ISSN: 1689-8052

Studia prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2015 NR 2 (17)

Studies in Law

RESEARCH PAPERS

2015 No. 2 (17)

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

- Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
- Teksty winny zostać dostarczone redakcji w języku polskim lub angielskim, drogą elektroniczną (e-mail: sp@ka.edu.pl).
- Tekst artykułu powinien być złożony pismem Times New Roman o wielkości 12 punktów z interlinią 1,5. Pierwsza strona, poza tytułem pracy, winna zawierać imię i nazwisko autora, jego afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której pracuje oraz kraju.
- Do tekstu autor powinien dołączyć abstrakt (maksymalnie 200 słów) oraz słowa kluczowe (3–5) – w języku polskim i angielskim.
- Autor winien stosować przypisy dolne – z terminologią łacińską, polską lub angielską – konsekwentnie dla wybranej wersji językowej.
- Teksty będą publikowane wyłącznie po uzyskaniu pozytywnej opinii recenzentów.
- Szczegółowe informacje znajdują się na stronie internetowej czasopisma (www.ka.edu.pl).

THE BASIC INFORMATION FOR AUTHORS

- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.
- Submitted manuscripts should be sent in electronic form by e-mail (sp@ka.edu.pl) and must be written in Polish or English.
- The text should be written in Times New Roman, 12-point font, 1,5 spaced.
  The first page of paper should contain: the title, the full name of the author (authors), affiliation with the name of the institution where the paper was written, the town and country.
- Author should also include a 200-word abstract (maximum) and 3–5 keywords in Polish and English.
- Author should use footnotes (at the bottom of the page), including the Latin, Polish or English terminology.
- All papers will be reviewed and published on the basis of opinions submitted in a peer review process.
- Detail information for authors can be find on the website of the journal www.ka.edu.pl).
-

ZASADY RECENZOWANIA PUBLIKACJI W CZASOPISMACH*

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review proces*).
4. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
5. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.
6. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

* Zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, obowiązują od roku 2012.

Studia prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2015 nr 2 (17)

Studies in Law

RESEARCH PAPERS

2015 No. 2 (17)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief – Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor – Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor – Tadeusz Stanisz
sekretarz redakcji / Managing Editor – Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl · www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Stientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]
Andrij Bojko [L'viv]
Daniel H. Cole [Bloomington]
Janina Czapska [Kraków]
Tomas Davulis [Vilnius]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]
Pawel Fries [Ivano-Frankivsk]
Egidijus Kuris [Vilnius]
Francesco Morandi [Sassari]
Stephen Riley [Utrecht]
Christian Rolfs [Köln]
Janusz Szwaja [Kraków]
Maria Tzanou [Keele]
Emod Veress [Cluj-Napoca]
Jan Widacki [Kraków]
Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

REDAKCJA/EDITORIAL OFFICE
Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały/ Studies in Law: Research Papers
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1C; 30-705 Kraków (Poland)
tel.: +48 12 25 24 659; e-mail: sp@ka.edu.pl; www: sp.ka.edu.pl

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2015

ISSN: 1689-8052

Korekta: Kamil Jurewicz

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiejkolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.

Wydawca:
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2015
oficyna@afm.edu.pl

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia u Frycza
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Korekta tekstów i streszczeń w języku angielskim: Gregory White
Korekta tekstów i streszczeń w języku niemieckim: Wojciech Rynduch-Walecki

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa:
MKpromo

Spis treści

Słowo od redakcji 1

Artykuły i studia

Mariusz Załucki
prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Adaptacja prawa polskiego do wymogów unijnego rozporządzenia spadkowego (Nr 650/2012) 5

Agnieszka Kubiak Cyrul
dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Zakres stosowania nowej dyrektywy w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych z perspektywy prawa polskiego 19

Harald G. Kundoch
prof., Köln, Niemcy
Der deutsche Bundespräsident – ein „Stabilitätsanker" im Grundgesetz (GG) 35

Piotr Czarny
dr, Uniwersytet Jagielloński
Der polnische Staatspräsident als Stabilitätsfaktor (Grundriss der Theorie und der Praxis) 45

Jakub Biernat
dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Organ wydający jako organ właściwy do dokonania sprostowania, uchylenia, zmiany lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego 55

Paweł Blajer
dr, Uniwersytet Jagielloński
*Z historii ksiąg gruntowych (*Grundbücher*)* 65

Nadia Petechel
doktorantka, Podkarpacki Uniwersytet Narodowy im. Wasyla Stefanyka, Iwano-Frankiwsk, Ukraina
Medical insurance: ways of incipience 111

Oleg Kuzmych
doktor, Podkarpacki Uniwersytet Narodowy im. Wasyla Stefanyka, Iwano-Frankiwsk, Ukraina
The contract of donation with the duty of the donee in favour of a third person in the civil law of Ukraine 119

Márto Leó Zaccaria
dr, Uniwersytet w Debreczynie, Debreczyn, Węgry
Workplace harassment and victimisation in Hungarian legal practice 125

Wawrzyniec Serafin
doktorant, Akademia Leona Koźmińskiego
Zastosowanie probabilistyki w analizie zakresu zastosowania normy prawnej. Wstęp do dalszej dyskusji 137

Radosław Potok
doktorant, Uniwersytet Jagielloński
Konsekwencje wykorzystywania informacji poufnych w obrocie giełdowym w teorii i praktyce na przykładzie USA oraz Chin 159

Glosy

Angelika Rzeźniczak
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, II Wydział Karny z dnia 16 czerwca 2014 r., II Aka 70/14 181

Sylwia Tylutki
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Glosa do uchwały SN z dnia 17 czerwca 2010 r., III CZP 41/10 191

Recenzje, Sprawozdania, Varia

Weronika Wenda
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Umowa deweloperska w praktyce, red. A. Szymańczyk [Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014] 201

Tomasz Tomaszewski
doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Jakub M. Łukasiewicz, Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym [C.H. Beck, Warszawa 2013] 211

Iga Starowicz
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Mieczysław Goc, Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych [Wydawnictwo Volumina, Warszawa–Szczecin 2015] 217

Sabina Kubas
mgr, Uniwersytet Rzeszowski
Ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Unia Europejska a prawo międzynarodowe". Zjazd katedr i zakładów prawa międzynarodowego, publicznego i prawa europejskiego, Baranów Sandomierski, 13–15 maja 2015 r. 229

Elżbieta Jabłońska
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Instrumentalne i nieinstrumentalne metody detekcji nieszczerości – aktualne kierunki badań i uwarunkowania prawne", Rzeszów 11–12 grudnia 2015 r. 233

Lista recenzentów 237

Contents

From the Editors 2

Articles and Studies

Mariusz Załucki
Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
The adaptation of Polish law to the EU succession regulation (No. 650/2012) 5

Agnieszka Kubiak Cyrul
PhD., Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Scope of application of the new directive on package travel and linked travel arrangements from the perspective of polish law 19

Harald G. Kundoch
Professor, Köln, Germany
President of Germany as a guarantor of stability in the Basic Law 35

Piotr Czarny
PhD, Jagiellonian University
President of Poland as a stabilizing factor 45

Jakub Biernat
PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
The issuing authority as the authority competent for the rectification, modification, withdrawal or suspension of the effects of the European Certificate of Succession 55

Paweł Blajer
PhD, Jagiellonian University
From the history of "ground book" (land registries in German countries) 65

Nadia Petechel
Doctoral Student, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine
Medical insurance: ways of incipience 111

Oleg Kuzmych
PhD, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine
The contract of donation with the duty of the donee in favour of a third person in the civil law of Ukraine 119

Márto Leó Zaccaria
PhD, University of Debrecen, Debrecen, Hungary
Workplace harassment and victimisation in Hungarian legal practice 125

Wawrzyniec Serafin
Doctoral Student, Kozminski University
Use of probability theory in analysis of legal norm application scope. Introduction to further discussion 137

Radosław Potok
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
The consequences of the use of confidential information in stock exchange turnover in theory and practice: the examples of the United States and China 159

Glosses

Angelika Rzeźniczak
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Gloss of the verdict of the Court of Appeal in Szczecin, second criminal law section, 16th June, II Aka 70/14 181

Sylwia Tylutki
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Gloss of the decision of 17th June 2010 of the Supreme Court of Poland, III CZP 41/10 191

Book Reviews, Reports, Varia

Weronika Wenda
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Umowa deweloperska w praktyce, red. A. Szymańczyk [Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014] 201

Tomasz Tomaszewski
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Jakub M. Łukasiewicz, Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym [C.H. Beck, Warszawa 2013] 211

Iga Starowicz
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
Mieczysław Goc, Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych [Wydawnictwo Volumina, Warszawa–Szczecin 2015] 217

Sabina Kubas
MA, University of Rzeszów
The national academic conference in international and European law: "The European Union and international law", Baranów Sandomierski, 13th–15th May, 2015 229

Elżbieta Jabłońska
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
The national academic conference: "Instrumental and non-instrumental methods of lie detection – current research and legal factors", Rzeszów 11th–12th December 2015 233

Reviewers 237

Słowo od redakcji

Trzymają Państwo w rękach kolejny numer naszego czasopisma. Zdecydowaliśmy się na zamieszczenie w nim nie tylko tekstów pisanych po polsku i angielsku, ale także tych napisanych w języku niemieckim. Nieustannie pragniemy bowiem poszerzać grono naszych Czytelników i Autorów. To dzięki Wam *Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały* zyskują coraz ważniejsza pozycję w obrocie naukowym, to także dzięki Wam w ocenie Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego czasopismo otrzymało aż 7 punktów. Mamy nadzieję, że pozwoli nam to na dalszy rozwój. Zapraszamy do lektury.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki
redaktorzy naczelni

From the Editors

In this most recent volume of *Studies in Law: Research Papers*, we have decided to include not only texts written in Polish and in English, but also in German. This is because we consistently aim to increase the numbers of our authors and expand our readership. It is indeed thanks to our readers that our journal has gone from strength to strength in academic circles, and that it was awarded as many as seven points by the Ministry of Science and Higher Education. We hope that this will enable us to grow further. We invite you to read on.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki
Editor in Chief & Vice Editor

Artykuły i studia

Articles and Studies

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 5–18 (2015)

Mariusz Załucki
prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Adaptacja prawa polskiego do wymogów unijnego rozporządzenia spadkowego (Nr 650/2012)[1]

Wprowadzenie

4 lipca 2012 r. Parlament Europejski i Rada UE przyjęły rozporządzenie w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego[2]. Akt ten stosuje się do dziedziczenia po osobach zmarłych w dniu lub po dniu 17 sierpnia 2015 r. (art. 83 ust. 1). Jego głównym zadaniem jest usunięcie przeszkód w swobodnym przepływie osób, które dotychczas napotykały trudności w wykonywaniu przysługujących im praw w zakresie spraw spadkowych mających skutki transgraniczne. Rozporządzenie w związku z tym obejmuje wszystkie cywilnoprawne aspekty transgranicznego dziedziczenia majątku po osobie zmarłej i – jako akt prawny powszechnie obowiązujący – zrewolucjonizowało na terenie Unii Europejskiej międzynarodowe prawo spadkowe[3]. Obecnie to właśnie ten akt określa zasady dotyczące jurysdykcji w sprawach spadkowych o wymiarze międzynarodowym, a zatem wskazuje sądy których państw członkowskich są właściwe w danej sprawie spadkowej, jak również precyzuje, jakie materialne prawo krajowe znajdzie do rozstrzygnięcia takiej sprawy zastosowanie[4]. Wykorzystane w rozporzą-

[1] Badania dofinansowano ze środków przeznaczonych na działalność naukową Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

[2] Dz. Urz. UE z 27.07.2012, L 201/107.

[3] P. Lagarde, *Présentation du règlement sur les successions*, [w:] *Droit Européen des successions internationals. Le règlement du 4 juliet 2012*, red. G. Khairallah, M. Revillard, Paris 2013, s. 5 i nast.

[4] J. Fitchen, *„Recognition", acceptance and enforcement of authentic instruments in the succession regulation*, „Journal of Private International Law" 2012, nr 2, s. 323 i nast.

dzeniu łączniki, zwłaszcza łącznik miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy, to istotne *novum* w tym obszarze, zrywające z dotychczasową tradycją niektórych państw Europejskich, w tym Polski[5]. Zagadnień, na tle których pojawia się szereg kontrowersji, jest zresztą wiele. Jednym z nich jest m.in. problem dostosowania krajowych porządków prawnych do wymogów rozporządzenia wynikający choćby z tego, że niektóre kwestie przewidziane w rozporządzeniu nie zostały uregulowane wyczerpująco. To właśnie temu zagadnieniu poświęcona zostanie niniejsza wypowiedź, której głównym celem jest odpowiedź na następujące pytania: 1) dlaczego na poziomie ustawodawstwa polskiego zaszła konieczność wprowadzenia przepisów, które uzupełniły regulację rozporządzenia na poziomie krajowym; 2) czy zaproponowane przez ustawodawcę zmiany realizują potrzeby wynikające z przepisów rozporządzenia.

Zakres rozporządzenia

Jednym z podstawowych powodów podjęcia prac nad rozporządzeniem i doprowadzeniem do jego przyjęcia była rozbieżność regulacji krajowego prawa spadkowego pomiędzy poszczególnymi państwami wchodzącymi w skład Unii Europejskiej[6]. Rozbieżność ta od dawna stanowiła i nadal zresztą stanowi istotny problem praktyczny. Ustalenie jakiemu prawu (prawu którego kraju) dana sprawa spadkowa podlega oraz który organ winien rozstrzygnąć spór jej dotyczący nie zawsze było zadaniem łatwym. Ten praktyczny problem stawał się coraz większym wyzwaniem, tak dla organów stosujących prawo, jak i dla doktryny. Jako zaś, że na terenie Unii Europejskiej ponad pół miliona spraw rocznie to sprawy dziedziczenia transgranicznego, a w niektórych krajach rezydenci z państw obcych stanowią znaczną część populacji[7], dostrzeżono m.in., że regulacje prawa spadkowego mogą być w tym kontekście przedmiotem wielu wątpliwości[8]. Skoro Unia Europejska postawiła sobie za cel utrzymanie i rozwój przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, w której zapewniony jest swobodny przepływ osób (art. 3 ust. 2 TUE), to w celu prawidłowego funkcjonowania takiej przestrzeni konieczne było przyjęcie środków w obszarze prawa prywatnego mających skutki transgraniczne. Było to niezbędne do prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku i sta-

---

5 A. Machnikowska, M. Załucki, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 2 i nast.

6 F.M. Wilke, *Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, „Recht der Internationalen Wirtschaft" 2012, nr 9, s. 601.

7 Zob. Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej z 26.07.2012 r. (IP/12/851).

8 R. Frimston, *Brussels IV? Conflicts of the laws of succession in the European Union: perspectives for harmonization*, „Private Client Business" 2004, s. 351–355.

ło się podstawą uzasadnienia dla wprowadzenia do prawa Unii Europejskiej aktu prawnego porządkującego te zagadnienia.

Rozporządzenie jest zatem – w zamiarze – aktem prawnym, który ma kompleksowo regulować sprawy międzynarodowego prawa spadkowego Unii Europejskiej. Według motywu 9 preambuły rozporządzenia chodzi tu o wszystkie cywilnoprawne aspekty dziedziczenia majątku po osobie zmarłej, a mianowicie wszystkie formy przejścia składników majątku, praw i obowiązków na skutek śmierci, czy to na podstawie dobrowolnego rozrządzenia na wypadek śmierci, czy to w drodze dziedziczenia ustawowego[9]. Taką definicję „dziedziczenia" zawarto zresztą w treści art. 3 ust. 1 lit. a rozporządzenia. Natomiast rozporządzenie nie ma zastosowania do innych dziedzin prawa cywilnego niż dziedziczenie. Dla pełnej jasności, liczne kwestie, które mogłyby być postrzegane jako powiązane z kwestiami dziedziczenia, zostały wyłączone z zakresu jego stosowania (art. 1 ust. 1 zd. 2 – wyłączenia ogólne, i art. 1 ust. 2 – wyłączenia szczegółowe). Lista wyłączeń jest zaś stosunkowo obszerna[10]. Stąd mówiąc o zakresie stosowania nowego aktu prawnego, należy mieć na uwadze obszar jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia. Dodatkowo rozporządzenie ustanawia także nowy europejski instrument dokumentowania nabycia praw do spadku, jakim jest europejskie poświadczenie spadkowe[11]. Zasadniczo każde z tych zagadnień było dotychczas przedmiotem regulacji krajowych bądź konwencji międzynarodowych, jeżeli oczywiście dane państwo związane było postanowieniami konkretnej konwencji. Największy praktyczny problem związany był zaś przede wszystkim z dokumentowaniem nabywania praw do spadku. Dotychczasowy stan prawny powodował, że w wypadku spadków rozproszonych, a więc znajdujących się na terytorium więcej niż jednego z państw, spadkobierca, by wykazać swoje uprawnienia, niejednokrotnie musiał wszczynać kilka postępowań spadkowych przed organami różnych państw. Jak można sobie wyobrazić i jak pokazała praktyka – było to niezadowalające[12].

To właśnie tak zakreślony zakres stosowania rozporządzenia spowodował, że do przepisów prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich, przede wszystkim by stworzyć możliwość pełnego korzystania przez obywa-

---

[9] Zob. M. Pazdan, *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego*, [w:] *Nowe europejskie prawo spadkowe*, red. M. Pazdan, J. Górecki, Warszawa 2015, s. 24–25.

[10] Por. M. Załucki, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe…*, *op. cit.*, s. 31–38.

[11] M. Schauer, *Europäisches Nachlasszeugnis*, [w:] *Europäische Erbrechtsverordnung*, red. M. Schauer, E. Scheuba, Wien 2012, s. 73–98.

[12] Por. H. Dörner, P. Lagarde, *Etude de droit comparé sur les règles de conflit de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg 2002, s. 21.

teli z instrumentów przewidzianych przez rozporządzenie, konieczne okazało się wprowadzenie zmian ustawodawczych, mających na celu dostosowanie krajowych porządków prawnych do wymogów rozporządzenia. Zatem mimo tego, że rozporządzenie nr 650/2012 jest aktem prawa wtórnego Unii Europejskiej, ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich (art. 288 TFUE), niektóre jego rozwiązania wymagają procedury dostosowania prawa krajowego. Wynika to m.in. z faktu, że częściowo zakres merytoryczny rozporządzenia dotyka prawa postępowania cywilnego, które jest materią pozostawioną co do zasady właściwości legislacji krajowej. Ponadto, należy zauważyć, że ustawodawca unijny zdecydował także o pozostawieniu pewnej swobody państwom członkowskim w niektórych aspektach objętych rozporządzeniem, co przejawia się choćby w pozostawieniu decyzji co do organów wykonujących funkcje sądownicze przewidziane przepisami rozporządzenia (art. 2, art. 64 zd. 2 lit. b rozporządzenia)[13]. Uzupełnienia w krajowym porządku prawnym wymagały też regulacji dotyczącej dokumentowania nabywania praw do spadku, w związku z nowym instrumentem wprowadzonym przepisami rozporządzenia – europejskim poświadczeniem spadkowym (art. 62 i nast. rozporządzenia)[14]. Konstrukcja rozporządzenia spowodowała więc konieczność dostosowania krajowych porządków prawnych tak, by zapewnić wykonywanie jego przepisów. Taka adaptacja była konieczna także i w naszym kraju.

Prace nad ustawą dostosowującą

W Polsce prace nad jednolitym międzynarodowym prawem spadkowym Unii Europejskiej dostrzeżone zostały już na etapie publikacji Zielonej Księgi, a więc w dokumencie ogłoszonym dnia 1 marca 2005 r., otwierającym konsultacje dotyczące zasad dziedziczenia *ab intestato* i dziedziczenia testamentowego w Unii Europejskiej w kontekście transgranicznym[15]. Po ogłoszeniu Zielonej Księgi rozmaite środowiska zaczęły ustosunkowywać się do jej treści. Jednym z głównych problemów, jakie w Polsce zauważono – w kon-

---

13 Por. M. Załucki, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe…*, *op. cit.,* s. 39. Zob. także T. Kot, *Czy polski notariusz może być sądem na gruncie rozporządzenia spadkowego? Głos w dyskusji*, [w:] *Nowe europejskie…*, *op. cit.,* s. 86 i nast.

14 M. Załucki, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe…*, *op. cit.,* s. 290.

15 Problematykę Księgi w polskiej literaturze podjęli m.in. T. Pajor, *O projekcie harmonizacji międzynarodowego prawa spadkowego w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 877 i nast.; J. Pazdan, *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu,* „Rejent" 2005/3, s. 9 i nast.; M. Pazdan, *Zielona Księga o dziedziczeniu i testamentach – propozycje odpowiedzi na pytania*, Rejent 2006/5, s. 16 i nast.

tekście przyszłego europejskiego rozwiązania – był dylemat dotyczący wyboru łącznika w zakresie spraw spadkowych. Opowiadano się za łącznikiem gwarantującym jednolitość statutu spadkowego, bez względu na zawartość spadku, a zatem niezależnie od tego, czy do spadku wchodzi wyłącznie majątek ruchomy, czy również nieruchomości. Popierano też ideę jednolitego dokumentu stwierdzającego prawa spadkobierców[16]. Podobne głosy płynęły z innych państw[17]. Część z tych stanowisk została wzięta pod uwagę w toku prac legislacyjnych nad rozporządzeniem, jak również na etapie prac prowadzonych w Polsce, dotyczących dostosowania naszego porządku prawnego do wymogów rozporządzenia.

Prace nad ustawą dostosowującą prowadzone były w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego. Pierwszy opublikowany projekt ustawy związanej z wejściem w życie rozporządzenia nr 650/2012 nosił datę 5 sierpnia 2014 r. i został przedstawiony w toku konferencji naukowej pt. „Konsekwencje wejścia w życie w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. […]", zorganizowanej 30 września 2014 r. w Katowicach. Projekt ten nie był publicznie szerzej dyskutowany, miał kolejne wersje (np. projekt z dnia 13 października 2014 r.)[18], po czym z datą 26 stycznia 2015 r. opublikowano go – z pewnymi zmianami – na stronach internetowych Rządowego Centrum Legislacji. Projekt był wpisany w wykaz prac Rządu RP pod numerem UC 156. Początkiem lutego 2015 r. przesłano projekt do uzgodnień, konsultacji publicznych i opiniowania, wyznaczając przy tym krótki termin zgłaszania do niego ewentualnych uwag (20 lutego 2015 r.). Po konsultacjach i dalszych pracach legislacyjnych powstał projekt z dnia 20 kwietnia 2015 r.[19], który później, już jako projekt ustawy z dnia 17 czerwca 2015 r., wpłynął do Sejmu[20]. 23 czerwca 2015 r. na posiedzeniu Sejmu odbyło się jego I czytanie, 8 lipca 2015 r. miało miejsce II czytanie, a w dniu 9 lipca 2015 r. po III czytaniu na posiedzeniu Sejmu przyjęto ustawę, którą przekazano w tym dniu Prezydentowi i Marszałkowi Senatu. 22 lipca 2015 r. stanowisko zajął Senat, a dwa dni później na forum Sejmu rozpatrywano stanowisko Senatu. Tego

---

16 *Ibidem.*

17 Por. E. Ramaekers, *Cross-border successions. The new Commission proposal: contents and way forward. A report on the Academy of European Law Conference of 18 and 19 February 2010, Trier*, Electronic Journal of Comparative Law 2011, nr 1, s. 1 i nast.

18 „Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 października 2014 r.", http://bip.ms.gov.pl [dostęp: 16.10.2015].

19 Zob. http://legislacja.rcl.gov.pl/ [dostęp: 16.10.2015]. Co interesujące, raport z konsultacji społecznych i opiniowania został opublikowany dzień później – zob. http://legislacja.rcl.gov.pl.

20 Druk Sejmowy nr 3516.

też dnia, tj. 24 lipca 2014 r., przyjęto poprawki Senatu i przekazano Prezydentowi ustawę do podpisu. W dniu 5 sierpnia 2015 r. Prezydent podpisał ustawę, którą ogłoszono 11 sierpnia 2015 r.[21], na sześć dni przed jej wejściem w życie, tj. 17 sierpnia 2015 r. Już *prima facie* tempo to wydaje się czymś ekstraordynaryjnym.

Projekt ustawy

W projekcie ustawy, który – jak zaznaczono wyżej – był kilkakrotnie modyfikowany, wskazywano przede wszystkim na konieczność uzupełnienia unormowań rozporządzenia dotyczących europejskiego poświadczenia spadkowego[22]. Podnoszono, że w rozporządzeniu pozostawiono państwom członkowskim swobodę w określaniu organów, które uzyskają kompetencję do wydawania europejskich poświadczeń spadkowych, przewidując, że oprócz sądów mogą to być także inne organy. W związku z tym projekt zakładał, że czynności dotyczące europejskich poświadczeń spadkowych zostaną powierzone sądom oraz notariuszom, których działania będą podlegały instancyjnej kontroli ze strony sądu. Obie drogi uzyskania europejskiego poświadczenia spadkowego miały funkcjonować równorzędnie. W związku z tym pojawiała się potrzeba wprowadzenia do prawa krajowego przepisów regulujących organizację i przebieg postępowań dotyczących poświadczenia w zakresie, w jakim nie zostało to uregulowane w rozporządzeniu. Projekt opierał się tutaj na dwóch wzorcach. W wypadku postępowania toczonego przed sądem jako wzór wskazano postępowanie o stwierdzenia nabycia spadku i przedmiotu zapisu windykacyjnego (art. 1 pkt 8 projektu, czyli projektowany art. 1142^1 k.p.c.)[23]. Z kolei w wypadku postępowania przed notariuszem, jako wzór wskazywano postępowanie mające na celu wydanie aktu poświadczenia dziedziczenia (art. 2 projektu, czyli projektowane art. 95q i nast. *Prawa o notariacie*)[24].

Zaproponowane zmiany dotyczyły przede wszystkim dwóch ustaw: Kodeksu postepowania cywilnego i Prawa o notariacie. W przepisach k.p.c. założono, że regulacje dotyczące rozporządzenia (głównie zaś europejskiego poświadczenia spadkowego) zostaną zamieszczone przede wszystkim w księdze drugiej części czwartej kodeksu, która poświęcona jest międzynarodowemu postępowaniu cywilnemu. Z kolei w ustawie *Prawo o notariacie* zmiany do-

[21] Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 1137.

