu epidemii, powoduje zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń jako siła wyższa w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. Artykuł skierowany jest do praktyków prawa i stanowi głos w aktualnej dyskusji.

Pojęcia kluczowe: pandemia, COVID-19, stan epidemii, siła wyższa w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c.

W ostatnim czasie Polska i świat zostały dotknięte pandemią wywołaną przez wirus SARS-CoV-2, co ma wpływ na życie gospodarcze oraz wymiar sprawiedliwości, a także było podstawą szczególnych regulacji prawnych, których niedostatek legislacyjny budzi wątpliwości praktyków. W środowisku prawniczym toczy się m.in. dyskusja, czy stan ten powoduje zawieszenie biegu terminów przedawnienia roszczeń jako siła wyższa w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. Pojawiają się głosy, także komentatorów, negujące zaliczenie pan-

* Monika Strus-Wołos, adwokat, doktor nauk prawnych, specjalista w dziedzinie prawa cywilnego i gospodarczego prywatnego.

demii do przypadku opisanego w tej normie. Z poglądem takim nie zgadzam się fundamentalnie.

Definicja legalna „epidemii” znajduje się w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (dalej: u.z.z.)¹. Zgodnie z jej art. 2 pkt 9 „epidemia” to „wystąpienie na danym obszarze zakażeń lub zachorowań na chorobę zakaźną w liczbie wyraźnie większej niż we wcześniejszym okresie albo wystąpienie zakażeń lub chorób zakaźnych dotychczas niewystępujących”. Co ważne dla niniejszych rozważań, przez „stan epidemii” i „stan zagrożenia epidemicznego”, we wskazanej ustawie rozumie nie stan faktyczny, lecz sytuację prawną wprowadzoną na danym obszarze. Pandemia natomiast, to epidemia o charakterze globalnym; zostaje ogłoszona przez Światową Organizację Zdrowia (WHO).

Wirus SARS-CoV-2 wykryty został po raz pierwszy w Chinach w styczniu 2020 r. Następnie rozprzestrzenił się na cały świat, szczególnie dotkliwie atakując Europę Zachodnią i Stany Zjednoczone Ameryki. Jest to sytuacja bezprecedensowa w naszym pokoleniu, gdyż ostatnia tak dramatyczna pandemia miała miejsce w 1918 r. (grypa „hiszpanka”, która zabiła aż 50 mln osób). Za naszego życia WHO ogłosiła pandemię także w 2009 r., z powodu grypy A/H1N1 (tzw. świńska grypa), która pochłonęła 12 799 ofiar, co jest ponad dwa razy mniejszym bilansem niż liczba ofiar COVID-19 w samych tylko Włoszech i stosunkowo niewielką liczbą w porównaniu do obecnej pandemii (5 maja 2020 r. mamy na świecie zakażonych koronawirusem już ponad 3,7 mln, zmarło 258 tys. osób a wyzdrowiało 1,2 mln chorych). Starsi Czytelnicy mogą zaś pamiętać epidemię ospy prawdziwej, trwającą od maja do września 1963 r. we Wrocławiu. Zachorowało wówczas 99 osób, zmarło 7, mimo iż WHO przewidywała ok. 2 tys. chorych, 200 ofiar i dwa lata trwania epidemii². Na marginesie można zauważyć, że tak spektakularny sukces był możliwy dzięki nałożonym restrykcjom, które dziś mogłyby budzić sprzeciw w społeczeństwie wychowanym w demokratycznej wolności.

Nie można także porównywać obecnej pandemii do niemal corocznych epidemii grypy, a to z kilku przyczyn³. Po pierwsze, grypa jest chorobą występującą od lat i choć wirus mutuje, to jednak zdaniem lekarzy można mówić o pewnym rodzaju odporności zbiorowej całej populacji. Po wtóre, przeciwko grypie mamy szczepionkę, corocznie aktualizowaną. Po trzecie, mamy też zarejestrowany lek skuteczny w zwalczaniu wirusa grypy – oseltamivir, występujący pod różnymi nazwami handlowymi. Po czwarte, choć nadal nie mamy jeszcze pełnych danych statystycznych, według WHO w wy-

¹ T.j. Dz.U. 2019, poz.1239 ze zm.

² https://pl.wikipedia.org/wiki/Epidemia_ospy_we_Wroc%C5%82awiu (dostęp: 6 maja 2020 r.).

³ Za konsultację medyczną dziękuję dr. Pawłowi Strusowi, ordynatorowi oddziału pediatricznego Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu.

padku COVID-19 w porównaniu z grypą sezonową, wyższa jest zarówno odtwarzalność (zakaźność mierzona liczbą osób, które zarażają się od jednej osoby zakażonej), przebieg (aż 15% zakażeń koronawirusem ma przebieg ciężki, a 5% bardzo ciężki, wymagając mechanicznego wspomaganie oddychania), jak i przede wszystkim śmiertelność (według WHO dla COVID-19 jest to 3-4%, a dla grypy sezonowej 0,1%)⁴. Wreszcie, przy COVID-19 wyższy jest odsetek przebiegów bezobjawowych, co również sprzyja większej odtwarzalności i późnemu wdrożeniu leczenia. Nie sposób też pominąć niepokojące doniesienia o możliwym związku tego koronawirusa ze wzrostem zachorowań u dzieci na groźną dla życia chorobę Kawasaki.

W Polsce pierwszy przypadek zachorowania na COVID-19 zdiagnozowano 4 marca 2020 r. 12 marca 2020 r. ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego⁵, zaś od 20 marca 2020 r. – stan epidemii⁶. Delegacja ustawowa dla Ministra Zdrowia do ogłoszenia obu stanów znajduje się w art. 46 ust. 2 i 4 u.z.z. Oba rozporządzenia zawierały ograniczenia dotyczące przekraczania granic, handlu, działania zakładów pracy i organizowania zgromadzeń.

Szczegółowe, dalej idące regulacje zawierały wydane na podstawie art. 46a i 46b u.z.z. kolejne rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii – z dnia 31 marca 2020 r.⁷, z dnia 10 kwietnia 2020 r.⁸, 19 kwietnia 2020 r.⁹ i z dnia 2 maja 2020 r.¹⁰. Pierwsze trzy z nich zawierały zakaz przemieszczania się z wyjątkiem m.in.:

- 1) wykonywania czynności zawodowych lub zadań służbowych, lub pozarolniczej działalności gospodarczej, lub prowadzenia działalności rolniczej lub prac w gospodarstwie rolnym, oraz zakupu towarów i usług z tym związanych;
- 2) zaspokajania niezbędnych potrzeb związanych z bieżącymi sprawami życia codziennego, w tym uzyskania opieki zdrowotnej lub psychologicznej, danej osoby, osoby jej najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., a jeżeli osoba przemieszczająca się pozostaje we wspólnym pożyciu z inną osobą – także osoby najbliższej osobie pozostającej we wspólnym pożyciu, oraz zakupu towarów i usług z tym związanych.

⁴ <https://www.mp.pl/pacjent/choroby-zakazne/koronawirus/koronawirus-warto-wiedziec/228801,czy-koronawirus-COVID-19-jest-grozniejszy-niz-grypa-sezonowa> (dostęp: 6 maja 2020 r.).

⁵ Na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. 2020, poz. 433).

⁶ Na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 491 ze zm.).

⁷ Dz.U. 2020, poz. 566.

⁸ Dz. U. 2020, poz. 658, 673 i 674.

⁹ Dz.U. 2020, poz. 697.

¹⁰ Dz.U. 2020, poz. 792.

O ile adwokat lub radca prawny udający się na pocztę w celu nadania lub odbioru pisma wykonuje czynności zawodowe, o tyle podjęcie czynności prawnych lub procesowych przez samą stronę w celu obrony swych praw już nie mieści się w katalogu wymienionym w punkcie pierwszym. W Polsce nie obowiązuje przymus adwokacki w postępowaniach przed sądami powszechnymi, a tym bardziej dla czynności materialnoprawnych. Nie ma więc podstaw by różnicować sytuację prawną strony działającej samodzielnie i tej, która korzysta z fachowego pełnomocnika. Dalece wątpliwe jest, czy podejmowanie takich czynności przez stronę mieści się w punkcie drugim powyżej. Wprawdzie nie zamieszczono tam katalogu zamkniętego, niemniej wymienienie usług zdrowotnych oraz zakupów niezbędnych towarów i usług wskazuje, że intencją prawodawcy było zezwolenie jedynie na takie wyjścia z domu, które zapewniają ochronę zdrowia i „przeżycie”. Przypomnieć również trzeba, że nieuzasadnione przemieszczanie się podlegało ukaraniu mandatem lub pieniężną karą administracyjną.

Czy więc pandemia potwierdzona ogłoszonym w Dzienniku Ustaw stanem epidemii na obszarze całego kraju spełnia przesłanki uznania jej za siłę wyższą w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c.?

Na wstępie warto dodać, że odpowiedź będzie miała istotne znaczenie nie tylko w odniesieniu do samych terminów przedawnienia roszczeń, ale również do terminów zawitych, gdyż obecnie w ugruntowanym orzecznictwie i doktrynie akceptuje się stosowanie przepisu art. 121 pkt 4 k.c. także do terminów zawitych¹¹.

Zarówno polski Kodeks cywilny, jak i akty prawne w większości systemów prawnych na świecie, nie zawierają definicji legalnej „siły wyższej”, co jest zrozumiałe, gdyż immanentną cechą zdarzenia określanego jako siła wyższa jest jego całkowita lub wysokiego stopnia nieprzewidywalność, a przynajmniej niemożność zapobieżenia. Szczególnie często pojęcie „siły wyższej” występuje w konwencjach międzynarodowych. Brak definicji legalnej nie jest więc jak widać niedostatkim systemów prawa, skoro pojęcie to istnieje już od czasów Rzymu antycznego i juryści radzą sobie z jego stosowaniem od ponad dwóch tysięcy lat, kierując się zdrowym rozsądkiem i aktualnym stanem wiedzy technicznej, przyrodniczej czy medycznej. Zachowuje bowiem aktualność stwierdzenie Gaiusa, że siła wyższa to „poważny przypadek, któremu słabość ludzka nie jest w stanie się oprzeć”¹². W prawie polskim chyba jedyną próbę definicji, i to przez nieenumeratywne wyliczenie, znajdziemy w rozporządzeniu Mini-

¹¹ Por. np. uchwała SN z 10 marca 1992 r., III CZP 10/92, OSP 1993, nr 2, poz. 30 z glosą aprobującą Jerzego Ignatowicza, który przypomina w niej, że terminy zawite mają charakter bardziej rygorystyczny aniżeli terminy przedawnienia – co tym bardziej jest argumentem przemawiającym za przyjęciem stanu epidemii jako podstawy zawieszenia terminów przedawnienia.

¹² *Digesta Iustiniani* 44,7,1,4.

stra Finansów z dnia 7 maja 2010 r. w sprawie określenia definicji ryzyka handlowego, politycznego i nierynkowego (które odnosi się do gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeń eksportowych).

Na gruncie prawa cywilnego taki otwarty katalog zdarzeń mogących stanowić siłę wyższą wypracowały doktryna i judykatura. Powszechnie przyjmuje się obiektywne podejście, w ramach którego „siłę wyższą” rozumie się jako zdarzenia sił przyrody o charakterze katastrofalnym albo działania nadzwyczajnie i zewnętrzne, którym nie można zapobiec¹³. Wyróżnia się trzy formy siły wyższej: katastrofalne działania przyrody (*vis naturalis*), akty wojny, rewolucja, zamieszki, a nawet strajk (*vis armata*) oraz nadzwyczajne akty władzy publicznej (*vis imperii*). Cecha zewnętrzności rozumiana jest jako element pozostający poza kontrolą poszkodowanego. Tu jednak mamy pewną rozbieżność poglądów w odniesieniu do awarii technicznych. Witold Czachórski w swoim podręczniku¹⁴ wybuch kotła podał jako przykład zdarzenia innego niż siła wyższa, zaś SN zaliczył do działania siły wyższej poważną awarię, w wyniku której doszło do odcięcia pomieszczeń biurowych i zniszczenia dokumentów¹⁵.

Trzeba jednak od razu zaznaczyć, że teoria obiektywna jest przez znakomitą większość autorów rozumiana kompromisowo¹⁶. Przykładem orzecznictwem tego liberalnego nurtu jest uchwała SN z 13 grudnia 2007 r., III CZP 100/07, w której do siły wyższej zaliczono również uderzenie pioruna, burzę o ogromnej sile, huragan, obfite opady śniegu lub nieprzeniknioną mgłę; ponadto akty normatywne zakazujące wwozu określonych towarów, decyzje administracyjne o zniszczeniu ładunku ze względów sanitarnych, orzeczenia sądu o konfiskacie ładunku, błędny sygnał policjanta kierującego ruchem drogowym. Co więcej, SN podkreślił, że współcześnie za siłę wyższą może być uznane nawet działanie pojedynczego człowieka, jeżeli jest np. uzbrojony.

Szczególnie ważne orzeczenie SN, które *mutatis mutandis* można odnieść także do naszych rozważań, to wyrok z 4 września 2003 r., IV CKN 420/01, w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Nie ma podstaw, aby pojęcie siły wyższej w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. ograniczać do formalnej odmowy dostępu poszkodowanego do sądu. Stwierdzenie, że uwarunkowania polityczne istniejące do 1989 r. nie stanowiły siły wyższej, nie może być zaaprobowane bez istotnego zastrzeżenia, że indywidualna sytuacja pokrzywdzonego poddanego przemożnemu naciskowi zewnętrznemu, któremu nie był w stanie

¹³ Por. np. uchwała SN z 10 marca 1992 r., III CZP 10/92, OSP 1993, nr 2, poz. 30.

¹⁴ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 182.

¹⁵ Wyrok SN z 5 listopada 1976 r., III CRN 202/76, OSNCP 1977, nr 10, poz. 182.

¹⁶ B. Kordasiewicz, [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 588.

się przeciwstawić, może być oceniona jako pozbawienie go prawa do sądu stanowiące postać siły wyższej w rozumieniu art. 121 pkt 4 k.c. – pomimo że nie miało miejsca zawieszenie wymiaru sprawiedliwości”. A zatem nie chodzi wyłącznie o jakikolwiek fizyczny dostęp do poczty lub sądu. Nawet gdyby podczas trzęsienia ziemi ocalał budynek poczty i działałaby ona, to trudno wymagać od mieszkańców miasta zajętych ratowaniem życia i dobytku, czy poszukujących bezpiecznego lokum, aby nadawali w tym czasie terminowe przesyłki. Jest to przez analogię spójne z najnowszym nurtem orzecznictwa SN, które prawo do nietykalności mieszkania (art. 23 k.c.) rozumie nie tylko jako niewtargnięcie fizyczne, ale także jako poczucie bezpieczeństwa, będące wartością dopełniającą to dobro osobiste¹⁷.

Dlatego nie jest dostatecznym argumentem fakt, że prezesi niektórych sądów powszechnych wydali zarządzenia umożliwiające wnoszenie pism procesowych drogą elektroniczną¹⁸. Po pierwsze, były to raczej wyjątki w skali kraju¹⁹, a prawa strony powinny być jednakowe na całym obszarze objętym epidemią. Inaczej można mieć wątpliwość, czy zachowana została konstytucyjna zasada równości wobec osób znajdujących w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej. Po wtóre, możliwość taka dotyczyła tylko niektórych rodzajów pism. Pamiętać też trzeba, że przerwanie biegu przedawnienia może nastąpić także w drodze innych czynności niż dokonywanych przed sądem. Wreszcie, w niektórych sądach zamiast biur podawczych wystawiono skrzynki, jednakże nie wydaje się wówczas stronie potwierdzenia nadania, co z kolei wiąże się z ryzykiem zaginięcia przesyłki.

Obecna epidemia spełnia więc bez wątpienia przesłanki siły wyższej, zarówno jako element katastrofalnego działania natury, jak i (przynajmniej w okresie obowiązywania ograniczeń w przemieszczaniu się) nadzwyczajnych aktów władzy publicznej, nakładającej ograniczenia w przemieszczaniu się. Już zresztą w dawniejszej literaturze jako przykład siły wyższej wymieniano „epidemię i związane z nią konieczne zarządzenia władz sanitarnych”²⁰.

Niektórzy komentatorzy²¹ wyrażają jednak odmienny pogląd, oparty na literalnym brzmieniu ustawy z dnia 31 marca 2020 r.

¹⁷ Por. np. wyrok SN z 29 października 2015 r., I CSK 896/14.

¹⁸ Por. np. zarządzenie nr IV W 070-13/20 Prezesa Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 marca 2020 r.

¹⁹ Por. np. zarządzenie nr Adm-1010-19/20 Prezesa Sądu Okręgowego w Radomiu z dnia 24 marca 2020 r. w sprawie organizacji obsługi korespondencji kierowanej do sądu w związku z wprowadzeniem stanu epidemicznego i późniejsze pismo Prezesa Sądu Okręgowego w Radomiu nr Adm 013-33/20 z dnia 2 kwietnia 2020 r., odmawiające uwzględnienia wniosku dziekana ORA o umożliwienie składania pism drogą elektroniczną.

²⁰ K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna, Komentarz*, Kraków 2003, uwaga do art. 121.

²¹ M. Mataczyński, M. Szczywko, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. M. Gutowski, Legalis 2020, komentarz do art. 121.

o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2020, poz. 568; dalej: specustawa COVID). Wprowadzono w niej przepis art. 15zzr, którego ustęp 1 brzmi:

1. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg przewidzianych przepisami prawa administracyjnego terminów:
 - 1) od zachowania których jest uzależnione udzielenie ochrony prawnej przed sądem lub organem,
 - 2) do dokonania przez stronę czynności kształtujących jej prawa i obowiązki,
 - 3) przedawnienia,
 - 4) których niezachowanie powoduje wygaśnięcie lub zmianę praw rzeczowych oraz roszczeń i wierzytelności, a także popadnięcie w opóźnienie,
 - 5) zawitych, z niezachowaniem których ustawa wiąże ujemne skutki dla strony,
 - 6) do dokonania przez podmioty lub jednostki organizacyjne podlegające wpisowi do właściwego rejestru czynności, które powodują obowiązek zgłoszenia do tego rejestru, a także terminów na wykonanie przez te podmioty obowiązków wynikających z przepisów o ich ustroju
 – nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres.

Pierwotnie w projekcie ustawy zmieniającej przepis miał dotyczyć biegu terminów przewidzianych przepisami prawa cywilnego i administracyjnego, jednak w toku prac legislacyjnych usunięto słowa „cywilnego i”. Komentatorzy wyciągają z tego wniosek, że „W związku z pandemią COVID-19 i ogłoszeniem stanu epidemii ustawodawca nie zdecydował się na ingerencję w bieg terminów przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych (...), co oznacza, iż terminy te bieżą również w okresie obowiązywania stanu epidemii (albo stanu zagrożenia epidemicznego)”. Wskazują także, że choć działalność sądu została poważnie ograniczona, to jednak nie zawieszono jej całkowicie, a zatem nie wystąpiła siła wyższa.

Z poglądem tym nie sposób się zgodzić. Pojęcie „siła wyższa” rzadko występuje w przepisach prawa administracyjnego, które są rozproszone w niezliczonych aktach prawnych. Nie używa się go w tak ważnych ustawach, jak Ordynacja podatkowa, Prawo zamówień publicznych, Prawo ochrony środowiska czy Prawo budowlane. „Siła wyższa” pojawia się w niektórych ustawach prawa administracyjnego, jak np. w ustawie o ochronie prawnej odmian roślin, ustawie o rybołówstwie morskim czy w Prawie wodnym, jednak nie w odniesieniu do biegu terminów przedawnienia. Również w Kodeksie postępowania administracyjnego używa się tego pojęcia tylko raz, w art. 189e, traktując siłę wyższą powodującą naruszenie prawa jako przesłankę uwalniającą od administracyjnej kary pieniężnej. Natomiast przepisy art. 189h i 189j k.p.a. regulujące przerwanie i zawieszenie biegu przedawnienia nałożenia lub egzekucji tej kary nie wymieniają już *vis maior* wśród przesłanek zawieszenia. Dlatego

istniała konieczność wprowadzenia w specustawie COVID przepisu zawieszającego bieg terminów prawa administracyjnego. Nie było natomiast takiej potrzeby w odniesieniu do prawa cywilnego, a to dlatego, że mamy przecież od 55 lat przepis art. 121 pkt 4 k.c. Co więcej, wprowadzenie w specustawie COVID odniesienia także do prawa cywilnego, tak jak przewidywał to projekt ustawy zmieniającej, doprowadziłoby do powstania *superfluum*, co jest błędem legislacyjnym, sprzecznym z konstytucyjnym wymogiem przyzwoitej legislacji, wywodzonym z zasady państwa prawnego, tj. z art. 2 Konstytucji RP. Dlatego zastosowanie przez Autorów komentarza *analogii iuris* dla uzasadnienia postawionej tezy jest obarczone istotnym błędem, gdyż prowadzi ona do całkowicie odmiennego wniosku. Nieznany jest mi w historii polskiego prawa przykład, aby możliwość zastosowania istniejącego od dawna przepisu musiała być potwierdzona (otwarta) innym przepisem szczególnym.

To praktycy powinni proponować rozsądną, a nawet odważną wykładnię, także przy zastosowaniu innych metod niż podstawowa wykładnia językowa. Nie sposób tu nie odnieść się do oczywistej hierarchii dóbr chronionych, na której czele, w cywilizowanych, demokratycznych państwach, zawsze musi stać życie i zdrowie ludzkie, co wynika wprost z art. 38 Konstytucji RP. Nie można zmuszać ludzi w czasie największej od przeszło 100 lat epidemii do wycieczek na pocztę lub biuro podawcze sądu, podczas gdy przepisy zakazują przemieszczania się poza określonymi przypadkami i to pod groźbą kar pieniężnych. Ponadto, w środkach masowego przekazu niezliczone razy oglądaliśmy apele o pozostanie w domu, ponawiane zarówno przez przedstawicieli rządu, jak i inspekcji sanitarnej oraz ekspertów z dziedziny medycyny. Trudno byłoby więc uznać, że obawy ludzi o zagrożenie dla zdrowia związane z przebywaniem w miejscach publicznych mogłyby być uznane jedynie za obawy o charakterze subiektywnym. Mówiąc pół żartem, pół serio – obrona terminu przedawnienia to nie obrona Ojczyzny, wymagająca heroizmu. W opinii Rzecznika Generalnego TSUE, analizującego orzecznictwo Trybunału w zakresie siły wyższej, podkreślono, że nie można wymagać od strony „nierozsądnych poświęceń”²². Właśnie z tego powodu SN we wspomnianej wyżej uchwale III CZP 100/07 do siły wyższej zaliczył także obfite opady śniegu czy nieprzeniknioną mgłę (a więc klęskę dalece mniejszą niż pandemia), choć przecież nawet i w takich warunkach nieliczni kierowcy podróżują, więc nie jest niemożliwe pokonanie takiej przeszkody.

Nie należy tak ważnej kwestii, jak przedawnienie roszczeń i związane z nią konstytucyjne prawo do sądu pozostawiać uznaniowości konkretnych składów sędziowskich, a więc nieuniknionej „loteryj-

²² Opinia Rzecznika Generalnego Nilsa Wahla przedstawiona 24 stycznia 2019 r. w sprawie C-660/17 P, RP przeciwko Komisji Europejskiej.

ności”. Można sobie bowiem wyobrazić, że strona obawiająca się wyniku oceny przez sąd jej indywidualnego przypadku musiałaby przedstawiać dokumentację medyczną na okoliczność, że należy do grupy ryzyka ciężkiego przebiegu zakażenia. W skrajnych wypadkach z ostrożności powoływałaby może nawet dowód z opinii biegłych lekarzy. Jest to na pierwszy rzut oka absurdalne, powodujące niewspółmierne koszty i wydłużenie postępowania, co stoi w sprzeczności z zasadą ekonomii procesowej. Zagrożenie zakażeniem koronawirusem jest tak powszechne, a ryzyko ciężkiego przebiegu tak duże, że reguły prawne w okresie epidemii należy stosować w sposób jednolity i powszechny. Organy sądowe powinny przy tym pamiętać, że rolą zwłaszcza sądów najwyższych instancji jest nie tylko wiążące ustalenie konsekwencji norm prawa materialnego w odniesieniu do konkretnie oznaczonego adresata w sprawie indywidualnej, ale także zagwarantowanie jednolitego i przewidywalnego biegu postępowania w procesie stosowania przepisów prawa materialnego oraz zapewnienie poszanowania chronionych Konstytucją RP praw i wolności (tak np. NSA w wyroku z 13 marca 2018 r., II GSK 922/16).

Dodać można, że nawet gdyby stan epidemii trwał rok czy jeszcze dłużej, to w najgorszym wypadku termin przedawnienia wydłużyłby się o ten okres. A przecież do niedawna termin ogólny przedawnienia wynosił nie 6, lecz 10 lat i nie budziło to kontrowersji.

Bibliografia

- Czachórski Witold, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994.
- Mataczyński Maciej, Saczywko Maksymilian, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. Maciej Gutowski, Legalis 2020, komentarz do art. 121.
- Piasecki Kazimierz, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna, Komentarz*, Kraków 2003.
- System Prawa Prywatnego, Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Zbigniew Radwański, Warszawa 2002.



Anna Paluch*
Piotr A. Owskiński**

O (NIE)POPRAWNOŚCI TERMINOLOGII PRAWA SPADKOWEGO W POLSKIM I NIEMIECKIM JĘZYKU PRAWNYM NA PRZYKŁADZIE WYBRANYCH POJĘĆ

STUDIUM KRYTYCZNE

Językowy obraz świata, stanowiący warunkowany przez daną kulturę i odzwierciedlony w języku sposób percepcji świata, oraz komunikacyjna funkcja języka, stanowiąc mogą bazę dla dociekań, czy – i ewentualnie w jakim stopniu – dane pojęcie używane w akcie komunikacji odzwierciedla zamysł mówiącego oraz odpowiada odbiciu obrazu tegoż pojęcia w jego świadomości oraz czy owo wyrażane przez komunikującego słowo ewokuje taki sam – albo przynajmniej podobny – obraz w świadomości odbiorcy przekazywanego komunikatu. Ranga tego zagadnienia uwypukla się w szczególności w odniesieniu do języka prawnego, w ramach którego precyzja wypowiedzi powinna być podstawowym dążeniem ustawodawcy. Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy pojęcia polskiego i niemieckiego języka prawa spadkowego zawsze oddają treść, którą mają opisywać, czy też istnieją w tych językach takie słowa, które na płaszczyźnie językowej sugerują inną treść prawną, niż ta, której nośnikiem mają one być w założeniu ustawodawców. W artykule zaprezentowane zostały wyniki analizy wybranych pojęć opisujących instytucje prawa spadkowego pod kątem pełnionej przez nie funkcji referencyjnej w nawiązaniu do odzwierciedlonego w nich językowego obrazu świata.

Pojęcia kluczowe: prawo spadkowe, polski język prawny, niemiecki język prawny, językowy obraz świata

* Anna Paluch, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Kraków; ORCID: 0000-0001-8488-0006.

** Piotr A. Owskiński, doktor, Uniwersytet Jagielloński, Instytut Filologii Germańskiej, Kraków; ORCID: 0000-0001-7862-3345.

Wstęp

W ramach współczesnych systemów prawnych związek między prawem a językiem ma nierozzerwalny charakter. To w języku formułowane są przepisy prawne, na podstawie których dokonuje się następnie – również za pomocą języka – rekonstrukcji norm prawnych. Choć, jak zwraca uwagę Rodolfo Sacco, system prawny składa się zarówno z werbalnych (językowych), jak i z pozawerbalnych (pozajęzykowych) elementów, które nie tylko nie zostały spisane, ale nawet wyartykułowane, to jednak współcześnie owe pozawerbalne elementy dotyczą raczej sfery wykonywania prawa, a nie jego stanowienia (jak chociażby podawany przez Sacco przykład zawarcia umowy *per facta concludentia*)¹. Stanowienie prawa odbywa się bowiem zawsze za pomocą języka. Teza ta odnosi się również do systemów prawnych, przewidujących istnienie takich elementów prawa stanowionego, które niekoniecznie zostały językowo wyartykułowane. Do takich systemów prawnych należy zarówno polskie, jak i niemieckie prawo cywilne, w ramach których odpowiednio w art. 58 § 2 k.c. i w § 138 BGB, pod postacią klauzul generalnych zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów (niem. *gutte Sitten*), włączone zostały do systemów prawnych niekoniecznie wyrażone językowo normy moralne. Ich obowiązywanie nie tylko na płaszczyźnie indywidualnego sumienia, lecz także na gruncie prawa stanowionego, zawdzięcza się jednak językowi: To w języku sformułowane zostały odpowiednie przepisy, pozwalające na uwzględnianie norm moralnych jako równorzędnych normom prawnym elementom porządku prawnego.

W tych systemach prawnych, w których prawo zwyczajowe ustępuje prawu oficjalnie nadanemu przez ustawodawcę, język prawny pełni zatem rolę podstawowego kanału komunikacyjnego między ustawodawcą (formułującym wypowiedź) a podmiotami, do których skierowane są normy prawne (odbiorcami wypowiedzi). Na marginesie warto zauważyć, że rolę tę język odgrywa również wtedy, jeśli podstawowym prawem danej społeczności jest prawo zwyczajowe. Przekazywanie tego prawa z pokolenia na pokolenie następuje przecież głównie za pomocą języka. Stanowi on zatem zawsze narzędzie formułowania i przekazywania treści prawnych. Uwypukla się w tym miejscu zasadnicza dla prawa funkcja języka, jaką jest funkcja komunikacyjna.

Na język jako narzędzie komunikacji między ludźmi, jego istotę oraz funkcje należy przede wszystkim spoglądać przez zwierciadło kultury danego kręgu językowego i kulturowego. Takie ujęcie problemu pozwoli ujrzeć go w kategoriach tworu kulturowego, dzięki któremu można w ogóle zrozumieć daną kulturę.

¹ Zob. R. Sacco, *Mute Law*, „The American Journal of Comparative Law” 1995, vol. 43, s. 464-465.

W dialogu *Kratylos* Platona (424/423 p.n.e. – 348/347 p.n.e.), którym zainspirował się również niemiecki językoznawca Karl Bühler (1879-1963), sformułowano definicję języka jako narzędzia, za pomocą którego jeden komunikuje drugiemu o rzeczach. Z takiej perspektywy język jest instrumentem spełniającym: 1) funkcję referencyjną – kiedy mówiący przedstawia otaczającą go rzeczywistość, 2) funkcję ekspresywną – polegającą na wyrażaniu emocji oraz 3) funkcję apelatywną – wzywającą odbiorcę komunikatu do konkretnego działania². Język jest zatem konwencjonalnym kodem i systemem reguł, przy pomocy których można tworzyć i rozumieć wypowiedzi językowe. Dla prawa szczególne znaczenie ma tak rozumiana funkcja referencyjna oraz funkcja apelatywna – język służy bowiem ustawodawcy przede wszystkim do opisania stworzonej przez siebie rzeczywistości prawnej (a tym samym do uregulowania w określony sposób rzeczywistości pozaprawnej) oraz do sformułowania wobec odbiorców określonych komunikatów (norm prawnych).

Jak słusznie wskazuje Claude Lévi-Strauss (1908-2009), język powinien być także analizowany jako zasadniczy fakt kulturowy: 1) jako umiejętność czy nawyk jest on bowiem jakąś częścią kultury, którą człowiek w niej wzrastający jest niejako obdarowany przez tradycję zewnętrzną; 2) jako instrument poznania otaczającej człowieka kultury oraz 3) jako najdoskonalszy przejaw porządku kulturowego w przypadku, kiedy człowiek dąży do zrozumienia istoty tworów kulturowych – np. sztuki, religii, prawa czy zasad uprzejmego zachowania. Wówczas język jest pewnym kodem złożonym z artykułowanych znaków obdarzonych znaczeniem³.

„Język jest przewodnikiem po «rzeczywistości społecznej». [...] warunkuje on w istotny sposób nasze myślenie o problemach i procesach społecznych. Ludzie nie żyją w świecie wyłącznie obiektywnym ani też wyłącznie w świecie działań społecznych w zwykłym rozumieniu, lecz pozostają w dużej mierze na łasce języka, który stał się środkiem ekspresji w ich społeczeństwie. [...] «realny świat» jest w znacznej mierze zbudowany nieświadomie na zwyczajach językowych danej grupy. Żadne dwa języki nie są nigdy dostatecznie podobne, by można je traktować jako reprezentujące tę samą rzeczywistość społeczną. Światy, w których żyją różne społeczeństwa, są odrębnymi światami, nie zaś tym samym światem, tylko opatrzonymi odmiennymi etykietkami”⁴.

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że język stanowi swego rodzaju refleks zapatrywań na otaczającą rzeczywistość wraz ze szczegółami kultury poszczególnych społeczności ludzkich, co

² K. Bühler, *Sprachtheorie: Die Darstellungsfunktion der Sprache*, Jena 1934, s. 24-33; S. Trautmann-Voigt, B. Voigt, *Grammatik der Körpersprache. Ein integratives Lehr- und Arbeitsbuch zum Embodiment*, Stuttgart 2012, s. 43.

³ C. Lévi-Strauss, *Kultura i język*, [w:] *Antropologia słowa. Zagadnienia i wybór tekstów*, red. G. Godlewski, Warszawa 2003, s. 22.

⁴ E. Sapir, *Język – przewodnik po kulturze*, [w:] *Antropologia słowa...*, s. 81.

z kolei konweniuje z myślą Wilhelma Humboldta (1767-1835) o *duchu narodu* określanego przez niego jako *Sprachgeist* (gr. *enérgeia*) zjednoczonym organicznie z językiem będącym jednocześnie jego wierzchnią postacią⁵. Zarówno język, jak i kultura – a z nią wiążąca się percepcja świata – sprzężone są zatem w człowieku oraz narzucają sposób tej percepcji, tzn. kształtują pewien językowy obraz świata, na co także zwracali uwagę José Ortega y Gasset (1883-1955) oraz Hans-Georg Gadamer (1900-2002) dowodząc, iż język mieści w sobie pewną symptomatyczną dla niego formę świata, i że w jego odbiciu możliwa jest obserwacja poglądów danych społeczności, a nawet niuanse ich kultury⁶, przy czym różnorodność języków wiąże się obligatoryjnie z heterogenicznością poglądów na świat, a całość nieobiektywnej percepcji otoczenia jest jednocześnie składową procesy kreacji i użycia języka. W wyniku tego postrzegania bowiem powstaje słowo, które jednak nie może być traktowane jako odzwierciedlenie przedmiotu, lecz raczej jako odbicie obrazu tego przedmiotu powstającego w świadomości użytkownika języka⁷.

Wyżej sformułowane rozważania na temat językowego obrazu świata oraz funkcji komunikacyjnej języka pozwalają uczynić z nich punkt wyjścia dla dociekań, czy – i ewentualnie w jakim stopniu – dane pojęcie używane w akcie komunikacji odzwierciedla zamysł mówiącego oraz odpowiada odbiciu obrazu tegoż pojęcia w jego świadomości. Podążając tym tropem myślenia należałoby również zadać pytanie, czy owo wyrażane przez komunikującego słowo ewokuje taki sam – albo przynajmniej podobny – obraz w świadomości drugiego partnera komunikacji będącego odbiorcą przekazywanego komunikatu, tak aby użycie konkretnego pojęcia przekazywało tę samą treść i taki sam zamysł, który towarzyszy jego artykulacji *vel* produkcji w komunikacji pisanej.

Pełnienie przez język wyżej opisanej roli narzędzia komunikacyjnego wymaga, aby wypowiedzi w nim formułowane były na tyle precyzyjne, by oddawały dokładnie te treści, które nadawca chce przekazać, oraz by odbiorca był w stanie odczytać z wypowiedzi nadawcy właśnie te – a nie inne – treści. Proces komunikacyjny nie zostaje zaburzony tylko wtedy, jeśli treść odczytana przez odbiorcę odzwierciedla treść, którą pragnął sformułować nadawca. Ranga tego zagadnienia uwypukla się w szczególności w odniesieniu do języka prawnego, w ramach którego precyzja wypowiedzi powinna być podstawowym dążeniem ustawodawcy. Warto postawić pytanie, czy cel ten udaje się zawsze osiągnąć. Czy ustawodawca, używając

⁵ W. von Humboldt, *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts*, Berlin 1836, s. 41.

⁶ J. Ortega y Gasset, *Mówienie jako zwyczaj społeczny*, [w:] *Antropologia słowa...*, s. 169; H. G. Gadamer, *Mensch und Sprache*, <http://gerardnuman.nl/artikelen/Gadamer%20-%20MENSCH%20UND%20SPRACHE%20b.pdf> (dostęp: 29 stycznia 2020 r.).

⁷ E. Cassirer, *Język i budowa świata przedmiotowego*, [w:] *Antropologia słowa...*, s. 68.

określonych pojęć, zawsze oddaje za ich pomocą treść, którą chce przekazać? A może zdarza się ustawodawcy używać takich słów, które na płaszczyźnie językowej sugerują inną treść prawną, niż ta, której nośnikiem mają one być w założeniu ustawodawcy, co czyni język prawny nieprecyzyjnym?

Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na tak postawione pytania. Przedstawiona analiza dotyczy poprawności języków polskiego i niemieckiego prawa spadkowego. Pod lupę wzięte zostały wybrane – najbardziej reprezentatywne dla ram analizy – pojęcia użyte w Księdze IV Kodeksu cywilnego „Spadki” i Księdze 5 BGB „*Erbrecht*”, w których skodyfikowane zostało polskie i niemieckie prawo spadkowe. Zestawienie polskiego i niemieckiego języka prawa spadkowego uzasadnione jest kulturą bliskością tych dwóch porządków prawnych, wynikającą z zakotwiczenia podstawowych instytucji zarówno polskiego, jak i niemieckiego prawa spadkowego w prawie rzymskim. Analiza wybranych pojęć prawa spadkowego występujących w tych dwóch językach prawnych może stanowić interesujący punkt wyjścia dla dalszych rozważań nad poprawnością obu tych języków z perspektywy prawnej i lingwistycznej, do czego niniejszy artykuł stanowi zachętę.

Terminologia prawa spadkowego w polskim i niemieckim języku prawnym – wybrane pojęcia

Przegląd wybranych pojęć z zakresu terminologii polskiego i niemieckiego prawa spadkowego wypada zacząć od analizy kluczowych dla tej dziedziny prawa terminów, jakimi są pojęcia opisujące podmioty prawa spadkowego: osobę zmarłą, której spadek z chwilą śmierci staje się przedmiotem dziedziczenia, oraz podmiot, na który z chwilą śmierci zmarłego przechodzi ogół jego praw i obowiązków. W polskim języku prawnym podmioty te nazywane są odpowiednio „spadkodawcą” i „spadkobiercą”, zaś w niemieckim języku prawnym funkcjonują one pod nazwami: „*Erblasser*” i „(*der*) *Erbe*”.

W tym miejscu na uwagę zasługuje fakt, że zarówno w polskim, jak i w niemieckim języku prawa spadkowego, wykształcone zostało specjalne pojęcie na określenie „zmarłego” jako podmiotu prawa spadkowego („spadkodawca”/„*Erblasser*”), co jest ewenementem na tle innych zachodnioeuropejskich (romańskich) języków prawa spadkowego, w których – podobnie jak w języku łacińskim – funkcjonuje po prostu określenie „zmarły” (łac. „*defunctus*”): fr. „*défunt*” (art. 720 CC), hiszp. „*difunto*” (art. 661 CCE), wł. „*defunto*” (art. 456 CCI). Świadczy to niewątpliwie o bogactwie terminologicznym obu analizowanych języków prawnych. Podkreślić jednak należy, że pojęcia te nie są przez ustawodawców w Polsce i w Niemczech używane konsekwentnie i w pełni precyzyjnie. Na płaszczyźnie leksykalnej

słowo „spadkodawca” oznacza tego, kto daje (= przekazuje) spadek, zaś słowo „*Erblasser*” – tego, kto spadek zostawia (*jemand, der das Erbe hinterlässt*). Z perspektywy lingwistycznej pojęcia te powinny odnosić się jedynie do osoby nieżyjącej, jako że majątek osoby fizycznej staje się spadkiem dopiero z chwilą jej śmierci. Za życia osoba fizyczna nie powinna być wobec tego językowo określana jako „spadkodawca”, czy „*Erblasser*”, skoro o spadku nie może być wtedy mowy. Tymczasem zarówno w Kodeksie cywilnym, jak i w BGB odnaleźć można przykłady używania tych pojęć na określenie osoby żyjącej, która reguluje stosunki majątkowe na wypadek śmierci, na przykład odwołuje testament (art. 943 k.c., § 2253 BGB). Ściśle rzecz biorąc, osoba taka powinna być określana mianem „przyszłego spadkodawcy”. Polski ustawodawca używa zresztą tego pojęcia, jednak czyni to tylko jeden raz: w art. 1048 k.c., na określenie osoby zawierającej umowę zrzeczenia się dziedziczenia. Odnośnienie pojęć „spadkodawca”/„*Erblasser*” do osoby żyjącej świadczy o braku precyzji ustawodawców po obu stronach Odry i Nysy Łużyckiej na płaszczyźnie językowej, a w przypadku ustawodawcy polskiego jest dodatkowo wyrazem niekonsekwencji – w niektórych przypadkach używa on bowiem na określenie osoby żyjącej ściślejszego sformułowania „przyszły spadkodawca”. Zaznaczyć jednak trzeba, że ów brak precyzji pozostaje bez wpływu na odbiór znaczenia słów „spadkodawca”/„*Erblasser*” wśród użytkowników języka, z reguły bowiem oczywiste jest, kiedy ustawodawcy używają tych pojęć w odniesieniu do osoby żyjącej.

W odniesieniu do pojęć „spadkobierca”/„(*der*) *Erbe*” godna uwagi jest pewna różnica w budowie i tworzeniu wyrazów określających te pojęcia: Przejawia się ona bowiem w fakcie, że polski leksem stanowi złożenie rzeczownika „spadek” oraz czasownika „brać” i tym samym oznacza dosłownie „tego, kto bierze spadek”. Na płaszczyźnie językowej jest tu zatem wyrażona pewna aktywność tego podmiotu, tj. czynność, jakiej on dokonuje (staje się on niejako *agens*). W języku niemieckim z kolei rzeczownik „(*der*) *Erbe*” związany jest etymologicznie z odrzeczownikowym czasownikiem „*erben*” (pol. „dziedziczyć”) i oznacza „tego, kto dziedziczy”. Pojęcie z języka niemieckiego bardziej odpowiada zatem polskiemu słowu „dziedzic” (używanemu w języku polskim w ramach nauki prawa rzymskiego na określenie spadkobiercy w prawie rzymskim). W lepszy sposób niż polski wyraz „spadkobierca” wyraża ono obowiązujący w polskim i niemieckim prawie spadkowym mechanizm sukcesji na wypadek śmierci, jako przejścia praw i obowiązków zmarłego z mocy samego prawa z chwilą jego śmierci, bez konieczności dokonywania przez następcę prawnego jakichkolwiek działań („brania” spadku, na przykład jego obejmowania, przyjęcia). Polski termin „spadkobierca” sugeruje, że spadek jest „brany” przez następcę prawnego, chociaż mechanizm

sukcesji nie działa w ten sposób. Na płaszczyźnie językowej termin niemiecki lepiej niż termin polski oddaje zatem sytuację prawną sukcesora jako następcy prawnego z mocy samego prawa. Jednak z drugiej strony polska terminologia dotycząca podmiotów prawa spadkowego („spadkodawca”, „spadkobierca”) w dobitny sposób oddaje symetrię podmiotów w ramach dziedziczenia i proces przejścia majątku osoby zmarłej na sukcesora – jest podmiot, który spadek daje i podmiot, który go bierze. W terminologii niemieckiej owo przekazanie majątku w drodze dziedziczenia nie znajduje odzwierciedlenia na płaszczyźnie językowej.



Dalsza analiza wybranych pojęć opisujących instytucje prawa spadkowego pozwala zauważyć, że zarówno ustawodawcy polskiemu, jak i ustawodawcy niemieckiemu zdarza się używać pojęć, które na płaszczyźnie językowej nie wyrażają treści opisywanych przez nie instytucji prawnych. Zatem ustawodawcy na płaszczyźnie językowej komunikują inną treść, niż w założeniu pragną przekazać.

Przykładem takiego fenomenu w ramach polskiego języka prawnego jest używanie pojęcia „wydziedziczenie” na określenie pozbawienia do zachowku. Artykuł 1008 k.c. wprowadza definicję legalną

„wydziedziczenia”, stanowiąc, że „spadkodawca może w testamencie pozbawić zstępnych, małżonka i rodziców zachowku (wydziedziczenie)”. Nazwa ta sugeruje, że mamy do czynienia z pozbawieniem prawa do dziedziczenia (wyłączeniem od dziedziczenia). Tymczasem prawo do zachowku jest prawem odrębnym od prawa dziedziczenia⁸, a wyłączenie od dziedziczenia jest instytucją odmienną od pozbawienia zachowku i wcale pozbawieniem zachowku nie skutkuje. Używanie pojęcia „wydziedziczenie” na określenie pozbawienia prawa do zachowku jest zatem błędne. Instytucja wyłączenia od dziedziczenia, choć jednogłośnie uznawana za dopuszczalną, nie została uregulowana w Kodeksie cywilnym, w polskim języku prawnym brak jest zatem nazwy na jej określenie. W języku prawniczym spotkać można natomiast pojęcia „wyłączenie od dziedziczenia”⁹, czy też „wykluczenie od dziedziczenia”¹⁰.

O wiele bardziej poprawna jest w tym zakresie terminologia niemieckiego języka prawnego. Pozbawienie zachowku określane jest w BGB mianem „*Entziehung des Pflichtteils*” (np. § 2336 ust. 1 BGB). Z kolei wyłączenie od dziedziczenia to, zgodnie z przyjętą w BGB terminologią, „*Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge*” (§ 1938 BGB). Pojęcia te w dosłowny sposób obrazują zatem treść opisywanych przez nie instytucji prawnych. Natomiast w niemieckim języku prawniczym na określenie wyłączenia od dziedziczenia używane jest słowo „*Enterbung*” (dosłownie „wydziedziczenie”), co również – w przeciwieństwie do polskiego terminu „wydziedziczenie” w znaczeniu nadanym mu w art. 1008 k.c. – koresponduje z treścią instytucji prawnej¹¹.

Pojęciem z zakresu polskiego języka prawnego, w którym można doszukać się nieprecyzyjności z punktu widzenia językowego, jest pojęcie „zapis”. Po wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego instytucji zapisu windykacyjnego¹² ustawodawca używa pojęcia

⁸ Kontrowersje budzi jedynie, czy wynika ono z prawa dziedziczenia (tak przyjęła Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 17 marca 2017 r., III CZP 110/16), czy też istnieje obok niego (tak na przykład W. Borysiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, Tom IVA, red. K. Osajda, Warszawa 2019, s. 1403, pkt 77) – przychylić należy się do tego ostatniego poglądu, jednak szersza analiza tej kwestii przekracza ramy niniejszej pracy.

⁹ S. Wójcik, F. Zoll, [w:] *System Prawa Prywatnego*, tom 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 359, nb 32.

¹⁰ *Ibidem*, s. 335-336, nb 2.

¹¹ Na marginesie warto jednak zauważyć, że znaczenie, w jakim słowo „*Enterbung*” jest używane przez doktrynę niemiecką, nie jest jednolite. Niektórzy autorzy stosują to pojęcie na określenie wyłączenia od dziedziczenia bez ustanowienia spadkobiercy (tzw. testament negatywny; tak na przykład G. Otte, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 5, *Erbrecht. Einleitung zum Erbrecht. §§ 1922-1966 (Erbfolge)*, red. G. Otte, Berlin 2008, s. 373, nb 2), inni zaś – po prostu na określenie wyłączenia od dziedziczenia, niezależnie od tego, czy następuje ono bez ustanowienia spadkobiercy, czy przez ustanowienie spadkobiercą kogo innego (tak na przykład J. Tersteegen, *Deutschland*, [w:] *Erbrecht in Europa*, red. R. Süß, Bonn 2015, s. 396, nb 60).

¹² Nastąpiło to na mocy ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw z dnia 18 marca 2011 r., Dz.U. Nr 85, poz. 458.

„zapis” w trzech różnych kombinacjach: z przydawkowym użyciem przymiotnika „zwykły” (na określenie zapisu o skutkach obligacyjnych, np. art. 968 § 1 k.c.) albo „windykacyjny” (na określenie zapisu o skutkach rzeczowych, np. art. 981¹ § 1 k.c.), jak również bez żadnej przydawki. W tej ostatniej formie pojęcie „zapis” używane jest przez ustawodawcę w przepisach dotyczących „zapisu zwykłego” (np. art. 970 k.c.), a także „windykacyjnego” (np. art. 981² zd. 2 k.c.), co czyni język ustawy nieprecyzyjnym. Okazuje się bowiem, że instytucje te – z punktu widzenia prawnego całkowicie odmienne¹³ – opisywane są językowo zarówno przy pomocy nazwy „zapis” z odpowiednią przydawką („zwykły”, „windykacyjny”), jak również bez przydawki, przy pomocy pojęcia „zapis”. W przypadku używania przez ustawodawcę pojęcia „zapis” należy więc każdorazowo ustalić z zastosowaniem wykładni systemowej, do jakiego rodzaju zapisu ustawodawca się odnosi. Dostosowanie ustawowej nomenklatury do sytuacji, w której – w ramach polskiego porządku prawnego – istnieją dwa rodzaje „zapisu”, nastąpiło zatem tylko częściowo, co należy ocenić negatywnie. Problem ten nie występuje w strukturach niemieckiego języka prawnego, bowiem niemieckiemu prawu spadkowemu znany jest tylko jeden rodzaj zapisu – „zapis damnacyjny” (o skutkach obligacyjnych), określane jako „*Vermächtnis*” (np. § 1939 BGB).

Na marginesie warto zauważyć, że słowo „zapis” odnosi się etymologicznie na płaszczyźnie językowej do „czegoś, co można zapisać” (= „zanotować lub zarejestrować, np. graficznie, dźwiękowo lub literacko”), a zatem nie oddaje ono treści instytucji prawnej. W przypadku sporządzenia testamentu w jakiejkolwiek formie wykorzystującej język pisany pojęcie to mogłoby być używane na określenie każdego rodzaju rozrządzenia testamentowego, zaś w przypadku testamentu ustnego jest ono całkowicie nieadekwatne, ponieważ – jak sama nazwa wskazuje – testament ustny sporządzany jest w formie oralnej (pisemnie sporządzany jest dopiero protokół takiego testamentu). Do oddania treści tego rodzaju instytucji prawnej o wiele lepiej służy niemieckie określenie „*Vermächtnis*”, spokrewnione z niem. „*vermachen*” używanym również w znaczeniu niem. „*schenken*” – „(po-)darować”. Wskazuje ono zatem, że chodzi o nieodpłatne przysporzenie (istotą tej instytucji jest właśnie dokonanie nieodpłatnego przysporzenia majątkowego na wypadek śmierci na rzecz zapisobiercy – § 1939 BGB).

Przykłady terminologicznej niepoprawności nazw instytucji prawnych odnaleźć można również w niemieckim języku prawa

¹³ Wskazuje się nawet, że zapis windykacyjny wbrew swej nazwie o wiele bardziej zbliżony jest do powołania do dziedziczenia niż do zapisu zwykłego – por. P. Księżak, *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. J. Bieluk, A. Doliwa, A. Malarewicz-Jakubów, T. Mróz, Białystok 2012, s. 510.

spadkowego. Pierwszym takim przykładem jest pojęcie „*Pflichtteil*” (< niem. „*Pflichterbruchteil*”) używane na określenie obowiązującego w Niemczech modelu ochrony osób bliskich spadkodawcy po jego śmierci. Pojęcie to oznacza dosłownie „obowiązkowo dziedziczoną część spadku” i funkcjonuje jako skrócona kompozycja dwóch rzeczowników: „*Pflichterbe*” („spadkobierca konieczny”) oraz „*Bruchteil*” („udział”)¹⁴. Nazwa ta sugeruje, że uprawniony obowiązkowo dziedziczy jakiś udział w spadku (udział spadkobiercy koniecznego), co nie jest zgodne z treścią tej instytucji w prawie niemieckim. Podobnie jak w Polsce, prawo do zachowku w Niemczech skonstruowane zostało jako pewna minimalna korzyść, należna określonym w ustawie osobom, której realizacja nastąpić może przez spadkodawcę w drodze rozrządzeń na wypadek śmierci lub czynności prawnych *inter vivos* (darowizn). Jeśli jednak prawo do zachowku nie zostanie w ten sposób zrealizowane, uprawnionym przysługuje przeciwko spadkobiercom roszczenie pieniężne o pokrycie zachowku. Inaczej niż ma to miejsce w systemach tzw. rezerwy, zachówek przybiera zatem postać wierzytelności pieniężnej, a nie prawa rzeczowego do części spadku (uprawniony do zachowku nie staje się spadkobiercą koniecznym). Trudno zatem w przypadku tak skonstruowanego modelu ochrony osób bliskich spadkodawcy mówić o obowiązkowo dziedziczonej części spadku. Tezy tej nie zmienia fakt, że wysokość zachowku w Niemczech, podobnie jak w Polsce, ustalona została przez odwołanie do udziału w spadku (§ 2303 ust. 1 BGB; art. 991 § 1 k.c.) – jest to bowiem tylko techniczny sposób określenia wysokości prawa do zachowku, a nie gwarancja uzyskania udziału w spadku. Termin „*Pflichtteil*” byłby o wiele bardziej odpowiedni do opisanego systemu rezerwy, obowiązującego m.in. we Francji, w którym określone w ustawie osoby stają się z mocy prawa spadkobiercami (tzw. spadkobiercami koniecznymi), a zatem niezależnie od rozrządzeń spadkodawcy, udział w spadku (część spadku) przysługuje im obligatoryjnie.

Polskie słowo „zachówek” odnosi się natomiast na płaszczyźnie językowej do czegoś, co ma zostać zachowane. Pojęcie to nie wskazuje jednak, że musi chodzić o obowiązkowo dziedziczoną część spadku. W równym stopniu termin ten jest adekwatny do wartości jakichkolwiek korzyści, które powinny zostać zachowane dla uprawnionych. Pojęcie to nie wprowadza zatem w błąd, jeśli chodzi o treść opisywanej przez nie instytucji prawnej, ale nie cechuje się wysokim stopniem precyzyjności, bowiem nie określa jednoznacznie obowiązującego rodzaju modelu ochrony osób bliskich spadkodawcy. Na płaszczyźnie językowej słowo „zachówek” ma więc zbli-

¹⁴ Por. L. Kordić, *Kuizwortbildungen als Merkmal der deutschen Rechtssprache*, [w:] *Linguistica LIII/2, (Zwischen) Sprache und Recht/(Entre) la langue et le droit*, red. M. Ožbot, Ljubljana 2013, s. 190.

żone znaczenie do słowa „rezerwa” – „zapas czegoś”, używanego na określenie zupełnie odmiennego modelu, skonstruowanego właśnie jako obowiązkowo dziedziczona część spadku. Warto też zauważyć, że dawniej pojęcie „zachówek” stosowane bywało w znaczeniu nadrzędnym, obejmując pojęcia „zachówek” i „rezerwa” w dzisiejszym rozumieniu¹⁵.

Innym przykładem nieprecyzyjności nazewnictwa instytucji prawnych w ramach niemieckiego języka prawa spadkowego jest słowo „*Erbvertrag*”, którego ekwiwalentu w polskim języku prawnym brak (w języku prawniczym natomiast funkcjonuje on pod nazwą „umowa dziedziczenia”). Zgodnie bowiem z art. 941 k.c. rozrządzić na wypadek śmierci można jedynie przez testament, zaś w świetle art. 1047 k.c. z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, wszelkie umowy o spadek po osobie żyjącej obarczone są sankcją nieważności. Łączna wykładnia tych dwóch przepisów prowadzi do niekwestionowanego wniosku, że prawo polskie nie przewiduje możliwości zawarcia ważnej umowy dziedziczenia. Konsekwencją powyższego jest fakt, że polski język prawa spadkowego nie operuje pojęciem „umowy dziedziczenia”. Instytucja ta nie jest bowiem znana prawu polskiemu.

Zgoła odmienna sytuacja występuje na gruncie prawa niemieckiego i niemieckiego języka prawnego. Paragraf 1941 ust. 1 BGB przewiduje dopuszczalność umowy dziedziczenia, określonej w języku niemieckim za pomocą leksemu „*Erbvertrag*” – „umowa, kontrakt dziedziczenia”. Nazwy umów w niemieckim języku prawnym zbudowane są w ten sposób, że pierwsza część kompozycji wskazuje na przedmiot umowy, podczas gdy druga – referuje do typu czynności prawnej, jakim jest umowa, np. „*Kaufvertrag*” (KAUF- + VERTRAG), „*Darlehensvertrag*” (DARLEHEN- + VERTRAG). Słowo „*Erbvertrag*” sugeruje więc, że przedmiotem tej umowy jest dziedziczenie (niem. „*erben*” – „dziedziczyć”). Zgodnie z wymogiem precyzyjności, wpływającym z opisanej wyżej komunikacyjnej roli języka prawnego i jego funkcji referencyjnej, używana w języku prawnym nazwa umowy nie powinna wprowadzać w błąd co do jej treści, wywołując u odbiorcy mylne przekonanie co do przedmiotu danej umowy. Tymczasem w przypadku nazwy „*Erbvertrag*” tak właśnie się dzieje, bowiem powołanie do dziedziczenia może, ale nie musi, być treścią „*Erbvertrag*”. Umowa ta ograniczać się bowiem może do ustanowienia zapisu, polecenia, bądź – dla przypadków, w których otwarcie spadku nastąpiło po 17 sierpnia 2015 r. – wyboru prawa właściwego dla sprawy spadkowej. Zawarcie w umowie jednego z powyższych postanowień powoduje już, że mamy do czynienia z „*Erbvertrag*”.

¹⁵ K. Przybyłowski, *Swoboda testowania (Dziedziczenie testamentowe według projektu Kodeksu Cywilnego PRL)*, [w:] *Materiały dyskusyjne do Projektu Kodeksu Cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, red. J. Wasilkowski, Warszawa 1955, s. 245-246, 254.

Powołanie do dziedziczenia – wbrew funkcjonującej w języku prawnym nazwie umowy – nie jest zatem jej elementem konstytutywnym.

Występujący w polskim języku prawniczym termin „umowa dziedziczenia” wymyka się ramom niniejszej analizy. Trudno odnieść znaczenie językowe tego pojęcia do treści opisywanej przez nie instytucji, ponieważ – jak wspomniano – instytucja ta nie istnieje w polskim porządku prawnym. Stosowanie tego terminu w języku prawniczym, wśród wypowiedzi doktryny, cechuje się jednak wysokim stopniem wariantywności znaczeniowej – termin ten od wielu lat używany jest w różnych znaczeniach, na określenie zupełnie różnych typów umów, jak na przykład umowa ustanowienia spadkobiercy, ustanowienia zapisu lub polecenia, a nawet umowa zrzeczenia się dziedziczenia (tzw. „negatywna umowa dziedziczenia” lub „umowa dziedziczenia o skutku negatywnym”)¹⁶. Dlatego za każdym razem konieczne staje się uściślenie przez danego autora, co przez to pojęcie rozumie.

Analiza polskiego i niemieckiego języka prawa spadkowego pozwala także stwierdzić, że w obu tych językach prawnych wykształcone zostały pojęcia, które nie są niezbędne, bez których ustawodawcy mogliby się obejść. Przykładami takich pojęć są „otwarcie spadku” i „*Erbfall*”, które stanowią specjalistyczne, prawnospadkowe, techniczne określenie śmierci jako zdarzenia prawnego. Nic nie stałoby jednak na przeszkodzie, by ustawodawcy operowali po prostu słowami „śmierć”/„*Tod*”, bez tworzenia specjalistycznych pojęć zastępujących je (zamiast używania konstrukcji „z chwilą otwarcia spadku” [np. art. 925 k.c.]/„*zur Zeit des Erbfalls*” [np. § 1923 ust. 1 i 2 BGB] ustawodawcy mogliby przecież operować konstrukcjami „z chwilą śmierci spadkodawcy”/„*zur Zeit des Todes des Erblassers*”; nie byłoby to żadnym ewenementem – specjalistyczne prawnospadkowe określenie śmierci spadkodawcy nie istnieje przykładowo w hiszpańskim języku prawnym, który operuje po prostu pojęciem „*muerte*” [pol. „śmierć”] – np. art. 758 CCE). Wydaje się jednak, że przydatność obu omawianych pojęć zasadza się w tym, że mają one wyrażać powiązanie śmierci z jej konsekwencjami prawnospadkowymi: akcentują śmierć jako moment, w którym następuje dziedziczenie. Przy takim spojrzeniu na pojęcia „otwarcie spadku”/„*Erbfall*” widoczny staje się fakt, że termin polski jest bardziej metaforyczny (spadek się otwiera/zostaje otwarty), niemiecki zaś pozwala bardzo precyzyjnie uchwycić sens opisywanego zjawiska: dt. „*Erbfall*” = „An-

¹⁶ Zob. rozważania na temat zakresu pojęcia „umowa dziedziczenia”: M. Niedośpiał, *Czynności prawa spadkowego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji” 1995, nr XXXIII, s. 82-83; E. Rott-Pietrzyk, *Umowa dziedziczenia – uwagi de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 164-165; J. Pisuliński, *Pojęcie umowy dziedziczenia w prawie prywatnym międzynarodowym oraz umowy dotyczącej spadku w rozporządzeniu spadkowym*, [w:] *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Warszawa 2015, s. 151; W. Borysiak, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1366, pkt 11.

fall einer Erbschaft” (< łac. „*hereditas, quae alicui obvenit*” = pol. „przypadnięcie spadku, dziedzictwa”). Niemiecka terminologia jest na tle innych zachodnioeuropejskich języków wyjątkiem: Języki francuski (fr. „*l’ouverture des successions*” [art. 720 CC]) i włoski (wł. „*apertura della successione*” [art. 456 CCI]) operują bowiem pojęciami analogicznymi do polskiego: „otwarcia spadku”.

Podsumowanie i uwagi końcowe

Analiza przeprowadzona w ramach niniejszego opracowania pozwala stwierdzić, że zarówno w polskim, jak i w niemieckim języku prawa spadkowego odnaleźć można przypadki pojęć nieprecyzyjnych, tj. nieoddających na płaszczyźnie leksykalnej (zupełnie lub oddających jedynie w pewnym stopniu) treści opisywanych przez nie instytucji prawnych. W obu językach występują również pojęcia, które nie tylko nie spełniają stawianego językowi prawnemu wymogu wysokiego stopnia precyzyjności, ale wręcz wprowadzają odbiorcę w błąd, mylnie sugerując, że opisywane przez nie instytucje prawne mają inną treść niż ma to miejsce w rzeczywistości. W języku niemieckim występuje nieco więcej przykładów takiego zjawiska. Oczywiście analizowane pojęcia nie wprowadzają w błąd prawników z danego kraju oraz innych osób posiadających pewien poziom wiedzy prawniczej, ponieważ podmioty te dysponują odpowiednimi narzędziami, pozwalającymi im na prawidłowe ustalenie znaczenia tych słów (stosując wszystkie rodzaje wykładni prawa można bez większych trudności zrozumieć, jaka instytucja prawna jest opisywana za pomocą danego pojęcia). Podobnie językowa nieprecyzyjność nie nastęrcza takim podmiotom trudności w określeniu desygnatu danego pojęcia. Nie zmienia to jednak faktu, że na płaszczyźnie językowej w przypadku wielu analizowanych pojęć dostrzec można rozbieżność między ich leksykalnym znaczeniem a ich refleksem w rzeczywistości pozajęzykowej. Dlatego też ich znaczenie może być niejasne dla pozostałych użytkowników języka, niedysponujących odpowiednią wiedzą prawniczą, a nawet dla prawników zagranicznych, władających odpowiednio językiem polskim lub niemieckim, a nieznających odpowiednich systemów prawa spadkowego.

Językowy obraz świata utrwalony w terminologii prawnospadkowej przyjętej przez ustawodawców polskiego i niemieckiego nie odzwierciedla zatem w pełni treści, jakie ustawodawcy chcą zakomunikować. Zarówno polski jak i niemiecki język prawa spadkowego nie spełniają więc swojej funkcji referencyjnej w takim stopniu, jaki mógłby być od nich wymagany z uwagi na doniosłą rolę prawa w życiu społecznym (w szczególności prawa spadkowego).

Oczywiście powyższa konkluzja nie uzasadnia postulatu całkowitego odejścia od przyjętej terminologii i wypracowania jej na

nowo. Nie bez znaczenia pozostaje też fakt, że jest ona historycznie głęboko zakorzeniona w tradycji prawnej obu kręgów kulturowych i językowych. Zasadny jest jednak apel do ustawodawców o zwrócenie baczniejszej uwagi na używany przez nich język, służący do opisywania nowopowstałych instytucji prawnych, tak aby w przyszłości udało się w większym stopniu zachować precyzję i poprawność tego języka.

Z powyższych rozważań wynika ponadto istotny wniosek dla prawnoporównawczych badań nad instytucjami prawnymi, które swój początek biorą zawsze w językowym rozumieniu tekstu prawnego, a zatem języka prawnego. Otóż w żadnym z analizowanych przypadków pojęcia z polskiego i niemieckiego języka prawnego nie stanowią językowo wzajemnych odpowiedników w skali 1:1, co potwierdza prawdziwość hipotezy Sapira-Whorfa, której podstawy leżą jeszcze w sformułowaniach Humboldta i krystalizującej się dopiero w XX w. w ideach i stwierdzeniach Ernsta Cassirera (1874-1945), Leo Weisgerbera (1899-1985) i wreszcie Edwarda Sapira (1884-1939) oraz Benjamina L. Whorfa (1897-1941). Wspólny mianownik ich poglądów tkwi bowiem w supozycji, że język nie tylko wyraża pewne myśli, ale także nadaje im pewien osobliwy kształt, gdyż stanowi swego rodzaju soczewkę, w której użytkownicy postrzegają i interpretują otaczający świat. W dalszej konsekwencji język porządkuje zatem rzeczywistość, która dopiero wtedy może zostać zrozumiana przez użytkownika danego języka. Ten z kolei jest przekazywany kolejnej generacji w drodze przekazu kulturowego, w ramach którego dostarczane są także określone matryce percypowania rzeczywistości.

„Świat nie jest naprawdę taki, jakim go odbieramy. Jest on przepuszczony przez filtr naszych zmysłów, a jego struktura jest ukształtowana przez odziedziczony przez nas język. Język tworzy w naszym umyśle pewien obraz rzeczywistości, który jest charakterystyczny dla danej społeczności językowej”¹⁷.

Naturalnym skutkiem istnienia odmiennych obrazów rzeczywistości wśród różnych kręgów kulturowych i językowych jest zatem utrudniona transformacja jednego obrazu świata na inny, której konsekwencją jest finalnie nieprzetłumaczalność pewnych pojęć. Przez to pojęcie rozumiany jest natomiast brak możliwości wyrażenia pewnego pojęcia w języku docelowym, wynikający ze zbyt dużych różnic między językiem wyjściowym i docelowym. Bierze się on natomiast z faktu, że

„[...] trudno znaleźć w dwóch językach ekwiwalenty totalne, czyli takie które zawierają wszystkie semy leksemu języka źródłowego. Jednakże szeroko uzna-

¹⁷ P. Jackowski, *Językowy obraz świata jako źródło nieprzetłumaczalności na przykładzie języka polskiego i niemieckiego*, [w:] *Świat Stowian w języku i kulturze, VII, językoznawstwo*, red. E. Komorowska, D. Dziadosz, Szczecin 2006, s. 98.

wany pogląd uniwersalistyczny uznaje, że zawsze możliwe jest odnalezienie ekwiwalentu, który oddawałby intencje tekstu źródłowego. Możliwe jest to głównie dzięki istnieniu i możliwości odwołania się do *tertium comparationis*, czyli rzeczywistości pozajęzykowej¹⁸.

Dopiero odniesienie się do tej ekstralingwalnej rzeczywistości oraz kontekstu, w którym dany leksem funkcjonuje w systemie języka źródłowego, umożliwia tłumaczowi poprawną ocenę stopnia kompatybilności dwóch pojęć w dwóch językach, tak aby mógł on *ab ovo* zinterpretować element rzeczywistości pozajęzykowej wyrażony w pojęciu jednego i drugiego języka. „Bez odniesienia się do rzeczywistości pozajęzykowej nie jest [...] możliwe poprawne przetłumaczenie”¹⁹.

Bibliografia

- Borysiak Witold, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, Tom IVA, red. Konrad Osajda, Warszawa 2019.
- Bühler Karl, *Sprachtheorie: Die Darstellungsfunktion der Sprache*, Jena 1934.
- Cassirer Ernst, *Język i budowa świata przedmiotowego*, [w:] *Antropologia słowa. Zagadnienia i wybór tekstów*, red. Grzegorz Godlewski, Warszawa 2003, s. 68-76.
- Gadamer Hans-Georg, *Mensch und Sprache*, <http://gerardnuman.nl/artikelen/Gadamer%20-%20MENSCH%20UND%20SPRACHE%20b.pdf> (dostęp: 29 stycznia 2020 r.).
- Humboldt Wilhelm von, *Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluss auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts*, Berlin 1836.
- Jackowski Paweł, *Językowy obraz świata jako źródło nieprzetłumaczalności na przykładzie języka polskiego i niemieckiego*, [w:] *Świat Słowian w języku i kulturze, VII, językoznawstwo*, red. Ewa Komorowska, Dorota Dziadosz, Szczecin 2006, s. 98-100.
- Kordić Ljubica, *Kurzwortbildungen als Merkmal der deutschen Rechtssprache*, [w:] *Lingistica LIII/2, (Zwischen) Sprache und Recht/(Entre) la langue et le droit*, red. Martina Ožbot, Ljubljana 2013, s. 185-197.
- Księżak Paweł, *Zapis windykacyjny gospodarstwa rolnego*, [w:] *Z zagadnień prawa rolnego, cywilnego i samorządu terytorialnego. Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Prutisa*, red. Jerzy Bieluk, Adam Doliwa, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Teresa Mróz, Białystok 2012, s. 510-522.
- Lévi-Strauss Claude, *Kultura i język*, [w:] *Antropologia słowa. Zagadnienia i wybór tekstów*, red. Grzegorz Godlewski, Warszawa 2003, s. 21-24.
- Niedośpiął Michał, *Czynności prawa spadkowego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji” 1995, nr XXXIII, s. 73-90.
- Ortega y Gasset José, *Mówienie jako zwyczaj społeczny*, [w:] *Antropologia słowa. Zagadnienia i wybór tekstów*, red. Grzegorz Godlewski, Warszawa 2003, s. 169-171.

¹⁸ Ibidem, s. 99.

¹⁹ Ibidem.

Otte Gerhard, [w:] *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 5, *Erbrecht. Einleitung zum Erbrecht. §§ 1922-1966 (Erbfolge)*, red. Gerhard Otte, Berlin 2008.

Pisuliński Jerzy, *Pojęcie umowy dziedziczenia w prawie prywatnym międzynarodowym oraz umowy dotyczącej spadku w rozporządzeniu spadkowym*, [w:] *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. Maksymilian Pazdan, Jacek Górecki, Warszawa 2015, s. 144-167.

Przybyłowski Kazimierz, *Swoboda testowania (Dziedziczenie testamentowe według projektu Kodeksu Cywilnego PRL)*, [w:] *Materiały dyskusyjne do Projektu Kodeksu Cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, red. Jan Wasilkowski, Warszawa 1955.

Rott-Pietrzyk Ewa, *Umowa dziedziczenia – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 162-179.

Sacco Rodolfo, *Mute Law*, „The American Journal of Comparative Law” 1995, vol. 43, s. 455-467.

Sapir Edward, *Język – przewodnik po kulturze*, [w:] *Antropologia słowa. Zagadnienia i wybór tekstów*, red. Grzegorz Godlewski, Warszawa 2003, s. 77-82.

Tersteegen Jens, *Deutschland*, [w:] *Erbrecht in Europa*, red. Rembert Süß, Bonn 2015.

Trautmann-Voigt Sabine, Voigt Bernd, *Grammatik der Körpersprache. Ein integratives Lehr- und Arbeitsbuch zum Embodiment*, Stuttgart 2012.

Wójcik Sylwester, Zoll Fryderyk, [w:] *System Prawa Prywatnego*, tom 10, *Prawo spadkowe*, red. Bogudár Kordasiewicz, Warszawa 2015.



Tomasz Płachtej*

WŁAŚCIWOŚĆ SĄDÓW POWSZECHNYCH W SPRAWACH CYWILNYCH Z ZAKRESU PRAWA AUTORSKIEGO I PRAW POKREWNYCH ORAZ WŁASNOŚCI PRZEMYSŁOWEJ

Celem artykułu jest krytyczna analiza regulacji prawnych i orzecznictwa w kwestii własności sądów powszechnych w sprawach z zakresu własności intelektualnej – prawa autorskiego i praw pokrewnych oraz praw własności przemysłowej. Po wstępie historycznym skoncentrowano się na aktualnym stanie będącym m.in. wynikiem zmian z 2005 i 2019 r. Przeanalizowano własność rzeczową, miejscową, zarówno ogólną, jak i szczególne, w tym w zakresie umowy prorogacyjnej, a także omówiono przepisy szczególne, głównie dotyczące postępowania zabezpieczającego.

Pojęcia kluczowe: Własność intelektualna, własność przemysłowa, prawo autorskie, własność sądów powszechnych

1. Zagadnienia wstępne

Artkuł dotyczy problematyki własności sądów powszechnych, które rozpoznają wszelkiego rodzaju sprawy cywilne z zakresu ochrony praw autorskich i praw pokrewnych oraz własności przemysłowej, które na potrzeby niniejszego tekstu będą określane zbiorczym mianem „praw własności intelektualnej”.

Przez pojęcie „sprawy cywilnej”, zgodnie z art. 1 k.p.c., rozumiane są sprawy wynikające ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, ro-

* Tomasz Płachtej, adwokat (Opole).

dzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy (sprawy cywilne w znaczeniu materialnym), ale także z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz inne sprawy, do których przepisy Kodeksu postępowania cywilnego stosuje się z mocy ustaw szczególnych (sprawy cywilne w znaczeniu formalnym)¹. Cechą odróżniającą obie kategorie spraw cywilnych jest to, że sprawach cywilnych w znaczeniu materialnym występują równorzędne podmioty². Gdy choć jeden z nich zyskuje pozycję organu działającego z mocy władzy zwierzchniej stosunek taki nie jest stosunkiem cywilnoprawnym³.

Prawo własności intelektualnej łączy w sobie kilka działów prawa (m.in. prawo autorskie i prawo własności przemysłowej), których zakwalifikowanie do określonej gałęzi prawa może nastęrczać trudności. Niewątpliwie prawo autorskie i prawa pokrewne należą do gałęzi prawa cywilnego, ze względu na metodę regulacji – równorzędność stron i przedmiot regulacji – prawa majątkowe i osobiste, a normy prawa publicznego znajdujące się w tym dziale są w zdecydowanej mniejszości. Natomiast prawo własności przemysłowej zawiera w sobie zarówno normy prawa prywatnego, jak i prawa publicznego o względnym ich parytecie, co sprawia, że można przyjąć, że jest ono głównie w obszarze prawa cywilnego i administracyjnego⁴.

Samo pojęcie „własności intelektualnej” pojawiło się dosyć późno i nadal nie jest w pełni ukształtowane. Podawane są różne definicje w zależności czy analizuje się to pojęcie w oparciu o definicje wywodzące się z umów międzynarodowych czy prawa polskiego, czy też najważniejszych systemów prawnych europejskich. Opierając się na Konwencji Sztokholmskiej z 1967 r. o ustanowieniu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej określenie „własność intelektualna” stało się w języku prawniczym określeniem niejako nadrzędnym w stosunku do takich określeń jak „własność literacka i artystyczna” oraz „własność przemysłowa”⁵. Z kolei w innym akcie prawa międzynarodowego (akapit 4 preambuły porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej z 1994r. zwane dalej TRIPS) termin ten występuje jako zbiorcze określenie zespołu norm dotyczących dóbr intelektualnych oraz jako nazwa zespołu praw podmiotowych dotyczących tych dóbr⁶. Rozpowszechnienie

¹ Problematykę sprawy cywilnej w ujęciu materialnym i formalnym szeroko przeanalizował TK w orzeczeniu z 10 lipca 2000 r. (Dz.U. 2000, nr 55, poz. 665).

² J. Gudowski, [w:] *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, T. 1, red. T. Erciński, Warszawa 2001, s. 8; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 17.

³ Orzeczenie TK z 12 kwietnia 1989 r. Uu 9/88/2, OTK 1989 nr 1 poz. 9 i orzeczenie SN z 13 maja 1958 r., 2 CR 384/58, OSPIKA 1960, nr 3, poz. 69.

⁴ A. Szewc, [w:] A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011, s. 9.

⁵ A. Jakubecki, *Postępowanie zabezpieczające w sprawach z zakresu prawa własności intelektualnej*, Zakamycze 2000, s. 22-23.

⁶ R. Skubisz, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej*. Tom 14A, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 44-45.

w polskiej literaturze terminu „własność intelektualna” jest wynikiem wpływu terminologii wynikającej z umów międzynarodowych i piśmiennictwa zagranicznego głównie anglo- i fancuskojęzycznego, choć nie jest pojęciem jedynym⁷. Przykładem próby zakresienia granic tego pojęcia jest art. 2 dyrektywy 2004/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.Urz.UE L 157 z 30 kwietnia 2004 r., s. 45-86), gdzie stwierdzono, że zakresem tej dyrektywy objęte są następujące prawa własności intelektualnej: prawa autorskie i prawa pokrewne, prawa do baz danych, prawa twórcy topografii półprzewodnikowych, prawa do znaków towarowych, prawa do wzorów przemysłowych, prawa z patentu, włącznie z prawami wynikającymi z dodatkowych świadectw ochronnych, prawa do oznaczeń geograficznych, prawa ze wzoru użytkowego, prawa do nazw handlowych, jeżeli są chronione jako prawa wyłączne w danym prawie krajowym.

Problematyczne jest też umiejscowienie terminu „własność intelektualna” w stosunku do innych „praw na dobrach niematerialnych” – np. dóbr osobistych, które to pojęcie często używane jest w literaturze. Przyjmuje się, że o zaliczeniu przedmiotów intelektualnych do kategorii dóbr niematerialnych decyduje porządek prawny, przyznając tym dobrom ochronę prawną⁸. Prawa zaliczone do kategorii praw na dobrach niematerialnych mają charakter praw podmiotowych bezwzględnych, skutecznych *erga omnes*⁹. Jednakże pojęcie „praw własności intelektualnej” w znaczeniu podmiotowym jest w nauce traktowane jako pojęcie szersze niż „prawa na dobrach niematerialnych”. Niezbędnym jest zatem wyznaczenie granic sprawy z zakresu własności intelektualnej na potrzeby niniejszego artykułu.

Najkrótszą i najtrafniejszą definicję „praw własności intelektualnej” podaje Ryszard Skubisz¹⁰, którego zdaniem prawo własności intelektualnej jest prawo własności przemysłowej w znaczeniu przedmiotowym wraz z prawem autorskim i prawami pokrewnymi oraz prawem do baz danych.

W niniejszym artykule zostały omówione roszczenia cywilne z zakresu ochrony własności intelektualnej, które są rozpoznawane przez sądy powszechne. Pominięte zostaną inne środki ochrony tych praw, jak ochrona karna czy ochrona przed sądami szczególnymi, czy organami administracji, nawet jeśli dotyczą roszczeń cywilnych, a postępowanie przed tym organem ukształtowane jest na wzór postępowania sądowego cywilnego (np. postępowanie sporne przed Urzędem Patentowym).

⁷ R. Skubisz, *Prawo z rejestracji znaku towarowego i jego ochrona. Studium z zakresu prawa polskiego na tle prawno-porównawczym*, Lublin 1988, s. 252.

⁸ A. Jakubecki, *Postępowanie zabezpieczające...*, s. 26.

⁹ R. Skubisz, *Prawo z rejestracji...*, s. 232.

¹⁰ R. Skubisz, [w:] *System...*, s. 54.

Sprawy rozpoznawane przez sądy cywilne mają źródło z przepisów ogólnych – Kodeksu cywilnego (np. art. 23 k.c., art. 471 k.c. lub art. 415 k.c.) i przepisów szczególnych – ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej. Ze względu na tematykę artykułu i mnogość roszczeń cywilnych, w tym miejscu zostaną zasygnalizowane najważniejsze sprawy rozpoznawane przed sądami cywilnymi.

W sprawach z zakresu ochrony praw autorskich ustawodawca przewidział ochronę autorskich praw osobistych (art. 78 p.aut.) oraz praw autorskich majątkowych (art. 79 p.aut.) dając twórcy, a w przypadku praw majątkowych uprawnionemu, prawo do występowania z roszczeniami przed sądami powszechnymi, zarówno na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego, jak i na zasadach określonych w tych przepisach. Prawa autorskie majątkowe chronione są też przez tzw. roszczenie informacyjne (art. 80 p.aut.).

W sprawach z zakresu praw pokrewnych ustawodawca przewidział, że wszystkie prawa pokrewne będą miały taką samą ochronę w przypadku praw majątkowych (art. 79 i 80 w zw. z art. 101 p.aut.). Ochroną praw osobistych objęte zostały prawa do artystycznych wykonania (art. 92 w zw. z art. 78 p.aut.).

Bardzo rozbudowane są roszczenia w prawie własności przemysłowej. Zgodnie z art. 283 i 284 p.w.p. sprawy dotyczące roszczeń cywilnoprawnych z zakresu ochrony własności przemysłowej, nienależące do kompetencji innych organów, rozstrzygane są, z zastrzeżeniem art. 257 p.w.p., w trybie postępowania cywilnego na zasadach ogólnych. W szczególności są to sprawy o:

- 1) ustalenie autorstwa projektu wynalazczego;
- 2) ustalenie prawa do patentu, prawa ochronnego lub prawa z rejestracji;
- 3) wynagrodzenie za korzystanie z projektu wynalazczego;
- 4) wynagrodzenie za korzystanie z wynalazku, wzoru użytkowego lub topografii dla celów państwowych;
- 5) odszkodowanie za przejście na Skarb Państwa prawa do patentu lub prawa ochronnego odpowiednio na wynalazek tajny lub na wzór użytkowy tajny;
- 6) naruszenie patentu, dodatkowego prawa ochronnego, prawa ochronnego lub prawa z rejestracji;
- 7) stwierdzenie prawa korzystania z wynalazku, wzoru użytkowego albo wzoru przemysłowego w przypadkach określonych w art. 71 i 75 p.w.p.;
- 8) stwierdzenie prawa używania w ramach lokalnej działalności oznaczenia zarejestrowanego jako znak towarowy na rzecz innej osoby;
- 9) stwierdzenie prawa używania oznaczenia geograficznego;

- 10) stwierdzenie utraty prawa używania oznaczenia geograficznego;
- 11) przeniesienie patentu, prawa ochronnego na wzór użytkowy albo prawa z rejestracji wzoru przemysłowego lub topografii, uzyskanego przez osobę nieuprawnioną;
- 12) przeniesienie prawa ochronnego na znak towarowy w przypadku określonym w art. 161 p.w.p.

2. Rys historyczny

Sprawy z zakresu własności intelektualnej, ze względu na ich specyfikę i skomplikowaną tematykę, zawsze traktowane były w sposób szczególnie i przekazywane do rozpoznania wyższym sądom¹¹. W Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r.¹² w pierwotnym brzmieniu, mimo wprowadzonego podziału pomiędzy sądami grodzkimi oraz okręgowymi w sprawach majątkowych w zależności od wartości przedmiotu sporu, przewidziano, że do właściwości sądów okręgowych, bez względu na wartość przedmiotu sporu, należą sprawy (art. 13 § 2 pkt 3, 4, 6 d.k.p.c.):

- ze stosunków, dotyczących ochrony prawa autorskiego (pkt 3),
- ze stosunków, dotyczących używania firmy (pkt 4),
- z ochrony patentów, wzorów i znaków towarowych; z czynów nieuczciwej konkurencji (pkt 6)

Kodeks przewidywał także, że do właściwości sądów okręgowych należą sprawy o prawa niemajątkowe i łącznie z nimi poszukiwane roszczenia majątkowe (art. 13 § 2 pkt 1 d.k.p.c.).

Na skutek powojennych nowelizacji zmianie uległy przepisy dotyczące właściwości rzeczowej, które jednak tylko w minimalnym stopniu dotknęły spraw z zakresu własności intelektualnej. W art. 11 pkt 2 d.k.p.c. ustawodawca wskazał, że do właściwości sądów wojewódzkich należą sprawy ze stosunków dotyczących ochrony prawa autorskiego, patentów, wzorów i znaków towarowych. Oprócz zmiany nazw sądów z grodzkiego na powiatowy i z okręgowego na wojewódzki, zauważalny jest brak regulacji w przedmiocie czynności handlowych dotyczących firmy lub zwalczania nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca uznał bowiem, że w nowym systemie gospodarki centralnie planowanej nie będą one konieczne.

Orzecznictwo oraz doktryna stało na stanowisku, że o właściwości rzeczowej sądu decyduje treść i zakres żądania powoda, niezależnie od tego, czy żądania te w wyniku rozpoznania sporu okażą się uzasadnione¹³. Zawraca uwagę fakt, że do właściwości sądów okręgo-

¹¹ S. Gołąb, Z. Wusatowski, *Kodeks postępowania cywilnego*, Kraków 1930, s. 123.

¹² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 1930, nr 83, poz. 651.

¹³ Tak SN w orzeczeniu z 31 marca 1955 r., 1 CZ 43/54, OSNCK 1957, nr 2, poz. 38; tak K. Lipiński, *Kodeks postępowania cywilnego z orzecznictwem z okresu powojennego i komentarzem*, Warszawa 1961, s. 53.

wych (wojewódzkich) zostały przekazane sprawy zarówno o prawa niemajątkowe, jak i majątkowe ze stosunków z zakresu własności intelektualnej.

3. Właściwość rzeczowa

Właściwość rzeczowa jest to podział spraw między sądy różnego rodzaju, które mają je rozpatrywać jako sądy I instancji w ramach hierarchicznej struktury sądów w Polsce¹⁴. W polskim systemie sądów powszechnych rozpatrujących sprawy cywilne ogólną zasadą jest, że sądy rejonowe rozpoznają wszystkie sprawy z wyjątkiem spraw, dla których zastrzeżona jest właściwość sądów okręgowych (art. 16 k.p.c.). Od tej ogólnej zasady ustawodawca przewidział wyjątki enumeratywnie wymienione przede wszystkim w art. 17 k.p.c., a także w art. 544, 567¹, 691 § 2 k.p.c. Z punktu widzenia spraw z zakresu ochrony praw własności intelektualnej istotne znaczenie ma art. 17 k.p.c.

Stosownie do art. 17 pkt 2 k.p.c. do właściwości sądów okręgowych do rozpoznania w I instancji należą sprawy o ochronę praw autorskich i pokrewnych, jak również dotyczące wynalazków, wzorów użytkowych, wzorów przemysłowych, znaków towarowych, oznaczeń geograficznych i topografii układów scalonych oraz o ochronę innych praw na dobrach niematerialnych. Tak wysokie ulokowanie kompetencji orzeczniczych tłumaczy się złożonością problemów prawnych i społeczno-gospodarczą wagą spraw, z którą wiąże się konieczność posiadania przez sędziów wysokich kwalifikacji prawnych i niezbędnego doświadczenia zawodowego¹⁵. Brzmienie tego przepisu zostało nadane przez ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2004, nr 172, poz. 1804), która weszła w życie 5 lutego 2005 r. Wcześniej ten przepis przewidywał, że do właściwości sądów okręgowych należą sprawy o ochronę praw autorskich, jak również praw wynikających z opatentowania wynalazków lub rejestracji wzorów użytkowych i zdobniczych oraz znaków towarowych. Zakres spraw wynikających z roszczeń o ochronę praw na dobrach materialnych zależy przede wszystkim od zakresu tych spraw należących do drogi sądowej¹⁶.

Zmiana z 2005 r. w treści przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c. była pierwszą, jaka została w nim dokonana od chwili uchwalenia Kodeksu postępowania cywilnego. Taką zmianę należy uznać za prawidłową.

¹⁴ M. Jędrzejewska, [w:] *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, T. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2001, s. 107.

¹⁵ A. Szewc, [w:] A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności...*, s. 338.

¹⁶ Taki pogląd wyraziła A. Barańska na gruncie uprzedniego brzmienia art. 17 pkt 2 k.p.c., który nadal pozostaje aktualny – A. Barańska, *Właściwość rzeczowa sądu wojewódzkiego w procesie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1973, nr 2, s. 216.

wą, gdyż w uprzednio obowiązującym wersji przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c., właściwością rzeczową sądów okręgowych (uprzednio wojewódzkich) objęta była tylko część roszczeń wynikających z praw własności intelektualnej. Właściwością sądów okręgowych na podstawie art. 17 pkt 2 k.p.c. nie były objęte nie tylko roszczenia wynikające z innych praw własności intelektualnej, jak na przykład z praw pokrewnych, czy oznaczeń geograficznych lub z topografii układów scalonych. Dyspozycją tego przepisu nie były objęte też sprawy dotyczące roszczeń wynikłych przed opatentowaniem wynalazku czy udzieleniem prawa ochronnego na znak towarowy¹⁷. W tych sprawach z zakresu ochrony praw własności intelektualnej, właściwość sądu uzależniona była od wartości przedmiotu sporu przy sprawach o prawa majątkowe (art. 17 pkt 4 k.p.c.), np. o naprawienie wyrządzonej szkody za naruszenie majątkowych praw pokrewnych (art. 80 w zw. z art. 101 p.aut.), czy też tego, czy sprawa dotyczyła praw niemajątkowych i łącznie z nimi dochodzonych praw majątkowych (art. 17 pkt 1 k.p.c.). Zmiana przepisu wprowadziła wyłączną właściwość sądu okręgowego w zakresie dotyczącym ochrony wszelkich praw na dobrach niematerialnych, co jest posunięciem prawidłowym, gdyż eliminuje podział w rozpoznawaniu tychże spraw pomiędzy sądy różnego rzędu.

Warto zwrócić uwagę na wypracowane, na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c., orzecznictwo SN i na poglądy doktryny. We wcześniejszym brzmieniu przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c. powstawały wątpliwości interpretacyjne, jakie kategorie spraw kwalifikowały się do rozpoznania przez sąd okręgowy jako wyłącznie właściwy. Charakterystyczna była początkowa rozbieżna interpretacja w zakresie dochodzenia roszczeń o zapłatę tantiemy za rozpowszechnienie utworu scenicznego wynikającego z umowy między wykonawcą utworu a zamawiającym. Początkowo SN, w orzeczeniu z 9 lutego 1973 r. (II CZ 4/73, OSNC 1973, nr 12, poz. 222) stanął na stanowisku, że roszczenie o zapłatę tantiemy za rozpowszechnienie utworu scenicznego, wynikającego z umowy między wykonawcą utworu a zamawiającym, w której zastrzeżono zapłatę tantiemy na rzecz „Zaeksu”, nie jest roszczeniem o ochronę praw autorskich, wobec czego może być dochodzone przez sądem okręgowym (wówczas wojewódzkim) tylko na podstawie przepisu art. 17 pkt 4 k.p.c.

Od tego stanowiska Sąd Najwyższy zdecydowanie odstąpił w uchwale siedmiu sędziów z 6 listopada 1976 r., III CZP 10/76, której nadał moc zasady prawnej (OSNC 1977, nr 3, poz. 43), w której stwierdził, że „roszczenie Stowarzyszenia «Zaiks» o zapłatę wynagrodzenia za publiczne wykonanie utworu muzycznego jest roszcze-

¹⁷ M. Jędrzejewska, [w:] *Komentarz...*, s. 111.

niem o ochronę praw autorskich a jego dochodzenie podlega właściwości sądu wojewódzkiego (obecnie okręgowego) bez względu na wartość przedmiotu sporu także w tym przypadku gdy jest ono skierowane – na podstawie umowy między wykonawcą utworu a zamawiającym – przeciwko zamawiającemu”.

Także stanowisko doktryny w tym zakresie nie było jednolite w tej kwestii. Niektórzy autorzy¹⁸ uważali, że właściwość rzeczowa sądu okręgowego obejmuje wszelkie roszczenia powstałe na tle prawa autorskiego. Odmiennie stanowisko prezentował Janusz Barta, który uważał, że przepis ten należy interpretować ściśle¹⁹.

W obecnym brzmieniu przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c. właściwość sądu okręgowego we wszelkich sprawach z zakresu ochrony praw własności intelektualnej jest wyłączna, a sądy rejonowe są wyłączone z zakresu rozpoznawania tego typu kategorii spraw. Na takim stanowisku stoi też Sąd Najwyższy w ostatnich orzeczeniach. W uchwale z 5 października 2006 r., I PZP 3/06 (OSNP 2007, nr 11-12, poz. 151), która dotyczyła innej kwestii przedstawionej SN do rozstrzygnięcia, SN w uzasadnieniu, w rozważaniach dotyczących właściwości sądu okręgowego, jednoznacznie potwierdził to stanowisko. Stanowisko SN w tym zakresie należy w pełni podzielić, gdyż wyrażone poglądy są trafne.

Ustalenie prawidłowej właściwości rzeczowej jest niezwykle istotne dla ważności postępowania. Rozpoznanie sprawy przez sąd niższego rzędu, w przypadku, gdy wyłącznie właściwym był sąd wyższego rzędu, bez względu na wartość przedmiotu sporu, powoduje nieważność postępowania (art. 379 pkt 6 k.p.c.).

4. Właściwość miejscowa

W Kodeksie postępowania cywilnego w rozdziale o właściwości miejscowej sądu, czyli możliwości rozpoznawania sprawy przez dany sąd, ze względu na jego siedzibę terytorialną, są oddziały dotyczące właściwości ogólnej (art. 27-30 k.p.c.), przemiennej (art. 31-37² k.p.c.), wyłącznej (art. 38-42 k.p.c.), a także oddział zawierający przepisy szczególne (art. 43-46 k.p.c.).

a. Właściwość miejscowa ogólna

W oddziale o właściwości ogólnej (art. 27-30 k.p.c.) zawarte są ogólne zasady dotyczące ustalania właściwości miejscowej sądu, które mogą być modyfikowane przepisami szczególnymi. Stosownie do art. 27 § 1 k.p.c. powództwo wytacza się przed sąd I instancji, w którego okręgu pozwany ma miejsce zamieszkania, które oznacza się według przepisów Kodeksu cywilnego (§ 2). Jeżeli pozwany nie

¹⁸ J. Jodłowski, Z. Reisch, *Postępowanie Cywilne*, Warszawa 1979, s. 183 oraz J. A. Piszczyk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 grudnia 1971 r.*, I CZ 205/71, „Państwo i Prawo” 1973, nr 12, s. 164.

¹⁹ J. Barta, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 grudnia 1976 r.*, III CRN 269/76, OSPiKA 1978, nr 6, poz. 110.

ma miejsca zamieszkania w Polsce, ogólną właściwość oznacza się według miejsca jego pobytu w Polsce, a gdy nie jest ono znane lub nie leży w Polsce – według ostatniego miejsca zamieszkania pozwanego w Polsce (art. 28 k.p.c.).

Powództwo przeciwko osobie prawnej lub innemu podmiotowi nie będącemu osobą fizyczną wytacza się według miejsca ich siedziby (art. 30 k.p.c.). Jednakże powództwo przeciwko Skarbowi Państwa wytacza się według siedziby państwowej jednostki organizacyjnej, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie (art. 29 k.p.c.).

b. Właściwość miejscowa przemienna

Stosownie do art. 31 k.p.c. właściwość przemienna oznacza możliwość pozwania przed sąd właściwości ogólnej, bądź sąd oznaczony w przepisach art. 32-37²⁰ k.p.c. Dla spraw z zakresu ochrony praw własności intelektualnej zastosowanie mają przepisy art. 33-35 k.p.c.

Stosownie do art. 33 k.p.c. powództwo o roszczenie majątkowe przeciwko przedsiębiorcy można wytoczyć przed sąd, w którego okręgu znajduje się zakład główny lub oddział, jeżeli roszczenie pozostaje w związku z działalnością tego zakładu lub oddziału. Dochodzone roszczenie musi pozostawać w związku z działalnością jednostki lub zakładu, a więc wypływać z czynności podjętej w bezpośrednim związku z ich funkcjonowaniem²⁰. Takim roszczeniem może być np. powództwo o naprawienie szkody poprzez zapłatę 2- lub 3-krotności wynagrodzenia z tytułu licencji na używanie programu komputerowego w danym oddziale przedsiębiorstwa (art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b p.aut.) lub powództwo o zaniechanie naruszenia w postaci używania cudzego zdjęcia do reklamy nowo powstałego oddziału przedsiębiorstwa (art. 79 ust. 1 pkt 1 p.aut.).

Stosownie do art. 34 § 1 k.p.c. powództwo o zawarcie umowy, ustalenie jej treści, o zmianę umowy oraz o ustalenie istnienia umowy, o jej wykonanie, rozwiązanie lub unieważnienie, a także o odszkodowanie z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy można wytoczyć przed sąd miejsca jej wykonania. W razie wątpliwości miejsce wykonania umowy powinno być stwierdzone dokumentem (§ 3). Za miejsce wykonania umowy uważa się miejsce spełnienia świadczenia charakterystycznego dla umów danego rodzaju, w szczególności w przypadku:

- 1) sprzedaży rzeczy ruchomych – miejsce, do którego rzeczy te zgodnie z umową zostały lub miały zostać dostarczone;
- 2) świadczenia usług – miejsce, w którym usługi zgodnie z umową były lub miały być świadczone (§ 2).

²⁰ Tak SN w: postanowieniu z 22 kwietnia 1971 r., 2 CZ 29/71, OSNCP 1971, nr 12, poz. 220; „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 166 z głosem Tadeusza Ercińskiego, ibidem, s. 166; postanowieniu z 11 listopada 1971 r., 1 Cz 181/71, „Prawo Ubezpieczeń Gospodarczych” 1972, nr 12, s. 416; postanowieniu z 20 grudnia 1974 r., 11 Cz 233/74, OSPiKA 1976, nr 7-8, poz. 144 z głosem Bogusława Tyneckiego, ibidem, s. 326.

Powództwo o odszkodowanie z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy obejmować może wszelkiego rodzaju roszczenia wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, np. o wypłatę odszkodowania na podstawie art. 471 k.c., o naprawienie szkody powstałej wskutek zwłoki (art. 477 § 1 i art. 486 § 1 k.c.), a także żądanie odsetek za czas opóźnienia (art. 481 § 1 k.c.) i kary umownej (art. 484 § 1 k.c.). Dyspozycją tego przepisu objęte są także wszelkie sprawy wynikające z umów zawieranych w sprawach własności intelektualnej, a w szczególności tych najczęściej spotykanych – umów licencyjnych (art. 41-68 p.aut. i art. 76-88 p.w.p.).

Stosownie do art. 35 k.p.c. powództwo o roszczenie z czynu niedozwolonego wytoczyć można przed sąd, w którego okręgu nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Przykładem takiego roszczenia może być roszczenie majątkowe – o zadośćuczynienie – lub niemajątkowe – usunięcie skutków przywłaszczenia autorstwa utworu, np. przez złożenie odpowiedniego oświadczenia (art. 78 ust. 1 p.aut.), gdzie miejsce popełnienia czynu niedozwolonego jest inne niż miejsce zamieszkania lub siedziby sprawcy przywłaszczenia autorstwa. Sąd właściwy na podstawie tego przepisu jest właściwy nie tylko w sprawie przeciwko sprawcy, ale także przeciwko pomocnikowi, podżegaczowi, osobie odpowiedzialnej na zasadzie ryzyka oraz przeciwko osobie odpowiedzialnej za cudze czyny, w tym także przeciwko zarządcy ubezpieczeń²¹.

c. Właściwość miejscowa wyłączna

Przepisy dotyczące właściwości miejscowej wyłącznej sądu cywilnego (art. 38-42 k.p.c.) wyłączają zastosowanie przepisów dotyczących właściwości ogólnej i przemiennej. Wskazują jako właściwy do rozpoznania sprawy sąd, który jest w sposób szczególny związany z dochodzonym roszczeniem, przez to właściwość miejscowa sądu może, choć nie musi być inna niż właściwość miejscowa określona w przepisach ogólnych. Właściwość wyłączna została ustanowiona w następujących sprawach:

- powództw o własność i inne prawa rzeczowe na nieruchomości oraz o posiadanie (art. 38 k.p.c.),
- powództw z zakresu spornych spraw spadkowych (art. 39 k.p.c.),
- powództw ze stosunku członkostwa spółdzielni, spółki lub stowarzyszenia (art. 40 k.p.c.),
- powództw ze stosunku małżeństwa (art. 41 k.p.c.),
- powództw ze stosunków rodzinnych (art. 42 k.p.c.).

²¹ Tak SN w: postanowieniu z 1 października 1973 r., I CZ 136/73, OSNCP 1974, nr 6, poz. 114; OSPiKA 1975, nr 2, poz. 34 z głosem Tadeusza Erecińskiego, ibidem, s. 65; uchwałę z 13 marca 1978 r., III CZP 11/78, OSNCP 1978, nr 12, poz. 217.

W sprawach z zakresu ochrony praw własności intelektualnej raczej żaden z powyższych przepisów nie będzie miał zastosowania. Może się zdarzyć, że w ramach sporów rozpoznawanych np. w spornych sprawach spadkowych – z tytułu zapisu – roszczenie dotyczyć będzie autorskich praw majątkowych wchodzących w skład spadku, czy ze sporów ze stosunku spółki, w skład majątku której wchodzi prawo do znaku towarowego, lecz nie będzie to roszczenie o ochronę praw autorskich czy własności przemysłowej. Istotą sporu w takich sprawach nie jest bowiem ochrona prawa podmiotowego (własności intelektualnej) przed czymś działaniem naruszającym to prawo, lecz spór o to czy dany składnik majątkowy, jakim jest określone dobro niematerialne, przypadnie określonej osobie (np. w przypadku sporów z tytułu dziedziczenia czy z tytułu spółki). Nie chodzi więc o ochronę tego prawa lecz rozstrzygnięcie kwestii, do kogo ma należeć dane prawo podmiotowe i kto będzie mógł występować w celu ochrony tych praw w przypadku ich naruszenia. Sprawa ta nie została wprawdzie poddana dokładnej analizie orzeczniczej Sądu Najwyższego, lecz z praktyki sądowej, akceptowanej przez orzecznictwo SN wynika, że powództwa ze spornych spraw spadkowych objęte dyspozycją art. 39 k.p.c. są rozpoznawane w I instancji przez sądy rejonowe lub okręgowe w zależności od wartości przedmiotu sporu (art. 17 pkt 4 k.p.c.), a nie tylko przez sądy okręgowe (art. 17 pkt 2 k.p.c.). Nadto, taki sam pogląd prezentuje doktryna²², która wskazuje, że prawa majątkowe na dobrach niematerialnych, jak i nieruchomości, wchodzi w skład spadku i wskazuje jako łącznik do własności nie miejsce położenia nieruchomości (art. 38 k.p.c.), a miejsce ostatniego zamieszkania spadkodawcy. Problematyka ta nie jest niezmiernie istotna, gdyż rozpoznanie sprawy niezgodnie z właściwością miejscową nie wpływa negatywnie na przebieg postępowania. Jest co prawda naruszeniem przepisów postępowania lecz w przeciwieństwie do rozpoznania sprawy przez sąd niższego rzędu nie powoduje nieważności postępowania (art. 379 pkt 6 w zw. z art. 386 § 2 k.p.c.). W każdej takiej sytuacji sąd rozpoznający apelację musiałby brać pod uwagę z urzędu nieważność postępowania (art. 386 § 2 k.p.c.) i niezależnie od zarzutów uchylać zaskarżone orzeczenie.

d. Właściwość miejscowa szczególna

Przepisy szczególne dotyczące właściwości miejscowej zawierają szczególne unormowania dotyczące sytuacji nieprzewidzianych w przepisach wcześniejszych. Zgodnie z art. 43 § 1 k.p.c., w sytuacji gdy uzasadniona jest właściwość kilku sądów albo jeżeli powództwo wytacza się przeciwko kilku osobom, dla których według przepisów o właściwości ogólnej właściwe są różne sądy, wybór między tymi

²² M. Jędzejewska, [w:] *Komentarz...*, s. 133.

sądami należy do powoda. Powód wówczas decyduje, który sąd jest właściwy do rozpoznania sprawy.

W przepisach szczególnych została wskazana właściwość delegacyjna, tj. wynikająca z przekazania (delegowania) sprawy przez sąd nadrzędny. Sytuacje takie mogą zachodzić w sytuacji wystąpienia przeszkody w rozpoznaniu sprawy (np. wyłączenie wszystkich sędziów danego sądu) lub gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, albo też w przypadku niemożności ustalenia właściwości miejscowej. W pierwszym przypadku sąd przełożony nad sądem, w którym wystąpiła przeszkoda w rozpoznaniu sprawy, wyznaczy na posiedzeniu niejawnym inny sąd (art. 44 k.p.c.). W drugim przypadku Sąd Najwyższy może przekazać sprawę do rozpoznania innemu sądowi równorzędnemu z sądem występującym, jeżeli wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, w szczególności względem na społeczne postrzeganie sądu jako organu bezstronnego (art. 44¹ k.p.c.). W trzecim przypadku, gdy w myśl przepisów Kodeksu postępowania cywilnego nie można na podstawie okoliczności ustalić właściwości miejscowej, SN na posiedzeniu niejawnym oznaczy sąd, przed którym należy wytoczyć powództwo (art. 45 k.p.c.).

5. Umowa prorogacyjna

W przepisach szczególnych dotyczących właściwości miejscowej uregulowana została też kwestia umowy prorogacyjnej (art. 46 k.p.c.), którą należy omówić dokładniej. Zgodnie z tym przepisem strony mogą umówić się na piśmie o poddanie sądowi I instancji, który według ustawy nie jest miejscowo właściwy, sporu już wynikłego lub sporów mogących w przyszłości wyniknąć z oznaczonego stosunku prawnego. Sąd ten będzie wówczas wyłącznie właściwy, jeżeli strony nie postanowiły inaczej lub jeżeli powód nie złoży pozwu w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Strony mogą również ograniczyć umową pisemną prawo wyboru powoda pomiędzy sądami właściwymi dla takich sporów. Umowa prorogacyjna nie może jednak zmienić właściwości wyłącznej (art. 46 § 2 k.p.c.), a także ma zastosowanie tylko do wyboru w ramach właściwości miejscowej. Sąd Najwyższy wielokrotnie potwierdził takie stanowisko, wskazując, że określona przez strony w umowie właściwość wyłączna sądów dla rozpoznawania ich spraw oznacza, że właściwość w ten sposób określona eliminuje każdą inną właściwość, a więc także ewentualną właściwość ogólną czy przemianą²³.

Umowa prorogacyjna może mieć różny kształt i przewidywać wybór sądu poprzez eliminację jakiegoś sądu lub sądów, lub też wskazanie określonego sądu poprzez odesłanie do innych przepisów np.

²³ Tak SN w postanowieniu z 29 listopada 1982 r., I CZ 98/82.

według miejsca zamieszkania powoda²⁴. Sąd winien brać pod uwagę treść umowy prorogacyjnej w taki sposób, aby uwzględniać całość kształtu postanowień umownych. Wyraz tego zapatrywania dał Sąd Najwyższy we wskazywanym już orzeczeniu z 9 czerwca 1981 r.²⁵, w którym stwierdził, że jeżeli strony umówiły się na piśmie o poddanie sporu sądowi rejonowemu właściwemu według siedziby powoda (art. 46 § 1 k.p.c.), to w przypadku zmiany właściwości rzeczowej ze względu na wartość przedmiotu sporu, spór rozstrzyga sąd wojewódzki (obecnie okręgowy) właściwy według tego samego kryterium, a więc sąd wojewódzki, w którego okręgu powód ma swoją siedzibę.

Umowa prorogacyjna zgodnie z art. 46 § 1 k.p.c. winna być zawarta w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 k.c. do zachowania formy pisemnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym oświadczenie woli. W orzeczeniach SN pojawił się problem wynikający z zawarcia zastrzeżenia danego sądowi jako właściwego do rozpoznania sprawy w pisemnym regulaminie w sytuacji, gdy sama umowa nie była zawarta w formie pisemnej. Sąd Najwyższy wydał w tym zakresie dwa sprzeczne orzeczenia. W pierwszym, z 17 grudnia 1971 r., I CZ 166/71, opowiedział się przeciwko uznaniu skuteczności zawarcia takiej umowy z uwagi na niezachowanie formy pisemnej. W drugim orzeczeniu, z 13 czerwca 1975 r., II CZ 91/75 (OSPika 1977, nr 5, poz. 83), uznał, że takie zawarcie umowy prorogacyjnej jest skuteczne, gdyż czyni to zadość formie pisemnej.

Zdaniem autora należy poprzeć stanowisko SN wyrażone w orzeczeniu z 17 grudnia 1971 r. W przypadku zawarcia umowy w formie ustnej nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że regulamin czyni zadość formie pisemnej. Brakuje bowiem własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (art. 78 § 1 k.c.), w którym zawarte jest oddanie sprawy pod rozstrzygnięcie innego sądu niż to wynika z przepisów o właściwości ogólnej lub przemiennej. Jest to tylko oświadczenie jednej strony. Umowa taka dopuszczalna byłaby tylko w sytuacji, gdy zostałaby zawarta umowa w formie pisemnej, a w niej zawarte byłoby odesłanie do regulaminu, oczywiście pod warunkami wynikającymi z art. 384 § 1 k.c. W chwili obecnej należy oczywiście brać pod uwagę szczególną ochronę konsumenta zawartą w przepisach art. 385¹-385³ k.c., które znacznie zawężają możliwość zawierania takich umów prorogacyjnych z konsumentami.

²⁴ Postanowienie SN z 9 czerwca 1981 r., II CZ 77/81, OSNC 1982, nr 2-3, poz. 26.

²⁵ Postanowienie SN z 9 czerwca 1981 r., II CZ 77/81, OSNC 1982, nr 2-3, poz. 26.

6. Regulacje szczególne

Regulacje szczególne w zakresie właściwości sądów powszechnych rozpoznających sprawy z zakresu ochrony praw własności intelektualnej dotyczą ochrony praw konsumentów, sporów z zakresu prawa pracy oraz gospodarczych.

a. Regulacje szczególne dotyczące ochrony konsumentów

W sprawach, w których jedną ze stron umowy jest konsument, czyli osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową (art. 22¹ k.c.), swoboda umów, więc możliwość wyboru sądu w umowie prorogacyjnej, została ograniczona przepisami art. 385¹-385³ k.c. Przepis art. 385¹ § 1 k.c. stanowi, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Są to tzw. niedozwolone klauzule umowne, zwane potocznie klauzulami szarymi, z uwagi na to, że są zakazane tylko w ściśle określonych przypadkach. Interpretacja powyższych przepisów pozwala na skonstruowanie normy prawnej, zgodnie z którą pewne określone postanowienia umowne są niedozwolone, jeżeli są spełnione kumulatywnie następujące warunki:

- umowa jest zawierana między konsumentem a przedsiębiorcą,
- postanowienie rażąco narusza interesy konsumenta i kształtuje jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami,
- postanowienia nie zostały uzgodnione indywidualnie z konsumentem.

W art. 385³ k.c. zostały wymienione przykładowe klauzule szare, w tym i jedna dotycząca właściwości sądów i możliwości zawarcia umowy prorogacyjnej. Zgodnie z pkt 23 art. 385³ k.c. za niedozwoloną klauzulę umowną uważa się taką, która wyłącza jurysdykcję sądów polskich lub poddaje sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego polskiego lub zagranicznego lub innego organu, a także taka która narzuca rozpoznanie sprawy przez sąd, który wedle ustawy nie jest miejscowo właściwy. Zawarcie umowy prorogacyjnej, która przewidywałaby wybór innego sądu niż jest to przewidziane w ramach właściwości miejscowej ogólnej, przemiennej, w przypadku roszczeń o ochronę praw własności intelektualnej, gdy jedną ze stron jest konsument, byłoby możliwe tylko przy spełnieniu wymogów wskazanych wyżej.

b. Regulacje szczególne dotyczące prawa pracy

Roszczenia dotyczące ochrony praw własności intelektualnej mogą być rozpoznawane przez sądy pracy, gdy jedną ze stron jest pracownik, a drugą pracodawca, np. w sprawach o utwór pracowniczy (art. 12-13 p.aut.), czy dotyczących projektów racjonalizatorskich (art. 7 p.w.p.). Regulacje szczególne w zakresie właściwości zawarte są w art. 461 § 1 i 1¹ k.p.c. Zgodnie z art. 461 § 1 k.p.c. powództwo w sprawach z zakresu prawa pracy może być wytoczone bądź przed sąd właściwości ogólnej pozwanego, bądź przez sąd, w którego okręgu praca jest, była lub miała być wykonywana, bądź też przed sąd, w którego okręgu znajduje się zakład pracy. Przepis ten jako szczególny wyłącza zastosowanie art. 34 k.p.c., czyli możliwości pozwania tylko przed sąd wykonania umowy, dając możliwość pozwania także przed sąd, w okręgu którego znajduje się zakład pracy.

Ważny wyłom w zasadzie wyłączności rzeczowej sądów okręgowych do rozpoznania sprawy z zakresu własności intelektualnej stanowi art. 461 § 1¹ k.p.c. Zgodnie z tym przepisem do właściwości sądów rejonowych, bez względu na wartość przedmiotu sporu, należą sprawy z zakresu prawa pracy o ustalenie istnienia stosunku pracy, o uznanie bezskuteczności wypowiedzenia stosunku pracy, o przywrócenie do pracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy lub płacy oraz łącznie z nimi dochodzone roszczenia i o odszkodowanie w przypadku nieuzasadnionego lub naruszającego przepisy wypowiedzenia oraz rozwiązania stosunku pracy, a także sprawy dotyczące kar porządkowych i świadectwa pracy oraz roszczenia z tym związane. W przypadku więc roszczenia pracownika przeciwko pracodawcy o wynagrodzenie za projekt racjonalizatorski, które byłoby dochodzone łącznie z roszczeniem o przywrócenie do pracy, to taka sprawa rozpoznawana byłoby przez sąd rejonowy.

c. Regulacje szczególne dotyczące postępowania zabezpieczającego

W sprawach z zakresu własności przemysłowej i prawa autorskiego właściwym do rozpoznania wniosku o zabezpieczenie, w tym tzw. roszczenia informacyjnego, jest sąd właściwy do rozpoznania spraw o naruszenie praw autorskich majątkowych lub praw własności przemysłowej miejsca, w którym sprawca wykonuje działalność lub w którym znajduje się jego majątek (art. 286¹ ust. 1 p.w.p. i art. 80 ust. 1 p.aut.). Jest to właściwość szczególna w zakresie zabezpieczenia roszczeń z zakresu prawa autorskiego i własności przemysłowej. Właściwość ta została jednak określona mało precyzyjnie i zbyt sze-

roko i spotkała się z krytyką doktryny²⁶. Została ona bowiem określona bardzo szeroko poprzez użycie określenia „miejsce wykonywania działalności” i jednocześnie „miejsce położenia majątku”. Pojęcie „miejsce prowadzenia działalności” jest bardzo nieprecyzyjne, gdyż może być to np. cały kraj. Użyte w przepisach o właściwości miejscowej przemienne określenia „miejsce gdzie znajduje się zakład główny lub oddział” (art. 33 k.p.c.), „miejsce wykonania umowy” (art. 34 k.p.c.), „miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę” (art. 35 k.p.c.) są zdecydowanie bardziej precyzyjne. Nie jest także spotykany łącznik „miejsce położenia majątku”, który może budzić wątpliwości interpretacyjne w szczególności, jeżeli weźmiemy pod uwagę mienie ruchome i prawa na dobrach niematerialnych. W przypadku tych ostatnich trudno jest wskazać, gdzie one się fizycznie znajdują. W Kodeksie postępowania cywilnego powiązania z miejscem położenia rzeczy dotyczą konkretnych nieruchomości (por. art. 37, 38 k.p.c.), a odesłanie do miejsca położenia majątku występują tylko w wyjątkowych sytuacjach (por. art. 628 k.p.c.). Sytuacja taka nie jest rozwiązaniem prawidłowym i powinna zostać zmieniona poprzez ingerencję ustawodawcy, lub wykładnię dokonaną przez SN.

Jednakże wnioski o udzielenie zabezpieczenia zgłoszone w toku postępowania rozpoznaje sąd tej instancji, w której postępowanie się toczy, za wyjątkiem SN. Wówczas o zabezpieczeniu orzeka sąd I instancji (art. 734 k.p.c.). Sąd orzeka w składzie, w jakim rozpoznawane jest dane roszczenie²⁷. Zdaniem Piotra Osowy właściwym do rozpoznania wniosku jest tylko sąd powszechny. Sąd polubowny pozbawiony jest możliwości orzekania w przedmiocie zabezpieczenia roszczenia²⁸.

7. Podsumowanie

W sprawach z zakresu ochrony praw autorskich i pokrewnych oraz własności przemysłowej sprawy cywilne w sądach powszechnych rozpoznają w I instancji sądy okręgowe. Zmiana dokonana po 2005 r. wprowadziła wyłączność rozpoznawania wszelkich spraw o ochronę praw na dobrach niematerialnych przed sądem okręgowym, co jest rozwiązaniem zasługującym na aprobatę. W sprawach własności miejscowej można pozwać według własności ogólnej (głównie miejsce zamieszkania lub siedziby pozwanego) lub też sko-

²⁶ Tak w szczególności T. Targosz, A. Tischner, *Komentarz do ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw*, LEX 2008, komentarz do art. 286¹ p.w.p.

²⁷ Tak SN w uchwałach z 27 lutego 2008 r., III CZP 139/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 29.

²⁸ P. Osowy, *Zarys problematyki zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem polubownym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego z dnia 2 lipca 2004 r.*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 6, s. 88.

rzystać z możliwości pozwania według właściwości przemiennej. W sprawach dotyczących dóbr niematerialnych możliwe jest zawarcie pisemnej umowy prorogacyjnej, umożliwiającej przekazanie sprawy do rozpoznania sądowi innemu, niż wynika to z właściwości miejscowej, lecz uprawnienie to doznaje ograniczenia w przypadku spraw, gdy jedna ze stron jest konsumentem. Ograniczenie możliwości wyboru sądu na podstawie właściwości przemiennej obejmuje sprawy dotyczące roszczeń pracowniczych. Problematicznie ujęta jest właściwość miejscowa w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu zabezpieczającym. Wątpliwości w tym zakresie, zdaniem autora, powinny zostać usunięte poprzez ingerencję ustawodawcy lub orzecznictwo SN.

Bibliografia

- Barańska Anna, *Właściwość rzeczowa sądu wojewódzkiego w procesie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1973, nr 2, s. 214-224.
- Ereciński Tadeusz, Glosa do orzeczenia z 1 października 1973 r., I CZ 136/73, OSN-CP 1974, nr 6, poz. 114, OSPiKA 1975, nr 2, poz. 34.
- Gołąb Stanisław, Wusatowski Zygmunt, *Kodeks postępowania cywilnego*, Kraków 1930.
- Jakubecki Andrzej, *Postępowanie zabezpieczające w sprawach z zakresu prawa własności intelektualnej*, Zakamycze 2000.
- Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze, T. 1*, red. Tadeusz Ereciński, Warszawa 2001.
- Osowy Piotr, *Zarys problematyki zabezpieczenia roszczeń w postępowaniu przed sądem polubownym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego z dnia 2 lipca 2004 r.*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 6, s. 88-97.
- Skubisz Ryszard, *Prawo z rejestracji znaku towarowego i jego ochrona. Studium z zakresu prawa polskiego na tle prawnoporównawczym*, Lublin 1988, s. 252.
- System Prawa Prywatnego. Prawo własności przemysłowej. Tom 14A*, red. Ryszard Skubisz, Warszawa 2012.
- Szewc Andrzej, Jyż Gabriela, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011.
- Targosz Tomasz, Tischner Anna, *Komentarz do ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw*, LEX 2008.
- Wolter Aleksander, Ignatowicz Jerzy, Stefaniuk Krzysztof, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998.



Kamil Joński*

SĄD ROZJEMCZY – TRIUMF I KRYZYS TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z PERSPEKTYWY EKONOMII POLITYCZNEJ

Pozycja ustrojowa TK była najwyższa (w kategoriach aktywizmu i legitymizacji) w pierwszych latach transformacji, kiedy wydawał się najbardziej zagrożony. Z kolei istotny kryzys sądownictwa konstytucyjnego nastąpił ćwierć wieku od przemian ustrojowych, gdy demokracja konstytucyjna wydawała się silna i dobrze zakorzeniona. Aby wyjaśnić tę sprzeczność, w tekście zaproponowano trzy modele pozycji ustrojowej sądu konstytucyjnego, uwzględniające perspektywę ekonomii politycznej. Pierwszy, „sądu rozjemczego”, zakłada polityczną selekcję sędziów w celu zapewnienia reprezentacji różnych wrażliwości ideologicznych oraz konsensualny styl orzekania. Drugi, „Izby Konstytucyjnej SN”, zakłada odpolityczniony system nominacji, neguje znaczenie wrażliwości ideologicznych i zachęca do zgłaszania zdań odrębnych. Trzeci, „Trzeciej Izby Parlamentu”, oznacza rozmontowanie sądownictwa konstytucyjnego, gdyż polityczna selekcja sędziów przekształca sąd w kolejną instytucję większościową realizującą cele partyjne. Negocjowana natura polskiej transformacji ustrojowej stworzyła zapotrzebowanie na instytucje pełniące funkcje „sądu rozjemczego”, tym samym wzmacniając legitymizację TK wśród polityków i zniechęcając ich od ataków na jego niezależność. Fundamentalne zmiany na scenie politycznej obserwowane po 2005 r. – osłabienie formacji postkomunistycznej i podział sceny między dwa ugrupowania postsolidarnościowe, kierowane przez nową generację liderów – zburzyły ten konsensus i zaowocowały erozją pozycji ustrojowej do „Trzeciej Izby Parlamentu”.

* Kamil Joński, ekonomista, absolwent Szkoły Głównej Handlowej, w latach 2012-2016 zajmował się oceną skutków regulacji w Ministerstwie Sprawiedliwości. Jego zainteresowania naukowe obejmują niezależność i efektywność sądownictwa oraz proces stanowienia prawa. Pracuje nad doktorantem w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego; ORCID:0000-0001-6195-1561.

Pojęcia kluczowe: Trybunał Konstytucyjny, niezależność i niezawisłość sędziowska, polski kryzys konstytucyjny 2015 r., transformacja ustrojowa

Zobacz także: Jerzy Stępień, *Śmierć w starych dekoracjach* – na kanwie tego artykułu (s. 229)

„Spory kompetencyjne pomiędzy konstytucyjnymi organami państwa powinny rozstrzygać Trybunał Konstytucyjny, dlatego że(...) w naszej tradycji zawsze posiadał wiele cech sądu rozjemczego”

prof. Paweł Sarnecki (1995)¹

Wprowadzenie

W trakcie okolicznościowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Senat RP dla uczczenia piętnastolecia Konstytucji RP z 1997 r., prof. Andrzej Rzepliński – wówczas Prezes TK – wspominał o „swoistych meczach tenisowych, jakie polski prawodawca rozgrywa z Trybunałem Konstytucyjnym. Można powiedzieć, że wynik tych meczów jest z góry przesądzony, bo zwyciężyć musi konstytucja i to, aby gwarantować nam stale wolne wybory”². W badaniach CBOS dobrą ocenę TK deklarowało 43% respondentów³. Pozycja ustrojowa Trybunału wydawała się niewzruszona.

Trzy lata później Polska stała się areną kryzysu konstytucyjnego, który szybko zmienił się w regularną „wojnę przeciwko konstytucji”⁴. W powszechnym odczuciu – wspólnym dla obu stron sporu politycznego – zanegowane zostały fundamenty ustroju budowanego po 1989 r. Dla zwolenników rządzącego obozu „Zjednoczonej Prawicy” wojna z trzecią władzą – TK, Krajową Radą Sądownictwa, sądami powszechnymi i Sądem Najwyższym – oznaczała, że „skończył się w Polsce komunizm”⁵. Dla przeciwników tego obozu, te same wydarzenia oznaczały, że „droga od dyktatury do demokracji skończyła się. Jesteśmy na ścieżce powrotnej”⁶.

¹ Wypowiedź podczas posiedzenia Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (nr 23), 5 września 1995 r., por. Biuletyn nr: 1848/11.

² A. Rzepliński, *Katalog zasad naczelnych w Konstytucji RP i system źródeł prawa a praktyka*, [w:] *Konstytucja jako fundament państwa prawa w 15. rocznicę uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kancelaria Senatu 2013, s. 32.

³ Jednak taka sama grupa deklarowała trudności w sformułowaniu opinii na ten temat. Por. CBOS, *Oceny instytucji publicznych*, 2013, BS/44/2013.

⁴ Dystynkcja zaproponowana przez Mirosława Wyrzykowskiego, *Experiencing the Unimaginaire: the Collapse of the Rule of Law in Poland*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, s. 417-422. Były prezes TK Bohdan Zdziennicki wyrażał zaś w 2016 r. pogląd, że „w obecnej chwili w Polsce nie mamy do czynienia z żadnym kryzysem konstytucyjnym (...) to po prostu problem z przestżeganiem konstytucji”, por. *Nie pizesadzajmy z tym Prezesem*, „Dziennik Gazeta Prawna” (dodatek Prawnik) 20 grudnia 2016 r.

⁵ *Minister Błaszczak Szczepkowską epoki*, „Gazeta Wyborcza” 27 grudnia 2017 r.

⁶ A. Zoll, [w:] M. Bartosik, A. Zoll, *Od dyktatury do demokracji i z powrotem*, Kraków 2018, s. 14.

W artykule podjęto kluczową z punktu widzenia prawnego, socjologicznego i politologicznego problematykę pozycji ustrojowej TK w Polsce po 1989 r. Analiza ta wymaga interdyscyplinarności, wykraczającej poza tradycyjną metodologię nauk prawnych. W szczególności, konieczne jest odejście od argumentacji natury dogmatycznej, skoncentrowanej na stanach postulowanych, w kierunku socjologii prawa i polityki opisującej konfrontację dwóch sprzecznych porządków: siły i prawa.

Pozycja TK – oceniana *de facto* i *de iure* – po 1989 r. ukazuje dwa paradoksy.

Najsilniejszą pozycję ustrojowa Trybunał wypracował w pierwszych latach transformacji, kiedy wydawało się to najmniej prawdopodobne. Orzeczenia TK nie były wówczas ostateczne, przepisy konstytucyjne okazywały się nieadekwatne do realiów – wymuszając daleko idący i budzący kontrowersje aktywizm – państwo przechodziło bolesną transformację gospodarczą, perspektywa akcesji do UE wydawała się odległa, zaś rozdrobniona i skonfliktowana scena polityczna tworzyła wrażenie bezładu i niestabilności.

Z kolei kres niezależnego TK nastąpił w trzeciej dekadzie po transformacji, w korzystnej sytuacji społeczno-gospodarczej, pod rządami dobrej Konstytucji z 1997 r., w ramach struktur UE i przy stabilnej (choć nie mniej skonfliktowanej) scenie politycznej.

Co zatem sprawiło, że przez dwie dekady władza polityczna – wbrew prostemu rachunkowi sił – decydowała się podporządkować prawu? I dlaczego zmieniła zdanie?

I. Ekonomia polityczna pozycji ustrojowej TK – ujęcie modelowe

W celu uporządkowania dalszej dyskusji, w niniejszej części zaproponowano trzy modele (praktykowanej *de facto*) pozycji ustrojowej TK. Ich fundamentem są następujące założenia:

Po pierwsze, choć kontrola konstytucyjności nie jest polityczna – w rozumieniu walki o zdobycie i utrzymanie władzy – to stanowi element procesu tworzenia prawa. Obejmuje więc spory pomiędzy politykami – większością, która popiera dane przepisy a opozycją, która je neguje lub spory kompetencyjne. Jak wskazywał Marek Safjan, TK funkcjonuje „w obiektywnym tle politycznym”; „Kreacja prawa to z natury rzeczy kreacja reguł powstających w ogniu walki politycznej (...) inicjowanie spraw przed Trybunałem Konstytucyjnym bywa niezwykle często motywowane politycznie”⁷.

Po drugie, typ wykładni dominujący w sądownictwie konstytucyjnym wymaga „stosowania kryteriów wartościujących” i musi „re-

⁷ M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa-Kraków 2007, s. 71.

spektować (...) rzeczywistość funkcjonowania określonych mechanizmów prawnych⁸. To zaś sprawia, że na preferowaną przez sędziów wykładnię mają wpływ ich wrażliwości ideowe (np. konserwatyzm czy liberalizm), które można zlokalizować na spektrum ideowym partii reprezentowanych w parlamencie (np. prawica czy lewica). Nie należy bezpośrednio utożsamiać tego faktu z zarzutem upolitycznienia – czyli realizowania w orzecznictwie linii (wytycznych) partii politycznej. Jak wskazywał Andrzej Zoll, „sędzia nie musi zapominać, że ma jakieś poglądy, prawicowe czy lewicowe, bo to chyba nie jest możliwe. Ale niech orzeka zgodnie z Konstytucją (...) interpretując ją zgodnie z tymi swoimi poglądami (...) Nie może natomiast być tak, by sędzia działał na telefon (...) był reprezentantem takiej czy innej siły politycznej⁹. Analogicznie wskazywał Bohdan Zdziennicki „każdy ma swoje poglądy filozoficzne, to jego prawo, podobnie jak każdy ma prawo mieć poglądy polityczne, ale trzeba je oddzielić od przywiązania do poszczególnych partii¹⁰”.

Po trzecie, wykonanie orzeczeń TK zależy od autorytetu, jakim cieszy się wśród polityków, których spory rozstrzyga. Gorzko ilustrował to Włodzimierz Cimoszewicz, pytając „jak wyegzekwować to, co stwierdza o treści prawa (...), jeżeli nie ma dobrej woli i brak jest odpowiedniego przymusu egzekucyjnego. Może powinniśmy stworzyć policję Trybunału Konstytucyjnego, która będzie egzekwowała jego orzeczenia? Przepraszam za ten żart¹¹”.

Tradycyjnie, literatura rozróżnia dwa zasadnicze modele sądowej kontroli konstytucyjności: model północnoamerykański, w którym kontrola jest rozproszona i przebiega na gruncie konkretnych spraw oraz kontynentalny, określaný też jako „Kelsenowski”, w którym kontrola jest scentralizowana (istnieje wyspecjalizowany sąd konstytucyjny), abstrakcyjna (oceniane jest prawo jako takie, w oderwaniu od faktów w konkretnych sprawach) i uniwersalnie wiążąca (usuwa kwestionowane regulacje z systemu prawnego)¹².

W państwach Europy Środkowo-Wschodniej, w tym w Polsce, sądowa kontrola konstytucyjności funkcjonuje w paradygmacie Kelsenowskim¹³ – jest abstrakcyjna, dotyczy aktów obowiązujących (choć

⁸ Ibidem, s. 71-72.

⁹ A. Zoll, K. Sobczak, *Państwo prawa jeszcze w budowie*, Warszawa 2013, s. 136-137.

¹⁰ 15 *prawych ludzi*, „Polityka” 20 listopada 2010 r. W innym miejscu dodawał: „niektórzy reprezentują pogląd lewicowy, inni prawicowy. I właśnie o to chodzi, żeby w ramach tej piętnastki sędziów ścierały się te wizje. Dzięki temu możemy mieć gwarancję, że to, co wypracuje TK, będzie odpowiednio wyważone”, por. *Nie przesadzajmy z tym Prezesem...*

¹¹ Wypowiedź podczas posiedzenia Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (nr 23), 5 września 1995 r., por. „Biuletyn” nr 1848/II.

¹² Por. np. P. Yowell, *The negative legislator*, [w:] *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, red. M. Belov, Abingdon, Oxon, New York 2020.

¹³ Wczesnym przykładem tej koncepcji były: Sąd Konstytucyjny Czechosłowacji (przewidziany w Konstytucji z 29 lutego 1920 r.), Sąd Konstytucyjny Austrii utworzony na mocy Konstytucji z 1 października 1920 r. (przy której powstawaniu kluczową rolę odegrał Hans Kelsen) oraz Sąd Konstytucyjny Hiszpanii, utworzony na mocy Konstytucji z 9 grudnia 1931 r. Co istotne, współczesne

funkcjonuje też kontrola prewencyjna), zaś orzeczenia sądów konstytucyjnych są ostateczne¹⁴. Do takiej sytuacji odnoszą się dalsze rozważania.

I.1. SĄD ROZJEMCZY

Pierwszy model, w ocenie autora adekwatny do opisu funkcjonowania TK w pierwszych dwóch dekadach transformacji, można nazwać – zapożyczając z metafory Pawła Sarneckiego stanowiącej motto niniejszego artykułu – sądem rozjemczym.

Metafora ta podkreśla kluczowe charakterystyki tego modelu kontroli konstytucyjności. Po pierwsze, sąd rozjemczy jako całość pozostaje bezstronny wobec stron sporu, jednak w jego składzie zasiadają arbitrzy reprezentujący każdą z nich. Po drugie, źródłem wykonania decyzji sądu rozjemczego jest jego autorytet – nie stoi za nim aparat przymusu państwowego. Po trzecie wreszcie, jednym z kluczowych źródeł tego autorytetu (legitymizacji) jest – poza autorytetem osobistym, jakim cieszą się arbitrzy – uzasadnione przekonanie, że wydając wyrok sąd rozjemczy uwzględnił perspektywy obu stron sporu (zważył ich racje). Przekonanie to uwiarygadnia właśnie fakt, że w składzie sądu zasiadali arbitrzy wywodzący się ze środowisk toczących spór (np. w przypadku instytucji rozstrzygającej spory pracownicze, przedstawiciel rady pracowniczej i zarządu).

Przenosząc metaforyczne cechy sądu rozjemczego na pozycję ustrojową polskiego TK (szerzej na ten temat w części II) model ten implikuje, że właśnie polityczna procedura wyłaniania sędziów TK – gwarantując reprezentację perspektyw z obu stron osi zasadniczego sporu politycznego¹⁵ – jest kluczem do jego legitymizacji wśród polityków. Przekonanie obu stron sporu, że w procesie wykładni konstytucji uwzględniono głos osób posiadających wrażliwość zbliżoną do ich własnych, może przyczynić się do większej skłonności by podporządkować się orzeczeniu. Dodatkowo, sprzyja temu jednomyślność i konsensualność decyzji – fakt, że głosy nie tylko wybrzmiewają, ale mają wpływ na rozstrzygnięcie.

(powojenne) sądownictwo konstytucyjne w Europie różni się w istotnych aspektach od oryginalnej koncepcji Kelsena. Po pierwsze, dotyczy to kontroli w aspekcie praw obywatelskich – jak w modelu amerykańskim (sam Kelsen uważał, że sąd konstytucyjny nie ma legitymizacji do posługiwania się niejednoznaczными zasadami moralnymi do podważania decyzji wyłonionego demokratycznie parlamentu), szerzej o koncepcjach Kelsena w L. Vinu, *The Guardian of the Constitution*, Cambridge 2015. Po drugie, współczesne konstytucje europejskie (w tym Polska z 1997 r.) przewidują bezpośrednie stosowanie konstytucji przez sądy powszechne, w ramach rozpoznawania indywidualnych spraw.

¹⁴ Por. W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005, s. 65-86.

¹⁵ W tym miejscu należy raz jeszcze powrócić do opisanej już szczegółowo dystynkcji między znaczeniem wrażliwości ideowej (np. konserwatyzm czy liberalizm) w wykładni konstytucyjnej a upolitycznieniem – czyli realizowaniem w ożecznicwie linii (wytucznych) partii politycznej. Różnica ta – celowo zacieraana przez polityków, zwłaszcza prawników – ma fundamentalne znaczenie dla całej dyskusji.

1.2. IZBA KONSTYTUCYJNA

Drugi model, w ocenie autora preferowany przez środowiska prawnicze na różnych etapach transformacji, acz nigdy nie zrealizowany, można nazwać – zapożyczając określenie prof. Adama Strzembosza¹⁶ – Izbą Konstytucyjną SN. Jego cechy charakterystyczne najlepiej ukazuje porównanie do omawianego poprzednio sądu rozjemczego.

Po pierwsze, Izba Konstytucyjna nie tylko pozostaje bezstronna wobec stron sporu. Jest także wyłaniana w apolitycznej procedurze, na którą nie mają oni realnego wpływu. Po drugie, za orzeczeniami Sądu Najwyższego – podobnie jak sądów powszechnych, nad którymi sprawuje nadzór orzecznicy – stoi aparat przymusu państwa, zapewniający ich wykonanie. Jednak, jak konstatował Cimoszewicz, za Izbą Konstytucyjną nie stoi policja – tylko, dokładnie tak jak w przypadku sądu rozjemczego, jej autorytet. Po trzecie, autorytet ten (legitymizacja) powstaje – z perspektywy polityków – *deus ex machina*. Brak bowiem jakiegokolwiek gwarancji, że wydając wyrok Izba Konstytucyjna próbowała spojrzeć na rozstrzygany problem z perspektywy uczestników sporu. Wręcz przeciwnie, funkcjonuje ona raczej w paradygmacie sędziego sfinksa – nieprzeniknionego dla stron sporu.

1.3. TRZECIA IZBA PARLAMENTU

Trzeci model, w ocenie autora adekwatny do opisu ostatniej fazy funkcjonowania TK (oraz jego pozycji w schyłkowej PRL) można nazwać – zapożyczając określenie Jarosława Kaczyńskiego – Trzecią Izbą Parlamentu¹⁷. O ile model ten opisuje możliwą pozycję ustrojową TK, to z całą pewnością jego realizacja jest zaprzeczeniem idei kontroli konstytucyjności. W tym modelu kontrola konstytucyjności stanowiąca prawa nie istnieje, zaś tak zorganizowany TK pozostaje instytucją fasadową.

Trzecia Izba Parlamentu nie jest, i generalnie nie aspiruje do bezstronności wobec stron sporu. Jest emanacją jednej ze stron – tej, która sprawuje władzę. Z tego względu nie nastręcza problemów kwestia wykonalności jej orzeczeń – są one bowiem generalnie zgodne z oczekiwaniami władzy, a przynajmniej poruszają się w ramach wytyczonych przez władzę granic¹⁸. I nikt nie oczekuje, że będzie inaczej.

¹⁶ A. Strzembosz, S. Zakroczyński, *Między prawem a sprawiedliwością*, Kraków 2017, s. 280-290.

¹⁷ Choć zarzucił on wolę jego realizacji koalicji PO-PSL („Platforma Obywatelska podjęła z udziałem prezesa Trybunału Konstytucyjnego działania, których prawdziwym celem było stworzenie innej instytucji, nie Trybunału takiego, jaki znaliśmy. To miała być swoista trzecia izba parlamentu”, *Nie chcę większości w TK*, „Rzeczpospolita” 18 stycznia 2016 r.) trudno uciec od konstatacji, że to po przejęciu władzy przez PiS i wyborze Julii Przyłębskiej model ten został w pełni wdrożony. Por. *Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2014-2017*, red. K. Łakomicz, Fundacja im. S. Batorego 2018.

¹⁸ Tak funkcjonował TK w PRL – choć jego orzeczenia spizecziwiały się władzy i jak to określił Andrzej Zoll „wzmocniały te elementy, bardzo słabe, ale jednak praworządności” (A. Zoll, K. Sobczak,

II. Ekonomia polityczna pozycji ustrojowej TK – analiza historyczna

II.1. KREACJA

Historycznie, powołany w 1986 r. TK¹⁹ zaprojektowano z myślą o pełnieniu funkcji dekoracyjnej. Potwierdza to np. następująca wypowiedź gen. Wojciecha Jaruzelskiego na forum Biura Politycznego PZPR: „Przecież przypomnijmy sobie, ile było wątpliwości [w przypadku] Trybunału Konstytucyjnego – też to się ciągnęło. Okazuje się, że to wcale nam tak znów nie przeszkadza, a na odwrót – mamy wiele okazji, żeby traktować to jako poważny dorobek”²⁰.

Jak już wskazano, ocena ta – sformułowana z punktu widzenia mechanizmów władzy – nie neguje pozytywnej roli tego organu w zakresie, w jakim było to wówczas możliwe²¹.

Zgodnie z art. 13 i 14 ustawy o TK z 1985 r. (ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 1985, nr 22, poz. 98 ze zm.), jego sędziów powoływano na ośmioletnią kadencję, którą jednak mógł skrócić Sejm (np. w przypadku sprzeniewierzenia się ślubowaniu „wierności Konstytucji PRL i wynikającym z jej przepisów zasadom politycznego i społeczno-gospodarczego ustroju socjalistycznego”). Artykuł 19 cytowanej ustawy zawęził krąg podmiotów, które mogły zainicjować kontrolę konstytucyjności, art. 6 poddawał orzeczenia TK kontroli Sejmu, zaś art. 35 wyłączał spod kontroli konstytucyjności prawodawstwo Stanu Wojennego.

II.2. REDEFINICJA

Zgodnie z art. 34 ustawy o TK z 1985 r., połowa pierwszego składu TK miała być zastąpiona po upływie połowy kadencji, aby w przyszłości unikać powoływania całego składu TK przez jeden Sejm. Jak się wydaje, przypadkowo, moment wymiany połowy składu TK zbiegł się z początkiem transformacji ustrojowej, zaś nowych sędziów

Państwo prawa..., s. 109) – to jednak nigdy nie zakwestionowały bezprawia leżącego u samych fundamentów ustroju socjalistycznego. Warto zacytować uwagę Lecha Garlickiego, który zwrócił uwagę na trybunalską „umiejętność interweniowania tylko w sytuacjach, w których była szansa wydania przyzwoitego orzeczenia, która ratowała Trybunał przed wchodzeniem w obszary, gdzie łatwo mógł zniszczyć swoją reputację”, por. L. Garlicki, *Constitutional Court of Poland: 1982-2009*, [w:] *The Political Origins of Constitutional Courts: Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom*, red. B. Pasquino, Rome 2009, s. 21.

¹⁹ Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. 1985, nr 22, poz. 98). Propozycję utworzenia TK wysunęło w 1981 r. Stronnictwo Demokratyczne (SD). Z sondażu przeprowadzonego przez OBOP w maju 1981 r. wynikało, że propozycję utworzenia TK za słuszną uznało 77% respondentów. Brak znaczenia tej propozycji deklarowało 6%, zaś 15% zadeklarowało brak opinii. Por. OBOP, *Spółeczna ocena propozycji Stronnictwa Demokratycznego*, 1981, nr 18/209.

²⁰ Wypowiedź na posiedzeniu Biura Politycznego KC PZPR, 17 lutego 1987 r., cytat za A. Dudek, *Reglamentowana rewolucja*, Kraków 2004, s. 112.

²¹ Por. komentarz do orzeczenia z 28 maja 1986 r. w M. Derlatka, L. Garlicki, M. Wiącek, *Na straży państwa prawa. Tysiące lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2016, s. 33-49. Reportaż z rozprawy, por. S. Podemski, *Trybunał nie malowany*, „Polityka” 15 listopada 1986 r.

miał powołać Sejm PRL X kadencji – czyli „Sejm Kontraktowy”. Jak wspominał Andrzej Zoll, „weszliśmy już do Sejmu i Senatu, ale trzeba jeszcze mieć możliwość oddziaływania w innych organach władzy(...) poprosiliśmy Bronisława Geremka [szefa OKP] o rozmowę na ten temat. Zgodził się z nami, że niezwykle ważne jest wprowadzenie naszej reprezentacji do Trybunału Konstytucyjnego”²². Tak też się stało, Sejm Kontraktowy powołał kandydatów Solidarności, ZSL i SD – a więc rządzącej wówczas koalicji. Kandydat SD, Mieczysław Tyczka, został wybrany Prezesem TK²³. Tym samym, TK stanął przed szansą na zredefiniowanie swojej roli i pozycji ustrojowej w odnowionej, demokratycznej Rzeczypospolitej Polskiej.

W tym kontekście warto przypomnieć podstawową cechę definiującą realia polskiej transformacji ustrojowej zainicjowanej obradami Okrągłego Stołu. Jak zgodnie wskazują historycy²⁴ oraz uczestnicy wydarzeń²⁵, obrady Okrągłego Stołu i następująca w ich konsekwencji transformacja nie były zamierzonym i dobrowolnym oddaniem władzy przez komunistów²⁶. Jednak liderzy strony partyjno-rządowej zdawali sobie sprawę, że systemy gospodarczy (bezsparnie) i polityczny (przynajmniej według niektórych), składające się na realny socjalizm, wyczerpały swoje możliwości, zaś zmiana realiów geopolitycznych otwierała przestrzeń do eksperymentów.

Innymi słowy, celem strony partyjno-rządowej nie była obrona realnego socjalizmu, a budowa nowego ładu, przy zabezpieczeniu interesów tej grupy. Z kolei celem strony opozycyjnej – „drużyny Lecha”, która przystąpiła do negocjacji, a następnie zasiadła w Sejmie PRL X kadencji – było zmniejszenie opresyjności systemu, a następnie – gdy stało się to możliwe – transformacja w kierunku demokracji.

²² A. Zoll, K. Sobczak, *Państwo prawa...*, s. 111.

²³ Sprawozdanie stenograficzne z 12. posiedzenia Sejmu PRL 16 i 17 listopada 1989 r. Kulisy przetargu politycznego przedstawił w trakcie obrad Jan Rokita: „Zgodnie z pierwotnym, jak gdyby, pomysłem klubów poselskich na tryb dokonywania tego wyboru (...) wybór miał nastąpić poprzez wcześniejsze uzgodnienie międzyklubowe a następnie głosowanie w sejmie po tych uzgodnieniach (...) wobec faktu, że w dotychczasowym składzie Trybunału Konstytucyjnego ani przedstawiciele «Solidarności» ani Obywatelskiego Klubu Parlamentarnego nie byli w żaden sposób reprezentowani – byli natomiast przedstawiciele innych partii i sił politycznych – uzgodnienie to dotyczyło tego, iż spośród 6 nowych członków [TK liczył wówczas 12 sędziów] 3 winno być rekomendowanych przez Obywatelski Klub Parlamentarny, 1 przez Stronnictwo Demokratyczne, 1 przez Zjednoczone Stronnictwo Ludowe i 1 przez Polską Zjednoczoną Partię Robotniczą. Wobec faktu, że z ramienia Klubu Poselskiego Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej zostało zgłoszonych więcej niż jeden kandydat, również ja zmuszony jestem w imieniu swojego klubu, dokonać rekomendacji większej od przewidzianej wcześniej liczby kandydatów”

²⁴ Por. np. A. Dudek, *Reglamentowana rewolucja...*; J. Skórzyński, *Rewolucja Okrągłego Stołu*, Kraków, 2009.

²⁵ Por. szczególnie interesująca metodologicznie praca zespołu historyków i psychologów – także uczestników obrad Okrągłego Stołu: A. Friszke, J. Gizelak, M. Kofta, A. Leszczyński, W. Osiatyński, J. Reykowski, *Psychologia Okrągłego Stołu*, Sopot 2019.

²⁶ Tak samo wspomina L. Miller, *Anatomia siły, Czerwone i czarne*, Warszawa 2013, s. 12.

Tym samym obie strony podzielały zasadniczy cel: pokojowe i skuteczne przekształcenie państwa i gospodarki w kierunku modelu określanego umownie jako zachodni, w którym mogłyby się odnaleźć obie strony²⁷. Rozumiały także, że nie są w stanie osiągnąć go bez kooperacji drugiej strony²⁸. Wymowna jest tu konkluzja Janusza Reykowskiego: „obie strony uznawały, iż «tak dalej być nie może» i «tak dalej być nie musi»”²⁹.

Ta wspólnota celów i realiów zdefiniowała konsensualny tryb działania obu stron, skłaniając Timothy’ego Garton Ash’a do opisanie początkowej fazy transformacji frazą „*refolution*” – połączenia reformy i rewolucji³⁰. Charakterystycznym jest tu wspomnienie funkcjonowania newralgicznego dla pierwszych etapów transformacji organu – Państwowej Komisji Wyborczej.

Jak wspomina wiceprzewodniczący PKW, prof. Andrzej Zoll, Komisja „była zbudowana według klucza partyjnego. Przewodniczył jej profesor Alfons Klafkowski, ówczesny prezes Trybunału Konstytucyjnego, wiceprzewodniczącymi byli przedstawiciele poszczególnych partii politycznych. (...) Ta komisja była pierwszym organem państwowym, który miał działać według reguł ustalonych przy Okrągłym Stole – także w niej nasza strona miała trzydzieści kilka procent członków. Wiadomo więc było, że nie jesteśmy w stanie nic przegłosować. Dlatego staraliśmy się wymusić na przewodniczącym komisji doprowadzenie do konsensusu. I muszę powiedzieć, że profesor Klafkowski bardzo dobrze rozumiał o co chodzi. Poszedł nam na rękę, właśnie w ten sposób prowadząc obrady. Ale gdyby nie dochodziło do konsensusu, byłyby konflikty. Mogłyby prowadzić do zniweczenia ustaleń Okrągłego Stołu”³¹.

Wydaje się, że taki model rozstrzygania sporów pojawiających się w procesie transformacji inspirował także późniejsze działanie TK.

II.3. TRIUMF

Fakt, że do uchwalenia nowej Konstytucji doszło dopiero siedem lat po zapoczątkowaniu przemian sprawił, że na TK spoczęła

²⁷ Jak wspominał premier Tadeusz Mazowiecki, „Uważałem, że perspektywy życia w demokracji trzeba było zaferować wszystkim. Także ponad dwu milionom tych, którzy należeli do PZPR. To było nakazem demokratycznego myślenia i warunkiem pokojowego przeprowadzenia niezwykle trudnej transformacji”, *To były prawdziwe rozmowy, a nie teatr*, „Gazeta Wyborcza” 3 kwietnia 2006 r.

²⁸ Ostatnią próbę podjął rząd Mieczysława Franciszka Rakowskiego, inicjując reformę gospodarczą pod hasłem „Polaków mniej interesuje «okrągły stół», a bardziej suto zastawiony stół” – cyt. za J. Skórzynski, *Okrągły Stół*, Kraków 2019.

²⁹ J. Reykowski, *Od okrągłego stołu do autorytarnej „kontrewolucji”*, [w:] A. Friszke, J. Gizelak, M. Kofta, A. Leszczyński, W. Osiatyński, J. Reykowski, *Psychologia Okrągłego Stołu*, Sopot 2019, s. 289.

³⁰ T. Garton Ash, *The Uses of Adversity: Essays on the Fate of Central Europe*, Cambridge/London 1989, s. 309.

³¹ A. Zoll, K. Sobczak, *Państwo prawa...*, s. 49.

odpowiedzialność nie tyle za wykładnię, co wręcz tworzenie³² „konstytucji” na drodze orzeczniczej. Szczególne znaczenie w tym procesie³³ miał przepis „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”, wprowadzony do Konstytucji PRL w 1989 r. przez Sejm Kontraktowy³⁴. W ocenie prof. Marka Safjana, „niezwykle kreatywna, ważna i zasadnicza wykładnia konstytucyjna była dokonywana (...) na początku lat dziewięćdziesiątych, w okresie, który nazywam okresem heroicznym sądu konstytucyjnego, kiedy były wypracowywane zasady w istocie stymulujące w dużym stopniu przemiany ustrojowe”³⁵.

Z punktu widzenia nauki prawa i roli sądownictwa konstytucyjnego, była to sytuacja nietypowa, by nie powiedzieć niekomfortowa. Ówczesny Prezes TK, prof. Andrzej Zoll przyznaje, że „na pewno mieliśmy wtedy za dużą władzę. Dzisiaj tego nie ma. Ta zasada nadal jest w Konstytucji, ale Trybunał wiele razy stwierdzał, że trudno zakwestionować jakiś przepis tylko w oparciu o tę zasadę”³⁶. Co więcej, zakres ówczesnej władzy TK miał również bardzo konkretny wymiar polityczny i społeczny.

Przedmiotem wykładni (czy wręcz aktywizmu) TK stała się pozycja ustrojowa samego Trybunału, której podstawowym ograniczeniem była nieostateczność orzeczeń, diagnozowana przez prezesa Andrzeja Zolla jako „choroba wczesnego porodu”³⁷ – ustrój TK zachował bowiem formułę określoną w warunkach prawnych i politycznych PRL w 1985 r. Zmierzając do wzmocnienia swojej pozycji, TK w uchwale z 20 października 1993 r. (W 6/93) wywiódł z art. 7 ust. 2 ustawy o TK z 1985 r.³⁸, że „orzeczenie które nie zostało rozpatrzone przez Sejm w terminie sześciu miesięcy zachowuje moc obowiązującą i powoduje uchylenie ustawy z dniem ogłoszenia w Dzienniku Ustaw obwieszczenia Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o utracie mocy obowiązującej ustawy”³⁹.

Trybunał Konstytucyjny zmagał się także ze sporami kompetencyjnymi, które były wynikiem ekspansjonizmu prezydentury Lecha Wałęsy. Stało się tak w tzw. sprawie Markiewicza, odwołanego

³² Por. np. W. Łączkowski, *Trybunał Konstytucyjny jako współtwórca katalogu praw podstawowych u zarania transformacji*, [w:] R. Piotrowski, A. Szmyt, *Trybunał Konstytucyjny na straży wartości konstytucyjnych 1986–2016*, Wolters Kluwer 2017, s. 39-44.

³³ Por. np. S. Wronkowska, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006.

³⁴ Dz.U. 1989, nr 75, poz. 444.

³⁵ M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 72.

³⁶ A. Zoll, K. Sobczak, *Państwo prawa...*, s. 131.

³⁷ Andrzej Zoll o Trybunale Konstytucyjnym, „Gazeta Wyborcza” 31 stycznia 1995 r.

³⁸ W bismieniu: „Orzeczenia stwierdzające niezgodność z konstytucją aktu ustawodawczego Sejm rozpatruje nie później niż w okresie sześciu miesięcy od dnia przedstawienia orzeczenia przez prezesa TK”.

³⁹ Por. komentarz W. Płowiec, [w:] *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek Warszawa, s. 130-146.

ze stanowiska przewodniczącego KRRiT. Trybunał jednoznacznie stwierdził wówczas, że z uprawnienie do powołania Przewodniczącego („Przewodniczącego Krajowej Rady powołuje Prezydent z grona członków Rady”) nie może być wywodzone uprawnienie do odwołania go ze stanowiska⁴⁰. Orzeczeniu temu towarzyszył bezprecedensowy kryzys wykonalności orzeczeń TK (właśnie do tej sytuacji odnosił się cytowany w niniejszym artykule komentarz Włodzimierza Cimoszewicza o policji TK). Prezydent Wałęsa – ustami ministra Lecha Falandysza obwieścił, że z orzeczenia nic nie wynika bo „wykładnia nie działa wstecz”⁴¹. Ryszard Bender – powołany przez Wałęsę na stanowisko Markiewicza – pozostał na stanowisku do momentu swojej rezygnacji⁴².

Kolejnym przypadkiem obejmującym konflikt konstytucyjnych organów władzy była podjęta w 1995 r. przez Lecha Wałęsę próba rozwiązania zdominowanego przez postkomunistów Sejmu. Antoni Dudek opisuje ją następująco: „prezydent, z pomocą niezawodnego dotąd Falandysza, zamierzał odwlekać podpisanie ustawy budżetowej (i związanej z nią ustawy podatkowej) tak długo, by fakt jej nieuchwalenia w konstytucyjnie przewidzianym terminie 3 miesięcy⁴³ stworzył pretekst do rozwiązania parlamentu (...) W końcu stycznia Falandysz stwierdził, że w związku ze skierowaniem do Trybunału Konstytucyjnego wniosku o zbadanie zgodności sposobu wprowadzenia stawek podatkowych na 1995 r. z konstytucją⁴⁴, prezydent nie uznaje budżetu za uchwalony i poczynając od 4 lutego (...) parlament może zostać rozwiązany (...) 2 lutego Wałęsa (...) skierował do marszałków obu izb pismo, w którym zgodnie z konstytucją prosił o «wyrażenie opinii o ewentualnym rozwiązaniu Sejmu» (...) 4 lutego Sejm przyjął uchwałę, w której ostrzegał, że «ewentualne rozwiązanie parlamentu przez Prezydenta RP – jako działanie nie mające podstaw prawnych – będzie przez Sejm RP uznane za nielegalne i pociągnie za sobą odpowiedzialność konstytucyjną Prezydenta RP»⁴⁵ (...) na spotkaniu Konwentu Seniorów transmitowanym przez telewizję, [Wałęsa] zażądał zmiany rządu najpóźniej do końca miesiąca, dając równocześnie do zrozumienia, że w przeciwnym razie rozwiąże parlament”⁴⁶.

⁴⁰ Uchwała z 10 maja 1994 r., W 7/94.

⁴¹ *Prawo i przyzwoitość*, „Gazeta Wyborcza” 13 maja 1994 r.

⁴² *Bender wybiera RPA*, „Gazeta Wyborcza” 22 lipca 1994 r.

⁴³ Ustawa budżetowa na 1995 r. (Dz.U.1995, nr 27,poz.141) została jednak uchwalona 30 grudnia 1994 r.

⁴⁴ Por. orzeczenie z 15 marca 1995 r., K 1/95.

⁴⁵ Przedstawiony przez Prezydium Sejmu projekt oświadczenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie aktualnej sytuacji w kraju (druk nr 849, II kadencja), opublikowany jako *Oświadczenie w sprawie aktualnej sytuacji w kraju* (M.P. 1995, nr 5, poz. 73). Za przyjęciem uchwały głosowało 376 posłów, przeciw 16, wstrzymało się 16.

⁴⁶ A. Dudek, *Historia polityczna Polski 1989-2015*, Kraków 2016.

Sytuacja ta unaoczniała lukę w kognicji Trybunału. Jak wskazywał Andrzej Zoll „Gdyby prezydent Lech Wałęsa rozwiązał Sejm za – jego zdaniem – nieterminowe uchwalenie ustawy budżetowej albo rozwiązany Sejm – nie zważając na decyzje prezydenta – nadal by obradował, sędziowie Trybunału Konstytucyjnego (zapytani o praworządność tych decyzji) musieliby stwierdzić: – Nie jesteśmy kompetentni, by w tych sprawach orzekać”⁴⁷.