[22] Por. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw z dnia 13 października 2014 r., http://bip.ms.gov.pl [dostęp: 16.10.2015].

[23] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2014, poz. 101.

[24] Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, Dz.U. 2014, poz. 164.

tknęły przede wszystkim rozwiązań z zakresu dokonywania czynności notarialnych, zwłaszcza sporządzania notarialnego poświadczenia dziedziczenia.

Zakładając, że sprawy w zakresie nieunormowanym w rozporządzeniu mają być prowadzone przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o stwierdzeniu nabycia spadku i przedmiotu zapisu windykacyjnego, wskazano, że to właśnie w tym postępowaniu rozpoznawane są sprawy najbardziej zbliżone w swym charakterze do spraw dotyczących europejskiego poświadczenia spadkowego[25]. W rzeczywistości zaplanowano więc, by reżim postępowań w tych sprawach oprócz przepisów, które regulują je bezpośrednio, wyznaczały przepisy o stwierdzeniu nabycia spadku i przedmiotu zapisu windykacyjnego (art. 669 i nast. k.p.c.), w tym przepisy wstępne dotyczące spraw z zakresu prawa spadkowego (art. 627–628 k.p.c.) oraz przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym (art. 506 i nast. k.p.c.). Ponadto w postępowaniach dotyczących europejskich poświadczeń spadkowych miały być także odpowiednio stosowane przepisy o procesie (innego rodzaju postępowania unormowane w kodeksie w rozumieniu art. 13 § 2 k.p.c.)[26].

Poza unormowaniem trybu postępowania w tego rodzaju sprawach zaproponowano m.in. także zmiany dotyczące właściwości miejscowej sądu, gdzie przewidziano zmianę łączników z art. 39 i art. 628 k.p.c. z miejsca zwykłego zamieszkania na miejsce zwykłego pobytu. W projekcie wskazano więc, aby właściwość ta była, co do zasady, określana według ostatniego miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy, w ślad za przepisem art. 4 rozporządzenia[27]. Zmianie ulec miały także przepisy art. 610 § 1, art. 673 pkt 4, art. 675 i 676 k.p.c., które z sześciu miesięcy do trzech skracały okres, w jakim, w razie wezwania spadkobierców przez ogłoszenie, można zgłaszać się do udziału w postępowaniu dokumentującym nabycie praw do spadku. Wskazano, że w dobie powszechnego dostępu do środków komunikowania się na odległość dotychczasowy termin sześciu miesięcy jest zbyt długi i negatywnie wpływa na sprawność postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, a rozpiętość tego terminu mogłaby również utrudniać osiągnięcie celów postępowania o wydanie europejskiego poświadczenia spadkowego[28]. Zaproponowano również zmianę treści art. 664 k.p.c., gdzie przewidziano poszerzenie katalogu czynności notarialnych w sprawach spadkowych o uprawnienie do odbierania przez notariusza oświadczenia o odmowie przyjęcia funkcji przez osobę, która została powołana na wykonawcę testamentu. Pozostałe proponowane zmiany k.p.c. miały – jak można sądzić – mniej istotne znaczenie.

---

[25] Por. Uzasadnienie do projektu ustawy…, http://bip.ms.gov.pl [dostęp: 16.10.2015].

[26] Zob. *ibidem*.

[27] Zob. M. Rzewuski, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe…*, *op. cit.,* s. 72–79.

[28] Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy…, http://bip.ms.gov.pl [dostęp: 16.10.2015].

Jeżeli zaś chodzi o zmiany w ustawie Prawo o notariacie to trzeba wskazać, że projekt przede wszystkim miał na celu wprowadzenie przepisów dotyczących czynności w zakresie europejskiego poświadczenia spadkowego (m.in. art. 2 pkt 1 i pkt 10 projektu). Przedmiotem projektu uczyniono także nowelizację regulacji odmowy dokonania czynności notarialnej (art. 2 pkt 2–4 projektu) czy zasad sporządzania protokołu dziedziczenia (art. 2 pkt 5–8). Pierwotnie planowano także, by w związku z dokonywaniem czynności notariusz mógł, wzorem kompetencji, jaka przysługuje sądowi w postępowaniu cywilnym, zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego lub o wyjaśnienie obcej praktyki sądowej oraz o udzielenie informacji co do istnienia wzajemności w stosunkach z państwem obcym, jak również stosować w tym zakresie inne środki, w tym zasięgać opinii biegłych (projektowany art. 87a pr. not.). W projekcie ogłoszonym na stronach Rządowego Centrum Legislacji, wniesionym następnie do Sejmu, tego przepisu już jednak nie było, a jego idea została przeniesiona do treści projektowanego art. 95 cb ustawy Prawo o notariacie (ostatecznie przepis art. 95 da ustawy Prawo o notariacie). Inne propozycje nowelizacji tej ustawy miały zaś mniej ważki charakter. Nadto projekt przewidywał zmiany także i w innych ustawach, w tym w ustawie z 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej[29], ustawie z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[30] czy w ustawie z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe[31]. Z tych zmian wskazać trzeba np. na projektowany przepis art. 19 ust. 4 b ustawy o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej, wedle którego konsul został wyłączony z podejmowania czynności dotyczących europejskich poświadczeń spadkowych, czy proponowane zmiany w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe, polegające m.in. na uchyleniu przepisów art. 64–66 stanowiących o zasadach wskazywania prawa właściwego w sprawach spadkowych i dodaniu przepisu art. 64^1 odsyłającego w tej materii do przepisów rozporządzenia.

Konsultacje

Propozycje nowych przepisów – mimo krótkiego terminu wyznaczonego na konsultacje – spotkały się z dość licznym odzewem. W toku konsultacji projektu zgłoszono do niego szereg uwag, koncentrując się przede wszystkim na zagadnieniach dotyczących roli notariuszy w transgranicznych sprawach spadkowych, rozumieniu terminu „miejsce zwykłego pobytu", zmianach

[29] Dz.U. 2015, poz. 389.
[30] Dz.U. 2014, poz. 1025.
[31] Dz.U. 2011, nr 80, poz. 432.

w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe czy projektowanych przepisach dotyczących nowego instrumentu w postaci europejskiego poświadczenia spadkowego[32]. Zasadniczo dostrzegano konieczność dostosowania prawa polskiego do wymogów rozporządzenia, wskazując przy tym na pewne wady proponowanych przez ustawodawcę konstrukcji, podnosząc jednocześnie zarzut, że konsultacje prowadzone są zbyt późno, a czas wyznaczony na nie nie jest wystarczający dla dokonania pełnej oceny skutków projektu[33].

Problem projektowanego przepisu dotyczącego ustalania przez notariusza treści prawa obcego, który został zaproponowany w pierwotnym projekcie i polegał na dodaniu do ustawy Prawo o notariacie art. 87a w brzmieniu: „Art. 87a. Przy dokonywaniu czynności notarialnych art. 1143 k.p.c. stosuje się odpowiednio", budził wówczas i budzi nadal pewne istotne kontrowersje. Już w uwagach do projektu ustawy Sąd Najwyższy wskazał m.in., że zwiększeniu roli notariuszy w transgranicznych sprawach spadkowych winna towarzyszyć właśnie próba zmiany art. 1143 k.p.c. w zakresie możliwości urzędowego zasięgania przez notariuszy informacji o prawie obcym, co miałoby dotyczyć przede wszystkim informacji przewidzianych w § 1 tego przepisu[34]. Przypomnieć należy, że wedle treści art. 1143 k.p.c.: § 1. Sąd z urzędu ustala i stosuje właściwe prawo obce. Sąd może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu tego prawa oraz o wyjaśnienie obcej praktyki sądowej. § 2. Sąd może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości również o udzielenie informacji co do istnienia wzajemności w stosunkach z państwem obcym. § 3. Celem ustalenia treści prawa obcego lub obcej praktyki sądowej albo istnienia wzajemności sąd może zastosować także inne środki, w tym zasięgnąć opinii biegłych.

Na problemy z tym związane zwróciła uwagę także Krajowa Rada Notarialna[35] oraz doktryna[36]. W tej ostatniej podnoszono m.in., że jest to powrót do rozwiązań sprzed prywatyzacji notariatu, gdy państwowe biura notarialne mogły zwracać się do Ministra Sprawiedliwości w celu ustalenia treści pra-

---

32 Zob. *Zestawienie uwag do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (wpisany w wykazie prac Rządu pod nr UC 156) – konsultacje społeczne i opiniowanie*, Warszawa 21 kwietnia 2015 r., s. 12–13.

33 Zob. np. *Uwagi Sądu Najwyższego do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw*, Warszawa 23 lutego 2015 r., s. 2.

34 *Ibidem.*

35 *Uchwała Krajowej Rady Notarialnej nr VIII/18/2015 z dnia 20 lutego 2015 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw*, Warszawa 20 lutego 2015 r., s. 4.

36 Por. P. Czubik, *Czy polskiemu notariuszowi jest potrzebny status inicjującego postępowanie celem ustalenia treści prawa obcego?*, „Nowy Przegląd Notarialny" 2014, nr 4, s. 23 i nast.

wa obcego, a kilkutygodniowy termin oczekiwania na wynik takich ustaleń nie wpływa korzystnie na obrót notarialny. Zasugerowano wręcz by, zamiast projektowanego przepisu, wyposażyć notariuszy w treść odpowiednich przepisów prawa państw obcych, zwłaszcza tych, których dotyczą czynności notarialne dokonywane w Polsce najczęściej[37]. Ostatecznie w ustawie znalazł się jednak przepis art. 95da w brzmieniu: „Art. 95da. § 1. Notariusz może zwracać się do organów administracji publicznej oraz organów wykonujących zadania z zakresu administracji publicznej o udzielenie informacji lub wydanie dokumentów stanowiących dowód faktu istotnego dla sporządzenia aktu poświadczenia dziedziczenia. § 2. Notariusz może zwrócić się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu właściwego prawa obcego. Celem ustalenia treści właściwego prawa obcego notariusz może zastosować także inne odpowiednie środki".

Na tym tle dyskutowano, dlaczego współdziałanie z innymi organami administracji publicznej oraz organami wykonującymi zadania z zakresu administracji publicznej miałoby ograniczać się tylko do sporządzania aktów poświadczenia dziedziczenia i wydawania europejskiego poświadczenia spadkowego. Krajowa Rada Notarialna sugerowała, że przeniesienie przepisu umożliwiającego wystąpienie o urzędową informację o prawie obcym do przepisów o sporządzaniu aktów poświadczenia dziedziczenia jest argumentem za stanowiskiem, że polski notariusz nie jest zobowiązany do ustalania treści prawa obcego przy dokonywaniu innych niż sporządzanie aktu poświadczenia dziedziczenia czynności notarialnych[38]. Projektodawcy uznali jednak, że wystarczające jest, by ustawa przewidywała przyznanie notariuszom uprawnienia do zwrócenia się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu właściwego prawa obcego zarówno w sprawach dotyczących aktów poświadczenia dziedziczenia, jak i europejskiego poświadczenia spadkowego (czyli art. 95cb par. 2 w zw. z art. 95q ustawy – Prawo o notariacie). Dalej idące postulaty uznano za wykraczające poza cel i zakres projektu[39].

Jednym z bardziej interesujących problemów nowych przepisów okazał się przepis art. 1142[6] k.p.c. Artykuł ów, dotyczący zaskarżalności postanowienia sądu w przedmiocie wydania, sprostowania, zmiany, uchylenia albo zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego, przewidywał rozwiązanie, wedle którego postanowienie merytoryczne sądu pierwszej instancji miało być zaskarżalne zażaleniem, a postanowienie sądu drugiej instancji nie podlegać zaskarżeniu kasacyjnemu. Krytycznie do takiego rozwiązania odniósł się m.in. Sąd Najwyższy, który zarzucił, że projektowany przepis jest sys-

[37] *Ibidem*, s. 28–29.

[38] Zob. *Zestawienie uwag do projektu…, op. cit.,* s. 12–13.

[39] *Ibidem*.

temowo niespójny, gdyż w ramach spraw rozpoznawanych przez sądy w postępowaniu nieprocesowym generalnie przewiduje się zaskarżanie orzeczeń co do istoty apelacją, a nie zażaleniem (art. 518 k.p.c.). Natomiast pozbawienie Sądu Najwyższego kompetencji do orzekania w sprawach z zakresu rozporządzenia nr 650/2012 znacząco osłabi standard ochrony praw podmiotów uczestniczących w postępowaniach toczących się na podstawie tych przepisów[40]. Uwagi te nie zostały jednak uwzględnione, projektodawcy wskazywali tutaj przede wszystkim na fakt, że europejskie poświadczenie spadkowe może być wydane tylko wówczas, gdy jest ono bezsporne, z czego – jak można sądzić – miało wynikać, że kontrola kasacyjna będzie niepotrzebna (!)[41].

Projekt, a w ślad za nim ustawa, skróciły z sześciu do trzech miesięcy okres, w jakim, w razie wezwania spadkobierców przez ogłoszenie, można zgłaszać się do udziału w postępowaniu o stwierdzenie spadku (por. art. 610 § 1, art. 673 pkt 4, art. 675 i 676 k.p.c.). Wskazywano tutaj, że dotychczasowy termin był zbyt długi w dobie powszechnego dostępu do środków komunikowania się na odległość. W opozycji do tego podnoszono jednak, iż proponowany trzymiesięczny termin jest zbyt krótki w celu ujawnienia się spadkobierców, zwłaszcza że w terminie tym winni oni nie tylko zgłosić swoje prawa, ale również udowodnić je na rozprawie. W sytuacji gdy powszechne obecnie są migracja zarobkowa oraz swobodny przepływ obywateli na terenie Unii Europejskiej, termin ten nie chroni należycie praw potencjalnych spadkobierców. Projektodawcy uznali jednak, że wedle praktyki sądowej spadkobiercy rzadko zgłaszają się na skutek ogłoszenia w prasie, które nie jest skutecznym środkiem ich poszukiwania, skoro raz opublikowane nie jest powtarzane, przez co skrócenie terminu w ich ocenie jest zasadne[42].

Wspomnieć należy także o zgłaszanych do projektu uwagach dotyczących problemów interpretacyjnych dotyczących określenia miejsca zwykłego pobytu spadkodawcy. W tym zakresie np. Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa sugerowała wskazać na wyznaczniki „miejsca zwykłego pobytu" poprzez przejrzyste kryteria wolicjonalne, rodzinne, ekonomiczne, temporalne i inne jeszcze implikujące uznanie danego miejsca za „miejsce zwykłego pobytu"[43]. Zarzuty w tym zakresie podnosił także m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazując, że przyjęcie kategorii pojęciowej „miejsca zwykłego pobytu" nie licuje z pozostałymi przepisami księgi pierwszej kodeksu postępowania cy-

---

40 *Uwagi Sądu Najwyższego…, op. cit.,* s. 3–6.

41 Zob. *Zestawienie uwag do projektu…, op. cit.,* s. 12–13.

42 *Ibidem*.

43 *Uwaga Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw*, Warszawa 19 lutego 2015 r., s. 1.

wilnego, a termin ten nie jest zdefiniowany w kodeksie (!)[44]. Z kolei według Sądu Apelacyjnego w Katowicach zmiana sposobu ustalania właściwości sądu spadku zmierzać będzie wyłącznie do przedłużenia postępowania w sprawach spadkowych, co w konsekwencji utrudni obrót prawny[45]. Z oczywistych względów uwagi te nie zostały uwzględnione, wszak pojęcie „miejsca zwykłego pobytu" jest pojęciem autonomicznym prawa Unii Europejskiej[46] i jakiekolwiek jego definiowanie w prawie krajowym pozbawione jest sensu.

Co do zmian innych ustaw, to np. w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe proponowano zmiany, które – jak można sądzić – nadal budzić mogą kontrowersje, co zresztą podnosił na etapie konsultacji m.in. Sąd Najwyższy. Organ ten w tym zakresie wskazał, że w art. 5 projektu nadawano nowe brzmienie przepisowi art. 64^1 tej ustawy, co było mocno zaskakujące, albowiem przepis nie może „otrzymać brzmienia", skoro jeszcze go nie ma, ponieważ przepis taki w ustawie *de lege lata* nie figurował. Jak zresztą sąd ten podniósł, nowelizacja w tym zakresie jest skutkiem przyjętego przez ustawodawcę, a praktycznie niezbyt poprawnego założenia, że przepisy ustawy mogą pełnić funkcję czysto „informacyjną", wskazując sądom na obowiązywanie pozaustawowych aktów prawa międzynarodowego lub europejskiego, zawierających normy kolizyjne[47]. Zarzucono, że jest to niezbyt poprawne i wskazano, że nie należy wprowadzać w miejsce uchylonych norm art. 64–66 p.p.m. jakiegokolwiek nowego przepisu. Mimo to projektodawcy nie zdecydowali się na zmiany projektu w tym ostatnim zakresie, tj. przeredagowali treść proponowanego art. 64^1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, obstając jednak przy konieczności wprowadzenia do ustawy odesłania do rozporządzenia.

Wejście ustawy w życie

Jak wskazano powyżej, 24 lipca 2015 r. uchwalona została ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw. Weszła ona w życie z dniem 17 sierpnia 2015 r. Data ta jest ściśle związana z zakresem temporalnym stosowania unijnego rozporządzenia spadkowego. Pomimo bowiem tego, że ustawodawca unijny

---

[44] *Uwagi Sądu Apelacyjnego w Warszawie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 17 lutego 2015 r., s. 2.

[45] *Uwagi Sądu Apelacyjnego w Katowicach do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw*, Katowice 20 lutego 2015 r., s. 3 i nast.

[46] Por. M. Rzewuski, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe…, op. cit.,* s. 72–79.

[47] Por. A. Mączyński, *Ustawowe odesłania do umów międzynarodowych i rozporządzeń unijnych dotyczących prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 377.

zdecydował, iż rozporządzenie wchodzi w życie dwadzieścia dni po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które miało miejsce w dniu 27 lipca 2012 roku, a zatem obowiązuje od 16 sierpnia 2012 roku, zasadniczą część rozporządzenia stosuje się dopiero do dziedziczenia po osobach zmarłych w dniu 17 sierpnia 2015 r. lub po tej dacie. Ustawodawca unijny postanowił skutki zastosowania rozporządzenia odroczyć w czasie, do zabiegu tego dostosował się zaś ustawodawca polski. Wynika to z treści art. 9 ustawy nowelizującej z 24 lipca 2015 r., wedle którego przepisów: 1) art. 1142^{1}–1142^{6} k.p.c.; 2) art. 79 pkt 1b i art. 95q–95x ustawy Prawo o notariacie; 3) art. 19 ust. 4b ustawy o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej oraz 4) art. 66a ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, nie stosuje się do spadków otwartych przed dniem 17 sierpnia 2015 r.

Nie sposób jednak oprzeć się wrażeniu, że prace legislacyjne w Polsce prowadzone były niejako „na ostatnią chwilę". Ogłoszenie ustawy na sześć dni przed jej wejściem w życie nie jest najwłaściwszą praktyką, zwłaszcza że ustawa wprowadziła szereg zmian o charakterze znaczącym w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Zmiany właściwości sądów czy nowe czynności notarialne to na tyle ważkie problemy, że wymagają pewnego przygotowania organów stosujących prawo. Potrzeby praktyki w wypadku dostosowania prawa polskiego do przepisów rozporządzenia wymagały wcześniejszego działania ustawodawcy.

Podsumowanie

Jak można sądzić, adaptacja prawa polskiego do wymogów rozporządzenia 650/2012 była konieczna. Charakter przepisów rozporządzenia wymagał stworzenia w prawie krajowym procedur i instrumentów umożliwiających pełne stosowanie norm rozporządzenia. Potrzeba wprowadzenia przepisów zmieniających przede wszystkim Kodeks postepowania cywilnego i Prawo o notariacie spowodowana była zatem zakresem merytorycznym rozporządzenia spadkowego i jego postanowieniami. Jak pokazały konsultacje projektu ustawy, materia objęta rozporządzeniem jest jednak złożona i w wielu aspektach jeszcze niezrozumiała, także pośród praktyków. Z tej przyczyny niektóre nowe przepisy nie znalazły prima facie właściwego zrozumienia, co jednak zmieni się w toku ich bezpośredniego stosowania. Co do zasady bowiem zaproponowane przez ustawodawcę zmiany realizują potrzeby wynikające z przepisów rozporządzenia. I choć technika legislacyjna niektórych nowych przepisów jest wątpliwa, jak np. wskazanego art. 64^{1} ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, dopiero najbliższa przyszłość pokaże, na ile polska ustawa spełnia kryteria europejskie.

Abstract
The adaptation of Polish law to the EU succession regulation (No. 650/2012)

This article discusses legislative alignment of the Polish law to the requirements of the EU succession Regulation No. 650/2012. Author presents the origins of the Polish Act adapting the Regulation and shows the course of legislative works. His presentation aims to identify major changes in the Polish law related to this Regulation.
Key words: EU succession Regulation 650/2012, inheritance law, succession law, polish law adaptation

Streszczenie
Adaptacja prawa polskiego do wymogów unijnego rozporządzenia spadkowego (Nr 650/2012)

Tematem pracy jest adaptacja prawa polskiego do wymogów unijnego rozporządzania spadkowego (Nr 650/2012). Autor przedstawia źródła polskiej ustawy o adaptacji rozporządzania i wykazuje tok legislacji. Niniejsza praca ma na celu wykazywanie ważnych zmian w polskim prawie z powodu wyżej wspomnianego rozporządzania.
Słowa kluczowe: unijne rozporządzenie spadkowe (Nr 650/2012), prawo spadkowe, prawo o dziedziczeniu, adaptacja prawa polskiego

Agnieszka Kubiak Cyrul
dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zakres stosowania nowej dyrektywy w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych z perspektywy prawa polskiego

Wprowadzenie

25 listopada 2015 r. Parlament Europejski i Rada UE przyjęły nową dyrektywę w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych (dalej cytowana jako dyrektywa 2015/2302)[1]. Stanowi to uwieńczenie procesu legislacyjnego zapoczątkowanego przez Komisję Europejską 9 lipca 2013 r. przedłożeniem Parlamentowi i Radzie projektu dyrektywy[2].

Dyrektywa 2015/2302 zastąpi obowiązującą od ponad 20 lat dyrektywę 90/314/EWG[3] Podstawowym celem dotychczasowej dyrektywy było ustanowienie wspólnych reguł prawnych dotyczących zawierania i wykonywania umów o imprezę turystyczną, by ułatwić w ten sposób przedsiębiorcom z branży turystycznej świadczenie usług na wspólnym rynku unijnym, umożliwić konsumentom czerpanie korzyści z porównywalnych warunków nabywania pakietowych usług turystycznych we wszystkich państwach członkowskich, a przede wszystkim zapewnić im odpowiednią ochronę prawną. Zasadniczo uznać można, że dyrektywa 90/314/EWG cele te zrealizowała. Nie wytrzymała jednak próby czasu, gdyż przewidziana w niej ochrona kon-

---

1 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2302 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG OJ L 326, 11.12.2015, s. 1–33.

2 Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i aranżowanych usług turystycznych, zmieniająca rozporządzenie (WE) nr 2006/2004, dyrektywę 2011/83/UE i uchylająca dyrektywę Rady 90/314/EWG /* COM/2013/0512 final – 2013/0246 (COD) */.

3 Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG). OJ L 158, 23.6.1990, s. 59–64.

sumenta na rynku usług turystycznych okazała się nieadekwatna do wyzwań związanych z rozwojem Internetu[4]. Ponadto dyrektywa 90/314/EWG, przyjmująca zasadę minimalnej harmonizacji, doprowadziła do zróżnicowania ochrony prawnej oferowanej konsumentom w poszczególnych prawach krajowych. Państwa członkowskie mogły wykraczać poza dyrektywę, oferując konsumentom szerszą ochronę. W rezultacie przyczyniło się to do powstania nierówności prowadzących do ograniczeń w obrocie transgranicznym na rynku usług turystycznych, co szczególnie odczuwali przedsiębiorcy.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie założeń nowej dyrektywy co do zakresu jej zastosowania i wynikających z nich koniecznych modyfikacji w prawie polskim w zakresie ochrony konsumenta na rynku usług turystycznych. Z uwagi na ograniczoną formułę artykułu niemożliwe jest wyczerpujące omówienie wszystkich zagadnień związanych z przyjęciem dyrektywy 2015/2302. W szczególności poza zakresem niniejszej analizy pozostają zagadnienia związane z zmianami w zakresie obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy na rynku usług turystycznych, sposobu zawierania oraz treści umowy o imprezę turystyczną, odpowiedzialności organizatora za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o imprezę turystyczną oraz ochrony na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy.

Harmonizacja maksymalna

Dyrektywa 2015/2302 zawiera nowoczesną regulację prawną dotyczącą usług turystycznych obejmującą swoim zakresem większy ich zakres oraz szerszy krąg podmiotów. Jej podstawowym celem jest usunięcie luk i niejasności powstałych na gruncie dyrektywy 90/314/EWG oraz dostosowanie regulacji prawnych państw członkowskich do wyzwań związanych z handlem elektronicznym, w sposób jak najbardziej jednolity na obszarze funkcjonowania rynku unijnego. Z tego powodu państwa członkowskie nie będą mogły utrzymywać w mocy ani wprowadzać do prawa krajowego przepisów odbiegających od tych, które zostały ustanowione w dyrektywie, w tym przepisów surowszych lub łagodniejszych, które prowadziłyby do zróżnicowanego poziomu ochrony podróżnych[5].

---

[4] Szerzej na ten temat: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Przepisy UE dotyczące imprez turystycznych w epoce cyfrowej (COM/2013/0513final), dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-PL/ALL/?uri=CELEX:52013DC0513&from=EN.

[5] Art. 4 dyrektywy. Tekst dyrektywy przedstawiony do publikacji zawarty jest w dokumencie nr 9173/3/15 REV 3 z dnia 22 września 2015 r.: Position of the Council at first reading with view to the adoption of a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on package travel and linked travel arrangements, amending Regula-

Regulacja prawna umów o imprezę turystyczną i powiązanych usług turystycznych w dyrektywie 2015/2302 oparta została na zasadzie maksymalnej harmonizacji. Wynika z tego założenie, że materia objęta zakresem tej dyrektywy została uregulowana przez ustawodawcę unijnego w sposób wyczerpujący. W rezultacie niedopuszczalne będzie utrzymywanie w mocy, po upływie czasu przewidzianego na jej transpozycję do prawa polskiego, dotychczasowych przepisów zapewniających odmienny poziom ochrony prawnej. Ponadto ustawodawca polski nie będzie mógł regulować samodzielnie materii objętej zakresem dyrektywy, ani rozwijać lub uzupełniać jej treści w formie dodatkowych regulacji prawnych, chyba że wyraźnie umożliwia to sama dyrektywa. Niedopuszczalna jest również rezygnacja z implementacji części dyrektywy[6]. Zgodnie z motywem 21 preambuły do dyrektywy „państwa członkowskie mogą utrzymać w mocy lub ustanowić przepisy krajowe odpowiadające wszystkim lub niektórym przepisom niniejszej dyrektywy w odniesieniu do umów nieobjętych zakresem jej stosowania. Państwa członkowskie mogą na przykład utrzymać w mocy lub ustanowić przepisy odpowiadające przepisom niniejszej dyrektywy w odniesieniu do niektórych odrębnych umów dotyczących pojedynczych usług turystycznych (takich jak wynajem domów wakacyjnych) lub imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, które są oferowane lub których nabywanie jest ułatwiane na zasadach niekomercyjnych ograniczonej grupie podróżnych i wyłącznie okazjonalnie, lub imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych obejmujących okres krótszy niż 24 godziny i nieobejmujących zakwaterowania".

W przypadku dyrektywy 2015/2302 margines swobody ustawodawcy polskiego w procesie implementacji jest bardzo ograniczony. Jedynie w kilku przypadkach ustawodawca unijny pozostawia ustawodawcy krajowemu wybór odpowiedniej regulacji prawnej. Przykładem jest art. 12 ust. 5 dyrektywy, na podstawie którego państwa członkowskie mogą przewidzieć w prawie krajowym, że podróżny ma prawo odstąpić od umowy o udział w imprezie turystycznej zawieranej poza lokalem przedsiębiorstwa w terminie 14 dni bez podawania przyczyn. Zwrócić należy uwagę, że podobnej swobody ustawo-

tion (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC – Adopted by the Council on 18 September 2015; dostępny na stronie: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9173-2015-REV-3/en/pdf.

[6] W motywie 27 preambuły do dyrektywy wyraźnie stwierdzono, że obowiązek informacyjny został określony w dyrektywie w sposób wyczerpujący. Szerzej na temat zasad transpozycji dyrektyw do prawa krajowego: E. Zielińska, *Implementacja do polskiego porządku prawnego dyrektyw Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2012, dostępny na stronie: http://www.iws.org.pl/pliki/files/badania/raporty/raporty/Zieli%C5%84ska%20E%20Implementacja%202012.pdf.

dawca krajowy nie posiada w przypadku umów o udział w imprezie turystycznej zawieranych na odległość. Ponadto na podstawie art. 13 ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie mogą utrzymać w swoim prawie krajowym lub wprowadzić do niego przepisy, na mocy których sprzedawca detaliczny (czyli pośrednik lub agent turystyczny) również będzie odpowiedzialny za realizację imprezy turystycznej. Wspomnieć należy jeszcze o art. 14 ust. 4 dyrektywy, w którym państwa członkowskie uprawnione są do odpowiedniego ograniczenia rekompensaty, jaka ma zostać wypłacona przez organizatora, o ile owa rekompensata przyznawana jest na podstawie międzynarodowej konwencji niewiążącej Unii, która umożliwia ograniczenie rekompensaty, jaka ma zostać wypłacona przez usługodawcę.

Ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim swobodę także w zakresie wyboru sposobu zorganizowania systemu ochrony podróżnego na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy[7]. Swoboda ta jest jednak znacznie ograniczona z uwagi na określenie w dyrektywie szczegółowych wymagań, jakie system ten ma spełniać[8]. Zwrócić należy jednak uwagę, że ustawodawca krajowy ma do pewnego stopnia prawo samodzielnie określić, jaki jest krąg podmiotów zobowiązanych do posiadania zabezpieczenia na wypadek niewypłacalności. Bowiem zgodnie z motywem 41 preambuły państwa członkowskie powinny mieć możliwość wprowadzenia wymogu, by również sprzedawcy detaliczni (pośrednicy i agenci turystyczni) posiadali zabezpieczenie na wypadek niewypłacalności. W pozostałym zakresie ustawodawca krajowy ma bardzo ograniczone pole manewru.

Stawia to przed naszym ustawodawcą poważne wyzwanie, jak spójnie pojęciowo wprowadzić do wewnętrznego porządku prawnego regulację zawartą w dyrektywie i jednocześnie zagwarantować jej późniejsze stosowanie zgodnie z duchem dyrektywy. Przykłady implementacji dyrektyw przyjmujących jako zasadę harmonizację maksymalną wskazują, że nie jest to zadanie łatwe[9]. Usta-

---

7 Art. 17 i 18 dyrektywy.

8 Por. motyw 39 preambuły.

9 Przykładem może być implementacja dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywę 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz. Urz. L 149 z 10.06.2005 r., s. 22. Sposób jej implementacji do prawa polskiego wywołał dyskusję wśród przedstawicieli nauki prawa: M. Kępiński, *Opinia z 22 stycznia 2007 r. o projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych*, UOKiK RL-0303-138/06; P. Podrecki, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do prawa polskiego*, ZNUJ 2007/4/365; J. Szwaja, A. Tischner, *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych do prawa polskiego*, MoP 2007/20/1121; A. Kunkiel-Kryńska, *Implementacja dyrektyw opartych na zasadzie harmonizacji pełnej na przykładzie dyrektywy*

wodawca unijny posługuje się bowiem pojęciami niedookreślonymi, których implementacja do prawa krajowego z góry zakłada nadanie im znaczenia spójnego z wewnętrzną regulacją prawną każdego państwa członkowskiego, co wyklucza możliwość ujednolicenia w skali Unii. Z pewnością problemy ujawnią się również przy okazji prac nad transpozycją dyrektywy 2015/2302[10]. Podjęta zostać powinna gruntowna analiza regulacji prawnych obowiązujących w prawie polskim w zakresie świadczenia usług turystycznych i określenie ich korelacji z zakresem regulacji prawnych zawartych w dyrektywie. Wyzwanie jest tym większe, że nie ma jednej uniwersalnej regulacji świadczenia usług turystycznych w prawie polskim. Poza ustawą o usługach turystycznych uwzględnić należy chociażby regulacje odnoszące się do transportu lotniczego, morskiego, kolejowego i autokarowego, regulacje związane z handlem elektronicznym, nieuczciwymi praktykami rynkowymi, prawami konsumenta oraz zobowiązaniami umownymi uregulowanymi w kodeksie cywilnym.

Podmiotowy zakres stosowania dyrektywy 2015/2302

Dyrektywa 2015/2302 znajduje zastosowanie w odniesieniu do umów o imprezę turystyczną i powiązane usługi turystyczne zawierane pomiędzy przedsiębiorcami a podróżnymi[11]. Zwraca uwagę nowa terminologia zastosowana dla oznaczenia podmiotów w polskiej wersji językowej, do których zastosowanie znajdzie dyrektywa. Ustawodawca unijny celowo odchodzi od posługiwania się pojęciem „konsument" i zastępuje go słowem „podróżny", by uniknąć nieporozumień związanych interpretacją pojęcia „konsument" w świetle innych dyrektyw dotyczących ochrony konsumenta[12]. Zgodnie z art. 3 ust. 6 dyrektywy 2015/2302 „podróżny" oznacza każdą osobę, która chce zawrzeć umowę lub jest uprawniona do podróżowania na podstawie umowy zawartej w zakresie stosowania dyrektywy. W definicji powyższej nie wspomina się o celu podróży, w związku z tym podróżnym objętym ochroną będzie również osoba podróżująca w celach biznesowych. Potwierdza to uwaga zamieszczona

o nieuczciwych praktykach handlowych, MoP 2007/18/989; A. Kunkiel-Kryńska, *Metody harmonizacji prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej i ich wpływ na procesy implementacyjne w państwach członkowskich*, Warszawa 2013; A. Tischner, *Miejsce implementacji dyrektywy 2005/29/WE do prawa polskiego*, [w:] *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, red. E. Nowińska, D. Kasprzycki, Kraków 2012, s. 53 i nast.

[10] Szerzej na temat problemów z terminologią prawną oraz oficjalnymi tłumaczeniami: J. Gospodarek, *Projektowana dyrektywa turystyczna a przyszłość turystyki w Unii Europejskiej i w Polsce*, [w:] *Rozprawy Naukowe Akademii Wychowania Fizycznego we Wrocławiu,* nr 46, 2014, s. 30 i nast.

[11] Art. 1 i 2 ust. 1 dyrektywy.

[12] Zob. motyw 7 preambuły.

w motywie 7 preambuły, w której nakazuje się stosować dyrektywę do osób podróżujących służbowo, w tym przedstawicieli wolnych zawodów lub osób samozatrudnionych, czy też innych osób fizycznych, o ile ich podróż nie jest organizowana na podstawie umowy ogólnej o zorganizowanie podróży służbowej zawieranej pomiędzy przedsiębiorcą a inną osobą fizyczną lub prawną działającą w celach związanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu. Tym samym zakres pojęcia „podróżny" obejmuje wszystkie podmioty chronione w dotychczasowej dyrektywie pod nazwą „konsument", a także podmioty chronione na gruncie polskiej ustawy o usługach turystycznych pod nazwą „klient".

Natomiast krąg przedsiębiorców zobowiązanych do przestrzegania dyrektywy uległ znacznym modyfikacjom w nowej dyrektywie. Zgodnie z art. 3 ust. 7 dyrektywy 2015/2302 „przedsiębiorca" to każda osoba fizyczna lub osoba prawna, niezależnie od tego, czy jest to podmiot publiczny, czy prywatny, która działa – w tym również za pośrednictwem każdej innej osoby działającej w jej imieniu lub na jej rzecz – w celach związanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonywaniem wolnego zawodu, w związku z umowami objętymi zakresem dyrektywy, występując w charakterze organizatora, sprzedawcy detalicznego, przedsiębiorcy ułatwiającego nabywanie powiązanych usług turystycznych lub w charakterze dostawcy usług turystycznych.

W stosunku do podróżnego nadal podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie umowy o udział w imprezie turystycznej pozostaje organizator, którym zgodnie z art. 3 ust. 8 dyrektywy 2015/2302 jest przedsiębiorca, który tworzy i sprzedaje lub oferuje do sprzedaży imprezy turystyczne, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego przedsiębiorcy bądź razem z innym przedsiębiorcą, lub też przedsiębiorca, który przekazuje dane podróżnego innemu przedsiębiorcy. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z istotnym rozszerzeniem pojęcia organizatora w stosunku do dotychczas obowiązującej dyrektywy, co stanowić ma odpowiedź na rosnącą stale liczbę transakcji dokonywanych przez Internet, za pośrednictwem stron oferujących usługi różnych przedsiębiorców z branży turystycznej. W szczególności chodzi tu o sytuacje, w których usługi turystyczne, składające się na imprezę turystyczną, nabywane są od oddzielnych przedsiębiorców za pośrednictwem powiązanych internetowych procesów rezerwacji, podczas których nazwisko podróżnego, szczegółowe dane dotyczące płatności oraz adres poczty elektronicznej są przekazywane przez przedsiębiorcę, z którym zawiera się pierwszą umowę, innemu przedsiębiorcy lub innym przedsiębiorcom, a umowa z tym innym przedsiębiorcą lub innymi przedsiębiorcami jest zawierana nie później niż 24 godziny po potwierdzeniu pierwszej usługi turystycznej (art. 3 ust. 2 lit. b

(v) dyrektywy 2015/2302.W nowej dyrektywie dotychczasowy pośrednik lub agent turystyczny ukryty jest pod pojęciem „sprzedawca detaliczny". Zgodnie z art. 3 ust. 9 dyrektywy 2015/2302 sprzedawca detaliczny to przedsiębiorca, niebędący organizatorem, który sprzedaje lub oferuje do sprzedaży imprezy turystyczne utworzone przez organizatora. Zasadniczo sprzedawca detaliczny nie ponosi odpowiedzialności za wykonanie umowy o udział w imprezie turystycznej, zarezerwowanej dla organizatora. W przypadku wątpliwości co do zakresu ponoszonej odpowiedzialności przez przedsiębiorcę zawierającego umowę z podróżnym, ustawodawca unijny nakazuje weryfikację tego, jaki był udział tego przedsiębiorcy w tworzeniu danej imprezy turystycznej. Natomiast bez znaczenia jest to, w jaki sposób ten przedsiębiorca nazywa prowadzoną przez siebie działalność, jak i to, czy przedsiębiorca działa po stronie podaży, czy też występuje jako agent działający na rzecz podróżnego[13].

Zauważyć należy, że sformułowanie „sprzedawca detaliczny" stanowi przykład bardzo nieudanego tłumaczenia na język polski pojęcia „retailer" użytego w angielskiej wersji językowej dyrektywy. Postulować należy rezygnację z posługiwania się terminologią charakterystyczną dla umowy sprzedaży, która przecież nie stanowi punktu odniesienia dla umów regulowanych przez dyrektywę, będących umowami o świadczenie usług[14].

Przedmiotowy zakres stosowania dyrektywy 2015/2302

Kluczowa dla całej dyrektywy 2015/2302 definicja imprezy turystycznej została uregulowana w art. 3 ust. 2. Impreza turystyczna to zasadniczo pakiet usług turystycznych, obejmujący co najmniej dwa różne rodzaje usług turystycznych na potrzeby tej samej podróży, przygotowany przez jednego przedsiębiorcę, oferowane lub sprzedawane po cenie obejmującej wszystkie usługi lub gdy taką ceną obciążany jest nabywca. Przy czym usługą turystyczną o charakterze podstawowym, o której mowa w tym artykule, jest przewóz pasażerów, zakwaterowanie do celów innych niż pobytowe[15] (niebędące nieodłącznym elementem przewozu pasażerów, takim jak miejsce do spania

[13] Motyw 22 preambuły.

[14] Szerzej na ten temat: B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2013, s. 360 i nast.; J. Gospodarek, *Znaczenie dla rynku turystycznego projektowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i aranżowanych usług turystycznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego", nr 807, „Ekonomiczne Problemy Turystyki", nr 3 (27), Szczecin 2014, s. 173 i nast.

[15] Zwrócić należy uwagę, że ustawodawca unijny wyraźnie rozstrzygnął wątpliwość, która pojawiła się na gruncie dotychczas obowiązującej dyrektywy i dotyczyła zakwaterowania w czasie kursów językowych. Zgodnie z motywem 17 preambuły zakwaterowania w celach pobytowych, w tym na potrzeby długoterminowych kursów językowych, nie należy uważać za zakwaterowanie w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

w wagonie sypialnym lub na promie), wynajem samochodów lub innych pojazdów silnikowych oraz każda inna usługa świadczona turystom, która nie jest nieodłączną częścią wcześniej wymienionych usług turystycznych[16]. Przykładem usług świadczonych turystom, o których mowa w ostatnim zdaniu, są np.: imprezy sportowe, koncerty, wstęp do parków rozrywki, kurs nurkowania, lekcje narciarstwa, zwiedzanie atrakcji turystycznych, program odnowy biologicznej, program zajęć sportowych[17]. Natomiast nie należy traktować jako usługi turystycznej, mającej samodzielny status w pakiecie stanowiącym imprezę turystyczną, usług dodatkowych oferowanych podróżnym w trakcie przewozu np.: dystrybucji napojów i przekąsek, zapewniania rozrywki w trakcie podróży, obsługi stewardów, transportu bagażu, zapewniania noclegu w ramach transportu pasażerskiego na długich dystansach[18]. Podobnie za usługi towarzyszące usłudze zakwaterowania zasadniczo uznać należy np.: obsługę kelnerską, sprzątanie pokoi, pralnię, sejf, transfer z hotelu na lotnisko, możliwość korzystania z hotelowego basenu lub salonu fryzjerskiego i centrum spa[19].

W celu usunięcia wątpliwości co do zakresu pojęcia „impreza turystyczna", powstałych na gruncie dotychczas obowiązującej dyrektywy 90/314/EWG, a także po to by sprostać wyzwaniom obrotu elektronicznego, doprecyzowane zostały dodatkowo jej poszczególne elementy. Zatem w pojęciu imprezy turystycznej mieścić się będą także umowy, w których pakiet usług turystycznych przygotowywany jest przez przedsiębiorcę na prośbę podróżnego lub zgodnie z jego wyborem, dokonanym zanim zawarto jedną umowę na wszystkie usługi[20]. Ponadto dla konstrukcji pakietu nie będzie miało znaczenia to, czy przedsiębiorca zawarł oddzielne umowy z indywidualnymi dostawcami usług turystycznych, czy też umożliwia on jedynie wybranie i nabycie tych usług w jednym punkcie sprzedaży, w ramach jednej rezerwacji, zanim podróżny zgodzi się dokonać zapłaty. Istotne jest to, że usługi turystyczne w tym przypadku są oferowane lub sprzedawane po cenie obejmu-

16 Art. 2 ust. 1 dyrektywy. Por. również motyw 17 preambuły, w którym ustawodawca unijny wyraźnie wskazał, że usługi finansowe, takie jak ubezpieczenie podróży, nie powinny być uważane za usługi turystyczne.

17 Por. motyw 18 preambuły.

18 Por. motyw 17 preambuły *in fine*.

19 Por. motyw 17 preambuły.

20 Wątpliwość ta została już rozstrzygnięta w orzecznictwie ETS na gruncie dotychczasowej dyrektywy. Zob. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 30 kwietnia 2002 r. Club-Tour, Viagens e Turismo SA przeciwko Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, przy udziale Club Med Viagens Ldª. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Tribunal Judicial da Comarca do Porto – Portugalia. Sprawa C-400/00. ECLI:EU:C:2002:272. European Court reports 2002 Page I-04051.

jącej wszystkie te usługi lub po cenie całkowitej, lub są reklamowane bądź sprzedawane przy użyciu określenia „impreza turystyczna", „oferta łączona", „all-inclusive" lub „wszystko w cenie"[21]. Co więcej poszczególne usługi mogą być również łączone po zawarciu umowy, na podstawie której przedsiębiorca uprawnia podróżnego do dokonania wyboru spośród różnych rodzajów usług turystycznych. Regulacja ta znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy impreza turystyczna stanowi prezent dla podróżnego[22].

Imprezą turystyczną, do której znajdzie zastosowanie dyrektywa 2015/2302, będzie również pakiet usług turystycznych nabywanych od internetowych sprzedawców detalicznych za pośrednictwem powiązanych procesów rezerwacji online w ramach tzw. przeklikiwania (ang. *click through*), pod warunkiem, że poszczególne umowy są zawierane nie później niż 24 godziny od potwierdzenia rezerwacji pierwszej usługi turystycznej[23]. Dochodzi wtedy do przekazania przez przedsiębiorcę, z którym podróżny zawiera pierwszą umowę, danych osobowych podróżnego, szczegółowych danych dotyczących płatności oraz adresu poczty elektronicznej, innemu przedsiębiorcy lub innym przedsiębiorcom.

Przedsiębiorca, u którego podróżny dokonuje pierwszej rezerwacji, jest organizatorem w rozumieniu dyrektywy. Zarówno on, jak i przedsiębiorca, któremu przekazywane są dane, mają obowiązek udzielić podróżnemu informacji wymienionych w art. 5 ust. 1 lit. a–h dyrektywy w zakresie, w jakim jest to istotne dla oferowanych przez nich usług turystycznych. Ponadto organizator udziela również standardowych informacji przedkontraktowych za pośrednictwem formularza zawartego w załączniku I część C do dyrektywy 2015/2302 Następnie przedsiębiorcy, którym przekazywane są dane, mają obowiązek poinformować organizatora o zawarciu umowy prowadzącej do powstania imprezy turystycznej oraz muszą udostępnić organizatorowi informacje niezbędne do wypełnienia jego obowiązków jako organizatora[24].

Powody tak istotnego rozszerzenia definicji imprezy turystycznej ustawodawca unijny ujawnia w motywie 13 preambuły: „Takie ułatwianie nabywania usług wynika często z powiązań handlowych, których elementem jest wynagrodzenie, pomiędzy przedsiębiorcą ułatwiającym nabywanie dodatkowych usług turystycznych a innym przedsiębiorcą – niezależnie od metody

---

21 Por. motyw 10 preambuły.

22 Por. motyw 11 preambuły.

23 Szerzej na temat dynamicznych pakietów turystycznych: Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages. Final report to European Commission – Health and Consumers DG. Prepared by London Economics 2009, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/study_consumer_detriment_dyna_packages_en.pdf.

24 Art. 7 ust. 3 dyrektywy.

obliczania takiego wynagrodzenia, które może na przykład być uzależnione od liczby kliknięć lub od obrotu. Przepisy takie miałyby na przykład zastosowanie w sytuacji, gdy wraz z potwierdzeniem rezerwacji pierwszej usługi turystycznej, takiej jak przelot lub przejazd pociągiem, podróżny otrzymuje zaproszenie do zarezerwowania dodatkowej usługi turystycznej dostępnej w wybranym docelowym miejscu podróży – na przykład zakwaterowania w hotelu – wraz z linkiem do strony internetowej rezerwacji innego dostawcy usług lub pośrednika. Wprawdzie usługi takie nie powinny stanowić imprezy turystycznej w rozumieniu niniejszej dyrektywy, zgodnie z którą jeden organizator jest odpowiedzialny za należytą realizację wszystkich usług turystycznych, jednak takie powiązane usługi turystyczne stanowią alternatywny model biznesowy, który często jest silną konkurencją dla imprez turystycznych".

Z uwagi na dynamiczny charakter obrotu elektronicznego i konieczność zapewnienia adekwatności regulacji prawnej do zmieniających się modeli biznesowych wykorzystywanych na rynku usług turystycznych, w art. 26 dyrektywy 2015/2302 zawarta została tzw. klauzula przeglądowa. Na jej podstawie Komisja Europejska zobowiązana została do przedstawienia, w terminie trzech lat od wejścia w życie dyrektywy, oceny skuteczności przepisów mających zastosowanie do rezerwacji online dokonywanych w różnych punktach sprzedaży oraz uznawania takich rezerwacji za imprezy turystyczne, powiązane usługi turystyczne lub odrębne usługi turystyczne, w szczególności zaś dotyczące definicji imprezy turystycznej określonej w art. 3 pkt 2 lit. b ppkt v i tego, czy zasadna jest korekta lub rozszerzenie tej definicji[25]. Wprowadzenie klauzuli przeglądowej w tym zakresie stosowania dyrektywy 2015/2302 umożliwi elastyczne reagowanie na zmiany w elektronicznym obrocie usługami turystycznymi.

W odpowiedzi na liczne praktyki rynkowe przedsiębiorców z branży turystycznej wprowadzające konsumenta w błąd, co do tego, jaką umowę zawiera, ustawodawca unijny zakresem pojęcia „impreza turystyczna" wyraźnie objął również usługi turystyczne reklamowane lub sprzedawane pod pojęciem „imprezy turystycznej" lub podobnym. Ponadto w załączniku do Rezolucji ustawodawczej z 27 października 2015 r. znajduje się oświadczenie Komisji Europejskiej, w którym zobowiązuje się ona przedstawić Parlamentowi informacje o praktykach handlowych, w ramach których dostawcy usług

[25] Zob. punkt 12 Uzasadnienia Rady: Stanowisko Rady (UE) nr 13/2015 w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającą dyrektywę Rady 90/314/EWG (2015/C 360/02) (Dz.Urz. UE 30.10.2015 r., C 360/37 i nast.).

turystycznych, świadczący usługi online, włączają do swoich ofert dodatkowe usługi w ukryty, niejasny lub niejednoznaczny sposób i na przykład ukrywają możliwość rezygnacji z rezerwowania dalszych usług[26].

Ustawodawca unijny wyraźnie wskazuje, jakie połączenia usług turystycznych nie będą mieścić się w pojęciu imprezy turystycznej. W szczególności nie będą imprezą turystyczną pakiety usług turystycznych obejmujące jeden rodzaj usługi turystycznej podstawowej (przewóz, zakwaterowanie lub wynajem pojazdu silnikowego) połączony z co najmniej jednym typem usług świadczonych turystom (który nie jest nieodłączną częścią wcześniej wymienionych usług podstawowych), jeżeli te ostatnie usługi nie będą stanowić znacznej części wartości tego połączenia, nie będą reklamowane jako istotny element tego połączenia, ani nie będą stanowić ich istotnego elementu z innych względów[27]. Z uwagi na wysoce nieprecyzyjne określenia użyte w tej regulacji pozytywnie należy ocenić wprowadzenie przez Radę do preambuły wyjaśnienia, zgodnie z którym – gdy inne usługi świadczone turystom stanowią 25% lub więcej wartości danego połączenia, usługi te powinny być uważane za stanowiące znaczną część wartości imprezy turystycznej lub powiązanej usługi turystycznej[28].

Zakresem pojęcia impreza turystyczna nie będą objęte również sytuacje, w których podróżny wybiera i nabywa inną usługę dopiero po rozpoczęciu realizacji usługi turystycznej podstawowej. Ustawodawca unijny zwraca jednak uwagę na możliwość obchodzenia dyrektywy w taki sposób, że organizatorzy lub sprzedawcy detaliczni oferowaliby podróżnemu wybór dodatkowych usług świadczonych turystom z wyprzedzeniem, po czym oferowaliby zawarcie umowy na te usługi dopiero po rozpoczęciu realizacji pierwszej usługi turystycznej[29]. Wobec tego przepisy implementujące dyrektywę 2015/2302 w tym zakresie powinny tego typu praktyki eliminować.