Uchwalenie Konstytucji RP z 1997 r. – na którą zasadniczy wpływ miało doświadczenie prezydentury Wałęsy – znacznie wzmocniło pozycję ustrojową TK. Jego orzeczenia stały się ostateczne⁴⁸, kognicja objęła spory kompetencyjne⁴⁹, zaś obywatelom przyznano prawo do wniesienia skargi konstytucyjnej⁵⁰. Trybunał został jednak pozbawiony prawa dokonywania wiążącej wykładni ustaw i konstytucji. Interesującym aspektem prac nad pozycją ustrojową TK była również debata o organie, który winien orzekać o ważności wyboru parlamentarzystów i prezydenta (SN czy TK)⁵¹.

W analizowanym okresie Trybunał wypowiadał się także w wielu sprawach wkraczających w sfery, co do których można by oczekiwać raczej rozstrzygnięć politycznych (innymi słowy, wyboru rozwiązania za pomocą mechanizmu demokratycznego) nie zaś orzecznicych (innymi słowy, wyboru rozwiązania na drodze ważenia wartości przez sąd).

⁴⁷ Andrzej Zoll o..., „Gazeta Wyborcza” 31 stycznia 1995 r.

⁴⁸ Zmiany takie zakładał już przedstawiony przez Prezydenta Kwaśniewskiego w maju 1996 r. projekt ustawy konstytucyjnej o Trybunale Konstytucyjnym i o zmianie niektórych przepisów konstytucyjnych (druk nr 1731, II kadencja).

⁴⁹ Przedstawiciel TK, prof. Janusz Trzciniński wnioskował o uzupełnienie kognicji TK o „rozstrzygnięcie sporów kompetencyjnych pomiędzy konstytucyjnymi organami państwa”. Uzasadniał: „Oczekuje się od nas rozstrzygnięcia sporów kompetencyjnych pomiędzy konstytucyjnymi organami państwa, podczas gdy my takiej możliwości nie mamy (...) Nie chcę wymieniać innych przykładów powszechnie znanych, być może drastyczniejszych, z którymi zetknął się Trybunał Konstytucyjny. Nie mógł on jednak wypowiedzieć się na ich temat. Stawiano zarzut, że Trybunał wypowiada się bardzo enigmatycznie jak Pytla”. Późniejsze wypowiedzi prezesa Zolla potwierdziły, że chodziło o doświadczenia sprawy Markiewicza. Por. dyskusja z 5 września 1995 r., Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, nr 23, Biuletyn nr: 1848/11.

⁵⁰ Por. dyskusja z 11 kwietnia 1995 r., Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, nr 17, Biuletyn nr: 1460/11.

⁵¹ Na uwagę zasługują argumenty przywoływane na rzecz obu wariantów. Za wyborem SN przemawiał fakt, że „bardziej właściwy jest organ o charakterze sądowym, gdyż często w grę wchodzi spory natury faktycznej. Dotychczasowe doświadczenia wskazują również, że to rozwiązania potwierdziło się”. Argumentację tę podzieliali także przedstawiciele TK. Z kolei zwolennicy wyboru TK (Unia Wolności) wskazywali, że „wówczas skupiałby wszystkie najważniejsze rozstrzygnięcia dotyczące życia publicznego. Autorytet Trybunału Konstytucyjnego jest bardzo wysoki. Nastąpiłoby również umocnienie roli Trybunału Konstytucyjnego jako organu decydującego o poszczególnych fragmentach życia publicznego w kraju” – innymi słowy, stałby się generalnym arbitrem sporów dotyczących polityków (wyłączając oczywiście ich odpowiedzialność osobistą, czym zajmował się Trybunał Stanu). Por. dyskusja z 25 stycznia 1995 r., Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, nr 11, Biuletyn nr: 1228/11.

Doskonałymi przykładami są m.in.⁵² wprowadzenie religii do szkół publicznych⁵³ (K 11/90), zasady rewaloryzacji emerytur i rent (K 14/91), relacje pomiędzy ministrem sprawiedliwości a samorządem sędziowskim w procesie powoływania sędziów – oraz tzw. I weryfikacji sędziów (K 11/93), dopuszczalność przerywania ciąży (K 26/96), tzw. II weryfikacji sędziów (K 3/98), tzw. „abolicja podatkowa” (K 41/02) oraz ocena funkcjonalności systemu ubezpieczeń zdrowotnych (K 14/03)⁵⁴.

Spśród wymienionych, zwłaszcza orzeczenie w sprawie przerywania ciąży, wydane 28 maja 1997 r., należy uznać za jeden z krytycznych testów modelu działania TK. Należy przy tym dostrzec kontekst prawny (wykładnia nasycona kontekstem aksjologicznym), społeczny (zdaniem 54% respondentów warunki dopuszczalności przerywania ciąży określone w ustawie były słuszne, 30% było przeciwnego zdania⁵⁵) i religijny (nieskrywana religijność prezesa Zolla i fakt wydania wyroku na trzy dni przed VI pielgrzymką papieża do Polski). Orzeczenie zostało skrytykowane zarówno przez przedstawicieli formacji postkomunistycznej⁵⁶ jak i nie pravicowych polityków postsolidarnościowych⁵⁷.

W tym kontekście warto przywołać jeszcze jeden „kryzys kon-

⁵² Komentarze do niektórych spośród wyliczonych orzeczeń w M. Derlatka, L. Garlicki, M. Wiącek, *Na straży państwa prawa...*

⁵³ Autor zaznacza, że świadom jest faktu, że z prawnego punktu widzenia przedmiotem rozstrzygnięcia była forma wprowadzenia religii do szkół (instrukcja ministra) por. E. Łętowska, K. Sobczak, *Rzeźbienie państwa prawa: 20 lat później*, Warszawa 2013, rozdział *Religia i szkoły, czyli dlaczego nie można tego robić porządnie*, s. 20. Z perspektywy niniejszego artykułu nie można jednak uciec od konstatacji, że w powszechnym odbiorze chodziło nie o dyskusję formalną, a kluczowy aspekt relacji państwo-kościół. Skalę podziałów społecznych w tej kwestii dokumentują: OBOP, *Opinie o wprowadzeniu religii do szkół*, 1990, Komunikat z z badań nr 37/579; oraz CBOS, *Opinia publiczna o nauce religii w szkołach*, 1991, BS/116/37/91. W maju 1991 r. 36% ankietowanych przez OBOP deklarowało, że udział Kościoła w „życiu politycznym kraju” jest „zdecydowanie za duży”, zaś dalsze 38% „raczej za duży”, por. OBOP, *Sprawy religii i kościoła*, 1991. Co znamienne, polaryzacja ta znalazła odzwierciedlenie w orzeczeniu TK – w którym po raz pierwszy w historii pojawiły się zdania odrębne (trzy).

⁵⁴ Trzy ostatnie przykłady za wyliczeniem prof. M. Safjana, *Nie wikłajmy Trybunału do polityki PiS*, „Gazeta Wyborcza” 7 lutego 2006 r. Na szczególną uwagę zasługuje wyrok w sprawie NFZ, gdzie „TK wyraźnie uznaje niefunkcjonalność systemu potwierdzoną praktyką za podstawę niekonstytucyjności przyjętych rozwiązań”, por. M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 73.

⁵⁵ OBOP, *Opinie o zmianie ustawy o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, 1996. Nie powinno dziwić wyrażone w Sejmie przez prof. Zolla przekonanie, że „Trybunał Konstytucyjny nie powinien liczyć się z opinią publiczną”, *Trybunał niepolityczny*, „Gazeta Wyborcza” 12 czerwca 1997 r.

⁵⁶ Np. zdaniem Krzysztofa Janika z kancelarii prezydenta Kuwańskiego „Trybunał wypowiedział się bardziej politycznie niż merytorycznie, jego argumentacja nie przekonuje mnie”, *Prezydent nie złożył wniosku...*, „Gazeta Wyborcza” 6 czerwca 1997 r.

⁵⁷ Np. w oświadczeniu Zofii Kuratowskiej, Marka Balickiego i Krzysztofa Dołowego deklarowali, że TK podjął decyzję polityczną i przekroczył swe kompetencje, *Polityczne orzeczenie*, „Gazeta Wyborcza” 31 maja 1997 r. „Jestem zwolennikiem szerokich uprawnień sądów, w tym także sądów konstytucyjnych, jakie zostały im przyznane w nowej konstytucji [z 1997 r.] (...) Ale głos sądu musi inaczej biźmieć i posługiwać się inną argumentacją niż autorytetu moralnego” pisał z kolei W. Osiatyński, *Szacunek dla sądów i aborcja*, „Gazeta Wyborcza” 6 czerwca 1997 r.

stytucyjny” z tego okresu. Dotyczył on powiększenia składu TK z 12 sędziów, o których mówiła ustawa o TK z 1985 r. do 15, zgodnie z Konstytucją z 1997 r. Zmiana ta wymagała uchwalenia nowej ustawy o TK, a następnie dokonania wyboru trzech sędziów. Zaalarmowało to szykujące się do zwycięstwa w nadchodzących wyborach środowiska postsolidarnościowe. „Gazeta Wyborcza” publikowała teksty sugerujące, że prace nad nową ustawą o TK⁵⁸ stanowią próbę przejścia Trybunału. „Jeżeli Trybunał jest powiązany z jakąś siłą polityczną, to lepiej, żeby go w ogóle nie było!” mówił „Gazecie” prezes Zoll⁵⁹. Jak relacjonowała „Gazeta”: „SLD i PSL naciskają, by jeszcze ten parlament wybrał trzech dodatkowych sędziów Trybunału Konstytucyjnego. W Senacie doszło do ostrego starcia z opozycją. Walczy ona przeciw zdominowaniu Trybunału przez koalicję⁶⁰. „Senatorowie opozycji mówili, że jeśli ktoś miał wątpliwości, iż koalicja przygotowała skok na Trybunał, to je ostatecznie stracił⁶¹. „Już tylko od prezydenta zależy, czy obecny Sejm będzie mógł tuż przed wyborami powołać trzech nowych sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Zdaniem opozycji świadczy to, że SLD i PSL chcą Trybunał zdominować⁶². „Prezydent Aleksander Kwaśniewski podpisał wczoraj [28 VIII 1997 r.] ustawę o Trybunale Konstytucyjnym. Obecny Sejm ma więc dość czasu na wybranie sędziów Trybunału⁶³. Ustawę ogłoszono 1 września, weszła w życie 17 października 1997 r., zaś jej art. 5 ust. 1⁶⁴ oraz art. 88 ust. 2 i 3⁶⁵ – stanowiące podstawę wyboru dodatkowych sędziów – weszły w życie po upływie 7 dni. Ostatnie, 115. posiedzenie Sejmu II kadencji, miało miejsce 4 września 1997 r. Trzech dodatkowych sędziów – Teresę Dębowską-Romanowską, Marka Safjana i Mariana Zdybę – wybrał Sejm III kadencji, zdominowany przez ugrupowania postsolidarnościowe⁶⁶.

Podsumowując, w okresie poprzedzającym przyjęcie nowej konstytucji („okres heroiczny” o którym mówi prof. Safjan), TK cechował się – z konieczności – dużym poziomem aktywizmu⁶⁷, tak w kwestii

⁵⁸ Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. 1997, nr 102, poz. 643). Za uchwaleniem ustawy (Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o organizacji i postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, druk nr 2055, II kadencja) głosowało 309 posłów, przeciw 3, wstrzymało się 4.

⁵⁹ *Skok koalicji na Trybunał*, „Gazeta Wyborcza” 14 sierpnia 1997 r.

⁶⁰ *Bój o Trybunał*, „Gazeta Wyborcza” 16 sierpnia 1997 r.

⁶¹ *Bitwa o Trybunał*, „Gazeta Wyborcza” 16 sierpnia 1997 r.

⁶² *Trybunał przed prezydentem*, „Gazeta Wyborcza” 21 sierpnia 1997 r.

⁶³ *Niezawiaśli, ale władni*, „Gazeta Wyborcza” 29 sierpnia 1997 r.

⁶⁴ W skład Trybunału wchodzi piętnastu sędziów Trybunału.

⁶⁵ 2. Kadencja sędziów Trybunału wybranych na podstawie art. 15 ust. 2 i 4 oraz art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym trwa osiem lat od chwili wyboru. 3. Sejm dokona wyboru sędziów Trybunału w liczbie niezbędnej do dostosowania Trybunału do wymogów określonych w art. 5.

⁶⁶ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 listopada 1997 r. w sprawie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego (M.P. 1997, nr 82, poz. 789).

⁶⁷ Zdaniem Lecha Garlickiego, w okresie przed 1997 r. sędziowie TK nie stawiali jednak przed klasycznym wyborem pomiędzy samoograniczeniem a aktywizmem – lecz przed wyborem pomiędzy konstytucyjnym

własnej pozycji (wykładnia ustawy o TK z 1985 r., W 6/93), jak i licznych problemów społeczno-ekonomicznych. Pomimo silnej polaryzacji sceny politycznej (skonfliktowane ugrupowania postsolidarnościowe, powrót do władzy ugrupowań postkomunistycznych, prezydentura Wałęsy) taki stan rzeczy był nie tylko akceptowany przez polityków – dominowały wręcz dążenia do poszerzenia zakresu kontroli TK (ostateczność orzeczeń, rozstrzyganie sporów kompetencyjnych). Także po przyjęciu nowej ustawy zasadniczej, nie doszło do prób „ataków” czy „zamachów” na Trybunał, zaś jego orzeczenia, także cechujące się aktywizmem i dotyczące priorytetów rządzących (II weryfikacja sędziów, NFZ), były szanowane. Świadczy to o bardzo wysokim poziomie legitymizacji TK (gotowości podporządkowania krytykowanym orzeczeniom) w tym krytycznym okresie.

Warto też przypomnieć o zasadniczym konsensusie polskiej transformacji, który stanowiła orientacja prozachodnia. Ten parametr, wyrażony w aspiracjach integracji ze strukturami politycznymi zachodu (Rada Europy, Unia Europejska, NATO), implikował przyjęcie modelu demokracji konstytucyjnej⁶⁸.

II.4. KRYZYS

Fakt, że w początkowym okresie transformacji TK cieszył się bardzo wysokim autorytetem, zaś jego niezależność i orzeczenia były szanowane, nie oznacza, że taki stan rzeczy był akceptowany przez wszystkie siły polityczne. Ugrupowania prawicowe i określające się mianem „niepodległościowych” od początku krytykowały TK w jego ówczesnym kształcie.

Już w Sejmie I kadencji pojawił się projekt poselski, zmierzający do obsadzenia na nowo TK⁶⁹. W uzasadnieniu, jego autorzy pisali: „Akty prawne demokratycznie wybranego Sejmu I kadencji «kontrolowane» są przez Trybunał Konstytucyjny, ustanowiony z zachowaniem wpływów komunistycznych i nie posiadający legitymacji pochodzenia od Sejmu wyłonionego w wolnych wyborach”.

W praktyce, ze względu na umiarkowane poparcie i konfliktowość swoich liderów, prowadzącą do silnej fragmentaryzacji, ugrupowania te nie odgrywały istotnej roli politycznej. Stan ten uległ zmianie w IV kadencji Sejmu. Rozpoczął się wówczas proces prze-modelowania Polskiej sceny politycznej.

W następstwie afer Rywina, PZU i Orlenu – oraz intensywnej kampanii środowisk postsolidarnościowych – doszło do znaczne-

tucyjnym nihilizmem (akceptacją, że państwo jakoś funkcjonuje bez spójnych ram konstytucyjnych) a aktywizmem (próbą stworzenia takich ram), por. L. Garlicki, *Constitutional Court of Poland...*, s. 25.

⁶⁸ Na wagę tego czynnika w procesie kształtowania ustroju zwraca uwagę L. Garlicki, *Constitutional Court of Poland...*, s. 30.

⁶⁹ Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, druk nr 458, I kadencja.

go osłabienia ugrupowań postkomunistycznych (SLD i rozłamowa SDPL). Jednocześnie rozpad AWS i klęska UW zaowocowała przetasowaniem w ugrupowaniach postsolidarnościowych. Miejsce liderów firmujących porozumienia Okrągłego Stołu (np. jak Tadeusza Mazowieckiego i Bronisława Geremka) zajęli Donald Tusk z PO i Jarosław Kaczyński z PiS⁷⁰.

Podwójne zwycięstwo wyborcze PiS w 2005 r. przyniosło pierwszy poważny kryzys ustrojowy wokół TK, związany ze zbliżającym się zakończeniem kadencji prezesa TK, prof. Marka Safjana (5 listopada 2006 r.). Dodatkowo, w ciągu niecałego półrocza miały zakończyć się kadencje szóstki sędziów TK powołanych przez Sejm III kadencji.

Pomimo, że 28 czerwca 2006 r. Zgromadzenie Ogólne sędziów TK wybrało kandydatów na prezesa – sędziów Jerzego Stępnia i Marka Mazurkiewicza (kandydatury przedstawiono prezydentowi 11 lipca)⁷¹, 7 lipca 2006 r. do Sejmu wpłynął przygotowany przez posłów PiS projekt noweli ustawy o TK⁷², projekt ustawy o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Zakładał on, że „prezesa i wiceprezesa Trybunału powołuje Prezydent Rzeczypospolitej spośród trzech kandydatów przedstawionych na każde stanowisko przez Zgromadzenie Ogólne” – nie jak dotychczas, spośród dwóch. Dodatkowo, projekt zmieniał datę wyboru kandydatów na prezesa tak, aby umożliwić udział nowych, powołanych przez większość PiS sędziów. Z tego względu miał on nastąpić „po upływie kadencji [ustępującego Prezesa], w dniu wyznaczonym przez Prezydenta RP”⁷³. Uzasadniając propozycję, autorzy projektu krytykowali „procedurę wyboru prezesa i wiceprezesa trybunału opartą o zasadę stanowiącą, iż czynność ta jest wewnętrzną sprawą sędziów Trybunału. Tymczasem dla obywateli nie jest obojętne kto

⁷⁰ Konieczne jest tu zastrzeżenie. Obaj bracia Kaczyńscy w 1989 r. nie byli przeciwnikami Okrągłego Stołu, zaś Lech Kaczyński uczestniczył we wszystkich negocjacjach w Magdalence (por. wypowiedź Jarosława Kaczyńskiego w: L. Kaczyński, J. Kaczyński, *Alfabet braci Kaczyńskich*, Warszawa 2006, s. 175). Odegrali także rolę podczas tworzenia koalicji Solidarności, ZSL i SD, która umożliwiła powstanie rządu Tadeusza Mazowieckiego (por. np. J. Skórzyński, *Okrągły Stół...*). W kolejnych latach, politycy ci jednak nie identyfikowali się z transformacją w modelu Okrągłostołowym. Jak wskazywali bracia Kaczyńscy, „[L.K.] To nie były żadne tajne porozumienia. Raczej coś co dzisiaj od czytuję jako próbę «dorozumienia» porozumienia. Przy Okrągłym Stole została bowiem ustanowiona, jak ja to nazywam, nowa równowaga (...) [J.K.] dorozumianie było powiedzenie komunistom: możecie brać, możecie kraść (...) [L.K.] Na to potrzebna była zgoda Solidarności, bo o własność można było zrobić dużą drakę (...) [J.K.] Istotą porozumień było to, że zostaje stary aparat ujęty tylko w ramy praworządności, zgodnie z zasadą, że nie będzie już mógł dowolnie interpretować prawa (...) My uważaliśmy za oczywiste – szybkie wybory, pełne odsunięcie od władzy komunistów, przebudowa aparatu państwowego, dekomunizacja, nieco później doszedł postulat lustracji” (L. Kaczyński, J. Kaczyński, *Alfabet braci Kaczyńskich...*, s. 175-176).

⁷¹ *Wojna o Trybunał Konstytucyjny*, „Gazeta Wyborcza” 12 lipca 2006 r.

⁷² Projekt ustawy o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, druk nr 765, V kadencja.

⁷³ W uzasadnieniu zapisano *explicite*, że „decyzja o tym kto będzie kandydował podejmują również sędziowie, o których wiadomo, że ich kadencja dobiega końca i nie będą uczestniczyć w pracach Trybunału Konstytucyjnego z udziałem nowego Kierownictwa” – argument ten odnosi się zatem uprost do kontekstu pozbawienia „starych” sędziów prawa głosu.

będzie kierował pracami Trybunału Konstytucyjnego i w związku z tym wybór powinien zostać poddany kontroli innego organu władzy państwowej (...) Trybunał Konstytucyjny w swych orzeczeniach z mocy Konstytucji pozostaje niezawisły natomiast jego reprezentacja na zewnątrz powinna zapewniać harmonijne współdziałanie z innymi najwyższymi organami państwa⁷⁴.

„Wkraczamy w okres, w którym będzie się decydowało, czy będziemy demokratycznym państwem prawa, czy państwem autorytarnym – To nie jest histeria”⁷⁴ przekonywał prof. Andrzej Zoll. Ostatecznie PiS ustąpił, ustawy o TK nie znowelizowano, a prezydent Lech Kaczyński powołał na stanowisko Prezesa TK sędziego Jerzego Stępnia⁷⁵.

Powołanie Jerzego Stępnia, którego kadencja upływała w czerwcu 2008 r.⁷⁶, nie zamykało ostatecznie możliwości przejścia przez PiS kontroli nad Trybunałem. Przedstawiciele rządu – np. minister sprawiedliwości Zbigniew Ziobro – kwestionowali publicznie ideę sądowej kontroli konstytucyjności aktów prawnych⁷⁷ zaś 29 czerwca 2007 r. do Sejmu wpłynął kolejny projekt nowelizacji ustawy o TK autorstwa posłów PiS⁷⁸.

Po raz kolejny zakładał on wybór prezesa TK spośród trzech, a nie dwóch kandydatów⁷⁹ oraz orzekanie TK wyłącznie w pełnych składach, według kolejności wpływu spraw. Zwraca uwagę, że analogiczne rozwiązania zostaną wprowadzone po 2015 r. Miały one na celu spowolnienie kontroli konstytucyjności ustaw uchwalanych przez większość PiS i wymuszenie udziału we wszystkich składach orzekających nowo wybranych sędziów⁸⁰. Przedterminowe wybory i utrata władzy przez PiS zakończyły prace nad projektem.

W tym kontekście warto również przypomnieć próbę wywarcia wpływu na skład orzekający w sprawie K 2/07, dotyczącej lustracji. Uzasadnione wydaje się przyjęcie, że celem działań PiS było albo zmniejszenie liczby przeciwników ustawy w składzie orzekającym, albo przeciągnięcie kontroli konstytucyjności ustawy do momentu jej realizacji. Na rozprawie przedstawiciel Sejmu, Ar-

⁷⁴ PiS chce „odzyskać” sądy, „Gazeta Wyborcza” 13 lipca 2006 r.

⁷⁵ Prezes Trybunału z własnym zdaniem, „Gazeta Wyborcza” 5 listopada 2006 r.

⁷⁶ Warto zauważyć, że kadencja jego kontrkandydata, sędziego Marka Mazurkiewicza upływała dwa lata później.

⁷⁷ Ziobro mówił np. „Jeśli jakąś ustawę uchwalą przedstawiciele narodu – Sejm i Senat – a potem pięciu ludzi będących fragmentem Trybunału Konstytucyjnego orzeka o jej zgodności z konstytucją, to jest to zadziwiający”, *Oslabić Trybunał*, „Gazeta Wyborcza” 29 czerwca 2007 r.

⁷⁸ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, druk 2030, V kadencja.

⁷⁹ Jak wyjaśniał później wicepremier w rządzie Jarosława Kaczyńskiego, Andrzej Lepper, „Kontrola nad Trybunałem [Konstytucyjnym] to jest wielkie marzenie Jarosława (...) rachunek jest taki, że kiedy piętnastu sędziów wybiera trzech kandydatów, to każda piątka głosuje na swojego. A PiS ma już swoich pięciu sędziów”, Wywiad Jacka Żakowskiego z Andrzejem Lepperem, *W niektórych przypadkach udawałem głupiego*, „Polityka” 11 sierpnia 2007 r.

⁸⁰ Jak wyjaśniał Lepper, Kaczyński „Sam mi mówił, że do Trybunału da takich ludzi, którzy nie zawiodą”, wywiad Jacka Żakowskiego z Andrzejem Lepperem, *W niektórych przypadkach...*

kadiusz Mularczyk, wniósł o rozpoznanie „czy w tej sprawie nie zachodzą przesłanki do wyłączenia z urzędu dwóch sędziów (...) sędziego Trybunału Konstytucyjnego Mariana Grzybowskiego, który został zarejestrowany jako kontakt operacyjny (KO) o pseudonimie «Kakatau» przez Departament I Wydziału II Ministerstwa Spraw Wewnętrznych PRL o numerze rejestracyjnym 19.390, 2) oraz sędziego Trybunału Konstytucyjnego Adama Jamroza, który został zarejestrowany jako kontakt operacyjny (KO) o pseudonimie «Ladro» przez filię Departamentu I Ministerstwa Spraw Wewnętrznych PRL w Katowicach o numerze rejestracyjnym: SSE 12.166”⁸¹. Sędziowie zostali wyłączeni, sprawę jednak udało się rozpoznać.

Na marginesie warto dodać, że pomimo silnej polityzacji problematyki TK w okresie pierwszych rządów PiS, w przeprowadzonym na przełomie marca i kwietnia 2007 r. badaniu CBOS⁸² 79% respondentów zadeklarowało, że to dobrze, że TK stwierdza, czy „uchwalane ustawy, umowy międzynarodowe i inne przepisy prawa wydawane przez centralne organy państwowe są zgodne z konstytucją”. O działalności TK „słyszało”, i „mniej więcej wie, czym się on zajmuje” 45% respondentów (w 2004 r. – 31%), „słyszało” ale „dokładnie nie wie, czym się zajmuje” dalsze 36% (w 2004 – 37%) zaś „nic nie słyszało” o TK 19% (w 2004 r. – 32%) respondentów.

Zdaniem Lecha Garlickiego „relacje pomiędzy Parlamentem a TK powróciły do tego, co było uznawane za normę w poprzednich dwóch dekadach (...) wynikiem konfrontacji była dodatkowa legitymizacja TK (i jego kolejnych prezesów), miała ona jednak swoją cenę – widoczny podział wewnątrz Trybunału. Po raz pierwszy w jego historii, proces integracji sędziów powołanych przez różne większości polityczne wydawał się napotykać trudności: większość istotnych politycznie orzeczeń zapadała większością 10:5 lub 9:6, a język zdań odrębnych bywał dość emocjonalny”⁸³.

Z perspektywy czasu wydaje się jednak, że relacjom polityków i TK daleko było do normy z okresu przed 2005 r. Do kolejnego kryzysu konstytucyjnego, tym razem związanego z powoływaniem sędziów do TK, doszło w 2015 r. Podczas prac parlamentarnych nad prezydenckim projektem ustawy o TK⁸⁴. W toku prac Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka nad projektem – po niekorzystnej dla

⁸¹ Por. uzasadnienie wyroku TK z 11 maja 2007 r. (K 2/07). Jak wyjaśniał rzecznik IPN, w środę rano do Instytutu dotarło pismo z prośbą o udostępnienie materiałów dotyczących sędziów TK, a w środę późnym wieczorem poseł Mularczyk złożył wniosek o dostęp do materiałów dotyczących 15 sędziów – por. *Operacja „Trybunał”*, „Gazeta Wyborcza” 11 maja 2007 r.

⁸² Badanie realizowano od 30 marca do 2 kwietnia 2007 r. na liczącej 937 osób reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski, por. CBOS, *Opinie Polaków o Trybunale Konstytucyjnym*, *Komunikat z badań*, 2007, BS/76/2007.

⁸³ L. Garlicki, *Constitutional Court of Poland...*, s. 37.

⁸⁴ Przedstawiony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (druk 1590, VII kadencja).

PO pierwszej turze wyborów prezydenckich⁸⁵ – do przepisów przejściowych wprowadzono art. 136⁸⁶ umożliwiający wybór przez Sejm VII kadencji dwóch sędziów, którzy zgodnie z dotychczasowymi przepisami powinni być wybrani przez nowy Sejm VIII kadencji⁸⁷ (niekonstytucyjność przepisu stwierdził TK w wyroku z 3 grudnia 2015 r., K 34/15). 21 lipca 2015 r. prezydent Bronisław Komorowski podpisał ustawę, zaś 8 października 2015 r. Sejm VII kadencji wybrał 5 sędziów TK.

O ile w 1997 r. większości SLD-PSL zarzucano próbę przyspieszenia prac nad ustawą o TK w celu wyboru dodatkowych 3 sędziów (przy okazji zmiany liczby sędziów z 12 na 15, wprowadzonej w Konstytucji RP z 1997 r.), w 2015 r. rzeczywiście dokonał się – sprzeczny z konstytucją – wybór „na zapas” sędziów TK⁸⁸. Początkowo PiS złożył w tej sprawie skargę do TK, po wygranej w wyborach parlamentarnych zdecydował się jednak ją wycofać (analogiczną skargę złożyli posłowie PO)⁸⁹.

Tym samym PiS zrezygnował z konstytucyjnej ścieżki rozwiązania problemu – decydując się na ścieżkę antykonstytucyjną, przejęcie kontroli nad TK. Jego szczegółowy opis wykracza poza zakres niniejszego artykułu⁹⁰, nie ulega jednak wątpliwości, że konsekwencją stała się eliminacja kontroli konstytucyjności prawa.

Z punktu widzenia problematyki niniejszego artykułu uzasadnione jest pytanie o przyczynę, dla której PiS zdecydował się na

⁸⁵ Przeprowadzonej 10 maja 2015 r., Andrzej Duda zdobył wówczas 34,76% głosów, zaś Bronisław Komorowski 33,77% Por. Obuieszczenie Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 11 maja 2015 r. o wynikach głosowania i wyniku wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, zarządzonych na dzień 10 maja 2015 r. (Dz.U. 2015, poz. 650).

⁸⁶ W brzmieniu: „W przypadku sędziów Trybunału, których kadencja upływa w roku 2015, termin na złożenie wniosku, o którym mowa w art. 19 ust. 2, wynosi 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy” – art. 137 opublikowanej ustawy (Dz.U. 2015, poz. 1064).

⁸⁷ Poprawkę zgłosił poseł PO R. Kropiwnicki: „chciałbym zaproponować, żebyśmy w tym rozdziale dodali art. 135a, który regulowałaby wybór sędziów Trybunału w tej kadencji. (...) kilku sędziów kończy kadencję na przełomie kadencji parlamentu. W związku z tym powstaje problem, że Trybunał może być zablokowany w pracach na okres około 6 miesięcy. Trudno sobie wyobrazić, żeby nowy parlament podczas pierwszego posiedzenia wybierał sędziów Trybunału. Jest pewien porządek. Najpierw wybiera się prezydium, potem kształtuje się rząd i można powiedzieć, że gdzieś dopiero najwcześniej w okolicach lutego czy marca parlament zająłby się pracami nad wyborem sędziów do Trybunału? Por. Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (nr 236) i Komisji Ustawodawczej (nr 129) z 12 maja 2015 r.

⁸⁸ Zwraca uwagę, że tytuły artykułów były wówczas nieco łagodniejsze niż w przypadku poprzednich kryzysów. Ewa Siedlecka pisała „Poprawki, jakie do niej [ustawy o TK] wnosiła PO, składają do postawienia pytania, na ile wolno ingerować w procedury zabezpieczające działanie konstytucyjnego organu, by zabezpieczyć partynjny interes”, *Platforma psuje Trybunał*, „Gazeta Wyborcza” 29 maja 2015 r. W innym tekście dodawała „Jeśli prezydent Andrzej Duda ulegnie namowom, by kontestować wybór dwóch sędziów do Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał może być w sporym kłopotcie. Ale przede wszystkim ucierpieć może jego wiarygodność” – *Trybunał lepiej zostawić w spokoju*, „Gazeta Wyborcza” 24 października 2015 r.

⁸⁹ *PO skarży ustawę o Trybunale*, „Gazeta Wyborcza” 17 listopada 2015 r.

⁹⁰ Omówienia i chronologię zdarzeń prezentuje np. W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford 2019. O praktyce funkcjonowania TK w tym okresie piszą: K. Łakomicz (red.), *Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2014–2017*, Fundacja im. S. Batorego 2018.

działania antykonstytucyjne. Jak przekonywał Jarosław Kaczyński „wszystko zaczęło się od ataku na Trybunał, który Platforma wykonała w zeszłym [2015] roku. Podjęto decyzję podwójnie nielegalną. Po pierwsze, wybrano dwóch sędziów, co do których nie było najmniejszej wątpliwości, że ich kadencja zakończy się w nowej kadencji Sejmu. Wybrano również trzech sędziów, których wybór był wątpliwy (...) nikt nie wiedział, kiedy zakończy się kadencja ubiegłego Sejmu. Gdyby inauguracja odbyła się wcześniej (...) mieliśmy pełną świadomość, że Platforma Obywatelska podjęła z udziałem prezesa Trybunału Konstytucyjnego działania, których prawdziwym celem było stworzenie innej instytucji, nie Trybunału takiego, jaki znaliśmy. (...) która nie pozwoliłaby nowej, legalnie wybranej władzy na to, co my nazywamy naprawą Rzeczypospolitej [podkreślenie K. J.]”⁹¹. Innymi słowy, według Kaczyńskiego atak na TK był jedynie konsekwencją (próbą odparcia) poprzedniego ataku⁹².

Istnieją jednak liczne dowody, które przeczą takiemu wyjaśnieniu – przemawiając na korzyść hipotezy, że działania PO i PiS były wydarzeniami niezależnymi. Innymi słowy, do próby podporządkowania TK po zwycięstwie PiS doszłoby nawet bez wyboru przez Sejm VII kadencji sędziów „na zapas”. Przemawiają za tym (i) analiza porównawcza projektów ustaw nowelizujących ustawę o TK, wnoszonych w V i VIII kadencji Sejmu (ii) postulaty konstytucyjne PiS, zawarte w dwóch wersjach projektu konstytucji przedstawionego przez tę partię (w 2005 i 2010 r.), i liczne komentarze jej liderów, oraz (iii) analiza zapowiedzi⁹³ i realizacji „zmian” w sądownictwie, składających się na przejęcie kontroli politycznej nad KRS, atak na SN i sądy powszechne. Jak bowiem słusznie wskazywał minister Zbigniew Ziobro, „warunek konieczny, bez którego spełnienia nie da się w Polsce przeprowadzić reformy, to jest Trybunał Konstytucyjny, czyli sąd od prawa”⁹⁴.

W kategoriach modeli kontroli konstytucyjności naszkicowanych w części I, przesunięciu głównej osi sporu polityczno-ideolo-

⁹¹ *Nie chcę większości w TK*, „Rzeczpospolita” 18 stycznia 2016 r.

⁹² Prof. Andrzej Rzepliński relacjonuje swoiste negocjacje z przedstawicielami Kaczyńskiego, mające zmierzać do rozwiązania kryzysu konstytucyjnego. Osoba, z którą rozmawiał miała twierdzić, że Kaczyński „miał stwierdzić, że żałuje, iż tak mało wiedział o Trybunale. I że teraz, jak mu (...) któryś z jego pracowników przygotował raport o TK oraz o jego wyrokach w ostatnich latach, to ma inne zdanie. Ale sprawy, według prezesa PiS-u, zaszły już za daleko. Oczekiwałem, że prezes, po pierwsze, poleci prezydentowi zaproszenie trzech sędziów konstytucyjnych wybranych w październiku i odebranie od nich ślubowania (...) [choćby] powołać ich na wakuujące miejsca kolejno (...) Powiedziałem, że to bezalternatywne”(A. Rzepliński, *Sędzia gorszego sortu*, Warszawa 2018, s. 27-29).

⁹³ Por. program PiS z 2015 r. *Zdrowie Praca Rodzina*, s. 66-68 zapowiada „rozszerzenie uprawnień ministra wobec sądów”. Proponuje się tam też zmianę konstytucyjnej kompozycji KRS. „W składzie określonym w obowiązującej Konstytucji, która w tym punkcie wymaga nowelizacji, Rada jest zdominowana przez środowisko sędziowskie, co sprzyja jego zamykaniu się na krytykę i forsowaniu partykularnego, korporacyjnego punktu widzenia”.

⁹⁴ Wypowiedź w programie „Południk Wildsteina” wyemitowanym przez TVP 2 10 października 2016 r.

gicznego (z postkomuniści-postsolidarność na PO-PiS) towarzyszyło przechodzenie od modelu sądu rozjemczego w kierunku Trzeciej Izby Parlamentu. Uzasadniona wydaje się teza, że nowym liderom politycznym – w przeciwieństwie do ich poprzedników – przestało zależeć na funkcjonowaniu niezależnego arbitra pozwalającego rozstrzygać spory związane ze sferą polityczną w oparciu o zasady i przepisy Konstytucji RP. Na korzyść tej hipotezy przemawiają kolejne próby obsadzenia TK podejmowane od 2006 r. przez PiS i PO.

Konieczne jest jednak wyraźne podkreślenie, że działania tych partii podjęte w 2015 r. i kolejnych – choć niedopuszczalne i odbiegające od praktyki lat poprzednich – pozostają jakościowo różne. Większość PO-PSL – pomimo technicznych możliwości⁹⁵ – nigdy nie podjęła działań zmierzających do praktycznej likwidacji⁹⁶ kontroli konstytucyjności stanowienia prawa. Można wręcz argumentować, że mając w pamięci działania PiS z okresu V kadencji, próbowała działać w imię swoiście pojętej wyższej konieczności.

W modelu Trzeciej Izby Parlamentu funkcjonowanie TK jest iluzoryczne, stanowi on *de facto* przedłużenie władzy wykonawczo-ustawodawczej, i może poruszać się jedynie w zakresie wyznaczonej przez nie swobody (tak było przed 1989 r.). Iluzoryczny jest także jego autorytet i legitymizacja.

Doskonałą ilustracją jest tu precedensowe postanowienie TK z 30 listopada 2015 r. (K 34/15), ustanawiające zabezpieczenie wniosku grupy posłów „przez wezwanie Sejmu RP do powstrzymania się od dokonywania czynności zmierzających do wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego do czasu wydania przez Trybunał Konstytucyjny ostatecznego orzeczenia w sprawie”. Jak wspomina prof. Andrzej Rzepliński, „tę decyzję podjęliśmy w piętnastoosobowym składzie. Podpisali się pod nią sędziowie: profesor Zbigniew Cieślak i profesor Teresa Liszcz. To, że oni poparli ten wniosek, było dla mnie bardzo ważne, ponieważ byli sędziami wybranymi głosami PiS-u w 2006 roku. Tym samym dowiedli, że są jednak sędziami konstytucyjnymi, a nie sędziami Prawa i Sprawiedliwości”⁹⁷.

⁹⁵ Większości w obu izbach parlamentu i przyjaznego prezydenta. Warto podkreślić, że SLD znalazło się w takiej sytuacji dwukrotnie i nie atakowało TK, zaś PiS także znalazło się w takiej sytuacji dwukrotnie, za każdym razem podejmując atak na TK (za pierwszym razem nieskutecznie).

⁹⁶ Przegraną prawą w konfrontacji z siłą obrazuje refleksja prof. Rzeplińskiego o kontroli konstytucyjności innych ustaw uchwalanych przez PiS w 2015-2016 r.: „był też inny, chyba nawet poważniejszy problem [niż brak czasu, by je skontrolować]. Proszę mi wierzyć, długo się zastanawiałem, co zrobić w kwestii tych ustaw (...). Byłem przekonany, że rządzący nie będą wykonywać orzeczeń Trybunału i w ten sposób znacznie narastać rakowy garb na prawie (...) Założymy, że (...) ruszylibyśmy te ustawy. To było wykonalne. Trybunał orzekłby o ich niekonstytucyjności, ale wyrok by zignorowano, a PiS dalej działałby według przyjętej przez siebie quasi-ustawy. Niczym się nie przejmując i nie zwracając uwagi na koszty” (A. Rzepliński, *Sędzia...*, s. 215).

⁹⁷ Ibidem, s. 179.

Refleksja ta pokrywa się z kluczowym aspektem funkcjonowania modelu sądu rozjemczego, przedstawionego w niniejszym artykule. Jak już wskazano, jednym z kluczowych źródeł jego aury (legitymizacji) jest uzasadnione przekonanie, że wydając wyrok uwzględnił on perspektywy obu stron sporu (zważył ich racje). Przekonanie to uwiarygadnia właśnie fakt, że w składzie sądu zasiadali arbitrzy związani ze środowiskami toczącymi spór. Z tej perspektywy właśnie fakt, że w wydaniu postanowienia o zabezpieczeniu uczestniczyli – i nie zgłosili *votum separatum* – sędziowie wywodzący się ze środowiska PiS, i reprezentujący zbliżone wrażliwości polityczno-ideologiczne powinien być kluczowym czynnikiem legitymizacyjnym. Tyle, że w listopadzie 2015 r. model sądu rozjemczego nie był już adekwatny do opisu relacji pomiędzy politykami a TK. Legitymizacja orzeczeń straciła znaczenie, liczyło się już tylko bezpośrednie przejęcie kontroli nad TK.

III. Ekonomia polityczna pozycji ustrojowej TK – analiza empiryczna

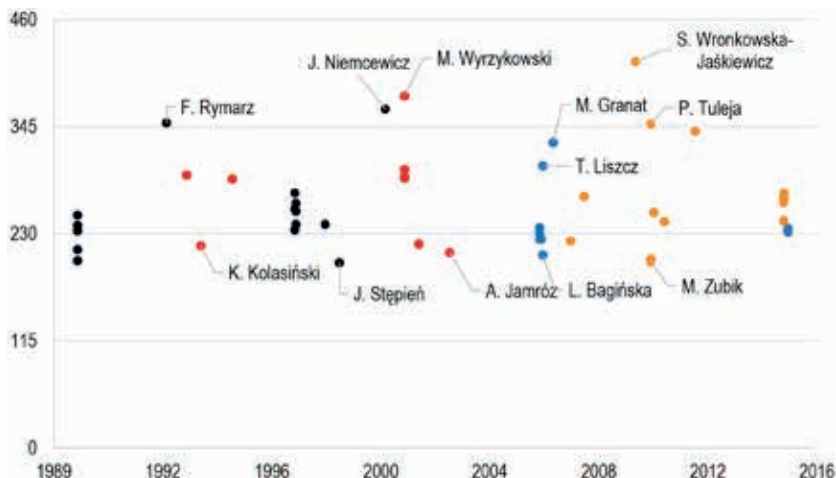
Analizy przedstawione w części II niniejszego artykułu odwołują się do źródeł i metod historycznych. Poniżej zostały one uzupełnione o podejście empiryczne.

III.1. WYBÓR SĘDZIÓW TK

Podstawowym czynnikiem determinującym funkcjonowanie TK jest sposób wyboru jego sędziów. Oba rozważane w niniejszym artykule modele – sądu rozjemczego i Trzeciej Izby Parlamentu – zakładają wybór polityczny. Jednak w pierwszym z nich dopuszczalny, a wręcz pożądanym z punktu widzenia legitymizacji Trybunału, jest pewien poziom konsensusu, rozumianego jako ponadpartyjność (pojawienie się sędziów cieszących się szacunkiem obu stron)⁹⁸. Nie jest to możliwe w modelu Trzeciej Izby Parlamentu, kiedy to obsada Trybunału nabiera cech ścisłej polaryzacji. Każda ze stron forsuje swoich kandydatów, i blokuje kandydatów przeciwnika.

⁹⁸ Warto przy tym wskazać, że poszukiwanie takiego konsensusu może utrudniać analizy „pozycji ideologicznej” sędziów TK w sposób analogiczny do badań sędziów Sądu Najwyższego USA (gdzie fakt powołania przez prezydenta Republikanina lub Demokratę jest popularną i wygodną miarą przekonań ideologicznych). Przykładowo, w II kadencji Sejmu „Rzeczpospolita” donosiła: „Jadwiga Skórzewska-Łosiak jest kandydatką na sędziego (...) Kandydaturę Skórzewskiej, od 1990 r. wiceministra sprawiedliwości, wysuwa Unia Wolności i, jak twierdzą nasi informatorzy, uzyskała dla niej przychylność rządzącej koalicji [SLD-PSL]. Sędziów TK powołuje Sejm. J. Skórzewska jest sędzią karnistą Sądu Wojewódzkiego w Warszawie, w latach siedemdziesiątych pracowała m.in. jako naczelnik wydziału w Ministerstwie Sprawiedliwości. Po sierpniu 1980 r. działała w tamtejszej «Solidarności»”(Jadwiga Skórzewska do TK, „Rzeczpospolita” 29 czerwca 1995 r.).

Wykres 1. Liczba głosów uzyskanych przez kandydatów wybranych przez Sejm do TK



Źródło: Opracowanie własne na podstawie druków sejmowych

Wykres 1. przedstawia poparcie uzyskane przez poszczególnych sędziów TK wybranych w latach 1989-2015⁹⁹. Jak widać sytuacją typową był wybór sędziego TK niewielką większością oddanych głosów. Jednak niemal w każdej kadencji pojawiały się osoby, które poparło ponad $\frac{3}{4}$ składu Sejmu (ostatnim takim sędzią był Piotr Tuleja). Najwyższe poparcie w historii zdobyła sędzia Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz. Zwraca przy tym uwagę, że tak wysokiego poparcia nie osiągnął żaden z kandydatów zgłaszanych w Sejmie z większością PiS.

Po roku 2012, głosowania stały się silnie spolaryzowane. Przestali pojawiać się kandydaci uzyskujący ponadpartyjne poparcie. Taki wzorzec jest spójny z proponowaną w niniejszym artykule hipotezą ewolucji pozycji ustrojowej TK od modelu sądu rozjemczego w kierunku Trzeciej Izby Parlamentu, który to stan osiągnął on po 2016 r.

III.2. WYBÓR PREZESÓW I WICEPREZESÓW TK

Kolejnym czynnikiem oddziałującym na funkcjonowanie TK jest sposób wyboru prezesa i wiceprezesa. Jedną z ról kierownictwa Trybunału jest stworzenie warunków i atmosfery pracy, która może być mniej lub bardziej konsensualna. Przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. wyboru prezesa i wiceprezesa TK dokonywał

⁹⁹ Fakt uwzględnienia osób wybranych na stanowiska już zajęte, a więc tzw. „dublerów” (por. wyrok K 34/15), ma jedynie na celu ilustrację stopnia polaryzacji i nie może być traktowany jako forma akceptacji ich statusu.

Sejm. Konstytucja RP wprowadziła dwustopniową procedurę, w której Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK przedstawia Prezydentowi dwóch kandydatów, spośród których dokonuje on wyboru.

W pierwszym okresie transformacji ustrojowej – po zakończeniu kadencji Mieczysława Tyczki – regułą było powierzanie stanowiska prezesa TK prawnikowi, którego kandydatura na sędziego konstytucyjnego była zgłaszana przez ugrupowania postsolidarnościowe (Andrzej Zoll, Marek Safjan, Jerzy Stępień). Co warte podkreślenia, wyborów tych dokonywali także politycy postkomunistyczni – Sejm II kadencji i prezydent Aleksander Kwaśniewski. Z kolei wiceprezesami TK zostawali prawnicy, których kandydatury na sędziów konstytucyjnych były zgłaszane przez ugrupowania postkomunistyczne (Janusz Trzcіński).

Taki styl wyłaniania prezesa i wiceprezesa TK wyraźnie odpowiadał koncepcji sądu rozjemczego, w którym znaczenie ma parytet i reprezentacja stron sporu. Takie podejście wymaga jednocześnie samokontroli strony, dysponującej aktualnie przewagą – musi ona powstrzymać się przed podejściem „zwycięzca bierze wszystko”, w imię oczekiwania, że przeciwnik, gdy przejmie władze, zachowa się tak samo.

Od praktyki tej odszedł prezydent Aleksander Kwaśniewski, powołując na wiceprezesa TK Andrzeja Mączyńskiego. Następnie, Lech Kaczyński powołał na stanowisko prezesa TK Jerzego Stępnia, wcześniej polityka AWS, zaś na stanowisko wiceprezesa – Janusza Niemcewicza, wcześniej polityka UW. Co ciekawe, w kolejnych latach Lech Kaczyński powołał na prezesa i wiceprezesa sędziów powołanych przez większość SLD¹⁰⁰.

Jeszcze dalej poszedł prezydent Bronisław Komorowski (PO), który na oba stanowiska powołał prawników, których kandydatury na sędziów konstytucyjnych były zgłaszane przez PO w Sejmie VII kadencji¹⁰¹. Działania takie odpowiadają przejściu z modelu sądu-

¹⁰⁰ Budząc tym samym sensację w środowiskach postsolidarnościowych: por. np. wypowiedź ówczesnego marszałka Sejmu Bronisława Komorowskiego „Prezydencka nominacja Bohdana Zdziennickiego na prezesa Trybunału Konstytucyjnego oznacza koniec podziału na środowisko solidarnościowe i postkomunistyczne” *Komorowski: Można z SLD*, „Gazeta Wyborcza” 28 czerwca 2008 r., oraz komentarz „Rzeczpospolitej” „[przewodniczący SLD, G.] Napieralski miał zabiegać w Pałacu Prezydenckim o nominację dla Zdziennickiego – wynika z informacji „Rz” (...) Z jednej strony Niemcewicz związany z UW, z drugiej Zdziennicki wskazany przez SLD – komentuje Arkadiusz Mularczyk [z PiS]”, por. *Gest prezydenta wobec SLD?*, „Rzeczpospolita” 27 czerwca 2008 r.

¹⁰¹ Należy jednak w tym przypadku raz jeszcze przypomnieć, że fakt powołania sędziego głosami jakiegoś ugrupowania przy szczerze in nego nie jest w stanie oddać stopnia złożoności poglądów polityczno-ideologicznych kandydata. W kontekście prezesa Rzeplińskiego na uwagę zasługują np. wypowiedź: „on każdej kierowanej przez siebie instytucji gwarantuje prawość – mówi Zbigniew Romaszewski, wicemarszałek Senatu z PiS. – I nie ma dla mnie znaczenia, że popiera go Platforma, bo on się nie da do żadnego schematu prawica-lewica-centrum wpaasować (...) Rzepliński zawsze zajmował prolustracyjne stanowisko – mówi Romaszewski. – Uważał, że jeśli nie przeprowadzi się lustracji, nastąpi relatywizacja moralna i anarchizacja. I w tym się zawsze zgadzaliśmy”, por. *Nieosiódłany*, „Polityka” 27 listopada 2010 r. Były prezes TK, Bohdan Zdziennicki wspominał „on wówczas [na Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów TK] uzyskał poparcie także sędziów o prawicowych poglądach.

rozjemczego w kierunku Trzeciej Izby Parlamentu, kiedy to strona konfliktu aktualnie dominująca w organach przedstawicielskich podejmuje próbę przeniesienia tej dominacji na TK.

Tabela 1. Wybór prezesów i wiceprezesów TK

Prezes	Wiceprezes	Wybór dokonany przez
M. Tyczka (zgłoszony przez SD) <i>[kontrkandydat K. Działocha, zgłoszony przez PZPR]</i>		Sejm Kontraktowy ¹
A. Zoll (zgłoszony przez OKP)	J. Trzciński (zgłoszony przez SLD)	Sejm II kadencji, większość SLD-PSL ²
M. Safjan (zgłoszony przez AWS)		Prezydent A. Kwaśniewski (SLD)
	A. Mączyński (zgłoszony przez AWS)	
J. Stępień (zgłoszony przez AWS), <i>[kontrkandydat M. Mazurkiewicz, zgłoszony przez SLD]</i>	J. Niemcewicz (zgłoszony przez UW)	Prezydent L. Kaczyński (PiS)
B. Zdziennicki (zgłoszony przez SLD) <i>[kontrkandydat J. Niemcewicz]</i>	M. Mazurkiewicz (zgłoszony przez SLD), <i>[kontrkandydat A. Jamróz, zgłoszony przez SLD]</i>	
A. Rzepliński (zgłoszony przez PO), <i>[kontrkandydatka E. Łętowska, zgłoszona przez SLD]</i>	S. Biernat (zgłoszony przez PO), <i>[kontrkandydat M. Granat, zgłoszony przez Samoobronę i LPR]</i>	Prezydent B. Komorowski (PO)

Źródło: Opracowanie własne

¹ Za kandydaturą Mieczysława Tyczki głosowało 213 posłów, Kazimierza Działochy – 171, por. Sprawozdanie stenograficzne z 12 posiedzenia Sejmu PRL w dniach 16 i 17 listopada 1989 r.

² Za wyborem Andrzeja Zolla głosowało 330 posłów, przeciw – 1, wstrzymało się od głosu 17 posłów, por. Sprawozdanie stenograficzne z posiedzenia Sejmu, 2 kadencja, 3 posiedzenie, 3 dzień (19 listopada 1993 r.). Za wyborem Janusza Trzcińskiego i pozostałych głosowanych łącznie kandydatów, głosowało 293 posłów, przeciw – 25, wstrzymało się 57, por. Sprawozdanie stenograficzne z posiedzenia Sejmu 2 kadencja, 3 posiedzenie, 1 dzień (17 listopada 1993 r.).

III.3. KONSENSUALNOŚĆ ORZEKANIA

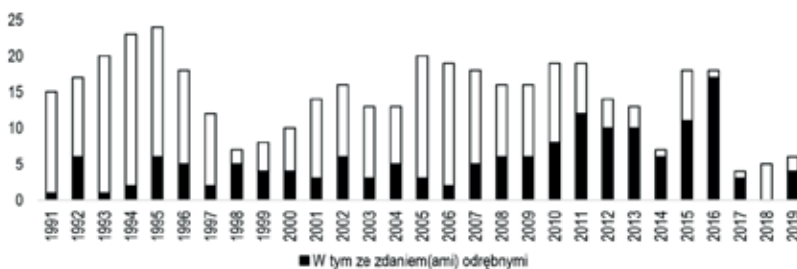
Kolejnym – budzącym kontrowersje w debacie publicznej na temat TK – aspektem jego pracy stała się konsensualność orzekania. W okresie PRL – zgodnie z tradycją organów państwa realnego socjalizmu – TK orzekał jednomyślnie. Zdania odrębne, częste w praktyce sądowej, pojawiły się w nim wraz z transformacją ustrojową, po raz pierwszy w sprawie wprowadzenia do szkół religii (K 11/90).

Począwszy od 2006 r. liczba zdań odrębnych (oraz odsetek orzeczeń zapadłych przy zdaniach odrębnych) wyraźnie wzrósł. Tenden-

Prof. Rzepliński zawsze bowiem reprezentował zdecydowane poglądy na temat konieczności przeprowadzenia lustracji i dezubekizacji”, por. *Nie przesadzajmy z tym Prezesem...*

cja ta jest jeszcze bardziej widoczna, w przypadku orzeczeń wydawanych w pełnym składzie – a więc dotyczących najpoważniejszej problematyki (wykres 2).

Wykres 2. Orzeczenia TK wydane w pełnym składzie – z wyróżnieniem orzeczeń zapadłych przy zdaniach odrębnych



Źródło: Opracowanie własne, dane za ipo.trybunal.gov.pl

Co więcej można postawić tezę, że po 2006 r. obok „zwykłej” praktyki zgłaszania *votum separatum* jako elementu dyskursu prawniczego, pojawiła się praktyka zgłaszania zdań odrębnych w ramach swobodnego „dawania świadectwa” a wręcz delegitymizacji orzeczenia, przez demonstrowanie, że zostało podjęte przez jedną stronę sporu, przy oporze drugiej¹⁰². W najbardziej kuriozalnej formie praktyka ta była stosowana przez sędziów wybranych w VIII kadencji Sejmu w 2016 r., kiedy to masowo składali oni zdania odrębne prezentujące PiS-owski pogląd na skład TK – odmienny od ukształtowanego wyrokiem K 34/15 (por. wykres 2).

Wydaje się, że pewną przesłanką pozwalającą odróżniać zdania odrębne stanowiące naturalny element dyskursu prawniczego od manifestacji politycznych jest liczba zdań odrębnych zgłoszonych

¹⁰² Przykładem takiego rozumienia zdań odrębnych był głośny artykuł: M. Domagalski, T. Pietryga, *Trybunał podzielony PRL-owską przeszłością*, „Rzeczpospolita” 9 stycznia 2009 r. Autorzy cytowali anonimowe wypowiedzi, np. „Prym w Trybunale Konstytucyjnym wiedzie grupa prof. Ewy Łętowskiej i prof. Mirosława Wyrzykowskiego. Reszta starych sędziów – czy to słabsza intelektualnie, czy po prostu ze zwykłego konformizmu – ulega ich wpływowi. Za nimi stoi cały aparat urzędniczy TK i przygotowywane ekspertyzy – twierdzą nasi rozmówcy z Trybunału. – Obok nich jest grupa sędziów, którzy rozpoczęli kadencję w 2006 r. Zaczęli iść własną drogą, naprzeciw zastanemu porządkowi (...) nie ma problemów z wymianą poglądów w sprawach np. podatkowych czy procedur sądowych. Gdy jednak na wokandę trafia sprawa jakoś związana z pozostałościami peerelowskiego porządku, przywilejami czy uprawnieniami rodem z tamtego okresu, np. lustracja, dostęp do akt IPN czy choćby wykup mieszkań, pojawia się mur. Wyrzykowski patrzy, co powie Łętowska. Ona ucieka we frazeologię o prawach człowieka, a tak naprawdę ucina dyskusję – zdradza, także anonimowo, kolejnego sędzieja TK. – Oni są ci Europejczycy, my – niedouczeni (...) Konstytucja zawiera wiele postanowień dopuszczających różną interpretację przepisów i sędziowie naturalnie wybierają tę bliższą ich poglądom – wskazuje kolejny sędzią TK. – Większość sędziów Trybunału ma poglądy – powiedzmy – liberalno-lewicowe. Rzecz w tym, że gdy rozpatrujemy sprawę bardziej polityczną, dyskusja nie wpływa na zmianę stanowiska tej większości”. Z autorami polemizował m.in. P. Winczorek, *Nie oskarżajmy pochopnie Trybunału*, „Rzeczpospolita” 21 stycznia 2009 r.

w konkretnym wyroku – oraz natura rozstrzyganej sprawy. Tabela 2. prezentuje zestawienie orzeczeń repertorium K, zapadłych przy największej liczbie zdań odrębnych.

Prowadzi ona do trzech konstatacji. Po pierwsze, spośród 972 orzeczeń z repertorium K wydanych w latach 1986-2019, jedynie 14 zapadło przy więcej niż 4 zdaniach odrębnych. Tym samym, sytuacje takie były rzadkością. Po drugie, jedynie 2 spośród nich zapadły przed 2007 r. Po trzecie, wyselekcjonowane sprawy cechują się znacznym ładunkiem politycznym (np. ustawa lustracyjna, ubój rytualny, zwrot majątków kościelnych) i ustrojowym (niezależność sądów, system emerytalny, organizacja wyborów).

Podsumowując, zebrane dane wskazują, że przed 2006 r. TK przynajmniej dążył do konsensusu w swoich orzeczeniach. Jak oceniał Lech Garlicki, konieczne było „poszukiwanie kompromisów i unikanie identyfikacji z którąkolwiek stroną spektrum politycznego. Ułatwiał to fakt, że większość sędziów wywodziło się ze środowisk uniwersyteckich – różnice polityczne między profesurą były łatwiejsze do pokonania”¹⁰³. Także Wiesław Johann wspominał „gdy byłem sędzią, nieraz ostro się spieraliśmy przed wyrokiem z sędziami o innym politycznym rodowodzie i poglądach, ale chodziło o spory prawne i interpretację przepisów. Widzę, że coś się zmieniło [po 2006 r.], tyle zdań odrębnych niepokoi”¹⁰⁴.

W kontekście analizowanych w niniejszym artykule modeli, należy wskazać, że sąd rozjemczy winien cechować się jednomyślnością, a przynajmniej dążeniem do jednomyślności, w celu zwiększenia legitymizacji orzeczenia oraz sądu jako całości. O ile sąd jest miejscem ważenia racji reprezentantów obu stron, finalny kompromis staje się „wspólny”. Z kolei w *stricte* sędziowskim modelu określonym jako Izba Konstytucyjna, zdanie odrębne stanowi jedynie przejaw dyskursu prawniczego – neutralny dla legitymizacji sądu i orzeczenia (przyjmowanych *deus ex machina*). Wreszcie w modelu Trzeciej Izby Parlamentu, masowo zgłaszane zdania odrębne – pokrywające się z proveniencją polityczną sędziów – służą jako manifestacja¹⁰⁵ i narzędzie delegitymizacji aktualnej większości w sądzie i samego orzeczenia.

Tym samym przedstawione tendencje – ukazujące odchodzenie od modelu konsensualności orzekania (a przynajmniej braku ma-

¹⁰³ L. Garlicki, *Constitutional Court of Poland...*, s. 27.

¹⁰⁴ Cyt. za M. Domagalski, T. Pietryga, *Trybunał podzielony...*

¹⁰⁵ W przeciwieństwie do np. Sądu Najwyższego USA, w którym głosowania są jawne, tajemnicza narady sędziowskiej obowiązująca sędziów polskiego TK wymaga tego typu sygnałów. Co więcej, sędziowie poczuwają się do obowiązku zakomunikowania swoich poglądów. Tak np. sędziowie Hermeliński (por. M. Suходołska, *Skończmy z mitem: Trybunał Konstytucyjny nie jest apolityczny*, „Dziennik Gazeta Prawna” 3 grudnia 2015 r.) i Łętowska (por. *Oportunizm jest u nas charakterystyczny*, „Gazeta Wyborcza” 5 lipca 2011 r.).

sowego zgłaszania zdań odrębnych jako sygnału sporu) w kierunku epatowania sporem – po raz kolejny potwierdzają, że na początku transformacji działanie TK przypominało raczej model sądu rozjemczego, podczas gdy w ostatnich latach ewoluowało w kierunku Trzeciej Izby.

Tabela 2. Orzeczenia TK (sygnatura K) z liczbą zdań odrębnych przekraczającą 4

Sygnatura	Rok orzeczenia	Liczba zdań odrębnych	Przedmiot
K 9/11	2011	11	Kodeks wyborczy
K 2/07	2007	9	Ustawa o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów
K 31/12	2013	8	Prawo o ustroju sądów powszechnych – rozszerzenie kompetencji nadzorczych organu władzy wykonawczej
K 52/13	2014	7	Ubój rytualny
K 43/12	2014	6	Podwyższenie wieku uprawniającego do emerytury
K 25/10	2013	6	Zwrot majątku osobom kościelnym oraz gminom żydowskim (udział jednostek samorządu terytorialnego w tzw. postępowaniach regulacyjnych)
K 9/12	2012	6	Waloryzacja kwotowa świadczeń emerytalno-rentowych w 2012 r.
K 10/08	2010	6	Uchylenie immunitetu sędziom, którzy orzekali kary na podstawie działających wstecz przepisów dekretu o stanie wojennym
K 6/09	2010	6	Zasady naliczania wysokości emerytur
K 39/07	2007	6	Tryb i przesłanki wyrażania przez sąd dyscyplinarny zgody na zatrzymanie sędziego, zastosowania wobec niego tymczasowego aresztowania i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej
K 33/12	2013	5	Ustawa o ratyfikacji decyzji Rady Europejskiej nr 2011/199/UE z dnia 25 marca 2011 r. w sprawie zmiany art. 136 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w odniesieniu do mechanizmu stabilności dla państw członkowskich, których walutą jest EURO
K 40/07	2008	5	Kompetencje KRS
K 14/02	2002	5	Konstytucyjność przepisów dotyczących metody podziału mandatów na podstawie wyników głosowania w okręgach wyborczych
K 27/95	1996	5	Pracownice ogrody działkowe

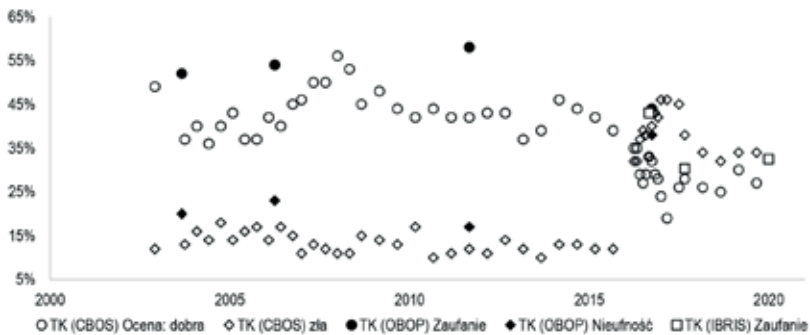
Źródło: Opracowanie własne, dane za ipo.trybunal.gov.pl

III.4. TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY W OPINII PUBLICZNEJ

Dotychczasowe analizy skupiały się na roli TK jako organu, rozstrzygającego spory pomiędzy politykami (uchwalone przez nich ustawy i wyniki spory kompetencyjne). Tym samym legitymizacja tego organu była analizowana przez pryzmat zachowań polityków – ich skłonności do podporządkowania się orzeczeniom TK lub woli wywarcia wpływu na jego funkcjonowanie. Nie należy jednak zapominać, że TK – jak każda instytucja w państwie demokratycznym – jest przedmiotem ocen opinii publicznej i legitymizacji w szerszym, społecznym kontekście. Zważywszy na jego doniosłą rolę jako ostatecznego gwaranta przyznanych w Konstytucji RP praw, należy przeanalizować jak na jego funkcjonowanie patrzyli w minionych latach obywatele.

W tej kwestii pomocne okazują się cykliczne badania ocen instytucji publicznych, prowadzone przez CBOS. Pomimo, że obejmują one – w różnej formie – cały okres po 1989 r., pytanie o TK pojawiło się dopiero w 2002 r. Już ten fakt wydaje się wskazywać, że nawet dla pracowni badawczej TK nie kojarzył się z ośrodkiem władzy, o który należy pytać obywateli. Wyniki badań CBOS, zestawione na wykresie 3, pozwalają wysnuć dwuzasadnicze wnioski.

Wykres 3. Funkcjonowanie TK w opinii społecznej na przestrzeni lat 2003-2020



Źródło: Opracowanie własne, dane CBOS (Oceny działalności instytucji publicznych), OBOP/TNS (Zaufanie do instytucji), IBRIS (2020 i 2017: *Za Unią w górę, Kościół w dół*, „Rzeczpospolita” 28 stycznia 2020 r.; 2016: <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,20658300,efekt-dobrej-zmiany-polacy-nie-ufaja-nie-tylko-politykom.html>; dostęp: 10 lutego 2020 r.)

Po pierwsze, przed 2016 r. respondenci dużo częściej oceniali TK pozytywnie niż negatywnie, zwracał jednak uwagę znaczny odsetek osób, które nie formułowały (lub nie były w stanie sformułować) oceny tej instytucji. Podobne wyniki notowały np. NIK, RPO czy NBP.

Po drugie, kryzys konstytucyjny w 2015 r. zaowocował gwałtownym obniżeniem odsetka respondentów oceniających TK do-

brze oraz nieformułujących oceny – przy wzroście złych ocen. Tym samym konflikt zaostriął optykę opinii publicznej i spolaryzował opinie o działaniu TK (choć okres „normalizacji” po 2017 r. doprowadził do pewnego spadku ocen negatywnych i wzrostu pozytywnych). Tym samym profil ocen TK mniej przypomina np. NIK, RPO czy NBP, a bardziej Sejm i Senat.

Z punktu widzenia problematyki poruszanej w niniejszym artykule, dane te pozwalają skonstatować, że atak na TK, przeprowadzony przez rząd PiS w 2015 r. stanowił inicjatywę polityczną przywódców tej formacji – nie zaś próbę usatysfakcjonowania „opinii publicznej”. Co więcej, działania te od początku spotykały się ze znaczną krytyką. W przeprowadzonym w kwietniu 2016 r. – a więc w apogeum „sporu” o TK – badaniu CBOS¹⁰⁶ po „stronie rządzącej partii i obecnych władz” opowiedziało się 29% respondentów, „po stronie TK oraz ugrupowań i środowisk opozycyjnych wobec PiS” – 45%; 26% wybrało odpowiedź „trudno powiedzieć”¹⁰⁷. Niezwykle interesujące z punktu widzenia legitymizacji TK było pytanie o konsekwencje nieogłoszonego wyroku TK, K 47/15¹⁰⁸. Wyrok uznało¹⁰⁹ 24% wyborców PiS, 59% wyborców PO i 80% wyborców Nowoczesnej. Nie uznawało go¹¹⁰ odpowiednio 42%, 17% i 11%. Zdaniem 59% respondentów TK powinien „normalnie pracować na dotychczasowych zasadach” – opinię tę podzieliło 38% elektoratu PiS, 74% elektoratu PO i 83% Nowoczesnej. Z tezą, że „PiS chce sparaliżować TK i rządzić bez kontroli” zgodziło się 49% respondentów, przeciwnego zdania było 34%. Z tezą, że „TK chce sparaliżować działania rządzących i stawia się ponad prawem” zgodziło się 26% respondentów, przeciwnego zdania było 52%. Zdaniem 51% TK „w sposób właściwy wypełnia swoje obowiązki, stojąc na straży demokracji i praworządności w Polsce” – przeciwną opinię deklarowało 24%.

Zbliżona opinia utrzymała się po roku funkcjonowania TK w wersji PiS – w sondażu IBRIS¹¹¹ „działanie TK po zmianach wprowadzonych przez Sejm obecnej [VIII] kadencji” dobrze oceniło 30% respondentów, źle – 53% zaś 17% wybrało odpowiedź „nie wiem”¹¹².

¹⁰⁶ CBOS, *Opinia publiczna o sporze wokół Trybunału Konstytucyjnego*, 2016, komunikat z badań nr 62/2016.

¹⁰⁷ Wśród elektoratu PiS po stronie partii opowiedziało się 74% respondentów, zaś po przeciwej – 9%. W elektoratach PO i Nowoczesnej – 4% i 85-87%.

¹⁰⁸ Ostatecznie, wyrok opublikowano w Dzienniku Ustaw (Dz.U. 2018, poz. 1077) jako „rozstrzygnięcie wydane z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 2016 r. poz. 293), dotyczyło aktu normatywnego, który utracił moc obowiązującą”.

¹⁰⁹ Wybrało zdanie „nieopublikowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest tak naprawdę tylko opinią i wydany został z naruszeniem ustawy o Trybunale”.

¹¹⁰ Wybrało zdanie „wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest ważny i obowiązuje, mimo że nie został opublikowany”.

¹¹¹ W odróżnieniu od CBOS (badanie *face-to-face* na 1104-osobowej reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski), badanie przeprowadzono metodą CATI na 1100-osobowej grupie badanych.

¹¹² *Zmiany bez poparcia*, „Rzeczpospolita” 12 lipca 2018 r.

IV. Podsumowanie i wnioski

Henry Kissinger w swojej pracy poświęconej porządkowi międzynarodowemu podkreśla, że wcześniej czy później każdy taki porządek zderzy się z dwoma zagrażającymi mu czynnikami: (i) redefinicją legitymizacji, która go uprawomocniała lub (ii) poważnym przesunięciem równowagi sił, na której się opierał¹¹³. Obserwacja ta wydaje się trafna także w przypadku innych porządków politycznych i normatywnych i warto użyć jej do analizy zmian sytuacji TK.

Na przełomie lat 2001-2007 w polskiej polityce doszło do fundamentalnego przesunięcia równowagi sił. Dwa bloki, które ukształtowały równowagę transformacji – pro-okrągłostołowa post-solidarność i postkomuniści – straciły zdolność mobilizowania wyborców. Ich miejsce, jako nowi antagoniści, zajęły dwie formacje odwołujące się do solidarnościowych korzeni – PO i PiS. Ze względu na procedurę wyboru sędziów TK, ta zmiana znalazła jednak w ciągu kilku lat odzwierciedlenie w składzie TK. Innymi słowy, nowa równowaga sił zafunkcjonowała w ramach starego porządku instytucjonalnego. Skoro TK przez wiele lat służył jako skuteczne, niezależne i powszechnie szanowane forum rozstrzygania sporów między post-solidarnością i postkomunistami, teoretycznie mógł pełnić tę samą rolę dla stron nowego sporu.

Równolegle miał jednak miejsce także drugi proces – redefinicji legitymizacji. Z jakichś powodów (być może samej natury transformacji, której uczestnicy „wybrali przyszłość”), liderzy pro-okrągłostołowych ugrupowań postsolidarnościowych i postkomunistycznych odczuwali potrzebę istnienia instytucji, umożliwiającej rozstrzyganie sporów politycznych na gruncie zasad i przepisów Konstytucji RP, z uwzględnieniem perspektyw aksjologicznych obu stron. Rolę takiej instytucji zaczął odgrywać „odnowiony” w 1989 r. TK. Potrzeba istnienia instytucjonalnego arbitra sprawiała, że jego niezależność była szanowana, aktywizm nie spotykał się z atakiem, zaś niekorzystne orzeczenia nie były lekceważone (pomijając niechlubny wyjątek sprawy Markiewicza).

Wydaje się, że nowi antagoniści, przywódcy PO i PiS, nie odczuwali potrzeby istnienia instytucjonalnego arbitra, cywilizującego ich spór na gruncie Konstytucji RP. O ile w przypadku PO podjęcie takie nie prowadziło do otwartych ataków na TK i uwzględniało kontekst międzynarodowy Unii Europejskiej, PiS wprost odrzucił ideę niezależnej kontroli konstytucyjności prawa, budując reżim totalnego posybilizmu¹¹⁴. Historia dowodzi, że nie jest to wybór ostatnich lat – a ideowy kręgosłup tej formacji.

¹¹³ H. Kissinger, *World Order*, New York 2014.

¹¹⁴ A. Rzepliński, *Sędzia...*, s. 8.

Opisana tu diagnoza przyczyn „triumfu” Trybunału we wczesnych latach 90. (kiedy państwo i jego instytucje wydawały się najbardziej chwiejne, więc sukces TK najmniej prawdopodobny), oraz jego klęski ćwierć wieku po transformacji (kiedy wydawało się, że rządy prawa są już dobrze zakorzenione, więc porażka TK najmniej prawdopodobna), ma istotne implikacje praktyczne.

Jeśli jest prawdziwa, oznacza, że kluczem do rzeczywistej kontroli konstytucyjności jest jedynie legitymizacja wśród tych, których działania są kontrolowane – polityków. Jeśli jeden z tych warunków nie zostanie spełniony – jak w opinii autora stało się po 2005 r. – rozpocznie się mniej lub bardziej dramatyczny proces erozji pozycji ustrojowej TK. Jest to bez wątpienia konkluzja pesymistyczna, podważająca optymizm wyrosły na gruncie legalizmu.

Nie wystarczy zatem „cofnięcie zegara” w zakresie składu TK i ustaw normujących jego funkcjonowanie. Nie wystarczy także – a prawdopodobnie doprowadzi do efektu odwrotnego do zamierzonego – ograniczanie wpływu polityków na wybór sędziów TK. Tak długo, jak długo co najmniej jedna ze stron zasadniczego sporu polityczno-ideologicznego nie będzie przejawiała woli podporządkowania swoich działań regułom Konstytucji RP, wszelkie próby naprawy sytuacji w Trybunale będą w najlepszym wypadku tymczasowe, w najgorszym zaś pozorowane.

Bibliografia

Derlatka Marta, Garlicki Lech, Wiącek Marcin, *Na straży państwa prawa*. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2016.

Dudek Antoni, *Reglamentowana rewolucja*, Kraków, 2004.

Dudek Antoni, *Historia polityczna Polski 1989-2015*, Kraków 2016.

Friszke Andrzej, Gizelak Janusz, Kofta Mirosław, Leszczyński Adam, Osiatyński Wiktor, Reykowski Janusz, *Psychologia Okrągłego Stołu*, Sopot 2019.

Garlicki Lech, *Constitutional Court of Poland: 1982-2009*, [w:] *The Political Origins of Constitutional Courts: Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom*, red. Pasquale Pasquino, Rome, 2009.

Garton Ash Timothy, *The Uses of Adversity: Essays on the Fate of Central Europe*, Cambridge/London 1989.

Kaczyński Lech, Kaczyński Jarosław, *Alfabet braci Kaczyńskich*, Warszawa 2006.

Kissinger Henry Alfred, *World Order*, New York 2014.

Łętowska Ewa, Sobczak Krzysztof, *Rzeźbienie państwa prawa: 20 lat później*, Warszawa 2013.

Miller Leszek, *Anatomia siły*, Warszawa 2013.

Piotrowski Ryszard, Szmyt Andrzejj, *Trybunał Konstytucyjny na straży wartości konstytucyjnych 1986–2016*, Wolters Kluwer 2017.

Rzepliński Andrzej, *Katalog zasad naczelnych w Konstytucji RP i system źródeł prawa a praktyka*, [w:] *Konstytucja jako fundament państwa prawa w 15. rocznicę uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kancelaria Senatu 2013.

Rzepliński Andrzej, *Sędzia gorszego sortu*, Warszawa 2018.

- Sadurski Wojciech, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford 2019.
- Sadurski Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005.
- Safjan Marek, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa-Kraków 2007.
- Skórzyński Jan, *Rewolucja Okrągłego Stołu*, Kraków, 2019.
- Stżembosz Adam, Zakroczyński Stanisław, *Między prawem a sprawiedliwością*, Kraków 2017.
- Wronkowska Sławomira, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, Warszawa 2006.
- Wyzykowski Mirosław, *Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, s. 417-422.
- Yowell Paul, *The negative legislator*, [w:] *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, red. Martin Belov, Abingdon, Oxon, New York 2020.
- Zoll Andrzej, Bartosik Marek, *Od dyktatury do demokracji i z powrotem*, Kraków 2018.
- Zoll Andrzej, Sobczak Krzysztof, *Państwo prawa jeszcze w budowie*, Warszawa 2013.



Paweł Księżak*

WYBORY PIERWSZEGO PREZESA SĄDU NAJWYŻSZEGO W LATACH 1998-2020

Od wejścia w życie Konstytucji RP Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego pięciokrotnie dokonało wyboru kandydatów, spośród których Prezydent powołał Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Sposób głosowania, mimo zmieniającego się otoczenia normatywnego, był przez cały czas podobny i składał się z dwóch etapów. Najpierw miało miejsce tzw. głosowanie indykacyjne, służące wskazaniu kandydatów na kandydatów, później przez oddanie jednego głosu na kandydata, spośród wskazanych w pierwszym głosowaniu, który wyraził zgodę na kandydowanie. W głosowaniach tych nie istniała możliwość głosowania przeciw kandydatowi ani wstrzymania się od głosu (z wyjątkiem patowego głosowania w 2004 r.). W konsekwencji przyjętego sposobu głosowania, kandydaci na każdym Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego uzyskali liczbę głosów, których suma odpowiadała liczbie oddanych głosów ważnych. Powodowało to, że na liście kandydatów najwyższej jeden kandydat legitymował się poparciem ponad połowy głosujących i niemożliwe było, by pozostali kandydaci uzyskali ponad 50% głosów. W wyborach w roku 1998 r. żaden kandydat przedstawiony Prezydentowi nie uzyskał ponad połowy głosów. W wyborach w 1998 r. kandydat części sędziów, który uzyskał najmniej głosów, nie został przedstawiony Prezydentowi. We wszystkich pozostałych wyborach (2004 r., 2010 r., 2014 r., 2020 r.) kandydaci wszystkich głosujących sędziów zostali przedstawieni Prezydentowi – innymi słowy reprezentanci 100% głosujących sędziów byli wśród kandydatów, spośród których Prezydent dokonywał wyboru. W żadnym Zgromadze-

* Paweł Księżak, doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Łódzkiego, Katedra Prawa Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, sędzia Sądu Najwyższego; ORCID: 0000-0002-1224-9183.

niu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego nie doszło do podjęcia odrębnych uchwał nad poszczególnymi kandydatami. W żadnym Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego nie doszło do podjęcia uchwały końcowej, zatwierdzającej wcześniejszy wybór kandydatów i służącej przedstawieniu Prezydentowi kandydatur zgodnie z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP. Przedstawienie Prezydentowi wyłonionych kandydatów następowało poprzez techniczną czynność Pzewodniczącego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego przekazania dokumentów Prezydentowi. Prezydent w latach 1998, 2004, 2010, 2014 powołał na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego tego z przedstawionych mu kandydatów, który uzyskał największą liczbę głosów. W 2020 r. Prezydent powołał kandydatkę, która uzyskała drugi w kolejności wynik głosowania.