Poza ochroną podróżnych zawierających umowę o udział w imprezie turystycznej, dyrektywa 2015/2302 reguluje w art. 17 również sytuację prawną nabywcy powiązanych usług turystycznych. Głównym celem tej regulacji

---

[26] Zob. Rezolucja ustawodawcza Parlamentu Europejskiego z dnia 27 października 2015 r. w sprawie stanowiska Rady w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającej dyrektywę Rady 90/314/EWG (09173/3/2015 – C8-0281/2015 – 2013/0246(COD)) (Zwykła procedura ustawodawcza: drugie czytanie), dostępna na stronie http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0366+0+DOC+XML+V0//PL#BKMD-9.

[27] Zob. art. 3 ust. 2 *in fine*.

[28] Zob. motyw 18 preambuły.

[29] *Ibidem*.

jest zobowiązanie przedsiębiorcy umożliwiającego zamawianie powiązanych usług turystycznych do udzielania odpowiedniej informacji podróżnym o zakresie przysługującej im, na gruncie dyrektywy, ochrony oraz wprowadzenie ochrony na wypadek niewypłacalności przedsiębiorcy[30].

Zgodnie z art. 3 ust. 5 dyrektywy 2015/2302 z powiązanymi usługami turystycznymi podróżny będzie miał do czynienia w sytuacji, gdy nabywa co najmniej dwa różne rodzaje usług turystycznych, na podstawie odrębnych umów z poszczególnymi dostawcami usług turystycznych, na potrzeby tej samej podróży lub tych samych wakacji, a jednocześnie usługi te nie stanowią imprezy turystycznej w rozumieniu dyrektywy. Istotne jest to, że do nabycia tych usług powiązanych dochodzi przy okazji jednej wizyty lub jednego kontaktu z punktem sprzedaży przedsiębiorcy, który ułatwia podróżnym dokonanie oddzielnego wyboru i oddzielnej płatności za każdą z dodatkowych usług turystycznych. Do nabycia powiązanej usługi turystycznej dojdzie także wtedy, gdy przedsiębiorca ułatwi w sposób ukierunkowany zamówienie co najmniej jednej dodatkowej usługi turystycznej u innego przedsiębiorcy i jeśli umowa z takim innym przedsiębiorcą zostanie zawarta nie później niż 24 godziny po potwierdzeniu rezerwacji pierwszej usługi turystycznej. Przykładem, który ilustruje powstawanie powiązanych usług turystycznych, jest sytuacja, w której wraz z potwierdzeniem rezerwacji biletu na lot samolotem podróżny otrzymuje zaproszenie do zarezerwowania hotelu w wybranym, docelowym miejscu podróży wraz z linkiem do strony internetowej rezerwacji dostawcy tej usług lub pośrednika[31].

Jednocześnie ustawodawca unijny nakazuje odróżniać powiązane usług turystycznych od usług turystycznych, które podróżni rezerwują niezależnie, często w różnym czasie – nawet jeżeli są one rezerwowane na potrzeby tej samej podróży lub tych samych wakacji[32]. Nie należy również utożsamiać powiązanych usług turystycznych, oferowanych online, z powiązanymi stronami internetowymi, których celem nie jest zawarcie umowy z podróżnym. Podobnie w pojęciu powiązanych usług turystycznych nie będą mieścić się hiperlinki, za pośrednictwem których podróżni są kierowani do stron innych przedsiębiorców działających na rynku usług turystycznych, oraz pliki cookies,

---

[30] Zob. Stanowisko Rady w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającej dyrektywę Rady 90/314/EWG – Uzasadnienie Rady – Przyjęte przez Radę 18 września 2015 r., punkt 13, dostępne na stronie: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/imco/dv/cons_cons(2015)09173(add1)_rev3_/cons_cons(2015)09173(add1)_rev3_pl.pdf.

[31] Zob. motyw 13 preambuły.

[32] Zob. motyw 12 preambuły.

czy metadane, które używane są do umieszczania ogłoszeń na stronach internetowych[33]. Ponadto, analogicznie do regulacji pojęcia imprezy turystycznej, dyrektywa nie będzie jednak miała zastosowania do powiązanych usług turystycznych w przypadku nabycia jednego rodzaju podstawowych usług turystycznych w połączeniu z co najmniej jednym typem usług świadczonych turystom, jeżeli te ostatnie usługi nie stanowią znaczącej części łącznej wartości usług i nie są reklamowane jako zasadniczy element danego połączenia ani w inny sposób nie stanowią zasadniczego elementu tego połączenia[34].

Regulacja dotycząca usług powiązanych stanowić będzie najpoważniejszą zmianę w sektorze usług turystycznych. Komisja Europejska szacuje, że nowa dyrektywa zwiększy zakres zastosowania unijnych standardów ochrony podróżnych do umów zawieranych na rynku turystycznym – z 23% do 46%[35].

Nowa definicja imprezy turystycznej znajduje swoje odzwierciedlenie w definicji umowy o udział w imprezie turystycznej. Zgodnie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2015/2302 umowa o udział w imprezie turystycznej odnosić się będzie do umowy obejmującej w swojej treści wszystkie usługi turystyczne wybrane przez podróżnego (czy to w formie wcześniej przygotowanego przez przedsiębiorcę pakietu usług, czy też pakietu indywidualnie skomponowanego na życzenie lub przez podróżnego). Ponadto może ona przybrać formę wielu umów cząstkowych dotyczących poszczególnych usług turystycznych objętych imprezą turystyczną, jeżeli impreza turystyczna jest realizowana na podstawie odrębnych umów. W tym ostatnim przypadku pojawią się niewątpliwie problemy związane chociażby z określeniem, w którym momencie powstaje umowa o udział w imprezie turystycznej i kim są jej strony. Przetransponowanie tej konstrukcji umowy do prawa polskiego, w sposób spójny z naszym systemem prawa kontraktowego, stanowić będzie duże wyzwanie dla ustawodawcy polskiego.

Dla pełnego określenia zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy 2015/2302 konieczne jest jeszcze uwzględnienie umów wyraźnie z niej wyłączonych na podstawie art. 2 ust. 2. W szczególności dyrektywa nie ma zastosowania do imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych

---

33 *Ibidem*.

34 Art. 3 ust. 5 *in fine*.

35 Zob. punkt 2 Komunikatu z dnia 5.10.2015 r. Komisji do Parlamentu Europejskiego na podstawie art. 294 ust. 6 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczący stanowiska Rady w sprawie przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę 2011/83/UE oraz uchylającej dyrektywę Rady 90/314/EWG. Bruksela, COM(2015) 493 final 2013/0246(COD), dostepny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0493&qid=1448109572389&from=EN.

trwających krócej niż 24 godziny, chyba że obejmują one nocleg. Ponadto poza dyrektywą pozostają również sytuacje, w których dochodzi do oferowania imprez turystycznych lub ułatwiania zamawiania powiązanych usług turystycznych na zasadach niekomercyjnych, pod warunkiem, że ma to miejsce w stosunku do ograniczonej grupy podróżnych i zdarza się nie częściej niż okazjonalnie. Wyłączenia te odnoszą się do krótkich podróży, takich jak wycieczki organizowane nie częściej niż kilka razy w roku przez organizacje charytatywne, kluby sportowe lub szkoły dla ich członków, które jednocześnie nie są przedmiotem ofert publicznej[36]. Także i w tych przepadkach ustawodawca unijny nakazuje jednak udzielić uczestnikom tych wycieczek odpowiednich informacji na temat tego, że nie przysługuje im ochrona wynikająca z dyrektywy 2015/2302[37].

Wyraźnie wyłączono z zakresu stosowania dyrektywy 2015/2302 również imprezy turystyczne i powiązane usługi turystyczne nabywane na podstawie umowy ogólnej o organizację podróży służbowej, zawieranej między przedsiębiorcą a inną osobą fizyczną lub prawną działającą w celach związanych z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub zawodową. Chodzi tu zasadniczo o sytuacje, w których przedsiębiorcy zawierają umowę ogólną z biurem podróży, której przedmiotem jest organizacja wielu podróży w określonym czasie. Zdaniem ustawodawcy unijnego taki podróżny nie wymaga ochrony, którą przewiduje się dla konsumentów. Ponadto zwykle wyjazdy służbowe objęte są już, porównywalnym w stosunku do imprez turystycznych, poziomem ochrony[38].

Poza wyraźnymi wyłączeniami niektórych umów z zakresu stosowania dyrektywy 2015/2302, na podstawie art. 2 ust. 2, ustawodawca unijny wskazał jeszcze jeden przypadek w tekście preambuły. Na podstawie motywu 15 preambuły zakup odrębnej usługi turystycznej, jako pojedynczej usługi turystycznej, nie powinien stanowić ani imprezy turystycznej, ani powiązanej usługi turystycznej. To stwierdzenie jest dość oczywiste w świetle przyjętych w dyrektywie definicji imprezy turystycznej i powiązanych usług turystycznych. Odpowiada to również dotychczasowej regulacji zawartej w dyrektywie 90/314/EWG.

---

36 Zob. motyw 19 preambuły.

37 *Ibidem*.

38 Zob. motyw 7 preambuły oraz Stanowisko Rady w pierwszym czytaniu w sprawie przyjęcia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych, zmieniającej rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE oraz uchylającej dyrektywę Rady 90/314/EWG – Uzasadnienie Rady – Przyjęte przez Radę 18 września 2015 r., punkt 21, dostępne na stronie: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/imco/dv/cons_cons(2015)09173(add1)_rev3_/cons_cons(2015)09173(add1)_rev3_pl.pdf.

Podsumowanie

Powyższa analiza wyraźnie wskazuje na poważne zmiany na rynku usług turystycznych, które muszą nastąpić w związku z implementacją dyrektywy 2015/2302 do prawa polskiego. Przede wszystkim rozszerzeniu ulegnie katalog umów objętych nową regulacją. Wiele umów, które obecnie znajdują się poza zakresem przepisów implementujących dyrektywę 90/314/EWG, będzie stanowiło imprezę turystyczną lub powiązane usługi turystyczne objęte zakresem zastosowania nowej dyrektywy. Oznacza to rozszerzenie systemu ochrony i wzrost bezpieczeństwa prawnego podróżnego. Wyraźnie zwiększy się transparentność transakcji dokonywanych za pośrednictwem Internetu w zakresie określania statusu prawnego stron zawieranych w ten sposób umów o udział w imprezie turystycznej lub umów prowadzących do nabycia powiązanych usług turystycznych. Prowadzić to będzie równocześnie do powstania warunków do równej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami oferującymi usługi z branży turystycznej. Z drugiej strony jednak zmieniony zakres podmiotowy i przedmiotowy dyrektywy spowoduje wzrost kosztów działalności małych i średnich przedsiębiorców, którzy do te pory działali poza ramami dotychczasowej dyrektywy, co odbić się może na cenach ich usług.

Implementacja dyrektywy 2015/2302 wiązać się będzie z poważnymi problemami dla polskiego ustawodawcy, związanymi z koniecznością zapewnienia maksymalnej harmonizacji. Wydaje się, że ustawodawca unijny przewidział wystarczająco dużo czasu na dokonanie transpozycji dyrektywy do prawa krajowego. Zgodnie z art. 28 dyrektywy 2015/2302 państwa członkowskie przyjmują i publikują najpóźniej do dnia 1 stycznia 2018 r. przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do jej wykonania. Natomiast moc obowiązującą przepisy krajowe powinny nabyć od dnia 1 lipca 2018 r. W tym samym dniu utraci moc dyrektywa 90/314/EWG. Zgodnie z art. 30 sama dyrektywa wejdzie w życie dwudziestego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czyli w dniu 31 grudnia 2015 r.

Termin dla transpozycji dyrektywy 2015/2302 do prawa polskiego wydaje się wystarczająco długi, ale biorąc pod uwagę polskie doświadczenia związane z implementacją dyrektyw z obszaru prawa prywatnego oraz złożoność i daleko idące konsekwencje proponowanych zmian, postulować należy niezwłoczne podjęcie prac legislacyjnych.

Abstract
Scope of application of the new directive on package travel and linked travel arrangements from the perspective of polish law

The purpose of that article is to analyze the scope of application of the new directive on package travel and linked travel arrangements. The new directive aims to modernise the rules on package travel currently contained in Directive 90/314/EEC, by increasing the protection of consumers purchasing online travel combinations. The inclusion of customised combinations of travel services, in particular those purchased on-line, in the scope of the new directive will change significantly the scope of application of the protection offered to travelers. It is estimated that the new directive will double the share of protected contracts from 23% to 46% in the EU travel market. New directive will increase legal certainty and transparency for both travellers and businesses, reduce consumer detriment associated with such combinations and ensure fairer competition between travel businesses. New directive will be based on full harmonisation, with a few limited exceptions where, because of different legal traditions or approaches, Member States will be allowed to maintain different solutions. The process of implementation of the new directive will be difficult because of the complexity of that legal text and its serious consequences for the whole tourism industry in Poland.

Key words: scope of application, level of harmonization, travel services, package, package travel contract, linked travel arrangements, trader, traveler, organizer, retailer

Streszczenie
Zakres stosowania nowej dyrektywy w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych z perspektywy prawa polskiego

Niniejsza praca ma na celu analizowanie zakresu stosowania nowej dyrektywy w sprawie imprez turystycznych i powiązanych usług turystycznych. Celem dyrektywy jest modernizacja przepisów dotyczących imprez turystycznych w dyrektywie 90/314/EEC przez zwiększenie ochrony konsumentów, kupujących podróży przez Internet. Obejmowanie zakresem dyrektywy opracowanych usług turystycznych, zwłaszcza tych kupowanych przez Internet, znacznie zmieni zakres ochrony zapewnianej podróżnikom. Szacuje się, że nowa dyrektywa zwiększy udział umów chronionych z 23% do 46% rynku podróży w Unii Europejskiej. Nowa dyrektywa zwiększy poziom pewności i przejrzystości dla podróżników, jak i przedsiębiorstw, zredukuje problemy konsumentów i zapewni bardziej uczciwą konkurencję między przedsiębiorstwami turystycznymi. Nowa dyrektywa będzie polegała na całkowitej harmonizacji, z kilkoma ograniczonymi wyjątkami, gdzie państwa członkowskie będą miały możliwość dostosowania innych rozwiązań z powodu innych systemów prawnych. Implementacja nowej dyrektywy będzie niełatwa z powodu złożoności tekstu prawnego i skutków prawnych dla całego rynku turystycznego w Polsce.

Słowa kluczowe: zakres stosowania, poziom harmonizacji, usługi turystyczne, imprezy turystyczne, umowy dotyczące imprez turystycznych, sprzedawcy, podróżni, organizatorzy, detaliści

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 35–44 (2015)

Harald G. Kundoch
prof. dr. jur., Köln

Der deutsche Bundespräsident – ein „Stabilitätsanker" im Grundgesetz (GG)

Einleitung

Der Bundespräsident wird in der Verfassungstheorie allgemein als ein „Stabilitätsanker" in Krisenzeiten und unabhängiger „Notar" von Personalentscheidungen und Gesetzen bezeichnet.

Zugleich ist er der staatliche Repräsentant der Bundesrepublik Deutschland im Ausland.

Die Verfassungswirklichkeit hat diesem wichtigen Amt aber noch weitere Aufgaben zugeschrieben, die sowohl sein Verhalten als auch seine Wirkung auf die Gesellschaft selbst betreffen[1]:

Der Bundespräsident soll zusammenhalten, was zusammengehört, und er soll rechtzeitig warnen und mahnen, bevor die Dinge außer Kontrolle geraten.

Dafür hat er vor allem ein Mittel: sein Wort[2].

I. Dem Grundgesetz (GG) eignen Normativität und Positivität wie jedem Gesetz. Doch hebt es sich über das einfache Gesetz hinaus kraft seines Vorrangs und seines Selbstwertes an sich. Zunächst geht es um die Normativität der Verfassung und bestätigt, dass die Verfassung auch den Willen zur Selbstbehauptung gegen innere und äußere Gefahren bekundet.

In diesem Sinne ist das Grundgesetz (GG) vom Leitbild einer abwehrbereiten Demokratie geprägt[3].

---

1 Eberhard Jäckel, Horst Möller, Hermann Rudolph (Hrsg.), *Von Heuss bis Herzog – die Bundespräsidenten im politischen System der Bundesrepublik*, Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart 1999.

2 *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd II. Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung,* C.H. Beck, München 1980.

3 Christoph Degenhart, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht,* 27. Auflage, Müller, Heidelberg 2011, S. 301–309.

Das deutsche Wort Grundgesetz (GG) kam dabei zuerst im 17. Jahrhundert auf und gilt unter Sprachwissenschaftlern als Lernübersetzung des in der lateinischen Rechtssprache geprägten *lex fundamentalis* und damit als ein „(staats-) grundlegendes Gesetz".

Das Grundgesetz (GG) gibt im einzelnem die Zuständigkeiten des Bundespräsidenten dar.

In den Art. 54 bis 61 GG sind die Aufgaben und Befugnisse des Bundespräsidenten beschrieben, die sich allerdings durch die Staatspraxis ständig weiterentwickelt haben[4].

Der Bundespräsident steht als Staatsoberhaupt protokollarisch an der Spitze des deutschen Staates. Er ist ein Verfassungsorgan, das die Bundesrepublik Deutschland nach innen und nach außen repräsentiert. Dies geschieht, indem der Bundespräsident durch sein Handeln und öffentliches Auftreten den Staat selbst – seine Existenz, Legitimität, Legalität und Einheit – sichtbar macht. Darin kommen zugleich die Integrationsaufgabe und die rechts- und verfassungswahrende Kontrollfunktion seines Amtes zum Ausdruck.

Dies wird ergänzt durch eine politische „Reservefunktion"[5] für Krisensituationen des parlamentarischen Regierungssystems.

II. In der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur werden die Aufgaben und Befugnisse des Bundespräsidenten im Vergleich zu denen des Reichspräsidenten nach der Weimarer Reichsverfassung wie folgt beschrieben:

Der Reichspräsident besaß eine Fülle von Befugnissen, die es ihm in parlamentarischen Krisensituationen erlaubten, selbst die Staatsgeschäfte maßgeblich zu gestalten und beeinflussen. Reichspräsident von Hindenburg nutzte diese Möglichkeiten gegen Ende der Weimarer Republik in unheilvoller Weise aus.

Daraus zog der Parlamentarische Rat die Konsequenz, die politischen Rechte des Bundespräsidenten im Grundgesetz (GG) stark zu begrenzen. Man lernte sozusagen aus den damaligen Fehlern.

Der Bundespräsident kann weder alleine den/die Bundeskanzler/in bestimmen noch „Notverordnungen" erlassen; anders als der polnische Staatspräsident hat er auch nicht den Oberbefehl über die Streitkräfte (Bundeswehr).

Nach einer inzwischen fast siebzigjährigen grundgesetzlichen Verfassungstradition hat die Staatspraxis das Amt des Bundespräsidenten ausgestaltet und schärfere Konturen im Zusammenspiel mit den anderen Verfassungsorganen geschaffen[6].

---

4 Udo Fink, [in:] v. Mangoldt/Klein/Starck in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 54 Rn. 4.

5 Norbert Paterok, *Die Wahrnehmung der Befugnisse des Bundespräsidenten durch den Präsidenten des Bundesrates, Artikel 57 GG*, Dissertation München 1966, S. 23.

6 Hans-Peter Schwarz, *Konrad Adenauer: A German Politician and Statesman in a Period of War, Revolution and Reconstruction*, Vol. 2: *The Statesman, 1952–1967*, Berghahn Books, Providence 1997, S. 379

III. Zu den klassischen Funktionen, die der Bundespräsident als Staatsoberhaupt hat, gehören:

- die Repräsentation der Bundesrepublik Deutschland nach innen und außen (durch sein öffentliches Auftreten bei staatlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Veranstaltungen, durch Reden, durch Besuche in Ländern und Gemeinden, durch Staatsbesuche im Ausland und den Empfang ausländischer Staatsgäste),
- die völkerrechtliche Vertretung der Bundesrepublik Deutschland (Art. 59 Abs. 1 Satz 1 GG), der Abschluss von Verträgen mit auswärtigen Staaten (Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG), die Beglaubigung (Bestellung) der deutschen diplomatischen Vertreter und der Empfang (Entgegennahme der Beglaubigungsschreiben) der ausländischen Diplomaten (Art. 59 Abs. 1 Satz 3 GG)[7].

Zu den weiteren Aufgaben zählen u.a.[8]:

- der Vorschlag für die Wahl des/der Bundeskanzlers/in (Art. 63 GG),
- die Ernennung und Entlassung des/der Bundeskanzlers/in (Art. 63, 67 GG) und der Bundesminister (Art. 64 GG),
- die Auflösung des Bundestages (Art. 63 Abs. 4 Satz 3, Art. 68 GG),
- die Ausfertigung (Unterzeichnung) und Verkündung von Gesetzen (Art. 82 GG),
- die Ernennung und Entlassung der Bundesrichter, der Bundesbeamten, der Offiziere und Unteroffiziere (Art. 60 Abs. 1 GG),
- das Begnadigungsrecht für den Bund (Art. 60 Abs. 2 GG),
- das Ordensrecht des Bundes.

IV. Der Bundespräsident ist das einzige Verfassungsorgan, das aus nur einer Person besteht. Die Persönlichkeit des Amtsinhabers prägt deshalb zwangsläufig die Amtsführung in besonderem Maße. Nicht zuletzt aus diesem Grunde hat die bisherige Staatspraxis maßgeblichen Einfluss auf die heutige verfassungsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten genommen[9].

Auch wenn es keine Vorschrift im Grundgesetz (GG) gibt, die dem Bundespräsidenten politische Stellungnahmen verbietet, so hält sich das Staatsoberhaupt in aller Regel mit öffentlichen Äußerungen zu tagespolitischen Fragen

---

7 Dietmar Seidel, *Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt* (Schriften zum Öffentlichen Recht. Bd. 197), Berlin 1972.

8 Dieter Umbach, [in:] Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar*, Bd. II, C.F. Müller, Heidelberg 2002, S. 308 f.

9 Daniel Lenski, *Von Heuss bis Carstens. Das Amtsverständnis der ersten fünf Bundespräsidenten unter besonderer Berücksichtigung ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen*, Edition Kirchhof & Franke, Berlin 2009.

zurück. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie parteipolitisch umstritten sind[10]. Dazu später ein aktuelles Beispiel.

Die ihm auferlegte parteipolitische Neutralität und Distanz zur Parteipolitik des Alltags geben ihm die Möglichkeit, klärende Kraft zu sein, Vorurteile abzubauen, Bürgerinteressen zu artikulieren, die öffentliche Diskussion zu beeinflussen, Kritik zu üben, Anregungen und Vorschläge zu machen.

Um der Überparteilichkeit zu entsprechen, haben alle Bundespräsidenten ihre Parteimitgliedschaft während ihrer Amtszeit ruhen lassen[11].

V. Um die verfassungsrechtliche Position des Bundespräsidenten besser verstehen und einordnen zu können, nun einige aktuelle Beispiele aus der Verfassungspraxis:

Da der Bundespräsident, wie bereits ausgeführt, nur parteipolitisch neutral agieren darf, ist die Kritik an dessen Aussagen zu einer möglichen Regierungsbeteiligung der Linken in Thüringen ist auf dem Hintergrund verständlich gewesen.

a) Der Hintergrund dazu ist vom „Spiegel" dargestellt worden.

Der vollständige Artikel ist im Internet unter der URL http://www.spiegel.de/politik/deutschland/gauck-ueber-die-linke-spd-und-gruene-kritisieren-bundespraesidenten-a-1000613.html zu finden.

b) Mit dem Urteil vom 10. Juni 2014 – 2 BvE 4/13 – hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts einen Antrag der NPD gegen den Bundespräsidenten wegen Äußerungen während der Zeit des Bundestagswahlkampfes 2013 zurückgewiesen. Wie der Bundespräsident seine Repräsentations- und Integrationsaufgaben mit Leben erfüllt, entscheide der Amtsinhaber grundsätzlich selbst[12]. Hierbei habe er die Verfassung und die Gesetze zu achten, darunter auch das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit. Einzelne Äußerungen des Bundespräsidenten können gerichtlich nur dann beanstandet werden, wenn seine Integrationsaufgabe evident vernachlässigt wird.

Zwischen der Redefreiheit in der politischen Auseinandersetzung und den Äußerungsbefugnissen des Bundespräsidenten bestehe immer eine Gratwanderung. Der Bundespräsident sei natürlich verpflichtet zur parteipolitischen Neutralität. Er habe andererseits aber auch die Aufgabe der Integration und es liege durchaus im Rahmen seiner Befugnisse und seiner Aufgaben, auf Ent-

---

[10] Andrea Hartmann, *Majestätsbeleidigung und Verunglimpfung des Staatsoberhauptes (§§ 94 ff. RStGB, 90 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, BWV, Berlin 2006 (= Juristische Zeitgeschichte Abt. 3, Bd. 24), S. 286, Anm. 10.

[11] Robert Chr. van Ooyen. *Der Bundespräsident als „Integrationsfigur"?* [in:] *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart.* Bd. 57, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 235–254.

[12] Eberhard Jäckel, Horst Möller, Hermann Rudolph (Hrsg.), *Von Heuss bis Herzog – die Bundespräsidenten im politischen System der Bundesrepublik*. Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart 1999.

wicklungen hinzuweisen, die für das Gemeinwesen gefährlich sein könnten, beispielsweise das Wiederaufleben rechtsradikalen Gedankengutes. Wenn dieses Gedankengut aus Richtung einer bestimmten Partei kommt, ist es klar, dass sich dann seine Äußerung notwendig auch auf diese Partei erstreckt. Damit ist es Sache der Einschätzung des Bundespräsidenten selbst, ob er sich mehr als – politischer – Präsident oder mehr als ein – neutraler – Präsident versteht[13].

c) Der amtierende Bundespräsident hatte schon vor seiner Wahl in der Bundesversammlung erkennen lassen, dass er trotz seines Lebensthemas „Freiheit" und den persönlichen Erfahrungen mit der Macht des Volkes in der „DDR" nicht sonderlich begeistert von einer direkten Beteiligung der Bürger bei politischen Sachfragen ist. Und so überrascht es nicht, wenn er sich in Interviews immer wieder neu mit der Aussage zitieren lässt, Volksabstimmungen zu Fragen der Europäischen Union kämen in der derzeitigen Krise zur „Unzeit"[14].