Pojęcia kluczowe: Sąd Najwyższy, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, wyборы Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego

Wprowadzenie

Po wejściu w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.¹ Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej pięciokrotnie dokonywał wyboru i powoływał Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (dalej: PP SN). Z uwagi na zmieniający się kilkakrotnie stan prawny, warto przypomnieć okoliczności prawne i faktyczne, w jakich dochodziło do kolejnych nominacji.

Zgodnie z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP PP SN powołuje Prezydent na sześcioletnią kadencję spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego (dalej: ZO SN).

Konstytucja nie precyzuje, ilu kandydatów ZO SN powinno przedstawić Prezydentowi. Nie ulega jednak wątpliwości, że musi być ich przynajmniej dwóch, tak by Prezydent miał realny wybór². Nie określa również, w jaki sposób ZO powinno wyłonić owych kandydatów ani nie określa formy, w jakiej winno dojść do ich przedstawiania Prezydentowi. Regulacje w tym zakresie (na poziomie ustawowym i niższym) ulegały zmianom, jednakże trzon procedury pozostał w istocie niezmienny.

Wybór przez Prezydenta ma charakter prerogatywy i nie wymaga kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów (art. 144 ust. 3 pkt 20 Konstytucji RP). Prezydent dokonuje wyboru spośród przedstawionych kandydatów w sposób swobodny. Nie jest związany w tym zakresie liczbą głosów uzyskanych przez poszczególnych kandydatów³, ani

¹ Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

² P. Wiliński, P. Karlik, [w:] *Konstytucja RP. Tom II*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 183, nb 17.

³ P. Czarny, *Realizacja konstytucyjnych kompetencji Prezydenta w odniesieniu do sądów i Krajowej Rady Sądownictwa*, [w:] *System rządów Rzeczypospolitej Polskiej. Założenia konstytucyjne a praktyka ustrojowa*, red. M. Gzybowski, Warszawa 2006, s. 84; P. Wiliński, P. Karlik, [w:] *Komentarz...*, komentarz do art. 183, nb 17; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, komentarz do art. 183, nb 10.

żadnym innym kryterium⁴ – gdyby było inaczej, tzn. Prezydent musiał wybrać określoną osobę spośród jemu przedstawionych – regulacja Konstytucji RP dotycząca wyboru spośród przedstawionych kandydatów nie miałaby sensu normatywnego.

Konstytucja RP nie określa bliżej, kim mogą być kandydaci na PP SN. W szczególności nie wskazano by kandydatem musiał być sędzia, a tym bardziej sędzia SN w stanie czynnym⁵.

I. Wybory Pierwszego Prezesa SN w 1998 r.

Ustawa o SN z 20 września 1984 r.⁶ w brzmieniu obowiązującym w 1998 r. nie zawierała przepisów dotyczących wyboru kandydatów na stanowisko PP SN. W art. 4 ustawy wskazano jedynie, że ilekroć w ustawie jest mowa o sędziach SN, oznacza to także PP SN i prezesów tego sądu – przepis ten dawał zatem podstawę to domniemania, że PP SN może być wyłącznie sędzia SN w stanie czynnym. W art. 57 ustawy, określającym zakres działania ZO SN, nie wymieniono wyłaniania kandydatów na stanowisko PP SN; kompetencja ta musiała być zatem wywodzona wprost z Konstytucji RP.

15 czerwca 1998 r. ZO SN podjęło uchwałę w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN i przyjęło regulamin w następującym brzmieniu:

§ 1. 1. Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego w sprawie wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zwołuje Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w terminie co najmniej 1 miesiąca przed upływem kadencji Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

2. Zgromadzenie Ogólne Sędziów wybiera 4 sędziów do komisji skrutacyjnej, po jednej z każdej izby. Komisja skrutacyjna przeprowadza głosowanie oraz ustala i ogłasza wyniki głosowania.

§ 2. Kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zgłasza się na Zgromadzeniu Ogólnym Sądu Najwyższego.

Prawo zgłoszenia co najwyżej 2 kandydatów przysługuje każdemu sędziemu Sądu Najwyższego, obecnemu na Zgromadzeniu.

Zgłaszanie kandydatów następuje w sposób tajny (na piśmie – „indykacyjnie”).

§ 3. Po zakończeniu zgłaszania kandydatów Przewodniczący Zgromadzenia zwraca się do każdego z nich z zapytaniem czy wyraża zgodę na kandydowanie, a w razie odpowiedzi twierdzącej sędziowie mogą im zadawać pytania związane z ewentualnym pełnieniem funkcji Pierwszego Prezesa. Kandydat też może

⁴ Nie musi również brać pod uwagę sugestii żadnego innego organu państwowego (B. Banaszak, *Konstytucja...*, komentarz do art. 183, nb 10) a tym bardziej zaleceń, opinii lub stanowisk jakichkolwiek osób, organizacji czy struktur prywatnych lub publicznych.

⁵ W doktrynie podkreśla się, że „nie budzi jednak wątpliwości, że bierne prawo wyborcze przysługiwać może tylko osobom uprawnionym do zasiadania i orzekania w Sądzie Najwyższym” (P. Wiliński, P. Karlik, [w:] *Konstytucja RP...*, komentarz do art. 183, nb 18). Takie ograniczenie wynika natomiast wprost z aktów niższego rzędu i znajduje potwierdzenie w ustalonym zwyczaju. Można jednak teoretycznie utrzymywać, że zwyczaj jest wynikiem właśnie istnienia aktów niższego rzędu (w szczególności regulaminów wyboru kandydatów na stanowisko PP SN a także – obecnie – ustawy o SN i Regulaminu SN), których zgodność z Konstytucją RP w tym zakresie nigdy nie była badana.

⁶ T.j. Dz.U. 1994, nr 13, poz. 48 ze zm.

wypowiedzieć się w tym przedmiocie z własnej inicjatywy. Po dokonaniu tych czynności przystępuje się do głosowania.

§ 4. 1. Głosowanie w sprawie wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jest tajne.

2. Jeśli zgłoszono więcej niż trzech kandydatów głosowanie odbywa się w dwóch turach. Do drugiej tury przechodzą trzej kandydaci, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów w pierwszej turze. § 5 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

3. Głosujący oddaje głos za określonym kandydatem, skreślając na karcie do głosowania nazwiska pozostałych kandydatów. Głos oddany na więcej niż jednego kandydata lub nie wskazujący żadnego kandydata, jest nieważny.

§ 5. 1. Dwaj kandydaci, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów są kandydatami na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, których Zgromadzenie Ogólne Sędziów przedstawia Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów otrzyma jednakową liczbę głosów, a powodowałoby to niemożność wyłonienia kandydatów zgodnie z ust. 1, przeprowadza się dodatkowe głosowanie na tych kandydatów.

§ 6. Przewodniczącą Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego przedstawia niezwłocznie Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej wybranych kandydatów, załączając protokół komisji skrutacyjnej.

§ 7. W sprawach nie uregulowanych stosuje się odpowiednio regulamin Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego w sprawie wyboru kandydatów na sędziów.

Posiedzenie ZO SN odbyło się 8 września 1998 r. W ZO SN wzięło udział 77 sędziów SN na ogólną liczbę 84. Stosownie do § 2 regulaminu, komisja skrutacyjna wydała 77 kart z nazwiskami wszystkich sędziów SN celem indykacyjnego zgłoszenia kandydatów. Zgłoszenie kandydatów odbywało się tajnie. Po przeliczeniu zgłoszeń ustalono, że oddano 75 głosów ważnych. Zgłoszeni zostali następujący sędziowie:

1. Gerard Bieniek – 5 zgłoszeń
2. Marian Buliński – 1 zgłoszenie
3. Tadeusz Ereciński – 25 zgłoszeń
4. Lech Gardocki – 23 zgłoszenia
5. Piotr Hofmański – 2 zgłoszenia
6. Lech Paprzycki – 16 zgłoszeń
7. Bogdan Rychlicki – 1 zgłoszenie
8. Walerian Sanetra – 8 zgłoszeń
9. Adam Strzembosz – 29 zgłoszeń
10. Jan Wasilewski – 6 zgłoszeń.

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Tadeusz Ereciński, Lech Gardocki i Adam Strzembosz. Po dyskusji przystąpiono do głosowania. W głosowaniu tajnym oddano 77 ważnych głosów. Poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów według kolejności alfabetycznej:

1. Tadeusz Ereciński – 21 (około 27%),
2. Lech Gardocki – 29 (około 38%),
3. Adam Strzembosz – 27 (około 35%).

Komisja skrutacyjna poinformowała, że stosownie do § 5 regulaminu, sędziowie Lech Gardocki i Adam Strzembosz wybrani zostali kandydatami na stanowisko PP SN, których ZO SN przedstawia Prezydentowi.

Podsumowując należy stwierdzić, że żaden z kandydatów nie uzyskał większości głosów ZO SN. Kandydat, który został ostatecznie powołany przez Prezydenta, uzyskał największą liczbę głosów, tj. około 38%. Zgromadzenie nie podejmowało uchwał w odniesieniu do poszczególnych kandydatów, ani nie podjęło uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatur. Przedstawienie, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, nastąpiło w postaci czynności technicznej Przewodniczącego ZO SN polegającej na przekazaniu listy kandydatów i protokołu komisji skrutacyjnej.

Postanowieniem z 9 października 1998 r.⁷, Prezydent na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji RP powołał z dniem 17 października 1998 r. sędziego Lecha Gardockiego na stanowisko PP SN, na sześćoletnią kadencję.

II. Wybory Pierwszego Prezesa SN w 2004 r.

1 stycznia 2003 r. weszła w życie nowa ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym⁸. Art. 10 ustawy stanowił, że „Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego jest powoływany przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na sześćoletnią kadencję spośród sędziów Sądu Najwyższego w stanie czynnym”. Z kolei w art. 16 § 1 pkt 1 wskazano, że do kompetencji ZO SN należy m.in. uchwalanie regulaminów wyborów kandydatów na stanowisko PP SN, zaś w pkt 3, że „do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego należy dokonywanie wyboru dwóch kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego i przedstawianie ich Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej”. Ustawa nie określała bliżej trybu wyboru ani sposobu przedstawiania kandydatów.

14 kwietnia 2003 r. ZO SN uchwaliło regulamin wyboru kandydatów na stanowisko PP SN.

Regulamin wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego⁹

§ 1. 1. Zgłoszenia i wyboru dwóch kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego dokonuje się na zwołanym w tym celu Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego.

⁷ M.P. 1998, nr 36, poz. 499 z 21 października 1998 r.

⁸ Dz.U. 2002, nr 240, poz. 2052.

⁹ Stanowiący załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2003 r. w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

2. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego ustala termin Zgromadzenia Ogólnego najpóźniej na miesiąc przed upływem jego kadencji.

3. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zarządza sporządzenie listy sędziów Sądu Najwyższego w kolejności alfabetycznej nazwisk z oznaczeniem liczbą porządkową.

§ 2. 1. Zgromadzenie Ogólne wybiera komisję skrutacyjną w składzie czterech sędziów, po jednym z każdej Izby.

2. Komisja skrutacyjna doręcza członkom Zgromadzenia Ogólnego listę, o której mowa w § 1 ust. 3, ogłasza nazwiska zgłoszonych sędziów, wskazując liczbę uzyskanych zgłoszeń, przygotowuje karty do głosowania, odnotowuje oddanie głosu, ustala wyniki głosowania i podaje je do wiadomości Zgromadzenia Ogólnego oraz sporządza protokół.

§ 3. 1. Sędzia Sądu Najwyższego może zgłosić nie więcej niż dwóch kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Zgłoszenie kandydata następuje w sposób tajny, przez zakreślenie kółkiem liczby porządkowej przy nazwisku na liście sędziów Sądu Najwyższego.

2. Zgłoszenie jest nieważne, jeżeli zgłaszający zakreślił liczby porządkowe przy nazwiskach więcej niż dwóch sędziów lub użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1.

§ 4. 1. Sędziowie obecni na Zgromadzeniu Ogólnym wyrażają zgodę na kandydowanie ustnie, a nieobecni – na piśmie.

2. Jeżeli zgodę na kandydowanie wyraził Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, przewodnictwo Zgromadzenia Ogólnego obejmuje Prezes Sądu Najwyższego najstarszy służbą na stanowisku sędziego, a gdyby to nie było możliwe – najstarszy służbą sędzia.

3. Kandydaci mogą składać oświadczenia oraz odpowiadają na pytania.

§ 5. 1. Na kartach do głosowania umieszcza się imiona i nazwiska kandydatów w kolejności alfabetycznej nazwisk z oznaczeniem liczbą porządkową. Obok imion i nazwisk kandydatów umieszcza się znaki „+” (plus), „-” (minus) oraz „0” (zero).

2. Wzór karty do głosowania stanowi załącznik do regulaminu.

§ 6. 1. Głosujący oddaje głos za kandydatem, przeciw kandydatowi lub wstrzymuje się. Oddanie głosu „za” polega na zakreśleniu kółkiem znaku „+” (plus), głosu „przeciw” znaku „-” (minus), a głosu „wstrzymującego się” – znaku „0” (zero).

2. Głos jest nieważny, jeżeli głosujący nie zakreślił żadnego znaku przy nazwisku któregokolwiek z kandydatów, zakreślił więcej niż jeden znak przy jednym nazwisku, użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1 lub jeżeli oddał głos „za” na więcej niż jednego kandydata.

§ 7. 1. Za wybranych uważa się tych kandydatów, którzy otrzymali największą liczbę głosów „za”, jeżeli ich liczba jest większa od liczby głosów „przeciw”, a w głosowaniu wzięło udział co najmniej 2/3 sędziów każdej z Izb.

2. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów otrzymało równą liczbę głosów „za”, a uznanie ich za wybranych spowodowałoby przekroczenie liczby wybieranych kandydatów, przeprowadza się kolejne głosowanie.

3. Jeżeli żaden z kandydatów nie uzyskał wymaganej liczby głosów lub wybrano tylko jednego kandydata, przeprowadza się ponowny wybór. 4. Głosowanie oraz wybór, o których mowa w ust. 2 i 3, zarządza Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego na wniosek komisji skrutacyjnej, w zakresie przez nią ustalonym. Do głosowania oraz wyboru stosuje się odpowiednio przepisy § 3-7.

§ 8. Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego przedstawia niezwłocznie Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej uchwałę, o której mowa w art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym, ze wskazaniem liczby głosów uzyskanych przez kandydatów w poszczególnych głosowaniach.

Uchwalony regulamin stanowił, że wybór, którego dokonuje się na posiedzeniu ZO SN ma postać uchwały, o której mowa w art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym (§ 8). Wprowadzał również możliwość głosowania „za”, „przeciw” lub wstrzymania się od głosu na poszczególnych kandydatów. Była też wymagana większość bezwzględna. Regulamin ten nie stał się jednak nigdy podstawą przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko PP SN, bowiem przyjęta w nim konstrukcja okazała się w praktyce dysfunkcyjna, o czym przekonano się na najbliższym posiedzeniu ZO SN 13 września 2004 r., na którym po raz pierwszy – i jak się okazało jedyny – podstawą procedury był regulamin ustalony w uchwale z 14 września 2003 r.

W posiedzeniu ZO SN, które odbyło się 14 września 2004 r., wzięło udział 83 sędziów (na 87 uprawnionych). W głosowaniu indykacyjnym oddano 83 głosy ważne. Zostali zgłoszeni następujący sędziowie:

1. Gerard Bieniek – 2 zgłoszenia
2. Wiesław Błuś – 1 zgłoszenie
3. Tadeusz Ereciński – 28 zgłoszeń
4. Teresa Flemming-Kulesza – 2 zgłoszenia
5. Lech Gardocki – 47 zgłoszeń
6. Janusz Godyń – 8 zgłoszeń
7. Henryk Gradzik – 1 zgłoszenie
8. Piotr Hofmański – 1 zgłoszenie
9. Józef Iwulski – 1 zgłoszenie
10. Antoni Kapłon – 1 zgłoszenie
11. Barbara Myszka – 1 zgłoszenie
12. Lech Paprzycki – 7 zgłoszeń
13. Walerian Sanetra – 11 zgłoszeń
14. Tadeusz Wiśniewski – 1 zgłoszenie
15. Andrzej Wróbel – 1 zgłoszenie
16. Tadeusz Żyznowski – 4 zgłoszenia.

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Tadeusz Ereciński i Lech Gardocki. W głosowaniu oddano 80 głosów ważnych. W głosowaniu tajnym poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów:

1. Tadeusz Ereciński – 31 za, 37 przeciw, 12 wstrzymujących się
2. Lech Gardocki – 49 za, 25 przeciw, 6 wstrzymujących się.

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że stosowanie do § 7 ust. 1 regulaminu z 14 kwietnia 2003 r. sędzia Lech Gardocki został wybrany kandydatem na stanowisko PP SN. Jednakże, z uwagi na to, że wybrano tylko jednego kandydata, stosowanie do § 7 ust. 3 regulaminu powinien być przeprowadzony ponowny wybór, poczynając od etapu ogłoszenia wyników głosowania indykacyjnego. Zgodę na kandydowanie w drugim głosowaniu wyrazili sędziowie Lech Gardocki i Walerian Sanetra.

W głosowaniu tajnym oddano 79 głosów ważnych. Poszczególni kandydaci otrzymali następującą liczbę głosów:

1. Lech Gardocki – 44 za, 29 przeciw, 6 wstrzymujące się
2. Walerian Sanetra – 13 za, 30 przeciw, 36 wstrzymujące się.

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że stosownie do § 7 ust. 1 regulaminu z 14 kwietnia 2003 r. sędzia Lech Gardocki został wybrany kandydatem na stanowisko PP SN. Jednakże, z uwagi na to, że wybrano tylko jednego kandydata, stosownie do § 7 ust. 3 regulaminu powinien być przeprowadzony ponowny wybór, poczynając od etapu ogłoszenia wyników głosowania indykacyjnego.

W dyskusji zaproponowano, by z uwagi na niemożliwość wyłonienia kandydatów dokonać zmiany regulaminu i w tym celu zwołać kolejne ZO SN. Na tym ZO SN zakończono.

Kolejne ZO SN zostało zwołane na 4 października 2004 r. Zgromadzenie podjęło uchwałę zmieniającą regulamin wyboru kandydatów na stanowisko PP SN. Uchwała miała następujące brzmienie:

§ 1. W regulaminie wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego stanowiącym załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2003 r. wprowadza się następujące zmiany:

1) § 5 otrzymuje brzmienie:

„§ 5 Na kartach do głosowania umieszcza się imiona i nazwiska kandydatów w kolejności alfabetycznej nazwisk z oznaczeniem liczbą porządkową.”

2) § 6 otrzymuje brzmienie:

„§ 6.1. Głosujący oddaje głos na kandydata przez zakreślenie kółkiem liczby porządkowej przy nazwisku kandydata.

2. Głos jest nieważny, jeżeli głosujący zakreślił liczbę porządkową przy więcej niż jednym nazwisku, nie zakreślił żadnej z liczb porządkowych lub użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1.”

3) § 7 otrzymuje brzmienie:

„§ 7.1. Za wybranych uważa się tych dwóch kandydatów, którzy otrzymali w kolejności największą liczbę głosów, a w głosowaniu wzięło udział co najmniej 2/3 sędziów każdej z Izb.

2. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów otrzymało równą liczbę głosów, a uznanie ich za wybranych spowodowałoby przekroczenie liczby wybieranych kandydatów, przeprowadza się ponowne głosowanie w zakresie nieobsadzonego miejsca.

3. Głosowanie, o którym mowa w ust. 2, zarządza Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego na wniosek komisji skrutacyjnej, w zakresie przez nią ustalonym. Do głosowania oraz wyboru stosuje się odpowiednio przepisy § 3-7.”

4) § 8 otrzymuje brzmienie:

„Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego przedstawia niezwłocznie Prezydentowi wyniki wyboru, o którym mowa w art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym, ze wskazaniem liczby głosów uzyskanych przez kandydatów w poszczególnych głosowaniach.”

W ZO SN, mającym na celu wybór kandydatów na stanowisko PP SN, które odbyło się tego samego dnia, tj. 4 października 2004 r., wzięło udział 77 sędziów (na 87 uprawnionych). W głosowaniu indy-

kacyjnym oddano 77 głosów ważnych. Zostali zgłoszeni następujący sędziowie:

1. Gerard Bieniek – 3 zgłoszenia
2. Marian Buliński – 1 zgłoszenie
3. Stanisław Dąbrowski – 3 zgłoszenia
4. Tadeusz Ereciński – 15 zgłoszeń
5. Teresa Flemming-Kulesza – 1 zgłoszenie
6. Lech Gardocki – 41 zgłoszeń
7. Janusz Godyń – 8 zgłoszeń
8. Jacek Gudowski – 2 zgłoszenia
9. Zbigniew Hajn – 1 zgłoszenie
10. Kazimierz Jaśkowski – 34 zgłoszenia
11. Barbara Myszka – 1 zgłoszenie
12. Lech Paprzycki – 7 zgłoszeń
13. Marek Pietruszyński – 1 zgłoszenie
14. Walerian Sanetra – 3 zgłoszenia
15. Józef Szewczyk – 1 zgłoszenie
16. Andrzej Wróbel – 3 zgłoszenia
17. Stanisław Zabłocki – 5 zgłoszeń
18. Tadeusz Żyznowski – 1 zgłoszenie

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Lech Gardocki i Kazimierz Jaśkowski.

W głosowaniu tajnym poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów:

1. Lech Gardocki – 44 (około 57%)
2. Kazimierz Jaśkowski – 33 (około 43%).

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że stosownie do § 7 ust. 1 uchwały ZO SN z 14 kwietnia 2003 r. w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN sędziowie Lech Gardocki i Kazimierz Jaśkowski zostali wybrani kandydatami na stanowisko PP SN, których ZO SN przedstawia Prezydentowi RP.

Podsumowując należy stwierdzić, że tylko jeden z dwóch kandydatów uzyskał większość głosów ZO SN (około 57%). Taka sytuacja była logiczną konsekwencją znowelizowanego regulaminu – na jego gruncie głosy sędziów (100%) rozkładały się wyłącznie na dwóch kandydatów, przy czym nie istniała możliwość oddania innego rodzaju głosu ważnego niż na jednego z kandydatów. Z istoty rzeczy, jeśli oddano nieparzystą liczbę ważnych głosów, zawsze jeden z kandydatów musiał mieć więcej, a drugi mniej niż połowę głosów; w wypadku oddania parzystej liczby głosów mogło dojść do równego podziału głosów i sytuacji, że żaden z dwóch kandydatów nie uzyskałby większości. Nie istniała natomiast nawet teoretyczna możliwość, by obaj kandydaci uzyskali większość. To samo tym bardziej odnosiłoby się do sytuacji, która w praktyce nie wystąpiła, tj. gdyby sędziów, którzy wyrazili zgodę na kandydowanie, było więcej niż dwóch. Zgromadzenie nie po-

dejmowało uchwał w odniesieniu do poszczególnych kandydatów, ani nie podjęło uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatur – uchwały takiej nie przewidywał regulamin. Przedstawienie, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, nastąpiło na podstawie § 8 regulaminu poprzez przedstawienie przez Przewodniczącego ZO SN wyników wyboru kandydatów na PP SN.

Postanowieniem z 12 października 2004 r.¹⁰, nr 113-32-04, Prezydent na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji RP powołał z dniem 18 października 2004 r. sędziego Lecha Gardockiego na stanowisko PP SN, na sześcioletnią kadencję.

III. Wybory Pierwszego Prezesa SN w 2010 r.

Podstawę prawną wyboru kandydatów na PP SN w 2010 r. stanowiły nadal: art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, ustawa o SN z 2002 r., oraz regulamin z 2003 r. w brzmieniu ustalonym po zmianie dokonanej w 2004 r.

W posiedzeniu ZO SN 2 września 2010 r. wzięło udział 81 sędziów (na 86 uprawnionych). W głosowaniu indykacyjnym oddano 81 głosów ważnych. Zostali zgłoszeni następujący sędziowie:

1. Marian Buliński – 1 zgłoszenie
2. Stanisław Dąbrowski – 37 zgłoszeń
3. Tadeusz Ereciński – 1 zgłoszenie
4. Teresa Flemming-Kulesza – 3 zgłoszenia
5. Józef Frąckowiak – 1 zgłoszenie
6. Lech Gardocki – 2 zgłoszenia
7. Małgorzata Gersdorf – 2 zgłoszenia
8. Piotr Hofmański – 4 zgłoszenia
9. Lech Paprzycki – 34 zgłoszenia
10. Walerian Sanetra – 15 zgłoszeń
11. Andrzej Wróbel – 14 zgłoszeń
12. Stanisław Zabłocki – 1 zgłoszenie.

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Stanisław Dąbrowski i Lech Paprzycki.

W głosowaniu tajnym poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów:

1. Stanisław Dąbrowski – 47 głosów (około 58%)
2. Lech Paprzycki – 34 głosy (około 42%).

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że stosownie do § 7 ust. 1 uchwały ZO SN z 14 kwietnia 2003 r. w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN sędziowie Stanisław Dąbrowski i Lech Paprzycki zostali wybrani kandydatami na stanowisko PP SN, których ZO SN przedstawia Prezydentowi.

¹⁰ M.P. 2004, nr 43, poz. 747 z 21 października 2004 r.

Podsumowując należy stwierdzić, że tylko jeden z dwóch kandydatów uzyskał większość głosów ZO SN (około 58%), co – jak wskazano wyżej – było matematycznie nieuchronnie przy przyjętym sposobie głosowania. Zgromadzenie nie podejmowało uchwał w odniesieniu do poszczególnych kandydatów ani nie podjęło odrębnej uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatur. Przedstawienie, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, nastąpiło na podstawie § 8 regulaminu poprzez przedstawienie przez Przewodniczącego ZO SN wyników wyboru kandydatów na PP SN.

Postanowieniem z 13 października 2010 r.¹¹, nr 1131-38-2010, Prezydent na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji RP powołał z dniem 19 października 2010 r. sędziego Stanisława Dąbrowskiego na stanowisko PP SN, na sześcioletnią kadencję.

Sędzia Stanisław Dąbrowski zmarł 9 stycznia 2014 r. czyli przed końcem sześcioletniej kadencji. Z uwagi na to konieczny był wcześniejszy wybór kandydatów na stanowisko PP SN.

IV. Wybory Pierwszego Prezesa SN w 2014 r.

Podstawę prawną wyboru kandydatów na PP SN w 2014 r. stanowiły nadal: art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, ustawa o SN z 2002 r., oraz regulamin z 2003 r. w brzmieniu ustalonym po zmianie dokonanej w 2004 r.

W posiedzeniu ZO SN 9 kwietnia 2014 r., wzięło udział początkowo 80, później 81 sędziów (na 85 uprawnionych). Zgromadzeniu Przewodniczył p.o. PP SN sędzia Lech Paprzycki.

W głosowaniu indykacyjnym oddano 80 głosów ważnych. Zostali zgłoszeni następujący sędziowie:

1. Marian Buliński – 1 zgłoszenie
2. Tadeusz Ereciński – 8 zgłoszeń
3. Teresa Flemming-Kulesza – 1 zgłoszenie
4. Józef Frąckowiak – 2 zgłoszenia
5. Małgorzata Gersdorf – 31 zgłoszeń
6. Katarzyna Gonera – 2 zgłoszenia
7. Tomasz Grzegorzczak – 1 zgłoszenie
8. Beata Gudowska – 1 zgłoszenie
9. Jacek Gudowski – 2 zgłoszenia
10. Piotr Hofmański – 6 zgłoszeń
11. Józef Iwulski – 1 zgłoszenie
12. Kazimierz Jaśkowski – 1 zgłoszenie
13. Wojciech Katner – 5 zgłoszeń
14. Iwona Koper – 1 zgłoszenie
15. Wiesław Koziulewicz – 3 zgłoszenia
16. Jarosław Matras – 1 zgłoszenie

¹¹ M.P. 2010, nr 96, poz. 1116 z 15 grudnia 2010 r.

17. Lech Paprzycki – 22 zgłoszenia
18. Stanisław Zabłocki – 41 zgłoszeń.

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Małgorzata Gersdorf i Lech Paprzycki.

W głosowaniu tajnym oddano 81 głosów, z czego 79 ważnych. Poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów:

1. Małgorzata Gersdorf – 49 głosów (około 62%)
2. Lech Paprzycki – 30 głosów (około 38%).

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że stosownie do § 7 ust. 1 uchwały ZO SN z 14 kwietnia 2003 r. w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN sędziowie Małgorzata Gersdorf i Lech Paprzycki zostali wybrani kandydatami na stanowisko PP SN, których ZO SN przedstawia Prezydentowi.

Podsumowując należy stwierdzić, że tylko jeden spośród dwóch przedstawionych Prezydentowi kandydatów uzyskał większość głosów ZO SN (około 62%), co w świetle treści regulaminu było nieuniknione. Zgromadzenie nie podejmowało uchwał w odniesieniu do poszczególnych kandydatów, ani nie podjęło uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatur. Przedstawienie, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, nastąpiło na podstawie § 8 regulaminu poprzez przedstawienie przez Przewodniczącego ZO SN wyników wyborów kandydatów na PP SN.

Postanowieniem z 24 kwietnia 2014 r.¹², nr 1131-6-2014, Prezydent na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji RP powołał z dniem 30 kwietnia 2014 r. sędzię Małgorzatę Gersdorf na stanowisko PP SN, na sześcioletnią kadencję.

V. Wybory na Pierwszego Prezesa SN w 2020 r.

Wyrokiem z 24 października 2017 r. (K 3/17) TK, po rozpoznaniu w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym¹³, na posiedzeniu niejawnym 24 października 2017 r., orzekł¹⁴, że:

1. Art. 16 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym¹⁵ w zakresie dotyczącym regulaminu w sprawie wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jest niezgodny z art. 2 i art. 183 ust. 2 w związku z art. 183 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.
2. Art. 16 § 1 pkt 3 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 2 w związku z art. 183 ust. 3 Konstytucji.
3. Uchwała Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2003 r. w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko

¹² M.P. 2014, poz. 498 z 23 czerwca 2014 r.

¹³ Dz.U. 2016, poz. 2072.

¹⁴ OTK-A 2017, poz. 68.

¹⁵ Dz.U. 2016, poz. 1254, 2103 i 2261 oraz Dz.U. 2017, poz. 38 i 1452.

Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (niepubl.) jest niezgodna z art. 2 i art. 183 ust. 2 w związku z art. 183 ust. 3 Konstytucji.

4. § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, stanowiącego załącznik do uchwały powołanej w punkcie 3 jest niezgodny z art. 2, art. 7 i art. 183 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto TK postanowił pozostawić bez rozpoznania wnioski o wydanie wyroku aplikacyjnego i stwierdził, że akty prawne podjęte na podstawie niekonstytucyjnych regulacji są nieskuteczne.

W uzasadnieniu TK stwierdził m.in., że Konstytucja RP nie pozwala na przyjęcie, że ZO SN dysponuje nieograniczoną, wewnętrzną kompetencją prawotwórczą do samoistnego określania, uregulowanej w Konstytucji RP w sposób choćby ogólny, procedury wyboru kandydatów na stanowisko PP SN w akcie prawa wewnętrznego. Ma to związek z wymogiem ustawowej formy regulacji zagadnień dotyczących wyłaniania i przedstawiania kandydatów na stanowisko PP SN w ramach szeroko rozumianej procedury powoływania PP SN. Jest to bowiem zagadnienie dotyczące kształtowania, organizacji i sposobu działania organów państwa. Ustrojowa pozycja PP SN jako konstytucyjnego organu państwa wyposażonego w kompetencje, które wykraczają poza wewnętrzną organizację SN, powoduje, że sposób kreacji tego organu musi być określony w aktach prawa powszechnie obowiązującego. Chociaż przedstawienie kandydatów na to stanowisko zostało powierzone ZO SN, to organ ten nie może dowolnie decydować o sposobie wyłaniania tych kandydatów. Wyłaniania ich bowiem nie tylko by przedstawić osoby, które mogą być wewnętrznym organem SN, ale wyłania osoby, spośród których Prezydent powoła konstytucyjny organ państwa o odrębnych kompetencjach.

Dodatkowym argumentem za koniecznością uregulowania sposobu wyłaniania kandydatów na stanowisko PP SN przez ZO SN w ustawie – zdaniem TK – jest to, że ze względu na treść art. 6 EKPCz i orzecznictwo ETPCz, brakuje podstaw do przyjęcia, iż bez wyraźnego upoważnienia konstytucyjnego, kompetencje ZO SN w zakresie wykonywania przyznanych temu organowi na mocy Konstytucji RP uprawnień, mogą być uszczegóławiane w akcie prawa wewnętrznym obowiązującego.

Z tych względów TK stwierdził, że art. 16 § 1 pkt 1 ustawy o SN, w zakresie dotyczącym regulaminu w sprawie wyboru kandydatów na stanowisko PP SN, jest niezgodny z art. 2 i art. 183 ust. 2 w zw. z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP.

Oceniając konstytucyjność regulaminu z 2003 r. TK wskazał m.in., że zarówno w wersji regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN przed jego zmianą, jak i w wersji po zmianie uchwałą ZO SN z 4 października 2004 r., uregulowanie sposobu przedstawienia przez ZO SN Prezydentowi kandydatów na stanowisko PP SN

wykracza poza dopuszczalne ramy regulacji aktu prawa wewnętrznego, wkracza bowiem w materię uregulowaną w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał zwrócił uwagę, że wskazane wyżej określenie sposobu przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko PP SN jest niedopuszczalne w demokratycznym państwie prawnym, a w związku z art. 183 ust. 2 Konstytucji RP, zagadnienie to powinno być określone w akcie prawnym rangi ustawy, także dlatego, że odnosi się do kwestii dotyczących organizacji organu władzy sądowniczej, którym jest SN.

Na marginesie TK wskazał, że w odniesieniu do wyboru Prezesa NSA zasady postępowania zostały określone w akcie prawnym rangi ustawy, tj. w ustawie z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁶.

Trybunał przypomniał, że również w przypadku przedstawiania kandydatów na stanowisko Prezesa TK, procedura została uregulowana w art. 11 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym¹⁷.

Szczególnie istotnym przepisem, który ma znaczenie w ocenie konstytucyjności kwestionowanych rozwiązań, jest – w świetle uzasadnienia TK – § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN. Określa on odmiennie niż w Konstytucji RP i w ustawie o SN podmioty współdziałające podczas wyboru PP SN. Paragraf 8 przedmiotowego regulaminu przyznaje Przewodniczącemu ZO SN kompetencje w zakresie przedstawienia „(...) niezwłocznie Prezydentowi wynik[ów] wyboru, o którym mowa w art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym, ze wskazaniem liczby głosów uzyskanych przez kandydatów w poszczególnych głosowaniach”.

Trybunał stwierdził, że wskazany przepis nie tylko wkracza w materię konstytucyjną i ustawową bez podstawy prawnej, ale też modyfikuje ustawę o SN i Konstytucję RP w niedopuszczalny sposób. Ta nieprawidłowość ma charakter rażący i jest w sposób oczywisty niezgodna z Konstytucją RP.

Jak stwierdził TK, wyżej przedstawiony wniosek pokazuje również, że ZO SN, w § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN, zmieniając brzmienie tego przepisu, naruszyło prawo, gdyż ustanowiło przepis nie tylko niezgodny z Konstytucją RP, ale też wbrew ustawie o SN. Ominięcie przepisów ustawowych o prawnej formie działania ZO SN nie wynikało z wątpliwości interpretacyjnych co do formy przedstawiania kandydatów na stanowisko PP SN, gdyż te były możliwe do usunięcia w toku wykładni ustawy o SN. Trybunał uznał, że § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN w sposób wyraźny, wbrew aktom wyższego stopnia, wprowadził rozwiązanie sprzeczne z Konstytucją i ustawą o SN.

¹⁶ Dz.U. 2016, poz. 1066, ze zm.

¹⁷ Dz.U. 2016, poz. 2072.

Trybunał stwierdził, że ze względu na:

1) wymaganą ustawową formę regulacji zagadnień zawartych w uchwale w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN, jako odnoszących się do wyłaniania, organizacji i sposobu działania organów państwa,

2) wkraczanie treści zawartych w uchwale w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN w materię uregulowaną w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP oraz w ustawie o SN,

3) modyfikację treści zawartej w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP treścią § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN,

4) modyfikację treści przepisów zawartych w ustawie o SN i regulaminie SN treścią regulacji zawartych w regulaminie wyboru kandydatów na stanowisko PP SN

– nie można przyjąć, że ZO SN dysponuje nieograniczoną, wewnętrzną kompetencją prawotwórczą do samoistnego określania, uregulowanej w Konstytucji RP w sposób choćby ogólny, procedury wyboru kandydatów na stanowisko PP SN w akcie prawa wewnętrznego. Działania prawotwórcze podjęte przez ZO SN podczas wydawania uchwały w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN były niekonstytucyjne, ze względu na to, że rozwiązania prawne wskazane w tym akcie powinny być uregulowane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Niekonstytucyjność wynika też z tego, że kwestionowana uchwała zmodyfikowała treść ustawy o SN i Konstytucji RP.

Mając na uwadze powyższe, TK stwierdził, że zaskarżona uchwała w sprawie regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN jest niezgodna z art. 2 i art. 183 ust. 2 w zw. z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, a § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN, stanowiący załącznik do tej uchwały (i przez to będący częścią tego aktu prawnego) jest niezgodny z art. 2, art. 7 i art. 183 ust. 3 Konstytucji RP.

Trybunał przypomniał również, że art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o SN znajduje się w rozdziale 2. tej ustawy zatytułowanym „Organy Sądu Najwyższego”. Jest to przepis, który określa kompetencje ZO SN, które jest organem SN. Wykładnia art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o SN musi być dokonywana z uwzględnieniem treści § 3 tego artykułu, w którym ustawodawca posłużył się sformułowaniem „do podjęcia uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego”.

Z powyższego zdaniem TK wynika, że ustawodawca wyraźnie określił prawną formę działania ZO SN, przynajmniej, jeśli chodzi o wykonywanie przez ZO SN kompetencji określonych w art. 16 § 1 ustawy o SN. Takie rozumienie art. 16 § 1 ustawy o SN potwierdza także treść art. 16 § 1 pkt 6 ustawy o SN, w którym wskazano, że w kompetencji ZO SN jest podejmowanie uchwał w innych ważnych sprawach dotyczących SN.

Trybunał odwołał się ponadto do regulaminu SN, w którego § 8, w sposób niewyczerpujący, wymieniono kompetencje ZO SN, a wśród nich i tę, że ZO SN dokonuje wyboru kandydatów na stanowisko PP SN i przedstawia ich Prezydentowi (zob. § 8 pkt 4 regulaminu SN). Trybunał zauważył też, że art. 183 ust. 3 Konstytucji RP określa kompetencję ZO SN w zakresie przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko PP SN, ale nie wskazuje prawnej formy wykonania tej kompetencji, która to forma, na podstawie art. 183 ust. 2 Konstytucji RP, została określona w ustawie o SN, przyjmując postać uchwały.

Trybunał zwrócił także uwagę na to, że § 8 regulaminu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN, przed zmianą dokonaną uchwałą ZO SN z 4 października 2004 r., brzmiał: „Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego przedstawia niezwłocznie Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej uchwałę, o której mowa w art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym, ze wskazaniem liczby głosów uzyskanych przez kandydatów w poszczególnych głosowaniach”, a więc również ZO SN miało świadomość prawnej formy podejmowania decyzji przez ZO SN, jaką jest uchwała. Mając na uwadze powyższe, TK stwierdził, że możliwa jest wykładnia art. 16 § 1 pkt 3 ustawy o SN, z której wynika, iż wydanie uchwały w przypadku skorzystania przez ZO SN z kompetencji w zakresie przedstawiania kandydatów na stanowisko PP SN jest konieczne. Taka wykładnia oparta na wywiedzeniu określonej normy z art. 16 § 1 pkt 3 w zw. z art. 16 § 3 ustawy o SN jest zgodna z Konstytucją RP, a to pozwala uznać, że kwestionowany przepis jest zgodny z art. 2 w zw. z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP.

Odnosząc się do skutków swojego orzeczenia TK podkreślił, że skutkiem wyroku jest przede wszystkim konieczność podjęcia interwencji prawodawczej i takie ukształtowanie procedury wyłaniania kandydatów na stanowisko PP SN przez ZO SN, by odpowiadała ona standardom wynikającym z Konstytucji RP. Standardy te zostały przypomniane w uzasadnieniu orzeczenia.

Równocześnie TK przypomniał, że procedura powołania PP SN składa się z dwóch etapów: 1) wyłonienia (tu: w drodze wyboru) kandydatów na PP SN przez ZO SN i przedstawienia ich Prezydentowi oraz 2) właściwego powołania PP SN przez Prezydenta (dokonanie aktu powołania). Uczestniczą w nich odpowiednio: ZO SN (I etap) oraz Prezydent (II etap), co wynika wprost z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP.

Trybunał wskazał, że mimo iż oba wyżej wskazane etapy stanowią kompletną procedurę kończącą się powołaniem PP SN, to każdy z tych etapów jest regulowany odrębnym reżimem prawnym. Wybór kandydatów znajduje umocowanie w Konstytucji RP oraz w ustawie o SN, która rozwija normę konstytucyjną odnośnie do wyboru kandydatów na PP SN. I właśnie te ustawowe przepisy oraz wydane

na ich podstawie akty wewnętrzne zostały zaskarżone do TK przez wnioskodawcę.

O ile w odniesieniu do pierwszego etapu (wyłanianie kandydatów) TK uznał, że posiada częściową kognicję, ponieważ może orzekać o zgodności podstaw prawnych tego etapu procedowania z Konstytucją RP, o tyle drugi etap procedury, czyli akt działania Prezydenta, znajduje się – zgodnie z Konstytucją RP – poza kognicją TK i sądów.

Dlatego choć w pierwszym etapie procedury powoływania kandydatów na stanowisko PP SN doszło do naruszenia prawa, i to w dwóch płaszczyznach: normatywnej (proces wyłaniania kandydatów oparto na niekonstytucyjnych przepisach) i faktycznej (po wybraniu kandydatów ZO SN nie podjęło uchwały w sprawie przedstawienia Prezydentowi kandydatów na stanowisko PP SN, a więc wskazanie kandydatów ZO SN było wadliwe), samo powołanie nie może być przez TK badane.

Trybunał podkreślił, że żadna działalność właściwych organów władzy publicznej na etapie wyboru kandydatów, tj. w ramach postępowania ZO SN w sprawie wyboru kandydatów na PP SN (etap I), nie może wpływać na ważność dokonanego aktu powołania, który znajduje umocowanie bezpośrednio w Konstytucji RP. W szczególności na skuteczność powołania przez Prezydenta osoby PP SN nie mogą wpływać ani wady prawne przepisów obowiązujących na poziomie podkonstytucyjnym dotyczących wyboru kandydatów na PP SN przedstawianych Prezydentowi, ani błędy popełnione przez organ dokonujący wyłonienia kandydatów. Tę ocenę wzmacnia też to, że sam akt właściwego powołania na stanowisko PP SN nie tylko jest oparty bezpośrednio na przepisach Konstytucji RP (art. 183 ust. 3 Konstytucji RP), ale jest też prerogatywą Prezydenta (art. 144 ust. 3 pkt 20 Konstytucji RP).

W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że prerogatywa Prezydenta ma szczególny charakter: jest to osobiste uprawnienie głowy państwa, które dla swej ważności i skuteczności nie wymaga podpisu Prezesa Rady Ministrów. To znaczy, że wobec tego rodzaju aktów wyłączona jest, choćby pośrednia, odpowiedzialność polityczna za jego wydanie. Wyłączona jest też kontrola takiego aktu przez organy władzy publicznej. Kontrola taka byłaby dopuszczalna jedynie wówczas, gdyby przewidywała ją Konstytucja RP.

Trybunał przypomniał również, że w polskim ustawodawstwie nie ma procedury umożliwiającej wzruszenie czy kontrolowanie aktów wydanych w ramach wykonywania przez Prezydenta jego prerogatyw. Konstytucja nie tylko nie zawiera, ale też nie daje możliwości stworzenia takiej procedury na poziomie ustawowym. Tak więc niezależnie od wskazanej w sentencji wadliwości przepisów ustawowych i regulaminowych dotyczących przedstawiania Prezy-

dentowi kandydatów na stanowisko PP SN czy jednoznacznych wad w procesie wyboru kandydatów na PP SN, które TK dostrzegł, akt powołania PP SN jest skuteczny w momencie jego podpisania przez Prezydenta.

Przypomniano, że wykonanie prerogatywy przyjmuje formę prawną postanowienia, które jest skuteczne z momentem dokonania powołania. Akt taki jest publikowany w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski”. Nie można podważać wydanego na podstawie Konstytucji RP i ogłoszonego w „Monitorze Polskim” aktu Prezydenta o charakterze ustrojowym, który jest jego prerogatywą. W konsekwencji, mimo stwierdzenia niekonstytucyjności części zaskarżonych przepisów, Trybunał nie uwzględnił w orzeczeniu wniosku o wydanie wyroku aplikacyjnego.

3 kwietnia 2018 r. weszła w życie ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁸. Procedurę wyboru kandydatów na PP SN uregulowano w art. 12 i 13 ustawy:

Art. 12. § 1. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego jest powoływany przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na sześcioletnią kadencję spośród 5 kandydatów wybranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego i może zostać ponownie powołany tylko raz. Osoba powołana na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego może zajmować to stanowisko tylko do czasu przejścia w stan spoczynku, przeniesienia w stan spoczynku albo wygaśnięcia stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego.

§ 2. Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego wybiera kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego spośród sędziów Sądu Najwyższego w stanie czynnym, nie później niż na 6 tygodni przed upływem kadencji Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego albo w terminie 14 dni od dnia przejścia w stan spoczynku, przeniesienia w stan spoczynku albo wygaśnięcia stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego albo zrzeczenia się stanowiska Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

Art. 13. § 1. Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Sądu Najwyższego dokonującemu wyboru, o którym mowa w art. 12 § 2, przewodniczy Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, a w przypadku gdy nie jest to możliwe lub gdy zgłoszono jego kandydaturę – Prezes Sądu Najwyższego najstarszy służbą na stanowisku sędziego. Jeżeli na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zgłoszono również kandydaturę Prezesa Sądu Najwyższego najstarszego służbą na stanowisku sędziego, Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Sądu Najwyższego przewodniczy najstarszy służbą sędzia Sądu Najwyższego, którego kandydatura nie została zgłoszona.

§ 2. Do podjęcia uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego w sprawie wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, wymagana jest obecność co najmniej 2/3 liczby sędziów każdej z izb. Jeżeli uchwały nie podjęto ze względu na brak wymaganego kworum, do podjęcia uchwały na kolejnym posiedzeniu wymagana jest obecność co najmniej 3/5 liczby sędziów Sądu Najwyższego.

§ 3. Każdy sędzia uczestniczący w głosowaniu może oddać tylko jeden głos. Głosowanie jest tajne.

§ 4. Kandydatami na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wybranymi przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego są kandydaci,

¹⁸ Dz.U. 2018, poz. 5.

którzy uzyskali największą liczbę głosów. Jeżeli 2 lub więcej kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego uzyskało równą liczbę głosów, w wyniku czego nie jest możliwe wybranie 5 kandydatów, przeprowadza się ponowne głosowanie z udziałem tylko tych kandydatów. Przepis § 3 stosuje się.

§ 5. Niezwłocznie po wybraniu kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego przekazuje Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej uchwałę, o której mowa w § 2, wraz z protokołem głosowania.

Ustawa z 8 grudnia 2017 r. w zakresie regulującym wybór kandydatów na stanowisko PP SN (i przewidująca *expressis verbis* podjęcie uchwały) uległa nowelizacji, zanim stała się podstawą jakiegokolwiek wyboru. Ustawą z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw¹⁹ dokonano istotnej zmiany art. 13 oraz dodano art. 13a.

Art. 13. § 1. Każdy sędzia Sądu Najwyższego ma prawo zgłosić jednego kandydata na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

§ 2. Zgłoszenia kandydata dokonuje się przewodniczącemu Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego dokonującemu wyboru, o którym mowa w art. 12 § 2, niezwłocznie po jego rozpoczęciu.

§ 3. Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Sądu Najwyższego dokonującemu wyboru, o którym mowa w art. 12 § 2, przewodniczy Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, a w przypadku, gdy nie jest to możliwe lub gdy zgłoszono jego kandydaturę – Sędzia Sądu Najwyższego, którego kandydatura nie została zgłoszona, wyznaczony przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej.

§ 4. Do dokonania przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, wymagana jest obecność co najmniej 84 członków Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego. Jeżeli wyboru nie dokonano ze względu na brak wymaganego kworum, do dokonania wyboru na kolejnym posiedzeniu wymagana jest obecność co najmniej 75 członków Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego. Jeżeli także na tym posiedzeniu wyboru nie dokonano ze względu na brak wymaganego kworum, wybór może zostać dokonany na kolejnym posiedzeniu w przypadku obecności co najmniej 32 członków Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego. Posiedzenia, o których mowa w zdaniu drugim i trzecim, zwołuje się na dzień przypadający nie później niż w terminie 5 dni od daty odbycia poprzedniego posiedzenia.

§ 5. Każdy sędzia uczestniczący w głosowaniu może oddać tylko jeden głos. Głosowanie jest tajne.

§ 6. Kandydatami na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wybranymi przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego są kandydaci, którzy uzyskali największą liczbę głosów. Jeżeli dwóch lub więcej kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego uzyskało równą liczbę głosów, w wyniku czego nie jest możliwe wybranie pięciu kandydatów, przeprowadza się ponowne głosowanie z udziałem tylko tych kandydatów. Przepis § 5 stosuje się.

§ 7. Niezwłocznie po wybraniu kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, przewodniczący Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu

¹⁹ Dz.U. 2020, poz. 190.

Najwyższego albo inna osoba wskazana przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego przekazuje Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej listę kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wybranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, wraz z protokołem głosowania.

§ 8. Po przekazaniu Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej listy kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wybranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, wraz z protokołem głosowania, nie jest dopuszczalne zwołanie Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego w celu wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

Art. 13a. § 1. Jeżeli kandydaci na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego nie zostali wybrani zgodnie z zasadami określonymi w ustawie, Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej niezwłocznie powierza wykonywanie obowiązków Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego wskazanemu przez siebie sędziemu Sądu Najwyższego.

§ 2. W terminie tygodnia od dnia powierzenia wykonywania obowiązków Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego sędziemu, któremu obowiązki te powierzono, zwołuje Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, któremu przewodniczy, w celu wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego.

§ 3. Do dokonania wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego wymagana jest obecność co najmniej 32 członków Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego. Przepisy art. 13 § 1, 2 i 5-7 stosuje się.

Regulacja ustawowa odnosząca się do wyborów kandydatów na PP SN została uszczegółowiona w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego²⁰. Szczegółowy tryb wyboru kandydatów na stanowisko PP SN został opisany w rozdziale 3. rozporządzenia (§ 8-14):

§ 8. Zasady i tryb wyboru kandydatów na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego określa ustawa.

§ 9. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zarządza sporządzenie listy sędziów Sądu Najwyższego w kolejności alfabetycznej nazwisk z oznaczeniem liczby porządkowej.

§ 10. 1. Komisja skrutacyjna doręcza członkom Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego listę, o której mowa w § 9, ogłasza nazwiska zgłoszonych kandydatów, wskazując liczbę uzyskanych przez nich zgłoszeń, przygotowuje karty do głosowania, odnotowuje oddanie głosu, ustala wynik głosowania

²⁰ Dz.U. 2018, poz. 660. Regulamin został wydany na podstawie art. 4 u.SN, który zawiera następujące upoważnienie: „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, po zasięgnięciu opinii Kolegium Sądu Najwyższego, określi, w drodze rozporządzenia, regulamin Sądu Najwyższego, w którym ustali liczbę stanowisk sędziów Sądu Najwyższego nie mniejszą niż 120, w tym ich liczbę w poszczególnych izbach, wewnętrzną organizację Sądu Najwyższego, zasady wewnętrznego postępowania oraz szczegółowy zakres i sposób wykonywania czynności przez asystentów sędziów, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia sprawnego funkcjonowania Sądu Najwyższego, jego izb i organów, specyfikę postępowań prowadzonych przed Sądem Najwyższym, w tym postępowań dyscyplinarnych, oraz liczbę i rodzaj rozpoznawanych spraw”. Jak się wydaje, podstawą dla regulowania w regulaminie sposobu procedowania w trakcie ZO SN mającego na celu wyłonienie kandydatów na PP SN, jest zwrot „zasady wewnętrznego postępowania”. Zgromadzenie Ogólne jest organem SN, zatem wewnętrzne postępowanie SN polega właśnie na określonym działaniu organów tego sądu.

i podaje go do wiadomości Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego oraz sporządza protokół głosowania.

2. Komisja skrutacyjna składa się z Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej oraz 5 członków wybranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego, po jednym z każdej izby. Przewodniczącym komisji skrutacyjnej jest Prezes Sądu Najwyższego kierujący pracą Izby Dyscyplinarnej.

§ 11. 1. Zgłoszenie kandydata na stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego następuje w sposób tajny, przez zakreślenie kółkiem liczby porządkowej przy nazwisku na liście sędziów Sądu Najwyższego.

2. Zgłoszenie jest nieważne, jeżeli zgłaszający użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1.

§ 12. 1. Sędziowie obecni na Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów Sądu Najwyższego wyrażają zgodę na kandydowanie ustnie, a nieobecni – niezwłocznie na piśmie.

2. Kandydaci mogą składać oświadczenia oraz odpowiadać na pytania.

§ 13. 1. Na kartach do głosowania umieszcza się nazwiska i imiona kandydatów w kolejności alfabetycznej nazwisk z oznaczeniem liczby porządkowej.

2. Wzór karty do głosowania określa załącznik nr 1 do rozporządzenia.

§ 14. 1. Głosujący oddaje głos na kandydata przez zakreślenie kółkiem liczby porządkowej przy nazwisku kandydata.

2. Głos jest nieważny, jeżeli głosujący oddał głos na więcej niż jednego kandydata, nie oddał głosu na żadnego kandydata lub użył do zakreślenia innego znaku graficznego niż wymieniony w ust. 1.

W związku z zakończeniem 30 kwietnia 2020 r. kadencji PP SN przez sędzię Małgorzatę Gersdorf i niewybraniem w terminie przez ZO SN kandydatów na to stanowisko, do czasu zorganizowania kolejnych wyborów i powołania jednego z wybranych kandydatów, zgodnie z art. 13a w zw. z art. 111 § 4 u.SN, postanowieniem z 29 kwietnia 2020 r., od 1 maja 2020 r. wykonywanie obowiązków PP SN Prezydent powierzył sędziemu Kamilowi Zaradkiewiczowi, który na podstawie art. 13a § 1 i 2 u.SN zwołał ZO SN w celu wyboru kandydatów na stanowisko PP SN na 8 maja 2020 r.

W związku z trudnościami z wyborem komisji skrutacyjnej dopiero w 3. dniu obrad, tj. 12 maja 2020 r. doszło do głosowania indykacyjnego.

W głosowaniu indykacyjnym oddano 96 głosów ważnych. Zostali zgłoszeni następujący sędziowie:

1. Tomasz Artymiuk – 12 zgłoszeń
2. Leszek Bosek – 4 zgłoszenia
3. Tomasz Demendecki – 11 zgłoszeń
4. Halina Kiryło – 6 zgłoszeń
5. Wiesław Koziulewicz – 4 zgłoszenia
6. Joanna Lemańska – 1 zgłoszenie
7. Małgorzata Manowska – 17 zgłoszeń
8. Joanna Misztal-Konecka – 2 zgłoszenia
9. Piotr Prusinowski – 6 zgłoszeń
10. Krzysztof Rączka – 1 zgłoszenie
11. Marta Romańska – 9 zgłoszeń

12. Krzysztof Staryk – 1 zgłoszenie
13. Aleksander Stępkowski – 4 zgłoszenia
14. Adam Tomczyński – 1 zgłoszenie
15. Krzysztof Wiak – 1 zgłoszenie
16. Paweł Wiliński – 1 zgłoszenie
17. Włodzimierz Wróbel – 6 zgłoszeń
18. Kamil Zaradkiewicz – 2 zgłoszenia
19. Dariusz Zawistowski – 6 zgłoszeń
20. Grzegorz Żmij – 1 zgłoszenie.

Zgodę na kandydowanie wyrazili sędziowie Tomasz Artymiuk, Leszek Bosek, Tomasz Demendecki, Małgorzata Manowska, Joanna Misztal-Konecka, Piotr Prusinowski, Marta Romańska, Adam Tomczyński, Włodzimierz Wróbel i Dariusz Zawistowski.

14 maja 2020 r. p.o. PP SN sędzia Kamil Zaradkiewicz zwrócił się do Prezydenta z prośbą o rozważenie zmiany regulaminu SN, w związku z zaistniałymi istotnymi wątpliwościami interpretacyjnymi. Wcześniej odrzucił wielokrotnie zgłaszane wnioski sędziów o przyjęcie porządku obrad, przyjęcie regulaminu ZO SN oraz przyjęcie zasady, że przedstawienie Prezydentowi kandydatur następuje w formie uchwały ZO SN, uznając te wnioski jako sprzeczne z u.SN z 1997 r. Wnioski te były ponawiane do końca ZO SN. Pismem z 14 maja 2020 r. Szef kancelarii Prezydenta poinformował, że Prezydent nie podjął decyzji o zmianie rozporządzenia. Tego samego dnia z funkcji p.o. PP SN zrezygnował sędzia Kamil Zaradkiewicz i postanowieniem z 14 maja 2020 r. Prezydent powierzył z dniem 15 maja 2020 r. sędziemu Aleksandrowi Stępkowskiemu wykonywanie obowiązków PP SN, w tym kierowanie SN, do czasu powołania PP SN.

Po wznowieniu obrad ZO SN i dwudniowej serii wystąpień i odpowiedzi kandydatów na pytania, 23 maja 2020 r. p.o. PP SN zarządził głosowanie. W głosowaniu tajnym oddano 95 głosów ważnych. Poszczególni kandydaci uzyskali następującą liczbę głosów:

1. Tomasz Artymiuk – 0 głosów
2. Leszek Bosek – 4 głosy (około 4%)
3. Tomasz Demendecki – 14 głosów (około 15%)
4. Małgorzata Manowska – 25 głosów (około 26%)
5. Joanna Misztal-Konecka – 2 głosy (około 2%)
6. Piotr Prusinowski – 0 głosów
7. Marta Romańska – 0 głosów
8. Adam Tomczyński – 0 głosów
9. Włodzimierz Wróbel – 50 głosów (około 53%)
10. Dariusz Zawistowski – 0 głosów.

Komisja skrutacyjna stwierdziła, że pięcioma kandydatami, którzy uzyskali największą liczbę głosów, w kolejności alfabetycznej, są sędziowie: Leszek Bosek, Tomasz Demendecki, Małgorzata Manowska, Joanna Misztal-Konecka i Włodzimierz Wróbel.

Podsumowując należy stwierdzić, że tylko jeden spośród pięciu przedstawionych Prezydentowi kandydatów uzyskał większość głosów ZO SN (około 53%). Sposób głosowania określony w u.SN, był taki sam jak we wcześniej obowiązującym regulaminie z 2003 r. w brzmieniu ustalonym w 2004 r., tzn. suma oddanych ważnie głosów (100%) rozkładała się na wszystkich zgłoszonych kandydatów, co w sposób matematycznie konieczny powodowało, że najwyżej jeden kandydat mógł uzyskać ponad połowę głosów. Zgromadzenie nie podejmowało uchwał w odniesieniu do poszczególnych kandydatów, ani nie podjęło uchwały o przedstawieniu Prezydentowi kandydatur; takich uchwał nie przewidywała u.SN. Przedstawienie, o którym mowa w art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, nastąpiło na podstawie art. 13 ust. 7 u.SN poprzez przekazanie listy kandydatów na stanowisko PP SN wybranych przez ZO SN, wraz z protokołem głosowania.

Postanowieniem z 25 maja 2020 r. Prezydent na podstawie art. 183 ust. 3 Konstytucji RP powołał z dniem 26 maja 2020 r. sędzię Małgorzatę Manowską na stanowisko PP SN, na sześcioletnią kadencję.

Podsumowanie

Jak wynika z przedstawionego zestawienia przepisów i praktyki działania ZO SN można wskazać następujące punkty kluczowe procedury wyboru kandydatów na PP SN na gruncie obowiązującej Konstytucji RP z 1997 r.:

1. W pięciu ZO SN w latach 1998-2020, na których wybrano kandydatów na PP SN, głosowano w taki sam sposób, tj. najpierw poprzez tzw. głosowanie indykacyjne, służące wskazaniu kandydatów na kandydatów, później przez oddanie jednego głosu na kandydata, spośród wskazanych w pierwszym głosowaniu, który wyraził zgodę na kandydowanie. W głosowaniach tych nie istniała możliwość głosowania przeciw kandydatowi ani wstrzymania się od głosu. Odrębną procedurę przewidzianą w regulaminie z 2003 r., w ramach której głosowano odrębnie co do poszczególnych kandydatów zastosowano tylko raz – na ZO SN 14 września 2004 r., które zakończyło się niepowodzeniem, tj. brakiem wyłonienia dwóch kandydatów. Wynikało to z wymogu uzyskania względnej większości głosów przez każdego z kandydatów (więcej głosów „za” niż „przeciw”).
2. W konsekwencji przyjętego sposobu głosowania, kandydaci przedstawieni Prezydentowi na ZO SN w 2004, 2010, 2014 i 2020 r. uzyskali liczbę głosów, których suma odpowiadała liczbie oddanych głosów ważnych. Powodowało to, że na liście kandydatów najwyżej jeden kandydat legitymował się

- poparciem ponad połowy głosujących i niemożliwym było, by pozostali kandydaci uzyskali ponad 50% głosów. W wyborach w 1998 r. żaden kandydat przedstawiony Prezydentowi nie uzyskał ponad połowy głosów.
3. W wyborach w 1998 r. kandydat części sędziów (sędzia Tadeusz Ereciński – 21 głosów) nie został przedstawiony Prezydentowi. We wszystkich pozostałych wyborach (2004 r., 2010 r., 2014 r., 2020 r.) kandydaci wszystkich głosujących sędziów zostali przedstawieni Prezydentowi – innymi słowy reprezentanci 100% głosujących sędziów byli wśród kandydatów, spośród których Prezydent dokonywał wyboru. Doprowadziło to – poniekąd przypadkowo, ponieważ nie wynikało to w sposób konieczny z treści regulacji – do optymalnej sytuacji, że każdy głos został uwzględniony i każdy sędzia miał „swojego” kandydata przedstawionego Prezydentowi.
 4. W żadnym ze ZO SN nie doszło do podjęcia odrębnych uchwał nad poszczególnymi kandydatami. Uchwał takich nie przewidywały regulaminy będące podstawą procedury wyboru w 1998 r., 2004 r., 2010 r. i 2014 r. ani nie przewidywała ustawa o SN z 2017 r., stanowiąca podstawę procedury w 2020 r. Uchwały takie były przewidziane w regulaminie z 2003 r. jednakże z uwagi na dysfunkcyjność takiej procedury odstąpiono od nich po zmianie regulaminu w 2004 r.
 5. W żadnym ze ZO SN nie doszło do podjęcia uchwały końcowej, zatwierdzającej wcześniejszy wybór kandydatów i służącej przedstawieniu Prezydentowi kandydatur zgodnie z art. 183 ust. 3 Konstytucji RP. Uchwały takiej nie przewidywały regulaminy będące podstawą procedury wyboru w latach 1998, 2004, 2010 i 2014, ani nie przewidywała znowelizowana ustawa o SN z 2017 r., stanowiąca podstawę procedury w 2020 r. Podjęcie takiej uchwały przewidywał regulamin z 2003 r. w pierwotnym brzmieniu²¹ oraz art. 13 § 2 u.SN z 2017 r. w pierwotnym brzmieniu.
 6. Przedstawienie Prezydentowi wyłonionych kandydatów nastąpiło poprzez techniczną czynność Przewodniczącego ZO

²¹ Przewodnicząca ZO SN prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf w sprawie K 3/17 zajęła stanowisko, zgodnie z którym „w demokratycznym państwie prawnym organy kolegalne działają nie tylko w prawnej formie uchwał. Widać to doskonale na przykładzie Sejmu, który nie podejmuje osobnych uchwał o uchwaleniu ustawy, ale ustawę po prostu uchwala, głosując za jej przyjęciem. Sejm nie podejmuje też uchwał w przedmiocie przyjęcia stanowiska, jakie zajmuje w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym? Odrębnym zagadnieniem jest określenie, czy głosowanie przez wszystkich obecnych na ZO SN sędziów na zgłoszonych kandydatów nie jest – materialnie rzecz biorąc – wypowiedzią tegoż ZO SN, którą po prostu można – gdyby było to konieczne – nazwać uchwałą. W takim wypadku można byłoby stać na stanowisku, że *de facto* we wszystkich ZO SN podjęte zostały uchwały o wyborze kandydatów na stanowisko PP SN, jednakże czynność uchwalania (podejmowania uchwały) została inaczej nazwana, a sposób ustalania wyników głosowania był szczególny (tj. regulowany w szczególny sposób przez regulaminą a później ustawę o SN z 2017 r.).

SN przekazania dokumentów ze Zgromadzenia Prezydentowi (w 1998 r. na podstawie § 8 regulaminu z 1998 r. – Przewodniczący ZO SN przedstawił Prezydentowi wybranych kandydatów, załączając protokół komisji skrutacyjnej; w 2004 r., 2010 r. i 2014 r. – na podstawie § 8 regulaminu z 2003 r. w brzmieniu nadanym w 2004 r. Przewodniczący ZO SN przedstawił Prezydentowi wyniki wyboru ze wskazaniem liczby głosów uzyskanych przez kandydatów w poszczególnych głosowaniach, zaś w 2020 r. na podstawie art. 13 § 7 u.SN Przewodniczący ZO SN przekazał Prezydentowi listę kandydatów na stanowisko PP SN wybranych przez ZO SN, wraz z protokołem głosowania).

7. W latach 2004, 2010 i 2014 wyboru kandydatów dokonano na podstawie przepisów regulaminu, który został następnie uznany za niezgodny z Konstytucją RP wyrokiem TK z 24 października 2017 r. (K 3/17). Równocześnie w tym samym wyroku TK przesądził, że wady procedury i stwierdzenie niekonstytucyjności przepisów stanowiących ich podstawę nie mogą uzasadniać podważenia wydanego na podstawie Konstytucji RP i ogłoszonego w „Monitorze Polskim” aktu Prezydenta o charakterze ustrojowym, który jest jego prerogatywą, w tym przypadku postanowienia o powołaniu PP SN²².

W odniesieniu do wyboru Prezydenta spośród przedstawionych mu kandydatów należy zauważyć, że:

1. Prezydent w latach 1998, 2004, 2010, 2014 powołał na stanowisko PP SN tego z przedstawionych mu kandydatów, który uzyskał największą liczbę głosów na ZO SN. W 2020 r. Prezydent powołał kandydatkę, która uzyskała drugi w kolejności wynik głosowania.
2. Prezydent w latach 2004, 2010 i 2014 powołał na stanowisko PP SN sędziego, który uzyskał ponad połowę głosów na ZO SN. W 1998 i 2020 r. powołał sędziego, który uzyskał mniej niż połowę głosów (odpowiednio 1998 r. – sędzia Lech Gardocki – 38%, 2020 – sędzia Małgorzata Manowska – 26% głosów).

Roma locuta, causa finita.

²² W tym zakresie podobne w skutkach stanowisko zajęła Przewodnicząca Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Sądu Najwyższego prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf, która w stanowisku przed TK podniosła, że „samo uznanie za bezskuteczne wyboru i przedstawienia Prezydentowi RP kandydatów nie może spowodować, że ww. osoby nie będą mogłyby być uznawane za Pierwszych Prezesów SN. Każdorazowo, w odniesieniu do tychże osób Prezydent RP wydał postanowienie w sprawie ich powołania na omawiane stanowisko. Podstawę prawną takiego postanowienia stanowił zaś art. 183 ust. 3 Konstytucji RP, a nie zakwestionowane przez Wnioskodawcę przepisy. Dopóki zatem w obrocie prawnym pozostaną postanowienia Prezydenta RP dotyczące powołania na stanowisko Pierwszego Prezesa SN z lat 2004, 2010 i 2014, dopóty nie będzie można uznać, że Sąd Najwyższy od blisko 13 lat pozbawiony jest Pierwszego Prezesa”



Michał Kijak*

ZASTOSOWANIE RACHUNKU POWIERNICZEGO W USTAWIE DEWELOPERSKIEJ

W artykule zostały przedstawione zagadnienia dotyczące prowadzenia mieszkaniowego rachunku powierniczego w działalności deweloperskiej. Ustawa deweloperska nakłada na deweloperów obowiązek otwarcia mieszkaniowego rachunku powierniczego w banku oraz reguluje prawa i obowiązki z nim związane. Omówiono również zadania banku w celu kontroli prawidłowego prowadzonego rachunku powierniczego w szczególności w zakresie wypłaty środków pieniężnych z rachunku przez dewelopera, a także udzielania informacji nabywcom i ewidencjonowania wpłat i wypłat.

Pojęcia kluczowe: deweloper, ustawa deweloperska, mieszkaniowy rachunek powierniczy, umowa deweloperska, bank

1. Wstęp

Ogólne zagadnienia dotyczące rachunku powierniczego zostały uregulowane w art. 59 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (dalej: p.b.; t.j. Dz.U. 2019, poz. 2357 ze zm.). Jednakże dla deweloperów i prowadzonych przez nich przedsiębiorstw najistotniejsze znaczenie ma regulacja zamieszczona w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub

* Michał Kijak, Uniwersytet Opolski; ORCID: 0000-0003-1528-6841.

domu jednorodzinnego (dalej: u.o.p.n.; t.j. Dz.U. 2019, poz. 1805), nazywana również ustawą deweloperską. To właśnie w tym ostatnim akcie prawnym został nałożony na dewelopera obowiązek aby zawarł umowę o prowadzenie mieszkaniowego rachunku powierniczego dla realizowanego przez niego przedsięwzięcia deweloperskiego. Przepisy o mieszkaniowym rachunku powierniczym stanowią *lex specialis* do ogólnej regulacji o rachunkach powierniczych z Prawa bankowego. Ustawa deweloperska znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny nie został jeszcze finalnie zbudowany. Oznacza to, że jeżeli deweloper zakończył swoje przedsięwzięcie deweloperskie i lokale lub domy są gotowe, to nie istnieje już obowiązek prowadzenia rachunku powierniczego. Sprzedaż będzie się wtedy odbywała na zasadach ogólnych, czyli umowy sprzedaży, a nie umowy deweloperskiej, unormowanej w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

2. Zakres regulacji

Zakres regulacji ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego obejmuje nabywanie praw przez nabywców od deweloperów. Zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.p.n. deweloper jest to przedsiębiorca (osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna), który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na podstawie umowy deweloperskiej zobowiązuje się do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę, albo do przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość i przeniesienia tego prawa na nabywcę. Natomiast na mocy art. 3 pkt 4 u.o.p.n. nabywcą jest osoba fizyczna, która na podstawie umowy deweloperskiej jest uprawniona do przeniesienia na nią prawa własności lokalu mieszkalnego, własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość oraz zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa.

W świetle powyższych definicji należy zwrócić uwagę na kilka istotnych aspektów. Mianowicie według definicji nabywcą może być wyłącznie osoba fizyczna, wnioskując *a contrario* – nie może być to osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, dlatego tytułowa regulacja nie dotyczy przykładowo umów zawartych między deweloperem a spółką akcyjną. Według definicji zawartej w art. 3 pkt 4 nie wprowadzono ograniczenia, że nabywcą

powinien być konsument. Pociąga to za sobą taki skutek, że ochroną są objęte także osoby fizyczne będące przedsiębiorcami działającymi w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej np. nabywanie lokali mieszkalnych w celu ich wynajmowania¹.

Dla niniejszych rozważań istotne jest również wyjaśnienie pojęć „dom jednorodzinny” i „lokal mieszkalny”, które również posiadają swoje definicje legalne w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Dom jednorodzinny jest to dom mieszkalny, jak również samodzielna część domu bliźniaczego lub szeregowego przeznaczona przede wszystkim do zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych. Natomiast przy definicji „lokalu mieszkalnego” ustawa deweloperska odsyła do art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (t.j. Dz.U. 2019, poz. 737), który definiuje „samodzielny lokal mieszkalny” jako „wydzieloną trwałymi ścianami w obrębie budynku izbę lub zespół izb przeznaczonych na stały pobyt ludzi, które wraz z pomieszczeniami pomocniczymi służą zaspokajaniu ich potrzeb mieszkaniowych”.

Na podstawie art. 1 u.o.p.n. można wyróżnić cztery rodzaje praw nabywanych od dewelopera:

- 1) własności lokalu mieszkalnego wraz ze związanym z jego własnością udziałem we własności gruntu oraz wszelkich części budynku i innych urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali;
- 2) własności lokalu mieszkalnego wraz ze związanym z jego własnością udziałem w użytkowaniu wieczystym gruntu oraz takim samym udziałem we własności wszelkich części budynku i innych urządzeń, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali;
- 3) własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny;
- 4) użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość².

Poza zakresem regulacji ustawy deweloperskiej zostają lokale niemieszkalne (np. lokal usługowy) i budynek niebędący budynkiem jednorodzinny (np. pawilony handlowe).

3. Obligatoryjne stosowanie ustawy

Dla urzeczywistnienia ochrony, którą daje ustawa deweloperska, istotne jest jej obligatoryjne stosowanie. W piśmiennictwie wska-

¹ T. Czech, *Ustawa deweloperska. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 42.

² R. Strzelczyk, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Warszawa 2013, s. 5.

zuje się, że przepisy tej ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Skutkuje to ograniczeniem swobody umów i autonomii woli, które są podstawowymi zasadami prawa cywilnego³. W wyniku takiej regulacji nawet wola nabywcy aby zrezygnować z przysługującej mu ochrony, a także wola obu stron, nie może wyłączyć stosowania ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Ustawę tę stosuje się do wszystkich deweloperów oraz nabywców. Również strony, które chcą zawrzeć umowę deweloperską⁴ niezgodną z ustawą, powinny się spotkać z odmową sporządzenia takiej umowy przez notariusza⁵. W razie gdyby została zawarta umowa deweloperska, która zawiera postanowienia mniej korzystne niż te, zagwarantowane przez ustawodawcę, zastosowanie znajdzie art. 28 u.o.p.n. Stanowi on, że takie postanowienia są nieważne i w ich miejsce stosuje się odpowiednio przepisy ustawy. Do tego przepisu odniósł się również Sąd Apelacyjny w Warszawie, który w wyroku z 16 lipca 2013 r., VI ACa 1568/12 orzekł, że: „Zamieszczenie w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. 2011, nr 232, poz. 1377 ze zm.) przepisu art. 28 powoduje, że postanowienia umowy deweloperskiej w pierwszej kolejności powinny być oceniane przez pryzmat tej regulacji, nie zaś w kontekście art. 385¹ k.c. Pod rządami ustawy deweloperskiej znaczna część klauzul umownych umieszczanych przez deweloperów w umowach zawieranych z nabywcami nie będzie już kwalifikowana jako niedozwolone postanowienia umowne niewiążące konsumenta, lecz jako postanowienia nieważne, zastępowane odpowiednimi przepisami ustawy deweloperskiej”.

4. Rachunek powierniczy

Umowa rachunku powierniczego jest szczególnym przypadkiem wykonywania umowy depozytowej banku. W prawie polskim przyjęto koncepcję powiernictwa romańskiego, według której powinny zostać zawarte dwie umowy⁶. Pierwsza pomiędzy bankiem i powiernikiem, czyli umowa rachunku powierniczego oraz druga, nazywana umową powierniczą, zawarta pomiędzy powiernikiem a osobą trzecią (powierzającym). Stosownie do art. 59 ust. 1 p.b. na rachunku powierniczym mogą być gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone powiernikowi, przy czym powierzenie to dokonane jest

³ Ibidem, s. 11.

⁴ Zgodnie z art. 3 pkt 5 u.o.p.n.: „umowa, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego prawa, o którym mowa w art. 1, a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa”.

⁵ Ibidem, s. 12.

⁶ *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2013, s. 679.

przez osobę trzecią na podstawie odrębnej umowy (czyli umowy powierniczej)⁷. Stronami umowy rachunku powierniczego są powiernik i bank, stąd też powierzający nie ma żadnej możliwości, aby ingerować w przyszłości w postanowienia tej umowy.

Funkcją rachunku powierniczego jest zabezpieczenie wynagrodzenia, w szczególności jeżeli zadanie, do którego jest się zobligowanym wymaga dużego wkładu kapitału i pracy lub zadanie zostanie wykonane dopiero w przyszłości⁸. Przedsięwzięcia deweloperskie bezsprzecznie spełniają takie warunki, gdyż budowa lokali mieszkalnych wymaga wysokich kosztów i może minąć kilka lat zanim zostaną one przekazane nabywcy. Dodatkowo należy wspomnieć, że zgodnie z art. 59 ust. 3 p.b. umowa rachunku powierniczego określa, jakie warunki powinny być spełnione przez powiernika aby ten mógł wypłacić wpłacone środki pieniężne. W orzecznictwie wskazuje się, że „z istoty rachunku powierniczego wynika, że mogą być na nim gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone posiadaczowi tego rachunku. Nie są to więc środki posiadacza rachunku, lecz osób trzecich. Posiadacz rachunku ma jedynie roszczenie o ich wypłatę. Powiernikowi przysługują jedynie wierzytelności wynikające z umowy rachunku powierniczego. Powiernik – posiadacz rachunku nie jest gospodarczo uprawniony do środków znajdujących się na rachunku, przynajmniej do chwili określonej w umowie powierniczej, ponieważ w sensie ekonomicznym uprawnionym do przechowywanych przez bank pieniędzy jest powierzający”⁹.

5. Umowa deweloperska

Dla krótkiej charakterystyki tej umowy należy podkreślić, że, na jej podstawie są powierzane środki pieniężne na mieszkaniowym rachunku powierniczym. Jak stanowi art. 3 pkt 5 u.o.p.n umowa deweloperska to umowa, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego prawa własności lokalu mieszkalnego, własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego, a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Stronami tej umowy są deweloper oraz nabywca, i – jak stanowi ustawa – umowa ta jest zawierana w formie aktu notarialnego pod rygorem nieważności. .

W art. 22 ust. 1 u.o.p.n. został wymieniony pełny katalog postanowień przedmiotowo istotnych dla omawianej umowy. Należy za-

⁷ Ibidem.

⁸ R. Strzelczyk, *Ochrona praw nabywcy...*, s. 119.

⁹ Wyrok WSA we Wrocławiu z 6 listopada 2015 r., I SA/Wr 1443/15.

uważyć, że zgodnie z ust. 1 pkt 9 powyższego przepisu już w umowie deweloperskiej muszą być zawarte informacje o mieszkaniowym rachunku powierniczym, dlatego deweloper powinien wcześniej zawrzeć umowę o prowadzenie rachunku powierniczego z bankiem.

6. Mieszkaniowy rachunek powierniczy

Na podstawie art. 4 u.o.p.n. deweloper ma obowiązek zapewnić co najmniej jeden z poniższych środków ochrony:

- 1) zamknięty mieszkaniowy rachunek powierniczy;
- 2) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję ubezpieczeniową;
- 3) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję bankową;
- 4) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy.

W niniejszej pracy rozważone zostaną zasady zastosowania pierwszej i ostatniej opcji, którą może zastosować deweloper, które są również najczęściej wykorzystywanym wariantem w umowie deweloperskiej. Niektórzy autorzy zwracają uwagę na możliwość zastosowania w jednej umowie równoległe kilku różnych środków ochrony, przykładowo część środków pieniężnych podlega ochronie za pomocą otwartego rachunku, a część zamkniętego rachunku powierniczego¹⁰.

W piśmiennictwie wskazuje się, że „cechą zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego jest to, że wypłata z tego rachunku dokonana jest jednorazowo, dopiero po wybudowaniu i przeniesieniu prawa do mieszkania. Powyższe rozwiązanie jest bardziej korzystne dla nabywców, bo bardziej zabezpiecza ich środki pieniężne przed nieuczciwym deweloperem i możliwością zdefraudowania tych środków, ponieważ deweloper nie ma możliwości wypłaty środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku. Z tej przyczyny również ta opcja jest mało atrakcyjna dla dewelopera, ponieważ oznacza, że nie może się posiłkować w żadnym stopniu tymi środkami”¹¹. Stąd też wynika rzadkość stosowania takiego rachunku. Jedną z niewielu korzyści płynących dla dewelopera z faktu wykorzystania tego rodzaju zabezpieczenia jest podniesienie atrakcyjności swojej oferty na rynku, bo nabywca ma zaoferowaną większą ochronę, w wyniku czego prawdopodobnie chętniej skorzysta z takiej możliwości.

Drugą opcją jest zastosowanie „otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego, który pozwala na wypłacanie środków znajdujących się na rachunku sukcesywnie, pod warunkiem ukończenia określonego etapu budowy zaplanowanego zgodnie

¹⁰ Zwracają na to uwagę jednocześnie B. Gliniecki ([w:] *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, teza 13 do art. 4) oraz T. Czech (*Ustawa deweloperska...*, s. 100).

¹¹ R. Stuzelczyk, *Ochrona praw nabywcy...*, s. 122.

z harmonogramem¹². Ten sposób w mniejszym stopniu zapewnia ochronę nabywcy, jednakże należy zaznaczyć istotną kwestię, że każdy etap inwestycji zaplanowany zgodnie z harmonogramem jest kontrolowany przez bank, w którym prowadzony jest rachunek. Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.o.p.n. podstawą do wypłaty środków z rachunku jest wpis kierownika budowy do dziennika budowy, potwierdzony przez wyznaczoną przez bank osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane¹³. W dalszej części szerzej rozwinięty zostanie wątek harmonogramu przedsięwzięcia i kontroli bankowej.

Na podstawie art. 5 ust. 1 u.o.p.n. należy wskazać, że deweloper przy prowadzeniu przedsięwzięcia deweloperskiego jest zobowiązany do otwarcia osobnego rachunku. Oznacza to, że deweloper który prowadzi kilka takich przedsięwzięć musi posiadać osobne rachunki dla każdego z nich¹⁴. W praktyce deweloper zazwyczaj nie wykonuje jednego przedsięwzięcia, a kilka jednocześnie, nawet w różnych miejscowościach. Takie rozwiązanie powoduje, że środki powierzone w ramach jednego przedsięwzięcia nie mieszają się ze środkami powierzonymi z tytułu innego przedsięwzięcia. Ma to istotne znaczenie, ponieważ środki gromadzone na rachunku mają zostać przeznaczone na realizację danego przedsięwzięcia, a nie w innym celu. Należy rozróżnić, że odrębny rachunek powierniczy jest prowadzony dla przedsięwzięcia deweloperskiego, a nie dla każdego nabywcy. Natomiast obowiązkiem banku jest odrębne ewidencjonowanie wpłat i wypłat z rachunku dla każdego nabywcy, co umożliwi w sposób przejrzysty stwierdzenie, czy umowa deweloperska jest przez nabywców wykonywana prawidłowo¹⁵. Gdyby przyjąć, że byłyby prowadzone odrębne rachunki powiernicze dla każdego nabywcy, stwarzałoby to spore problemy. Dobrym przykładem będzie deweloper w sytuacji budowy bloku mieszkalnego w którym byłoby 100 lokali mieszkalnych.

Koszty, opłaty i prowizje prowadzenia mieszkaniowego rachunku powierniczego zgodnie z art. 9 u.o.p.n. w całości obciążają dewelopera. Nabywca w końcu nie jest stroną umowy rachunku powierniczego, a jedynie stroną umowy deweloperskiej. Jednak w praktyce może dojść do sytuacji, że deweloper wkalkuluje koszt prowadzenia rachunku do ceny lokalu lub domu i *de facto* to nabywca będzie ponosił powyższe koszty.

¹² Ibidem, s. 150.

¹³ B. Gliniecki, [w:] *Ustawa o ochronie...*, red. K. Osajda, teza 2 do art. 12.

¹⁴ H. Ciepła, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa, s. 71.

¹⁵ B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska: komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012, s. 70.

7. Kontrola banku

Bank ma istotną rolę w trakcie prowadzenie mieszkaniowego rachunku powierniczego, ponieważ jest on odpowiedzialny za kontrolowanie przedsięwzięcia deweloperskiego. Do jego obowiązków należy ewidencjonowanie wpłat i wypłat dokonywanych na danym rachunku, dzięki czemu bank posiada informacje, w jakiej wysokości są przekazywane środki pieniężne oraz czy termin ich uiszczenia jest zgodny z umową; pozwala to również na identyfikację nabywcy.

Bank jest również zobowiązany do tego, aby udzielać informacji o tych wpłatach i wypłatach nabywcy. Jest to wyjątek od zasady, według której tylko stronie umowy rachunku bankowego można udzielać informacji o operacjach na tym rachunku, a jak już wcześniej zostało to podkreślone, nabywca nie jest stroną umowy rachunku bankowego¹⁶. W Rekomendacji Związku Banków Polskich¹⁷ nr 4 wyjaśniono jakie to informacje powinny być udzielane nabywcy: „Biorąc pod uwagę cel ustawy, jakim jest ochrona interesów nabywców w procesie deweloperskim, należy uznać, że zakres informacji udostępnianych nabywcy powinien obejmować informację o ogólnym saldzie mieszkaniowego rachunku powierniczego, tj. o dokonanych wpłatach i wypłatach na rzecz danego przedsięwzięcia deweloperskiego oraz szczegółowe informacje dotyczące wpłat i wypłat nabywcy występującego z żądaniem udzielenia informacji (daty, sumy wpłat i wypłat). Udzielana informacja nie powinna dotyczyć szczegółów wpłat i wypłat w odniesieniu do innych nabywców (ewentualnie innych mieszkaniowych sub-rachunków powierniczych), gdyż następowaloby ujawnienie informacji objętych tajemnicą bankową w zakresie innych nabywców, co do których ustawa nie daje ustawowego upoważnienia do udzielania informacji”.

Ustawa ogranicza swobodę wypłaty przez dewelopera środków zgromadzonych na otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym w taki sposób, że środki wypłacane z rachunku mogą być wyłącznie przeznaczone na przedsięwzięcie deweloperskie, z którym są związane. Z tego wynika, że nie można używać środków pieniężnych z jednego rachunku pomocniczo do drugiego przedsięwzięcia prowadzonego przez tego dewelopera. Za takim rozumieniem przepisów opowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2015 r., I SA/Wr 1443/15. Sąd ten wskazał, że „swoboda dysponowania przez dewelopera środkami otrzymanymi z otwartego mieszkaniowego rachunku

¹⁶ R. Stuzelczyk, *Ochrona praw nabywcy...*, s. 150.

¹⁷ Rekomendacja w sprawie wybranych problemów interpretacyjnych w Ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z dnia 11 września 2011 r. (Dz.U. 2011, nr 232 poz. 1377) wypracowana przez Komitet ds. Finansowania Nieruchomości i Radę Prawa Bankowego zatwierdzona przez Zarząd Związku Banków Polskich w dniu 24 stycznia 2012 r. (dalej: Rekomendacja ZBP).

powierniczego jest ograniczona m.in. przez treść art. 8 ustawy deweloperskiej. Stosownie do art. 8 ustawy deweloperskiej deweloper ma prawo dysponować środkami wypłacanymi z otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego, wyłącznie w celu realizacji przedsięwzięcia deweloperskiego, dla którego prowadzony jest ten rachunek. Do kontroli wykonania obowiązków przepis art. 12 stosuje się odpowiednio. Postawienie środków do dyspozycji dewelopera leży w gestii banku. Bank wypłaca deweloperowi środki zgromadzone na otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym po stwierdzeniu zakończenia danego etapu realizacji przedsięwzięcia deweloperskiego (art. 11 ustawy deweloperskiej). Nie można zgodzić się ze stroną skarżącą, że środki zgromadzone na rachunku powierniczym otwartym stanowią jej własność i powiększają jej aktywa jako przysporzenie majątkowe”.

Bank ma również obowiązek wypłacić środki pieniężne zgromadzone na rachunku dopiero po uzyskaniu wpisu od kierownika budowy do dziennika budowy, w którym określane są takie informacje jak: przebieg robót budowlanych, zdarzeń i okoliczności zachodzących w ich toku. Osoba uprawniona powinna działać w ramach należytej staranności, a także zweryfikować, czy stan faktyczny jest zgodny z wpisem kierownika budowy i etapem zaplanowanym w harmonogramie. Do tej kwestii również odniosła się rekomendacja nr 8¹⁸, zgodnie z którą: „zakres czynności, jakie powinien wykonać bank przed wypłatą środków z mieszkaniowego rachunku powierniczego otwartego:

- a. sprawdzenie ważnego pozwolenia na budowę oraz wpisu w KRS czy deweloper nie jest w stanie upadłości;
- b. sprawdzenie dokumentu (raportu z inspekcji na miejscu inwestycji) wystawionego przez przedstawiciela banku, który to raport potwierdzi zapis kierownika budowy w dzienniku budowy na podstawie oględzin inwestycji (stan zaawansowania prac);
- c. uzyskanie od dewelopera oświadczenia o wykorzystaniu środków z poprzedniej wypłaty z mieszkaniowego rachunku powierniczego otwartego w celu realizacji przedsięwzięcia deweloperskiego, dla którego prowadzony jest ten rachunek, w tym rozliczenia zobowiązań podatkowych oraz innych zobowiązań zrównanych z zobowiązaniami podatkowymi”.

Co ważne, w tej samej rekomendacji wskazuje się, co nie należy do obowiązku banku przy weryfikacji: jakość wykonania robót, terminowość realizacji inwestycji, poziom rzeczywistych kosztów budowy, fakt uregulowania płatności wobec wykonawców lub podwykonawców przedsięwzięcia deweloperskiego, sytuacja finansowa dewelopera, poziom wkładu własnego dewelopera, osiągniętej

¹⁸ Zob. Rekomendacja ZBP.

przedsprzedaży i dokonanych wpłat oraz realności realizacji przedsięwzięcia deweloperskiego z udziałem akceptowanych wpłat z mieszkaniowego rachunku powierniczego, aktualności i prawidłowości prospektu informacyjnego (bank nie sprawdza i nie potwierdza przekazania oświadczenia dewelopera nabywcom, np. związanego z aktualnością prospektu informacyjnego)¹⁹.

W przypadku zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego wypłata środków zgodnie z ustawą deweloperską zostaje dokonana dopiero po otrzymaniu przez bank odpisu aktu notarialnego obejmującego umowę przenoszącą na nabywcę prawo własności lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

Harmonogram przedsięwzięcia deweloperskiego ma istotne znaczenie w kontekście otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego, gdyż wykonywanie poszczególnych etapów jest warunkiem wypłacenia przez bank do dyspozycji dewelopera odpowiednich części wpłaconych przez nabywcę środków na poczet ceny. W przypadku zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego harmonogram ma znacznie mniejsze znaczenie, ponieważ wypłacenie środków na rachunek dewelopera następuje dopiero po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego. Harmonogram jest sporządzany przez dewelopera i stanowi część prospektu informacyjnego, z którym nabywca ma prawo się zapoznać oraz stanowi załącznik do umowy deweloperskiej. W harmonogramie określa się etapy realizacji przedsięwzięcia deweloperskiego dla danego budynku oraz procentowy, szacunkowy podział kosztów poszczególnych etapów w całkowitych kosztach przedsięwzięcia deweloperskiego. W harmonogramie mogą zostać również uwzględnione rezerwy na pokrycie nieprzewidzianych kosztów, np. wzrost cen materiałów budowlanych²⁰. Na podstawie harmonogramu można określić, w jakim terminie ma być zrealizowane przedsięwzięcie, oraz w jakich terminach mają zostać wypłacone środki z rachunku. Jak stanowi art. 24 ust. 2 u.o.p.n., harmonogram powinien obejmować co najmniej cztery etapy, a koszt każdego z etapów mieścić się między 10% a 25% ogólnej kwoty tego przedsięwzięcia, z tego też wynika, że może być maksymalnie 10 etapów. Harmonogram jednakże nie jest kontrolowany przez bank ani inny organ pod względem jego rzetelności. Tylko nabywca może ewentualnie złożyć zastrzeżenia do niego przed podpisaniem umowy deweloperskiej. Problem polega na tym, że harmonogram może być ułożony w sposób irracjonalny, przykładowo deweloper może tak podzielić etapy pracy, że wylanie fundamentów będzie trzecim etapem budowy, za który łącznie ma możliwość wypłacenia 75% całej kwoty²¹.

¹⁹ Zob. Rekomendacja ZBP.

²⁰ T. Czech, *Ustawa deweloperska...*, s. 451.

²¹ R. Stizelczyk *Ochrona praw nabywcy...*, s. 282.

Zgodnie z art. 9 u.o.p.n. koszty kontroli bankowej w całości obciążają dewelopera, podobnie jak koszty prowadzenia rachunku powierniczego. Takie rozwiązanie ma na celu ochronę i stabilizację kosztów poniesionych przez nabywcę. W piśmiennictwie wskazuje się, że ten przepis nie uniemożliwia bankowi żądanie od nabywcy opłat za udzielenie informacji o wpłatach i wypłatach środków z mieszkaniowego rachunku powierniczego, o ile ich wysokość nie będzie istotnie ograniczać nabywcy w możliwości skorzystania z tego prawa²².

8. Wypowiedzenie umowy rachunku powierniczego

Na podstawie art. 5 ust. 4 u.o.p.n., bank ma prawo do tego, aby wypowiedzieć umowę rachunku powierniczego i jest on również jedynym podmiotem mogącym to uczynić. Bank może to zrobić wyłącznie z „ważnego powodu”. Wypowiedzenie umowy z „ważnych powodów” może nastąpić ze skutkiem natychmiastowym niezależnie od tego, czy została ona zawarta na czas oznaczony czy nieoznaczony²³. W doktrynie uważa się, że do „ważnych powodów” należy zaliczyć: ustanie celu gospodarczego, dla którego prowadzony jest rachunek bankowy, zanik obrotów na tym rachunku lub rażące niedopełnienie obowiązków wynikających z umowy²⁴.

W przypadku wypowiedzenia umowy przez bank, deweloper jest obowiązany do tego, aby w ciągu 60 dni od dnia wypowiedzenia założyć nowy mieszkaniowy rachunek powierniczy w innym banku. Przy tej kwestii powstaje pytanie, czy w trakcie zmiany banku, który prowadził dotychczasowy rachunek powierniczy, można zmienić rodzaj mieszkaniowego rachunku powierniczego z otwartego na zamknięty i odwrotnie. Uznaje się, że może dojść do zmiany rodzaju mieszkaniowego rachunku powierniczego, ale jest do tego potrzebna zgoda nabywcy i aby czynność była skuteczna, musi dokonana być w formie aktu notarialnego²⁵. Również w terminie 60 dni powinien on poinformować dotychczasowy bank o nowym numerze rachunku w innym banku, na który mają zostać przelane dotychczas zgromadzone środki. Bank, który dotychczasowo prowadził mieszkaniowy rachunek powierniczy, według rekomendacji nr 16 z Rekomendacji ZBP powinien zażądać od dewelopera wskazania nazwy banku, w którym założył nowy mieszkaniowy rachunek powierniczy i to bank powinien bezpośrednio potwierdzić z tym nowym bankiem fakt zawarcia umowy nowego mieszkaniowego rachunku powierniczego. Dotychczasowy bank jest zobowiązany do skontrolowania tego, aby nie doszło do sytuacji, w której środki pieniężne zostały

²² B. Gliniecki, [w:] *Ustawa o ochronie...*, red. K. Osajda, teza 7 do art. 9.

²³ *Ibidem*, teza 41 do art. 5.

²⁴ R. Stuzelczyk, *Ochrona praw nabywcy...*, s. 133.

²⁵ *Ibidem*.

przelane na indywidualne konto dewelopera. W przypadku, gdy deweloper nie dopełni obowiązku założenia nowego mieszkaniowego rachunku powierniczego, bank jest zobligowany do tego, aby zwrócić nabywcom dotychczas zgromadzone środki pieniężne. Zwrot środków nie powoduje nieważności umowy deweloperskiej i ani nabywca, ani deweloper nie mogą jej rozwiązać na tej podstawie²⁶ (chyba że tak stanowią postanowienia konkretnej umowy deweloperskiej).

9. Przepisy karne

Zgodnie z art. 34 u.o.p.n., kto wbrew przepisom ustawy wypłaca deweloperowi środki zgromadzone na zamkniętym mieszkaniowym rachunku powierniczym lub otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Przepis ten ma na celu dyscyplinowanie banku, aby rzetelnie dokonywał kontroli dokumentacji dewelopera w stosunku do wypłacania mu środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku. W odniesieniu do otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego jest to związane przede wszystkim z kontrolą etapów przedsięwzięcia deweloperskiego na podstawie harmonogramu i wpisami kierownika budowy. Natomiast w kontekście zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego dotyczy to kontroli prawidłowości odpisu/wypisu aktu notarialnego, na podstawie którego mają zostać wypłacone środki. W piśmiennictwie zauważa się, że odpowiedzialność karna nie występuje, gdy bank odmawia wypłaty środków zgromadzonych na rachunku deweloperowi lub odmawia ich zwrotu nabywcy²⁷.

10. Podsumowanie

Ustawa deweloperska nakłada na deweloperów obowiązek otwarcia mieszkaniowego rachunku powierniczego w banku. Celem ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego jest wzmocnienie ochrony nabywcy na pierwotnym rynku nieruchomości i prawidłowego obrotu gospodarczego. Jednym z głównych narzędzi uregulowanych w tym akcie prawnym jest mieszkaniowy rachunek powierniczy, który jest głównym tematem niniejszej pracy. Waga i znaczenie, jakie odgrywa to narzędzie w kształtowaniu stosunku prawnego pomiędzy nabywcą i deweloperem są znaczące. Piecza nad prawidłowym prowadzeniem tego rachunku stanowi istotny element ochrony nabywcy i została powierzona bankom, które według tradycyjnego poglądu są instytucjami zaufania publicznego. W sposób wyczerpujący przedstawiono, na czym polega powyższa kontrola, w szczególności w zakresie wypłaty

²⁶ B. Gliniecki, [w:] *Ustawa o ochronie...*, red. K. Osajda, teza 20 do art. 6.

²⁷ *Ibidem*, teza 26 do art. 34.

środków pieniężnych z rachunku przez dewelopera, a także udzielenia informacji nabywcom i ewidencjonowania wpłat i wypłat.

Bibliografia

Ciepła Helena, Szczytowska Barbara, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2012.

Czech Tomasz, *Ustawa deweloperska. Komentarz*, Warszawa 2018.

Gliniecki Bartłomiej, *Ustawa deweloperska: komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012.

Prawo finansowe, red. Ryszard Mastalski i Eugenia Fojcik-Mastalska, Warszawa 2013.

Rekomendacja w sprawie wybranych problemów interpretacyjnych w Ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z dnia 11 września 2011 r. (Dz.U. 2011, nr 232 poz. 1377) wypracowana przez Komitet ds. Finansowania Nieruchomości i Radę Prawa Bankowego zatwierdzona przez Zarząd Związku Banków Polskich w dniu 24 stycznia 2012 r.

Stzelczyk Ryszard, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Warszawa 2013.

Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz, red. Konrad Osajda, Legalis 2019.



Patryk Gacka*

PRZEGLĄD ORZECZEŃ I DECYZJI MIĘDZYNARODO- WEGO TRYBUNAŁU KARNEGO

(GRUDZIEŃ 2019 R. – MARZEC 2020 R.)

W przeglądzie orzeczeń MTK od grudnia 2019 r. do marca 2020 r. omówieniu poddano trzy decyzje Izby Odwoławczej MTK. Pierwsza z nich odnosi się do szczególnie spornej autoryzacji postępowania przygotowawczego w sytuacji Afganistanu. Następne dwie dotyczą zaś kolejno spraw Al Hassana („karygodność zbrodni” w zw. z art. 17 SMTK) oraz Saifa Gaddafiego (wyrok sądu krajowego, amnestia a dopuszczalność postępowania przed MTK).

Pojęcia kluczowe: Międzynarodowy Trybunał Karny, Afganistan, amnestia, karygodność

Afganistan a interesy wymiaru sprawiedliwości

W poprzednim numerze „Głosu Prawa” wstępnie zarysowano już toczącą się przed MTK batalię prawną o upoważnienie do prowadzenia postępowania przygotowawczego w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie. Tytułem przypomnienia, na mocy kontrower-

* Patryk Gacka, doktorant Uniwersytetu Warszawskiego; ORCID: 0000-0002-0762-7418. Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2016-2020, jako projekt badawczy w ramach programu „Diamentowy Grant” (DI2015 017245). Ponadto autor uzyskał środki finansowe w ramach finansowania stypendium doktorskiego z Narodowego Centrum Nauki w programie Etiuda (2019/32/T/HSS/00563).

syjnej decyzji z kwietnia 2019 r.¹, w której Izba Przygotowawcza MTK (*Pre-Trial Chamber*) nie uwzględniła wniosku o autoryzację śledztwa prokuratorskiego, przynajmniej na pewien czas zamknięta została międzynarodowa ścieżka dochodzenia sprawiedliwości karnej i odszkodowawczej przeciwko osobom winnym popełnienia zbrodni na terytorium Afganistanu oraz innych państw w związku z konfliktem toczącym się w Afganistanie (m.in. tajne więzienia CIA w Polsce). Przeszkodą uniemożliwiającą prowadzenie postępowania przygotowawczego przez Prokuratora MTK były zdaniem Izby Przygotowawczej „interesy wymiaru sprawiedliwości” (*interests of justice*), czyli ni mniej, ni więcej – instytucjonalny i procesowy pragmatyzm².

Pragmatyzm ten można wyrazić w następujący sposób: skoro po- ciągnięcie do odpowiedzialności karnej przywódców największych mocarstw, zwłaszcza Stanów Zjednoczonych, za zbrodnie popełnio- ne w związku z konfliktem zbrojnym w Afganistanie jest mało praw- dopodobne, zaś próba podjęcia takich działań wiązałyby się z róż- norodnymi komplikacjami natury finansowej i politycznej, bardziej zasadne jest przekierowanie i tak ograniczonych przecież zasobów Biura Prokuratora MTK na śledztwa w tych sprawach, co do których istnieje wyższe prawdopodobieństwo, że przyniosą one wymierne skutki... Trudno o bardziej czytelny przykład konfliktu pomiędzy idealistycznie pojmowaną sprawiedliwością materialną i procedu- ralną a realiami polityki międzynarodowej, w której Trybunał mi- mowolnie musi funkcjonować.

Wspomniana decyzja nie spotkała się jednak z akceptacją tak wewnętrzną, jak i zewnętrzną podmiotów funkcjonujących w obrębie szeroko pojmowanej międzynarodowej sprawiedliwości karnej. Przeciwnie, zarówno Biuro Prokuratora MTK, jak i przedsta- wiciele ofiar³, organizacje pozarządowe oraz eksperci⁴ niezwłocznie rozpoczęli niespotykane dotąd starania o to, ażeby doprowadzić do odwrócenia wspomnianej decyzji w postępowaniu odwoławczym przed MTK. Na początku grudnia 2019 r., gdy w *World Forum Co- nvention Center* w Hadze odbywało się Zgromadzenie Państw-Stron MTK, w oddalonym o kilka kilometrów budynku Trybunału przez trzy dni toczyło się posiedzenie dotyczące merytorycznej popraw- ności rozumowania zaprezentowanego osiem miesięcy wcześniej przez Izbę Przygotowawczą MTK. Choć w trakcie tego posiedzenia

¹ Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), 12 kwietnia 2019 r.

² Por. P. Gacka, Przegląd orzeczeń i decyzji Międzynarodowego Trybunału Karnego (kwiecień-li- stopad 2019 r.), „Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda” 2019, nr 2 (4), s. 346-347.

³ Warto wspomnieć także o „polskim akcencie” w tym postępowaniu. W charakterze Pełnomoc- ników Ofiar (Legal Representative of Victims) występowali Aduwokat Mikołaj Pietrzak oraz Aduwokat Maria Radziejowska.

⁴ Kontynuując powyższy wątek, opinię ekspercką (*Amicus Curiae*) przedstawił w formie pisem- nej i ustnej prof. Paweł Wiliński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), sędzia polskie- go Sądu Najwyższego.

analizie poddano całą gamę zagadnień związanych z interpretacją Statutu MTK oraz aplikacją jego postanowień do konkretnego stanu faktycznego, kluczowe znaczenie miały, jak się zdaje, dwa z nich⁵.

Pierwsza kwestia dotyczyła tego, czy ofiary zbrodni posiadają uprawnienie do tego, by wnieść apelację od decyzji Izby Przygotowawczej odmawiającej upoważnienia do wszczęcia postępowania przygotowawczego, a zatem, czy powinny być one traktowane jako strona postępowania na tak wczesnym jego etapie, tj. w chwili, gdy wciąż nie może być mowy ani o osobie podejrzanej, ani tym bardziej o osobie oskarżonej o popełnienie konkretnych zbrodni. Kwestia ta została przez Izbę Odwoławczą rozstrzygnięta jeszcze w trakcie grudniowego posiedzenia, kiedy to prowadzący je sędzia Hofmański wyłożył stanowisko większości sędziów, zgodnie z którym ofiary nie posiadają prawa do odwołania się od decyzji Izby Przygotowawczej o odmowie autoryzacji postępowania przygotowawczego⁶. W uzasadnieniu tej decyzji wskazano, że to, który uczestnik postępowania posiada uprawnienia apelacyjne, zależy od proceduralnego kontekstu wyznaczanego przez etap postępowania i wydawane w jego ramach decyzje (por. pkt 12). Mimo że ofiary mogą uczestniczyć w toczącym się przed Izbą Przygotowawczą etapie przedprocesowym, nie oznacza to jednak, że posiadają one uprawnienia do tego, by to postępowanie wszcząć, a także by odwołać się od wydanych w jego trakcie decyzji (pkt 20). Pojęcie „strony postępowania”, o którym mowa w art. 82 SMTK, nie ma więc charakteru stałego w tym sensie, że jest ono zależne od kontekstu procesowego (pkt 14). Co do zasady, przez „stronę postępowania” rozumieć należy podstawowych uczestników procesu karnego, tj. oskarżonego i prokuratora (pkt 15).

Może się jednak zdarzyć i tak, że „stronami postępowania” będzie tylko jeden podmiot. Tak, zdaniem Izby Odwoławczej, konstrukcyjnie rysuje się sytuacja, która analizowana była w przedmiotowej sprawie. Regulujący wszczęcie postępowania przygotowawczego *proprio motu* art. 15 w zw. z art. 82 SMTK (odwołanie od decyzji) ma więc odnosić się tylko i wyłącznie do Prokuratora MTK. Jeżeli Izba nie zgodzi się na autoryzację postępowania przygotowawczego *proprio motu*, to odwołać się od tej decyzji może tylko i wyłącznie Prokurator MTK (por. pkt 21). Nie zmienia tego także szersza perspektywa normatywna oparta na innych źródłach prawa międzynarodowego (art. 21 SMTK). W tej mierze Izba Odwoławcza dobitnie stwierdziła, iż odrzucenie apelacji ofiar od decyzji Izby Przygotowawczej nie jest przykładem takiej interpretacji Statutu MTK, która naruszałaby ich prawo do

⁵ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17 OA4), 5 marca 2020 r.

⁶ Reasons for the Appeals Chamber's oral decision dismissing as inadmissible the victims' appeals against the decision rejecting the authorisation of an investigation into the situation in Afghanistan (ICC-02/17 OA OA2 OA3 OA4), 4 marca 2020 r.

efektywnego środka odwoławczego (pkt 23) zgodnie ze standardami przyjętymi w międzynarodowym prawie praw człowieka.

W opinii piszącego te słowa była to decyzja trafna. Martwi jednak fakt, że na wydanie pisemnego i do tego niezbyt szczegółowego uzasadnienia ustnej decyzji trzeba było czekać aż cztery miesiące⁷! Wspomnieć wypada także o tym, że z opinią większości składu nie zgodziła się sędzia Luz del Carmen Ibáñez Carranza, która liczące ponad 20 stron zdanie odrębne złożyła już 5 grudnia 2019 r.⁸, a więc drugiego dnia posiedzenia⁹. Widać zatem, że było to logistycznie wykonalne.

Sędzia Carranza, zgodnie z wykazywaną dotąd aktywnością orzeczniczą w interpretacji postanowień Statutu MTK zorientowaną na interesy ofiar i przy uwzględnieniu szerszego kontekstu normatywnego argumentowała (pkt 29-50), że ofiary prawo do apelacji posiadają i w rezultacie powinny być traktowane jako „strona” etapu poprzedzającego wszczęcie postępowania przygotowawczego zgodnie z art. 15 SMTK (por. pkt 12, 21, 27), który czyni je kluczowymi – obok Prokuratora MTK – aktorami na tym etapie postępowania przed MTK (pkt 25)¹⁰.

Odnosząc się do pojęcia „stron” (*either party*), a nie „strony” postępowania, art. 82 SMTK ma więc wyraźnie wskazywać, że na każdym etapie postępowania prawo do odwołania przysługuje dwóm, a nie jednemu tylko podmiotowi. Nieprawidłowe jest więc twierdzenie Izby Odwoławczej, zgodnie z którym podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania od decyzji wydanej na podstawie art. 15 ust. 4 SMTK jest wyłącznie Prokurator MTK. W związku z tym, że w chwili podejmowania decyzji o autoryzacji wszczęcia postępowania przygotowawczego, nie może być w ogóle mowy o oskarżonym, to – zdaniem sędzi Carranzy – prawo to przysługuje nie tylko Prokuratorowi MTK, ale również biorącym udział w postępowaniu ofiarom (por. pkt 52). W tym rozumieniu, „stronami” etapu poprzedzającego autoryzację postępowania przygotowawczego byłyby Prokurator MTK oraz ofiary zbrodni popełnionych w związku z rozpatrywaną przez Trybunał sytuacją.

Sprzeciw wobec zajętej przez większość składu orzekającego pozycji został wyrażony przez sędzię Carranzę w stanowczy sposób:

⁷ Zostało ono zresztą wydane zaledwie na dzień przed wydaniem przez Izbę Apelacyjną wyroku od apelacji Prokuratora MTK.

⁸ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Dissenting opinion to the majority's oral ruling of 5 December 2019 denying victims' standing to appeal (ICC-02/17-133), 5 grudnia 2019 r.

⁹ Już w pierwszym punkcie tego zdania odrębnego wyraźnie podkreślając, że nie zgadza się z formą, w jakiej decyzja ta została przekazana biorącym udział w postępowaniu Pełnomocnikom Ofiar, jak gdyby kwestia pozycji procesowej ofiar była mało istotnym problemem prawnym, który można rozstrzygnąć ustną decyzją bez wyłożenia szczegółowego uzasadnienia, co miałyby stanowić naruszenie art. 83(4) SMTK (pkt 1).

¹⁰ Art. 15(3) SMTK wyraźnie stanowi, że „(...) Pokrzywdzeni mogą składać oświadczenia do Izby Przygotowawczej zgodnie z Regułami Procesowymi i Dowodowymi!”

„interpretacja wykluczająca ofiary spośród tych, którzy mogą odwołać się od decyzji, zwłaszcza na etapie (procesu wyznaczanym przez – P. G.) art. 15 SMTK, prowadziłyby do rewiktyzacji ofiar poprzez zaniegowanie ich prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości i szybkiego oraz skutecznego środka prawnego. Po raz pierwszy były one (tj. ofiary – P. G.) pokrzywdzone przez zbrodnie, następnie rewiktyzowane przez zaskarżoną decyzję, i wnet ponownie przez decyzję (Izby Odwoławczej – P. G.) odmawiającej im prawa do odwołania się od niej” (tj. od decyzji Izby Przygotowawczej – P. G.; pkt 53).

W tym miejscu emocjonalnym uzasadnieniu sędzieja Carranza dążyła zatem do wzmocnienia pozycji ofiar w postępowaniu przed MTK. Zaprezentowana w zdaniu odrębnym wielopłaszczyznowa interpretacja odnosząca się do międzynarodowego prawa praw człowieka, prawa europejskiego, a także prawa krajowego wybranych państw (w tym Polski!), zdaje się być jednak w większej mierze postulatem *de lege ferenda*, aniżeli prawidłowym zdekodowaniem reguł określających pozycję ofiar w postępowaniu przed MTK. Przyznać trzeba przy tym, że Statut Rzymski, który pod różnymi względami jest przecież niedoskonałym i wewnętrznie niespójnym aktem prawnym, nie ułatwia sędziom MTK realizacji powierzonych im funkcji orzeczniczej.

Druga i kluczowa z perspektywy dalszego postępowania w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie kwestia odnosiła się z kolei do tego, czy Izba Przygotowawcza popełniła błąd o charakterze materialnoprawnym, podejmując decyzję o odmowie autoryzacji postępowania przygotowawczego. Zanim jednak przejdę do zwięzłego omówienia rozumowania Izby Odwoławczej, warto przytoczyć podstawy prawne, których wykładnią była przedmiotem sporu.

Zgodnie z art. 15 SMTK Prokurator może podjąć się wszczęcia postępowania przygotowawczego na podstawie własnej, autonomicznej decyzji (*proprio motu*)¹¹. Wybór tej ścieżki nie oznacza jednak, że Prokurator może od razu rozpocząć działania składające się na tradycyjne postępowanie przygotowawcze. W tym też sensie nie jest to wybór do końca wolny, gdyż zgodnie z art. 15 ust. 3 SMTK Prokurator jest wprawdzie zobowiązany zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o autoryzację postępowania. Dopiero gdy takie upoważnienie otrzyma, może rozpocząć prowadzenie postępowania przygotowawczego.

Rozpatrując wniosek Prokuratora o autoryzację postępowania przygotowawczego, w świetle art. 15 ust. 4 SMTK, Izba Przygotowawcza ma z kolei obowiązek przeanalizować, czy „istnieje uzasadniona podstawa do wszczęcia postępowania przygotowawczego”, jak i to, czy „sprawa wydaje się być objęta jurysdykcją Trybunału”. Ani ten,

¹¹ Inne sposoby to zgłoszenie sprawy przez Państwo-Stronę albo państwo uznające jurysdykcję, jak i przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Procedura w tych przypadkach jest odmienna od tej opisywanej powyżej, gdyż nie wymaga autoryzacji Izby Przygotowawczej.

ani jakiegokolwiek inny przepis Statutu Rzymskiego nie precyzuje jednak, co składa się na ową „uzasadnioną podstawę”.

Statut wyraźnie określa natomiast kryteria, które Prokurator MTK ma obowiązek uwzględnić przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego (art. 53 ust. 1 SMTK). Oprócz tych oczywistych przesłanek odnoszących się do tego, czy istnieje w ogóle jakakolwiek podstawa do przyjęcia, że zbrodnia rzeczywiście została popełniona, jak i tego, czy sprawa jest dopuszczalna w świetle kryteriów określonych w art. 17 SMTK, Prokurator ma także obowiązek wziąć pod uwagę, czy „pomimo uwzględnienia wagi zbrodni i interesów pokrzywdzonych istnieją istotne powody do uznania, że postępowanie przygotowawcze nie służyłoby interesowi wymiaru sprawiedliwości” (art. 53 ust. 1(c) SMTK).

Zawarta w przytoczonym powyżej przepisie klauzula ma zatem charakter negatywny. Stanowi ona niejako ostatnią przeszkodę, którą Prokurator MTK musi pokonać, zanim podejmie decyzję o wszczęciu postępowania albo o złożeniu wniosku o autoryzację jego wszczęcia do Izby Przygotowawczej MTK. Innymi słowy, Prokurator musi być przekonany, że oprócz spełnienia wymogów formalnych (art. 53 ust. 1(a) oraz 1(b) SMTK), jak i wymogów materialnych (waga sprawy i interesy pokrzywdzonych), nie ma innych powodów o bardziej niedookreślonym, czy też nieuchwytnym charakterze, które uzasadniałyby to, ażeby postępowania przygotowawczego nie wszczynać.

Relacja pomiędzy przytoczonymi art. 15 oraz art. 53 SMTK pozostawała jednak przez długi czas niejasna. Szczególnie wątpliwe było to, czy Izba Przygotowawcza posiada kompetencję do kontroli spełnienia wyłożonego powyżej testu z art. 53 ust. 1 SMTK. Wyjaśnienia tej wątpliwości podjęła się w omawianym wyroku Izba Odwoławcza, stwierdzając, że „treść oraz umiejscowienie art. 15 oraz art. 53 ust. 1 Statutu uwidacznia, że są to odrębne przepisy odnoszące się do wszczęcia postępowania przez Prokuratora w dwóch odmiennych kontekstach. Art. 15 Statutu reguluje wszczęcie postępowania przygotowawczego *proprio motu*, zaś art. 53 ust. 1 dotyczy sytuacji, które zostają przedstawione Prokuratorowi przez Państwo-Stronę albo Radę Bezpieczeństwa” (pkt 33).

Jest to konstatacja niewątpliwie kluczowa tak z perspektywy analizowanego rozstrzygnięcia, jak i przyszłych decyzji dotyczących autoryzacji postępowania przygotowawczego przez MTK. Jest ona ważna także dlatego, że w przedmiotowej sprawie Izba Przygotowawcza oparła swoje rozumowanie dotyczące testu kontrolnego z art. 15 SMTK na kryteriach wywodzonych z art. 53 ust. 1 SMTK, stwierdzając ostatecznie, iż autoryzacja postępowania przygotowawczego w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie nie leży w interesie wymiaru sprawiedliwości (*interests of justice*). W świetle trafnej wykładni

Izby Odwoławczej, było to jednak nic innego, jak zespolenie dwóch przepisów, które z racji na swoją treść, usytuowanie i funkcję zestawiane być ze sobą nie powinny.

Kontrolując zasadność wniosku Prokuratora MTK o upoważnienie wszczęcia postępowania przygotowawczego *proprio motu*, Izba Przygotowawcza powinna była zatem ograniczyć się wyłącznie do oceny, czy spełnione zostały wspomniane powyżej kryteria z art. 15 ust. 4 SMTK. W rezultacie, zdaniem Izby Odwoławczej, na tak wczesnym etapie postępowania, Izba Przygotowawcza ma za zadanie określić, czy istnieją podstawy do tego, by sądzić, że zbrodnie zostały popełnione, jak i czy sprawy, do których może potencjalnie doprowadzić postępowanie przygotowawcze, będą podlegały jurysdykcji Trybunału (pkt 34). Izba Przygotowawcza nie powinna natomiast analizować żadnego innego kryterium (np. „interesów wymiaru sprawiedliwości”), choć jasne jest także i to, że przesłanki z art. 15 ust. 4 SMTK pozostają w wysokim stopniu niedookreślone.

Inaczej kształtuje się natomiast sytuacja Prokuratora MTK, który podejmując decyzję o tym, czy złożyć wniosek o wszczęcie postępowania *proprio motu*, musi uwzględnić wszystkie kryteria, o których mowa we wspomnianym już wcześniej art. 53 ust. 1 SMTK. O ile zatem Prokurator MTK nie może nie odnieść się do art. 53 ust. 1(a)-(c) SMTK przy podejmowaniu którejkolwiek z możliwych ścieżek wszczęcia postępowania przygotowawczego (za upoważnieniem lub bez konieczności otrzymania upoważnienia od Izby Przygotowawczej), o tyle Izba Przygotowawcza nie ma podstaw do tego, by spełnienie tych kryteriów w prokuratorskim procesie decyzyjnym kontrolować (na etapie przygotowawczym; pkt 35-40). Konkluzja Izby Apelacyjnej nie mogła być więc inna, niż stwierdzenie, że Izba Przygotowawcza dopuściła się błędu podejmując decyzję, zgodnie z którą „śledztwo dotyczące sytuacji w Afganistanie na tym etapie nie służyłoby interesom wymiaru sprawiedliwości” (pkt 46). Kryterium „interesu wymiaru sprawiedliwości” jest bowiem zawarte w art. 53 ust. 1 SMTK, a nie art. 15 ust. 4 SMTK.

Drugi zarzut Prokuratora MTK odnosił się z kolei do przyjętego przez Izbę Przygotowawczą „pozytywnego” rozumienia „interesów wymiaru sprawiedliwości”. W świetle przytoczonych powyżej ustaleń, Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten został już w istocie „skonsumowany” przez decyzję co do naruszenia prawa materialnego w odniesieniu do relacji pomiędzy art. 15 ust. 4 a art. 53 ust. 1 SMTK (por. pkt 48). W związku z tym, że sens tego wyrażenia był kwestią sporną w pismach procesowych wniesionych do Trybunału przez poszczególnych uczestników grudniowego posiedzenia, Izba Odwoławcza podjęła jednak decyzję o przedstawieniu pewnych obserwacji na temat podejścia zaprezentowanego przez Izbę Przygotowawczą (pkt 48). Była to niewątpliwie szansa dla Trybunału do wyka-

zania się kontrolowanym aktywizmem i wyjaśnienia wykładniczych wątpliwości z wyrażeniem tym związanych.

Tak się jednak nie stało. Izba Odwoławcza poczyniła za to trzy ogólne uwagi. Pierwsza z nich odnosi się, co prawda, do rozumienia „interesów wymiaru sprawiedliwości”, lecz jej wartość jest znikoma, gdy idzie o dookreślenie sensu i granic znaczeniowych. Trybunał skonstatował, że art. 53 ust. 1(c) SMTK został sformułowany „negatywnie”, a nie „pozytywnie”, co oznacza, że Prokurator MTK nie musi ustalić tego, czy prowadzenie postępowania przygotowawczego leżałoby w interesie wymiaru sprawiedliwości, lecz wyłącznie to, czy jego prowadzenie nie leżałoby w tym interesie. Taki wniosek można już jednak wywieść nawet z pobieżnej lektury tego przepisu.

Natomiast dwie kolejne uwagi trudno nie traktować inaczej, aniżeli w kategoriach dosyć poważnej krytyki rozumowania zaprezentowanego w kwietniowej decyzji przez Izbę Przygotowawczą. Izba Odwoławcza stwierdziła bowiem, że rozumowanie Izby Przygotowawczej było „pobieżne, spekulatywne i nie odnosiło się do informacji, które mogłyby je wspierać” (pkt 49), zaś nieuwzględnienie poglądów konkretnych ofiar dotyczących tak wagi zbrodni, jak i interesów samych pokrzywdzonych, skutkowało błędnym wnioskowaniem o interesach wymiaru sprawiedliwości w przedmiotowej sprawie. W tym też sensie, z rozumowania Izby Odwoławczej wywieść można następującą konstatację: Izba Przygotowawcza nie tylko popełniła błąd wprowadzając do oceny wniosku o autoryzację postępowania przygotowawczego *proprio motu* perspektywę normatywną wyznaczaną przez art. 53 ust. 1 SMTK, ale ponadto nieprawidłowo zinterpretowała zakodowane tam „interesy wymiaru sprawiedliwości” stanowiące podstawę jej decyzji odmownej. Tam, gdzie błąd mógł zostać popełniony, został więc niestety przez Izbę Przygotowawczą popełniony.

Następnie Izba Odwoławcza zdecydowała o samodzielnej modyfikacji pierwotnej decyzji, dodatkowo wskazując, że zakres postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuratora MTK nie musi być ograniczony wyłącznie do tych zbrodni i ofiar, które zostały kolejno popełnione i pokrzywdzone na terytorium Afganistanu (por. pkt 76-77). Wydana przez Izbę Odwoławczą autoryzacja zezwala zatem na rozpoczęcie postępowania przygotowawczego przez Prokuratora w odniesieniu do zbrodni rzekomo (*allegedly*) popełnionych na terytorium Afganistanu w okresie od 1 maja 2003 r., jak i innych zbrodni, które posiadają łącznik (*nexus*) z konfliktem zbrojnym toczącym się w Afganistanie i są wystarczająco powiązane z sytuacją, oraz były popełnione na terytorium innych Państw-Stron po 1 lipca 2002 r. (pkt 79)¹². W praktyce oznacza to, że od marca 2020 r. Proku-

¹² Warto jeszcze odnotować, że choć decyzja ta została poparta przez cały pięciosobowy skład Izby Odwoławczej, sędzia Carranza po raz kolejny zaprezentowała odmienne rozumowanie, nawet jeśli prowadzące ją do tej samej konkluzji, przedkładając liczącą 10 stron opinię odrębną (*separate*

rator MTK może przeprowadzić śledztwo w odniesieniu do zbrodni popełnionych także na terytorium Polski. Zamiast o to „czy”, należy więc odtąd pytać, „kiedy” tak się stanie.

Dopuszczalność sprawy Al Hassana przed MTK

Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud jest drugim po Ahmadzie Al Faqi Al Mahdim oskarżonym z Mali, który będzie odpowiadać przed MTK za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych. Oprócz działań nakierowanych na zniszczenie chronionych dóbr kultury (jak w sprawie Al Mahdiego), jest on także oskarżony o czyny wymierzone w życie i zdrowie indywidualnych ofiar z Mali. Choć formalnie proces przeciwko niemu rozpoczął się już we wrześniu 2019 r., po tym jak Izba Orzekająca MTK potwierdziła 13 zarzutów określonych w prokuratorskim akcie oskarżenia¹³, na początku października 2019 r. Al Hassan odwołał się od wydanej trzy dni przed zatwierdzeniem zarzutów decyzji dotyczącej spełnienia kryteriów dopuszczalności sprawy przed MTK (art. 17 w zw. z art. 19 SMTK)¹⁴, co wymusiło analizę dwóch podniesionych przez niego zarzutów przez Izbę Odwoławczą MTK. Ta zaś wydała stosowny wyrok w lutym 2020 r.

Podniesione przez Al Hassana zarzuty dotyczyły dwóch błędów rzekomo popełnionych przez Izbę Przygotowawczą, tj. przyjęcia zbyt szerokiego rozumienia pojęcia „sprawy” (*case*) oraz przeszacowania „powagi sprawy” (*gravity*) w związku z indywidualną rolą, którą miał on odegrać w popełnieniu zarzucanych mu czynów¹⁵.

Z merytorycznej perspektywy, kluczowym zagadnieniem, z którym musiała zmierzyć się Izba Odwoławcza była druga wątpliwość, a więc to, czy sprawa Al Hassana rzeczywiście wypełnia wymóg „powagi sprawy”. Konstrukcja ta skrywa szeroki wachlarz zagadnień odnoszących się nie tylko do jednostkowych spraw zawisłych przed Trybunałem, lecz także do szerszej problematyki polityki karnej, która powinna określać praktykę funkcjonowania MTK. Kogo ścigać i karać? Wyłącznie dowódców, czy także niższe stopniem, lecz biorące udział w popełnieniu zbrodni jednostki? Za jakie czyny oraz

opinion). Por. Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-138-Ank-Corr), 6 marca 2020 r.

¹³ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (ICC-01/12-01/18), 30 września 2019 r.

¹⁴ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense (ICC-01/12-01/18-459), 27 września 2019 r.

¹⁵ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' (ICC-01/12-01/18 OA), 19 lutego 2020 r.

w jakim kontekście? Pytania te dotyczą zatem samego rdzenia międzynarodowokarnego obrotu prawnego. Udzielenie na nie satysfakcjonującej odpowiedzi zdaje się być jednak niemożliwe *in abstracto* i jest łatwiejsze od uchwycenia przy ocenie konkretnej sytuacji i zarzucanych oskarżonemu czynów.

Podkreślić należy, że w kontekście sprawy zawisłej przed MTK, decyzja o tym, że niespełnione zostały wymogi dopuszczalności sprawy ma – co jasne – fundamentalne znaczenie praktycznie, gdyż oznacza – ni mniej, nic więcej – że sprawa nie może zostać formalnie wszczęta, zaś podejrzany nie może być formalnie oskarżony w postępowaniu przed MTK. Stwierdzenie niespełnienia wymogów określonych w art. 17 STMK wywiera także określone konsekwencje dotyczące ogólnie pojmowanej reputacji oraz zaufania wobec Trybunału. Nieuchronnie odbierane jest to jako porażka Biura Prokuratora MTK, prowadzi do zawodu po stronie ofiar uczestniczących w tej wczesnej fazie postępowania, a także symbolizuje marnotrawstwo ograniczonych zasobów MTK. W przedmiotowej sprawie tak się jednak ostatecznie nie stało, gdyż Izba Odwoławcza doszła do wniosku, że kryteria określone w art. 17 SMTK zostały w odniesieniu do sprawy Al Hassana spełnione.

Zgodnie z przyjętą przez Izbę interpretacją, wymóg „powagi sprawy” musi być oceniany każdorazowo (*case-by-case basis*) na podstawie konkretnego materiału faktualnego (pkt 53). Cel tego zabiegu jest prosty – wykluczenie takich spraw, które choć zdają się wypełniać znamiona typów czynów zabronionych na podstawie Statutu Rzymskiego, charakteryzują się jednak znikomym stopniem karygodności. To jednak, jak słusznie zauważył Trybunał, byłaby sytuacja „atypowa”, o czym świadczyć ma także przyjęte w art. 17 SMTK sformułowanie, zgodnie z którym zachowania wypełniające opis typu (typów) co do zasady spełniają kryterium karygodności (pkt 53, 55). Aby tą mającą wynikać z istoty zbrodni objętych jurysdykcją MTK karygodność zapewnić (*in abstracto*), w trakcie prac przygotowawczych nad Statutem Rzymskim podjęto decyzję o tym, aby katalog zbrodni ograniczyć wyłącznie do czterech szczególnych typów, tj. zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz zbrodni agresji, które zostały zdefiniowane w art. 5-8bis SMTK. Celem art. 17 SMTK nie jest zatem zobowiązanie Trybunału do rozpatrywania wyłącznie najpoważniejszych zbrodni, lecz zobowiązanie go do nieścigania tych o marginalnym stopniu karygodności (pkt 59). Złożoność stanów faktycznych odzwierciedlanych przez liczbę czynów składających się na zbrodnie, okres ich popełnienia, liczba zaangażowanych sprawców, jak i pokrzywdzonych ofiar nie ma w tym sensie charakteru stałego. Nie oznacza to jednak, że wyłącznie najbardziej karygodne z nich zasługują na to, aby podlegać ściganiu w ramach postępowania przed MTK.

Rozpatrując konstrukcję „powagi sprawy”, Trybunał zwrócił także uwagę na to, że składają się na nią elementy ilościowe i jakościowe. Zauważono przy tym, że „same elementy ilościowe nie przesądzają o wadze danej sprawy”, co w praktyce oznacza, że duża liczba ofiar nie może być traktowana jako wystarczający wskaźnik karygodności. Konieczne jest także uwzględnienie innych przesłanek, takich jak natura, skala, forma popełnienia zbrodni, rola sprawcy, wpływ czynów sprawcy na ofiary itd. (pkt 92). Jest to w tym sensie ocena holistyczna, dokonywana zresztą także na innych etapach postępowania przed MTK, m.in. przy miarkowaniu sankcji karnej (pkt 94). Zarzuty Al Hassana zostały więc przez Izbę Orzekającą odrzucone, zaś datę pierwszych posiedzeń wyznaczono na połowę lipca 2020 r.

Dopuszczalność sprawy Saifa Al-Islam Gaddafiego przed MTK

Dopuszczalność sprawy była przedmiotem kontroli MTK również w sprawie Saifa Al-Islam Gaddafiego¹⁶. W tym jednak przypadku badana wątpliwość odnosiła się do odmiennego, aniżeli w sprawie Al Hassana zagadnienia, a mianowicie do przyjętego przed MTK rozumienia koncepcji komplementarności jurysdykcyjnej w kontekście postępowań toczących się na poziomie krajowym (art. 1 w zw. z art. 17 SMTK), w tym przypadku w Libii, oraz wpływu wyroku skazującego, jak i amnestii na możliwość wszczęcia postępowania przed MTK. (art. 17 oraz art. 20 SMTK). Gaddafi został bowiem skazany *in absentia* przez sąd libijski w 2015 r. na karę śmierci za zbrodnie popełnione w związku z konfliktem toczącym się w Libii cztery lata wcześniej. Wyroku jednak nie wykonano, a ponadto objęto go amnestią, choć i ta kwestia pozostawała w trakcie postępowania przed MTK przedmiotem kontrowersji.

Saif Gaddafi jest podejrzany o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości. Pomimo wydanego przed dziewięcioma laty nakazu aresztowania, wciąż nie został on jednak przekazany do aresztu MTK w haskim Scheveningen na skutek braku kooperacji ze strony libijskiej. W 2018 r. pełnomocnik Gaddafiego złożył z kolei sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK na podstawie wspomnianego już powyżej faktu skazania Gaddafiego przez sąd libijski, który to wyrok miał uzyskać status *res iudicata* w momencie objęcia Gaddafiego amnestią. W tym układzie, prowadzenie postępowania przed MTK stanowiłoby, zdaniem obrony, naruszenie art. 17(1)(c) SMTK, który czyni sprawę niedopuszczalną, jeżeli „osoba podejrzana zo-

¹⁶ The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” of 5 April 2019 (ICC-01/11-01/11), 9 marca 2020 r.

stała już osądzona z powodu czynu będącego przedmiotem skargi i rozprawa przed Trybunałem jest niedopuszczalna na podstawie artykułu 20 ustęp 3⁷, tj. przepisu wyrażającego zasadę *ne bis in idem*. W wydanej w kwietniu 2019 r. decyzji, Trybunał zarzut ten jednak oddalił¹⁷. W wyniku apelacji Gaddafiego, kwestia ta została ponownie rozpatrzona przez Izbę Odwoławczą, która 9 marca 2020 r. wydała wyrok będący przedmiotem poniższej analizy.

Pierwsza wątpliwość, a zarazem zarzut postawiony przez Gaddafiego, odnosił się do tego, czy hipotezy przytoczonych powyżej przepisów (art. 17 SMTK) są spełnione tylko wtedy, gdy wyrok sądu krajowego nabierze charakteru *res iudicata*, czy też za wystarczający uznać można wyrok wydany przez sąd pierwszej instancji, nawet jeśli nie jest on prawomocny. Na rzecz drugiej ścieżki wykładni argumenty podnosił, co jasne, pełnomocnik Gaddafiego. Odnosząc się do tej kwestii, Izba Odwoławcza wpierv wskazała, że wydany w toczącym się *in absentia* procesie Gaddafiego wyrok sądu w Tripoli nie może być uznany za końcowy i, jako taki, nie jest on prawomocny (pkt 54). Izba Odwoławcza podzieliła ponadto stanowisko pierwszej instancji, zgodnie z którym „osądzenie”, o którym mowa w art. 17(1) (c) SMTK, odnosi się tylko do takiego orzeczenia sądu krajowego, od którego osoba skazana nie może się już odwołać (pkt 56-58). Funkcja zasady komplementarności określającej kompetencję jurysdykcyjną MTK jest prosta, tj. doprowadzenie do sytuacji, w której nikt nie uniknie sprawiedliwości, kryjąc się za fałszywym wyrokiem sądu krajowego, przybierającym postać „tarczy” przed międzynarodową odpowiedzialnością karną. Państwa-strony Statutu Rzymskiego posiadają, co prawda, jurysdykcyjne pierwszeństwo w rozpatrywaniu spraw objętych właściwością MTK. Niemniej jednak, w przypadku procesu karnego dotyczącego zbrodni międzynarodowych toczącego się na poziomie krajowym, rolą MTK jest bycie niezależnym „kontrolerem”, który nie dopuści do stanu bezkarności (por. pkt 59).

Efekt ten można jednak osiągnąć wyłącznie wtedy, gdy wyrok sądu krajowego jest ostateczny. W przeciwnym razie, wyrok skazujący sądu pierwszej instancji mógłby zamienić się w fikcję sprawiedliwości w drugiej instancji, co nieuchronnie prowadziłyby do obejścia mechanizmu kontrolnego możliwego do wywiedzenia z zasady komplementarności. Zależność ta występuje poniekąd i w drugą stronę, jeżeli to sąd odwoławczy naprawiłby błędy poczynione przez instancję pierwszą; w ten bowiem sposób sądownictwo krajowe postrzegane jako całość posiada możliwość autokorekty, w efekcie zwalniając MTK od podejmowania próby przejęcia sprawy w celu wymierzenia sprawiedliwości zgodnie z zarzutami stawianymi sprawcy zbrodni (pkt 59- 63).

¹⁷ Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” (ICC-01/11-01/11-662), 5 kwietnia 2019 r.

Odnosząc się do problematyki wpływu amnestii na postępowanie przed MTK, Izba Odwoławcza rozpoczęła od ustalenia, że amnestia, na którą powoływał się Gaddafi, nie obejmowała wszystkich czynów, o których popełnienie był on oskarżony, wobec czego zaprezentowana w drugim zarzucie argumentacja nie zasługuje na poparcie (pkt 94). Niejako na uboczu głównego nurtu rozważań, Izba Odwoławcza odniosła się także do normatywnej natury amnestii, stwierdzając, że „prawo międzynarodowe jest wciąż w stadium rozwojowym co do akceptowalności amnestii” (pkt 96). Następnie przywołane zostały uwagi Izby Przygotowawczej, zgodnie z którymi istnieje „silna, wzrastająca, uniwersalna tendencja, zgodnie z którą poważne i systematyczne naruszenia praw człowieka – które mogą ze swej natury stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości – nie mogą być przedmiotem amnestii lub ułaskawienia według prawa międzynarodowego” (pkt 96). W ten sposób Izba Odwoławcza wskazała, że wpływ amnestii na międzynarodowe procesy karne podlega normatywnym fluktuacjom, choć odnotować można tendencje zmierzające do tego, by nie traktować ich jako przeszkód procesowych w przypadkach szczególnych naruszeń, których niewątpliwą egzemplifikację stanowią zbrodnie międzynarodowe. Unikając jednoznacznego stwierdzenia, MTK nie podjął się jednak rozwikłania nie tylko praktycznego, ale i filozoficznego problemu dotyczącego tarcia pomiędzy pokojem a sprawiedliwością (*peace versus justice*) w okresie tranzytywnym po zakończeniu konfliktu.



Dr. Maurycy Allerhand

PRZYSIĘGA KOBIETY CIĘŻARNEJ U ŻYDÓW

Artykuł jest kolejnym przykładem zainteresowania prof. Maurycego Allerhanda zagadnieniami etnologicznymi, a w tym wypadku prawem zwyczajowym i zwyczajem u Żydów i wpływem tego na praktykę prawną, w tym na postępowania sądowe. Ten krótki a nieznanym szerzej tekst oparty jest na praktyce Autora. Co ciekawe, powstał mniej więcej w tym okresie, kiedy uczonemu rodziła się córka Maria Anna (w 1896 r.), a nieco ponad rok później syn Joachim Herman (w 1897 r.).

Pojęcia kluczowe: Maurycy Allerhand, etnologia, prawo zwyczajowe żydowskie, praktyka sądowa

I.

U Żydów tak samo jak u innych ludów napotykamy wierzenie, że zachowanie się kobiety ciężarnej może zaszkodzić jej lub też dziecięciu, które się narodzi. I tak np. u Żydów panuje wierzenie o zapatrzeniu się; kobieta ciężarna nie powinna zaglądać przez dziurkę od klucza, gdyż dziecko będzie ciekawe; nie powinna nikomu nic zabierać, gdyż dziecko będzie złodziejem; nie powinna jeść owoców bliźniaczych, gdyż dostanie bliźniaki itp.¹

¹ Prw. o zachowaniu się kobiety ciężarnej u rozmaitych ludów Ploss, *Das Weib in der Natur u. Volkerkunde*, t. 1, s. 508 i n. (3. wyd.); tegoż: *Das Kind in Brauch u. Sitte der Volker*, t. 1., s. 5 i n.; F. S. Krauss, *Sitte und Brauch der Sudslaven*, 1885, str. 554 i n.; Talko-Hryniewicz, *Zarysy lecznictwa ludowego na Rusi południowej*, s. 68 i 436.

Do zwyczajów, albo powiedzmy raczej do prawa zwyczajowego u Żydów należy przepisać, że kobieta ciężarna nie może składać przysięgi, względnie że od jej wykonania jest uwolniona. I u innych ludów znajdujemy to wierzenie; i tak zapewnia Ploss (*Das Weib* t. I, str. 508), że w Oldenburgu kobieta ciężarna nie powinna składać przysięgi. Fakt, że kobieta ciężarna u Żydów nie składa przysięgi, jest powszechnie znanym. Ilekroć żydówce, znajdującej się w stanie błogosławionym, wypadnie w sądzie składać przysięgę we własnej sprawie, albo też świadczyć, uchyla się od tego, a wszelkie groźby sądowe, a nawet i możliwość przegrania sprawy z powodu niewykonania przysięgi, nie zdoła wpłynąć na jej postanowienie. Z licznych wypadków, które mi są znane ze spraw sądowych i o których osobiście się przekonałem, przytaczam następujące:

1) W sprawie pewnej firmy węgierskiej przeciw X., prowadzonej w r. 1894 przed sądem krajowym we Lwowie, dozwolono pozwanej wyrokiem przysiąc. Pozwana zgłosiła się do przysięgi, na terminie jednakowoż wyznaczonym w tym celu, prosiła o odroczenie, powołując się na to, że znajduje się w stanie brzemiennym, a przepisy religijne żydowskie nie zezwalają na złożenie przysięgi przez kobietę ciężarną. Sąd odmówił prośbie i uznał przysięgę za niewykonaną.

2) W procesie drobiazgowym firmy lwowskiej Mojżesza Woska przeciw X., prowadzonym w r. 1896 przed sądem powiatowym m. del. sekc. I. we Lwowie, sędzia, kierujący rozprawą, postanowił przesłuchać i zaprzysiąc pozwaną.

Ta oświadczyła jednakowoż, że przysięgi nie złoży ze względu na stan brzemienny, wobec czego sędzia zasądził ją na zapłacenie sumy, której domagał się oskarżyciel.

3) W sprawie Wilhelma Bubera przeciw Abrahamowi S. zastępca powoda powołał na świadka żonę pozwanego, obecną w sali rozpraw. Ta nie chciała jednakowoż zeznawać, powołując się na widoczny swój stan brzemienny.

4) W sprawie X. przeciw H. Z., prowadzonej w sądzie powiatowym w Przeworsku, uchwalono przesłuchanie świadka A. z Z. T. Sąd przeworski wezwał sąd lwowski o przesłuchanie wymienionej; ta jednak nie stanęła na terminie, lecz wniosła prośbę o udzielenie kilkumiesięcznej zwłoki do złożenia świadectwa, powołując się na to, że znajduje się w stanie błogosławionym i z tego powodu nie może złożyć przysięgi. Sąd przychylił się do tej prośby.

5) W sprawie Markusa Graffa przeciw Amalii H. o wypowiedzenie pomieszkania oświadczyłem awizatce, jako jej zastępca, że będzie musiała złożyć w sądzie przysięgę na okoliczności, naprowadzone przez nią. Na to odrzekła, że sędzia nie może do tej przysięgi dopuścić wobec tego, iż ona znajduje się w stanie brzemiennym.

6) W sprawie drobiazgowej Szymona Tremskiego przeciw B. H. miał pozwany wykonać przysięgę. Tego jednakowoż nie chciał uczynić i zawarł z powodem ugodę. Zapytany o powód, oświadczył mi, że córka jego jest w stanie błogosławnym i dlatego on jako jej ojciec przysięgi nie może wykonać.



II.

Sprawa czy kobieta ciężarna u Żydów ma obowiązek wykonania przysięgi, była niejednokrotnie przedmiotem unormowania przez ustawodawstwa państwowe².

I tak pruska ordynacja sądowa z zeszłego stulecia zawiera postanowienie, że stan ciężarny Żydówki nie jest powodem do zwolnienia jej od wykonania przysięgi w razie sprzeciwienia się strony drugiej, co wskazuje na to, iż panowało przeciwne przekonanie³.

W Austrii w r. 1836 Najwyższa władza sprawiedliwości (Oberste Justizstelle) we Wiedniu z powodu rzeczywistego wypadku wystosowała zapytanie do rabinów i władz krajowych, czy można dopuścić żydowską kobietę ciężarną do przysięgi. Mannheimer słynny rabin we Wiedniu, i rabin w Czechach i na Morawie oświadczyli się

² Prw. Dra Z. Frankla „Die Eidesleistung der Juden in theologischer und historischer Beziehung” 2. wyd. 1847, str. 123, 124 i 127.

³ Postanowienia państwowe dotyczą często także kobiety w okresie menstruacji. U Żydów kobieta w tym czasie przysięgi wykonać nie może.

przeciw dopuszczeniu. Tak samo oświadczył się rząd krajowy w Czechach, natomiast rząd w Austrii niższej za dopuszczeniem⁴.

W nowszym ustawodawstwie niema postanowienia co do przysięgi kobiety ciężarnej. W każdym razie przytoczone przykłady świadczą o tem, że Żydówki ciężarne nie chciały przysięgi wykonać.

III.

Kobiety ciężarne powołują się zawsze na przepis religijny żydowski, który im zabrania składania przysięgi. Takiego samego zdania jest w ogóle lud żydowski. Przepisy więc wedle tego zdania nie mają takiego znaczenia, iżby zwalniały kobietę ciężarną od obowiązku składania przysięgi i nie zmuszały jej do tego, a tylko w razie jej zgodnego oświadczenia zezwalały na wykonanie, lecz są przykazaniami, z których przekroczeniem łączą się kary, bądź to doczesne, bądź wieczne. Zdanie to jednak jest mylnem. W biblii niema przepisu, któryby kobiecie ciężarnej zabraniał złożenia przysięgi⁵. Owszem Numeri (Rozdz. V. 11-31), normują przysięgę kobiety, posądzonej o cudzołóstwo, tzw. Sota, a ta mogła nawet w stanie ciężarnym składać przysięgę⁶. W tym wypadku przysięga była dozwoloną, o przymusie jednak niema mowy. Później w Chosen Miszpot (rozd. 96 § 6) zawarte było postanowienie, że kobiety ciężarnej do wykonania przysięgi zmusić nie można. Podczas gdy więc przepis biblijny był specjalnym, ten przepis był ogólnym. Nie doszedł on jednak jeszcze do zakazu. Dopiero z biegiem czasu wytworzyło się prawo zwyczajowe, które z zezwolenia zrobiło zakaz, tak że kobiecie ciężarnej nietylko wolno się uchylić od złożenia przysięgi, lecz wprost wykonanie tejże jest jej zakazanem. Przekonanie o zakazie składania przysięgi przez kobietę ciężarną jest tak głębokiem, że nietylko nie wykonuje ona przysięgi formalnej, lecz nawet nie zaklina się, gdyż to stoi na równi z przysięgą⁷.

IV.

Jak powstało zdanie, że kobieta ciężarna nie powinna składać przysięgi? Przede wszystkim wypada zaznaczyć, że Żydzi w ogóle niechętnie składają przysięgę. Każdemu prawnikowi znane są wypadki, w których Żyd tylko dlatego przegrał sprawę, że nie złożył przysięgi. Żyd w procesie stara się, aby tylko przeciwnik złożył przysięgę, i prosi swego adwokata, aby dbał o to, by on sam nie musiał jej składać. Jeżeli zapada uchwała przesłuchania pod przysięgą, Żyd

⁴ Wolf: *Geschichte der Juden in Wien* (1656-1876), Wied. 1876 r., s. 145, nr 1.

⁵ Prw. Wolfgang-Wessely, Kann eine jiidische Frau wahrend ihrer Schwangerschaft nach Grundsätzen des jiidischen Kirchenrechtes zur Ablegung eines Edes zugelassen und im Weigerungsfalle dem verhalten werden?, Themis 3837, str. 107 i n.

⁶ Prw. o tej przysiędze i jej dalszym rozwoju – Duschak, *Das mosaich talmudische Eherecht*, Wiedeń 1864, str. 29, 131 i n.

⁷ W Rzymie były Westalki zwolnione od przysięgi; *flamen dialis* nie mógł wcale jej składać.

gotów jest się pogodzić. Sędzia, znający Żydów, przerywa po wydaniu uchwały tego rodzaju rozprawę na kilka minut i z reguły następuje ugoda. Nieraz napierają sami Żydzi na Żyda, który winien złożyć przysięgę, aby się pogodził. Jeżeli Żyd w drobnej sprawie chce złożyć przysięgę, lub ją składa, inni go przeklinają. Byłem raz obecny przy rozprawie, gdzie Żydzi urządzili składkę, aby zapłacić kwotę żadaną przeciwnikowi Żyda, który miał przysiąc, byle uwolnić swego współwyznawcę od przysięgi. Ta niechęć do składania przysięgi objawia się nawet u inteligentnych Żydów. Jeżeli ktoś jest powołany na świadka, stara się strony pogodzić, aby nie składać świadectwa. Znam wypadek, gdzie świadek przez dwa lata godził strony, jedynie aby nie składać świadectwa.

Jeżeli taka niechęć do składania przysięgi istnieje u Żydów w ogóle, to tem łatwiej można ją wytłumaczyć u kobiety ciężarnej, która się znajduje w nienormalnym stanie psychicznym. Względ na przyszłe dziecię odgrywa znaczną rolę. Wogóle panuje przekonanie, że pewne zachowanie się kobiety brzemiennej wpływa na dziecię. Tak i w razie składania przysięgi przez ciężarną mogłoby dziecię otrzymać skłonność do składania przysięgi, co wobec niechęci Żydów do przysięgania byłoby złem.

Podobne wierzenie znachodzimy wedle Plossa (*Das Weib*) na malajskim archipelagu, gdzie kobieta ciężarna nie może być świadkiem w sądzie, aby nie być obecną przy kłótni. W tym bowiem wypadku kłótniowość mogłaby przejść na dziecię. Inne wierzenie twierdzi, że dziecię miałoby ciągle ze sądami do czynienia. Także w Rzymie, Atenach i Egipcie nie mogły kobiety ciężarne stawać w sądzie.

Także i forma przysięgi sądowej wpłynąć mogła na to, że kobieta ciężarna jej nie chce wykonać. Składający przysięgę wzywa Boga na świadka, że jego twierdzenie jest prawdziwem i zarazem ściąga kary na siebie na wypadek, gdyby przysięga była fałszywą.

Kara musiałaby trafić w razie krzywoprzysięstwa i dziecię w łonie matki, jako część składową jej samej. Dlatego też twierdzi kobieta ciężarna, że nie przysięga, ponieważ tylko za siebie może wykonać przysięgę, a nie za dziecię.

Z drugiej strony w dawnej formie przysięgi wzywał przysięgający potomstwo na mściciela fałszywej przysięgi⁸. Gdyby kobieta ciężarna przysięgę złożyła, dziecię przy tem obecne wiedziałoby o fałszywej przysiędze i pomściłoby ją. Aby temu zapobiedz, nie składa ciężarna przysięgi.

Zewnętrzna forma przysięgi, a mianowicie jej formalności, które z czasem powstały i po części przez ustawodawstwo państwowe tylko dla Żydów zaprowadzone zostały, mogły też przyczynić się do tego, że kobieta ciężarna nie wykonywała przysięgi. Już samo upo-

⁸ Prw. Juliusza Happla, „Der Eid im alten Testament”, Lipsk (b. r.) s. 17.

mnienie na skutki krzywoprzysięstwa było tak strasznym, że mogło niekorzystnie oddziaływać na ciężarną; cóż dopiero forma, zwłaszcza, że wyszukiwano najrozmaitsze utrudnienia⁹.

Jak już wyżej wspomniałem, u niektórych ludów kobieta nie może być świadkiem, jeżeli znajduje się w stanie błogosławionym. W Prusiech zachodnich, na Pomorzu, na Śląsku i na Rusi nie może być nawet matką chrzestną t. j. świadkiem chrztu (Ploss – *das Weib*) Jako powód przytacza się, że kobieta ciężarna nie wie, co się dokoła niej dzieje, zatem świadczyć nie może.

Ten powód u Żydów nie wpłynął na zakaz składania przysięgi przez kobietę ciężarną. Prawo żydowskie zna świadków, nie zna jednak przysięgi świadka¹⁰; dopiero w XIV wieku pod wpływem ustawodawstwa państwowego słuchano świadków pod przysięgą.

Zakaz składania przysięgi przez kobietę ciężarną i przekonanie o złych skutkach tegoż przekroczenia tak się zakorzeniły, że nawet krewniacy nie chcą wykonywać przysięgi, gdy kobieta znajduje się w stanie brzemiennym. Wyżej przytoczyłem przykład, w którym ojciec nie złożył przysięgi z powodu, że córka jego znajdowała się w stanie błogosławionym.

Dr. M. Allerhand

Pierwotna publikacja: „Lud” 1898, r. IV, s. 180-184.

⁹ Pw. wyżej przytoczone dzieło Frankla.

¹⁰ Pw. F ranki a o. m. s 44 i Mojżesza Blocha „Die Civilprocess-Ordnung nach mosaich-rabbini-schem liechte”, Budapeszt, 1882. str. 48. (Jahresbericht der Landes-Rabbinerschule z r. 1881/2).



Gustaw Taubenschlag

SWOBODNE UZNANIE WŁADZY ADMINISTRACYJNEJ

Artykuł powstał z okazji 10-lecia „Głosu Prawa”. Autor, czyli docent Wolnej Wszechnicy Polskiej był stałym współpracownikiem „Głosu”. Temat podjęty przez Autora jest żywo dyskutowany w literaturze przedmiotu od XIX w.

Gustaw Taubenschlag był prawnikiem związanym z Łodzią, ale pochodził z Przemyśla, gdzie urodził się 13 listopada 1891 r. w rodzinie Bernarda i Cecylii z d. Goldhard, pochodzącej z Brodów. Był bratem słynnego romanisty i papirologa Rafała Taubenschlaga (1881-1958). Ukończył I Gimnazjum w Przemyślu w 1910 r. następnie studiował prawo w Wiedniu. Stopień doktora praw uzyskał także na Uniwersytecie Wiedeńskim. Studiował też na Wydziale Filozoficznym Uniwersytetu Jagiellońskiego (1917-1918). Wykładał w łódzkim oddziale Wolnej Wszechnicy Polskiej na stanowisku docenta. Najbardziej znanym jego dziełem twórczym był zbiór przepisów i komentarz z 1924 r. pt. *Polskie prawo karno-administracyjne* (ss. 264). Pracę tę uzupełnił o rozważania teoretyczne i wydał ponownie w 1930 r., w wydaniu trzecim w 1937 r. (ss. 494). W 1925 r. wydał też *Rekurs administracyjny. Komentarz do ustawy o środkach prawnych od orzeczeń władz administracyjnych* (Dz. U.: 91/23 poz. 712). Zamordowany został najprawdopodobniej w 1942 r. w Bełżcu.

Henryk Ritterman-Abir, *Nie od razu Kraków zapomniano*, Tirosh 1984, ss. 192; Leszko Miastkowski, *Sylwetki Łódzkich Uczonych: od Wolnej Wszechnicy Polskiej do Wydziału Ekonomiczno-Socjologicznego Uniwersytetu Łódzkiego*, Łódź 1995, s. 91.

Pojęcia kluczowe: administracja, prawo administracyjne, swobodne uznanie

Problem swobodnego uznania należy do najbardziej spornych zagadnień prawa administracyjnego, źródło licznych nieporozumień i niejasności w teorii i praktyce tkwi w zbyt ogólnikowym

sformułowaniu kryteriów¹ mogących służyć do rozgraniczenia dziedziny swobodnego uznania od sfery ustawowego skrępowania władz administracyjnych i niedoceniaaniu wartości analizy treści samej tych rozważań, które stanowią istotę dyskrecjonalnej oceny zjawisk.

A właśnie znajomość cech charakterystycznych i składników wchodzącego tu w grę procesu myślowego stwarza znacznie dogodniejsze, bo merytoryczne kryterium, pozwalające z większą łatwością odróżnić fragmenty administracyjnej działalności, oparte na swobodnym uznaniu, od innych, będących wyłącznie wykonaniem normy prawnej.

Swobodne uznanie wyraża się w myśleniu i akcji, niezależnej od obcych z zewnątrz organu decydującego działających czynników autorytatywnych. Dlatego nie podpadają pod to pojęcie ani interpretacja przepisów obowiązujących, ani ocena faktów z przeszłości i teraźniejszości. W pierwszym wypadku bowiem chodzi o rekonstrukcję procesów myślowych i psychicznych twórcy normy prawnej w ogóle lub o odtworzenie tej treści, którą współczesność z danym pojęciem ustawowym wiąże w chwili stosowania normy, w drugim wypadku zaś chodzi o reprodukcję intelektualną rzeczywistości. Wprawdzie jedna i druga czynność prowadzi niejednokrotnie, zwłaszcza przy stosowaniu pojęć nieokreślonych, do rozbieżnych poglądów, dzięki subiektywnym sądom wartościowym, którymi się interpretator prawa, czy organ, ustalający stan faktyczny, posługuje. Lecz i te sądy, powodujące liczne odchylenia, winny być odzwierciedleniem stanów duchowych, powszechnie nurtujących w społeczeństwie².