Insbesondere im Hinblick darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) hatte anklingen lassen, dass die Spielräume für Verfassungsurteile auf der Basis des deutschen Grundgesetzes (GG) in seiner derzeitigen Form geringer würden, lässt den Bundespräsidenten offenbar unbeeindruckt[15]. Wahrscheinlich müsste nicht nur Deutschland augenblicklich befürchten, dass es mit einer Mehrheit für eine weitere Europäisierung der Nationalstaaten eng werden könnte. Das wissen die Politiker und Verantwortungsträger in der Bundesregierung genau – und eigentlich könnten sie sich momentan nichts Schlimmeres wünschen als würde sich der deutsche Staatsbürger gegen die Vision eines europäischen Bundesstaates auflehnen. Der Ausblick auf einen Staatenbund, wie er noch zu Zeiten der „Europäischen Gemeinschaft" angestrebt wurde, ist längst überholt – heute will man mehr:

Die Zentralisierung in Brüssel ist das Ziel – und vor lauter Machtgier und Lobbyismus sind es sogar die deutschen Europaabgeordneten selbst, die ihr Einflusspotenzial aufs Spiel setzen, um der EU zu einem gigantischen Apparat aus Einheitsdiktat zu verhelfen[16].

Wer darauf wartet, das Volk zu den Zeiten zu befragen, an denen es für die eigenen Gunsten gut ausgehen könnte, der vergisst den grundgesetzlichen Anspruch des Souveräns. Nicht nur alle vier oder fünf Jahre an den Wahlurnen, der Bürger muss stets Gelegenheit bekommen, in wesentlichen Fragen der

---

13 Benjamin Pommer, *Der Bundespräsident: Aufgaben und tatsächliche Funktion in der deutschen Politik*, Norderstedt 2007.

14 Marcus Höreth, *Das Amt des Bundespräsidenten und sein Prüfungsrecht*, Beilage aus Politik und Zeitgeschichte 16/2008 vom 14. April 2008.

15 Raban Graf von Westphalen (Hrsg.), *Deutsches Regierungssystem*. München/Wien 2001, S. 314 ff.

16 Jürgen Bröhme, *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union* (= Jus Publicum; Bd. 106), Tübingen 2004.

gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Weiterentwicklung mitbestimmen zu können.

Auch die Anhänger einer repräsentativen Demokratie können sich nicht auf den Anspruch zurückziehen, die gewählten Stellvertreter würden es schon richten. Gerade in der Europäischen Finanz- und Schuldenkrise wurde deutlich, dass der deutsche Bundestag inzwischen an seine Grenzen geraten ist[17].

d) Das ZEIT-Interview vom 23. September 2015 des ehemaligen Bundespräsidenten Köhler: „Flüchtlingskrise als Weckruf betrachten" zeigt schlaglichtartig, wie sich ein Bundespräsident in die politische Diskussion einmischen und auf diese Weise durchaus eigene Überzeugungen zur Geltung bringen kann.

Zum besserem Verständnis auszugsweise die folgenden Zitate:

„Natürlich schaffen wir das!"

Selbst wenn die Bundeskanzlerin ihre Entscheidung vor ein paar Wochen spontan gefällt haben sollte – ich finde es richtig".

Sie habe ausgedrückt, „dass Humanität nicht nur in Sonntagsreden auftauchen darf und dass christliche Nächstenliebe kein Schwallwort ist".

„Wir müssen die Flüchtlingskrise jetzt wirklich als Weckruf betrachten".

Man könne sich in Deutschland „nicht mehr abschotten", denn in Afrika werde sich die Bevölkerung bis zum Jahr 2050 auf über zwei Milliarden Menschen verdoppeln.

„Wir wissen aus der Konfliktforschung, dass politische Instabilität, ja Kriege, Umstürze und Chaos nicht zuletzt aus der Perspektivlosigkeit der Jugend resultieren. Wie stellen wir uns auf diese gigantische Herausforderung eigentlich politisch ein?"

„Tauchten die Flüchtlinge erst einmal an den Grenzen auf, sei eine Unterscheidung zwischen politischen Flüchtlingen und Wirtschaftsflüchtlingen nicht mehr hilfreich".

„Die extreme Armut ist oft selbst Ursache neuer Kriege. Deshalb sollten wir die sogenannten Wirtschaftsflüchtlinge vor allem als Hinweis auf strukturelle Probleme verstehen".

Der Bundespräsident a.D. Köhler, der frühere Chef des Internationalen Währungsfonds, plädiert dafür, „das globale Handelssystem fairer" und „die internationale Steuerpolitik gerechter" zu machen und mehr dazu beizutragen, „dass Arbeitsplätze und Wertschöpfung in Afrika entstehen. Dazu gehört, den illegalen Kapitalabfluss aus diesen Ländern auch bei uns zu bekämpfen"[18].

---

[17] Manfred G. Schmidt, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München 2005, S. 68f.

[18] Dietmar Seidel, *Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin 1972, S. 57 f., 63, 79.

Der Bundespräsident a.D. fordert ein Einwanderungsgesetz für Deutschland. Dieses brauche man „längst". Dabei dürfe es „nicht nach Hautfarbe" gehen: „Ich finde es aber legitim, Kriterien anzulegen"[19]. „Die Einwanderer sollten eine Qualifikation mitbringen und die Bereitschaft, sich zu integrieren". Es dürfe kein „gewaltiger Brain-Drain in die Industrieländer organisiert werden mit der Folge, dass die am besten ausgebildeten Menschen dann in ihrer Heimat fehlten". Das Thema Einwanderung werde in Deutschland „immer viel zu einseitig diskutiert". „Das Geld, das Migranten nach Hause überweisen, ist ein wichtiger Beitrag zur Finanzierung der Entwicklung afrikanischer Länder. Und ihr bei uns erworbenes Wissen kann beim Vorankommen ihrer Heimatländer helfen." Im Vorfeld des UN-Gipfels Ende September 2015, auf dem „nachhaltige Entwicklungsziele" beschlossen werden sollen, kritisiert der frühere Bundespräsident die Arbeit des UN-Sicherheitsrates und wirft dem Gremium vor, bei den globalen Fragen eine „ambivalente Rolle" zu spielen. „Die fünf ständigen Mitglieder lassen sich zu stark von ihren Einzelinteressen und machtpolitischen Erwägungen leiten. Die UN werden viel zu sehr instrumentalisiert!" „Auch der Sicherheitsrat müsse sich künftig an den Nachhaltigkeitszielen messen lassen." „Er muss dringend auch ökologische und soziale Ursachen von Konflikten und Kriegen in seine Betrachtungen einbeziehen".

„Aus meiner Sicht wäre es besser, das entwicklungspolitische und sicherheitspolitische Denken im Sicherheitsrat zu verschränken. Damit würde es dort schwerer werden, vor allem machtpolitische Interessen zu verfolgen".

Insgesamt gesehen kommt in diesem aktuellen Interview die gesamte Bandbreite der Einflussmöglichkeiten eines deutschen Bundespräsidenten sehr eindrucksvoll zum Ausdruck:

Politisches „Gewissen" der jeweiligen Bundesregierung zu sein und mit persönlichen Initiativen (in diesem Fall „Weckruf" genannt) die politische Diskussion anregen[20].

Das alles erinnert an Bundespräsident a.D. Roman Herzog[21], der mit seinem Wort vom „Ruck", der durch Deutschland gehen müsse, dieses unkonventionelle Staatsverständnis eines Bundespräsidenten geprägt hat.

In seiner Rede im Hotel Adlon – der ersten „Berliner Rede", deren Tradition seine Nachfolger fortsetzten – hatte er 1997 mit diesem Begriff mehr Reformbereitschaft und Änderungswillen angemahnt und dadurch eine Diskussion geprägt, die noch viele Jahre danach andauern sollte. Der Bundespräsident wird gemäß Art. 54 GG von der Bundesversammlung, d.h. alle Abgeordneten des

---

19 Marcus Höreth, *Das Amt des Bundespräsidenten und sein Prüfungsrecht*, Beilage aus Politik und Zeitgeschichte 16/2008 vom 14. April 2008.

20 Alfred Katz, *Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht*, 18. Aufl. 2010, S. 205 Rn. 388.

21 Roman Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 54 Rn. 4.

Bundestags und die gleiche Zahl von Vertretern der Landtag auf fünf Jahre gewählt, die einmalige Wiederwahl ist zulässig. Er ist als Staatsoberhaupt oberstes Verfassungsorgan; seine Aufgaben liegen vor allem in der Repräsentation nach außen, in seinen „staatsnotariellen" Funktionen und in geringem Umfang in politischen Entscheidungsbefugnissen. Seine Handlungen stehen unter dem Gebot parteipolitischer Neutralität, sodass ihm eine Teilhabe an der politischen Willensbildung versagt bleibt.

Nach den Erfahrungen aus der Weimarer Republik wollte das Grundgesetz einen Bundespräsidenten mit geringer politischer Gestaltungskraft schaffen. Vor diesem Hintergrund hat das Grundgesetz den Bundespräsidenten nur in eingeschränktem Maße mit unmittelbaren verfassungsrechtlichen Befugnissen ausgestattet. Die Aufgaben des Bundespräsidenten liegen vor allem in der Repräsentation des Staates nach außen, dies zeigt sich z.B. dadurch, dass dem Bundespräsidenten nach Art. 59 I GG der Abschluss völkerrechtlicher Verträge obliegt. Der Bundespräsident handelt diese aber nicht aus, denn die auswärtige materielle Gewalt wird durch die Bundesregierung ausgeübt; es kommt dem Bundespräsidenten lediglich die formelle Vertragsabschlusskompetenz zu, nicht etwa die des materiellen Verhandelns im internationalen Staatengefüge.

Die Stellung des Bundespräsidenten wird auch bei einem Blick auf die Gegenzeichnungspflicht nach Art. 58 GG deutlich. Gemäß Art. 58 GG bedürfen seine Anordnungen und Verfügungen der Gegenzeichnung durch Mitglieder der Bundesregierung. Der Bundespräsident wird so zwar in die politische Entscheidungsgewalt der Bundesregierung eingebunden; die letztliche politische Verantwortung verbleibt aber bei der Bundesregierung. Art. 58 GG bestätigt damit die schwache politische Stellung des Bundespräsidenten.

Bundesgesetze bedürfen zu ihrem Inkraftreten der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten (Art. 82 GG):

In diesem Zusammenhang ergibt sich das Problem der Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten, vor allem deswegen, weil einem Prüfungsrecht auf der anderen Seite eine Prüfungspflicht gegenüber stehen muss.

Unstreitig steht dem Bundespräsidenten – wegen des Wortlauts von Art. 82 GG – ein formelles Prüfungsrecht in Bezug auf die verfahrensmäßigen Voraussetzungen zu. Der Bundespräsident prüft damit die Vorschriften zum Zustandekommen derjenigen Gesetze, die er ausfertigt und muss bei Verstößen gegen die Regeln des Gesetzgebungsverfahrens die Ausfertigung verweigern.

Umstritten ist jedoch die Frage des materiellen Prüfungsrechts, welches keine ausdrückliche Regelung im Grundgesetz erfahren hat. Festgestellt werden muss, dass dem Wortlaut von Art. 82 GG („nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes") keine eindeutige Antwort entnommen werden kann. Es kann

daraus weder ausdrücklich die Beschränkung auf eine formelle Prüfung noch die Begründung einer materiellen Prüfung entnommen werden.

Teilweise wird vertreten, es müsse dem Bundespräsidenten wegen des Amtseides (Art. 56 GG) ein materielles Prüfungsrecht zukommen. Allerdings liegt in dieser Argumentation ein Zirkelschluss, denn der Bundespräsident hat den Amtseid nur auf die Einhaltung der Vorschriften des Grundgesetzes zu schwören; es ist daher daraus keine Aussage abzuleiten, ob sich aus dem Grundgesetz ein materielles Prüfungsrecht ergibt.

Nach anderer Auffassung wird zur Begründung des materiellen Prüfungsrechts auf die Pflicht zur Beachtung der Verfassung (Vorrang der Verfassung; Bindung an Recht und Gesetz) abgestellt, andere ziehen Art. 61 GG zur dogmatischen Herleitung der materiellen Prüfungskompetenz heran. Auch gegen die Argumentation, welche auf Art. 61 GG beruht, kann der Zirkelschluss, mit dem bereits die Begründung beruhend auf Art. 56 GG kritisiert wird, angeführt werden.

Ein weiterer Ansatzpunkt zur Argumentation gegen ein materielles Prüfungsrecht ist das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichtes, welches als alleiniges Organ für die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständig ist. Daneben kann nach dieser Auffassung dem Grundgesetz keine materielle Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten entnommen werden.

Im Ergebnis ist aufgrund des Vorranges der Verfassung und des Rechtsstaatsprinzips festzustellen, dass es dem Bundespräsidenten nicht zugemutet werden kann, bei offensichtlichen Verfassungsverstößen „offenen Auges“ in einen Verfassungsverstoß hinein zu steuern. Daher wird ihm nach herrschender Meinung ein Recht zur Prüfung bei evidenten Verfassungsverstößen zugesprochen. Im Falle evidenter Verfassungsverstöße ist der Bundespräsident daher berechtigt und verpflichtet, die materielle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu prüfen und die Ausfertigung im Anschluss zu verweigern.

Unstreitig jedoch kommt ihm kein politisches Prüfungsrecht zu. Einer sich verfestigen Praxis entspricht es, bei materiell rechtlichen Zweifels am Luftverkehrssicherheitsgesetz, Mautgesetz und Verbrauchsinformationsgesetz, das jeweilige Gesetz unter Veröffentlichung der Gründe für die Bedenken auszufertigen und so den Weg der Anrufung des BVerfG im Wege einer abstrakten Normenkontrolle zu eröffnen. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle erst nach Verkündung des Gesetzes (Ausnahme: Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen wegen drohender Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen) befugt.

Um diese gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen, fertigt der Bundespräsident das Gesetz häufig aus und äußert gleichzeitig Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit mit dem Hinweis der Ausfertigung zur Ermöglichung der verfassungsrechtlichen Kontrolle. Im Juni 2012 bat das Bundesverfassungsgericht Bundespräsident Gauck um die Verzögerung der Ausfertigung der Zustimmungsgesetze zu ESM und Fiskalpakt, dieser unterzeichnete beide Gesetze dann aber erst im September 2012, nachdem das Bundesverfassungsgericht in Eilanträgen positiv über die Verfassungsmäßigkeit entschieden hatte.

Abstract
President of Germany as a guarantor of stability in the Basic Law

The following article describes the role and constitutional duties of the President of the Federal Republic of Germany. Analysing statements made by successive presidents, the author emphasises the significance of the independence and autonomy of the office of the president in the resolution of debates and important civic and social issues. The examples studied can help to understand and define the constitutional position of the office of the President of Germany.
Key words: President of Germany, Basic Law for the Federal Republic of Germany

Streszczenie
Prezydent Niemiec – gwarant stabilizacji w ustawie zasadniczej

Artykuł opisuje rolę prezydenta Republiki Federalnej Niemiec oraz zadania, które stawia przed nim konstytucja. Na podstawie analizy wypowiedzi prezydentów autor podkreśla wagę niezależności i niezawisłości urzędu prezydenta w rozwiązywaniu sporów i ważnych kwestii obywatelskich i społecznych. Podane przykłady pomagają lepiej zrozumieć i przyporządkować konstytucyjną pozycję urzędu prezydenta Niemiec.
Słowa kluczowe: prezydent, konstytucja RFN

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 45–54 (2015)

Piotr Czarny
dr, Uniwersytet Jagielloński

Der polnische Staatspräsident als Stabilitätsfaktor (Grundriss der Theorie und der Praxis)

Einführung

Unter dem Begriff Stabilität versteht man – sowohl in Polen als auch in Deutschland – die Eigenschaft einer bestimmten Lage oder eines bestimmten Gegenstandes, die fest und dauerhaft sind[1]. Wichtig ist auch, dass eine stabile Lage nicht „Stillstand", aber vor allem die Tendenz bedeutet, im Falle der Störungen ins Gleichgewicht zu kommen[2]. Im Verfassungsrecht und in den Politikwissenschaften beschäftigt man sich von allem mit dem Problem der Stabilität der staatlichen Ordnung. Man kann dabei die Stabilität des ganzen politischen Systems eines Staates (im weiteren Sinne) und die Stabilität der Regierung (im engeren Sinne) unterscheiden.

Damit sind natürlich zwei wichtige Funktionen der Verfassung eng verbunden. Es geht um „Stabilisierung der Beziehungen zwischen obersten Staatsorganen", sowie um „Stabilisierung und Kontinuität des Rechts"[3]. Diese „Rollen" der Verfassung werden heute wegen der schnellen und tiefen Änderungen der Öffentlichkeit in Frage gestellt, da unter anderem die metaphysischen Autoritäten und die Verwurzelung in der Tradition immer wieder an Bedeutung verlieren[4].

Es gibt natürlich sehr viele unterschiedliche Methoden, die Stabilität (sowohl im weiteren als auch im engeren Sinne) zu sichern. Eine davon ist stark

---

1 G. Wahrig, *Deutsches Wörterbuch,* Gütersloh–München 1986, S. 1214; das Wort stammt vom lateinischen Adjektiv *stabilis.*

2 *Słownik wyrazów obcych,* Warszawa 1958, S. 619.

3 Z.A. Maciąg, *Funktionen der Verfassung*, [in:] P. Czarny, P. Tuleja, K. Wojtyczek (Hrsg.), *Verfassung im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung,* Kraków 2010, S. 297, 301 und 302.

4 Vgl. R. Grawert, *Fundamente der Verfassung,* [in:] M. Grzybowski, P. Tuleja (Hrsg.), *Państwo socjalne, prawne i demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Z.A. Maciągowi,* Kraków 2014, S. 13 ff.

mit der von B. Constant (1767–1830) stammenden Theorie der „vierten", neutralen Gewalt verbunden. Dieser nach, kann der Monarch nicht nur durch die Wahrnehmung seiner Kompetenzen, aber durch seine Autorität die Konflikte zwischen den obersten Staatsgewalten mildern und soll bei Störungen in der Tätigkeit der „klassischen" drei Gewalten aktiv und „koordinierend" eingreifen[5]. Es wurden mehrere Versuche unternommen, diese Rolle auf das republikanische Staatsoberhaupt zu übertragen. In Polen wird heute aber in dieser Hinsicht nicht von der neutralen Gewalt, weil dieser Begriff im Widerspruch zum Prinzip der Dreiteilung der Staatsgewalt stehen würde, sondern eher von der Arbitrage- bzw. Schiedsrichterfunktion des Staatspräsidenten gesprochen (siehe weiter im Kapitel IV).Umgesetzt bedeutet diese Idee, dass der Staatspräsident als eins der wichtigsten Stabilitätsfaktoren im politischen System fungieren soll. Inwieweit das republikanische Staatsoberhaupt solche Aufgabe praktisch wahrnehmen kann, hängt aber von einer Reihe von Modalitäten ab. In erster Linie sind es seine Kompetenzen (insbesondere die hemmenden und Initiativmittel), der Abstand von den politischen Parteien, und die demokratische Legitimation, was sich auf die Autorität des Staatspräsidenten umlegt. Nicht ohne Bedeutung ist hier auch die Verfassungstradition.

Geschichtlicher Hintergrund

In der Verfassungsgeschichte Polens sind sehr unterschiedliche Modelle der Rolle des Staatsoberhauptes aufzufinden. Seit dem Mittelalter bis zum 18. Jahrhundert entwickelte sich die staatliche Ordnung Polens von der patrimonialen Monarchie zu einer „schwachen" Wahlmonarchie. Die Kompetenzen des Königs wurden mit der Zeit stark eingeschränkt und eine immer größere Rolle kam dem Parlament zu. Sei es hier erwähnt, dass in der ersten polnischen Verfassung vom 3. Mai 1791, die gleichzeitig die erste Verfassung Europas war, die vollziehende Gewalt der König gemeinsam mit dem Staatsrat bilden sollte[6].

In der Zeit des geteilten Polens (1795–1918), als ein unabhängiger polnischer Staat nicht existierte, haben Polen auch Erfahrungen mit absolutistischer und konstitutioneller Monarchie gemacht.

In der Zwischenkriegszeit fungierte am Anfang der polnische Staatspräsident im Rahmen des „klassischen" parlamentarischen Regierungssystems

---

[5] Mehr dazu M. Bożek, *Koncepcja władzy neutralnej Benjamina Constanta*, [in:] L. Dubiel (Hrsg.), *Idee jako źródło instytucji politycznych i prawnych*, Lublin 2003; K. Doehring, *Der „pouvoir neutre" und das Grundgesetz*, Der Staat 1964, B. III.

[6] Ch. Starck, *Über polnische Verfassungsdinge*, [in:] derselbe, *Verfassungen,* Tübingen 2009, S. 401 und 404.

nach dem Muster der französischen III. Republik. Er sollte also politisch keine wesentliche Rolle spielen[7]. Später – nach der sog. April-Verfassung von 1935 – wurde eine andere – nahezu umgekehrte – Richtung gewählt. Der Staatspräsident, der nun „nur vor Gott und Geschichte verantwortlich" war, sollte an der Spitze des Staates stehen und alle anderen Verfassungsorgane wurden ihm formell untergestellt. Zu seinen Aufgaben gehörte unter anderem, die Tätigkeit der anderen obersten Organe der staatlichen Gewalt „in Einklang zu bringen". Dies deutete stark auf seine Harmonisierungs- bzw. Arbitragefunktion[8].

In der Zeit des sog. „realen Sozialismus" (1944–1989) wurde in Polen ein Staatsrat als vom Sejm (dem Parlament) gewähltes kollegiales Staatsoberhaupt nach sowjetischem Muster eingeführt.Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass es sich in der polnischen Verfassungstradition kein bestimmtes Modell für die Rolle des Staatsoberhauptes entwickelte. Außerdem betonte die neuzeitliche polnische Verfassungstradition die Rolle des Parlaments; der König bzw. der Präsident stand (mit wenigen Ausnahmen) im Schatten der Volksvertretung.

Wiedereinführung des Präsidentenamtes (1989) und seine Entwicklung bis 1997

Infolge der Verhandlungen am Runden Tisch wurde 1989 das Amt des Staatspräsidenten restituiert. Das von beiden Kammern des Parlaments gewählte Staatsoberhaupt sollte vor allem als „Wächter der Einhaltung der damals geltenden zwischenstaatlichen politischen und militärischen Bündnissen" fungieren[9]. Dies war eine Art Garantie, dass die politischen Veränderungen in Polen nicht zu weit gehen. Der Staatspräsident hielt wesentliche Befugnisse inne, die ihm vor allem ermöglichten, die Tätigkeit des Parlaments zu hemmen[10].

Auch für die Zukunft bildeten diese Voraussetzungen und die Idee der Schiedsrichterrolle für das Staatsoberhaupt den Grund für die These, dass der

---

[7] Mehr dazu M. Bożek, *Die Institution des Präsidenten der Republik nach der Verfassung von 1921 und ihre Wirkung auf das heutige polnische Verfassungssystem*, [in:] W. Brauneder, I. Szabó (Hrsg.), *Das Staatsoberhaupt in der Zwischenkriegszeit*, Budapest 2011, S. 55 ff.

[8] Vgl. P. Czarny, *Das Staatsoberhaupt in Polen nach Verfassung von 1935*, [in:] W. Brauneder, I. Szabó (Hrsg.), *op. cit.*, S. 46 ff.

[9] Art. 32 Abs. 2 der Verfassung der Volksrepublik Polen, der mit der Verfassungsnovelle vom April 1989 eingeführt wurde.

[10] Er verfügte über das Recht, ein suspensives Veto gegen die Gesetze einzulegen, das vom Sejm mit der Mehrheit von 2/3 der Stimmen abgelehnt werden konnte; er darf das Parlament auflösen.

Staatspräsident als Stabilitätsfaktor im Staatsgefüge fungieren soll[11]. Die Idee des Präsidenten als Garantie der „sozialistischen" Prinzipien (was in gewissem Sinne Stabilität bedeutete) ist aber rasch obsolet geworden.

Die Lage änderte sich vollkommen mit der Einführung direkter Präsidentenwahl und nachdem L. Wałęsa zum Präsidenten gewählt wurde (Ende 1990). In der sog. kleinen Verfassung (1992) wurden die Funktionen des Präsidenten teilweise erweitert. Ihm gehörten nun die allgemeine Führung im Bereich der Außenpolitik und im Bereich der äußeren und inneren Sicherheit des Staates. Der Ministerpräsident wurde verpflichtet, dem Präsidenten über die wichtigsten Arbeitsgegenstände des Ministerrates Bericht zu erstatten.

In der Praxis hat L. Wałęsa einerseits in vielen Fällen der Regierung geholfen, im zersplitterten Sejm notwendige Unterstützung zu finden; Andererseits aber war er als Quelle der Streitigkeiten betrachtet, da er sehr oft der Neigung nachkam, seine eigene Rolle zu stärken, was die Gegenaktion seitens der Regierungschefs und der Regierungsparteien verursachte. Zumal mussten in den Jahren 1990–1995 in Polen viele Reformen (vor allem Wirtschaftsreformen) durchgeführt werden. Die ganze staatliche Ordnung war also relativ labil.

Verfassungsrechtliche Stellung des Staatspräsidenten in Polen (seit 1997) und seine Stabilisierungsfunktion

Die gegenwärtig geltende Verfassung Polens aus dem Jahre 1997 (weiter: PV) hat die Rolle des Staatspräsidenten im Vergleich mit der früheren Rechtslage – sowohl hinsichtlich der Beziehungen mit dem Parlament als auch mit der Regierung – wesentlich abgeschwächt[12]. Aufgrund der in den Jahren 1990–1997 häufigen Kompetenzstreitigkeiten versuchte man erstens die Kompetenzen und Funktionen des Staatspräsidenten und der Regierung relativ streng auszugrenzen, zweitens die Stellung des Ministerpräsidenten (teilweise nach dem Muster des Kanzlersystems) zu stärken[13].