Społeczeństwo jest najwyższym w tej mierze ekspertem. Trudność (a zarazem wytłumaczenie rozbieżności zdań) wypływa z konieczności prawidłowego wycucia tych stanów, ponadto stąd, że pewne, na granicy poszczególnych pojęć stojące, kompleksy zjawisk, nie wywołują jeszcze jednolitej reakcji w świadomości społecznej. W każdym razie urzędnik korzysta tu z dawniejszych, przeważnie typowych przeżyć (także pod postacią utrwalonych już pojęć i im odpowiadających określeń językowych) oraz doświadczeń innych, mianowicie bądź to zwykłych jednostek, wchodzących w skład spo-

¹ Prób ustanowienia linii demarkacyjnej między swobodnym uznaniem, a ustawowym skrępowaniem władz jest b. wiele. I tak oznacza się swobodne uznanie, jako sferę zastrzeżoną z mocy ustawy administracyjnym organom, które same decydują o tym, co leży w interesie publicznym (Bernatzik), jako dziedzinę, gdzie administracyjny cel określa postępowanie władzy (Lemayer), gdzie miarodajne są doświadczenia i poglądy władzy, a nie ustawodawcy (Fleiner), gdzie panuje swoboda w wyborze środków realizacji pewnych zadań administracyjnych, niezależna od zdobyczy naukowych i doświadczenia (Herrnrit), gdzie ustawodawca dyspensuje od obowiązku posłuszeństwa organa wykonawczego, poruczając im samodzielne określenie, co ma być celem najbliższym ich działania, gdzie panują pojęcia, których sens jest zależny od poglądu władzy na istotę konkretnego interesu publicznego, gdzie chodzi o rozgraniczenie i określenie pojęć, nie opartych na świadomości ogólnej (Jellinek). Wadą tych wszystkich definicji jest to, że nie zawierają prawie żadnych wskazówek, w jaki sposób powyższe intencje ustawodawcy rozpoznawać należy.

² Por. G. Jellinek, *Gesetz, Gesetzanwendung u. Zweckmassigkeitserwagung*, zwłaszcza wywody o treści socjalnej pojęć prawnych – s. 41.

leczeństwa, bądź to osób, do rozstrzygnięcia pewnej kwestii i szczególnie dzięki swym kwalifikacjom powołanych, a jednocześnie prawnie lub faktycznie jako autorytet uznawanych.

Każdy akt administracyjny realizuje według intencji władzy pewien określony administracyjny cel. Celem nazywamy tu ten praktyczny, życiowy i konkretny skutek, którego osiągnięcie było głównym impulsem i motywem działania. Chodzi zawsze o urzeczywistnienie tych zadań najbliższych, w imię których przedsięwzięto przede wszystkim pewną autorytatywną czynność administracyjną. Czynność ta, sama stanowiąc akt prawny – pociąga za sobą zamierzone prawne, a zarazem faktyczne ukształtowanie lub co najmniej wzmocnienie i ustalenie stosunków na pewnym mniej lub więcej obszernym odcinku życia zbiorowego i jednostkowego. Wprawdzie każdy akt administracyjny, realizując wspomniany tu cel konkretny, jednocześnie oddziałuje pośrednio na cały splot ogólniejszych zadań, czyniąc to w różnym stopniu intensywności, zależnie od swej wagi i znaczenia administracyjno-politycznego, poza tym każdy akt jest zjawiskiem o charakterze prawniczym, lecz te dalsze i pośrednie etapy oddziaływania aktu, te odleglejsze skutki nie są celem przyświecającym świadomie organom władzy w momencie ich decyzji, a następstwami, niezależnymi od ich zamiaru, nie objętymi zatem treścią ich rozważań.

Rozmyślenia na temat najbardziej odpowiedniego, najkorzystniejszego z punktu widzenia administracji – celu, do którego więc dążyć należy w obliczu pewnej konkretnie wyłaniającej się sytuacji, zbyteczne są tam, gdzie ustawodawca, czy inna instancja prawotwórcza, przesądzając kwestię celowości wskazał organom wykonawczym drogę tak wyraźną, że rola ich ogranicza się do subsumpcji napotkanych i obserwowanych zjawisk, stanów faktycznych, pod normę prawną. Gdzie natomiast zarówno ocena rzeczywistości, jak i praca komentatorska, t. j. zwykle doświadczenie i fachowa wiedza, nie pozwalają w ten sposób rozwinąć zawartych w normie dyrektyw, by nadawała się od razu do praktycznego zastosowania, tam te oczywiste lub ukryte luki muszą być uzupełnione myśleniem teleologicznym.

Działalność administracyjna rozwija się w trzech kierunkach: utrwalania i sankcjonowania *status quo*³, usuwania braków lub zmiany twórczej, zmierzającej do polepszenia stosunków w różnych dziedzinach. Działalność ta⁴ przejawia się m.in. w postaci aktów administracyjnych bądź to *in personam* (t. j. pod adresem pewnej osoby, której osobistą sferę prawną w pierwszej mierze do-

³ Do tego działu zaliczyć też należy zarządzenia policyjne o charakterze prewencyjnym, udzielanie zezwoleń i t. p., i wszelkie akty kontroli i nadzoru.

⁴ Różnica między drugą a trzecią kategorią łatwo się zaciera, bo potrzeba pewnej inicjatywy wskazuje pośrednio na jakieś niedomagania. „Brakiem” będzie jednakże to, co już raz było, a potem zanika, stwarzając lukę w istniejącej już poprzednio organizacji administracyjnej.

tykają), bądź to *in rem* skierowanych (zwłaszcza jeśli w pierwszym rzędzie dążą do zmian gospodarczego przeznaczenia obiektów majątkowych); zawsze służy zdaniom publicznym, ogólnym, (zwłaszcza akty obciążające), nawet jeśli pozornie akt administracyjny wydany jest na wniosek i w interesie wyłącznym jednostki⁵.

Cały więc wysiłek urzędnika decydującego według swobodnego uznania, wyłożony jest w tym kierunku, by skonkretyzować ten cel ogólny i dostosować doń swą czynność pozytywną t. j. treść aktu administracyjnego w poszczególnym wypadku. W refleksjach zaś teologicznych najistotniejszym jest rozmyślanie o hipotetycznych faktach, które według przewidywań władzy mogą nastąpić. Władza ocenia zatem sytuację aktualną, zastanawiając się najpierw nad tym, jak się ona ukształtuje przypuszczalnie pod wpływem czynników, od jej woli niezależnych, t. j. bez jakiegokolwiek z jej strony ingerencji. Ocena przyszłych ukształtowań pewnego kompleksu stosunków może wypaść dodatnio lub ujemnie. W pierwszym wypadku władza ogranicza się do autorytatywnego utrwalenia tego, co jest, względnie do przedsięwzięcia środków celem usunięcia przeszkód w naturalnej ewolucji⁶. W drugim wypadku ciąży na władzy obowiązek uskutecznienia zmian osiągalnych, a jak najkorzystniejszych.

Wybór właściwego środka naprawy jest również wynikiem szeregu wyobrażeń o faktach, które na skutek pewnych poczynań według wszelkiego prawdopodobieństwa zdaniem władzy rozstrzygającej nastąpią i które władza uznaje za najbardziej pomyślne z punktu widzenia stosowanej przez nią z własnej inicjatywy, czy w ogóle panującej polityki administracyjnej⁷.

Fakty, z którymi styka się władza przy tej początkowej obserwacji zjawisk (o ile nie wchodzą w skład przesłanek obligatoryjnych, usta-

⁵ Poszczególne akty wprowadzające nie urzeczywistniają całości celów administracyjnych, z nim związanych i stąd wrażenie, że służy on celom indywidualnym – ale skutek ten osiągają względnie osiągając powinny wszystkie akty administracyjne danej grupy razem wzięte.

⁶ Może to też polegać na wstrzymaniu się od czynności, odmowie ingerencji i t. p.

⁷ Zilustrujemy to na przykładzie: Mając np. do rozstrzygnięcia kwestię obsadzenia stanowiska starosty w pewnym powiecie, władza centralna zastanawia się nad tym, jaki kandydat byłby ze względu na stosunki panujące w tym okręgu najodpowiedniejszy, a więc rozważa np. stan bezpieczeństwa, tarcia polityczne, wyznaniowe i narodowościowe między poszczególnymi warstwami zamieszkałej tam ludności, stan dróg, oświaty i t. p. i dochodzi do wniosku, że stan bezpieczeństwa z uwagi na dalsze następstwa, wysuwa się, jako szczególnie zaniebany, na plan pierwszy, podczas gdy rozwój w innych dziedzinach nie kryje w sobie poważniejszych obaw. Wychodząc z założenia administracyjno-politycznego, że troska o bezpieczeństwo w tym powiecie (np. walka z bandytyzmem i terrorem politycznym) jest aktualnie ważniejsza, niż zwalczanie tarć narodowościowych i t. p. zwróci uwagę na fakty, które dotyczą bezpieczeństwa. To będzie stanowiło pierwotny stan faktyczny, decydujący o dalszych posunięciach władzy. Przystępując do wyboru odpowiedniego środka do osiągnięcia konkretnego celu administracyjnego: pacyfikacji powiatu, rozważać będzie władza, jakie kwalifikacje winien posiadać starosta, by sprostać powyższemu zadaniu, a więc jakie skutki (fakty przyszłe) nastąpią, jeśli zamianuje inżyniera, a jakie jeśli prawnika, czy spodziewać się należy lepszych wyników od rutynowanego, ale starszego, czy od młodego wprowadzającego, ale energicznego kandydata. Decyzja zapadnie w zależności od poglądów organu decydującego na wartość tych zalet umysłu, czy charakteru.

wowo już przewidzianych), ulegają selekcji na tej zasadzie, że władza przypisuje znaczenie miarodajne dla swej decyzji tylko tym spośród nich, które ze względu na kryjące się w nich, a drogą teleologicznych rozważań i wartościowań odsłonięte możliwości przyszłej ewolucji, wymagają poparcia lub muszą być zwalczane, w zależności od tego, czy władza ten przewidywany rozwój, jako korzystny dla administracji aprobeje, czy też uważa go za szkodliwy. W ten sposób rodzi się najbliższy cel działalności administracyjnej. Śledząc bieg wypadków, władza skupia swą uwagę na powyższych faktach, one stają się centrum jej zainteresowań i unormowań. Wybór zaś tych faktów, jako istotnych, wyeliminowanie wszelkich innych, jako obojętnych – jest wynikiem stanowiska administracyjno-politycznego, nakazującego właśnie realizowanie z pośród wielu możliwych, pewnych tylko, uważanych za wartościowe zadań administracyjnych. Akcentowanie pewnych celów pociąga za sobą uwzględnienie takich tylko okoliczności, które z tymi celami pozostają w jakimś związku przyczynowym.

Organ administracyjny odnajduje tu dalsze cele, stara się mianowicie przede wszystkim za pomocą własnych zarządzeń powołać do życia takie tylko fakty, które stanowić będą według jego przekonania najodpowiedniejszy substrat dla dalszego rozwoju wydarzeń w duchu przezeń pożądanym. Te fakty podniesione są dzięki temu do godności obowiązujących założeń faktycznych konkretnego aktu administracyjnego.

Tak więc akt administracyjny swobodnego uznania oparty jest na stanie faktycznym, składającym się z dwóch elementów: rzeczywistości, odpowiadającej realnemu układowi stosunków przed przystąpieniem władzy do działania i tej rzeczywistości, którą władza autorytatywnie dopełnia powyższy pierwotny splot momentów faktycznych, kwalifikując ją jako przesłanki prawne zamierzonego aktu administracyjnego. Z tych składników, zaczerpniętych z teraźniejszości, sformowanych, jako stan faktyczny, ukształtuje się w przyszłości – zdaniem władzy – pewna dziedzina życia w sposób, odpowiadający prognozie. Urzeczywistnienie tej prognozy jest celem praktycznym konkretnej działalności administracyjnej. Droga zaś do tego celu prowadzi poprzez cały szereg innych celów temu celowi głównemu podporządkowanych; osiągając te cele, drugorzędne, uboczne, czyli stosując pewne środki, zbliża się władza do realizacji głównego zadania, wyłaniającego się z konkretnej sytuacji.

W każdym wypadku swobodnego uznania dadzą się odróżnić opisane wyżej pierwiastki teleologiczne. Rozważania są w istocie swojej tego samego rodzaju, niezależnie od tego, czy ustawodawca pozostawia organom wykonawczym swobodę zarówno w określeniu warunków, jak i treści aktu administracyjnego, czy sam je częściowo

ustala⁸. Nawet bowiem jeśli swobodne uznanie według ustawy sprowadza się do wyboru treści aktu administracyjnego, dostosowanej do stanu faktycznego, ściśle ustawowo skonkretyzowanego, władza w poszukiwaniu właściwej treści zmuszona jest ustawowy stan faktyczny rozszerzyć, biorąc pod uwagę szereg innych jeszcze okoliczności faktycznych, które nasuwają jej myśl o realizacji pewnych celów akcesoryjnych, w ustawie niewymienionych.

Ocena przyszłego ukształtowania się stosunków według swobodnego uznania jest hipotezą, będącą wyrazem subiektywnie zabarwionych sądów wartościujących: dlatego może się ona nieraz okazać mylną. Nie jest oparta na przesłankach, powszechnie przyjętych, a na kryteriach indywidualnych, gdyż ścisła wiedza i doświadczenie ogólne nie pozwalają obiektywnie określić przyszłego rozwoju. Przeciwnieństwem takiej swobodnej oceny jest wysnuwanie wniosków ze zjawisk obecnych, oparte na doświadczeniu ogólnym; jest to dziedzina przeważnie pojęć nieokreślonych, płynnych, spotykanych nieraz w terminologii ustawowej, służących do charakterystyki typowego spostrzeżenia, uzyskanego drogą indukcyjną, że mianowicie skoro pewne skutki stałe dotychczas występowały, to normalnie stałe w przyszłości powtarzać się będą⁹, stając się tym samym cechą danego zjawiska, stanu, czy osoby. Wprawdzie urzędnik, operując doświadczeniem ogólnym w tej dziedzinie może się też omylić, jednakże omyłki takie będą zwykle wywołane nieznaną w momencie decydującym niektórymi zresztą dostępnymi dla świadomości, a miarodajnymi – według powszechnie panujących w tej mierze poglądów – faktów, które, o ile byłyby znane w chwili pierwotnej oceny zjawiska, musiałyby wpłynąć na odmienne jego ujęcie. Podczas gdy tu tego rodzaju aberracje należeć będą do rzadkości, należy liczyć się z nimi w znacznym stopniu przy swobodnej ocenie faktów, nie mającej oparcia w powszechnie uznanych kryteriach.

Pomyłki w sferze rozważań, płynących ze swobodnego uznania, nie docierają jednakże często do świadomości z różnych powodów: przede wszystkim dlatego, że ocena władzy niejednokrotnie dopiero z bardzo odległej widziana perspektywy, okazuje się niesłuszną, przy czym i to mniemanie nie jest wolne od zastrzeżeń: gdyż trudno odróżnić oddziaływanie dawniej istniejących od wpływu później powstałych czynników na rozwój wypadków, poza tym zaś obraz przyszłego rozwoju nie zawsze zarysowuje się w wyobraźni urzędnika z dostateczną wyrazistością: zwykle tylko częściowo jest skryształizowany, przeważnie zaś streszcza się w niejasnym wycuciu pomyslnego ukształtowania się stosunków w razie przedsięwzięcia określonych czynności administracyjnych. Treść takich rozważań wymyka

⁸ Różnica między t. zw. *Tatbestands* – i *Erfolgsermessen* jest więc tylko formalna.

⁹ Niemiecki termin: *Erfahrungssatz*.

się skutkiem tego nieraz z pod analizy, a tym samym nie nadaje się ona do kontroli zwłaszcza pod kątem widzenia zgodności wyobrażeń, które podyktowały władzy decyzję z odpowiadającą im rzeczywistością, mającą według jej przekonania w przyszłości nastąpić.

W przepisach prawnych niejednokrotnie spotykamy pojęcia nieokreślone. Sens ich może być różnego rodzaju, w zależności od tego, czy odsyłają do poglądów powszechnych, czy indywidualnych. W tym ostatnim wypadku należą do sfery swobodnego uznania. Ilekroć mieszczą w sobie ocenę przyszłości (wypływającą z doświadczenia), trudno nieraz obie grupy ściśle odróżnić. Należy to uczynić według wyżej wyłuszczonych sprawdzianów.

Rozmyślenia o konkretnych faktach oczekiwanych nie zawsze są integralną częścią procesu myślowego, objętego nazwą swobodnego uznania. O ile mianowicie urzędnik stworzył sobie już przedtem co do pewnych związków przyczynowych sąd własny, dojrzały bądź to skutkiem osobistych doświadczeń z praktyki, bądź to apriorystycznie dzięki swej duchowej fizjonomii i związanym z nią sposobem wartościowania zjawisk, tam twórcze myślenie w wypadku konkretnym ustępuje miejsca gotowym już wyobrażeniom, którymi posługuje się urzędnik prawie podświadomie, nie zdając sobie więcej sprawy z ich genezy. Istotą tych wyobrażeń jest przekonanie, że pewne fakty pociągają za sobą z góry określone następstwa. Podporządkowując tym wyobrażeniom swą działalność, wykonywuje organ decydujący operację myślową, która zdradza pozorne podobieństwo do subsumpcji stanów faktycznych pod normę prawną. „Norma” jest tu jednakże osobisty pogląd, ulegający wahaniom, pozbawiony bytu obiektywnego, wchodzący zatem mimo pewnej stabilizacji, również w zakres swobodnego uznania.

Podczas gdy punkt ciężkości działalności prawnie skrupowanej spoczywa w ustalaniu zgodności faktów z pojęciami powszechnie panującymi, zaczerpniętymi z terminologii ustawowej, to przy swobodnym uznaniu nie chodzi o formowanie takich sądów ustalających, lecz o wartościowanie i teleologiczne ujmowanie zjawisk. Różnica jednakże zaciera się czasami z przyczyn wyżej wyłuszczonych, zwłaszcza, jeśli ustawodawca określa miarodajny stan faktyczny lub działalność administracyjną za pomocą terminów¹⁰, kryjących w sobie treść polityczno-administracyjną, gdzie więc organ wykonawczy pragnie normę zastosować, zmuszony jest do rozmyślań o konkretnych celach i zadaniach administracyjnych w poszczególnym wypadku, chociaż pozornie czynność jego polega na porównaniu rzeczywistości z abstrakcyjną dyrektywą ustawową oraz na interpretacji myśli, zawartej w normie prawnej, a nie na twórczym poszukiwaniu drogi najbardziej celowego postępowania.

¹⁰ Por. np. pojęcie: „potrzeba lokalna”, zanalizowanie którego jest niemożliwe przeważnie bez rozważań teleologicznych.

W konkluzji więc, ilekroć władza decydująca zmuszona jest lub była do rozważania przyszłego układu stosunków i do oceny: w jakim stopniu rozwój ten zarówno niezależnie, jak i na skutek konkretnej ingerencji władzy przyczynia się do realizacji konkretnych zadań administracyjnych, uznanych przez nią za korzystne dla całokształtu czy pewnej dziedziny administracji, względnie do przemyślenia o ile przewidywany bieg wypadków paraliżuje osiągnięcie pożądanego celu, tam praca myślowa organów administracyjnych wkracza w dziedzinę swobodnego uznania. Wszystkie inne natomiast formy myślenia i rozstrzygania podpadają pod kategorię bądź to ustalania faktów, bądź to komentowania przepisów, i w związku z tym ewentualnego określania pojęć według kryteriów ogólnych – są więc przejawem ustawowego skrępowania.

Pierwotny druk: „Głos Prawa” 1934, nr VII-VIII, s. 423-429.



Szymon Rundstein

W POSZUKIWANIU PRAWA CYWILNEGO (FRAGMENTY)

Książka, której fragmenty przypominamy powstała niemal w przeddzień wybuchu II wojny światowej. Ukazała się w 1939 r. jako tom 14. serii „Biblioteka Umiejętności Prawnych i Politycznych” redagowanej przez prokuratora SN Artura Millera oraz adw. Stanisława Tylbora, a wydawanej przez Księgarnię Powszechną.

Książka stanowi bardzo dojrzały wykład na temat prawa i idei prawa w zderzeniu z zagrożeniami, jakie niosły doktryny totalitarne. Przedrukujemy trzy krótkie rozdziały z czternastu składających się na książkę: rozdział I oraz rozdziały VI i VII.

Na temat autora – Szymona Rundsteina – piszemy w kolejnej odsłonie „Pocztu Jurystów i Ekonomistów”.

Pojęcia kluczowe: Szymon Rundstein, prawo cywilne, prawo w państwach totalitarnych, prawa jednostki

PRZEDMOWA

W zmaganiu się sił politycznych i gospodarczych losy prawa prywatnego są – zdawać by się mogło – bez większego znaczenia. Wszakże godzi się pamiętać, że w tej dziedzinie unormowania stosunków ludzkich stale przejawiał się wpływ idei sprawiedliwości. Czy wpływ ten w przyszłości również mieć będzie znaczenie – oto kwestia.

Temu zagadnieniu poświęcona jest praca niniejsza. Czasy, w których hasło „*hang all the lawyers*” staje się popularne – utrudniają obronę wiecznie młodej, wiecznie żywej idei prawa. Podkreślany w moich rozważaniach nawrót do tradycji, którą niedawne przewroty obecnie chcą honorować – może jest tylko epizodem; nie mniej należało tę charakterystyczną tendencję szczegółowo i krytycznie omówić.

Staralem się zobrazować istotę prądów współczesnych, zresztą jeszcze nie skryształizowanych, częstokroć od zmiennej koniunktury politycznej zależnych. Może słuszny będzie zarzut, że w wywodach moich jestem zbyt optymistyczny; wszakże nie przypuszczam, ażeby można mi było zarzucić stronność i predylekcję w ocenach. Jedyną podstawą i myślą przewodnią moich rozważań – była idea prawa.

S. R.

I

PRZEKSZTAŁCENIA PRAWA CYWILNEGO I STRUKTURA NORMY PRAWNEJ

Świadomość zmian, zachodzących w ukształtowaniach życia prawnego, jest pierwszym krokiem do zrozumienia przyczyn, które spowodowały rozbieżność ze stanem, uważanym za normalny i za niewzruszony. Nie ma nic pospolitszego ponad twierdzenie, że treść norm prawnych znajduje się w ustawicznej zmienności, że ich płynność i przekształcenia są funkcją pochodną układów gospodarczych i politycznych. Tylko zasklepienie dogmatyczne, tylko pozytywizm, nie wybiegający po za osnowę tekstów pisanych, widzieć w nich chce „rzecz samą w sobie”.

Może być zgoła obojętne, czy i jak wartościować należy zmiany, zachodzące nie w trybie ewolucyjnym, lecz w drodze gwałtownych przewrotów i wstrząsów. Aspekt ocen zależy będzie od założeń, które, stanowiąc wyznacznik wiary, nie mogą podlegać wartościowaniu. Ideały, cenne *sub specie* przeszłości, stają się monetą wycofaną z obiegu – wobec siły dynamicznej argumentów terażniejszości. Wszakże stwierdzenie przemian w treści prawa powoduje wątpliwość, czy stwierdzone przekształcenia nie idą w patrze z transformacją samej idei prawa. Nie idzie tu o przekształcenia pojęć prawnych, nie idzie również o zmiany strukturalne układu normy. Można by natomiast stwierdzić, że w właściwościach formalnych „prawności” zachodzą w czasach obecnych pewne przesunięcia; że, mianowicie, końcowy punkt poczytania (Państwo) przybliży się do takich stanowień o powinnościach prawnych, od których ongi oddzielały je liczne ogniwka przejściowe i pośrednie, że poza tym funkcje sankcyjne, zysku-

jąc na intensywności, stają się mniej związane z przedmiotowością ich stosowania; zbliżają się bowiem do ocen zależnych od indywidualnej dowolności piastunów władzy. Można powiedzieć, że coraz bardziej zwęża się dziedzina, w której podmiot prawa jest gospodarzem własnowolnie stworzonych sytuacji prawnych. Stąd awersja do technicznego chociażby podziału na *jus publicum* i *jus privatum* oraz widoczna niechęć do konstrukcji praw podmiotowych. Stąd negacja woli jednostkowej, jako twórczego współczynnika poszczególnych sytuacji prawnych. Wreszcie, możnaby zaznaczyć ów charakterystyczny zanik „bezosobowości” nakazu i normy wiążącej „*objectiviter*” (Krabbe). Namiastką stają się pojęcia konkretyzującej szczegółowości, myślenie w przystosowaniu do sytuacji indywidualnych (Larenz, C. Schmitt); temu odpowiada podkreślenie rozstrzygnięć jednostki, która – jako wódz – podstawia się na miejsce konstrukcji Państwa, jako osoby prawnej (Höhn).

Te charakterystyczne cechy nowoczesnych przemian nie przekształcają strukturalnego „wyglądu” normy prawnej – chyba, iżby dążono do podstawienia na miejsce określonej powinności i stałej sankcji – pojęć bezwzględniej dowolności i niekrępowanego decyzyzizmu. Wówczas kwalifikacja takich ukształtowań pozostawała by po za granicami ujęcia prawnego.

Przyszłość kryje możliwość powstania nowego rodzaju władztwa, które, jako despotyzm czystego typu, oparte będzie na nieograniczonej dowolności, z wyłączeniem jakiegokolwiek ograniczenia kompetencji. Wprawdzie twierdził G. Jellinek, że typ ten – wyjąwszy może tworzywa wschodu – w formie czystej nie istniał; wszakże, nie ma gwarancji, ażeby to „zwyrodnienie” władztwa nie mogło stać się rzeczywistą rzeczywistością. Gdyby tak było – należałoby pożegnać się z ideą prawa, z prawnikami zaś wypadałoby postąpić według tej recepty, którą zalecali ongi Fryderyk Wielki i Napoleon Pierwszy.

Możemy tedy założyć, że przemiany współczesne nie dotyczą formalnej struktury normy.

Proust w zakończeniu swej wielkiej symfonii, opiewającej poszukiwanie „utraconego czasu”, konkluduje, iż przekształcają się „figury rzeczy tego świata”, że przesuwają się ośrodki panowania, zmieniają się kadastry fortun i gwarancje sytuacji nabytych. „*Tout ce qui semblait définitif est-il perpétuellement remanié*”. Oczy ludzkie kontemplują zmiany niebywałe, aczkolwiek zdawać się mogło, że zmiany te są zupełnie niedopuszczalne („*Le temps retrouvé*”, T. II, str. 221). Otóż, gdy dane nam jest zmiany te widzieć i beznamiętnie obserwować – nie zapominamy o tym, że, poza pojęciem dynamicznej zmienności treści, istnieje statyka idei przewodniej i formy strukturalnej.

Być może, że przemianom współczesnym odpowiadają pewne dysproporcje w budowie i w układzie norm prawnych. To znaczy, że zachodzi uwzględnienie stanów konkretnych, do których nawiązuje

się układ powinności; to znaczy również, że zanikają sformułowania ogólne i generalizujące; a gdzie bez nich obejść się nie można – uznaje się taki tryb stosowania normy, który będzie wyraźną (a nie, jak dotychczas, ukrytą) prawotwórczością. Stąd skłonność do rozszerzania analogii, stąd konieczność odmiennego sformułowania tych wskazań naczelných, które będą wytyczną dla organów prawo stosujących. Te wskazania, zbliżone do tradycyjnych pojęć „ducha praw”, „celu ustawy”, „zasad ogólnych”, „natury rzeczy”, stają się bardziej konkretne; ale ta konkretyzacja bynajmniej nie jest dokładna i precyzyjna. Wprowadzenie wskazań w rodzaju „świadomości klasowej”, „pożytku narodowego”, „harmonii współżycia” samo przez się nie zmienia strukturalnego układu normy. Zabarwienie polityczne tych wskazań nie jest bynajmniej zaprzeczeniem specyficznej „prawności” normy. Żłudzeniem bowiem jest mniemanie, że współczynnik polityczny obcy był układowi norm „przedrewolucyjnych”. Układy przeszłości nie były oderwane od podłoża politycznego; świadomość tego związku zatraciła się z biegiem czasu. Wytwory prawne, szacowne przez tradycję, przez wytrwanie w zmiennych okolicznościach, cenne w swej precyzji, wydają się czymś oderwanym; są nadbudową, której fundamenty mało kogo obchodzą. Oderwanie się tworu „idealnego” od substruktury jest chwytem technicznym, koniecznym dla izolacji przedmiotu poznania. O tym nie należy zapominać przy ryczałtowej kwalifikacji przemian rewolucyjnych, jako herezji sprzecznej z ideą prawa.

Niebezpieczne jest zresztą operowanie pojęciem „dysproporcji” w budowie i w układzie normy prawnej. Można by o tym mówić, gdyby człon normy, dotyczący sankcji, był w ten sposób związany z hipotezą powinności działania, zaniechania czy znoszenia, iż związane to nie mogło być sprowadzone do jakiegokolwiek przewidzianej determinacji. To znaczy, że zarówno co do określenia samej powinności, jej antedencji i skutków sankcyjnych zachodziła by dowolność lub nieograniczone, samowolne uznanie organu władzy. Nie byłby układem prawnym – układ, w którym jakiś A obowiązany jest do postępowania według wzoru „n”, gdy wzór ten może być rozumiany zarówno „n”, jak i „non-n”, lub też odpowiadać będzie jakiemuś niewspółmiernemu wzorowi „X”. Nie byłby układem prawnym układ, w którym organ władzy, obowiązany do postępowania „n1” w przypadku niezastosowania się jakiegoś A do wzoru „n”, mógłby *aequo modo*: postąpić bądź zgodnie z schematem „n1”, bądź zastosować wzór sprzeczny „non n1”, bądź wreszcie wszelkiej reakcji zaniechać, czy też postąpić „jak mu się spodoba”. Byłoby to antytezą odwiecznego wskazania: „*rex nihil potest nisi quod iure potest*”.

Są to przypuszczenia możliwe przy rozważaniach z zakresu patologii życia zbiorowego. Mają one swą wagę i znaczenie, gdy sięgamy do podstawy wytworów prawnych; nie wytłumaczy ich żadna teoria

samoródtwa; na rozgraniczu faktu i normy kończy się zresztą właściwość teorii prawa. Badając np. ukształtowania sankcji, możemy stwierdzić ich zmienność i fluktuacje; wiadomo, iż niekiedy powagą swą silne w dziedzinie prawa politycznego – w odmiennych okresach historycznych powagę swą i nasilenie tracą. Te krańcowości nie przejawiają się w sposób gwałtowny w dziedzinie względnie spokojnej i dotychczas za neutralną uważanej – w dziedzinie prawa prywatnego.

Zresztą, mówiąc o dysproporcji, musielibyśmy uprzednio ustalić wzór idealnego ustosunkowania współczynników normy prawnej. Pewien tryb powiązania powinności – tryb, oczywiście, nieodwracalny – sprowadzić się daje do dwóch ogniw: powinności podmiotu i specyficznie związanej powinności „trzeciego”, jako organu władzy politycznej, społecznej, konwencjonalnej i t. p. Nie zmienia sytuacji zwiększenie ilości ogniw, prowadzących do punktu, w którym kończy się ocena prawna. Jeśli przemiany współczesne ilość ogniw zmniejszają, uszczuplają, podstawiają konkretyzację na miejsce determinacji – może się to wydać szkodliwe; dla „wyglądu” struktury normy będzie to wszakże obojętne.

Zważmy ponadto, że dziedzina prawa prywatnego, opartego na pewnej „*ratio naturalis*”, wydawać się nam może czymś niezmiennym, chociażby przesłanki autonomii indywidualnej i władztwa nad rzeczami zmienić się miały w zależności od zasadniczych przemian gospodarczych. Kresem wędrówki prawa prywatnego byłyby ów w mitologiach różnych koncepcji społecznych niejednokrotnie obrazowany „punkt dojścia”, w którym nastąpi automatycznie śmierć prawa, zanik wszelkiej normy prawnej. Ten ideał „królestwa bożego” na ziemi, zarówno z prawej strony (por. teorię Sauera), jak i z lewej głoszony, jest iluzją. Widzimy zresztą, że koncepcja przez Marxa dla idealnego komunizmu głoszona, przez Lenina teoretycznie udoskonalona – w Związku radzieckim uchodzi obecnie za kontrrewolucyjną herezję.

Teza o niewzruszoności wskazań prawa prywatnego uwarunkowana była wiarą w stałość stosunków politycznych i gospodarczych. Ostatnie półwiecze przed wielką wojną było okresem wyjątkowego pokoju i równowagi. Stąd wywód, że tak zawsze być musi i że inaczej być nie może. Stąd pewne zaskoczenie, zadziwienie i naiwne szukanie zapewnień z chwilą, gdy wielkie przemiany powojenne wywołały nagły przewrót w spokojnej i rzekomo neutralnej dziedzinie prawa prywatnego. Przesłanki „pewności” i „stałości” uległy zakwestionowaniu – i zdawało się, że gmach, pracą pokoleń wzniesiony, wstrząśnięty został w swych podstawach. Niewątpliwie, istota i zasięg prawa prywatnego uległy w czasach ostatnich zmianom i przekształceniom. Można zapytać, czy były one tak istotne, iżby ugruntować miały zanik wszelkiej wiary w rację istnienia tej dziedziny prawa.

Przekształcenie prawa prywatnego przez sprowadzenie go do zwykłej receptury technicznej („*recettes*” w odróżnieniu od „*préceptes*”) nie jest niemożliwością; odpowiednia technizacja i planowość życia gospodarczego może spowodować takie przemiany. Regulację stosunków pomiędzy podmiotami normy zastąpiłaby władcza regulacja podziału dóbr: „urzeczwienie” życia gospodarczego byłoby antytezą podmiotowości i personalizacji wzajemnych współoddziaływań.

Jednakże głosiciele nowej wiary politycznej nie rzucają interdyktu na prawo cywilne. Przeciwnie: po obu stronach barykady wpatrzeni są w przykłady tych władców i cesarów, którzy *de nomine* stali się „wielkimi kodyfikatorami” prawa cywilnego. Współczesnym totalizmom śnią się nowe kodeksy cywilne. Sny te powoli się iszczą.

Jeśli tak jest – powiedziec należy, że ten – może nieszczerzy – nawrót do tradycji jest tryumfem idei prawa. Może idea ta przejawia się w pewnej żalostnej deformacji. Trudno przesądzać przyszłość; być może, że długo jeszcze pozostawać będziemy w stanie, który nie rozgranicza dowolności i prawa; ale nie zaniknie świadomość, iż taka linia graniczna, nawet gdyby *in casu* nie istniała – istnieć powinna.

(...)

VI

PRAWA JEDNOSTKI W ROZUMIENIU TEORII SUBSTANCJI

Irracjonalizm dynamiki politycznej, której wyrazem jest teoria substancji, znaleźć się musiał w kolizji z unormowaniem gospodarki, znakomicie zwężającej prawa jednostki. Dla regulacji życia na tym odcinku wszelki dynamizm jest niebezpieczny; nie można więc uniknąć poddania się rządowi normy prawnej, wyłączającej dowolność zmian. Nieliczni w Niemczech cywiliści starej szkoły, którzy *en sourdine* zaatakowali najnowsze pomysły kodyfikacyjne, słusznie zwrócili uwagę, że pojęcie samoistności osoby (*Eigenständigkeit*) winno pozostać podstawowym składnikiem prawa prywatnego. Tylko powierzchownie pojęty totalizm – powiada Manigk – wyłącza wartość autonomii. Ostrzega on przeto przed metodą konkretyzacji i wątpi czy tzw. ujęcia konkretne rzeczywiście oddają pełnię życia¹.

W tej ostrożnej, pełnej niedomówień krytyce doświadczonego cywilisty przejawia się świadomość niebezpieczeństwa tych ujęć, które, operując wielością doświadczenia, zapominają o znaczeniu idei prawa.

Konkretyzowanie sytuacji prawnych w tym trybie, iż w imię „pożytku pospólnego” (*Gemeinnutz*) interes indywidualny ulec ma „minimalizacji” – winno być wyłączone. Orzecznictwo sądowe, aczkolwiek

¹ Manigk, j. w., str. 109 (*Absolutismus des Konkreten*).

jego prawotwórczość nie może przekraczać granic zakreślonych przez światopogląd partii, ostrożnie i z rezerwą zwraca na to uwagę. (Zob. np. wyrok Sądu Rzeszy z dn. 23 lutego 1937 r., *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 1937, str. 656). Aczkolwiek doktryna jest wrogo usposobiona do szkodliwego pojęcia praw podmiotowych, jednakże nie może pominąć pojęcia uprawnień jako koniecznego odpowiednika obowiązku. Celem uniknięcia sprzeczności rozumie się te uprawnienia, jako organicznie przez zbiorowość związane (*Gliedspersönlichkeit*), nadając im miano „*volksgenössische Berechtigung*”; uważa się je jako „umocnienie” sytuacji osoby przynależnej do zbiorowości narodowej². Maniżk szeroko rozwodzi się nad mylną wykładnią stosunku zbiorowości do jednostki, która jest wszak podstawową komórką współbywania społecznego. Wielkie zrzeszenia, oparte na egoistycznych zamierzeniach gospodarczych, z łatwością korzystają z uprzywilejowanego stanowiska, uzależniając jednostkę i sprowadzając jej twórczą rolę do zera. Jakże wygodne jest podszycanie się pod hasło pożytku wspólnego celem zniwelowania praw jednostki; wielkie trusty i koncerny, kontrolowane przez państwo, ale w zgodzie z nim pozostające, nie są zjawiskiem obcym w ustrojach totalnych. Te zrzeszenia mogą przejawiać, w imię idei kolektywnej, swą wyższość hierarchiczną, podporządkowując sobie interesy i sytuacje jednostek; w rzeczywistości rozchodzi się o egoistyczny interes wielkiego kapitału, współdziałającego z państwem i nań oddziaływującego.

Jeśli uznać należy przyporządkowanie obu sfer, sfery publicznej i sfery prywatnej, nie może być wówczas mowy o ich zasadniczej sprzeczności. Nie bacząc na frazeologię o „substancjalnej jedni życia i normy”, nie można się obejść bez przypuszczenia, iż współczynnikiem regulacyjnym muszą być wskazania nie w chaosie materii społecznej cudownie ukryte, lecz materią tą rządząca idea prawa.

Doktryny rewolucyjne nie mogły ustalić sytuacji jednostki, gdy wyłączały ideę prawa przy unormowaniu jej umocowań. Ujęcie konkretne (*konkretes Ordnungsdenken*) jest, w istocie rzeczy, tylko kunsztowną legitymacją stanu przemocy przez przypisanie substancji jakichś w niej samej tkwiących związków normatywnych³. Ten cudowny witalizm, w którym fakt przekształca się na prawo, – jest, w istocie rzeczy, legitymacją stanu, nadającego woli wodza uprawnienia, wyższe ponad sam fakt jego woli. Fikcja utożsamienia woli wodza z wolą narodu zostaje uznana przez doktrynę bez żadnych wahań. Jakże zupełnie wyraźne i jakże jednocześnie mętne jest sformułowanie Larenza: wodzostwo jest działaniem wy wpływającym z substan-

² Zob. Cot, j. w., str. 173-175, Binder, j. w., str. 29 „...der besondere Wille als Konkretisation des allgemeinen Willens der Rechtsgemeinschaft”.

³ Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1935, str. 157, 158. C. Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1936, str. 42 n.

cji nadosobowej – w tej drodze naród sam do siebie powraca („*Zu – sich – selbst – kommen des Volkes*”)⁴. Gwoli umocnieniu stanowiska poznawczego operuje się analogią rzekomej przeciwstawności doktryny Duguit’a (*règle de droit*) i nauki Hauriou (*institution*)⁵, ale ta przeciwstawność jest sztuczna, obaj bowiem przedstawiciele myśli francuskiej nie negowali samoistnego znaczenia idei prawa. Idea ta w układzie planowo hierarchicznym musi się zatracić. Dawniej, dziś zapomniani *praeceptores Germaniae* uznawali ideały sprawiedliwości, żywe w narodzie niemieckim, i widzieli w prawie prywatnym wyraz tych sił historycznych, które przekształciły stadność zamierzchłej przeszłości na życie wolnych jednostek⁶. Dziś, gdy planowość łączy się z automatyzacją, gdy wyłączność władztwa politycznego prowadzi do absolutyzmu – problemat prawa prywatnego zjawia się w odmiennej postaci. I to jest charakterystyczne, że głosiciele nowego rzeczy porządku ratować chcą wartość prawa prywatnego.

Jeśli się nie myśli o tym, ażeby zastąpić autonomię prywatną przez unormowanie stosunków prawnych z przypadku do przypadku, jeżeli gospodarka przymusowa nie ma zastąpić gospodarki prywatnej, jeśli wreszcie pojęcie rzeczy (towaru) ma posiadać prawo obywatelstwa – wówczas nie można nie wrócić do wzorów, odrzuconych w entuzjazmie rewolucyjnym.

Myśl rewolucyjna znalazła się na rozdrożu; frazes o substancji życiowej, która sama przez się jest własnym uporządkowaniem, pozostaje w sprzeczności z postulowaną ideą prawa, jako czynnika regulacyjnego. W zakresie prawa prywatnego, gdzie stosunki pomiędzy osobami na tle atrybucji rzeczy i dóbr są dzięki prostocie struktury jasne i określone – regulacyjne oddziaływanie idei przejawia się właśnie w sposób stały i niezmienny. Zwrócił już na to przed pół wiekiem uwagę Stoerk gdy chciał wyodrębnić tę sferę ukształtowań z dziedziny polityki. Problematyka cywilistyczna oparta jest na skonstatowaniu stałości powtarzających się zjawisk, gdy *in politicis* widzimy niepewność zmiennych elementów⁷. Rzecz inna, że gwoli ułatwieniu zrozumienia należy wyłączyć zmiany w samej treści norm. Ujęcie stosunku podmiotu do podmiotu i podmiotu do dobra będzie odrębne w ustroju, opartym na niedopuszczalności swobodnego władania ziemią oraz środkami produkcji – w odróżnieniu od układu, który uznaje w osobie samoistny ośrodek gospodarczego

⁴ Larenz, j. w., str. 164: „*Führung ist persönliches Handeln aus der überpersönlichen Substanz*”, str. 165 n. C. Schmitt, j. w., str. 57: przeciwstawienie pojęć „*rex*” i „*lex*” uniemożliwia zrozumienie idei wodzostwa.

⁵ C. Schmitt, j. w. str. 54, 56.

⁶ Sohm, *Institutionen*, 16 wyd., 1919, str. 26: „*Das Privatrecht ist dazu da, dass aus dem Massenleben (Herdenleben) der Urzeit das Leben freier Einzelpersönlichkeiten werde*”.

⁷ Stoerk, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, 1885; Voegelin, *Der autoritäre Staat*, 1936, str. 139: „*...relativ einfache, konstante, durch die Menschheitsgeschichte über sehr grosse Strecken sich gleichbleibende Normkonfigurationen...*”

władztwa nad doborami wszelkiego rodzaju. Ale odmienne zabarwienie materii nie zmienia stałości formy, dzięki której jednostka dostojności swego może bronić.

Vis juridica substancji społecznej jest takim samym mylnym założeniem, jak owa słynna *vis dormitiva*. Regulacja nie wynika z samego faktu, zdarzenia czy też ze splotu faktów. Wyobrazić sobie można układ, w którym o kierunku uporządkowania decyduje jednostkowy i bezwzględny rozkaz władcy; ale taki decyzyonizm nie jest układem prawnym⁸: nie istnieje bowiem zespół norm ogólnych, chociażby bardzo elastycznych, jest tylko bezwzględna dowolność. Można – jak powiada Bristler⁹ – wyobrazić sobie ujęcie odrębne: aczkolwiek odrzuca się uprzednie i ogólne uporządkowanie, uważa się, że dla każdej poszczególnej sytuacji istnieje odpowiednie rozwiązanie prawne; jednakże rozwiązanie to nie będzie oparte na wskazaniach generalizujących, lecz na ocenach celowości lub korzyści technicznej. Każdemu konkretnemu przypadkowi odpowiada ocena, indywidualizująca skutki, sankcje i reakcje. Wątpić należy, czy byłoby unormowaniem prawnym ocenianie wymiany dóbr, obowiązków, świadczeń w zależności od konkretnej sytuacji, a bez związania przez kryteria ogólne. W układzie samowoli organ sankcjonujący nie byłby w ogóle do niczego zobowiązany; nie byłoby wiadome, czy sankcja ma być stosowana, a jeśli ma być stosowana – wówczas bezwzględna dowolność organu może ją kształtować, jak mu się podoba. W konstelacji układu planowego nie zaprzecza się, że sankcja musi istnieć, ale jej symbolem nie będzie jakiś niezmienny, poprzednio ustalony „kształt”, jeno konkretny wyraz indywidualnej oceny według zmiennej funkcji użyteczności technicznej. W obu konstelacjach nie znajdujemy wypowiedzi, jak ma się zachowywać podmiot prawa, ażeby przez swoje postępowanie nie wywołać określonej reakcji (sankcji).

Idea prawa wyłącza zarówno dowolność, jak i bezwzględną indywidualizację sankcji. Zakłada przeto pewne uprzednio ustalone minimum formalnej równości, która, dzięki stałym ocenom przeciętnym, stwarza równowagę w bytowaniu społecznym. Nie jest sprzeczne z istotą prawa, jeśli hipoteza normy nie jest ściśle określona; pomocne będzie wówczas pojęcie standardu prawnego. Nie jest również z nią sprzeczna dopuszczalność sankcji wedle ocen swobodnego uznania; wszakże granice tego uznania muszą być określone.

Jeśli chce się uznać wartość prawa prywatnego, nie można jednocześnie odrzucać samoistności idei prawa. Nie można twierdzić, że prawo, jako mistyczna jednia życia i ładu, nie jest ani systemem norm, ani systemem wartościowania¹⁰. Tą drogą rozbieżność pomię-

⁸ O konstrukcyjnych sprzecznościach decyzyonizmu zob. moją rozprawę: „*Le costruzioni antinormativiste*” w *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1935, T. XV, z. 4/5.

⁹ Bristler, *Die Völkerrechtslehre des Nationalsozialismus*, 1938, str. 195 i n.

¹⁰ Zob. Höhn, *Volk, Staat und Recht* (w zbiorze „*Grundfragen der Rechtsauffassung*”, 1938), str. 13:

dzy realnością życia a idealnością sprawiedliwości usunąć się daje tylko na cierpliwym papierze.

VII

PRAWA JEDNOSTKI WOBEC CZYNNIKÓW POLITYKI

W państwach demokratycznych współczesne anomalie cywilistyczne nie są interpretowane jako „odnowienie” i zwiastowanie lepszej przyszłości.

Przeciwnie. Nie uznaje się bynajmniej dobrodziejstw totalizmu, usuwającego jakoby wszystkie niedomagania demokracji. Prawotwórczość totalizmu zbyt pochopnie i zbyt wyłącznie kierować się daje wskazaniem politycznymi – nawet w sferze stosunków prywatnych. W tej atmosferze politycznej władcy często posłuszni być muszą pewnym interesom gospodarczym – w równej może mierze jak w ustrojach wielopartyjnych. Poza tym nie należy zapominać, iż najsurowszym despotyzmem jest ten, który przejawiają masy w stosunku do despotycznego władcy.

Demokracjom nie jest obca świadomość, że sytuacja prawa cywilnego nie jest w obecnych warunkach idealna. Pesymistyczna krytyka znakomitego prawnika francuskiego Ripert'a dopatruje się głównego źródła zła w uzależnieniu dziedziny prawa prywatnego od zmiennych wymagań chwili. Wkroczenie czynnika politycznego powoduje zniekształcenie praw jednostki. „*Qui touche à ce droit (scilicet le droit civil) touche à l'ordre dans la vie privée des hommes, c'est-à-dire à la civilisation même*”¹¹. Ten – dość rozpowszechniony – pogląd nie zupełnie jest słuszny. Nie można sobie wyobrazić układu prawnego, który byłby bezwzględnie niezależny od współczynników politycznych. Wszakże nie o to idzie; zagadnienie dotyczy nie znaczenia wpływu czynników politycznych, lecz, uznania czy ignorowania przewodniej idei prawa prywatnego – poszanowania i obrony osobowości i jej sytuacji w ustosunkowaniach między-podmiotowych. Lamentacje i żale z powodu przemian gospodarczych, od woli ludzkiej niezależnych, są bezsilne wobec konieczności przekształceń prawa cywilnego. Klasyczne formuły rozwiązań dla nieskomplikowanych równań zawodzą przy sytuacjach o wielu niewiadomych.

Według ocen prawników szkoły klasycznej prawo prywatne ulega „zwyrodnieniu”. Ocena ta – w epoce przejściowej, w okresie wielkich zmagania się gospodarki imperialistycznej – nie byłaby tak pesymistyczna, gdyby nowe tworzywa cywilistyczne nie zrywały z uznaniem idei prawa.

„*Recht ist nach der deutschen Rechtslehre weder ein Normensystem noch eine Summe von Werturteilungen?*”

¹¹ Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne* 1936, str. 450.

Słyszymy stałe narzekania na wielką zmienność dorywczo tworzonych norm prawnych, na ich inflację, na ich szybkie starzenie się. Spotykamy się z zarzutami stronności ocen, przewagi tych czy innych interesów, uwzględniania potrzeb efemerycznych, wymuszonego przez egoizm silniejszych. Interwencjonizm, unicestwiający sytuacje nabyte, wydaje się obcym dla ujęcia cywilistycznego. Mówi się, że „*quod constituunt codices – prostituunt appendices*”. Szczególnie w zakresie prawa zobowiązań spotykają się z nieprzychylnym przyjęciem ukształtowania, wynikające z typowości i z adhezyjności ustaleń umownych. Zachowane zostają wprawdzie dawne schematy formalne, wszakże pojęcie więzi umownej oraz odpowiedzialności (teoria ryzyka, działania na własną odpowiedzialność) zmienia się zasadniczo. Jak już dość dawno powiedział Tarde „*la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant*”¹².

Nie rozważam tu zagadnienia, czy te przemiany są tylko objawami kryzysowymi, czy też zwiastunami nowego i już stałego układu przyszłości. Ważne jest jedynie, czy przyjęcie przez cywilistykę „do zatwierdzającej wiadomości” tych przemian implikuje uznanie zasady, że nowa twórczość będzie równoznaczna z negacją sytuacji jednostki, jako ośrodka działalności autonomicznej w jej stosunku do innych jednostek. Gdyby tak było – uległo by zaprzeczeniu regulacyjne znaczenie idei prawa, operującej wskazaniem atrybucji według odwiecznego wzoru „*sum cuique*”.

Nie zapominamy o tym, że jeszcze przed okresem wielkich przemian powojennych mówiono o konieczności przekształceń prawa prywatnego. Te głosy, związane we Francji z nazwiskami Duguit’a, Lambert’a, Emmanuela Lévy’ego, Morin’a, Charmont’a, nie uważały ziszczających się czy oczekiwanych przemian za sprzeczne z ideą prawa. Zmiany te, w istocie rzeczy, nie były rewolucją. Jeśli je uważano za szkodliwe, za zwiastujące („zwyrodnienie” cywilistyki – głosy te oparte były właśnie na specyficznym podkreśleniu wartości idei prawa. Państwa autorytatywne widzieć chcą w nowych ukształtowaniach cywilistycznych (planowość – dyrekcjonizm – kontrola) materię, która nie powinna być poddana regulacji indywidualnej od przypadku do przypadku, lecz normowana przez stały wskaźnik normy ustawowej¹³. Może jest to ustępstwo na rzecz idei prawa?

W przebiegu dziejów regulacyjna moc idei prawa może ulegać wahaniom – grawituje jednakże w kierunku „osobowości” jako podstawowej komórki¹⁴. Jeśli się twierdzi, że jednostka jest „niczym”,

¹² G. Tarde, *Les transformations du droit*, VIII éd., 1922, str. 123 uw. 1.

¹³ Schmidt-Rimpler, *Vom System der bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrechts*, str. 92 („*Entscheidung zu Gunsten des Gesetzes*”) – w zbiorze „*Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts*”, j. w.

¹⁴ Zasadę tę uznają prawnicy socjalistyczni – zob. Renner, j. w. str. 178: „*Ein privatum suum, ein «rechtliches Mein» wird immer bleiben, auch ein Sachenrecht, welche Gesellschaftsordnung sich die Menschen geben mögen*”.

staje się zaś „wszystkim” przez zbiorowość – nie znaczy to, iżby musiała być przez zbiorowość pochłonięta. Przeciwwstawienie niewoli i wolności nie jest wyjaśnieniem, albowiem wolność formalna i równość szans, oderwane od podłoża materialnego, mogą *via facti* sprowadzać się do zależności. Twierdzenie, że jednostka nie może być „środkiem” dla pewnych celów, lecz celem samym w sobie wymaga dopełnienia – przez odpowiednie ukształtowanie warunków materialnych. Droga od przywileju i niewoli winna prowadzić – przez wyrównania niwelujące – do wolności materialnej jednostki, do jej pełni życia, wyłączającej jakąkolwiek eksploatację. Droga ta jest daleka i trudna.

Najprawowierniejsi totaliści nie negują jednostki – tej „najmniejszej komórki życia zbiorowego”¹⁵. „Pra-instynkt własnej jaźni – powiada Hedemann – promieniuje w trzech kierunkach – w kierunkach woli istnienia, woli posiadania i woli działania”¹⁶. Rzecz oczywista: stanowiąc prawo osobowości, uznaje się, że prawo to nie przeciwstawia się idei „kolektywu”; właśnie z nią się zespala w czymś, co ponad elementy indywidualne jest wyższe. Odpowiedni „chwyt dydaktyczny” syntezę znajduje w pojęciach... biologicznych (jak np. idea krwi i rasy). Ale wówczas apologia „prawa osobowości” (*das Recht der Persönlichkeit*) staje się czczym frazesem.

Emancypacja osobowości byłaby fikcją, gdyby – jak chce filozofia absolutnego ducha – uznać ją należało tylko za organ społeczności¹⁷. Konstytutywną ideą prawa prywatnego jest samoistna wartość i równorzędność jednostki. Oczywiście, układ gospodarczy takiemu ujęciu może być wrogi. Jednakże – czyż idea osobowości tak jest bezsilna, iżby tej rzeczywistości gospodarczej przewyciężyć nie mogła?

Chaos współczesności jest faktem niespornym; wszakże ponure prorocтва o „*new dark age*” mogą się *ex aequo* zarówno sprawdzić, jak nie sprawdzić. Doktryny dynamizmu społecznego, nadając zbiorowości *maximum* napięcia, operują pojęciem stałej zmienności; w tym twierdzeniu kryje się sprzeczność: albowiem, uważając zmienność jako *primum*, doktryny te twierdzą, iż przez ciągłość zmian osiąga się ukształtowanie wieczne i bezwzględne (*millennium*). A więc: rzekoma dynamika staje się dobrze znaną statyką.

Czy tej zmienności nie przyświeca synteza „wolności” i „porządku”, jako najdoskonalszy wyraz idei prawa?

Rzeczywistość doświadczenia zdaje się temu przeczyć. Jednakże – bez przypuszczenia wartości idei prawa – wszelka dynamika byłaby tylko najpospolitszą grą sił. Pięknie powiada Del Vecchio: gdy

¹⁵ Manigk, j. w., str. 27: „*die letzte und kleinste, nicht unsichtbar zu machende Zelle*”.

¹⁶ Hedemann, *Bürgerliches Recht im dritten Reich*, 1938, str. 25: „*Ich will sein, ich will haben, ich will wirken*”.

¹⁷ Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, 1938, str. 191, 192 i *contra*: Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925, str. 448: „*...und ist aueh der einzelne Mensch Subjekt nur, insofern er als Organ der Gemeinschaft betrachtet wird*”.

obserwujemy burzliwość morza i zmienność wiatrów – bylibyśmy w błędzie, gdybyśmy przypuszczali, że okręt, walczący z falami, nie może nigdy wpłynąć do przystani¹⁸.

Można by zapytać, czy dynamika współczesna nie jest jednym z interludów procesu dziejowego, w którym uwydatnia się starcie „metafizyki siły i metafizyki prawa”¹⁹. Metafizyka siły jest bardzo realna. Ale pamiętać należy, że pojęcie powinności daje, dzięki powtarzalności i znormalizowaniu ocen, syntezę, która, tworząc wytyczne postępowania, nad rzeczywistością panować i nią rządzić może. Dlatego też nie jest grą słów przenikliwy aforyzm Bossuet’a: „*il n’y a pas de droit contre le droit*”.

Obrona tej tezy nie jest w naszych czasach łatwa. Ida prawa, jako „*ordinatio unius hominis ad alium*” rozumiana, zatracą się, gdy prawoznawstwo „dynamiczne widzi najwyższą wartość w podporządkowaniu się nakazom siły. Rola prawników sprowadza się wówczas do rejestracji tych nakazów i do posłusznej ich wykładni. Nic dziwnego przeto, że – jak powiada Ripert – „*les souverains aiment mieux les légistes que les juristes*” (op. cit str. 9.).

(...)

¹⁸ G. Del Vecchio, *Sulla involuzione nel diritto*, 1938, str. 17.

¹⁹ Bonnacase, *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, 1919, str. 223.



Rafał Lemkin

REFORMA PRAWA KARNEGO W NIEMCZECH

To już trzeci tekst Rafała Lemkina wydobyty z zakamarków pamięci. Tym razem to krótka notatka na temat zmian w prawie karnym nazistowskich Niemiec. Tekst ukazał się w 1934 r. w „Wiadomościach Literackich”, w specjalnym dodatku „Prawo, przestępca, życie”, który – jak informowano – poświęcony był zagadnieniom kryminologii. Prawdopodobnie dodatek był współtworzony z udziałem Instytutu Kryminologii Wolnej Wszechnicy Polskiej – pierwszej tego typu placówki naukowej w Polsce. Lemkin przedstawia nie tylko założenia projektowanych wtedy zmian niemieckiego prawa karnego, ale przestrzega do czego doprowadzić może oparcie prawa karnego na założeniach ochrony germańskiej rasy. Konkluduje stwierdzeniem, że na to cofnięcie rozwoju prawa w Niemczech nauka prawa innych państw patrzy ze zdumieniem i trwogą. Redakcja uznała, że ten mało znany tekst Lemkina zasługuje na przypomnienie, także jako kolejne źródło do badań nad jego studiami dotyczącymi międzynarodowego prawa karnego. W artykule dokonano niewielkich korekt mających na celu uwspółcześnienie pisowni, a także dodano pewne objaśnienia w przypisach.

Pojęcia kluczowe: Rafał Lemkin, prawo karne totalitarne, prawo karne nazistowskie, nauka prawa dwudziestolecia międzywojennego

Ogłoszony niedawno w Niemczech projekt zasad narodowo-socjalistycznego prawa karnego stanowi osobliwy w historii prawniczej i niezmiernie ciekawy pod każdym względem dokument. Każda rewolucja wprowadza przemiany w dziedzinie prawa, a zwłaszcza w dziedzinie prawa karnego, które jest punktem krzyżowania się prądów społecznych i politycznych, jako dziedzina prawa przede wszystkim regulująca wzajemny stosunek zbiorowości i jednostki.

Z rewolucją – słusznie czy niesłusznie – przywykliśmy łączyć pojęcie postępu. W dziedzinie prawa karnego rewolucje polityczne zawsze ten postęp przynosiły, że wspomnimy rewolucję francuską, która położyła kamień węgielny pod ochronę praw jednostki przed wszechwładzą państwa przez ogłoszenie zasady, że nikt nie może być karany bez przepisu ustawy. Zasada ta, gwarantująca jednostce swobodę czynienia tego wszystkiego co nie jest wyraźnie zakazane w ustawie, stała się podstawą legalizmu w państwie liberalnym.

O rewolucji narodowo-socjalistycznej w Niemczech można śmiało powiedzieć, że w dziedzinie prawa karnego odbiła się w sposób niezmiernie ujemny. Nie postęp wprowadziła, lecz wsteczność, wracając do starych, przebrzmiałych haseł, którymi żyło średniowiecze.

W starej, jak historia ludzkiego społeczeństwa, antytezie jednostki i zbiorowości średniowiecze odznaczało się wybitną przewagą zbiorowości, przy czym ową górującą zbiorowość stanowił szczepek germański lub miasto w ustroju feudalnym. Jednostka o tyle tylko reprezentowała jakąś wartość, o ile stanowiła część owej grupy. Kodeks karny, wydany przez cesarza Karola V, zwany *Carolina*, będący wyrazem idei średniowiecznego prawa germańskiego, pozwalał sędziemu karać za czyny nawet w ustawie nieprzewidziane, jeżeli były one analogiczne do czynów karalnych. Dlatego też jednostka nigdy z góry nie mogła przewidzieć, za co może być ukarana, a kara spadała na nią nieprzewidzianie wtedy kiedy sędzia uznawał, że czyn jej jest szkodliwy dla grupy.

Projekt narodowo-socjalistycznego prawa karnego idzie tą samą drogą. Gwarancje praw jednostki giną w przepisie, który pozwala na karanie nie tylko za czyny nieprzewidziane w nowej ustawie, ale także za czyny popełnione podczas działania starej ustawy, jeżeli tylko sprzeciwiają się one zdrowym poglądom narodu („*gesunde Volksanschauung*”) lub dobrym obyczajom. Przepis taki pozwala na unieszkodliwienie wrogów *régime*'u, bo przecież trudno ustalić co to są „zdrowe poglądy narodu”. Skoro odpowiedzialność karną oparto na płynnych i nieustalonych pojęciach, zamiast oprzeć, jak to się działo dotychczas, na wyraźnym przepisie ustawy, obywatel staje się wiecznym kandydatem na przestępcę i nigdy nie jest pewny swego jutra.

Nowe kryteria odpowiedzialności karnej wprowadzone przez prawo narodowo-socjalistyczne, jak moralność („*Sittlichkeit*”), zdrowe poglądy narodu („*gesunde Volksanschauung*”), duch narodu („*Volksgeist*”), stanowią pomieszanie prawa z moralnością. Pomieszczenie to spotykaliśmy w różnych epokach rozwoju kulturalnego ludzkości, spotykamy je w średniowieczu, znały je także czasy absolutyzmu. Tam, gdzie norma prawna nie wystarczała dla poddania obywatela zbiorowości, sięgano po normę moralną. Rozróżniające te obie

dziedziny norm, Kant żąda ścisłego rozgraniczenia prawa od moralności, tworząc pojęcie państwa praworządnego („*Rechtsstaat*”). Państwo liberalne było wierne ideałom Kanta i na ogół przestrzegało niemieszania ścisłej normy prawnej z płynną normą moralną. Trzecia Rzesza powraca do koncepcji normy moralnej, bo norma ta, jak już wspomnieliśmy, jest znakomitym środkiem poddania obywatela państwu „całkowitemu”¹ („*Totalstaat*”).

„*Gesunde Volksanschauung*” jest punktem wyjścia dla charakteru nacjonalistycznego i rasistycznego narodowo-socjalistycznego prawa karnego. Tak więc naród niemiecki jest głównym dobrem, chronionym przez ustawodawcę. Przypomina to żywo średniowieczne koncepcje prawno-karne, które broniły określonej zbiorowości, czy to szczepu, czy miasta, nie sięgając wzrokiem poza te grupy.

Krańcowy nacjonalizm ustawodawcy niemieckiego odbiera mu głębsze zainteresowania dla współczesnej międzynarodowej solidarności w walce z przestępczością. Nie spotykamy w projekcie prawa karnego tzw. przestępstw międzynarodowych tj. takich, które są karane w kraju ujęcia przestępcy bez względu na miejsce popełnienia przestępstwa i przynależność państwową sprawcy. Wygląda na to, że ustawodawca niemiecki nie interesuje się przestępstwami wyrządzonymi na szkodę obywateli innych krajów, tak jak dawna grupa rodowa nie interesowała się przestępstwami wyrządzonymi na szkodę członków innej grupy. Cały dorobek współczesnej myśli prawniczej, pracującej nad wytworzeniem wspólnego dla całej cywilizowanej ludzkości poczucia prawnego, zostaje na odcinku niemieckim zupełnie przekreślony.

Porównując nastawienie prawno-polityczne Trzeciej Rzeszy z umysłowością dawnego szczepu germańskiego, widzimy, że współczesny rasizm niemiecki wywodzi się z dawnego ustroju szczepowego plemion germańskich. Nomadyzujący szczep, pozbawiony stałego oparcia na terytorium, czuł łączność wzajemną opartą na wspólności krwi. Ta średniowieczna „*Blutsgemeinschaft*” stała się podwaliną współczesnej „*Volksgemeinschaft*”. „*Volksgenosse*”, to członek zbiorowości germańskiej, opartej na wspólności krwi od Renu po Odrę. Rasizm opiera się na zasadzie różnowartości ras, a jego wykładnią prawnicza, to nierówność i niejednakowa wartość ludzi w obliczu prawa. Przekreśla to wiekowy dorobek cywilizacji i kultury prawniczej, która poprzez pracę uczonych i filozofów, poprzez przelaną krew rewolucji francuskiej, dążyła do ustalenia równości ludzi w obliczu prawa. Dla narodowego socjalizmu równość ludzi wobec prawa nie istnieje. Wprost przeciwnie. Uważa on, że równość jest szkodliwa dla interesów narodu niemieckiego i rozwoju rasy nordyckiej. Rasie tej narodowi socjaliści przypisują wyższe walory

¹ Dziś powiedzielibyśmy „państwu totalnemu”.

fizyczne i intelektualne. Wymaga ona specyficznej ochrony, dlatego spotykamy w projekcie takie przestępstwa, jak naruszenie czci rasowej („*Verletzung der Rassenehre*”), polegające na publicznym przedstawianiu Niemca z przedstawicielem rasy kolorowej. Znajdujemy także przestępstwo zdrady rasy. Przestępstwo to polega na obcowaniu cielesnym Niemców z przedstawicielami innych ras. Ustawodawca jest tak przezorny w tej trosce o czystość rasy, że uznaje przestępstwo zdrady rasy także w tych wypadkach, gdy obcowanie cielesne nastąpiło przy użyciu środków zapobiegających ciąży. Jako karę dodatkową za takie przestępstwo można wymierzyć utratę obywatelstwa. Satyryk mógłby ten przepis obrócić w żart, humanista mógłby go potraktować jako ciężką zniewagę wymierzoną współczesnej kulturze, filozof powiedziałby jednak o tym ze smutnym spokojem: „To wszystko już było”. I doprawdy, przecież już w księdze Manu znajdujemy przepis, który brzmi: „Cudra (człowiek niższej kasty), który obcuje cielesnie z niewiastą wyższej kasty, ma być kastrowany, a majątek jego winien być skonfiskowany” (VIII, 374)².

Ewolucja współczesnego prawa karnego doprowadziła do zasadniczej zmiany poglądu na instytucję kary. Od zamierzchłych czasów poprzez średniowiecze aż do końca XIX w. uważano, że kara bądź jest odpłatną za wyrządzone zło, bądź też służy do odstraszenia innych od popełniania przestępstw. Dlatego kary były surowe, czasem okrutne, hańbiące, niszczące nie tylko osobę przestępcy ale także jego rodzinę i majątek. *Carolina* знаła takie kary jak ćwiartowanie, łamanie kołem, odcinanie poszczególnych organów ciała, chłostę, kastrację, uznanie winnego za wyjątego spod prawa. W ostatnich czasach pogląd na karę się zmienił. W wymiarze sprawiedliwości karzącej zaczęto nareszcie spostrzegać człowieka, którego się karze. Zaczęły się poszukiwania dróg poprawy przestępcy, w celu przystosowania go do współżycia społecznego. Kara zaczęła tracić swój dotychczasowy charakter odpłaty, przybierając charakter kary celowej, poprawczej. Stosunek do przestępcy stał się humanitarny, do więzienia wprowadzono system progresywny, polegający na segregowaniu więźniów podług pewne grup zależnie od stopnia poprawy. W nauce i prawodawstwie karnym zjawiał się szereg instytucji, mających na celu zastąpienie kary środkami wychowawczymi-leczniczymi (środki zabezpieczające).

Narodowo-socjalistyczne prawo karne likwiduje cały ten dorobek naukowy ostatnich czasów w dziedzinie penitencjarnej. Projekt

² Podobne spostrzeżenia z podobnymi odwołaniami można znaleźć u Juliusza Makarewicza w rozprawie z 1908 r. pt. *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, Stuttgart 1906. Polskie tłumaczenie jako: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, przekład Katarzyna Jakubów, Lublin 2009, ale też w referacie Makarewicza z 1896 r. opublikowanym w „Państwie i Prawie” w 2020 r. – J. Makarewicz, *O metodzie wykładu prawa karnego austriackiego*, opracował: A. Redzik, „Państwo i Prawo” 2020, z. 2, s. 126-135. W tym, jak i w innych fragmentach publikacji Lemkina wyczuwalny jest wpływ jego profesora – Juliusza Makarewicza.

wyraźnie zastrzega się przeciwko nadawaniu karze charakteru poprawczego, upatrując w odpiacie i odstraszeniu ogólnym właściwy i jedyny cel kary. Ażeby kary mogły odstraszyć innych, muszą być surowe i okrutne. Toteż projekt wraca do pojmovania kary w duchu *Caroliny*. Bardzo wiele przestępstw zagrożonych jest karą śmierci i ciężkim więzieniem. Na wzór średniowieczny projekt hitlerowski wprowadza obostrzenie kary więzienia w postaci postu, ciemnicy i chłosty. Wprowadza się wzorem średniowiecza karę konfiskaty całego majątku. Jest to kara okrutna, bo dotyka ludzi niewinnych, członków rodziny przestępcy. Szeroko stosowana jest kara pozbawienia obywatelstwa i wydalenia z granic państwa. Obcokrajowiec lub przynależny do obcej rasy, który został skazany na karę pozbawienia wolności co najmniej na trzy miesiące, może być uznany za niebezpiecznego i wydany z granic państwa. Taki sposób pozbywania się niepożądanych osób żywo przypomina średniowieczną banicję. Wprowadzenie tej średniowiecznej kary jest wyrazem podkreślonego już wyżej krańcowego nacjonalizmu, nieliczącego się z tym, że wydany z Niemiec przestępca może być szkodliwy dla innych państw, w których będzie się musiał schronić. Narodowo-socjalistyczny system kar, chcąc zapewnić poszanowanie i posłuch przed władzą karzącą, jest oparty na zasadzie surowych represji. Tworzy się prawo karne, tzw. autorytatywne („*authoritäres Strafrecht*”), oparte na wywołaniu strachu i grozy. Ta surowość systemu karnego odpowiada z jednej strony umysłowości narodowo-socjalistycznej, a z drugiej ma doraźne cele polityczne, przyświecające każdemu rządowi porewolucyjnemu: za pomocą surowych kar tępić szelki odniedług niewygodny dla *régime*'u.

Projekt narodowo-socjalistycznego prawa karnego stanowi punkt zwrotny w niemieckiej nauce prawa i niemieckim ustawodawstwie. Doktryna niemiecka przeszła wspaniałą ewolucję i przed rewolucją hitlerowską w szeregu projektów kodeksu zwiastowała realizację najnowszych postulatów nauki. Wszystko obrócone zostało wniwecz. Niemieckie prawo karne cofnięte zostało o szereg stuleci. W wielkim ośrodku europejski myśli prawniczej powstała luka, na którą nauka innych państw patrzy ze zdumieniem i trwogą.

Rafał Lemkin

Przedruk z dodatku pt. „Prawo, przestępca, życie”, poświęconego zagadnieniom krymiologii – „Wiadomości Literackie” 1934, nr 30, s. 7.



Tomasz J. Kotliński*
Jakub Kotliński**

SĄDOWNICTWO GÓRNICZE W GALICJI

W artykule omówiono organizację sądów górniczych w Galicji od pierwszego rozbioru Polski do reform sądownictwa przeprowadzonych w Austrii pod koniec XIX w. Przedstawiona została właściwość miejscowa oraz izuczowa sądów w sprawach górniczych i procedura postępowania przed tymi sądami.

Pojęcia kluczowe: sądy górnicze, sądownictwo, procedura cywilna, Galicja

Wydawałoby się, że rozważania naukowe nad organizacją sądów górniczych w Galicji mogą mieć jedynie walor poznawczy, co wynikałoby chociażby z faktu, że tematyka ta nie stanowiła dotychczas przedmiotu większego zainteresowania przedstawicieli nauk historyczno-prawnych. Niemniej jednak przedstawione poniżej, a przyjęte w Austrii rozwiązania, mogą i współcześnie stanowić pewien punkt odniesienia do przeprowadzanych w Polsce od kilkunastu lat reform sądownictwa, a szerzej wymiaru sprawiedliwości. W Polsce bowiem, w przeciwieństwie do XIX-wiecznej Austrii, ustawodawca w praktyce odszedł od tworzenia specjalistycznych sądów działających w ramach sądownictwa powszechnego, jak też niestety

* Tomasz J. Kotliński, adwokat, doktor, adiunkt w Państwowej Wyższej Szkole Techniczno-Ekonomicznej im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu; ORCID 0000-0003-0953-3252.

** Jakub Kotliński, adwokat, doktor (Jarosław).



systematycznie ogranicza zagwarantowany w ustawie zasadniczej udział czynnika obywatelskiego w wykonywaniu wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie trudno w tych rozwiązaniach doszukiwać się tylko względów merytorycznych, czy też pomijać te o charakterze finansowym.

Po dokonanych przez Austrię zaborach górnictwo na byłych ziemiach polskich zostało poddane nadzorowi administracji państwowej. Już w listopadzie 1781 r. wydany został patent określający tryb postępowania przed sądami górniczymi (*berggericht*) i zakres ich jurysdykcji, który został uzupełniony przez wydany cztery lata później powszechny zbiór ustaw sądowych. Z kolei w roku 1786 cesarz uznał, że skoro w jego krajach dziedzicznych wprowadzona została już nowa organizacja sądownictwa, to zachodzi potrzeba utworzenia w Galicji sądu górniczego. Wydany w tym przedmiocie patent stanowił, że w pierwszej instancji czynności sądu górniczego ma wykonywać Generalny Urząd Inspektoratu Górniczego i Solnego w Wieliczce. Nadto, powołano do życia substytucje sądów górniczych w Bochni i Wittowie, z tym jednak zastrzeżeniem, że ich rola miała sprowadzać się jedynie do przyjmowania ustnych skarg w sprawach niecierpiących zwłoki lub ewentualnie dokonania na zlecenie sądu górniczego innych czynności sądowych, kiedy powodowało to przy-

spieszenie postępowania lub będące w sporze strony zamieszkiwały w znacznej odległości od Wieliczki. Odwołanie od orzeczenia sądu górniczego miał rozpatrywać Galicyjski Sąd Apelacyjny, zaś od jego wyroku rewizja przysługiwała wprost do Trybunału Sprawiedliwości w Wiedniu. W odróżnieniu jednak od wspomnianego patentu z 1781 r., w przypadku Galicji rewizja w sprawach górniczych przysługiwała tylko wówczas, gdy orzeczenia wielickiego i lwowskiego sądu różniły się w swojej treści¹.

W 1818 r. dokonano kolejnych zmian i utworzono w Galicji trzy górnicze sądy powiatowe z siedzibami w Wieliczce, Samborze i Bohorodczanach oraz dla cyrkułu bukowińskiego substytucję sądu górniczego w Possorycie (najpewniej chodzi o współczesny Seret). Akt tworzący te sądy określał jednocześnie zakres właściwości miejscowej tych sądów². We wrześniu 1833 r. Kancelaria Nadworna wydała dekret o przeniesieniu z dniem 1 listopada tego roku górniczego sądu powiatowego z Bohorodczan do Stanisławowa³. Kolejne zmiany w lokacji galicyjskich sądów górniczych nastąpiły w lutym 1843 r., kiedy komisja nadworna w rzeczach mennictwa i górnictwa postanowiła, że górniczy sąd powiatowy w Stanisławowie zostanie z dniem 1 maja przeniesiony do Kołomyi⁴. Powyższa organizacją sądownictwa górniczego w Galicji utrzymana została do czasu reform przeprowadzonych w połowie XIX w.

Na skutek wydarzeń Wiosny Ludów rozpoczęto w Austrii na początku lat 50. XIX w. przeprowadzanie reform politycznych, które objęły również wymiar sprawiedliwości. Już na podstawie wydanej w 1852 r. normy jurysdykcyjnej postanowiono, że sądownictwo górnicze zostanie przekazane do wykonywania trybunałom pierwszej instancji, a więc przyszłym sądom obwodowym. Jednocześnie minister sprawiedliwości otrzymał delegację do wskazania, które sądy obwodowe będą jednocześnie sądami górniczymi. Ostatecznie organizacja władz politycznych i sądowych w Galicji określona została w rozporządzeniu wydanym w kwietniu 1854 r.⁵, przy czym nowe sądy miały rozpocząć działalność dopiero w roku następnym. Postanowiono wówczas o utworzeniu w Galicji trzech senatów górniczych. Dla całej

¹ Uniwersał w rzeczach sądu górniczego na Galicją, którym Najwyższy Urząd Inspektoratu Górniczego y Solnego Wielickiego za pierwszą instancją wyznaczony jest (Kontynuacja Wyroków y Rozkazów Powszechnych w Galicji i Lodomerji Królestwach od dnia 1 stycznia aż do końca grudnia roku 1781 wypadłych, nr XXXIV).

² Podają się do wiadomości ustanowione w Galicji sądy górnicze i powiaty do nich należące (Kontynuacja Wyroków y Rozkazów Powszechnych w Galicji i Lodomerji Królestwach od dnia 1 stycznia aż do końca grudnia roku 1818 wypadłych, nr XIV).

³ Bohorodczyński powiatowy sąd górniczy do Stanisławowa przeniesiony zostaje (Provinzial-Gesetzsammlung des Königreichs Galizien und Lodomerien für das Jahr 1833, Lwów 1845, nr 159).

⁴ Były dotychczas w Stanisławowie sąd górniczy powiatowy przenosi się do Kołomyi (Provinzial-Gesetzsammlung des Königreichs Galizien und Lodomerien für das Jahr 1843, Lwów 1845, nr 28).

⁵ Verordnung der Minister des Junern, der Justiz und der Finanzen vom 24 April 1854, betreffend die politische und gerichtliche Organisirung der Königreiche Galizien und Lodomerien mit dem Groszherzogthume Krakau und den Herzogthümern Auschwiß und Bator (Dz.Pr.P. 1854, nr 111).

zachodniej części kraju senat powołano przy Sądzie Krajowym w Krakowie. Z kolei w Galicji Wschodniej utworzono dwa senaty górnicze, odpowiednio przy Sądach Obwodowych w Samborze i Stanisławowie⁶. Właściwość miejscowa pierwszego z senatów rozciągała się na dawne cyrkuły: samborski, sanocki, stryjski, przemyski, lwowski i żółkiewski, zaś drugiego na dawne cyrkuły: stanisławowski, kołomyjski, czortkowski, tarnopolski, brzeżański i złoczowski.

Powyższa organizacja sądownictwa górniczego w Galicji nie utrzymała się jednak długo, gdyż już w lipcu 1856 r. minister sprawiedliwości przekazał w drodze rozporządzenia⁷ delegację do wykonywania jurysdykcji w sprawach górniczych z Sądu Obwodowego w Stanisławowie do bukowińskiego Sądu Krajowego w Czerniowcach. Tym samym od tej pory trybunał ten był wyłącznie właściwym sądem górniczym nie tylko dla Księstwa Bukowiny, ale również okręgów sądowych Galicji Wschodniej w Stanisławowie, Tarnopolu i Złoczowie. Wydaje się, że decyzja ta podyktowana została małym uprzemysłowieniem okręgu stanisławowskiego, co w praktyce nie dawało możliwości dokonywania wyboru tzw. asesorów świadomych górnictwa, którzy obok sędziów zawodowych zasiadali w senatach górniczych. Przyjęte w 1856 r. rozwiązanie nie było jednak najlepsze z punktu widzenia ludności tej części Galicji, na co składało się kilka czynników. Po pierwsze, źle rozwinięta sieć dróg oraz brak połączeń kolejowych utrudniał mieszkańcom kraju dotarcie do Czerniowiec. Ponadto, wskazywano, że obowiązująca norma jurysdykcyjna przekazywała rozpatrywanie spraw odnoszących się do ochrony naruszonego stanu posiadania przedmiotów górniczych do właściwości tych sądów powiatowych, w okręgu których miało miejsce to naruszenie. Z kolei w wielu przypadkach dla rozstrzygnięcia takiej sprawy konieczne było skorzystanie przez sąd z ksiąg górniczych, które znajdowały się w Czerniowcach, a więc poza Galicją. Sytuacja taka powodowała zatem konieczność przesyłania ksiąg z Bukowiny i znacząco przedłużała tok postępowania.

Przedstawiony powyżej podział okręgów sądownictwa górniczego w Galicji utrzymywał się przez blisko dwadzieścia lat. Jednakże w roku 1872 Starostwo Górnicze w Krakowie wystąpiło z propozycją, aby dla całego kraju w sprawach górniczych orzekał tylko jeden senat przy Sądzie Krajowym w Krakowie. Zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami, każda zmiana okręgów sądowych wymagała co do zasady uchwały władz krajowych. Stąd też Wydział Krajowy we Lwowie w pierwszej kolejności poprosił o wydanie opinii prezydenta

⁶ Zob. K. K. *Oberlandesgericht für das Lamberger...*, „Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung“ 1855, nr 23, s. 90.

⁷ Verordnung des Justizministeriums vom 14 Juli 1856, womit die, dem Kreisgerichte zu Stanislaw zustehende Berggerichtsbarkeit delegationsweise an das Landesgericht in Czernowitz übertragen wird (Dz.Pr.P. 1856, nr 129).

miejscowego Wyższego Sądu Krajowego. Ówczesny prezydent lwowskiej apelacji, Józef Schenk, w swojej opinii wskazał, że nie widzi żadnych merytorycznych przesłanek do przekazania całej galicyjskiej jurysdykcji w sprawach górniczych do sądu w Krakowie. W jego ocenie taka zmiana niosłaby za sobą poważne trudności w dochodzeniu swoich praw przed sądem przez ludność Galicji Wschodniej, która ponadto miałaby utrudniony dostęp do przeglądania ksiąg górniczych, które na skutek tej zmiany znalazłyby się w Krakowie. Zdaniem prezydenta, dodatkową trudność w rozpatrywaniu spraw na terenie Krakowa powodowałyby także różne narzecza językowe używane przez mieszkańców wschodniej części kraju. W swojej opinii władze lwowskiej apelacji opowiedziały się natomiast za wyłączeniem części Galicji Wschodniej spod jurysdykcji senatu górniczego w Czerniowcach⁸. Po przedstawieniu powyżej opinii, sprawą zajęła się komisja prawnicza Sejmu Krajowego, która podzieliła argumentację Wyższego Sądu Krajowego we Lwowie. Na tej podstawie Sejm podjął uchwałę za odebraniem sądowi w Czerniowcach delegacji do wykonywania sądownictwa w sprawach górniczych nad częścią Galicji i za utworzeniem samodzielnego senatu górniczego w Sądzie Obwodowym w Samborze⁹.

Powyzsza uchwała została następnie przekazana przez Sejm Krajowy do wiedeńskiego ministerstwa sprawiedliwości. Argumenty podniesione w jej uzasadnieniu spotkały się w resorcie z aprobatą i już końcem stycznia 1874 r. minister wydał rozporządzenie¹⁰ o zmianie organizacji sądów górniczych w Galicji. Stanowiło ono, że sądownictwo górnicze dla Galicji Zachodniej nadal wykonywać będzie Sąd Krajowy w Krakowie, natomiast dla całej Galicji Wschodniej właściwym w sprawach górniczych miał być jedynie Sąd Obwodowy w Samborze. Stan taki utrzymał się do czasu odzyskania przez Polskę niepodległości. Można zaznaczyć, że podjęta wówczas decyzja okazała się w perspektywie kolejnych lat słuszna, choćby z uwagi na bliskość sądu w Samborze do szybko rozwijającego się Zagłębia Borysławsko-Drohobyckiego.

Gdy zaś chodzi o właściwość rzeczową sądów górniczych to na przestrzeni kolejnych lat ulegała ona zmianom, zarówno przez postępujący rozwój różnych gałęzi przemysłu górniczego, jak też odnoszącego się do niego ustawodawstwa austriackiego. W zasadzie

⁸ *Przedłożenie rządowe* [w:] *Alegata do sprawozdań stenograficznych z czwartej sesji trzeciego periodu Sejmu Krajowego Królestwa Galicji i Lodomerji wraz z Wielkiem Księstwem Krakowskim z roku 1873/4*, Alegat 22, Lwów 1873.

⁹ *Sprawozdanie komisji prawniczej z przedłożenia rządowego o zmianie terytorjalnej co do jurysdykcji górniczej w Galicji* [w:] *Alegata do sprawozdań stenograficznych z czwartej sesji trzeciego periodu Sejmu Krajowego Królestwa Galicji i Lodomerji wraz z Wielkiem Księstwem Krakowskim z roku 1873/4*, Alegat 57, Lwów 1873.

¹⁰ Rozporządzenie ministra sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 1874 r. zaprowadzające zmiany w podziale okręgowym trybunałów działających jako sądy górnicze w Królestwie Galicyjskim i Lodomerijskim z Wielkiem Księstwem Krakowskim i Księstwem Bukowińskim (Dz.U.P. 1874, nr 5).

dokładne i precyzyjne określenie tej właściwości zostało dokonane dopiero w normie jurysdykcyjnej z 1895 r.¹¹. Zgodnie z zawartymi tam rozwiązaniami, sprawy górnicze podlegały orzecznictwu zarówno sądów powiatowych, jak też właściwych sądów górniczych. O tym, jakie sprawy podlegały właściwości określonych sądów decydowała z jednej strony wartość przedmiotu sporu, z drugiej zaś strony rodzaj sprawy. Co do zasady zatem, gdy wartość przedmiotu sporu była niższa niż 500 zł to właściwym do rozpatrzenia sprawy górniczej był sąd powiatowy. Zasada ta nie dotyczyła jednak tych spraw, które niezależnie od wartości przedmiotu sporu należały do wyłącznej właściwości senatów górniczych. Ponadto, sądy powiatowe miały rozpatrywać sprawy górnicze dotyczące rozgraniczenia lub sprostowania przebiegu granic nieruchomości oraz spory dotyczące służebności mieszkania. Z kolei do wyłącznej właściwości sądów górniczych przekazano m.in. sprawy prawa rzeczowego powiązane z własnością przedmiotów górniczych, spory o prawo własności lub używanie wód kopalnych, jak też pozwy dotyczące nadań górniczych, wieku pola górniczego, czy też wezwania do odmierzenia takiego pola¹². Zadaniem sądów górniczych było również prowadzenie ksiąg górniczych obejmujących wszystkie kopalnie działające w danym okręgu sądowym.

Należy także wspomnieć, że procedura kleinowska z 1895 r. wprowadziła ciekawe rozwiązanie w zakresie spraw górniczych, które z uwagi na brak właściwości wyłącznej zarezerwowanej dla senatów górniczych i mniejszej niż 500 zł wartości przedmiotu sporu trafiały do rozpatrzenia przed sądami powiatowymi. W tych sprawach sądy te mogły się stać *quasi* sądem górniczym. Jeżeli bowiem sprawa miała charakter górniczy i obie strony, lub tylko jedna z nich, najdalej przed zamknięciem rozprawy złożyła o to wniosek, sąd ten wydawał wyrok oraz zamieszczał w nim wzmiankę o treści: „sąd powiatowy do spraw górniczych” lub „sąd powiatowy jako sąd górniczy”¹³. Umieszczenie takiej wzmianki na orzeczeniu rodziło za sobą ten skutek procesowy, że ewentualne odwołanie lub rekurs od takiego wyroku były rozpoznawane przez senat górniczy, nie zaś właściwy miejscowo dla tego sądu powiatowego trybunał pierwszej instancji¹⁴.

Obok wyodrębnienia sądów górniczych przepisy austriackie określały również szczególny tryb postępowania przed tymi sądami.

¹¹ Ustawa z dnia 1 sierpnia 1895 r. o wykonywaniu sądownictwa i właściwości sądów zwyczajnych w sprawach cywilnych (Dz.U.P. 1895, nr 111).

¹² Ponadto do wyłącznej właściwości sądów górniczych należały sprawy: o ustalenie wygaśnięcia prawa górniczego, spory z umów spółki do prowadzenia lub używania wspólnych budowli górniczych czy też spory pomiędzy gwarectwem a jego członkami.

¹³ J. Bocheński, F. K. Fierich, *Zakres działania sądów zwyczajnych w sprawach spornych górniczych*, „Reforma Sądowa” 1899, nr 1-2, s. 3-10.

¹⁴ Zob. J. Kotliński, T. J. Kotliński, *Sądownictwo powszechne w Galicji 1855-1918*, Jarosław 2016, s. 199.

Procedura ta, jak już wspomniano na wstępie, określona została w patencie cesarskim z listopada 1781 r. Zawarte w niej rozwiązania zostały następnie w niemal niezmienionej formie przeniesione do ustawy sądowej dla Galicji Zachodniej z 1796 r.¹⁵ i zawarte w rozdziale czterdziestym drugim¹⁶. Przepisy te zawierały szczególne rozwiązania, które obowiązywały jedynie w postępowaniu prowadzonym przed sądami górniczymi. W szczególności zatem w odróżnieniu od ogólnych zasad procedury cywilnej, przed sądami tymi co do zasady miała obowiązywać ustność postępowania, przy czym strony mogły zgodnie oświadczyć się za pisemną formą prowadzenia sporu. Strony, jak też sąd zwolnione zostały z obowiązku wyboru biegłych z zakresu górnictwa ustanowionych jedynie w siedzibie sądu. Bieglą mogła zostać tym samym każda osoba mająca wiedzę z zakresu górnictwa. Ponadto, do zawarcia ugody przed sądem górniczym wymagane było osobiste stawiennictwo samych stron lub ich odpowiednio umocowanych pełnomocników. Strony mogły również dokonać zapisu na sąd polubowny ale wiązało się to z rezygnacją z prawa odwoływania się w sprawie na przyszłość. Przepisy zabraniały także stosowania w sądach górniczych rozwiązań w zakresie ferii sądowych, a tym samym sądy te pracowały we wszystkie dni poza niedzielami i świętami. Interesujące jest, że w części procesowej dotyczącej postępowania przed sądami górniczymi znalazły się również rozwiązania o charakterze ustrojowym. Otóż zaznaczono, że w sądzie górniczym orzekać może jedynie osoba, która obok ogólnych warunków niezbędnych do zajmowania posady sędziowskiej, zdała także specjalny egzamin potwierdzający posiadanie wiedzy oraz doświadczenia z zakresu spraw górniczych. Podobnie było w przypadku adwokatów. Mogli oni reprezentować strony w sądach górniczych tylko wtedy, gdy pozytywnie zdali egzamin obejmujący nie tylko zagadnienia z zakresu prawa górniczego, ale również szeroko rozumianego górnictwa. Te szczególne wyjątki dla postępowania przed sądami górniczymi zostały ostatecznie uchylone w ramach reformy procedury cywilnej. Ustawa wprowadzająca nowy austriacki kodeks postępowania cywilnego z 1895 r.¹⁷, wprost stanowiła o utracie mocy obowiązującej patentu cesarskiego z roku 1781, a zatem *de facto* również przepisów ustawy sądowej dla Galicji Zachodniej w zakresie postępowania w sprawach górniczych.

Odrębność sądów górniczych wynikała również ze składu senatów górniczych, które tworzone były w tych trybunałach pierwszej

¹⁵ Moc obowiązywania tej ustawy została w 1807 r. rozciągnięta na całą Galicję.

¹⁶ Zob. M. Koczyński, *Ustawa sądowa dla Galicji Zachodniej w poprawnem wydaniu z dołączeniem odpowiednich paragrafów powszechnej ustawy sądowej, z przytoczeniem wszystkich zmian dotąd zaszłych, z dodaniem ustaw i rozporządzeń późniejszych tudzież judykatury sądu najwyższego*, Kraków 1881, s. 526-532.

¹⁷ Ustawa z dnia 1 sierpnia 1895 r. zaprowadzająca ustawę o postępowaniu sądowym w cywilnych sprawach spornych (Dz.U.P. 1895, nr 112).

instancji, którym powierzone zostało wykonywanie sądownictwa w sprawach górniczych. Senat taki bowiem, obok sędziów zawodowych (najczęściej w randze radców sądowych), tworzyła także osoba posiadająca odpowiednią wiedzę górniczą, zwana potocznie asesorem świadomym górnictwa. Początkowo udział czynnika obywatelskiego w rozpatrywaniu spraw górniczych był regulowany głównie aktami o charakterze resortowym, a dokładnego uregulowania tej kwestii dokonano końcem XIX w. przy okazji przeprowadzonej reformy procedury cywilnej. W jej ramach, w czerwcu 1897 r. minister sprawiedliwości wydał rozporządzenie, w którym określił sposób dokonywania wyboru tzw. fachowych sędziów obywatelskich dla senatów górniczych przy trybunałach pierwszej instancji¹⁸. Zgodnie z przyjętymi w tym akcie rozwiązaniami postanowiono, że dla każdego sądu krajowego lub obwodowego będzie powołanych po trzech sędziów obywatelskich, przy czym przynajmniej jeden z nich musiał być kierownikiem miejscowego zakładu górniczego. Mianowania sędziów dokonywał na trzyletnią kadencję minister sprawiedliwości po uprzednim zasięgnięciu opinii osób posiadających zakłady górnicze i hutnicze na terenie danego okręgu sądowego lub osób prowadzących tego rodzaju przedsiębiorstwa. Warunkiem formalnym do objęcia urzędu sędziego obywatelskiego było posiadanie austriackiego obywatelstwa, ukończenie trzydziestu lat życia oraz posiadanie wiedzy z zakresu przemysłu górniczego i znajomość stanowionego oraz zwyczajowego prawa górniczego. Rozporządzenie szczegółowo regulowało również tryb opiniowania oraz wyboru kandydatów na omawianych sędziów, a także przypadki utraty przez nich urzędu¹⁹. Można wspomnieć, że zagwarantowano im też prawo do urlopu oraz otrzymywania diety z tytułu orzekania i zwrotu kosztów podróży do trybunału. Rozporządzenie nakazywało nadto, aby władze sądu górniczego z wyprzedzeniem zawiadamiały sędziów obywatelskich o terminach rozpraw i posiedzeń, z podaniem w miarę możliwości ich przedmiotu.

Na zakończenie można jeszcze wspomnieć, że obok sądów górniczych, a więc sądów o charakterze powszechnym istniały również specjalne sądy rozjemcze dla bractw górniczych. Już od początku istnienia bractw górniczych, czy inaczej kas brackich, wyłączono spod właściwości sądów rozstrzyganie sporów pomiędzy tymi bractwami a właścicielami kopalń dotyczących stosunku ubezpieczenia. Rozpatrywanie takich sporów powierzone zostało władzy politycznej. Jednakże w 1889 r. w Austrii wprowadzono nowe przepisy

¹⁸ Rozporządzenie ministra sprawiedliwości i rolnictwa z dnia 1 czerwca 1897 r. dotyczące się mianowania fachowych sędziów obywatelskich z grona znawców górnictwa (Dz.U.P. 1897, nr 128).

¹⁹ Zgodnie z omawianym rozporządzeniem wybór kandydatów i zasięganie na ich temat opinii powierzone zostało starostwom górniczym. To one przeprowadzały wybory na kandydatów, po czym ich wyniki wraz z opiniami przekazywały sądom górniczym, a te zaś następnie – wraz ze swoją opinią – ministrowi sprawiedliwości.

o bractwach górniczych, które z kolei dawały ministrowi rolnictwa delegację do utworzenia sądów rozjemczych i określenia zasad ich organizacji oraz trybu postępowania. Stosowne rozporządzenie w tej sprawie wydane zostało we wrześniu tego samego roku²⁰. Postanowiono w nim, że sąd rozjemczy dla bractw górniczych zostanie utworzony w okręgu każdego rewirowego urzędu górniczego. Miał się on składać z przewodniczącego i czterech asesorów oraz w miarę miejscowej potrzeby również z ich zastępców. Przewodniczący i jego zastępcy byli mianowani na czas nieokreślony przez właściwe starostwa górnicze spośród urzędników państwowych. Przykład Galicji pokazuje, że bardzo często przewodniczącymi omawianych sądów polubownych zostawali sędziowie zawodowi. Z kolei asesorów powoływano na jedną kadencję, dwóch z nich powoływał przewodniczący sądu rozjemczego spośród właścicieli kopalni, a dwaj pozostali byli przedstawicielami bractw górniczych. O ile sąd polubowny nie odrzucił skargi, postępowanie przeprowadzane było na jawnej rozprawie przy zachowaniu zasady ustności i bezpośredniości, choć już samo ogłoszenie wyroku następowało na posiedzeniu niejawnym. Przy orzekaniu sąd miał się opierać na swoim swobodnym przekonaniu, mógł dowolnie przeprowadzać dowody, w tym słuchać świadków lub biegłych. Wyrok sądu rozjemczego był ostateczny, nie przysługiwała od niego możliwość odwołania się, natomiast jego wykonanie należało do sądu powszechnego²¹.

Odnosząc się do przedstawionej powyżej historii rozwoju austriackich sądów górniczych na przykładzie Galicji, wskazać należy, że współcześnie w Polsce brakuje wyspecjalizowanych sądów orzekających w sprawach górniczych. Co prawda Prawo górnicze i geologiczne z 1994 r.²² zniósło administracyjny tryb rozpatrywania spraw o odszkodowania za szkody górnicze oraz przekazało je do właściwości sądów powszechnych, a na podstawie nowych przepisów w Sądzie Wojewódzkim w Katowicach został utworzony specjalny Wydział Spraw Geologicznych i Górniczych, który przyczynił się wkrótce do ujednolicenia orzecznictwa w powierzonych mu sprawach²³. Niestety, już w 2011 r. wydział ten został zlikwidowany, a jego sprawy przejęły wydziały cywilne. Stąd też współcześnie odpowiednikiem dawnych sądów górniczych w Galicji, choć z innym zakresem właściwości rzeczowej, wydają się

²⁰ Rozporządzenie ministra rolnictwa w porozumieniu z ministrem sprawiedliwości z dnia 11 września 1889 r., którym wydają się postanowienia szczegółowe o sądach polubownych dla bractw górniczych (Dz.U.P. 1889, nr 149).

²¹ Zob. M. Schmidt, *Uwagi nad postępowaniem przed sądami rozjemczymi dla bractw górniczych*, Kraków 1892.

²² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. 2005, nr 228, poz. 1947).

²³ Zob. A. Lipiński, *Prawo geologiczne i górnicze (skrypt dla studentów IV roku prawa)*, Katowice 1996, s. 194-200; także: T. Płodowski, *Prawo górnicze*, Warszawa 1982.

pozostawać jedynie Izby Morskie w Gdańsku i w Szczecinie, które stanowią *quasi* sąd orzekający, przede wszystkim w sprawach wypadków morskich²⁴.

Ponadto, jak już wcześniej zaznaczono, niemal od początku istnienia austriackiego sądownictwa górniczego, orzecznictwo wykonywane było nie tylko przez sędziów zawodowych, ale również przy udziale czynnika społecznego w postaci asesorów świadomych górnictwa, a następnie tzw. fachowych sędziów obywatelskich. Rozwiązanie to opierało się na założeniu, że istnieje pewna kategoria spraw, w których rozstrzyganiu powinni również uczestniczyć obywatele. Odnosząc to do współczesności stwierdzić należy, że co prawda ustawa o Sądzie Najwyższym²⁵, jak też ustawa o ustroju sądów powszechnych²⁶ wprowadzają wymogi formalne dla objęcia urzędu ławnika, jednakże jedynie w odniesieniu do spraw z zakresu prawa pracy wymagane jest, aby ławnik wykazywał się szczególną znajomością spraw pracowniczych. W praktyce jednak ten przepis nie ma większego zastosowania, wiedza ławników przy sądach pracy w sprawach z zakresu prawa pracy ogranicza się najczęściej do tego, że są oni pracownikami. Jedynie cytowana ustawa o izbach morskich zakłada, że funkcję ławników przy tych izbach może pełnić tylko osoba posiadająca wysokie kwalifikacje zawodowe oraz praktykę w zakresie zagadnień występujących w sprawach rozpoznawanych przez izby morskie. Tym samym można by się zastanowić, czy rozwiązania przyjęte w austriackich sądach górniczych, a także przemysłowych, w zakresie reprezentacji czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości nie oddawały lepiej idei tej instytucji. Być może nie tylko katalog spraw rozpoznawanych z udziałem ławników powinien zostać poszerzony, ale może warto byłoby zastanowić się nad inną formą doboru ławników, choćby taką, że obok sprawdzonej wiedzy oraz odpowiedniego doświadczenia, byłiby oni także reprezentantami określonej grupy sporu sądowego.

Bibliografia

Alegata do sprawozdań stenograficznych z czwartej sesji trzeciego peryodu Sejmu Krajowego Królestwa Galicji i Lodomerji wraz z Wielkiem Księstwem Krakowskiem z roku 1873/4, Lwów 1873.

Bocheński Józef, Fierich Franciszek Ksawery, *Zakres działania sądów zwyczajnych w sprawach spornych górniczych*, „Reforma Sądowa” 1899, nr 1-2, s. 1-11.

K. K. *Oberlandesgericht für das Lamberger...*, „Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung” 1855, nr 23.

²⁴ Ustawa z dnia 1 grudnia 1961 r. o izbach morskich (Dz.U. 2000, nr 58, poz. 159).

²⁵ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2018, poz. 5 ze zm.).

²⁶ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 2001, nr 98, poz. 1070).

Koczyński Michał, *Ustawa sądowa dla Galicyi Zachodniej w poprawnem wydaniu z dołożeniem odpowiednich paragrafów powszechnej ustawy sądowej, z przytoczeniem wszystkich zmian dotąd zasłanych, z dodaniem ustaw i rozporządzeń późniejszych tudzież judykatury sądu najwyższego*, Kraków 1881.

Kotliński Jakub, Kotliński Tomasz J., *Sądownictwo powszechne w Galicji 1855-1918*, Jarosław 2016.

Lipiński Aleksander, *Prawo geologiczne i górnicze (skrypt dla studentów IV roku prawa)*, Katowice 1996.

Płodowski Tadeusz, *Prawo górnicze*, Warszawa 1982.

Schmidt Michał, *Uwagi nad postępowaniem przed sądami rozjemczymi dla bractw górniczych*, Kraków 1892.



Aleksandra Czubińska-Durka*

**KRÓTKA HISTORIA MAŁŻEŃSKA JOELA TICKERA,
CZYLI JAK MORDERCĘ ROZPUSTNEJ ŻONY UWOLNIONO
OD WINY I KARY W PROCESIE KARNYM WE LWOWIE
1-2 CZERWCA 1932 R.**

Artykuł zawiera opis postępowania sądowego w sprawie o zabójstwo Poli przez jej męża Joela Tickera we Lwowie w grudniu 1931 r. Oskarżony Joel Ticker stawał przed sądem przysięgłych pod przewodnictwem SSO Jagodzińskiego w dniach 1-2 czerwca 1932 r. Jego obrońcą był adw. dr Lejb Landau. Oskarżał prokurator dr Stefan Minasowicz. Przebieg tego postępowania karnego, zakończonego wyrokiem uniewinniającym, opisywały gazety w całym kraju, nadając bardzo sensacyjny ton całej sprawie.

Pojęcia kluczowe: adwokatura polska w XX w., adwokat dr Lejb Landau, prokurator dr Stefan Minasowicz, polskie prawo karne w dwudziestoleciu międzywojennym, polski proces karny w dwudziestoleciu międzywojennym, mowa obrończa, polska prasa w dwudziestoleciu międzywojennym, relacje z polskich sądów przedwojennych

Inny „sensacyjny proces we Lwowie”

W 1932 r. Lwów i cała Polska żyły sprawą Rity Gorgonowej. Ten głośny proces kochanki ojca ofiary zabójstwa, 17-letniej Lusi Zarembianki, zakończył się wyrokiem skazującym oskarżoną na karę śmierci, zamienioną potem na 8 lat pozbawienia wolności. Kie-

* Aleksandra Czubińska-Durka, adwokat (IA w Łodzi), Główna Koordynatorka ds. współpracy z Biurami Pełnomocników Terenowych i punktami przyjęć interesantów w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich.



dy jednak Rita Gorgonowa czekała jeszcze w celi na dalszy ciąg zdarzeń, śląc listy do artysty dramatu lwowskiego – Damięckiego oraz do swojej teściowej – Oli Gorgonowej, a inżynier Zaremba ukrywał się z jej córeczką Romą w Kosowie, przed Sądem Okręgowym we Lwowie, jako sądem przysięgłych, rozgrywał się inny dramat.



Hotel George przy pl. Mariackim we Lwowie, NAC

Bulwarówki w całym kraju rozpisywały się na temat sensacyjnego lwowskiego procesu 26-letniego Joela Tickera, oskarżonego o zabójstwo swojej 20-letniej żony Poli. Szpalty gazet rozgrzewały pikantne szczegóły zbrodni i burzliwego pożycia małżeńskiego państwa Tickerów oraz równie emocjonującego przebiegu postępowania sądowego. Nic dziwnego, że sprawa ta budziła znacznie większe zainteresowanie, a do sądu – jak relacjonowali reporterzy – przybywały

wielkie tłumy publiczności, z której tylko część wpuszczono na dużą salę rozpraw sądu karnego. Oto na oczach licznie zgromadzonej gawiedzi grano tragedię antyczną, której finał nie okazał się jednak tak oczywisty, jak sądzono.

„Tickerowa była przystojną kobietą”

Oskarżony Joel Ticker, właściwie Tiker, urodził się 18 września 1905 r. w Horodence jako syn Zindela i Bruchy z domu Fetner. W 1928 r. pracował już jako fryzjer w Delatynie, w powiecie nadwórniańskim, województwie stanisławowskim. I chyba dobrze mu się wiodło. Przepuszczalnie tam, lub jeszcze w Horodence, poznał swoją żonę Polę, urodzoną 24 września 1911 r. we Lwowie.



Panorama miasta Horodenka, lata 30., NAC

Pola była wesoła, pełna fantazji i temperamentu. Joel zakochał się w ponętnej manikiurzystce i oświadczył się. Nie wiedział jeszcze wtedy, że Pola go nie kocha i nie pokocha. Nade wszystko zaś lubi zabawy oraz męskie towarzystwo. Była biedna, więc matka namówiła ją na małżeństwo z Joelem. Zanim doszło do ślubu, Pola wyjechała na posadę do Stanisławowa, a Joel do Gdańska. Z wybrzeża narzeczony słał Poli pieniądze i pierścionki. Podarował jej nawet sygnet. W pewnym momencie doniesiono mu, że Pola bawi się za jego pieniądze z kochankiem, inżynierem Hawryłką i śmieje się z Joela. Ten zażądał więc zwrotu sygnetu i przestał finansować rozrywki ukochanej.

Pola zażądała w odpowiedzi, aby Joel przyjechał do Lwowa i wziął z nią ślub. Po przyjeździe Joel dowiedział się o złym prowadzeniu narzeczonej. Wcale nie było pewne, czy się z nią ożeni, zwłaszcza, że Pola deklarowała nadal swoją miłość do inżyniera. Kiedy jednak Joel poprosił również o zwrot pierścionków, Pola ostatecznie zgodziła się na ślub. Doszło do niego 22 lutego 1930 r. we Lwowie, po stosownych zapowiedziach 25 stycznia, 1 i 8 lutego. Zaślubiny prowadził asesor rabinacki, jako delegowany zastępca rabina Izrael Wolf Wolfsberg. Świadcami Byli Dawid Werbner i Nuses Dorosch. Wśród gości pojawił się nie kto inny jak inżynier Hawryłko, którego, niezwłocznie i jawnie po ceremonii ślubnej, panna młoda wzięła pod ramię i z nim wyszła. Później jednak – jak utrzymywał oskarżony – spaliła fotografię tegoż mężczyzny.



Gmach Sądu Okręgowego we Lwowie, for. E. Tizemeski, koniec XIX w.

Tymczasem nowo poślubieni pojechali na 3 miesiące do Rumunii aby pracować. Tam Pola nawiązała romans z jakimś oficerem i zdradziła męża z innym fryzjerem. Małżeństwo wróciło następnie do Lwowa. Jednak wkrótce Joel ponownie pojechał sam do Rumunii. Żona nie pisała do niego przez kilka miesięcy, więc zaniepokojony Joel wrócił do Lwowa. Swe kroki skierował wprost do zakładu, gdzie Pola pra-

cowała. Żona nie tylko nie sprawiała wrażenia uradowanej powrotem męża, ale prawie kompletnie go ignorowała. Na domiar złego, jak zeznawał w sądzie Joel, Pola do późna w nocy rozmawiała z jakimś mężczyzną, który po prostu sypiał w jednym z pokoi jej mieszkania przy ul. Kopernika. Wtedy też, wedle słów oskarżonego i świadków, Joel próbował się otruć, ale wyrwano mu truciznę z rąk. Nie ma pewności, które z małżonków zaraziło drugie chorobą weneryczną. Oskarżony utrzymywał, że to Pola zaraziła go dwukrotnie i sam ją leczył, choć jej sekcja zwłok nie wykazała oznak choroby wenerycznej. Tego już było aż nadto. Pola i Joel postanowili się rozwieść. Za rozwód Pola zażądała początkowo od męża 500, a potem 100 dolarów. W listopadzie 1930 r. Sąd Powiatowy Miejski Wydział XVIII we Lwowie uznał niedobre stado małżeńskie Tickerów za rozwiązane.



Kamienica przy ul. Arciszewskiego 4 we Lwowie (widok współczesny)

Po rozwodzie Joel zaręczył się z niejaką Betką Gabel, która prawdopodobnie była tancerką. Szczęście Joela nie trwało jednak długo, bo zgodnie z jego twierdzeniami, Pola zaczęła przychodzić do niego sama i nasyłać „różnych ludzi, aby się przeprosić”. Także Joel przy każdej sposobności próbował rozmawiać z Polą, która jednak go unikała. Pewnego dnia Joel spotkał byłą żonę spacerującą w towarzystwie bogatego przemysłowca. Pola zgodziła się porozmawiać i byli małżonkowie udali się do Parku Kościuszki. Tam Joel miał prosić Polę,

aby do niego wróciła, a gdy prośba ta nie odniosła skutku, Joel próbował ponoć zastrzelić żonę rewolwerem. Gdy brat ofiary Zygmunt dowiedział się o tym, zawiadomił policję. W czasie przeprowadzonej w następstwie tego doniesienia rewizji, broni u Joela nie znaleziono.



Fragment Ulicy Skarbkowskiej we Lwowie, Polona, F7815/11

Po powrocie Poli z Zakopanego – bo tam też na krótko wyjechała – okazało się, że jest ona w ciąży. „Wtedy wmówiła we mnie, że to ode mnie. Znikła na jakiś czas, a potem dowiedziałem się, że dopuściła się niedozwolonego zabiegu” – relacjonował oskarżony. Niedługo później Joel i Pola wzięli drugi ślub i zamieszkali razem u jej matki, a następnie u Heinerbergów przy ul. Arciszewskiego 4. Pola często zmieniała miejsca pracy. Najpierw pracowała przy ul. Ruskiej. Stamtąd, bez wypowiedzenia, uciekła – według słów męża – do zakładu na ul. Mochnackiego. Potem na krótko do salonu Rudolfa Pürtzla, fryzjera damskiego i męskiego dyplomowanego na wszechświatowej wystawie w Paryżu w 1927 r. i w Wiedniu w 1928 r., a zlokalizowanego przy ul. Potockiego. Tam również nie zagrzała długo miejsca. Udała się następnie do Perły Karpat, malowniczo położonego zimowego kurortu Jaremcze. Po powrocie znowu nie miała pracy. Finalnie znalazła zatrudnienie w lwowskim zakładzie przy ul. Skarbkowskiej. Joel w swoich zeznaniach opisywał żonę jako złą pracownicę („Goście skarżyli się, że pali włosy, bo flirtuje”, „Spoufała się z gość-

mi, że np. goli mężczyzn i masuje, co do niej nie należało”) i osobę rozwiązał („Raz udałem się do zakładu, gdzie zastałem żonę w ciemnym pokoiku sam na sam z jakimś młodzieńcem”, „Przychodzili tam jacyś goście, którzy zapraszali ją na sałatki śledziowe do pobliskiej restauracji. Ona mnie tam raz wciągnęła, a jej adoratorzy upili mnie do nieprzytomności”).

Matka ofiary wysłuchiwała jej skarg na męża, który miał ją bić. Jan Konieczny, właściciel zakładu fryzjerskiego, w którym Pola pracowała, widział, jak Joel uderzył Polę w twarz, kiedy znalazł u niej jakiś liścik. Joel czynił Poli wyrzuty, w następstwie których Pola uciekła kiedyś od niego do matki. Niewątpliwie Pola czuła do męża wstręt fizyczny i moralny, co potwierdzali jej brat, koleżanka z dzieciństwa Regina Goldstein i wspomniany Jan Konieczny. Współlokatorzy Tickerów, Jakób Hemerling i jego żona Regina, mówili, że Ticker bardzo żonę kochał, wręcz ubóstwiał. Prał jej bieliznę, cerował pończochy i skarpetki, robił smakołyki. Świadek Regina Hemerling także twierdziła, że Joel w domu „był dla Poli lepszy”, zaś Pola nienawidziła męża i pogardała nim, czemu dawała wyraz swoim zachowaniem. Joel opowiadał bratu małżonki o jej romansach. Szef Poli Jan Konieczny mówił o jej „licznych stosunkach w sferach męskich”. Krewna oskarżonego Zofja Bass, widywała często Polę w towarzystwie wielu wielbicieli. Zeznawała ona, że Pola wyszła za Joela „dla koncesji. Przecież chłopów jest dosyć na świecie”. Świadek Regina Goldstein stwierdziła, że Pola była bardzo wesołego usposobienia i kokietowała każdego pięknego chłopca. „Niemożliwość swego zgodnego pożycia z mężem [Pola] tłumaczyła tem, że on nie chce zrozumieć jej skłonności do zabawy na dancingach”. Goldsteinównie wtórowała świadek Emilja Frey, która widywała denatkę często w towarzystwie różnych panów. Romans z Polą potwierdził w swoich zeznaniach wspomniany wcześniej inżynier Hawryłko. Joel opisywał też, że żona go ciągle okłamywała. Mówiła, że idzie do łaźni z koleżanką, a gdy w towarzystwie siostry żony poszedł jej szukać, żony nigdzie nie znalazł. Jak dosadnie ujął to reporter lwowskiej „Chwili”, Pola „nie uważała – zdaje się – wierności małżeńskiej za niewzruszony dogmat, co znów oszalałego z zazdrości męża doprowadzało do paroksyzmów hysterji”.

„Zabójstwo dwukrotnie poślubionej żony”

Poniedziałkowy wieczór 14 grudnia 1931 r. Pola namawia męża, aby poszedł z nią do „Posiłku” na sałatkę. Tam przysiada się do nich niejaki Zygmunt Krampel i zaczyna „fundować”. Pola, Krampel i jego koledzy Jakób Stark oraz Szloma Hersches, zaciągają Joela, mimo jego sprzeciwów, do „Elite”. Tam go spijają. Stamtąd zabierają Joela do „Mirażu”. W „Mirażu” Pola pije ze Starkiem bruderschaft i całuje się z nim,

mówiąc „Niech mój mąż widzi, przez kogo cierpi”. Pola krzyczy na całą restaurację, że chce się bawić z każdym, bo „mój mąż nie potrafi się bawić”. Wszyscy kelnerzy to słyszą. Pola jest „taka śmiała, rozpustna, chce się bawić, szaleć”. Obraża męża. Później idzie ze Starkiem do drugiego pokoju. Mąż bezskutecznie próbuje oderwać Polę od Starka. Na pomoc Starkowi rusza Krampel. W szamotaninie Krampel uderza Joela. W „Mirażu” Joel jest nerwowy i chce iść do domu. Nad ranem 15 grudnia 1931 r. znajomi Poli odwożą dorożką Tickerów do domu przy ul. Arciszewskiego 4. Małżonkowie wynajmują tam pokój. W dorożce Pola i Hersches siedzą na głównym siedzeniu „pochyleni ku sobie”. Naprzeciw nich jest Joel. Stark jedzie na koźle. Za chwilę rozegra się ostatni akt tragedii małżeńskiej państwa Tickerów.



Hotel i Kawiarnia Elite we Lwowie w latach 30., ul. Legionów 27 (Wały Hetmańskie), NAC

Joel już w bramie domu robi Poli wyrzuty z powodu jej zachowania. Klóca się, ale nikt tej kłótni nie słyszy. Tylko głośny śmiech Poli. Ta rzuca pod adresem Joela „bardzo brzydkie słowa”. Wracający małżonkowie budzą współlokatorów Hemerlingów. Regina Hemerling otwiera drzwi. Czuję od Poli alkohol. Joel prosi Hemerlingową,

aby obudziła go rano, bo musi iść do pracy. Joel rozbiera żonę i kładzie ją spać. Próbuje jeszcze raz z nią porozmawiać. Ta jednak uderza go silnie w bok łokciem. On wyjmując spod siennika browninga i strzela jej w głowę. Następnie kieruje pistolet ku sobie. Rewolwer się zacina. Jakób Hemerling wyskakuje z łóżka i wytrąca klęczącemu przy łóżku Joelowi broń z ręki. Joel strasznie się trzęsie. Mówi: „Ja nic w tem nie winien”. Spazmatycznie szlocha i woła „Pola moja, Pola moja” i „Pola, co ja zrobiłem”. Jakób Hemerling biegnie wezwać policję i pogotowie. W czasie powstałego zamieszkania, Joel chwytając za nóż kuchenny. Zadaje sobie głęboką ranę w brzuch. Nóż przebija otrzewną. Joel mdleje. Lekarze w szpitalu powszechnym dr Jan Śmieszek i dr Zygmunt Nadel operują niedoszłego samobójcę. Joel nie chce żyć. Prosi o truciznę. Bardzo żałuje tego co zrobił. W czwartek 17 grudnia 1931 r. na cmentarzu żydowskim przy ul. Rappaporta we Lwowie jest pogrzeb Poli. Przyczyna zgonu 20-latkii: „śmierć gwałtowna wskutek postrzału w głowę”.

„Następuje moment wysoce dramatyczny”

Licznie zgromadzona na sali Sądu Okręgowego we Lwowie publiczność nie zawiodła się. Już podczas wyjaśnień oskarżonego, ten – opisując moment zabójstwa – był „bliski omdlenia”, więc przewodniczący polecił podać mu wodę. Kiedy natomiast na temat zachowania oskarżonego po dokonaniu zabójstwa zeznawał świadek Jakób Hemerling, Joel Ticker „okazywał silne wzruszenie i płakał”. W czasie zeznań Reginy Hemerling oskarżony zasłabł i przewodniczący kazał go wyprowadzić z sali.

Jeszcze pierwszego dnia rozprawy na salę wkroczyła silnie zdenerwowana świadek Regina Goldstein, oświadczając, że miała właśnie scysję z matką denatki. Ta ostatnia spoliczkowała młodą manikiurzystkę, uważając ją za moralną sprawczynię tragedii. „Panna Goldstein – relacjonował dziennikarz «Echa» – przybyła do sądu wprost z cmentarza żydowskiego, gdzie była z okazji rocznicy śmierci swojej matki”. W końcu trupio błada kobieta zemdląca, a na ratunek pośpieszył jej m.in. sam oskarżony.

Młodsza siostra ofiary, Cecylia, odmówiła składania zeznań. Świadek Zygmunt Krampel w ogóle się nie pokazał w sądzie, więc przewodniczący zarządził sprowadzenie go przez policję. To jednak nie przyniosło skutku, bo okazało się, że świadek ten oraz świadek Szloma Hersches znajdowali się poza Lwowem. Zeznawał jeszcze tylko posterunkowy Władysław Dąbrowski, który przyjechał, kiedy już sprawcy w mieszkaniu nie było. Wnioski o wezwanie innych świadków zostały przez sąd odrzucone.

Po zaledwie dwudniowym przewodzie sądowym, 1-2 czerwca 1932 r., i zadaniu sędziom przysięgłym „pytań głównych w kierunku

skrytobójczego morderstwa oraz zbrodni zabójstwa, a także pytań dodatkowych w kierunku poczytalności i pijaństwa oskarżonego w chwili czynu”, sąd był gotów wysłuchać mów końcowych stron.

Prokurator dr Stefan Minasowicz prosił o sprawiedliwy werdykt. Za morderstwo ustawa przewidywała tylko jedną karę: śmierć przez powieszenie. Jak relacjonował reporter lwowskiego dziennika „Chwila”: „W literackim fejletonie [oskarżyciel] uzasadnia tezę o niedopuszczalności rozwiązywania konfliktów życiowych kulą, chociażby mąż był najlepszym człowiekiem, a ona jego przeciwstawieniem. Zbrodni morderstwa nic nie może usprawiedliwić. Ustawodawstwo słusznie tedy domaga się kary za winę. Prokurator nie odmawia Tickerowi zalet, które jednak żadną miarą nie uprawniały go do tego co popełnił i za to winien ponieść zasłużoną karę”.

Znany obrońca lwowski w sprawach karnych, adw. dr Lejb Landau, wygłosił natomiast „płomienne przemówienie, wskazując, że oskarżony działał w afekcie i że czyn należy usprawiedliwić”. Obrona, w sposób „pozbawiony niepotrzebnego balastu literackiego, w słowach prostych”, starała się dowieść rozpustnego charakteru i rozwiązłego zachowania pokrzywdzonej. I zrobiła to bardzo skutecznie. Co więcej, zeznaniami oskarżonego i niemal każdego ze świadków dowiedziono, że Joel był kochającym i oddanym mężem, no i że faktycznie miał powody do zazdrości wobec żony. „Klijent mówcy – mówił mecenas Landau – nie jest człowiekiem umysłowo chorym. Jest człowiekiem normalnym i zdrowym. Należy jednak zapytać, czy ktokolwiek z mężczyzn, któryby przeszedł taką tragedję, który byłby świadkiem tego rodzaju pogardy i lekceważenia, w tak brutalny sposób został odtrącony w chwili o której miał wszelkie dane przypuszczać, że jest jego, by zapanował nad swoimi nerwami. Gdyby Ticker był człowiekiem silnym, nie byłoby doszło do tego tragicznego strzału. Właśnie tylko natury słabe, w których gromadzą się i kondensują elementy poniewierania i deptania godności ludzkiej, w pewnych momentach wybuchają i zdobywają się na czyn, który stał się udziałem także Tickera (...) Czy z tego powodu, że tu ofiarą jest mężczyzna, sędziowie przysięgli mieliby inaczej postąpić. Obrona nie wierzy” – zakończył adw. dr Lejb Landau, nawiązując do uniewinnienia trzech kobiet oskarżonych o zbrodnię zabójstwa we wcześniejszych procesach.

Mowa obrończa wzruszyła zebranych na sali sądowej. „Po naraździe sędziowie przysięgli 8 głosami zaprzeczyli pytaniu w kierunku zbrodni i skrytobójczego morderstwa, zaś 11 głosami potwierdzili drugie pytanie w kierunku zbrodni zabójstwa. Równocześnie zaś sędziowie przysięgli potwierdzili 9 głosami pytanie dodatkowe w kierunku działania w stanie zaburzenia umysłu. Na tej podstawie Trybunał wydał wyrok uwalniający oskarżonego od winy i kary”.



Budynek więzienia (poczyna nazwa więzienia Brygidki) we Lwowie, fot. J. Eder

Ogłoszenie wyroku wywołało szok u Joela Tickera, który prawie zemdlał. Płaczącego, całującego tożę swojego obrońcy (sic!) mężczyznę wyprowadzono z sali rozpraw i zawieziono do lwowskiego więzienia – Brygidek – skąd godzinę później wyszedł jako wolny człowiek.

Bibliografia

Artykuły prasowe z gazet: „Echo” nr 344 z 1931 r., s. 2 i nr 150, s. 1 i 2; nr 151, s. 1 i 2; nr 152, s. 2, nr 159, s. 2 z 1932 r., redaktor naczelny Franciszek Probst, Biblioteka Cyfrowa Regionalia Ziemi Łódzkiej przy Wojewódzkiej Bibliotece Publicznej w Łodzi; „Chwila” z 17 grudnia 1931 r., nr 4573, s. 8 i 10; 30 maja 1932 r., nr 4734, s. 14; 1 czerwca 1932 r., nr 4735, s. 10; 2 czerwca 1932 r., nr 4737, s. 11, redaktor naczelny Henryk Hescheles, Lwów, Polona.

Zdjęcia z zasobów Narodowego Archiwum Cyfrowego (szukajwarchiwach.gov.pl).

Księgi zaślubin izraelickiego urzędu metrykalnego we Lwowie z 1930 r. i księgi zmarłych z 1931 r. z zasobów Archiwum Akt Dawnych AGAD metrykalnia, *Redite ad Fontes*.

Tytuł i podtytuły w artykule zostały zaczerpnięte z ww. publikacji prasowych.



Adam Redzik*

POCZET JURYSTÓW I EKONOMISTÓW (4)

SZYMON RUNDSTEIN (1876-1942) – PATRON „GŁOSU PRAWA” 2020

W czwartej odsłonie „Pocztu” przypominamy postać i osiągnięcia uczonego i praktyka prawa, którego Fryderyk Zoll młodszy uważał za najwybitniejszego polskiego prawnika pierwszej połowy XX w. – Szymona Rundsteina. Był znakomicie wykształconym prawnikiem warszawskim, który naukę prawa łączył z praktyką. Uważany jest za jednego z twórców polskiego prawa traktatowego. Był negocjatorem traktatów międzynarodowych, uczestnikiem prac unifikacyjnych i legislacyjnych w Lidze Narodów, wykładał w Akademii Prawa Międzynarodowego, był sędzią Stałego Trybunału Arbitrażu w Hadze. Pozostał cenionym do dziś teoretykiem prawa, który przedstawiał oryginalne koncepcje normy, czy wypowiadał się na temat roli orzecznictwa sądowego. Pracę w administracji rządowej łączył z praktyką adwokacką oraz dydaktyką w Wolnej Wszechnicy Polskiej w Warszawie. Zamordowany został wraz z rodziną przez Niemców w Treblince w 1942 r.

Pojęcia kluczowe: Szymon Rundstein, historia prawa polskiego, polityka międzynarodowa II RP, teoria prawa, wykładnia prawa, prawo cywilne

Mimo iż był wybitnym i wyjątkowym prawnikiem, nie doczekał się upamiętnienia, na jakie niewątpliwie zasługuje. Naukowo zajmował się prawem międzynarodowym i krajowym wielu dziedzin, teorią i filozofią prawa; był kodyfikatorem prawa międzynarodowe-

* Adam Redzik, doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Warszawskiego, sędzia Sądu Najwyższego; ORCID: 0000-0001-7908-6457.

go, w czym pomogła mu biegła znajomość ośmiu języków. Był też społecznikiem, redaktorem czasopisma, bibliofilem i człowiekiem powszechnie lubianym w środowisku prawniczym Polski międzywojennej, niezależnie od narodowości czy poglądów politycznych. Jego osiągnięcia w dziedzinie teorii prawa przykrył nieco czas, ale w ostatnich latach coraz częściej zwraca się uwagę na oryginalność i aktualność koncepcji Rundsteina.

Wiele dat w życiorysie Szymona Rundsteina jest niepewnych, począwszy od daty urodzenia. Stanisław Łoza podał, że urodził się on 19 listopada 1876 r. w Warszawie. Krzysztof Pol podaje, że był to 24 listopada 1876 r., a pojawiają się i daty rok późniejsze. Ojcem jego był Majer Rundstein (1851-1923), działacz samorządu warszawskiego, prezes warszawskiej gminy wyznaniowej żydowskiej, czy też – jak jest napisane na grobowcu na Cmentarzu Żydowskim przy ul. Okopowej – „Prezes Warszawskiej Gminy Starozakonnych”. Majer pochodził z Łodzi, gdzie należał do spolszczonej inteligencji żydowskiej. Był pracownikiem w towarzystwie akcyjnym Izraela Poznańskiego. Realizując zlecenie Poznańskiego przeniósł się do Warszawy, gdzie kierował oddziałem firmy oraz Bankiem Dyskontowym. Z czasem został warszawskim ławnikiem miejskim (członkiem senatu miejskiego) i coraz częściej używał także imienia Markus (najczęściej obok Majer). Niewątpliwie był ważną i szanowaną osobistością w Warszawie. Po ucieczce Rosjan z Warszawy stał się jednym z najaktywniejszych z magistratu, gdzie angażował się nade wszystko w prace Wydziału Finansowego („Dzienniki Zarządu Miasta Stołecznego Warszawy” z 1916 r.). W tym czasie Majer z rodziną mieszkał przy ul. Gęsiej 16. Żoną Majera, a matką Szymona, była Amelia z Wyszogrodów (zm. 1936 r.). Niewiele o niej wiemy. Szymon miał młodszą siostrę Zofię (1879-1940), żonę Aleksandra Fryszmana (1874-1939), warszawskiego lekarza. Ich dziećmi byli Jerzy Fryszman (1904-1971), lekarz urolog oraz Alina Lewinson (1900-1980), której mąż Szymon Lewinson (1896-1940), lekarz i oficer rezerwy, został zamordowany przez Sowietów w Katyniu. Jako ciekawostkę można wspomnieć, że córką Aliny i Szymana Lewinsonów była Janina Bauman (1926-2009), pisarka, żona socjologa Zygmunta Baumana.

O dzieciństwie Szymona wiemy niewiele. Skąpe informacje przekazane we wspomnieniach pozwalają przypuszczać, że upłynęło mu – co do zasady – w Warszawie. Tu ukończył w 1894 r. siedmioklasowe rosyjskie II Rządowe Gimnazjum Filologiczne, które mieściło się w gmachu przy Nowolipkach 11 (został on zbombardowany w 1939 r.). Ukończyło je wielu późniejszych działaczy społecznych, gospodarczych i politycznych, chociaż miało profil ściśle rusyfikujący. Jak wspominali uczniowie, nauczycielami w ogromnej większości byli przybysze z głębi imperium rosyjskiego, którzy niewiele umieli, pili i brali łapówki, zaś władzy byli bezwzględnie posłuszni. Istnia-

ło tylko kilka wyjątków, czyli powszechnie szanownych nauczycieli, jak pochodzący z Łukowa polonista Adam Antoni Kryński (1844-1932), który musiał jednak uczyć francuskiego oraz nauczyciel matematyki, fizyki i kosmografii Karol Hertz (z rodziny polskich Żydów). Nawiasem mówiąc Kryński wyjechał w 1908 r. do Lwowa, gdzie objął katedrę na uniwersytecie, zaś w 1915 r. wrócił do Warszawy, ale już na uniwersytet.

Po ukończeniu gimnazjum Szymon wstąpił na Wydział Prawa cesarskiego uniwersytetu w Warszawie. Studia zwińczył złotym medalem w 1898 r. i wkrótce otrzymał stopień kandydata praw. W czasie studiów, które odbywały się po rosyjsku, słuchał nade wszystko rosyjskich profesorów. Spośród Polaków wykładali cywilista Władysław Holewiński (1834-1919), romanista Teodor Dydziński (1836-1921), do 1895 r. karnista Walenty Miklaszewski (1839-1924). Szymon Rundstein związał się z Holewińskim, który – jak wskazują biografowie – wywarł na niego największy wpływ i zasadniczo przyczynił się do tego, że zainteresował się on nauką prawa i historii prawa, a następnie namówił go do studiów zagranicznych. W życiorysach wspomina się też, że w czasie studiów – pod wpływem Holewińskiego – Rundstein napisał pracę z historii prawa pt. *Ludność wieśniacza ziemi halickiej w wieku XV* i to za nią dostał złoty medal. Rozprawa ta opublikowana została w 1903 r. we Lwowie, w redagowanej przez prof. Oswalda Balzera serii „Studia nad historią prawa polskiego”. W tym czasie Szymon Rundstein pracował już na Uniwersytecie w Berlinie..., ale po kolei.

Ze wszystkich życiorysów, w tym ze wspomnienia syna wynika, że bezpośrednio po studiach Szymon Rundstein udał się na studia uzupełniające na Uniwersytet w Heidelbergu. Studiował tam przez dwa lata (1898-1900) ostatecznie uzyskując stopień doktora praw (według niemieckiego systemu, na podstawie zdanych egzaminów). Uniwersytet w Heidelbergu był i pozostał ważnym ośrodkiem niemieckiej nauki. Rundstein jednak opuścił to uniwersyteckie miasto i przeniósł się do Berlina, gdzie rozpoczął pracę naukową pod kierunkiem znanego niemieckiego profesora prawa Josefa Kohlera (1849-1919). Kohler zdumiewał pracowitością, zainteresowaniami i rozmachem podejmowanych przedsięwzięć naukowych. Opublikował setki (a z drobnymi tekstami tysiące) opracowań z wielu gałęzi prawa, a mianowicie z historii prawa i prawa porównawczego (przy czym interesował się nawet prawem w kulturach Ameryki Przedkolumbijskiej), filozofii i teorii prawa, prawa ustrojowego, prawa cywilnego i handlowego oraz prawa karnego, a do tego był płodnym poetą. Czy mógł imponować młodemu przybyszowi z Polski? Z pewnością. Ale w 1902 r. Rundstein zdradzał jednak już znudzenie niemieckim mistrzem. W recenzji jednego z ważniejszych dzieł Kohlera (*Einführung in die Rechtswissenschaft* (Lipsk 1902), którą opublikował

na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej” (nr 11, s. 140-141, nr 13, s. 170-171) zarzucił Kohlerowi, że jego dzieło dla teorii prawa niewiele wnosi i stwierdził, że niemiecki profesor powtarza „ogólniki przeżute”. Przeciwwstawił mu polskiego uczonego wykładającego w Petersburgu – Leona Petrażyckiego, którego nowatorskie poglądy zyskiwały coraz większą popularność w świecie nauki. Nie bezkrytycznie wskazywał, że – w przeciwieństwie do Kohlera – Petrażycki miał zapędy „fantazyjne i buńczuczno śmiałe”, co powodowało, że można było z nimi polemizować i „stanąć do walki”.



Szymon Rundstein, jedyna znana ilustracja

W czasie niemieckich studiów Szymon Rundstein stale publikował na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej” (dalej: GSW). W 1899 r. zamieścił w GSW odważną i krytyczną rozprawę pt. *Zadania ogólne teorii prawa* (GSW 1899, nr 17-20). Rok później opublikował bardzo cenny, bo wypełniający lukę w polskiej literaturze (szczególnie w Kongresówce) artykuł pt. *Kodyfikacja prawa międzynarodowego prywatnego w Niemczech. Studium dogmatyczne* (GSW 1900, nr 22-24). Kolejne prace pojawiły się w 1901 r. (*Fuer teutonicus*, nr 48-49; *Reforma prawa giełdowego w Niemczech*, nr 51-52). W pierwszej z nich wskazał, że w ojczyźnie kultu siły sprawiedliwość, rozumiana jak u św. Augustyna, istnieje tylko na papierze. W drugim przypadku podpisał się już jako doktor, co wskazywałoby, że dokto-

rat uzyskał jednak w 1901 r. W 1902 r. oprócz wskazanej recenzji, opublikował w GSW tekst *Reforma kodeku karnego w Niemczech* (nr 41-42), w roku 1903 aż cztery artykuły: *Luki w prawie* (s. 258, 274, 289), *Zarys postępowania kartelowego* (s. 98, 114, 130, 146), *O etycznie obojętnych przepisach prawa* (s. 654, 670, 684), *Sądy polubowne a prawo stanowione* (s. 542, 558). W 1904 r. Rundstein opublikował rozprawę o prawie kartelowym po niemiecku (*Das Recht der Kartelle*, Berlin 1904), a w następnych latach w języku niemieckim ukazały się też rozprawy z zakresu prawa pracy (*Die Tarifverträge im französischen Privatrecht*, Leipzig 1905; *Die Tarifverträge und die Moderne Rechtswissenschaften: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung*, Leipzig 1906). Prace te do dzisiaj są przywoływane w niemieckich publikacjach naukowych. Włodzimierz Winclawski wskazuje, że w okresie niemieckim Rundstein wykazywał zainteresowania socjologią prawa i ulegał wpływom nowych prądów socjologicznych, czego przejawem była też krytyka Kohlera. W następnych latach owe zainteresowania rozwinął na sferę teorii wykładni prawa. W 1904 r. podsumował dotychczasowe badania w tym zakresie w wydanych we Lwowie *Studyach i szkicach prawnych*. Zbiór zawiera dziesięć opublikowanych wcześniej rozpraw. Oprócz wymienionych są to: *Teoria administracyjna w stosunku do polityki społecznej*; *Kwestya mieszkaniowa a prawoznawstwo społeczne*; *Zabiegi prawodawcze w dziedzinie przemysłu domowego*; *Granice autonomii prywatnej i trzyczęściowy tekst Współczesne nauczanie prawa: I. Wydziały prawne w Niemczech, II. Poglądowa nauka prawa, III. Kliniki prawne*. Jak widać, publikacje z pierwszych kilku lat twórczości potwierdzają szeroką paletę zainteresowań, czym niewątpliwie nawiązywał do Kohlera, nawet wbrew sobie. Także tym, że pisał i publikował poezję.

Biografowie zgodnie wspominają, że w 1906 r. Rundstein porzucił Berlin i wrócił do Warszawy? Ale dlaczego? Wskazuje się, że miał propozycję docentury w Berlinie. Odpowiedzi na to pytanie jeszcze nie znamy. Niewątpliwie stale miał kontakt z Warszawą. W 1904 r. urodził mu się syn Jerzy. Niestety nie jest póki co znane imię jego matki, żony Szymona. Poślubił ją zapewne ok. 1903 r. Wiemy tylko, że mieli syna Jerzego i córkę Zofię.

W Warszawie w dość szybkim tempie Rundstein uzyskał wpis na listę adwokatów przysięgłych prowadzoną przez Sąd Okręgowy i podjął się praktyki adwokackiej, głównie cywilnej, ale w ostatnich przedwojennych latach nie stronił też od obron karnych, w tym także politycznych. Nie zaniedbywał pracy naukowej. W 1907 r. na łamach GSW zamieścił artykuł pt. *Z nowszych badań filozoficzno-prawnych* (nr 14-19) oraz opracowania oparte na wcześniejszych badaniach berlińskich w zakresie prawa pracy, a mianowicie: *Umowa pracy w cywilistyce współczesnej* (GSW 1907, nr 411-44) i *O skutkach prawnych zerwania umowy pracy* (Warszawa 1907). W następnym

roku ukazało się obszerne opracowanie *Zasady i kierunki międzynarodowego prawa upadłościowego* (GSW 1908, nr 37-49 i w nadbitce rok później).

Zofia Borzymińska wskazuje, że po powrocie z Berlina Rundstein nawiązał współpracę z ruchem syjonistycznym, będąc zapewne pod wrażeniem dzieła Teodora Herzla pt. *Państwo żydowskie*. Jednak bardzo szybko wrócił do swoich pierwotnych asymilatorckich poglądów, zyskując wrogów wśród politycznych syjonistycznych działaczy żydowskich (np. Maksymiliana Hartgłasa).

W Warszawie nie tylko rozwinął szeroką praktykę ale angażował się w działalność społeczną. Był w gronie założycieli Towarzystwa Prawniczego, a potem przez wiele lat mu wiceprezesował. Wspólnie z Dominkiem Ancem, Karolem Lutostańskim i Zygmuntem Nagórskim doprowadził do odtworzenia w 1913 r. legendarnego warszawskiego czasopisma prawniczego – „Themis Polskiej”. Druga seria „Themis Polskiej” – pierwszego od wielu lat naukowego periodyku prawniczego w Warszawie – ukazywała się z trudnościami do przełomu 1916 i 1917 r. W czasopiśmie Rundstein zamieścił aktualną do dzisiaj pracę z zakresu teorii prawa pt. *Orzecznictwo jako źródło prawa* (1913 r.), artykuł pt. *Krytyka teorii Petrażyckiego*, obszerną rozprawę o zaprzeczeniu własnego czynu w teorii prawa francuskiego (1914), w roczniku 1915 pracę pt. *Wojna powietrzna wobec prawa*, a w roczniku 1916 artykuł pt. *Przyczynki do teorii deliktu międzynarodowego*, w którym przeanalizował konwencję haską z 1907 r. Po kilku latach przerwy, już po śmierci Dominika Anca, Rundstein, Lutostański i Nagórski, w 1923 r. odtworzyli „Themis Polską”, jako serię trzecią i na wysokim poziomie wydawali czasopismo do 1937 r. Skoro pojawił się Dominik Anc, to godzi się przywołać jego po części anegdotyczną opowieść na temat rozpraw Rundsteina. Otóż miał on powiadać, że jak przymierza się do lektury opracowań młodszego kolegi, to uprzednio zaopatruje się w sporą porcję cukierków „do pogryzania ich dla ofiary trudu studiowania zawilej jego książki” (za Leonem Babińskim). Dodajmy, że zawsze książki erudycyjnej.

Od początku swojej działalności twórczej Szymon Rundstein stale współpracował z Henrykiem Konicem – redaktorem „Gazety Sądowej Warszawskiej”, na łamach której nie tylko publikował, ale w okresie pobytu w Niemczech był korespondentem Gazety z Berlina.

Tuż przed wojną, w 1914 r. w GSW Rundstein opublikował rozprawę pt. *O socjologicznych podstawach wykładni prawa*, w której sięgnął do poglądów czerniowieckiego filozofa prawa Eugena Ehrlicha na temat prawa żywego, które rozwija się naturalnie i spontanicznie obok i w uzupełnieniu prawotwórstwa państwowego, przy czym podkreślił, że upatrywanie źródeł prawa wyłącznie w nakazie państwa jest z natury błędne. Rundstein wystąpił tu przeciwko dog-

matycznemu postrzeganiu prawa i wykładni wyłącznie formalnej, zwracając uwagę na to, że uwzględniając osiągnięcia socjologicznego podejścia do prawa osiąga się znacznie więcej.

Gdy w 1915 r. Warszawę opuścili Rosjanie odrodziło się w pełni życie społeczne. Wszędzie powstawały szkoły, instytucje kultury, ale też instytucje państwowe. Prawnicy polscy natychmiast zorganizowali sądownictwo obywatelskie z najwyższą instancją w postaci Sądu Głównego. Chociaż Niemcy nie pozwolili rozwinąć się instytucjom sądowym i wkrótce je zlikwidowali, to jednak przez krótki czas funkcjonowały i wymierzały sprawiedliwość. W wielu wspomnieniach podaje się, że Rundstein był sędzią Sądu Głównego. Nie wymienia go jednak Danuta Sowińska w opracowaniu poświęconym tym sądom. Stałe publikował w GSW, innych czasopismach i w odrębnych broszurach. W 1915 r. na łamach „Myśli Polskiej” zamieścił rozprawę pt. *Psychologia świadomości prawnej podczas wojny*, w 1916 r. zbiór wcześniejszych opracowań pt. *Wykładnia prawa i orzecznictwo* oraz broszurę pt. *Szkody wojenne. Teoria nadzwyczajnych indemnizacji w prawie publicznym*, a rok później – *Szkody wojenne współczesne prawo narodów*. W 1917 r. ukazała się rozprawa pt. *Idea prawa narodów* a dwa lata później – z refleksjami po wojnie – *Drogi prawa narodów*. Obie te prace mają istotne znaczenie teoretyczne i praktyczne.

Od października 1917 r. Szymon Rundstein pracował w Departamencie Politycznym Tymczasowej Rady Stanu, odpowiadając za sprawy międzynarodowe. Brał udział w przygotowaniu założeń ustrojowych dla odbudowywanego państwa polskiego, w tym wymiaru sprawiedliwości. W tym czasie szczególną praktyczną aktywność wykazał w sferze organizacji ministerstwa spraw zagranicznych. Oczywiście nie można powiedzieć, że był architektem polskiej polityki zagranicznej i twórcą Ministerstwa Spraw Zagranicznych, bo w tym dziele pracowało wielu znakomitych znawców, specjalistów od praktyki międzynarodowej, dyplomatów, jak chociażby przybyły z Wiednia Karol Bertoni, ale jako człowiek znający świetnie prawo międzynarodowe, zajmujący się najnowszymi tendencjami w prawie międzynarodowym, Rundstein szybko stał się bardzo ważną osobowością Ministerstwa (od 31 lipca 1918 r. w randze radcy ministerialnego, a od 5 listopada tr. naczelnika wydziału prawnego). Gdy 24 lipca 1919 r. naczelnikiem Wydziału Traktatowego Ministerstwa Spraw Zagranicznych został mianowany Julian Makowski (kierował nim aż do 1936 r.), Szymon Rundstein został jego najbliższym współpracownikiem. Przyjmuje się, że byli oni faktycznymi twórcami polskiej polityki traktatowej. Rundstein był pierwszoplanowym ekspertem i delegatem Polski na rokowania międzynarodowe. Jako członek Biura Prac Kongresowych (obok m.in. Stanisława Kutrzeby, Jana Czekanowskiego i Oskara Haleckiego) uczestniczył w delegacji polskiej na Konferencję Pokojową w Paryżu w 1919 r. i brał udział

w podpisaniu 28 czerwca 1919 r. traktatu pokojowego w Wersalu. Wtedy ogłosił rozprawkę *Kwestie sporne przy wykładni Traktatu Wersalskiego* (Warszawa 1919). W tym okresie powstał jego referat pt. *Zabezpieczenie praw Polaków zamieszkałych na terytoriach obecnej Ukrainy z uwzględnieniem praw i przywilejów wymówionych dla obywateli niemieckich w traktatach brzeskich* (Archiwum Akt Nowych, Zespół: Biuro Prac Kongresowych przy Ministerstwie Spraw Zagranicznych w Warszawie, sygn. 2/515/0/4/240). Brał udział m.in. z prof. Stanisławem Wróblewskim w bezpośrednich rokowaniach z Niemcami w Berlinie (1919 r.). W 1920 r. na łamach „Przeglądu Dyplomatycznego” opublikował opracowanie pt. *Traktat pokoju między Estonią i Rosją*. W trakcie wojny polsko-bolszewickiej był delegatem na rozmowy do Mińska (1920 r.), a następnie do Rygi (1921 r.). Zabiegał o zwrot polskich dzieł kultury z Rosji. Mimo postanowień traktatowych – jak wiadomo – Sowieci nie wywiązali się z tego zobowiązania. Za zasługi dla obudowy Polski na forum międzynarodowym w 1921 r. odznaczony został Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski.

Do 1926 r. był etatowym pracownikiem Ministerstwa Spraw Zagranicznych, a potem – do połowy lat trzydziestych – kontraktowym radcą prawnym Ministerstwa i stałym delegatem Polski na liczne konferencje i kongresy. W 1933 r. Rundstein z Julianem Makowskim byli delegatami Polski na jedynej w okresie międzywojennym konferencji w sprawie kodyfikacji prawa międzynarodowego w Hadze. Prace Konferencji Rundstein potem szczegółowo opisał i skomentował. W tymże 1933 r. Julian Makowski podpisał w imieniu Polski 12 umów koncyliacyjno-arbitrażowych i o nieagresji, które wynegocjowali wspólnie. Choć w 1935 r. Rundstein zrezygnował ze stałego kontraktu z Ministerstwem Spraw Zagranicznych – jak niektórzy piszą, z powodu różnic w postrzeganiu spraw międzynarodowych z ministrem Józefem Beckiem – to nadal pozostawał w orbicie Ministerstwa, będąc częstym konsultantem i niejednokrotnie zabierając głos w imieniu Polski, także publikacjami, jak w 1937 r. w sporze z Francją.

Cofając się w czasie zauważyć należy, że na progu niepodległości Rundstein był postrzegany jako jeden z najwybitniejszych polskich prawników. Nie może więc dziwić, że został zaproponowany w skład 44-osobowego grona Komisji Kodyfikacyjnej RP. Propozycję przyjął, ale wkrótce – z powodu zaangażowania w prace na forum międzynarodowym, w tym w walce o granice Polski – złożył rezygnację z członkostwa. Prace nad kodyfikacją prawa nie ominęły go jednak, ale nie były to prace nad kodyfikacją prawa sądowego – czym zajmowała się Komisja Kodyfikacyjna RP – ale nad kodyfikacją prawa politycznego (ustrojowego) oraz międzynarodowego. Szymon Rundstein był współautorem, a niektórzy wręcz piszą, że autorem polskiej ustawy o obywatelstwie z 1920 r., za co spotykała go ostra krytyka ze stro-

ny organizacji żydowskich. W kolejnych latach napisał do tej ustawy komentarz (*Ustawa o obywatelstwie Państwa Polskiego*, Warszawa 1924, wyd. 2, Warszawa 1927). Z tego zakresu opublikował też m.in.: *Obywatelstwo a opcja w traktacie rzymskim* (1921 r.), *Polska ustawa o obywatelstwie i Traktat wersalski* (1924 r.).

W 1924 r. Szymon Rundstein opublikował w Paryżu broszurkę pt. *La loi polonaise de 1920 sur la nationalité et les traités de Versailles*, w której odparł atak francuskiego profesora Alberta Geouffre de Lapradelle przeciwko polskiej praktyce w zakresie wykładni przepisów o obywatelstwie, jako niezgodnej z normami prawa międzynarodowego.

W latach 20. i 30. Rundstein bardzo zaangażował się w prace Ligi Narodów na rzecz kodyfikacji prawa międzynarodowego i określenia podmiotowości jednostki w prawie międzynarodowym. Dał temu wyraz w cennej do dzisiaj pracy *La justice internationale et la protection des intérêts privés*, opublikowanej w „Revue de droit international et de législation comparée” (1929, nr 3), w której zwracał uwagę na pozycję jednostki w kontekście sądownictwa międzynarodowego. Do 1939 r. przedstawił kilka referatów i projektów w tym zakresie. Godna odnotowania jest tu rozprawa pt. *Kodyfikacja prawa międzynarodowego*, którą opublikował w 1928 r. Podnosił w niej konieczność zorganizowania skutecznego i przymusowego sądownictwa międzynarodowego, na przeszkodzie czego stoi brak pewności prawa. W Rzymie w 1930 r. referował z kolei zagadnienie spraw arbitrażowych. Uczynił to jako członek Międzynarodowego Instytutu Unifikacji Prawa Prywatnego w Rzymie (*The International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT), instytucji międzyrządowej utworzonej w 1924 r. pod auspicjami Ligi Narodów w celu unifikacji prawa międzynarodowego w sferze prywatnej, a nade wszystko handlowej (zwyczajów handlowych). W 1936 r. opublikował opracowanie podsumowujące prace w zakresie ujednoczenia sądownictwa polubownego (*Międzynarodowe ujednostajnienie sądownictwa polubownego*).

Wielokrotnie uczestniczył w przygotowywaniu projektów umów międzynarodowych oraz stanowiska Polski w sporach międzynarodowych i toczących się przed instancjami międzynarodowymi. W 1930 r. brał udział w Konferencji Prawa Międzynarodowego w Hadze, na której wygłosił referat na temat obywatelstwa, postulując stopniową unifikację w tym zakresie. Był jednym z głównych autorów konwencji w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokołu dotyczącego przypadku bezpaństwowości, które zostały podpisane w Hadze 12 kwietnia 1930 r. Rundstein był nie tylko autorem części konwencji, w tym protokołu, ale w imieniu Polski podpisał ją (ratyfikowana została przez Polskę w 1937 r. i weszła w życie 1 lipca tr.). Współcześni badacze podnoszą, że przez Rundsteina Polska

była „w awangardzie krajów europejskich w odniesieniu do regulacji bezpieczeństwa” (Dorota Pudzianowska).

Jako delegat Polski wyjeżdżał na konferencje organizowane w ramach Ligi Narodów, których celem było dążenie do stopniowej unifikacji prawa, na których wygłaszał referaty o zasadniczym znaczeniu. Był też jednym z polskich członów Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze.

Szymon Rundstein był rzecznikiem Polski w słynnym sporze z Niemcami o rozumiecie treści Traktatu Wersalskiego oraz umów dodatkowych w przedmiocie prawa do reprezentacji Wolnego Miasta Gdańska przed Międzynarodową Organizacją Pracy (dalej: MOP). Sprawa trafiła wówczas pod osąd Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w Hadze, który po tygodniowej rozprawie uznał wyłączne uprawnienia Polski do reprezentowania Wolnego Miasta Gdańska za granicą oraz wyłącznego zastępowania go w MOP. W 1929 r. reprezentował Polskę w Madrycie w sporze z niemieckim ministrem spraw zagranicznych Julisem Curtiusem, który zarzucił Polsce łamanie praw mniejszości niemieckiej.

W publikacjach Ligi Narodów zachowały się liczne ślady aktywności Szymona Rundsteina. Jego memoranda i wypowiedzi są cytowane do dzisiaj w literaturze naukowej z zakresu prawa międzynarodowego. W 1937 r. w związku z wygaśnięciem mocy prawnej Konwencji Genewskiej podniósł, że automatycznie wygasły uprawnienia Trybunału Rozjemczego dla Górnego Śląska z siedzibą w Bytomiu, co opisał w publikacji *Prawa nabyte wobec konwencji górnośląskiej* (Poznań 1936).

Jako dydaktyk Rundstein związał się na kilka lat z Wolną Wszechnicą Polską – prywatnym uniwersytetem w Warszawie, którego dzieje pozostają mało znane. W latach dwudziestych wykładał tam prawo narodów. Wydawał też skrypty i podręczniki dla studentów z zakresu prawa narodów (np. *Ćwiczenia praktyczne z prawa międzynarodowego*, Warszawa 1929). W 1928 i 1933 r. prowadził wykłady w elitarnej Akademii Prawa Międzynarodowego w Hadze. Oprócz niego tylko kilku polskich uczonych dostąpiło tego zaszczytu (np. prof. Ludwik Ehrlich).

Oprócz wspomnianych GSW i „Themis Polskiej” Rundstein publikował w powstałej w Warszawie w 1924 r. „Palestrze” i w utworzonym w tym samym roku „Przeglądzie Prawa Handlowego”, gdzie był też członkiem kolegium redakcyjnego. W „Palestrze” opublikował w 1924 r. recenzję pt. *Uproszczona socjologia prawa* – o popularnej książce Georges’a Cornila, a w 1931 r. pracę *O nowoczesnych tendencjach prawa konstytucyjnego*, w której wypowiedział się za kontrolą konstytucyjności prawa przez sąd (trybunał), dołączając do wcześniejszych poglądów polskich prawników (Stanisław Starzyński czy Władysław Leopold Jaworski). W latach 1937-1938 opublikował

w „Palestrze” częściami obszerne i bardzo ważne w jego dorobku dzieło pt. *Zagadnienie teorii prawa w orzecznictwie cywilnym Sądu Najwyższego*. Od początku XX w. publikował też w „Ekonomiście”, a w 1934 r. na łamach „Wiadomości Prawniczych”, wydawanych w Łodzi pod redakcją Alfreda Biłyka. Współpracował z Zygmuntem Cybichowskim w przygotowaniu *Encyklopedii Podręcznej Prawa Publicznego*, w latach 1921-1939 zasiadał w składzie redakcji „Orzecznictwa Sądów Polskich” (szerzej w: S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme, Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011).

Biografowie zwracają uwagę też na stałe nawiązania w twórczości Rundsteina do Hansa Kelsena, co znajduje potwierdzenie w jego głośnej pracy z 1924 r. – *Zasady teorii prawa*. Wskazuje się, że jako jeden z pierwszych w Polsce (obok Władysława Leopolda Jaworskiego) dokonał wnikliwej analizy kelsenowskiej koncepcji badania prawa jako powinności z jednoczesną eliminacją elementów pozaprawnych: socjologicznych, psychologicznych, politycznych i historycznych. Jak się jednak wydaje z lektury kolejnych prac uczonego, nie przyjął on tej teorii za swoją. Co prawda można dostrzec w pracach Rundsteina elementy spójne z teorią Kelsena, ale widoczna jest też tendencja do szerszego postrzegania prawa z uwzględnieniem czynników obiektywnych, czemu dał wyraz we wspomnianej rozprawie z 1938 r. *Zagadnienie teorii prawa w orzecznictwie cywilnym Sądu Najwyższego*. W pracy tej Rundstein wraca do swoich rozważań jeszcze sprzed i z okresu I wojny światowej (*Wykładnia prawa i orzecznictwo*) i wskazuje na normotwórczą działalność Sądu Najwyższego. Podkreśla rolę orzecznictwa, które formułuje pewne wartości moralne będące wytycznymi dla oceny prawnej. Pisze, że wraz ze starzeniem się ustawy krystalizuje się orzecznictwo. Temu procesowi sprzyja stabilność prawa. Pisząc o stosunku doktryny do praktyki podaje, że są one w stosunku wzajemnym akcji i reakcji, w którym doktryna wpływa na orzecznictwo, a z drugiej strony orzecznictwo koryguje mylne poglądy doktryny, co w perspektywie wpływa na doktrynę. Odejście od koncepcji Kelsena widoczne jest też we wspomnianej pracy *O nowoczesnych tendencjach prawa konstytucyjnego* z 1931 r. Pewną klamrę rozważań teoretycznych nad teorią prawa stanowi wydana tuż przed wojną książka *W poszukiwaniu prawa cywilnego* (Warszawa 1939). Z pewnością jest ona autorska i daleko odchodzi od poglądów Kelsena. Wydaje się, że autorzy piszący o Rundsteinie nazbyt koncentrują się na Kelsenie i nie zauważają dostatecznie możliwych wpływów innych teoretyków prawa na twórczość Rundsteina, w tym wspomnianych Eugena Ehrlicha czy Leona Petrażyckiego.

W ostatnich przedwojennych latach Szymon Rundstein w swoich publikacjach wiele miejsca poświęcił prawu nazistowskich Niemiec. W 1935 r. opublikował pracę pt. *Narodowo-socjalistyczna doktryna*

prawa narodów („Polityka Narodów” 1935, t. 5, z. 6, s. 700-714). W pracy tej wskazał zasadnicze cechy kształtowania się nazistowskiego prawa międzynarodowego i wpływu na nie doktryny politycznej. Nie mógł jeszcze zauważyć tego, co tak wnikliwie opisał w książce *W poszukiwaniu prawa cywilnego*, bo nie obnażyła się jeszcze w pełni hitlerowska polityka prawa.

Jak wspomniano, Szymon Rundstein był aktywnym uczestnikiem życia prawniczego Warszawy, wieloletnim wiceprezesem Towarzystwa Prawniczego, a od 1908 r. członkiem Towarzystwa Naukowego Warszawskiego, a ponadto wielu polskich i międzynarodowych stowarzyszeń prawniczych. Przez kilka kadencji był członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej. Jako wykładowca, adwokat i osoba prywatna uchodził zawsze za bardzo kompetentnego, wyrozumiałego człowieka o nieskazitelnym charakterze. Fryderyk Zoll (młodszy) uważał go za jednego z najznakomitszych jurystów europejskich (obok Petrażyckiego).