Aus der rechtsvergleichenden Perspektive ist aber weiter die rechtliche Stellung des polnischen Staatspräsidenten wesentlich stärker als im „typischen" parlamentarischen System und vergleichbar mit der Lage in einem

[11] S. Gerhardt, *Die Stellung des polnischen Präsidenten in Verfassungsrecht und- praxis seit 1989: Fortwährende Schwächung zugunsten von Regierung und Parlament?*, Osteuropa Recht 1999, H. 3, S. 218.

[12] *Ibidem,* S. 237.

[13] M. Grzybowski, *The System of Government in the Constitution of the Republic of Poland*, [in:] P. Sarnecki, A. Szmyt, Z. Witowski (Hrsg.), *The Principles of Basis Institutions of the System of Government in Poland*, Warszawa 1999, S. 147.

semipräsidentiellen System. In diesem Punkt unterscheidet sich die Lage in Polen und in Deutschland wesentlich[14]. Die polnische Verfassung zeigt aber gewisse „Verwandtschaft" mit der französischen[15]. Deswegen versucht man die französische Idee der Schiedsrichterfunktion (Arbitragefunktion) auf den polnischen Grund zu übernehmen[16]. Grundlage dafür war selbstverständlich die allgemeine und unmittelbare Präsidentschaftswahl, was bedeutet, dass das Staatsoberhaupt mindestens vergleichbare demokratische Legitimation wie das Parlament hat.

Die polnische Verfassung betont bereits im ersten Kapitel, dass das Staatsoberhaupt ein Teil der „dualistisch organisierten" Exekutive ist (Art. 10 PV). Nach Art. 146 Abs. 1 PV leitet aber die Regierung die Innen- und Außenpolitik der Republik Polen. Das bedeutet, dass der Präsident aus dem rein politischen Standpunkt eine „zweitklassige" Rolle in der Struktur der Exekutive anzunehmen hat[17]. Zu seinen Aufgaben gehört nicht die Staatsleitung, obwohl er gewissen Anteil an dieser Funktion hat[18]. Außerdem verantwortet die Regierung in Polen vor dem Staatsoberhaupt politisch nicht.

Der Staatspräsident ist gewissermaßen vom Ministerpräsidenten abhängig, weil seine Amtsakte (zwar mit vielen Ausnahmen, insbesondere in dem Bereich der Beziehungen zwischen dem Parlament und der Judikative) für ihre Gültigkeit der Gegenzeichnung des Regierungschefs bedürfen (Art. 144 PV).

Neben der eher symbolischen Rolle als oberster Vertreter des Staates (und Ausübung der „typischen" Kompetenzen des Staatsoberhauptes) gehört zu den Verfassungsaufgaben des polnischen Präsidenten unter anderem die Kontinuität der Staatsgewalt zu garantieren (art. 126 PV)[19]. In Verbindung mit den Bestimmungen zum Ausnahmezustand kann man also über die Reservegewalt des Präsidenten sprechen. Im Falle der Bedrohung der verfassungsmäßigen Ordnung des Staates, der Sicherheit der Staatsbürger oder

---

[14] P. Czarny, *Bonner Grundgesetz und die polnische Verfassung – Probe einer Rechsvergleichung*, [in:] P. Czarny, P. Tuleja, K. Wojtyczek (Hrsg.), *op. cit.*, S. 57.

[15] Interessanter Vergleich zwischen dem polnischen Staatspräsidenten und seinem französischen „Kollegen" macht G. Freytag, *Die neune polnische Verfassung aus gesamteuropäischer Sicht*, Recht im Ost und West 1998, Nr. 1, S. 9.

[16] Nach Art. 5 der Verfassung der V. Republik gewährleistet der Staatspräsident durch seinen Schiedsspruch die ordnungsgemäße Tätigkeit der öffentlichen Gewalten sowie die Kontinuität des Staates; vgl. auch Art. 123 der Verfassung Portugals.

[17] G. Rydlewski, *Regierung und Regierungsverwaltung in Polen im Transformationsprozeß*, [in:] S. Sulowski, K.A. Wojtaszczyk (Hrsg.), *Das politische System Polens*, Warszawa 2001, S. 66.

[18] Insbesondere im Bereich der Außen- und Verteidigungspolitik.

[19] Darüber hinaus nach Art. 126 Abs. 2 PV wacht der Staatspräsident über die Einhaltung der Verfassung und hütet die Souveränität und die Sicherheit des Staates sowie die Integrität und Unteilbarkeit dessen Staatsgebiets.

der öffentlichen Ordnung kann der Präsident auf Antrag des Ministerrates den Ausnahmezustand in einem Teil des oder für das gesamte Staatsgebiet einführen (Art. 230 PV). Er darf also in tiefen Krisensituationen die Mittel ergreifen, um die Stabilität des ganzen Staates wieder herzustellen.

In Polen neigt man zu der These, dass die oben erwähnte Rolle des Staatspräsidenten nicht nur die unterbrochene Tätigkeit der anderen Verfassungsorgane (vor allem im Sinne der personellen Besetzung) betrifft. Es wird hervorgehoben, dass das Staatsoberhaupt im Rahmen dieser Aufgabe nicht nur die Stabilität des ganzen politischen Systems sichern soll, sondern auch die „ungestörte" Tätigkeit der einzelnen Staatsorgane[20]. Deswegen (in Verbindung mit konkreten Kompetenzbestimmungen) wird oft angenommen, dass der polnische Staatspräsident auch die Arbitragefunktion erfüllt bzw. erfüllen soll[21].

Als „Schiedsrichter" darf der Präsident „präventiv oder „repressiv" aktiv werden. Er kann also seine politisch bedeutenden Antrags- oder Kontrollbefugnisse benutzen[22]. In erster Linie sind es die Kompetenzen gegenüber dem Parlament. Der Präsident ist befugt, ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz entweder an den Sejm zurückzuweisen oder die Prüfung der Vereinbarkeit dieses Gesetzes mit der Verfassung durch das Verfassungsgericht zu beantragen. Im ersten Falle kann der Sejm den Einspruch des Staatsoberhauptes mit Mehrheit von 3/5 überstimmen (Art. 122 PV). Auf diese Weise ist der Präsident in Lage, auch besonders streitige Gesetze zu „blockieren". Somit hat der Präsident auch die Möglichkeit, Konflikte zwischen dem Parlament und der Regierung zu lösen bzw. zu „kanalisieren" (in in der Zeit verschieben) und dabei das Gleichgewicht zwischen Legislative und Exekutive zu bringen.

In den präzise bestimmten Fällen darf das Staatsoberhaupt das Parlament auflösen (Art. 98 PV). Dies gilt für zwei Situationen. Erstens, wenn der Sejm nicht in der Lage ist, die Regierung zu bilden oder die sog. „Präsidentenregierung" (Minderheitsregierung) zu unterstützen. Zweitens, wenn das Haushaltsgesetz innerhalb von vier Monaten nach der Einbringung vor das Parlament nicht verabschiedet wird. Dass der Präsident als Stabilisierungsfaktor fungieren soll, wenn das Parlament nicht in der Lage ist, seine Hauptfunktionen zu erfüllen, ist ein wichtiges Zeichen. Die neue Parlamentswahlen sind

---

[20] R.M. Małajny (Hrsg.), *Polskie prawo konstytucyjne na tle porównawczym*, Warszawa 2013, S. 477.

[21] S. vor allem P. Sarnecki, *Prezydent RP. Komentarz do przepisów*, Kraków 2000, S. 31–32, vgl. auch W. Skrzydło, R. Mojak, *Presidency in Poland*, [in:] K. Działocha, R. Mojak, K. Wójtowicz (Hrsg.), *Ten Years of the Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*, Lublin 2001, S. 305.

[22] Mehr über die Befugnisse des Präsidenten siehe B. Banaszak, T. Milej, *Polnisches Staatsrecht*, Warszawa 2009, S. 140–146.

„natürlich" das einzige (wenn auch nicht immer erfolgreiche) Mittel, um die Störungen in diesem Bereich zu beseitigen.

Nach der Verfassung kann der Präsident auf die Tätigkeit der anderen Verfassungsorgane „initiierend" einwirken. Er hat also das Recht, sich an den Sejm, an den Senat oder an die Nationalversammlung mit einer Ansprache zu wenden (Art. 140 PV). Er darf auch dem Parlament die Gesetzentwürfe vorlegen (Art. 118 Abs. 1 PV).

Obwohl der Präsident den Regierungschef und die Regierungsmitglieder ernennt, sind seine Möglichkeiten in der Tat politisch nicht besonders wichtig. Es reicht festzustellen, dass er im sog. zweiten Schritt der Regierungsbildung die vom Sejm gewählten Regierungsmitglieder berufen muss. Außerdem hat er die Möglichkeit, den sog. Kabinettsrat einzuberufen, den der Ministerrat unter der Leitung des Präsidenten bildet. Dieses Organ verfügt aber nicht über die Befugnisse der Regierung (Art. 141 PV). Es kann also festgestellt werden, dass der Präsident nur im begrenzten Umfang die Arbeit der Regierung beeinflussen kann[23]. In der Literatur wird aber die Meinung vertreten, dass die Verfassung das Staatsoberhaupt mit guten Arbitrage-Mechanismen ausgerüstet hat[24]. Aus dem deutschen Standpunkt wird aber bemerkt, dass die Organisation des polnischen Staates – auch wegen der komplizierten Stellung des Staatsoberhauptes – weniger die „Systemästhetik", als vielmehr die politische Stabilität ankommt[25].

Politische Praxis

In der politischen Praxis sah die Rolle des Präsidenten in den Jahren 1997–2015 unterschiedlich aus. Da bis dato immer die von den politischen Parteien vorgestellten Kandidaten gewählt wurden, waren die Präsidenten keine unabhängigen Amtsinhaber[26]. Die häufig genutzte Redewendung: „Präsident aller Polen" bleibt eine Wahlparole. Am häufigsten wurde der Präsident mit einer knappen Mehrheit und bei relativ niedriger Wahlbeteiligung gewählt[27].

---

[23] P. Tuleja, *Polen*, [in:] A. Bogdandy, P. Cruz Villalón. P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, B.I, Heidelberg, S. 495.

[24] T. Słomka, *Der Präsident der Republik Polen*, [in:] S. Sulowski, K.A. Wojtaszczyk (Hrsg.), *op. cit.*, S. 62.

[25] R. Grawert, *Die Verfassung der Republik Polen im Spiegel der deutschen Literatur*, [in:] Z.A. Maciąg (Hrsg.), *Stosowanie Konstytucji RP z 1997 roku – doświadczenia i perspektywy*, Kraków 2006, S. 166–167.

[26] Die gewählten Staatspräsidenten: A. Kwaśniewski (1995–2005), L. Kaczyński (2005–2010), B. Komorowski (2010–2015) und A. Duda (2015–) verließen nach der Wahl formell ihre politischen Parteien, die Verbindungen waren aber weiterhin sichtbar.

[27] Z.B. A. Duda hat im zweiten Durchgang 51,55 der Stimmen bekommen (die Wahlbeteiligung betrug 55, 34).

Das hat dazu geführt, dass die politische Autorität des Staatsoberhauptes in der Praxis relativ niedrig ist. Dies wurde oft heftig (ohne Achtung auf seine besondere Stellung als „Symbol des Staates") kritisiert.

Aus unterschiedlichen Gründen wurde der amtierende Staatspräsident nur einmal wiedergewählt (A. Kwaśniewski im Jahre 2000). Als Nachfolger wurden immer die Vertreter des dem früheren Amtsinhaber „gegnerischen" politischen Lagers gewählt. Dies brachte tiefe Änderungen in der Praxis der Amtsausübung mit sich, da die persönlichen Eigenschaften und die politischen Erfahrungen der einzelnen Präsidenten ziemlich unterschiedlich waren. Dadurch wurde die Autorität des Staatsoberhauptes bestimmt auch nicht stärker.

Außerdem kann eine Aussage gewagt werden, dass es sich eine gewisse Praxis herausgebildet hat, wenn es um Kandidatenaufstellung geht. Die Großparteien vermeiden starke und unabhängige Persönlichkeiten. Sie stellen solche Kandidaten auf, die eine gewisse Garantie geben, dem eigenen politischen Lager auch nach der Wahl loyal zu bleiben[28]. Für die Spitzenpolitiker ist es viel günstiger, um die Plätze in der Regierung als um das Präsidentenamt zu ringen.

Sei hier hervorgehoben, dass die politische Rolle des Präsidenten vor allem davon abhängt, ob es eine „starke" und stabile Parlamentsmehrheit (Mehrheit im Sejm) gibt[29]. Ist es der Fall, dann ist aber eine Tendenz sichtbar, die Aktivität des Staatsoberhauptes zu hemmen. Stammt das Staatsoberhaupt aus demselben politischen Lager wie die Parlamentsmehrheit, neigen in der ersten Linie die Ministerpräsidenten, seine faktische Rolle einzuschränken. Versucht dann der Präsident auf die Tätigkeit die Regierung einzuwirken, wird es als Einmischung in die Regierungsangelegenheiten betrachtet. Diese Praxis spitzt sich in den bekannten Worten, die den Präsidenten als „Hüter der Kronleuchter" beschreiben.

Im Falle der sog. *Kohabitation* dagegen, wenn der Präsident mit einer der Oppositionsparteien politisch verbunden ist, sieht die Lage etwas anders aus. Die Rolle des Staatsoberhauptes wird absichtlich vom Ministerpräsidenten und von den Regierungsparteien abgeschwächt. Aber vor allem um seine Bedeutung zu zeigen (und gleichzeitig der Regierung das Leben zu erschweren), macht der Staatspräsident von seinen „blockierenden" Kompetenzen aktiv

---

[28] Parteilose Kandidaten haben keine Chance, gewählt zu werden (D. Dudek, *Autorytet Prezydenta a Konstytucja RP*, Lublin 2013, s. 21); bei der letzten Wahl bekam aber ein solcher Kandidat (P. Kukiz) im ersten Durchgang mehr als 20% der Stimmen.

[29] Die praktische Bedeutung des Präsidentenamtes war stärker vor allem nach dem Zerfall der Regierungskoalitionen (in den Jahren 2000 und 2003), als bis zum Ende der Wahlperiode die Minderheitsregierungen funktionierten.

Gebrauch. Nach statistischen Angaben wird vom Gesetzes-Veto während der *Kohabitation* eindeutig öfter Gebrauch gemacht als sonst[30].

Da trotz Bemühungen der „Verfassungsväter" die Kompetenzverteilung zwischen der Regierung und dem Staatspräsidenten nicht hundertprozentig klar ist, kommt es auch zu Konflikten. Paradebeispiel ist hier die Streitigkeit über das Recht des Staatsoberhauptes, an den Sitzungen des Europäischen Rates teilzunehmen. In diesen Fällen wurde der Staatspräsident oft als Bedrohung für die stabile und ungestörte Arbeit der Regierung dargestellt.

In der Praxis spielt der Kabinettsrat keine wichtige Rolle. Er wird auch relativ selten einberufen[31]. Die Ergebnisse seiner Arbeit in Form von Änderungen in der Regierungspolitik sind nicht sichtbar. Oft werden auch nach den Sitzungen des Kabinettsrates keine gemeinsamen Erklärungen abgegeben. Auch die Ansprachen des Präsidenten an die Parlamentskammer sind selten[32].

Zusammenfassung

Aus dem Text der polnischen Verfassung kann abgeleitet werden, dass der Staatspräsident als Stabilitätsfaktor des politischen Systems fungieren soll. Seine Aufgabe des Gewährsmannes der Fortdauer der Staatsgewalt versteht man nicht nur im organisatorischen, sondern auch im funktionellen Sinne. Er hat viele Möglichkeiten, im politischen Prozess mäßigend zu wirken und die Konflikte zu mildern. Seine unmittelbare demokratische Legitimation kann dabei sehr helfen.

In der Tat spielt aber diese Funktion keine wichtige Rolle. Um diese erfüllen zu können, bräuchte der Präsident einen gewissen Abstand von den politischen Parteien zu haben und als unabhängige Persönlichkeit aufzutreten. Die Wahlpraxis (vor allem die Art und Weise der Kandidatenauswahl durch die politischen Parteien) macht aber solche Stellung fast unmöglich. Von den Politikern wird der Staatspräsident vor allem als „Helfer" der Regierung oder als „Waffe" der Opposition angesehen. Sei auch berücksichtigt, dass es im 21. Jahrhundert in Polen zu einer gewissen Stabilisierung des politischen

---

30 Z.B. A. Kwaśniewski hat während seiner „*Kohabitation*" (1997–2001) gegen 28 Gesetze Einspruch eingelegt und in den Jahren 2001–2005, wenn seine frühere Partei die Regierung unterstützte, nur gegen 5; M. Kruk, *Konstytucyjny system rządów. Założenia i praktyka*, [in:] E. Gdulewicz, W. Orłowski, S. Patyra (Hrsg.), *25 lat transformacji ustrojowej w Polsce i Europie Środkowo-Wschodniej*, Lublin 2015, S. 40–41.

31 In den Jahren 1997–2001 fanden nur 4 Sitzungen des Kabinettsrates statt, S. Patyra, *Pozycja ustrojowa i funkcje Prezesa Rady Ministrów – założenia konstytucyjne a praktyka*, [in:] M. Grzybowski (Hrsg.), *System rządów Rzeczypospolitej Polskiej. Założenia konstytucyjne a praktyka ustrojowa*, Warszawa 2006, S. 209–210.

32 Auch die Gesetzvorlagen des Präsidenten sind relativ selten; in der Periode der *Kohabitation* haben solche Entwürfe kaum eine Chance, vom Parlament angenommen zu werden.

Systems durch die „Konsolidierung" des Parteiensystems und die weitgehende „Zentralisierung" („Disziplin") der größten Parteien gekommen ist. Die Regierungsmehrheit im Sejm war in den letzten Jahren (seit 2007) relativ stabil und die Stellung des Ministerpräsidenten (auch als Parteichef) nicht ernst „von Innen" bedroht. Deswegen bleibt es für den Staatspräsidenten nur wenig Platz.

Abstract
President of Poland as a stabilizing factor

The article attempts to constitutional and political assessment, whether the President of Poland is a factor of stability in the Polish system of government . After a brief overview of the evolution of the institution head of state were presented constitutional assumptions, which can make the head of state arbitrator in political disputes. Then he described the outline of constitutional practices since 1997. According to the main thesis of the article President of the Republic Polen in the little acts as a stabilizing factor, because of its dependence on political parties, which reported his candidacy in the election.
Key words: President of the Republic Poland , Polish system of government, political arbitration of the head of state, stabilization of the political system

Streszczenie
Prezydent RP jako element stabilizujący ustrój polityczny

Artykuł stanowi próbę konstytucyjnoprawnej i politologicznej analizy zagadnienia, czy i w jakim stopniu uznać można Prezydenta RP za czynnik stabilizujący polski system ustrojowy. Po krótkim zarysie ewolucji instytucji głowy państwa przedstawiono rozwiązania konstytucyjne, które mogą czynić z głowy państwa arbitra w sporach politycznych, przez co może on je „łagodzić". Następnie przedstawiono zarys praktyki ustrojowej. W myśl głównej tezy artykułu Prezydent RP w niewielkim stopniu działa jako czynnik stabilizujący z uwagi na swoją daleko idącą zależność od partii politycznych, które zgłosiły jego kandydaturę w wyborach.
Słowa kluczowe: Prezydent RP, system rządowy rządowy RP, arbitraż polityczny głowy państwa, stabilizacja systemu politycznego Polski

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 55–64 (2015)

Jakub Biernat
dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Organ wydający jako organ właściwy do dokonania sprostowania, uchylenia, zmiany lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego

1.

Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 roku w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego[1] ustanowiono europejskie poświadczenie spadkowe. Europejskie poświadczenie spadkowe wydawane jest w danym państwie członkowskim w celu wykorzystania w innym państwie członkowskim[2] przez spadkobierców, zapisobierców mających bezpośrednie prawa do spadku oraz wykonawców testamentów lub zarządców spadku, którzy potrzebują wykazać swój status, wykonywać swoje prawa lub swoje uprawnienia[3]. Z europejskim poświadczeniem spadkowym wiąże się w szczególności domniemanie, że spadkobierca, zapisobierca, wykonawca testamentu lub zarządca spadku posiada status wskazany w poświadczeniu lub prawa lub

---

1 Dz. Urz. UE L 201 z 27 lipca 2012 roku, s. 107, z późn. zm.; dalej jako: rozporządzenie spadkowe. Rozporządzenie spadkowe stosuje się co do zasady, w zakresie omawianym w niniejszym opracowaniu, od dnia 17 sierpnia 2015 roku.

2 Zarówno możliwość wydania, jak i możliwość wykorzystania europejskiego poświadczenia spadkowego dotyczy państw członkowskich związanych rozporządzeniem; w świetle art. 3 ust. 1 lit. e i f rozporządzenia spadkowego oraz motywów 82 i 83 preambuły rozporządzenia spadkowego należy do nich zaliczyć wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, za wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa, Irlandii i Danii – por. m.in. J. Biernat, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 55–56.

3 Por. art. 62–63 rozporządzenia spadkowego; zob. także motyw 67 preambuły rozporządzenia spadkowego.

uprawnienia w nim określone[4]. Europejskie poświadczenie spadkowe pełni zatem przede wszystkim funkcję legitymacyjną. Odgrywa także rolę w zapewnieniu ochrony podmiotom spełniającym określone świadczenia na rzecz osób wskazanych w poświadczeniu oraz dokonującym określonych czynności prawnych z osobami wskazanymi w poświadczeniu[5]. Nadto stanowi podstawę wpisu w odpowiednich rejestrach[6]. Europejskie poświadczenie spadkowe wskazane skutki wywołuje bez konieczności przeprowadzania jakiejkolwiek szczególnej procedury[7].

Regulacja odnosząca się do europejskiego poświadczenia spadkowego, zawarta w rozporządzeniu spadkowym, nie ma charakteru kompletnego; oznacza to, że jest uzupełniana przez odpowiednie uregulowania wewnętrzne państw członkowskich[8]. Na gruncie prawa polskiego, w odniesieniu do instytucji europejskiego poświadczenia spadkowego, uregulowania te zawarte są przede wszystkim w Kodeksie postępowania cywilnego oraz w Prawie o notariacie[9]; w zasadniczej mierze wprowadzone zostały na mocy ustawy z dnia 24 lipca 2015 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw[10].

---

4 Por. art. 69 ust. 2 rozporządzenia spadkowego.

5 Por. art. 69 ust. 3 i 4 rozporządzenia spadkowego.

6 Por. art. 69 ust. 5 rozporządzenia spadkowego.

7 Por. art. 69 ust. 1 rozporządzenia spadkowego; w odniesieniu do znaczenia europejskiego poświadczenia spadkowego zob. także motyw 71 preambuły rozporządzenia spadkowego. Na temat pojęcia, funkcji i skutków europejskiego poświadczenia spadkowego por. m.in. J. Carrascosa Gonzáles, *Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2014, Vol. 6, Nº 1, s. 37; R. Crône, *Le certificat successoral européen*, [w:] *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, red. G. Khairallah, M. Revillard, Paris 2013, s. 175–176, 182–184; P. Cybula, J. Zatorska, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 322–327; A. Davi, A. Zanobetti*, Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell`Unione Europea*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2013, Vol. 5, Nº 2, s. 132, 136; F. Padovini*, Il certificato successorio europeo*, [w:] *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, red. P. Franzina, A. Leandro, Milano 2013, s. 199–202; J. Pisuliński, *Europejskie poświadczenie spadkowe*, [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Warszawa 2013, s. 621–624; P. Wautelet, [w:] *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles 2013, s. 702–718, 723, 784–805; M. Załucki, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 286–293.

8 Por. A. Davi, A. Zanobetti*, Il nuovo…*, *op. cit.,* s. 136; J. Pisuliński, *Europejskie…*, *op. cit.,* s. 625; M. Załucki, [w:] *Unijne…, op. cit.,* s. 290.

9 Ustawa z dnia 14 lutego 1991 roku – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2014 roku, poz. 164 z późn. zm.), dalej jako: pr. not.

10 Dz.U. z 2015 roku, poz. 1137; ustawa weszła w życie z dniem 17 sierpnia 2015 roku i w zakresie odnoszącym się do europejskiego poświadczenia spadkowego znajduje zastosowanie do spadków otwartych w tym dniu lub później (art. 9 ustawy).

2.

Z art. 64 rozporządzenia spadkowego wynika, że organem wydającym europejskie poświadczenie spadkowe jest sąd, w rozumieniu art. 3 ust. 2 rozporządzenia spadkowego[11], lub inny organ, który na mocy prawa krajowego jest właściwy do rozpoznawania spraw spadkowych. Z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 1142^1 w związku z art. 669 k.p.c.; por. także art. 628 k.p.c.) wynika, że europejskie poświadczenie spadkowe może być wydane przez sąd spadku. Przepisy prawa o notariacie[12] przesądzają zaś, że europejskie poświadczenie spadkowe może być wydane przez notariusza. W braku stosownych uregulowań w prawie o notariacie, tak w odniesieniu do regulacji europejskiego poświadczenia spadkowego, jak i w odniesieniu do regulacji ogólnej dotyczącej statusu notariusza i dokonywania czynności notarialnych, należy przyjąć, że europejskie poświadczenie spadkowe może być wydane w każdym przypadku przez każdego notariusza[13].

3.

Zgodnie z art. 71 rozporządzenia spadkowego na wniosek osoby, która wykaże uzasadniony interes, lub z urzędu[14] organ wydający europejskie poświadczenie spadkowe dokonuje, w razie spełnienia określonych przesłanek[15], sprostowania, zmiany albo uchylenia europejskiego poświadczenia spadkowego. Ustawodawca polski nie precyzuje wskazanej regulacji w ujęciu podmiotowym; poprzestaje na wskazaniu, że powołanych czynności dokonuje sąd wydając odpowiednie postanowienie[16], lub notariusz, sporządzając odpowiedni protokół[17]. Podobne konstrukcyjnie uregulowanie dotyczy zawieszenia przez organ wydający, na wniosek osoby, która wykaże uzasadniony interes, skutków europejskiego poświadczenia spadkowego (art. 73 rozporządzenia spadkowego)[18].

---

[11] Na temat tego pojęcia por. m.in. A. Machnikowska, [w:] *Unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2015, s. 67–69; P. Wautelet, [w:] *Le droit…*, *op. cit.,* s. 157–164.

[12] Por. w szczególności art. 79 pkt 1b pr. not., art. 95q w związku z art. 95a pr. not., art. 95t pr. not.

[13] Jeżeli oczywiście, podobnie jak sądowi, na podstawie stosownych uregulowań (por. art. 64 rozporządzenia spadkowego) przysługuje mu jurysdykcja.

[14] Por. art. 1142^4 k.p.c. oraz art. 95v pr. not.

[15] Por. bliżej P. Wautelet, [w:] *Le droit…*, *op. cit.,* s. 817–818.

[16] Por. art. 1142^5–1142^6 k.p.c.

[17] Por. art. 95t pr. not., art. 95v–95x pr. not.

[18] Por. także powołane w niniejszym akapicie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego oraz prawa o notariacie.

Na tle przedstawionych uregulowań mogą pojawić się wątpliwości co do ustalenia organu, któremu *in concreto* przysługuje kompetencja do dokonania sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego[19]. Wydaje się, że wątpliwości te mogą być formułowane na dwóch poziomach. Po pierwsze, wypada rozważyć, czy dopuszczalne jest dokonanie przez notariusza[20] sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez sąd oraz czy dopuszczalne jest dokonanie przez sąd[21] sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez notariusza. Po drugie, należy ustalić, czy dopuszczalne jest dokonanie przez notariusza sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez innego notariusza[22]. Źródłem zasygnalizowanych wątpliwości są potencjalne rozbieżności w wykładni pojęcia „organ wydający" na gruncie art. 71 i art. 73 rozporządzenia spadkowego. Pojęcie to może oznaczać jakikolwiek organ objęty zakresem normowania art. 64 rozporządzenia spadkowego (i stosownych uregulowań prawa wewnętrznego); może oznaczać określony typ organu; może wreszcie oznaczać organ, który w danej konkretnej sytuacji wydał uprzednio europejskie poświadczenie spadkowe.

4.

W odniesieniu do pierwszej ze wskazanych kwestii, co do zasady, za trafną należy uznać tezę, w myśl której niedopuszczalne jest skuteczne dokonanie przez notariusza sprostowania, zmiany, uchylenia ani zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez sąd oraz niedopuszczalne jest skuteczne dokonanie przez sąd sprostowania, zmiany, uchylenia ani zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez notariusza.

Przede wszystkim, wypada wskazać, że za przyjęciem wskazanego zapatrywania przemawia szereg uregulowań rozporządzenia spadkowego.

Po pierwsze, prawodawca unijny nie przewidział w sposób wyraźny możliwości skutecznego dokonania przez notariusza sprostowania, zmiany, uchy-

[19] Podobieństwo konstrukcyjne regulacji, tak unijnej, jak i wewnętrznej, pozwala na wspólne rozważanie problemu, choć w istocie dotyczy on czterech odrębnych instytucji prawnych.

[20] Któregokolwiek, co wynika z poczynionych wyżej ustaleń.

[21] Sąd spadku, co wynika z poczynionych wyżej ustaleń.

[22] Rzecz jasna nie może budzić zastrzeżeń teza, że dopuszczalne jest dokonanie sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego przez ten sąd lub tego notariusza, który uprzednio wydał europejskie poświadczenie spadkowe.

lenia ani zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez sąd oraz możliwości skutecznego dokonania przez sąd sprostowania, zmiany, uchylenia ani zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez notariusza[23].

Po drugie, przeciwko dopuszczalności skutecznego podjęcia wskazanych działań przemawia wykładnia systemowa pojęcia „organ wydający". W tym zakresie należy w szczególności zwrócić uwagę na uregulowanie zawarte w art. 70 rozporządzenia spadkowego, w świetle którego nie może budzić wątpliwości, że organ wydający to ten konkretny podmiot, który uprzednio sporządził dane europejskie poświadczenie spadkowe.

Po trzecie, za przyjęciem przedstawionej tezy przemawia objęcie rozporządzeniem spadkowym uregulowania nakładającego na organ wydający obowiązek poinformowania o każdym sprostowaniu, zmianie lub uchyleniu europejskiego poświadczenia spadkowego (art. 71 ust. 3 rozporządzenia spadkowego) oraz o każdym zawieszeniu skutków europejskiego poświadczenia spadkowego (art. 73 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia spadkowego) wszystkich osób, którym wydane zostały poświadczone odpisy europejskiego poświadczenia spadkowego zgodnie z art. 70 ust. 1 rozporządzenia spadkowego. Wobec faktu, że to organ, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe, prowadzi wykaz osób, którym wydane zostały poświadczone odpisy europejskiego poświadczenia spadkowego[24], należy przyjąć, że w istocie jedynie ten organ jest w stanie w sposób należyty wypełnić wskazane obowiązki informacyjne[25]. Do podobnych wniosków prowadzi analiza uregulowania zawartego w art. 73 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia spadkowego, w myśl którego w okresie zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego nie można wydawać kolejnych poświadczonych odpisów poświadczenia. Nie powinno budzić wątpliwości, że należytą realizację tego obowiązku wspierać będzie przyjęcie, że o zawieszeniu skutków europejskiego poświadczenia spadkowego decyduje organ, który je wydał.

Po czwarte, przyjęcie przedstawionego wyżej poglądu pozwala na należytą realizację celu przepisywanego uregulowaniom rozporządzenia spadkowego w omawianym zakresie. W literaturze trafnie zwraca się uwagę, że przyznanie uprawnienia do dokonania sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia

---

[23] Poza wyraźnie unormowaną, wyjątkową sytuacją związaną ze złożeniem odwołania od rozstrzygnięcia podjętego przez organ wydający, w której może dojść do zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego przez organ sądowy niezależnie od tego, przez jaki organ zostało wydane europejskie poświadczenie spadkowe (por. art. 73 ust. 1 lit. b rozporządzenia spadkowego).

[24] Por. art. 70 ust. 2 rozporządzenia spadkowego.

[25] Prawodawca unijny dostrzega doniosłą rolę prawidłowej realizacji wskazanych obowiązków informacyjnych – zob. motyw 72 *in fine* preambuły rozporządzenia spadkowego.

skutków europejskiego poświadczenia spadkowego organowi wydającemu, a nie jakiemuś innemu podmiotowi, gwarantuje sprawne (szybkie) podejmowanie rozstrzygnięć we wskazanych sprawach[26]. Nie powinno budzić wątpliwości, że wskazany cel będzie najpełniej realizowany wówczas, gdy organem decydującym o dokonaniu sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego będzie ten sam organ, który je wydał, a zatem ten organ, który w sytuacji typowej dysponuje w tym zakresie najbardziej rozbudowaną wiedzą dotyczącą sporządzenia określonego europejskiego poświadczenia spadkowego[27].

Po piąte, wydaje się, że za wskazanym zapatrywaniem przemawia również dopuszczalność dokonania sprostowania, zmiany lub uchylenia europejskiego poświadczenia spadkowego z urzędu[28]. Trudna do zaakceptowania byłaby teza, zgodnie z którą działanie z urzędu w celu dokonania powyższych czynności może podjąć organ inny niż ten, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe.

Ponadto należy wskazać, że również w prawie wewnętrznym brak jest uregulowań, które mogłyby stanowić podstawę do podawania w wątpliwość tezy o niedopuszczalności skutecznego dokonania przez notariusza sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez sąd oraz niedopuszczalności skutecznego dokonania przez sąd sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez notariusza[29]. W szczególności, tak w Kodeksie postępowania cywilnego, jak i w prawie o notariacie, brak jest jakichkolwiek unormowań, zarówno o charakterze ogólnym, jak i szczegółowym, które mogłyby uzasadniać określoną aktywność sądu w odniesieniu do europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego przez notariusza lub określoną aktywność notariusza w odniesieniu do europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego przez sąd. W tym kontekście w szczególności warto zwrócić uwagę, że także na gruncie prawa wewnętrznego na sąd i na notariusza zostały nałożone okre-

---

[26] Tak P. Wautelet, [w:] *Le droit…*, *op. cit.,* s. 816.

[27] Szczególnie dobitnie ujawnia się to w odniesieniu do dokonania sprostowania europejskiego poświadczenia spadkowego. Zwykle ustalenie, że doszło do zaistnienia błędu pisarskiego, sprawia najmniej kłopotów i budzi najmniej wątpliwości w odniesieniu do organu, który popełnił (w strukturze którego popełniono) tenże błąd.

[28] Por. odpowiednio art. 71 ust. 1 rozporządzenia spadkowego oraz art. 71 ust. 2 rozporządzenia spadkowego w związku z art. 95 v pr. not.

[29] W tym miejscu abstrahuję od kwestii, czy wobec omawianych uregulowań rozporządzenia spadkowego wprowadzenie takich rozwiązań w prawie wewnętrznym byłoby w ogóle dopuszczalne – por. P. Wautelet, [w:] *Le droit…*, *op. cit.,* s. 816.

ślone obowiązki o charakterze informacyjnym[30], które mogą być efektywnie realizowane jedynie w razie przyjęcia zapatrywania, że organ wydający na gruncie omawianych uregulowań to ten sam organ, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe.

5.

W odniesieniu do drugiej ze wskazanych kwestii, za trafną należy uznać tezę, w myśl której niedopuszczalne jest dokonanie przez notariusza sprostowania, zmiany, uchylenia ani zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego uprzednio przez innego notariusza.

Za przyjęciem wskazanego zapatrywania przemawiają w pierwszym rzędzie powołane wyżej[31] uregulowania rozporządzenia spadkowego. Należy do nich zaliczyć: brak w obowiązujących przepisach wyraźnego dozwolenia na podjęcie wskazanych działań przez inny organ aniżeli ten, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe; wykładnię systemową pojęcia „organ wydający", które na gruncie innych unormowań rozporządzenia spadkowego oznacza dany, konkretny organ, nie zaś dany typ organu; konieczność zapewnienia należytej realizacji obowiązków nałożonych na organ wydający w związku ze sprostowaniem, zmianą, uchyleniem lub zawieszeniem skutków europejskiego poświadczenia spadkowego; konieczność zagwarantowania sprawnego podejmowania rozstrzygnięć w związku z ewentualnym sprostowaniem, zmianą, uchyleniem lub zawieszeniem skutków europejskiego poświadczenia spadkowego; dopuszczalność dokonania sprostowania, zmiany lub uchylenia europejskiego poświadczenia spadkowego z urzędu.

Nadto należy wskazać, że także w polskim prawie wewnętrznym brak jest jakichkolwiek uregulowań, które mogłyby stanowić podstawę dla zasadnego postawienia tezy o dopuszczalności dokonania sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego przez innego notariusza, aniżeli ten, który uprzednio sporządził europejskie poświadczenie spadkowe[32]. Przeciwko temu zapatrywaniu przemawia w szczególności, nakła-

---

30 Por. art. 1142[5] k.p.c. i art. 95w pr. not.

31 Zob. uwagi zawarte w punkcie 4 niniejszego opracowania.

32 Za uregulowanie takie nie sposób uznać art. 80 § 4 pr. not., na tle którego wyrażane jest zapatrywanie o dopuszczalności sporządzenia protokołu obejmującego sprostowanie przez innego notariusza aniżeli ten, który dokonał czynności notarialnej podlegającej sprostowaniu (tak np. R. Sztyk, *Zakres sprostowania oczywistych błędów czynności notarialnych*, „Rejent" 2000, nr 5, s. 30). Abstrahując od trafności powyższego poglądu, należy zdecydowanie wskazać, że art. 80 § 4 pr. not. nie znajduje zastosowania do sprostowania przez notariusza europejskiego poświadczenia spadkowego (odmiennie P. Cybula, J. Zatorska, [w:] *Unijne…*, *op. cit.,* s. 332); dzieje się tak dlatego, że objęta art. 71–72 rozporządzenia spadkowego oraz art. 95t–

dające na notariusza obowiązki informacyjne, uregulowanie zawarte w art. 95w pr. not., w myśl którego notariusz z urzędu doręcza wszystkim osobom, którym wydano poświadczone odpisy europejskiego poświadczenia spadkowego, wypis protokołu obejmującego sprostowanie, zmianę, uchylenie lub zawieszenie skutków europejskiego poświadczenia spadkowego.

6.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że pojęcie „organ wydający", którym posługuje się prawodawca unijny na gruncie art. 71 i art. 73 rozporządzenia spadkowego, oznacza organ, który w danej konkretnej sytuacji uprzednio wydał europejskie poświadczenie spadkowe. W konsekwencji, w świetle uregulowań prawa polskiego, w razie gdy europejskie poświadczenie spadkowe wydane zostało przez sąd spadku, wówczas jego sprostowanie, zmiana, uchylenie lub zawieszenie jego skutków może być skutecznie dokonane przez sąd spadku, zaś w razie gdy europejskie poświadczenie spadkowe wydane zostało przez notariusza, wówczas jego sprostowanie, zmiana, uchylenie lub zawieszenie jego skutków może byś skutecznie dokonane przez tego notariusza, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe[33].

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zastosowanie przedstawionych reguł nie będzie możliwe w sytuacji, w której notariusz, który wydał europejskie poświadczenie spadkowe, zaprzestał, z jakichkolwiek przyczyn, prowadzenia działalności. Ani przepisy rozporządzenia spadkowego, ani przepisy wewnętrzne, w szczególności przepisy prawa o notariacie, nie obejmują regulacji odnoszącej się do wskazanej sytuacji wprost. Wydaje się, że w przedstawionym przypadku brak jest należytego uzasadnienia normatywnego zarówno dla tezy, w myśl której skuteczne sprostowanie, zmiana, uchylenie lub zawieszenie skutków europejskiego poświadczenia spadkowego byłyby niedopuszczalne, a to z uwagi na konieczność ochrony interesów określonych podmiotów (w szczególności spadkobierców, zapisobierców mających bezpośrednie prawa do spadku oraz wykonawców testamentów lub zarządców spadku[34]), jak i dla tezy, w myśl której dopuszczalne byłoby wydanie przez inny organ nowego europejskiego poświadczenia spadkowego, a to

–95u i art. 95w–95x pr. not. regulacja dotycząca sprostowania europejskiego poświadczenia spadkowego przez notariusza jest z jednej strony regulacją kompletną, z drugiej zaś szczególną w stosunku do regulacji wynikającej z art. 80 § 4 pr. not.

33 Jak wspomniano wyżej, w określonej sytuacji dopuszczalne jest zawieszenie skutków europejskiego poświadczenia spadkowego przez organ sądowy niezależnie od tego, przez jaki organ zostało wydane europejskie poświadczenie spadkowe (por. art. 73 ust. 1 lit. b rozporządzenia spadkowego).

34 Por. art. 62–63 rozporządzenia spadkowego.

z uwagi na fakt funkcjonowania w obrocie dotychczasowego europejskiego poświadczenia spadkowego. Przyjęcie zapatrywania, że w omawianej sytuacji skuteczne sprostowanie, zmiana, uchylenie lub zawieszenie skutków europejskiego poświadczenia spadkowego jest dopuszczalne, rodzi pytanie o to, który z organów jest właściwy do podjęcia wskazanych działań. Pomimo dyskusyjności omawianego problemu wydaje się, że na gruncie *legis latae* za organ taki należy uznać sąd spadku. Przemawia za tym w sposób pośredni kilka okoliczności: wyłączna właściwość sądu spadku do czynności w postępowaniu spadkowym, które należą do zakresu działania sądów[35]; dysponowanie przez sąd spadku szeroką gamą instrumentów prawnych umożliwiających poczynienie określonych ustaleń i podjęcie określonych działań; czy wreszcie, stworzony przez prawodawcę unijnego na gruncie przepisów rozporządzenia spadkowego[36] model, w którego ramach określone działania związane z aktywnością organów wydających dotyczącą sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego podejmowane są przez organy sądowe. Jednocześnie należy wskazać, że nie powinna budzić wątpliwości potrzeba podjęcia przez polskiego ustawodawcę interwencji w celu wyraźnego rozstrzygnięcia zasygnalizowanego problemu. Wydaje się, w szczególności w świetle przedstawionych uwag, że powinno to nastąpić przez wprowadzenie regulacji przyznającej sądowi spadku uprawnienie do dokonania sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego wydanego przez notariusza, który zaprzestał prowadzenia działalności.

Abstract

The issuing authority as the authority competent for the rectification, modification, withdrawal or suspension of the effects of the European Certificate of Succession

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession created a European Certificate of Succession. According to the provisions of the above-mentioned regulation the issuing authority shall rectify, modify, withdraw or suspend effects of the of the European Certificate of Succession. The determination of the authority that shall have the

[35] Por. art. 628 k.p.c.

[36] Por. art. 72–73 rozporządzenia spadkowego.

competence to rectify, modify, withdraw or suspend the effects of the of the European Certificate of Succession raises some serious questions particularly under Polish law.
Key words: European Succession Regulation, European Certificate of Succession, issuing authority

Streszczenie
Organ wydający jako organ właściwy do dokonania sprostowania, uchylenia, zmiany lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego

Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 roku w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego ustanowiono europejskie poświadczenie spadkowe. Zgodnie z przepisami wskazanego rozporządzenia organ wydający europejskie poświadczenie spadkowe dokonuje sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego. Ustalenie organu, któremu przysługuje kompetencja do dokonania sprostowania, zmiany, uchylenia lub zawieszenia skutków europejskiego poświadczenia spadkowego, budzi istotne wątpliwości w szczególności na gruncie prawa polskiego.
Słowa kluczowe: unijne rozporządzenie spadkowe, europejskie poświadczenie spadkowe, organ wydający

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 65–109 (2015)

Paweł Blajer
dr, Uniwersytet Jagielloński

Z historii ksiąg gruntowych (*Grundbücher*)[1]

Wprowadzenie

Współczesny niemiecki system ksiąg gruntowych stanowi nie tylko przedmiot dumy samych Niemców – spotyka się on z wysokimi ocenami także w polskiej literaturze. Zwraca się uwagę, że pomimo iż jest stosunkowo skomplikowany i wymagający najsprawniej działającego aparatu wykonawczego, to jednak daje on najlepsze rezultaty w praktyce. Chociaż jest on skomplikowany jurydycznie, to odznacza się prostotą w zastosowaniu praktycznym[2]. Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest również jego ścisłe i harmonijne powiązanie z systemem niemieckiego prawa cywilnego materialnego, hołdującej zasadzie wpisu jako przesłance konstytutywnej nabycia praw rzeczowych na nieruchomościach.

Doskonałość obecnych niemieckich ksiąg gruntowych jest jednak następstwem długiej ewolucji i rozwoju rozwiązań prawnych, zakorzenionych nawet w tradycjach prawa germańskiego. Warto również podkreślić, że rozwój ten nie miał charakteru niezakłóconego; recepcja prawa rzymskiego, która nastąpiła w Niemczech na przełomie średniowiecza i czasów nowożytnych, skutecznie zahamowała proces wykształcania się ksiąg gruntowych. W wiekach XVIII i XIX, kiedy księgi gruntowe uzyskały swoje współczesne znaczenie, nastąpiła ponowna waloryzacja tej instytucji, uzasadniana między innymi nasyceniem jej rdzennym, „germańskim" pierwiastkiem, w opozycji do rzymskiej *traditio*. Stąd kwestiom historycznym poświęcano w studiach nad księgami gruntowymi w literaturze niemieckiej zawsze wiele uwagi.

Celem niniejszego opracowania jest zatem przedstawienie rozwoju niemieckiego systemu ksiąg gruntowych w szerokiej perspektywie historycznej,

[1] Publikacja w ramach projektu sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/09/B/HS5/01004.

[2] A. Stelmachowski, *W kwestii przyszłości ksiąg wieczystych*, „Nowe Prawo" 1964, nr 3, s. 232.

poczynając od najwcześniejszych tradycji germańskich praw szczepowych, a kończąc na najnowszych niemieckich rozwiązaniach w zakresie komputeryzacji tego rejestru i perspektyw dalszego rozwoju w przyszłości. Realizacji tego celu służyć ma przyjęta systematyka pracy i jej podział na poszczególne rozdziały. Zarys historii systemu ksiąg gruntowych byłby jednak niepełny bez uwzględnienia austriackich i szwajcarskich odmienności w zakresie jego ewolucji, którym poświęcono uwagę w ostatnim rozdziale niniejszego opracowania. W ramach uwag końcowych przedstawiono z kolei krótko oddziaływanie modelu ksiąg gruntowych na zasady rejestracji praw do nieruchomości w Polsce oraz sformułowano kilka wniosków *de lege ferenda* co do możliwości szerszego wykorzystania niektórych niemieckich rozwiązań na płaszczyźnie polskiego modelu ksiąg wieczystych.

Należy bowiem podkreślić, że niemiecki i austriacki system ksiąg gruntowych miał w przeszłości, z racji na oczywiste uwarunkowania historyczne, istotny wpływ na sposób prowadzenia rejestrów nieruchomości na ziemiach polskich. Bezpośrednio obowiązywał on na terenie zaboru pruskiego (potem niemieckiego) i austriackiego, a także stanowił punkt odniesienia dla fundamentalnych dla polskiej historii prawa ustaw hipotecznych z 1818 i 1825 roku. Również współczesny polski model ksiąg wieczystych w szerokim zakresie nawiązuje do podstawowych rozwiązań systemu ksiąg gruntowych, pomimo kilku zasadniczych odstępstw. Dlatego też poznanie historycznego rozwoju instytucji ksiąg gruntowych w krajach niemieckich przyczynia się do lepszego zrozumienia genezy i współczesnej postaci ksiąg wieczystych w Polsce. Perspektywy rozwoju przed księgami gruntowymi w Niemczech lub Austrii wyznaczą też zapewne przyszłą ścieżkę ewolucji polskich ksiąg wieczystych.

*Tradycje prawa germańskiego (*Sala, Gewere, Auflassung*)*

W okresie sprzed wielkiej wędrówki ludów germańskim zwyczajom obce były zapewne jakiekolwiek formy obrotu ziemią oraz – co zrozumiałe w warunkach gospodarki naturalnej – kredytu zabezpieczonego na nieruchomościach[3]. Germańskie prawa szczepowe nie znały też tak ostro występującej w prawie rzymskim różnicy między posiadaniem a własnością[4]. Nabycie władztwa nad ziemią następowało w tym wczesnym okresie przede wszystkim w efekcie zaistnienia określonych faktów, takich jak osiedlenie się, budowa domostwa oraz ogrodzenie zajętego gruntu. Czynności te stanowiły często efekt podziału pomiędzy członków wspólnoty obszarów zajętych w toku wypraw wojennych.

[3] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs im Wandel der Zeiten*, „Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg" 1986, z. 1, s. 2.

[4] K. Koranyi, *Powszechna historia państwa i prawa*, t. I: *Starożytność*, Warszawa 1961, s. 60.

Wraz z nasileniem kontaktów Germanów z imperium rzymskim, a następnie osiedlaniem się kolejnych ludów w jego granicach, wzrosło znaczenie indywidualnej własności nieruchomości. Wskazują na to badania nad pomnikami praw Wizygotów, Burgundów, Ostrogotów i Longobardów[5]. Tradycje prawne wymienionych ludów w zakresie prawa rzeczowego charakteryzują cechy obce klasycznemu prawu rzymskiemu, w tym przede wszystkim: niedostateczne przeciwstawienie własności i posiadania, różne traktowanie rzeczy ruchomych i nieruchomości i wreszcie ewidentne dążenie do zapewnienia jawności obrotu ziemią. Wymienione cechy znalazły również odzwierciedlenie w dobrze poznanych źródłach prawa Franków, przynoszących najwięcej wiadomości o germańskich tradycjach prawnych wczesnego średniowiecza. Czas kształtowania się państwa frankijskiego określany bywa w literaturze jako okres pogłębiania się dotychczas luźnych związków człowieka z ziemią, w szczególności z uwagi na silnie wspierany przez Kościół rozwój prawa spadkowego, podziały istniejących wspólnot gruntowych oraz pierwsze przypadki dobrowolnego zastawiania nieruchomości[6]. Tendencja ta doprowadziła do wzrostu znaczenia prywatnego obrotu ziemią z uwzględnieniem typowo germańskiego dążenia do zapewnienia jego jawności.

W świetle źródeł prawa frankijskiego przeniesienie własności nieruchomości wymagało dwóch oddzielnych czynności: *Sale* oraz *Gewere*, które w piśmiennictwie łacińskim, w sposób nieco mylący, określano jako *traditio* i *investitura;* różniły się one bowiem w istotny sposób od określanych tymi samymi terminami czynności znanych klasycznemu prawu rzymskiemu i lennemu[7]. Czynności te pierwotnie odbywały się jednocześnie na gruncie, którego własność przenoszono, tworząc jednolitą całość; z biegiem czasu doszło jednak do ich wyodrębnienia.

Zgodnie z poglądami nauki niemieckiej *Sale* nie można porównywać ani z czynnością zobowiązującą ani rozporządzającą w dzisiejszym rozumieniu tych terminów, bowiem łączyła ona cechy obu tych czynności[8]. Co więcej polegała na ustnej deklaracji składanej w uroczystych słowach przez zbywcę, zawierającej oświadczenie woli co do przekazania nieruchomości nabywcy. Czynność ta miała jednak jednocześnie charakter rozporządzający, z tym że ograniczony do wzajemnych stosunków pomiędzy zbywcą a nabywcą nieruchomości. Aby przeniesienie własności uzyskało skuteczność również wobec osób trzecich, konieczny był kolejny akt, to jest *Gewere*.

---

5 *Ibidem*, s. 27, 29, 31, 35.