We wrześniu 1939 r., mimo propozycji wyjazdu celem objęcia wykładów w Szwajcarii i Wielkiej Brytanii, pozostał w Warszawie. Jego mieszkanie przy ul. Tłomackie 6 m. 8 spłonęło w czasie bombardowań, a wraz z nim bogaty zbiór książek i dzieł sztuki. W latach 1940-1942 przebywał w getcie. Wspierał go w tym czasie Stanisław Bukowiecki, niewidomy były prezes Prokuratury Generalnej RP. W sierpniu 1942 r. został wraz z żoną, córką Zofią oraz wnukiem (lub wnuczką) wywieziony do Treblinki, gdzie zostali zamordowani. Zagładę przeżył tylko syn Jerzy (1904-1951), także prawnik, ale zajmujący się częściej prawem karnym, w tym procedurą. Jerzy Rundstein zaczynał – śladami ojca – studia prawnicze od historii prawa, czego efektem są opracowane przez niego księgi bartnicze (*Cztery księgi bartne nowogrodzkie z XVII-go i XVIII-go wieku*, 1928) i opublikowana w 1929 r. w redagowanym przez prof. Oswalda Balzera „Pamiętniku Historyczno-Prawnym” (t. VII, nr 4) *Księga wojskowa Krzysztofa Radziwiłła hetmana polnego litewskiego, 1621-1622*. Potem był radcą Prokuratury Generalnej RP. O jego losach wojennych wiemy niewiele. Według niektórych przekazów tuż po wojnie wyjechał do Szwecji. Zmarł 12 listopada 1951 r. W 1945 r. Jerzy napisał (ukrywając się pod inicjałami J. R.) krótkie wspomnienie o ojcu, które ukazało się w „Demokratycznym Przeglądzie Prawniczym”. Konkludował je akapitem: „Jeśli dodać że był człowiekiem o olbrzymiej erudycji, znał w piśmie i słowie 8 europejskich języków, że odznaczał się żywym humorem, pisywał wiersze (niektóre drukowane w «Świecie»), zebrał jedną z największych w Polsce bibliotek z dziedziny prawa, był nieskazitelnego charakteru, przekonań demokratycznych, lubiany i ceniony przez kolegów i uczonych całego świata – to widzimy, jaką stratę poniosło prawo polskie wskutek zamordowania przez hitlerowców w sierpniu 1942 r. Szymona Rundsteina”.

Miejmy nadzieję, że wkrótce Szymonowi Rundsteinowi poświęcony zostanie nie esej naukowy, ale seria opracowań i konferencja naukowa. Niewątpliwie dorobek tego warszawskiego prawnika godny jest przypomnienia i utrwalenia nie tylko dla nauki polskiej, ale i światowej. Niektóre poglądy Szymona Rundsteina za temat prawa międzynarodowego, jak i wykładni prawa z uwzględnieniem „podłoża socjologicznego”, pozycji jednostki w prawie krajowym i międzynarodowym, zdają się nie tylko inspirować, ale i spotkały się z przyjęciem, a jego teoria normy prawnej – choć nawiązująca do koncepcji zastanych, była i pozostaje w znacznym stopniu oryginalna.

Bibliografia

- Adwokaci polscy Ojczyźnie*, red. Stanisław Mikke, Adam Redzik, Warszawa 2008, s.178-179, fot. [+ wersja ang.].
- Babiński Leon, *Szymon Rundstein*, „Państwo i Prawo” 1947, z. 10, s. 38-42.
- Gombiński Stanisław, *Wspomnienia policjanta z warszawskiego getta*, Warszawa 2010.
- Górnicki Leonard, *Narodowosocjalistyczne prawo w poglądach Szymona Rundsteina*, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 2011, s. 47-77.
- Jaskólski Michał, *Między normatywizmem a uniwersalizmem. Myśl prawnopolityczna W. L. Jaworskiego*, Wrocław 1988.
- Lande Jerzy, *Studia z filozofii prawa*, Warszawa 1959.
- Łoza Stanisław, *Czy wiesz kto to jest?*, Warszawa 1938, s. 638.
- Marszał Maciej, *Kilka uwag na temat prawa w państwach totalnych w poglądach Szymona Rundsteina (1876-1942)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2012, Sectio G, Ius, Tom 59, [z.] 2, s. 59-65.
- Martyniak Czesław, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938.
- Meszorer Albert, *O Szymonie Rundsteinie (Wspomnienie)*, „Palestra” 1958, r. 2, nr 2, s. 89-93.
- Milewski Stanisław, Redzik Adam, *Themis i Pheme. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011.
- Mohyluk Marek, *Szymon Rundstein o prawie radzieckim*, „Miscellanea Historio-Iuridica” 2008, t. 6, s. 67-77.
- Motyka Krzysztof, *Wpływ Leona Petrażyckiego na polską teorię i socjologię prawa*, Lublin 1993.
- Pol Krzysztof, *Szymon Rundstein. (Leksykon prawników polskich)*, „Rzeczpospolita” 2000, nr 187, s. C3.
- Pol Krzysztof, *Szymon Rundstein*, [w:] *Poczet prawników polskich XIX-XX w.*, wyd. 2, przejrzał i uzupełnił Adam Redzik, Warszawa 2011, s. 937-947.
- Redzik Adam, *Rundstein Szymon (1876-1942)*, „Słownik Biograficzny Adwokatów Polskich”, t. II, Warszawa 2007, z. 3-4, s. 447-449.
- Redzik Adam, *Trzecia odłona „pisma nauce prawa poświęconego”*. „Themis Polska seria III”, „Palestra” 2008, nr 5-6, s. 136-142.
- Redzik Adam, Kotliński Tomasz J., *Historia Adwokatury*, wyd. 4, Warszawa 2018.
- J. R. [Jerzy Rundstein?], *Szymon Rundstein*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1946, nr 3-4.

Sowińska Danuta, *Warszawa i Lublin jako główne ośrodki obywatelskiego wymiaru sprawiedliwości w Królestwie Polskim w 1915 r.*, „Historia i Świat” 2015, nr 4, s. 305-336.

Sprawy polskie na konferencji pokojowej w Paryżu w 1919 r., t. III – Dokumenty materiały, red. Remigiusz Bierzanek, Józef Kukułka, Warszawa 1968.

Szyszkowski Wacław, *Sprawa gdańska przed Trybunałem Haskim*, „Gazeta Polska” 1930, nr 234.

Śródka Andrzej, *Uczni polscy...*, t. III, Warszawa 1997, s. 595-596.

Tkacz Sławomir, *Teoria normy prawnej Szymona Rundsteina – założenia wyjściowe*, „Z dziejów prawa” 2018, t. 11 (19), cz. 2, s. 167-185.

Tuwim Julian, *Dzieła*, t. 1, *Wiersze*, Warszawa 1955.

Winclawski Włodzimierz, *Rundstein Szymon (1876-1942)*, [w:] *Słownik biograficzny socjologii polskiej*, t. 3, N-St, Toruń 2007, s. 254-256.

Żurawicka Janina, *Inteligencja warszawska w końcu XIX wieku*, Warszawa 1978.



Aleksander B. Skotnicki*

DR SZYMON FELDBLUM – KRAKOWSKI ADWOKAT, SPOŁECZNIK I SYJONISTA

Krótki rys biograficzny poświęcony jednemu z najwybitniejszych krakowskich adwokatów okresu międzywojnia, wywodzącemu się z rodziny zasymilowanych polskich Żydów, Szymonowi Feldblumowi. Jego przodkowie walczyli w Powstaniu Styczniowym i należeli do asymilatorów. Szymon Feldblum przejął kancelarię po Ludwiku Szaleju i prowadził ją przy ul. Św. Jana 3 do II wojny światowej. Był aktywnym działaczem ruchu syjonistycznego oraz B'nei B'rith. Jesienią 1939 r. z rodziną dotarł do Wilna. Dzięki pomocy konsula Japonii na Litwie Sempo Sugihary – który uratował kilka tysięcy polskich i litewskich Żydów – wyjechał do Moskwy a następnie do Palestyny. W utworzonym w 1948 r. państwie Izrael działał jako prawnik i organizator pomocy społecznej z ramienia rządu.

Pojęcia kluczowe: adwokatura krakowska, polscy syjoniści, B'nei B'rith, Ludwik Szalay, Sempo (Chiune) Sugihara, Kraków, Izrael

Na próżno szukać o nim informacji i biogramów w literaturze polskiej. Był jednym z wielu adwokatów krakowskich, choć jednym z ambitniejszych i dość znanych w swoich czasach.

* Aleksander B. Skotnicki, profesor nauk medycznych, hematolog i transplantolog, specjalista chorób wewnętrznych II stopnia, członek Polskiej Akademii Umiejętności, założyciel i prezes Zarządu Fundacji „Stradomskie Centrum Dialogu”, prezes Fundacji Profilaktyki i Leczenia Chorób Krwi im. prof. Juliana Aleksandrowicza, badacz historii Żydów w Polsce, w tym ocalałych z Holocaustu (m.in. krakowian z listy Schindlera i listy Sugihary); ORCID: 0000-0002-2597-1327.

Szymon Feldblum urodził się w Krakowie 15 lipca 1882 r., jako jedno z siedmiorga dzieci Majera i Amalii z domu Weber. Jego rodzice należeli do Żydów kulturowo zasymilowanych ze środowiskiem polskim. Już jego dziadek, Maurycy Weber, odpowiadając na apel rabina Meiselsa, wziął czynny udział w Powstaniu Styczniowym 1863 r. Zięć Maurycego Webera, Majer Feldblum, agent ubezpieczeniowy, poświęcił całe swoje życie, aby swoim pięciorgu dzieciom zapewnić jak najlepsze wykształcenie. Dzięki temu Szymon Feldblum mógł w 1900 r. zdać maturę w Gimnazjum św. Jacka w Krakowie (11 czerwca 1900 r.), po czym rozpoczął studia na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Absolutorium uzyskał 30 grudnia 1904 r., a stopień doktora praw po zdaniu egzaminów rygorozalnych – 5 maja 1906 r. W czasie studiów otrzymywał stypendium im. Maurycego Silbersteina, przyznane mu przez Stowarzyszenie Izraelitów Postępowych.

Po ukończeniu studiów został przyjęty do kancelarii legendarnego krakowskiego adwokata dr. Ludwika Szalaya (1857-1934), który prowadził swoją kancelarię w pałacu barona Goetza Okocimskiego, przy ul. św. Jana 3. Adwokatem został po siedmioletniej kandydaturze. Po latach, gdy dr Szalay przechodził na emeryturę, pozostawił ją Feldblumowi, wiedząc w jakie ręce składa swoją wieloletnią tradycję, dobre imię i klientelę.



*Dr Ludwik Szalay (w środku) udziela wywiadu redaktorowi Kazimierzowi Szczepańskiemu.
Kraków, kwiecień 1934 r.*

Szymon Feldblum prowadził procesy z zakresu prawa gospodarczego i finansowego, a w latach 30. w szczególności związane ze światowym kryzysem gospodarczym tzw. procesy waloryzacyjne. Był także znawcą ustaw oddłużeniowych dla rolnictwa oraz autorem kilku prac z tego zakresu, m.in: *Praktyczne zagadnienia oddłużenia w rolnictwie*, Kraków 1934.

Jako radca prawny gminy żydowskiej w Krakowie oraz wiceprezes Towarzystwa Ochrony Lokatorów, Szymon Feldblum czynnie działał na rzecz powstania ustawy o ochronie lokatorów.



Dr Szymon Feldblum jako adwokat w Krakowie

Był krasomówcą, który porywał za sobą tłumy, entuzjastą – ideowcem i idealistą, który z prawdziwą pasją bronił w sądach swoich klientów. W jego poczekalni przesiadywali ramię w ramię chłopci ze wsi, żydowska biedota, której interesy reprezentował za darmo oraz polscy arystokraci.

W swojej dużej kancelarii adwokackiej przy ul. św. Jana 3, przesiadywał pod ogromnym portretem Teodora Herzla, a na biurku znajdowała się skarbonka Żydowskiego Funduszu Narodowego, do której nieraz polski hrabia wrzucał swój datek. Dowodem uznania i zaufania krakowskiej palestry dla prawnika-Żyda Szymona Feldbluma było powierzenie mu najwyższych funkcji w sądzie koleżeńskim (Radzie Dyscyplinarnej) Izby Adwokackiej. Feldblum był także prezesem Stowarzyszenia Adwokatów Żydowskich w Krakowie.

Po przybyciu wraz z wielotysięczną falą uchodźców do Palestyny, Szymon Feldblum kontynuował karierę prawniczą, obejmując w 1942 r. stanowisko radcy prawnego Delegatury Ministerstwa

Opieki Społecznej (opieka i zasiłki dla uchodźców) oraz wykładowcy prawa na tzw. „Wyższych Kursach Naukowych”, co zaowocowało zorganizowaniem przez niego Wyższych Studiów Prawniczych na poziomie uniwersyteckim. Objął także funkcję wiceprezesa Zrzeszenia Prawników z Polski.

Już w czasie studiów Szymon Feldblum związał się z powstającym w Krakowie ruchem syjonistycznym: początkowo o odcieniu socjalistycznym w partii „Poalej Syjon”, a następnie z ruchem o odcieniu ogólnym. W 1920 r. był wśród delegatów z Małopolski na Światowej Konferencji Syjonistycznej w Londynie. Odtąd, aż do wybuchu II wojny światowej aktywnie działał w dzielnicowym ruchu syjonistycznym, zdobywając w nim sobie wysoką pozycję i prestiż. Kilkakrotnie był prezesem Egzekutywy Organizacji Syjonistycznej Małopolski Zachodniej i Śląska.

Gdy w 1931 r. powstał Światowy Związek Ogólnych Syjonistów z siedzibą w Krakowie, to dr Szymon Feldblum został czynnym członkiem jego prezydium i był nim aż do wybuchu wojny w 1939 r. Przez wiele lat zajmował także stanowisko sędziego sądu honorowego Światowej Organizacji Syjonistycznej.

Jako gorliwy syjonista oraz znakomity orator wielokrotnie przemawiał publicznie na masowych spotkaniach i wiecach syjonistycznych, które odbywały się w Krakowie w hotelu Kleina, w gmachu Gminy Żydowskiej lub na podwórku kamienicy Wasserlaufa na Kazimierzu.

W latach 20. XX w. dr Szymon Feldblum był jednym z założycieli Żydowskiego Stowarzyszenia Humanitarnego B'nei B'rith – „Solidarność” w Krakowie i pełnił w niej kolejno funkcje wiceprezydenta (1928-1931), prezydenta (1932-1936) i mentora (1937-1938). Organizacja ta wspomagała biedotę żydowską oraz wdowy, sieroty i studentów. Działała w wielu miastach, ale najczynniej w Krakowie. Liczyła setki członków, odgrywając ważną rolę w społeczeństwie krakowskim. Była częścią międzynarodowego ruchu B'nei B'rith z siedzibą zarządu w USA. Zwalczała przejawy antysemityzmu rodzącego się wówczas głównie w Niemczech. W Małopolsce zrzeszała przede wszystkim inteligencję żydowską i brała udział w ruchu na rzecz powstania państwa Izrael.

Doktor Feldblum wspierał rozliczne inicjatywy gospodarcze, pomocowe i kulturalne służące żydowskiej społeczności Krakowa, pracując m.in. w Unii Kredytowej, Towarzystwie Ochrony Lokatorów, zarządzie Towarzystwa Szkoły Ludowej i Średniej oraz Szkoły Rzemiosł i w Radzie Nadzorczej „Nowego Dziennika”, polskojęzycznego organu Organizacji Syjonistycznej. We współpracy z prof. Mejerem Bałabanem organizował prace nad inwentaryzacją zabytków żydowskich Krakowa.



*Dr Szymon Feldblum (z prawej) z małżonką Różą w Krynicy-Zdroju, z lewej Max Lauterbach
– krakowski przedsiębiorca i społecznik, w tle Witoldówka, lata 30. XX w.*

Szymon Feldblum ożenił się w 1917 r. z Różą Goldberger (urodzoną 11 grudnia 1894 r. w Podgórzu, zmarłą 11 kwietnia 1968 r. w Tel Awiw-Jaffa), córką Izaaka Goldbergera, lekarza z Podgórza i Fani z Koplowniców. Miał z nią dwóch synów: Michała Teodora (imiona na cześć Michała Wołodyjowskiego oraz Teodora Herzla), i Ignacego (Igo) (pierwsze imię na cześć Ignacego Jana Paderewskiego i Ignacego Mościckiego) Karmiego.

Po wybuchu II wojny światowej Feldblumowie uciekli do Lwowa, skąd przedostali się zimą 1939 r. do Wilna, które w październiku 1939 r. przekazali Sowieci Litwie. Po zajęciu Litwy w czerwcu 1940 r. przez wojska ZSRS postanowiono wydalic (do sierpnia 1940 r.) wszystkie placówki dyplomatyczne z Kowna.

Od Holokaustu rodzinę Feldblumów ocalił słynny japoński konsul w Kownie, Sempo (Chiune) Sugihara (1900-1986), do którego 10 sierpnia 1940 r. zgłosił się Zorach Warhaftig – przywódca Mizrachi (religijnego ruchu syjonistycznego), przedstawiając plan ewakuacji uciekinierów żydowskich z Polski znajdujących się wówczas na Li-

twie. Zaproponował, aby mogli oni wyjeżdżać przez ZSRS i Japonię na Antyle Holenderskie w Ameryce Południowej, gdzie nie były wymagane wize wjazdowe. Władze sowieckie zgodziły się na ten plan, pod warunkiem przyznania żydowskim uciekinierom japońskich wiz tranzytowych.

Rodzina Feldblumów przebywała w Wilnie do grudnia 1940 r. Musiała bowiem zdobyć jeszcze wize wyjazdowe z ZSRS. Wymagało to dużej łapówki. Ponieważ uprzednio ograbiono ich już ze wszystkiego, została im już tylko złota papierośnica, którą doktor Szymon Feldblum otrzymał od hrabiego Jana Potockiego jako wyraz wdzięczności za wygranie uciążliwego procesu. Widniała na niej dedykacja: „Drogi Szymku, gdybyś kiedyś mnie potrzebował...”. sowiecki naczelnik wystawił wize. Hrabia dotrzymał słowa...



Sempo (Chiune) Sugihara (1900-1986), japoński konsul w Kownie, w okresie od czerwca do sierpnia 1940 r. (aneksja Litwy przez Sowietów) wystawił kilka tysięcy japońskich wiz dla polskich i litewskich Żydów, chcących uciec z terytorium Litwy. Wize te wystawiane były przy udziale polskiego wywiadu. Dzięki temu ocalał kilka tysięcy istnień. Jest porównywany do Oskara Schindlera

Feldblumowie po przyjeździe do Moskwy zdecydowali się nie jechać do Japonii, ale do Palestyny (w międzyczasie otrzymali wize palestyńskie) i przez Odesę, Konstantynopol, Małą Azję, Syrię i Liban dotarli do Hajfy, gdzie połączyli się ze starszym synem Michałem przebywającym tam od 1936 r.

Wiele lat później młodszy syn Feldblumów, dr med. Igo Feldblum, pisząc o swoim ojcu, zmarłym 28 lipca 1956 r. w Tel Awiw-Jaffa i pochowanym na cmentarzu Zasłużonych w Nachlat Izchak w Izraelu,

powiedział że Bóg wyposażył go w trzy cenne, arcyzadkie dary: gołębią dobroć, wszytkowiedzącą mądrość i szlachetność. W tych trzech słowach wystawił mu najpiękniejszy pomnik (Feldblum Igo, Gurycka Antonina, *A skąd pan właściwie jest...?*, Nowy Świat 2004).



Jerzy Stępień*

ŚMIERĆ W STARYCH DEKORACJACH
(NA KAWIE ARTYKUŁU KAMILA JOŃSKIEGO)

Podtytuł artykułu Kamila Jońskiego zapowiada spojrzenie na historię polskiego TK z perspektywy ekonomii politycznej. U czytelnika przyzwyczajonego do tekstów prawniczych czy publicystycznych, może to wzbudzić prawdziwy entuzjazm. Nareszcie ma przed sobą analizę historii TK, która wykroczy poza profesjonalną sztafpe. Niestety, czekając na elementy takiej analizy aż do samego końca lektury i przede wszystkim na jakieś wnioski z zapowiedzianej perspektywy, nie będziemy usatysfakcjonowani. Zresztą sam Autor, i to na początku (s. 2) wyraźnie abdykuje z takiego ambitnego stanowiska, podkreślając, że chodzi mu jednak o skoncentrowanie się na aspektach prawnych, socjologicznych i politologicznych.

Artykuł niewątpliwie porządkuje materię związaną z historią Trybunału i przy tej okazji Autor nie popełnia błędów, wyjąwszy drobne potknięcia. Jest – przede wszystkim – spojrzeniem politologicznym, co też samo w sobie jest cenne, ponieważ tego rodzaju publikacji na temat polskiego Trybunału nadal jest jak na lekarstwo. Trafnie skupiając się na latach 1989-1997, jako okresie, w którym wpływ TK na

* Jerzy Stępień, senator I i II kadencji (1989-1993), wiceminister spraw wewnętrznych i administracji (1997-1999), sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, a w latach 2006-2008 prezes Trybunału Konstytucyjnego.

tworzenie systemu prawa w Polsce był niewątpliwie największy, nie dostrzega wagi jego orzecznictwa z czasu od chwili powołania, czy raczej powstania tego organu, do chwili przełomu 1989 r. Trudno się temu dziwić. Także niżej podpisany sam był skłonny długo lekceważyć znaczenie tamtego wcześniejszego okresu, z uwagi na ułomności legitymacyjne, niemniej jednak lektura początkowych orzeczeń, choć nie miały one szczególnej merytorycznej wagi w aspekcie samych rozstrzygnięć, wyraźnie jednak wskazuje, że ich autorzy uczynili sporo dla upowszechnienia podstawowych zasad państwa prawa i tym samym uchylili furtkę do innej już rzeczywistości prawnej, antycypując w pewnym zakresie to, co będzie tworzyło ramy prawne w niedalekiej, wtedy jeszcze całkowicie nieprzewidywalnej przyszłości.

Drugim istotnym – moim zdaniem – brakiem artykułu, i to nie tylko ze względu na periodyzację działalności TK, jest pominięcie znaczenia cezury wynikającej z wejścia w życie zasady ostateczności jego wyroków. Ta ważna zmiana jest, oczywiście, przez Autora odnotowana, ale nie poświęcono jej – w mojej ocenie – należytej uwagi, a przecież można nawet by powiedzieć, że dopiero od tej chwili polski TK staje się sądem konstytucyjnym z prawdziwego zdarzenia. Wcześniej jego wyroki stwierdzające niekonstytucyjność badanych aktów normatywnych były w zasadzie propozycją zajęcia stanowiska z nerwowym wyczekiwaniem na głos parlamentu. Z datą wejścia w życie zasady ostateczności wyroków zmieniona została istota relacji TK – świat polityki, co miało bezpośredni wpływ na stan naturalnego, rosnącego od tej chwili stale napięcia na tej linii. Nie wydaje mi się, aby termin Izba Konstytucyjna miał odniesienie do pozycji tego sądu w oderwaniu od jego ustrojowo-organizacyjnego usytuowania. Jeśli taki termin się pojawiał (a po raz pierwszy użyto go w programie Samorządnej Rzeczpospolitej z I Zjazdu „Solidarności” z 1981 r.), to w znaczeniu dodatkowej izby Sądu Najwyższego, jako alternatywnego rozwiązania dla odrębnego sądu (trybunału) konstytucyjnego. Dostrzegam, że ten termin został zapożyczony w wypowiedzi Pierwszego Prezesa SN Adama Strzembosza, ale brak wyraźnego rozróżnienia ze wskazaniem kontekstu tego zapożyczenia może wywoływać wątpliwości, a nawet nieporozumienia. Nie wydaje mi się też, aby warto było termin „trzecia izba parlamentu” używać w odniesieniu do organu, który obecnie, zachowując formalnie nazwę TK, przybrał postać nadaną praktyką ostatniego okresu – ostatecznie wraz z zakończeniem kadencji prof. Andrzeja Rzeplińskiego. W literaturze tym pojęciem określa się sądy konstytucyjne funkcjonujące w ramach respektowanego porządku konstytucyjnego, z podkreśleniem ich roli w *de facto* tworzeniu prawa. Ma to zwykle związek z koncepcją spojrzenia na sąd konstytucyjny jako na tzw. negatywnego ustawodawcę. Miałby on mieć taki właśnie charakter

poprzez to, że eliminując z systemu prawa akty normatywne, a najczęściej ich fragmenty, nie ma kompetencji do wpisywania w miejsce usuniętych jednostek redakcyjnych nowych przepisów. Zgodnie z tą teorią Trybunał nic nie może dopisywać, stąd – ustawodawca negatywny. Otóż, pomijając nawet fakt, że teoria ta upada w przypadku tzw. pominięć ustawodawczych, co jest *par excellence* takim właśnie dopisywaniem przypadków, o których ustawodawca „zapomniał” albo wydaje się, że zapomniał, i to w praktyce wcale nierzadkim, to trudno przejść do porządku dziennego nad tym, że zawsze niemal wycięcie jakiegoś fragmentu aktu normatywnego tworzy tym samym nową pozytywną postać i jakość całości. Czasami to wycięcie wymaga ustawodawczego „zacerowania”, ale nie zawsze, a powstała dziura w kontekście otoczenia tworzy właśnie nową jakość – niczym dziury w... dżinsach dzisiejszej młodzieży. To nie są przecież dziury, a efekt świadomego zabiegu nadającego owym dżinsom lifestyle’owy charakter. W gruncie rzeczy jednak obecny TK nie jest żadną „trzecią izbą parlamentu”. W tym miejscu po prostu niemal nic nie pozostało.

Pomimo tych uwag artykuł stanowi bardzo dobre zobrazowanie historii Trybunału i jego zmiennej funkcji w ujęciu faktograficznym, a próba zidentyfikowania najistotniejszych aspektów jego aktywności oraz ich zinterpretowania w warstwie prawnej i pozaprawnej jest ważnym wkładem do dyskusji o zadaniach i pozycji ustrojowej oraz politycznej TK. Artykuł zachęca, a wręcz prowokuje, do polemiki i w ogóle do dyskusji, stanowiąc bardzo dobre do niej wprowadzenie.



Ewa Stawicka

ŻYCZENIE

Nie próbuję być oryginalna. Nie unikam nawiązania do pandemii. Dla kilku pokoleń urodzonych po II wojnie światowej jest to pierwsze doświadczenie zagrożenia niespodziewaną śmiercią. Jakże inaczej postrzegali podobne sytuacje mieszkańcy Europy dodziewiętnastowiecznej! Epidemie dziesiątkujące ludność zdarzały się dawniej co kilkadziesiąt lat. Nie stawiano im granicznych kordonów, wszak wolność przepływu osób była wtedy wartością oczywistą, nie honorowaną jedynie przez rosyjskie samodzierżawie. Na co dzień zaś, oswojenie że śmiercią przynosiła wszechobecna wówczas gruźlica.

Zupełnie nieprawdopodobnie brzmią dla dzisiejszego czytelnika urywki korespondencji kolegów, przyjaciół Fryderyka Chopina. Stan zdrowia tego czy owego spośród znajomych, o kim wiadomo było, iż stoi nad grobem – podawano rzeczowym, beznamiętnym tonem, bez ogródek wysuwając przypuszczenia, ile miesięcy życia jeszcze mu pozostało. Sam kompozytor również zdawał się mieć świadomość, że każde kolejne lato i zima są mu darowane przez los; gorączkowo tworzył, zamawiał nowe modne dodatki do ubrań, składał wizyty przyjaciołom i sponsorom. I udzielał odpłatnych lekcji aby zarobić na życie.

Na październik 2020 r. zaplanowano w Warszawie zmagania młodych pianistów z całego świata w cyklicznie rozgrywanym Kon-

kursie Chopinowskim. Eliminacje do Konkursu przesunięto z wiosny na wrzesień, a czas pokaże, czy COVID-19 pozwoli utrzymać to wydarzenie w pięcioletnim rytmie kalendarzy. Dotychczas tylko II wojna światowa spowodowała nieregularnie długą przerwę pomiędzy kolejnymi konkursami.



Zgodnie z Regulaminem XVIII Konkursu Chopinowskiego, wszelkie przesłuchania uczestników mają się odbywać publicznie. Ostatnie tygodnie przyzwyczały społeczeństwa wielu krajów do posługiwania się elektroniczną formą kontaktu w bardzo wielu dziedzinach, w których dotychczas bezpośredniość wydawała się konieczna. Czyżby muzyka miała się okazać ponad wszystko? Bardzo tego pragniemy. Artysta powinien móc zaprezentować, że potrafi uczynić słuchaczy swoim drugim instrumentem. A może jednak jest inaczej, może ten okrutny, schorowany czas rozkaże wykonawcy by wypracował w sobie wyobraźnię tak wielką, która zdoła przeniknąć pustkę koncertowych sal i trafić wprost do rezonujących serc po drugiej stronie internetowego łącza?

Regulaminów stworzonych na potrzeby tegorocznego Konkursu jest kilka, porządkują one rozmaite kwestie, takie jak warunki zakwalifikowania się do udziału w kolejnych etapach czy też pracę jury. Osobnym regulaminem opisano reguły dopuszczania na scenę instrumentów, a raczej możliwość ich dostarczenia przez producentów. Nieodparcie nasuwa się porównanie z samochodowymi wyścigami Formuły 1, w których wytwórcy aut gotowi są na wiele, aby tylko ich marka została dostrzeżona.

W zasadniczym regulaminie dotyczącym się samego jądra Konkursu, zapisano możliwość posłużenia się przez wykonawców wszelkimi dostępnymi wydaniem dzieł Fryderyka Chopina, rekomendując przy tym Wydanie Narodowe pod redakcją Jana Ekiera. Praca nad ową, opartą na oryginalnych źródłach, doskonałą edycją stała się bodaj najważniejszym dziełem, jakie ten wybitny muzyk i pedagog wykonywał od roku 1959 aż po kres swego długiego i pracowitego życia, zakończonego w roku 2014.

Pierwszy trud opracowania pośmiertnie dzieł Fryderyka podjął wieloletni jego przyjaciel Julian Fontana; już za życia kompozytora pełnił rolę plenipotentą i w tym charakterze nieraz wyklócał się z wydawcami o honoraria. W 1853 r. najstarsza siostra Chopina – Ludwika Jędrzejewiczowa – podpisała, wraz z matką i siostrą Izabelą Barcińską (ojciec już nie żył w tamtym czasie), upoważnienie spadkobierców dla Fontany do zajęcia się – w sensie edytorskim – całością nieuporządkowanej schedy kompozytorskiej po bracie. Wierny Fontana nie do końca zdołał się z tego wywiązać, ponieważ w kilka lat potem stracił słuch. Wedle relacji rozpowszechnionej literacko przez Jarosława Iwaszkiewicza, Fryderyk Chopin na łożu śmierci nakazał spalić bodaj sześćdziesiąt pięć niewydanych za życia swoich utworów, ale bliscy zdecydowali inaczej. Niektóre spośród tak ocalonych mazurków czy walców bywają współcześnie grywane jako zadania konkursowe.

Jesienią roku 2019 umarła ostatnia osoba z warszawskiej linii wywodzącej się od Ludwika Jędrzejewiczowej, a mianowicie jej praprawnuczka, Krystyna Gołębowska. Inni potomkowie Ludwiki mieszkali przez lata w Toruniu, przeprowadziwszy się z Wilna, zaś ostatnia przedstawicielka tej części rodu – Maria Bichniewicz – (także praprawnuczka) odeszła ze świata w Roku Szopenowskim, to znaczy 2010.

Z dnia 3 lutego 2001 r. pochodzi ustawa o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina. Majątkowe prawa autorskie są rzecz jasna wygasłe, natomiast autorskie prawa osobiste ciągle trwają. Wedle brzmienia ustawy, wykonuje je minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego; w przypadku naruszeń, zasądzone kwoty odszkodowania czy też zadośćuczynienia mają zasilać

finanse instytucji kultury – Narodowego Instytutu Fryderyka Chopina. Takie same zasady odnoszą się do ochrony wizerunku i nazwiska genialnego muzyka.

Zapewne, przepisy takie mają szansę zapewnić najlepszą z możliwych ochronę klejnotu z narodowego skarbcza. Jednak, jak trafnie podniósł Jacek Mazurkiewicz w dziewiątym, poświęconym osobnym refleksjom nad wspomnianą tutaj ustawą, rozdziale swej pracy *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim* (Wrocław 2010) – można by takiemu uregulowaniu przypisać sprzeczny z Konstytucją RP skutek ekspropriacyjny, skoro prawnicy spadkobiercy Chopina pozostawali przy życiu w dacie wejścia ustawy w życie.

Kiedy się czasami rozmawia z potomkami znamienitych niegdyś rodów, praktycznie zawsze dostrzegalny jest rys prywatności w ich relacji do historycznych postaci, z którymi są spokrewnieni. Być może naiwnie zabrzmia pytanie: w jaki sposób zareagowałyby spadkobierczynie – praprawnuczki najstarszej siostry Fryderyka Chopina, tej która serce ukochanego brata nielegalnie przewiozła w kuferku przez rosyjską granicę – na prawne zawarowanie używania miana ich wuja jako marki alkoholu?

Człowiek, choćby z jego niepowtarzalnego dorobku garściami czerpały zastępy małych i wielkich i chociażby jego ziemski byt domknął się już dawno – na zawsze zachowuje swą prywatność. Nawet w wygasłej rodzinie trwa integralność. I nie nasza to – postronnych – rzecz, że potomkowie w linii prostej, a także w liniach bocznych Mikołaja Chopina i Justyny Krzyżanowskiej, ani we Francji ani w Polsce, nie przejawili przez dwa stulecia ochoty na wyjście z cienia. Za to – jak Krystyna Gołębiewska, która blisko związana była z państwowymi instytucjami opiekującymi się spuścizną po narodowym kompozytorze – trwali w pamięci o nim.

Gdybym ja była słoneczkiem na niebie... Marzyłoby się odzyskanie w Europie, a może i poza nią, zstępnym rozmaitych niespokrewnionych z kompozytorem osób, które w jakikolwiek sposób były z nim związane: uczniów, przyjaciół, dobroczyńców, wydawców – i zebranie od nich pozostałości rodzinnych wspomnień o Chopinie. Być może taka właśnie (internetowa, rzecz jasna) akcja pomogłaby przetrwać niepewność dzielącą nas od Konkursu. Ten oto postulat kieruje „Głos Prawa” ku Muzyce.



Adam Redzik

„NIECHAJ MARTWI UFAJĄ ŻYWYM”
WSPOMNIENIE ADW. STANISŁAWA MIKKE
– W 10. ROCZNICĘ ŚMIERCI

Na biurku w redakcji stało rodzinne zdjęcie z górami w tle, a na nim żona Bożena, córka Kasia i syn Włodek. Na ścianie, za plecami Redaktora, wisiał portret Marszałka Józefa Piłsudskiego. Olbrzymi stół w gabinecie w całości pokryty był teczkami ze zgłoszonymi propozycjami artykułów do „Palestry”, książkami i kserokopiami, które mogły stać się motywem kolejnego zeszytu, albo doprowadzić do realizacji jakiegoś przedsięwzięcia służącego upamiętnieniu tych, którzy odeszli.

Był niewątpliwie człowiekiem misji, a miał ich kilka. Być może najważniejszą była misja katyńska. Urodził się wszak i dorastał w cieniu Katynia, gdyż jego stryj, po którym otrzymał imię, stał się ofiarą Sowietów w czasie wojny. Od 1991 r. był uczestnikiem prac ekshumacyjnych w miejscach zbrodni, co potem opisał w wyjątkowej książce-reportażu („Śpij, Mężny” w Katyniu Charkowi i Miednoje). Po latach, w 1997 r. odbył podróż przez Rosję i dotarł do Kotłasu, gdzie w 1944 r. z wycieńczenia zmarł stryj Stanisław. Na drzewie umieścił tabliczkę: „Stanisław Mikke 1898–1944 / Opiekun wywiezionych Polaków / zamęczonych przez NKWD w Kotłasie / Niech się Polska przyśni Tobie”. Inną Jego misją było dbanie o morale i edukowanie adwokatów – zawsze z dumą podkreślał, że jest adwokatem. Był przekonany o etosie zawodu obrończego, dlatego dą-

żył do upamiętnienia wybitnych adwokatów i tych spośród nich, którzy życie oddali za Ojczyznę.

Poznałem adwokata Stanisława Mikke w 2005 r. Do kwietnia 2010 r. wspólnie pracowaliśmy. W tym czasie miały miejsce liczne konferencje, spotkania, wystawy, odbyliśmy setki rozmów, udzielał cennych rad, konsultacji. Wiele z nich brzmi w pamięci do dzisiaj. Nad moim biurkiem wisi portret Marszałka Piłsudskiego – dar od Mecenasa Mikke i Jego Małżonki.

Rokrocznie latem Rodzina Mikke wyjeżdżała nad morze (po-
czątkowo do Helu, a potem do Jastarni) i do Zakopanego. Góry i Zakopane kochał wyjątkowo. Często opowiadał o dzieciach, ich zainteresowaniach. Wspominał, że gdy Kasia była maleńka on musiał wyjechać na ekshumacje do Katynia i innych miejsc zbrodni. Mówił jak się wtedy bał. Kilka miesięcy przed kwietniem 2010 r. dzielił się refleksjami z wyjątkowej wyprawy, którą odbył na prośbę jedenastoletniego syna. Otóż Włodek poprosił Go o wspólny wyjazd do KL Auschwitz. Pamiętam, jak przyszedł do redakcji i z nieskrywaną dumą podzielił się informacją, że nie zwlekając pojechali pociągiem do Oświęcimia.



Na tle ukochanych gór. Fotografia ze zbiorów rodzinnych

Urodził się 11 września 1947 r. w Łodzi, w patriotycznej rodzinie Haliny z d. Bartnickiej (zm. 2009 r.) i Włodzimierza Mikke (zm. 1976 r.). Na chrzcie otrzymał imiona Stanisław Wojciech. Wychowywał się w Częstochowie. W 1965 r. ukończył Liceum Ogólnokształcące im. Romualda Traugutta w Częstochowie, a następnie Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (1965-1970).

Potem odbył aplikację prokuratorską i w kwietniu 1972 r. zdał egzamin prokuratorski. Zawód prokuratora wykonywał do grudnia 1981 r. Początkowo był asesorem Prokuratury Powiatowej w Grójcu, potem podprokuratorem i wiceprokuratorem w Prokuraturze Rejonowej w Pruszkowie, a od 1978 r. podprokuratorem Prokuratury Wojewódzkiej w Warszawie. W 1978 r. zachorował na gruźlicę. Wiele miesięcy spędził w szpitalu. W tym czasie odwiedzał Go cioteczny brat i mistrz Władysław Lech Terlecki, który zachęcił krewnego do pisania. Rehabilitację odbywał na delegacji w prokuraturze w Nowym Targu (do jesieni 1979 r.). Tam powstała debiutancka powieść pt. *Dopóki żyję, nie nadejdzie*, która ukazała się w 1983 r. Na łamach „Życia Literackiego” zrecenzował ją krakowski pisarz i malarz Marek Sołtysik, który w przyszłości stał się przyjacielem. *Nota bene* w tym samym numerze czasopisma Stanisław Mikke zamieścił opowiadanie pt. *Słodkie cytryny*. Weszło ono potem w skład zbioru opowiadań pod tym samym tytułem (1987).



Recenzja debiutanckiej powieści Stanisława Mikke – „Życie Literackie” 1984, nr 29

W 1982 r. nakładem wydawnictwa MON w serii „z żółtym tygrysem” wydana została książka pt. *Na ścieżkach pożogi* (ss. 118), oparta na relacjach żołnierza września 1939 r. Krzysztofa Hofmana. Książkę poprzedza informacja: „Panu Stanisławowi W. Mikke dziękuję za pomoc w nadaniu moim wspomnieniom kształtu literackiego, Krzysztof Hofman”. W kolejnych latach wydał trzy kryminały pod pseudonimem „Dominik Karo”: *Kwaśne pomarańcze* (1985 r.), *Skorpion czeka na mordercę* (1989 r.) oraz *Śmiertelna dawka szczęścia* (1992 r.). Pseudonimu Dominik Karo używał też publikując na łamach „Detektywa”. W 1991 r. ukazał się zbiór dwudziestu sześciu felietonów kryminalnych pt. *Spadek po bigamiście*. Felietony powstały na podstawie prawdziwych wydarzeń z lat 1982-1989, ale zmieniono imiona i nazwiska osób. W późniejszych latach używał także pseudonimu „Wacław Dowgiałło”. Miał wiele pomysłów na książki. Pisał opowiadania. Zamierzał napisać książkę o zbrodni

w Ponarach pod Wilnem, ale nie zdążył. Napisał natomiast wspomnianą książkę o zbrodni katyńskiej.

Warto odnotować, że był aktywnym uczestnikiem słynnych niegdyś „Sympozjów Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych”, organizowanych od końca lat 70. w Chęcinach m.in. przez profesorów Tadeusza Widłę i Jana Widackiego. Przyjaźnił się z Krzysztofem Piesiewiczem i Krzysztofem Kieślowskim, będąc konsultantem ich filmów, w tym *Krótkiego filmu o zabijaniu*.

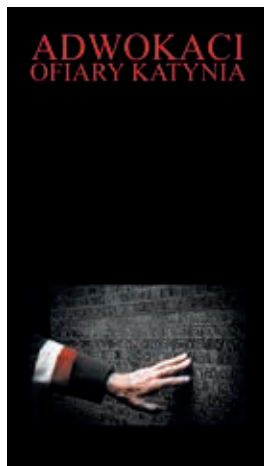
W 1980 r. prokurator Mikke był jednym z badających katastrofę Iła-62, który rozbił się 14 marca 1980 r. w pobliżu Okęcia. Z dniem 1 grudnia 1981 r. awansował na stanowisko wiceprokuratora Prokuratury Wojewódzkiej w Warszawie. 14 grudnia tr. (dzień po wprowadzeniu stanu wojennego) wezwany został do przełożonego, który zażądał, aby aresztował pisarza, publicystę i działacza opozycji Jana Józefa Lipskiego (1926-1991). Odmówił i więcej w pracy się nie pojawił. Niedługo później podjął pracę w „Gazecie Prawniczej”, gdzie współpracował ze Stanisławem Milewskim.

W czerwcu 1985 r. złożył podanie do ORA w Warszawie wnioskując o wpis na listę adwokatów z prawem wykonywania zawodu w Warszawie. Rekomendacji udzielili Mu znani adwokaci Witold Bayer (żołnierz AK, więzień polityczny okresu stalinowskiego, a potem założyciel Ośrodka Badawczego Adwokatury) oraz Czesław Jaworski (późniejszy Prezes NRA), a także sędzia Sądu Wojewódzkiego Lech K. Paprzycki (potem Prezes SN). 5 grudnia 1985 r. wpisany został na listę adwokatów, a 12 lutego 1986 r. złożył ślubowanie. Praktykę wykonywał w zespole adwokackim, a od 1992 r. do śmierci w kancelarii indywidualnej.

Bardzo szybko Stanisław Mikke zyskał uznanie w środowisku adwokackim. Zaangażował się w pracę samorządu adwokackiego. Od 1992 r. do śmierci był członkiem ORA w Warszawie. W latach 1993 i 1995-2001 był rzecznikiem prasowym NRA, a w latach 1998-2010 przewodniczył Komisji Etyki NRA. Był wykładowcą na szkoleniach dla aplikantów, patronem kilkorga z nich.

Najważniejszym polem działalności samorządowej adw. Mikke, które ukochał, było redagowanie „pisma Adwokatury Polskiej” – „Palestry”. W latach 1990-1992, w czasie gdy funkcję redaktora naczelnego pełnił adw. Czesław Jaworski, był zastępcą redaktora naczelnego. W lutym 1993 r. powołany został na stanowisko redaktora naczelnego i sprawował je do końca. W grudniu 2005 r. zaprosił niżej podpisanego do współpracy w dziele redagowania pisma. Dzięki adw. Mikke miesięcznik „Palestra” stał się jednym z najważniejszych i najlepiej rozpoznawanych czasopism prawniczych w Polsce. Był wtedy periodykiem szczególnym – naukowym i społeczno-kulturalnym oraz samorządowo-adwokackim. W „Palestrze” nie brakowało opracowań historyczno-prawnych i historycznych, ale i literatury

pięknej, felietonów, relacji z działalności samorządu adwokackiego. Swoistą cechą miesięcznika były inspirowane sztuką, rocznicami, literaturą oraz bieżącymi wydarzeniami okładki, o które redaktor naczelny dbał, bo słusznie uważał, że okładka stanowi wizytówkę pisma, a do tego daje możliwość przekazania pewnych treści nie tylko słowem. Gdy trafiłem do redakcji, moja rola nie polegała na wzmacnianiu części historycznej i historyczno-prawnej, bynajmniej. Starłem się wzmacniać cywilistyczną stronę czasopisma i temperować historyczne zamiłowania Mecenasa Mikke, choć znajdowaliśmy tu wspólny język.



Adw. Stanisław Mikke w czasie jednej z ekspedycji w miejscach zbrodni katyńskiej – w rękę trzyma czaszkę z kilkoma śladami po szuflach. Plansa z wystawy „Adwokaci ofiary Katynia”.

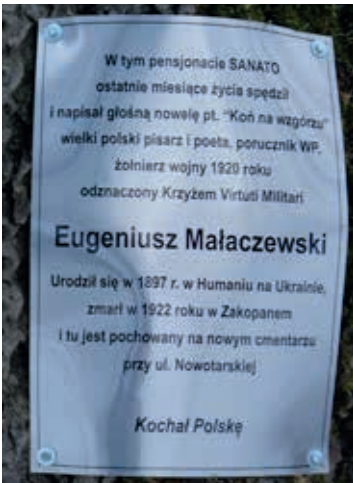
Zdjęcie dłoni dziecka oficera zamordowanego w Katyniu wykonał Stanisław Mikke.

Fot. zbiory rodzinne

Wiele trudów poświęcił upamiętnieniu zaangażowania adwokatów w służbie Ojczyźnie. Z Jego inspiracji doszło do wykonania kopii portretu adwokata i powstańca styczniowego, kilkukrotnego zesłańca Henryka Krajewskiego pędzla Jana Matejki. Owa znakomicie wykonana kopia znajduje się chyba do dzisiaj w gabinecie Prezesa NRA. Był inicjatorem i współautorem obelisku poświęconego adwokatom Powstańcom Warszawskim, który znajduje się w Ogrodzie Pamięci Muzeum Powstania Warszawskiego. Na Jego też wniosek w 2000 r. Prezydium NRA podjęło uchwałę o pośmiertnym przyznaniu odznaczenia „Adwokatura Zasłużonym” wszystkim adwokatom zamordowanym w ramach zbrodni katyńskiej wiosną 1940 r. Adwokatom zamordowanym przez Sowieców poświęcił specjalny zeszyt „Palestry” (nr 4 z 2000 r.). Dziesięć lat później, w przeddzień 10 kwietnia, z Jego inicjatywy i z Jego ogromnym zaangażowaniem przygotowaliśmy z panią Anną Grabowską wspomnianą wystawę

plenerową „Adwokaci – Ofiary Katynia”. Dwa lata wcześniej zainicjował i współorganizował wystawę plenerową „Adwokaci Polscy Ojczyźnie”, której efektem jest dwujęzyczny album pod tym samym tytułem (drugie wydanie w 2011 r.).

Przywracał do pamięci zbiorowej wielkich zapomnianych. Po tym, jak pokazałem mu przedwojenną książeczkę Eugeniusza Małaczewskiego (1897-1922) pt. *Koń na wzgórzu*, tak się nią zachwycił (jak i, a może przede wszystkim, samym Małaczewskim), że dzięki pomocy Andrzeja Przewoźnika doprowadził do wyremontowania jego grobu na cmentarzu nowotarskim w Zakopanem oraz wydania utworów zebranych (Eugeniusz Małaczewski, *Utwory zebrane*, LTW 2008). Ten pisarz i poeta był skazany na zapomnienie w okresie PRL. W lutym 2010 r. adw. Mikke wspólnie z Synem Włodkiem umieścił przed dawną willą Sanato w Zakopanem, w której zmarł Eugeniusz Małaczewski, tablicę informacyjną. Przybił ją do drzewa, po czym wysłał nam SMS-a „Palce odmrożone, ale tablica przybita”. Wisi ona do dzisiaj, a Małaczewski – wcześniej pomijany w każdym przewodniku zakopiańskim, dzisiaj jest obecny.



Tablica na drzewie przed dawnym sanatorium Sanato, w którym zmarł Eugeniusz Małaczewski oraz okładka albumu „Adwokaci Polscy Ojczyźnie” (red. S. Mikke, A. Redzik, 2008)

W piątek 9 kwietnia 2010 r. dokonywaliśmy ostatnich korekt w „Palestrze” chopinowskiej, do której załączyliśmy płytę z muzyką Chopina graną przez Ignacego Jana Paderewskiego. Przygotowywaliśmy ją długo. Wydaliśmy już po katastrofie.

Tego samego dnia – 9 kwietnia – adw. Mikke odebrał z wydawnictwa pierwsze egzemplarze drugiego wydania swojej najważniejszej książki – „Śpij, Mężny” w *Katyniu, Charkowie i Miednoje*. Kilkadziesiąt egzemplarzy wziął ze sobą do samolotu i rozdał uczestnikom dele-

W dniu pogrzebu, 26 kwietnia 2010 r. w Moskwie odbyła się konferencja, podczas której Zmarły miał wygłosić referat pt. *O znaczeniu ekshumacji i mógł w pamięci o Ofiarach*. Referat na konferencję przygotował znacznie wcześniej. Został on odczytany po rosyjsku... Uczestnicy wysłuchali słowa laureata Nagrody Nobla Güntera Grassa, które rozpoczynały referat – „milczenia Ofiar nie sposób nie słyszeć”. Jak relacjonowała uczestniczka, wszyscy słuchali w smutku i milczeniu o obowiązkach wobec ofiar: „Nie spojrzymy w oczy Ofiarom. Ale sobie patrzmy w oczy. I żebyśmy patrząc na siebie mogli zawsze mówić: Nie zawiedliśmy Ich. Z tego miejsca, w tym odmienionym mieście, w którym kiedyś podejmowane były straszne, okrutne i tajne decyzje, pragnę powtórzyć te słowa: NIECHAJ MARTWI UFAJĄ ŻYWYM”.

Na rocznicę śmierci udało się wydać niedokończony przez adw. Mikke wybór jego felietonów, esejów i innych tekstów zamieszczonych w „Palestrze”. Przedmowę napisał śp. adw. Czesław Jaworski. W zbiorze zamieściliśmy portret pędzla Marka Sołtyśnika. Okładkę zaprojektował Krzysztof Ciesielski. W księdze znalazło się też nigdy wcześniej niepublikowane, a dedykowane synowi Włodkowi, opowiadanie pt. *Cień*.

W tym samym roku nakładem Wydawnictwa LTW ukazało się trzecie wydanie książki – „*Śpij, Mężny*” w *Katyniu, Charkowie i Miednoje*, z przedmową Zbigniewa Brzezińskiego. Staraniem Małżonki – Bożeny Mikke – doszło potem do wydania tej wybitnej książki w wersji audio.

Lista zasług Stanisława Mikke dla środowiska adwokackiego i dla Polski jest bardzo długa. W okresie 1997-2001 był sędzią Trybunału Stanu, a w ostatnich latach angażował się w prace Komisji Bioetycznej przy Instytucie Kardiologii w Aninie. Za działalność na rzecz adwokatury odznaczony został w 1995 r. odznaką „Adwokatura Zasłużonym”, a pośmiertnie „Wielką Odznaką Adwokatura Zasłużonym”. Otrzymał też Krzyż Kawalerski Orderu *Polonia Restituta* oraz Złoty Medal Opiekuna Miejsc Pamięci. 16 kwietnia 2010 r. został pośmiertnie odznaczony Krzyżem Komandorskim z Gwiazdą Orderu *Polonia Restituta*. W 2011 r. uhonorowany został pośmiertnie nagrodą im. Edwarda J. Wende. W latach 2015-2016 na zlecenie NRA wyprodukowany został film dokumentalny o adwokacie Mikke pt. *Śpij, Mężny*, w reżyserii Rafała Geremka. Miał on premierę telewizyjną 16 kwietnia 2016 r. w TVP Historia. W 2016 r. Rada Miasta Warszawy podjęła uchwałę o nadaniu imienia Stanisława Mikke ulicy przy Sądzie Okręgowym na Mokotowie, prostopadłej do ul. Czerniakowskiej. Zastosowana w nazwie ulicy odmiana nazwiska nie spodobałaby się jej patronowi.

Wielu kolegów pisało i mówiło, że adwokat Stanisław Mikke był „sumieniem adwokatury”, inni dodawali, że był człowiekiem misji,

idealistą, którego charakteryzowało też to, że w ludziach widział dobro. Tak zapamiętali Go najbliżsi, przyjaciele.

Powtarzał za swoim ulubionym poetą – „niechaj martwi ufają żywym”. Ufali mu, a On dbał aby pamięć trwała... W 2002 r. utworzył w redagowanym przez siebie czasopiśmie dział „Memori custodire”, którego celem uczynił, zgodnie z jego nazwą, zachowanie w pamięci ważnych wydarzeń oraz ludzi, którzy odeszli, a dokonali wiele dla Polski i dla innych.

Memoria custodire...

W 2011 r. w „Palestrze” został opublikowany wiersz adwokat-poetki Ewy Stawickiej stanowiący komentarz do fotografii chmur, którą znalazła się na okładce, a wykonana została przez adw. Mikke z pokładu samolotu w czasie lotu do Pragi.

TAM, PONAD NAMI

Tam, ponad nami, w obłokach-niebiosach
Jest takie okno, otwarte na życie.
Człowiek w nim staje przejrzysty jak rosa,
Którą go ziemia dotknęła o świcie.

Tam, ponad nami, teraz-wiekuisto
Sprawy są proste i nie boją wcale.
Bo można przyjąć i darować wszystko,
Jeśli się widzi już, co było dalej.

Tam, ponad nami, kędyś-niedalecy
Trwają ci wszyscy, których wśród nas nie ma.
Żebyż tak jeszcze suche ciepło świecy
Umiało stopnieć w ufnym: „Do widzenia!”



DIKE – ZAPOZNANA „SPRAWIEDLIWOŚĆ”

„Dike? Czy Nike? Nie pomyliłeś się?”

Tak zareagował jeden z cenionych prawników na informację, że w następnym numerze napiszę o Dike.

W powszechnej świadomości ta mitologiczna córka Zeusa i Themis nie istnieje. Themis (gr. Θέμις) – uchodząca za córkę Uronasa i Gai – była drugą żoną Zeusa (po Metydzie), matką trzech bogiń „drugiej kategorii” – bogiń strzegących ładu między ludźmi i rytmu natury. Źródła greckie jako takie trzy boginie – Hory (gr. Ὅραι) – wymieniają: Eunomię (gr. Εὐνομία) utożsamianą z praworządnością, a właściwie z dobrym prawem i ustrojem, czyli rządzeniem zgodnie z dobrymi prawami; Ejrene (gr. Εἰρήνη) – utożsamianą z pokojem oraz właśnie Dike (gr. Δίκη) – ze sprawiedliwością.

Eunomia to strażniczka porządku społecznego, a jednocześnie synonim dobrego porządku, sprawiedliwego podziału – współcześnie „zrównoważonego rozwoju”. Słowo „eunomia” było ważnym pojęciem greckiej myśli politycznej. Nie może dziwić, że boginię przedstawiano często ze zwojem papirusu. Przeciwnieństwem jej była bogini bezprawia – Dysnomia, córka skrzydlatej bogini niezgody Eris.

Ejrene, bogini pokoju, to w języku łacińskim Pax. Przedstawia była w wyobrażeniach z małym Plutosem na ręce (czyli bogiem bogactwa), rogiem obfitości, pochodnią, berłem lub gałązką oliwną.

Trzecia z córek Zeusa i Temidy to Dike, czyli bogini sprawiedliwości. Często jest utożsamiana z Astreą, córką Astræusa i Eos, boginią sprawiedliwości, niewinności, czystości i precyzji, niebiańską dziewicą, która według mitologii była ostatnią z nieśmiertelnych, które żyły z ludźmi podczas złotego wieku. Dike przedstawiana była w sukni, z mieczem i wagą. To wyobrażenie przetrwało tysiąclecia, ale odnosi się je do jej matki – Themis, czyli bogini prawa i wiecznego porządku. Dzisiaj to Temida jest przedstawiana z mieczem i wagą oraz opaską na oczach (lub bez tej opaski), choć pierwotnie wyobrażenie to odnoszono do Dike.

W powszechnym odbiorze z bogatej palety greckich bóstw sprawiedliwości, prawa, porządku prawnego przetrwała Temida, a z rzymskich – Iustitia. Nie

rozdzielił ich. To efekt wieków, kiedy dominowała łacina, a klasyczne wyobrażenia przystosowywano do zasad chrześcijańskich. Dike złąła się z Themis i Iustitią, jako „Sprawiedliwość – Iustitia”, jedna z najważniejszych chrześcijańskich cnót. W ten sposób średniowieczni i nowożytni twórcy przynosili do współczesności starożytne wyobrażenia.

Przedstawiona na czwartej stronie okładki personifikacja Sprawiedliwości powstała w Rzymie w 1568 r. i jest jednym z najoryginalniejszych dzieł włoskiego, mało znanego rytownika Mario Cartaro (1540-1620). Niewątpliwie zwraca uwagę suknia z elementami uzbrojenia oraz jasny łuk wieńczący wzgórze, w kierunku którego zmierza personifikacja Sprawiedliwości. Rycina odpowiada greckim wyobrażeniom Dike i Astrei, a elementy zbrojne w ubiorze to wpływ chrześcijaństwa – wszak w symbolice cnoty Sprawiedliwości miecz to kara, ale i obrona, zaś waga to równowaga wyznaczająca granicę między prawem i bezprawiem, to także nieuchronne przeznaczenie.

AJR

INFOMACJA DLA AUTORÓW

„Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda” – “The Voice of Law. Allerhand Law Review”, to czasopismo o profilu prawniczym, nie stroniące jednak od zagadnień z zakresu nauk humanistycznych i społecznych, a w szczególności ekonomii, socjologii i historii.

Tak jak prawo nie istnieje w oderwaniu od życia, tak i „Głos Prawa” nie ogranicza się wyłącznie do dogmatyki prawa. Kieruje nami myśl wyrażona już w 1924 r. przez redaktora lwowskiego „Głosu Prawa”, aby być otwartym czasopismem „żywego prawa”, redagowanym „przy współudziale przedstawicieli nauki i praktyki”.

W czasopiśmie publikujemy artykuły, głosy, przeglądy orzecznictwa, polemiki, recenzje, teksty praktyczne oraz autorskie felietony.

Przyjmujemy artykuły o objętości do 22 stron, głosy o objętości 5-10 stron, recenzje o objętości do 6 stron (przy założeniu, że strona to 1800 znaków). Prosimy o przesyłanie materiałów drogą elektroniczną, na adres e-mail: glosprawa@gmail.com. Do podpisanego opracowania należy dołączyć dane kontaktowe (numer telefonu, adres e-mail).

Nadesłanie tekstu do redakcji wyraża zamiar opublikowania go w „Głosie Prawa” i jest tożsamy ze zgodą na opracowanie redakcyjne tekstu oraz z udzieleniem licencji na opublikowanie opracowania w wersji elektronicznej w Internecie oraz w wersji papierowej (tradycyjnej). Autor przed publikacją opracowania otrzyma je do korekty autorskiej. Wydawca „Głosu Prawa” nie wymaga, aby Autor przynosił prawa autorskie, ale udzielił licencji. Każdy artykuł sygnowany jest oznaczeniami autora, zaś pozostałe informacje o autorze podawane są w przypisie, zaś ich treść ogranicza się do wskazania stopnia/tytułu naukowego, afiliacji oraz numeru ORCID. Każdy artykuł po opublikowaniu jest ogólnie dostępny w Internecie.

Prosimy, aby podali Państwo propozycję tytułu w języku angielskim oraz załączyli krótkie streszczenia (do 600 znaków) w języku polskim oraz w języku angielskim, a także pojęcia kluczowe (w językach polskim i angielskim) oraz bibliografię załącznikową (uporządkowaną alfabetycznie, z podaniem nazwiska i pełnego imienia autora oraz dokładnego opisu publikacji).

Artykuły napływające do redakcji poddawane są obustronnie anonimowym recenzjom, których wynik wpływa na decyzję o skierowaniu materiału do publikacji. O wyniku recenzji Autorzy są informowani niezwłocznie po otrzymaniu tekstu recenzji od recenzenta.

Na stronie internetowej „Głosu Prawa” (www.glosprawa.pl) znajdują się szczegółowe informacje o wymogach wobec przesyłanych opracowań, sposobie cytowania literatury, sporządzania streszczeń i bibliografii, a także o formularzu recenzji.

Opracowań niezamówionych nie zwracamy.



„The journal is published with the participation
of representatives of the science and practice
of law and economics”

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS

From Editors

A brief editorial overview of the contents of the Journal. From this issue onwards it will be published in two versions – Polish and English.

OPERA

Ewa Salkiewicz-Munnerlyn, *Interim Measures of protection in the International Court of Justice order of 23 January 2020 in Case Gambia v Myanmar*

This article examines the order of the International Court of Justice indicating the provisional measures in the matter of application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v Myanmar*) from 23 January 2020. The different aspects of the traditional requirements for indication of provisional measures will be presented, based on the ICJ jurisprudence, especially as far as its binding force is concerned, after its judgment in the *LaGrand* case, where the Court clarified that its orders on interim protection are binding. We will also present one new requirement – the plausibility test of the protected rights – expressed by the Court for the first time in the *Belgium v Senegal* case.

Keywords: Article 41; International Court of Justice, provisional measures/interim measures of protection, requirements, plausibility, conditions for granting provisional measures; legal effects of provisional measures; prevention of a dispute

Monika Strus-Wołos, *The state of epidemic caused by the SARS-CoV-2 virus (COVID-19) as force majeure justifying the suspension of the limitation periods for claims under Article 121 point 4 of the Polish Civil Code*

The aim of the article is to examine whether a pandemic, such as the one caused by the SARS-CoV-2 virus, which exerts a significant impact on the economic life and the administration of justice, and which has already resulted in many specific legal regulations and the declaration of the state of epidemic, may lead to the suspension of the limitation periods as force majeure under Article 121 point 4 of the Polish Civil Code. The article is directed to practitioners, and contributes to an ongoing discussion.

Keywords: pandemic, COVID-19, state of epidemic, force majeure under Article 121 point 4 of the Civil Code

Anna Paluch, Piotr A. Owsński, *On the (in)correctness of the terminology of the law of succession in the Polish and German legal languages by the example of selected terms. A critical study*

The linguistic image of the world, constituting the way of perceiving the world conditioned by a given culture and reflected in its language, and the communicative function of language, may constitute the basis for inquiries as to whether – and possibly to what extent – a given concept used in the act of communication reflects the speaker's intention and corresponds to the reflection of an image of the concept in his/her consciousness and whether the word expressed by the communicator evokes the same – or at least a similar – image in the consciousness of the recipient of the transmitted message.

The importance of this issue is emphasized in particular with regard to a legal language, where the precision of expression should be the legislator's primary aspiration. This article is an attempt to answer the question as to whether the terms of the Polish and German language of inheritance law always reflect the content they are meant to describe, or whether there are words in these languages that on the linguistic level point to a different legal content than the one they are supposed to convey according to lawmakers. The article presents the results of the analysis of selected concepts describing the institutions of inheritance law in terms of their reference function to the linguistic worldview reflected in them.

Keywords: inheritance law, Polish legal language, German legal language, linguistic worldview

Tomasz Plachtej, *Jurisdiction of courts in cases of intellectual property protection*

This article discusses jurisdiction of common courts in cases concerning intellectual property – copyright, related rights and industrial property rights. After a historical introduction it focuses on the current legal status introduced as a result of changes in 2005 and 2019. It examines jurisdiction *ratione loci* [subject-matter] and *ratione materiae* [space], both general and specific, including the prorogation agreement. The paper also discusses specific provisions, mainly those concerning security proceedings, thus providing a critical analysis of regulations and case law.

Keywords: Intellectual property, industrial property, copyright, jurisdiction of common courts

Kamil Joński, *A Court of Peers – Political economy behind the triumph and crisis of the Polish Constitutional Court*

The Constitutional Court was at its strongest (in terms of activism and legitimacy) at the early stages of democratic transition, at the very moment when it was expected to be the most vulnerable. An effective end of the constitutional adjudication came quarter a century after the regime change, when constitutional democracy appeared strong and well-entrenched. To explain this puzzle, this paper proposes three political-economy models of the Constitutional Court's position. First – 'the court of peers' – assumes political

selection of constitutional judges to provide representation of ideological sensitivities, and largely consensual decision-making inside the Court. Second – ‘the Constitutional Chamber of the Supreme Court’ – assumes de-politicized selection procedures, downplays ideological sensitivities and encourages dissent. Third – called the ‘Third Chamber of the Parliament’ – amounts to the dismantling of the constitutional adjudication, as political selection of constitutional judges transforms the Court in yet another majoritarian institution pursuing party goals. It is argued, that the negotiated nature of the Polish transition created demand for ‘the court of peers’ type of an institution, thereby fostering Constitutional Court legitimacy among politicians and restraining them from assaults on its independence. However, a fundamental shift in the political landscape observed in 2005 – diminishing of the post-communist formation and the ascent of two post-Solidarity parties led by the new generation of leaders – shattered this consensus and resulted in the Constitutional Court’s erosion towards the ‘Third Chamber of the Parliament’.

Keywords: Polish constitutional crisis, constitutional court, judicial independence, democratic transition.

Paweł Księżak, *Election of the First President of the Supreme Court in Poland between 1998 and 2020*

Since the entry into force of the Constitution of the Republic of Poland, the General Assembly of Judges of the Supreme Court has selected five candidates from among themselves whom the President appointed the First President of the Supreme Court. The voting method, despite the changing normative environment, was similar at all times and consisted of two stages. First, there was the so-called an indicative vote to identify the candidates for candidates, then by casting one vote for a candidate from among those indicated in the first vote who consented to be a candidate. In these votes, it was not possible to vote against the candidate or abstain from voting (except for the stalemate in 2004). As a result of the adopted voting method, the candidates at each General Assembly of the Supreme Court of Judges obtained the number of votes equal to the number of valid votes cast. As a result, on the list of candidates, at most one candidate had the support of more than half of the voters, and it was impossible for the other candidates to obtain over 50% of the votes. In the 1998 elections, none of the candidates presented to the President obtained more than half of the votes. In the 1998 elections, the candidate of some of the judges who obtained the least votes was not presented to the President. In all other elections (2004, 2010, 2014, 2020) the candidates of all voting judges were presented to the President – in other words, representatives of 100% of the voting judges were among the candidates from which the President selected the First President of the Supreme Court. No separate resolutions on individual candidates were adopted in any of the General Assembly of Supreme Court Judges. No final resolution was adopted in any General Assembly of Supreme Court Judges approving the earlier selection of candidates and serving to present candidates to the President in accordance with Art. 183 paragraph 3 of the Polish Constitution. Selected candidates were presented to the President by way of a technical act of the Chairman of the General Assembly of the Supreme Court of Justice, that is by handing over the documents to the President of Poland. In the years 1998, 2004, 2010 and 2014, the President appointed the candidate who obtained the highest number of votes to the position of the First President of the Supreme Court. In 2020, the President appointed a candidate who obtained the second-best result of the vote.

Keywords: Supreme Court, First President of the Supreme Court, election of the First President of the Supreme Court

Michał Kijak, *Using an escrow account in the Developer Act*

The article presents issues concerning the maintenance of a housing escrow account in real estate development. The Developer Act obliges developers to open a housing escrow account with a bank and regulates the related rights and obligations. The paper discusses the bank’s tasks to control the correct maintenance of an escrow account, in

particular in the field of withdrawals of funds from the account by the developer, as well as to provide information to buyers and recording payments and withdrawals.

Key words: developer, developer act, housing escrow account, developer agreement, bank

SENTENTIAE

Patryk Gacka, *Review of case of law of the International Criminal Court (December 2019-March 2020)*

In the review of case law of the International Criminal Court from December 2019 to March 2020, three decisions of the ICC Appeals Chamber are being examined. The first one refers to a particularly disputable issue of the authorization of an investigation in the situation of Afghanistan. The next two concern the case of Al Hassan (“gravity of crime” criterion in art. 17 ICCSt.) and the case of Saif Gaddafi (judgment of a domestic court, amnesty versus case admissibility before the ICC).

Key words: International Criminal Court, Afghanistan, amnesty, gravity

FONTES

Maurycy Allerhand, *The oath of a pregnant woman among the Jews*

The article is another presentation of the scholarly interests of Professor Maurycy Allerhand in the field of ethnology, and in this particular case of customary law and custom among the Jews, and its influence on legal practice, including court proceedings. This short and widely unknown text is based on Allerhand’s practice. Interestingly, it was created more or less at the time when the scientist’s daughter Maria Anna (1896), and a little over a year later, his son Joachim Herman (1897) were born.

Key words: Maurycy Allerhand, ethnology, Jewish customary law, judicial practice

Gustaw Taubenschlag, *Discretion of the administrative authority*

The article was written on the occasion of the 10th anniversary of “The Voice of Law”. The author, an associate professor at the Free Polish University, was a regular collaborator of The Voice. The topic taken up by the author has been vigorously discussed in the literature on the subject since the 19th century.

Gustaw Taubenschlag was a lawyer associated with Łódź, but he came from Przemyśl, where he was born on November 13, 1891 to the family of Bernard and Cecylia née Goldhard, from Brody. He was a brother of the famous Romanist and papyrologist Rafał Taubenschlag (1881-1958). He graduated from the 1st Junior High School in Przemyśl in 1910, and then studied law in Vienna. He obtained a doctorate in law from the University of Vienna, and studied at the Faculty of Philosophy of the Jagiellonian University (1917-1918). Taubenschlag lectured at the Łódź branch of the Free Polish University as an associate professor. His most famous creative work was a set of regulations and the 1924 commentary entitled Polish criminal and administrative law (pp. 264). He supplemented this work with some theoretical considerations and published it again in 1930, and in the third edition in 1937 (pp. 494). In 1925, he also published The Administrative Recourse. Commentary to the Act on Legal Measures Against Decisions of Administrative Authorities (Journal of Laws: 91/23 item 712). Most probably he was murdered in 1942 in Bełżec.

Key words: administration, administrative law, discretion

Szymon Rundstein, *In Search of the Civil Law (excerpt)*

The book, fragments of which we recall here, was written almost on the eve of an outbreak of World War II. It was published in 1939 as volume 14 of the series "Library of Legal and Political Skills" edited by the Artur Miller, Prosecutor of the Supreme Court, and by Stanisław Tylbor, an attorney-at-law. It was published by the Powszechna Bookshop.

The book features a very mature lecture on law and on the idea of law in the face of the threats posed by totalitarian doctrines. We reprint three short chapters out of the fourteen that make up the book: Chapter I and Chapters VI and VII.

Szymon Rundstein will be introduced in the next installment of the "Lexicon of Jurists and Economists".

Keywords: Szymon Rundstein, civil law, law in totalitarian states, individual rights.

Rafał Lemkin, *Criminal law reform in Germany*

This is the third piece by Rafał Lemkin extracted from the archives of the Voice of Law. This time, it is a short note on the changes to the criminal law of the Nazi Germany. The text was published in 1934 in the Literary News' special supplement Law, criminal, life, which, as it was then reported, was dedicated to criminology. The supplement was probably co-created by the Institute of Criminology of the Free Polish University – the first scientific institution of this type in Poland. Lemkin presents not only the underlying principles of the proposed changes to the German criminal law, but also observes to what consequences can the founding of the criminal law on the principles of protecting the German race lead. He concludes by stating that the legal sciences of other countries view this reverse development of the criminal law in Germany with amazement and fear.

According to the Editors, this little-known text by Lemkin deserves to be published again and to be treated as yet another source for further research on his studies in the field international criminal law.

Keywords: Rafał Lemkin, totalitarian criminal law, Nazi criminal law, legal sciences of the interwar period.

RES GESTAE

Tomasz J. Kotliński, Jakub Kotliński, *The mining judiciary of Galicia*

The article presents the organization of mining judiciary of Galicia, dating from the first Partition of Poland to the reforms of judiciary system conducted in Austria at the end of 19th century. The subject matter and territorial jurisdiction of courts regarding mining cases and the protocol of proceedings are described.

Keywords: mining judiciary, administration of justice, civil procedure, Galicia

Aleksandra Czubińska-Durka, *A short marriage story of Joel Ticker, how a murderer of an unfaithful wife was freed from guilt and punishment in a criminal trial in Lwów (Lviv), 1-2 June, 1932*

The article describes criminal court proceedings in the case concerning the murder of P.S. by her husband Joel Ticker in Lwów (now: Lviv) in December 1931. The accused appeared before the jury presided over by the District Judge Jagodziński on 1-2 June 1932. His defender was an attorney Dr. Lejb Landau. The prosecutor was Dr. Stefan Minasowicz. Newspapers throughout the country described the course of this

criminal procedure, which ended in an acquittal, setting a very sensational tone for the whole case.

Keywords: Polish Bar in the 20th Century, Advocate Dr. Lejb Landau, Prosecutor Dr. Stefan Minasowicz, Polish pre-war criminal law, Polish pre-war criminal trial, defense speech, Polish press before WWII, reports from Polish pre-war courts.

Adam Redzik, *Lexicon of Polish Lawyers and Economists: Szymon Rundstein (1876-1942) – patron of “The Voice of Law” 2020*

In the fourth installment of the Lexicon, we recall the figure and achievements of the scientist and practitioner of law, whom Fryderyk Zoll the younger considered the most outstanding Polish lawyer of the first half of the 20th century. Szymon Rundstein was an excellently educated Warsaw lawyer, who perfectly combined law studies with practice. He is considered one of the founders of the Polish treaty law. He was an outstanding negotiator of international treaties, participant in the unification and legislative work of the League of Nations, at the Academy of International Law, a judge at the Permanent Court of Arbitration in The Hague, and at the same time a respected theoretician of law, who presented original concepts of the norm or spoke about the role of judicial decisions. He combined his work in the government administration with the attorney's practice and teaching at the Free Polish University in Warsaw. He and his family were murdered by the Germans during the Holocaust.

Keywords: Szymon Rundstein, history of Polish law, international policy of the Second Polish Republic, theory of law, interpretation of law, civil law

MISCELLANEA

Aleksander B. Skotnicki, *Dr Szymon Feldblum – a lawyer from Krakow, social activist and a Zionist*

A short biographical note devoted to Szymon Feldblum, one of the most prominent Krakow lawyers of the interwar period, coming from a family of assimilated Polish Jews. His ancestors fought in the January Uprising and belonged to assimilationists. Szymon Feldblum took over the office of Ludwik Szalay and ran it at St. John's Street 3 to World War II. He was an active activist in the Zionist movement and B'nei B'rith. In the fall of 1939, he and his family arrived in Vilnius. Thanks to help of the Japanese consul in Lithuania, Sempo Sugihara – who had saved several thousand Polish and Lithuanian Jews – he left for Moscow and then for Palestine. In the state of Israel established in 1948, he acted as a lawyer and organizer of social assistance on behalf of the government.

Keywords: Krakow bar, Polish Zionists, B'nei B'rith, Ludwik Szalay, Sempo (Chiune) Sugihara, Krakow, Israel

Jerzy Stępień, *Death in old decorations*

The text is a short commentary to Kamil Joński's article entitled Court of Peers – Political economy behind the triumph and crisis of Polish Constitutional Court, published in this issue of “The Voice of Law”. The author presents his views on the functioning of the Constitutional Court, referring to his own experiences as a Judge and the President of the Constitutional Court.

Keywords: Polish constitutional crisis, constitutional court, judicial independence, democratic transition.

PANOPTICUM

Ewa Stawicka, *A wish*

Another column by attorney Ewa Stawicka. This time it is devoted to the situation related to musical culture, the Chopin Competition canceled due to COVID-19, and to Chopin and the protection of his heritage. The column features graphics created by Judge Arkadiusz Krupa.

Keywords: Fryderyk Chopin, protection of Chopin's heritage, Chopin Competition

IN MEMORIAM

Adam Redzik, *Let the dead trust the living. About Stanisław Mikke on the 10th anniversary of his death*

The article is dedicated to Stanisław Mikke, a Warsaw lawyer involved in the commemoration of the Katyn massacre, vice-chairman of the Council for the Protection of Struggle and Martyrdom, who died in the plane crash in Smolensk on 10 April 2010. The background of the article is constituted by lustrations and reflections on another anniversary of the Katyn massacre.

Keywords: Stanisław Mikke, the Katyn massacre, the Smolensk catastrophe

On the cover: *Dike – "Justice" found*

This time page four of the cover features a graphic based on a painting by Hans von Acher (1552-1615) titled *Allegorie des Sieges der Gerechtigkeit* (1598), according to a copperplate dating back to the turn of the 17th and 18th centuries made in Augsburg by Georg Andreas Wolfgang Senior (1631-1716). An interpretation of the graphic serves as basis for the reflection on the present day.

TABLE OF CONTENTS

VOX IURIS 2020, No 1 (5)

<i>From Editors</i>	9
---------------------------	---

OPERA

Ewa Salkiewicz-Munnerlyn , <i>Interim Measures of protection in the International Court of Justice order of 23 January 2020 in Case Gambia v Myanmar</i>	12
Monika Strus-Wolos , <i>The state of epidemic caused by the SARS-CoV-2 virus (COVID-19) as force majeure justifying the suspension of the limitation periods for claims under Article 121 point 4 of the Civil Code</i>	28
Anna Paluch, Piotr A. Owsinski , <i>On the (in)correctness of the terminology of the law succession in the Polish and German legal languages by the example of selected terms. A critical study</i>	37
Tomasz Plachtej , <i>Jurisdiction of courts in cases of intellectual property protection</i>	53
Kamil Joński , <i>A Court of Peers – Political economy behind the triumph and crisis of the Polish Constitutional Court</i>	70
Paweł Księżak , <i>Election of the First President of the Supreme Court in Poland between 1998 and 2020</i>	103
Michał Kijak , <i>Using an escrow account in the Developer Act</i>	128

SENTENTIAE

Patryk Gacka , <i>Review of case of law of the International Criminal Court (4) – (December 2019-March 2020)</i>	141
---	-----

FONTES

Maurycy Allerhand , <i>The oath of a pregnant woman among the Jews</i>	154
Gustaw Taubenschlag , <i>Discretion of the administrative authority</i>	160
Szymon Rundstein , <i>In Search of the Civil Law (excerpt)</i>	168
Rafał Lemkin , <i>Criminal law reform in Germany</i>	181

RES GESTAE

Tomasz J. Kotliński, Jakub Kotliński , <i>The mining judiciary of Galicia</i>	186
Aleksandra Czubińska-Durka , <i>A short marriage story of Joel Ticker, how a murderer of an unfaithful wife was freed from guilt and punishment in a criminal trial in Lwów (Lviv), 1-2 June 1932</i>	197
Adam Redzik , <i>Lexicon of Polish Lawyers and Economists: Szymon Rundstein (1876-1942) – patron of “The Voice of Law” 2020</i>	208

MISCELLANEA

Aleksander B. Skotnicki , <i>Dr Szymon Feldblum – a lawyer from Krakow, social activist and a Zionist</i>	222
Jerzy Stępień , <i>Death in old decorations</i>	229

PANOPTICUM

Ewa Stawicka , <i>A wish</i>	232
---	-----

IN MEMORIAM

Adam Redzik , <i>Let the dead trust the living. About Stanisław Mikke on the 10th anniversary of his death</i>	236
---	-----

ON THE COVER: <i>Dike - “Justice” found</i>	245
---	-----

INFORMATION FOR AUTHORS	247
-------------------------------	-----

ABSTRACTS OF ARTICLES AND KEYWORDS	248
--	-----



OFICyna ALLERHANDA

ISSN 2657-7984