6 W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2.

7 Por. C. Stewing, *Geschichte des Grundbuches*, "Der Rechtspfleger" 1989, z. 11 s. 445.

8 R. Sohm, *Zur Geschichte der Auflassung*, Strassburg 1879, s. 79.

Termin *Gewere,* pochodzący od starogermańskiego wyrażenia *warjan, wasjan,* oznaczającego „ubierać", lub też *weri, war,* oznaczających „pieczę", „dozór"[9], odnoszono z jednej strony do samego władztwa nad rzeczą – podobnego, lecz nie identycznego z rzymskim posiadaniem (*possessio*) – z drugiej natomiast stosowano do oznaczenia czynności polegającej na przeniesieniu na nabywcę władztwa nad rzeczą[10]. Początkowo czynność ta odbywała się obowiązkowo na zbywanym gruncie przy jednoczesnej obecności zbywcy i nabywcy. Składała się ona zasadniczo z dwóch aktów o solennym charakterze. Pierwszym było objęcie gruntu w posiadanie przez nabywcę (*Apprehensionsakt*, w literaturze polskiej określane jako wwiązanie), w ramach którego nabywca przyjmował z rąk zbywcy przedmiot reprezentujący zbywany grunt, np. grudkę ziemi lub źdźbła trawy[11]. Czynności tej towarzyszyła manifestacja woli zbywcy rezygnacji z przysługującego mu dotychczas władztwa nad gruntem (*Auflassungsakt*, w literaturze polskiej określane jako wywiązanie), w ramach której zbywca niejako „pozostawiał posiadanie", które następnie „przejmował" nabywca. Typowym sposobem dokonania aktu *Auflassung* było np. porzucenie przez zbywcę przy schodzeniu z gruntu laski, którą następnie podnosił nabywca[12]. Dojście do skutku obu wymienionych aktów w ramach ceremonii *Gewere* prowadziło zarówno do przeniesienia faktycznego władztwa nad gruntem (*leibliche Gewere*), jak również władztwa prawnego (*unkörperliche Gewere*). Istotnym elementem opisanej ceremonii, wzmacniającym realizację przez nią zasady jawności, była ponadto obecność świadków – jak się wydaje – konieczna dla skuteczności przedsiębranych czynności[13].

---

9 K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1998, s. 111.

10 K. Koranyi, *Powszechna historia…op. cit.*, s. 60–61. *Gewere* miało szczególne znaczenie w przypadku stosunków prawnych odnoszących się do nieruchomości. Przysługiwało ono przede wszystkim osobie, która faktycznie władała nieruchomością lub też pobierała z niej pożytki. Ponieważ Germanom obce było abstrakcyjne ujmowanie praw do rzeczy charakterystyczne dla prawa rzymskiego, pojęcie *Gewere* obejmowało swoim zakresem wiele różnorodnych stosunków zarówno prawnych, jak i faktycznych stanowiąc wygodne określenie zarówno dla samego posiadania, jak i różnorodnych praw do nieruchomości, w tym także własności.

11 C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 445. Nieco inaczej powyższą ceremonię przedstawia K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit.*, s. 63, który przekazanie wyżej wymienionych przedmiotów symbolizujących zbywany grunt opisuje w ramach czynności *Sale.* Należy jednak pamiętać, że *Sale* i *Gewere* początkowo odbywały się praktycznie jednocześnie, a ich ścisłe wyodrębnienie w praktyce nie zawsze było możliwe.

12 W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit,* s. 2; K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit.*, s. 63.

13 K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit.*, s. 64. Autor podkreśla, że świadków takich nabywca nieruchomości powinien następnie ugościć, częstując winem (tzw. *vinum testimoniale*). Ponadto niektóre prawa szczepowe, np. *lex Ripuaria*, wymagały, aby przy ceremonii przeniesienia własności nieruchomości obecne były oprócz dorosłych świadków także dzieci, którym nabywca dawał klapsa i ciągnął za uszy, w tym celu, aby cała sytuacja wryła im się

Jeszcze w okresie frankijskim opisany powyżej, wysoce sformalizowany system przenoszenia władztwa nad ziemią uległ rozprężeniu, przede wszystkim z uwagi na fakt, że konieczność każdorazowego odbywania stosownej ceremonii na zbywanym gruncie godziła w potrzeby obrotu, przyczyniając się do jego spowolnienia. Stąd jeszcze we wczesnym średniowieczu (VIII wiek) rozpowszechniła się praktyka dokonywania czynności *Sale* oraz *Gewere* poza samym gruntem; w szczególności oświadczenia woli w ramach *Sale* składano przed sądem (*in mallo*), co stanowiło zapowiedź rozpowszechnionego w dojrzałym średniowieczu zwyczaju przenoszenia własności nieruchomości w ramach fikcyjnego procesu sądowego[14].

Podobnie jak *Sale*, również ceremonia *Gewere* nie musiała się już odbywać koniecznie na gruncie. W konsekwencji zaniechano praktyki jednoczesnego dokonywania wwiązania nabywcy i wywiązania się zbywcy. Miejsce rzeczywistego wywiązania zajęło uroczyste oświadczenie zbywcy o wywiązaniu połączone z wręczeniem nabywcy laski, oznaczającym zrzeczenie się swej własności. Wwiązanie nabywcy, czyli objęcie przez niego posiadania, następowało natomiast później i dokonywane już było najczęściej na gruncie. W późniejszym okresie upowszechniła się ponadto tzw. inwestytura symboliczna, w ramach której wwiązanie nabywcy nie musiało się już koniecznie odbywać na gruncie, a polegało ono na wręczeniu nabywcy jakiegokolwiek przedmiotu symbolizującego zbywaną nieruchomość (rękawiczka, miecz, krzyż), który jednak nie musiał już z niej pochodzić[15].

W literaturze historycznoprawnej zwraca się uwagę, że za opisanymi ułatwieniami formy alienacji nieruchomości stał przede wszystkim Kościół, zainteresowany uproszczeniem przenoszenia dóbr na rzecz instytucji kościelnych[16]. Stąd pod jego wpływem upowszechnił się alternatywny sposób przenoszenia własności nieruchomości, przejęty z prawa rzymskiego epoki poklasycznej, tj. *traditio per cartam.* Polegał on na wręczeniu przez zbywcę nieruchomości jej nabywcy dokumentu dotyczącego zbywanego gruntu, naj-

---

dobrze w pamięć i by nawet w dalszej przyszłości mogły dać o niej odpowiednie świadectwo. Por. także: A.M. Garro, *Recordation of Interests in Land*, [w:] *International Encyclopedia of Comparative Law*, t. VI : *Property and Trust*, Tübingen 2002 s. 21.

14 W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2.

15 K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit*., s. 64–65. Warto jednakże podkreślić, że opisana wyżej inwestytura symboliczna, dokonywana w ramach aktu *Gewere,* nie do końca odpowiadała tej instytucji znanej prawu lennemu. Zgodnie z zasadami prawa lennego wasal brał bowiem nieruchomość w posiadanie, następowało zatem wwiązanie, niemniej jego senior nie dokonywał aktu *Auflassung,* a zatem nie rezygnował ze zwierzchniego władztwa nad gruntem. Por. C. Stewing, *Geschichte …, op. cit.,* s. 445.

16 K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit*., s. 64; K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa…, op. cit.*, s. 119.

częściej wraz z pochodzącym z niego przedmiotem (np. grudką ziemi)[17]. Akt ten, dokonywany w obecności świadków, zastępował wyżej opisane czynności *Sale, Gewere* i *Auflassung*[18].

Prawa germańskie wczesnego średniowiecza nie znały zatem ksiąg gruntowych – w istniejących w owym okresie warunkach społeczno-gospodarczych nie było jeszcze potrzeby powoływania ich do życia[19]. Niemniej warto zauważyć, że w literaturze niemieckiej jako „żyjąca księga gruntowa" (*lebendiges Grundbuch*) określany bywa tzw. *Salmann* – instytucja prawna, co do której rzeczywistego znaczenia także współcześnie trwają spory w nauce[20]. Najbardziej rozpowszechniony pogląd uznaje go za powiernika (*Treuhänder*), który w zastępstwie powierzającego (*Treugeber*) dokonywał alienacji nieruchomości. Jego znaczenie w ramach obrotu nieruchomościami wynikało przede wszystkim z faktu, iż prawom germańskim obca była instytucja pełnomocnictwa[21]. Osoba *Salmanna* uzyskała z czasem taki autorytet, że jego świadectwu co do stanu prawnego znajdującej się w jego władaniu nieruchomości przyznano istotne znaczenie dowodowe[22].

*Dojrzałe i późne średniowiecze – pierwsze księgi gruntowe (*Grundbücher*)*

Już od XI wieku upowszechniła się w krajach niemieckich forma sądowego (urzędowego) przenoszenia własności nieruchomości. Jej szerokie zastosowanie świadczyło o zwiększonym znaczeniu czynnika publicznego w ramach

17 E. Hammer, *Die Geschichte des Grundbuches in Bayern*, München 1960, s. 31.

18 K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit.*, s. 65, który wskazuje także, że wpływ Kościoła na ograniczenie formalności przy przenoszeniu własności nieruchomości na rzecz instytucji kościelnych przejawiał się także w dopuszczeniu przez prawo frankijskie z początkiem IX wieku (kapitularz z r. 818/819) przeniesienia własności gruntu „dla zbawienia swej duszy" (*pro salute animae suae*). Forma ta polegała na rezygnacji z wymogu odbywania ceremonii na zbywanym gruncie lub wręczania nabywcy jakichkolwiek jego symboli; w konsekwencji alienacja nieruchomości mogła odbyć się w czasie przebywania zbywcy w podróży lub wyprawy wojennej poza granicami hrabstwa, w którym znajdowała się zbywana nieruchomość. Wymagano jednak, by przy akcie *Sale* obecni byli świadkowie.

19 Warto jednak zauważyć, że już z VIII wieku pochodzą pierwsze znane w krajach niemieckich spisy dóbr, w tym także nieruchomości. W czasach Karolingów częstą praktyką wśród panów ziemskich było prowadzenie tzw. urbariów (od łacińskiego terminu *urbarium* określano je w Niemczech *Urbare*), tj. list i spisów stanu posiadania, obejmujących także wykazy dochodów i wydatków. W południowych Niemczech były one szczególnie rozpowszechnione pomiędzy 1150 a 1900 rokiem. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze. Handbuch zur Grundbuchordnung unter Berücksichtigung katasterrechtlicher Fragen*, Berlin 2000, s. 154.

20 Por. N. Löhnig, *Treuhand*, Tübingen 2006, s. 56–58.

21 *Ibidem*, s. 56.

22 E. Hammer, *Die Geschichte…, op. cit.*, s. 32; C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 445.

kontroli obrotu gruntami, jak również o dążeniu do zagwarantowania jawności i bezpieczeństwa transakcjom dotyczącym nieruchomości, które w świetle germańskich praw szczepowych zapewniał przede wszystkim ceremonialny charakter czynności i udział świadków[23]. Początkowo sądowe przeniesienie własności nieruchomości miało formę fikcyjnego procesu, przypominając w tym zakresie rzymską instytucję *in iure cessio*. Proces wszczynany był na skutek wniesienia pozwu przez nabywcę nieruchomości, a kończył się wyrokiem „skazującym" zbywcę na dokonanie wywiązania (*Auflassung*), które następowało w formie oddzielnego oświadczenia, również składanego przed sądem[24]. W konsekwencji, dla alienacji nieruchomości zbędne stało się faktyczne objęcie jej w posiadanie przez nabywcę, któremu dodatkowo sądowa forma przenoszenia własności zapewniała wiele istotnych korzyści. Uzyskiwał on mianowicie dokument sądowy w postaci wyroku, który miał pełną moc dowodową i nie mógł być kwestionowany pod kątem swej autentyczności[25]. Ponadto opisane postępowanie sądowe, zapewniające publiczną kontrolę nad obrotem gruntami, było jednocześnie postępowaniem zaocznym przeciw wszystkim osobom, które mogły sobie rościć jakiekolwiek prawa do zbywanej nieruchomości. Roszczenia takich osób mogły być mianowicie podniesione – na wyraźne, trzykrotne wezwanie sędziego – wyłącznie na jednym i tym samym terminie sądowym, o ile osoby te były na nim obecne, lub też w przeciągu roku i dnia (*binnen Jahr und Tag*) – w przypadku ich nieobecności. Jeśli to się nie stało, skazywano je na „wieczne milczenie", co oznaczało ostateczną utratę możliwości dochodzenia swych praw i powodowało definitywne przejście własności nieruchomości na nabywcę[26].

---

[23] Por. H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte,* t. 1, Karlsruhe 1962, s. 428.

[24] Por. W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2; K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit*., s. 151. W literaturze niemieckiej podkreśla się, że opisany sposób sądowego dokonywania aktu *Auflassung* wykazuje istotne podobieństwa ze współczesną praktyką dokonywania tej czynności; oznacza również początek ewolucji w rozumieniu samego terminu *Auflassung*. W germańskich prawach szczepowych pojęciem tym określano faktyczne, jednostronne porzucenie posiadania przez zbywcę nieruchomości, manifestowane określonymi solennymi czynnościami (*resignatio, dimissio*). Następnie odnoszono je do oświadczenia zbywcy, że rezygnuje z posiadania nieruchomości (*se exitum dicere*); potem zaś do jego oświadczenia, że przenosi posiadanie lub też posiadanie i własność gruntu (*dimittere ac tradere terra ac possessionem*). W późniejszym czasie pod pojęciem *Auflassung* rozumiano stosowne oświadczenie zbywcy i jego przyjęcie przez nabywcę (*resignatio ac susceptio*), które w ramach BGB (§ 925) zaczęto ujmować jako porozumienie się stron co do przeniesienia własności nieruchomości (*Einigung*). Wreszcie współcześnie pod tym terminem rozumie się samo przeniesienie własności nieruchomości, zależne od porozumienia się stron (*Einigung*), jak i od wpisu do ksiąg wieczystych (*Eintragung*). Por. W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 5.

[25] K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit.,* s. 151.

[26] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 445; K. Koranyi, *Powszechna historia…, op. cit*., s. 151.

Z czasem model wytaczania fikcyjnego procesu został zarzucony na rzecz postępowania nieprocesowego, w ramach którego przed właściwym sądem (ziemskim, miejskim lub senioralnym) dokonywano wyłącznie samego wywiązania (*Auflassung*), z jednoczesnym nałożeniem przez sędziego wiecznego milczenia na wszystkich, którzy pomimo wezwania nie zgłosili swoich pretensji do zbywanej nieruchomości. Z czynności tej każdorazowo sporządzano osobne dokumenty (*notitia, carta*), którym przyznawano szczególną moc dowodową[27]. Jeszcze w XI wieku doszło do istotnego zwiększenia znaczenia praktyki dokumentowania czynności dotyczących nieruchomości, poprzez wprowadzenie, w niektórych krajach niemieckich (przede wszystkim w Bawarii), tzw. *Traditionsbüchern*[28]. Były to księgi, do których bezpośrednio wpisywano akty prawne dotyczące nieruchomości. W konsekwencji miały one formę na bieżąco prowadzonych protokołów, które zaczęły wypierać z obrotu dotychczasowe odrębne dokumenty. Niemniej opisane *Traditionsbüchern,* prowadzone przede wszystkim przez instytucje kościelne (kościoły, klasztory), nie mogły być jeszcze uważane za właściwe „księgi gruntowe", bowiem wpis do nich nie miał charakteru konstytutywnego. Księgi te, będące w rzeczywistości jedynie prywatnymi zbiorami dokumentów, miały wyłącznie znaczenie dowodowe. Okoliczność ta, począwszy od przełomu XIII i XIV wieku, doprowadziła do ich stopniowego zaniku[29].

Zgodnie z dominującym obecnie w nauce niemieckiej poglądem chronologicznie pierwsze księgi gruntowe zaczęto prowadzić w Kolonii około 1135 roku, w ramach wspólnoty kupieckiej Świętego Marcina[30]. Kupcy wywodzący się z tej gminy, podobnie jak to miało miejsce na obszarze innych przedmieść Kolonii, zrzeszali się w związkach parafialnych (tzw. *Parochialverbände*), które wybierały z reguły swoich „burmistrzów" (*Burmeister*, później: *Bürgermeister*), stojących na ich czele. Wspomniani burmistrzowie wraz ze swoimi poprzednikami na tym stanowisku tworzyli „korporację urzędniczą" (*Amtsleutekorporation*). Podstawowym zadaniem członków korporacji była partycypacja, w charakterze świadków, w sądowych czynnościach dotyczących alienacji nieruchomości. Ich świadectwa zapisywano na kartach pergaminu i przechowywano w drewnianych skrzyniach (*Schrein*), skąd też wzięła początek nazwa opisanych kart – *Schreinskarten*. Początkowo zresztą

---

[27] W literaturze wskazuje się, iż tego typu opieczętowane dokumenty (*gesiegelte Urkunde*) stanowiły w Niemczech najważniejszy dowód własności na przestrzeni XII i XIII wieku. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 154.

[28] E. Hammer*, Die Geschichte…, op. cit.*, s. 37.

[29] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2.

[30] Por. C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 445; W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2; H. Conrad, *Liegenschaftsübereignung und Grundbucheintragung in Köln während des Mittelalters,* Weimar 1935, s. 7.

na kartach utrwalano nie tylko czynności dotyczące nieruchomości, ale dokonywano także wpisów innego rodzaju, co pozwala uznać je za szczególny rodzaj kroniki miejskiej[31]. Karty te prowadzone były najpierw przez samych członków „korporacji urzędniczej"; dopiero w XIV wieku ich zadania w tym zakresie przejęli wyspecjalizowani pisarze, tzw. *Schreinsmeistern*. W pierwszej połowie XIII wieku odrębne dotychczas karty zaczęto łączyć, nadając im formę ksiąg. Pierwsza taka „księga gruntowa" (*Grundbuch*), która dotrwała do czasów współczesnych, pochodzi z około 1230 roku i prowadzona była w gminie Airsbach dla dzielnicy *porta sancti Pantaleonis*[32].

Zawartość skrzyń dostępna była wyłącznie dla członków „korporacji urzędniczej", a zasady postępowania z nimi poddano daleko idącej formalizacji. Aż do XV wieku skrzynie przechowywano w kościołach, później przeniesiono je do ratusza miejskiego[33]. Opłaty za prowadzenie ksiąg wnoszono co do zasady w naturze, co miało swoje uzasadnienie w tradycji wręczania prezentów świadkom obecnym przy ceremonii *Gewere.* Z biegiem czasu upowszechniła się jednak praktyka opłacania ich w pieniądzu[34].

We wczesnym okresie rozwoju instytucji *Schreinskarten* na kartach odnotowywano wyłącznie fakt dokonania *Sale*, która odbywała się przed członkami „korporacji urzędniczej", ceremonia *Gewere* miała natomiast miejsce tradycyjnie na gruncie będącym przedmiotem zbycia. Jednakże po pewnym czasie przyjęto praktykę dokonywania obu tych czynności jednocześnie przed członkami wspomnianej korporacji; w konsekwencji dotychczasowe wyraźne oddzielenie *Sale* i *Gewere* zaczęło zanikać. Wraz z upływem czasu zmianom ulegało także znaczenie wpisów dokonywanych na *Schreinskarten.* Początkowo wpisy takie odgrywały wyłącznie rolę dowodową; w późniejszym natomiast okresie karty uzyskały znaczenie wiążących informacji co do stanu prawnego nieruchomości, których zgodność z rzeczywistym stanem prawnym formalnie domniemywano[35].

Schreinsbücher, w opisanej wyżej postaci, prowadzono w Kolonii aż do 1798 roku. Już jednak pod koniec XII wieku księgi gruntowe w podobnej postaci upowszechniły się w innych miastach niemieckich – np. w Metz i w Andernach[36]. W Magdeburgu około roku 1215 oraz w Lubece około 1227 roku

---

31 C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 446.

32 H. Conrad, *Liegenschaftsübereignung…, op. cit.,* s. 2. Por. także: H. Planitz, Th. Buyken, *Die Kölner Schreinsbücher des 13. und 14. Jahrhunderts*, Weimar 1937, s. 6.

33 M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze…, op. cit.*, s. 155.

34 C. Stewing, *Geschichte…, op. cit*., s. 446.

35 K. Beyerle, *Die Anfänge des Kölner Schreinswesens*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung" 1937, t. 51, s. 335.

36 Najstarsze zachowane egzemplarze pochodzą odpowiednio z 1256 i 1173 roku. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze…, op. cit.*, s. 155.

pojawiły się pierwsze księgi gruntowe, najprawdopodobniej wzorowane także na tych z Kolonii, z uwagi na ścisłe kontakty handlowe łączące wymienione miasta. Wskazuje na to również rola ksiąg lubeckich i magdeburskich, które – podobnie jak kolońskie *Schreinsbüchern* – miały za zadanie dostarczać szybkiej i bezpośredniej informacji o stanie prawnym nieruchomości. W obu wymienionych miastach określano je mianem „ksiąg miejskich" (*Stadtbücher*), z uwagi na fakt, że formalnie przybierały postać protokołu prowadzonego przez rady miejskie[37]. Z Lubeki i Magdeburga księgi te rozprzestrzeniły się z kolei na cały obszar północnych Niemiec[38]. W okresie późnego średniowiecza (XV wiek) prawa miejskie, m.in. Kolonii, Lubeki, Hamburga, Magdeburga oraz Meklemburga, wprowadziły ostatecznie zasadę, że wpis do ksiąg miejskich miał nie tylko charakter dowodowy, ale traktowany był jako akt prawotwórczy, co rodziło tę konsekwencję, iż dopiero jego zaistnienie prowadziło do zmiany stanu prawnego nieruchomości[39]. Fakt ten traktowany jest w literaturze niemieckiej jako decydujący krok w kierunku współczesnego systemu ksiąg gruntowych (*Grundbuchsystem*)[40].

W Niemczech południowych miejskie księgi gruntowe pojawiły się później i występowały znacznie rzadziej niż na terytorium północnoniemieckim. Dopiero w 1347 roku monachijskie prawo miejskie wprowadziło zasadę, że przeniesienie własności i obciążenie nieruchomości powinno następować w drodze *Auflassung* dokonywanego przed sądem, które to zdarzenie obowiązkowo odnotowywano w protokole sądowym[41]. Na podobnych założeniach opierały się również prawa miejskie w Coburg (od 1388 roku) i Schweinfurt, które z kolei zostały przejęte przez liczne miasta we Frankonii i Turyngii. Wpisom do takich protokołów sądowych przyznawano jednak wyłącznie znaczenie dowodowe w zakresie czynności prowadzących do przeniesienia własności nieruchomości lub jej obciążenia. Na innych założeniach opierał się natomiast *Landrecht* cesarza Ludwika, wydany w 1346 roku dla Bawarii. Umożliwiał on dokonywanie rozporządzeń nieruchomościami zarówno w drodze tradycyjnych czynności *Sala* i *Gewere*, jak i na podstawie samej tylko *traditio per cartam.* Niemniej czynność prowadząca do rozporzą-

[37] L.M.B. Aubert, *Beiträge zur Geschichte der deutschen Grundbücher*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abtheilung" 1893, t. 14, s. 1 i n.

[38] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 446. Tytułem przykładu, do instytucji nawiązujących pośrednio do kolońskich *Schreinsbücher* zaliczyć można *Erbe- und Rentenbücher*, prowadzone w Hamburgu od 1248 roku. Por. W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2.

[39] M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze…, op. cit.*, s. 156.

[40] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 3.

[41] Do dnia dzisiejszego zachowały się tomy monachijskich ksiąg sądowych pochodzących z lat 1368–1789. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze…op. cit.*, s. 156.

dzenia nieruchomością stawała się ważna dopiero z chwilą jej odnotowania w księgach sądowych. Dopiero zatem z chwilą wpisu do takich ksiąg nabywca nieruchomości stawał się jej właścicielem[42].

W okresie późnego średniowiecza pojawiły się także w Niemczech pierwsze księgi gruntowe prowadzone w oparciu o system realny, pozostający do dnia dzisiejszego podstawową cechą niemieckiego *Grundbuchsystem*. Ten sposób prowadzenia ksiąg był jednak efektem długiej ewolucji, bowiem pierwsze niemieckie księgi – np. kolońskie *Schreinsbücher* – oparte były na systemie chronologicznym. W jego ramach w księgach sądowych odnotowywano po kolei fakt zajścia konkretnych wydarzeń, pociągających za sobą określone skutki prawne. Przez stosunkowo długi czas ten sposób prowadzenia ksiąg uważano za najwygodniejszy; przede wszystkim z uwagi na fakt, że w księgach odnotowywano nie tylko zmiany stanu prawnego w zakresie nieruchomości, ale również zdarzenia zupełnie innego rodzaju. Ponadto obrót nieruchomościami w dobie średniowiecza był jeszcze zjawiskiem stosunkowo rzadkim, w związku z czym metoda chronologiczna prowadzenia ksiąg w zupełności zaspokajała potrzeby jego uczestników.

Z tych też powodów pierwsze księgi oparte na systemie realnym, pojawiły się w krajach niemieckich dopiero w XIV wieku[43]. W literaturze niemieckiej podkreśla się, że najwcześniejsze księgi urzeczywistniające założenia tego systemu prowadzone były począwszy od 1357 roku w Gdańsku (*Erbbücher*)[44]. W księgach tych nieruchomości porządkowano według ulic, przy których były położone, z dodatkowym oznaczeniem wskazującym, czy znajdowały się one po ich lewej, czy prawej stronie. W konsekwencji, pomimo że nie znano wówczas jeszcze dzisiejszych sposobów oznaczania położenia nieruchomości za pomocą jednostek powierzchniowych, to jednak gdańskie księgi realizowały podstawowe założenia systemu realnego – dla każdej nieruchomości prowadzono odrębną kartę, na której odnotowywano wszelkie dane dotyczące jej stanu prawnego. Zaletą tego systemu była stosunkowa łatwość, z jaką umożliwiał on uzyskanie informacji dotyczących stanu prawnego poszczególnych gruntów oraz odnalezienie istotnych dla jego ustalenia dokumentów.

W 1400 roku rozpoczęto prowadzenie ksiąg według zasad systemu realnego w Hanowerze. Z biegiem czasu w hanowerskich księgach gruntowych (*Grundbücher*) zaczęto również odnotowywać fakt ustanowienia na nierucho-

---

42 C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 446.

43 Warto zwrócić uwagę, że w średniowiecznych Niemczech całkowicie marginalne znaczenie miał konkurencyjny system prowadzenia ksiąg, tzn. system personalny, polegający na prowadzeniu „rejestru podmiotowego", a więc wykazu nieruchomości stanowiących własność konkretnej osoby. Por. C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 446.

44 L.M.B. Aubert, *Beiträge zur Geschichte…, op. cit.*, s. 1 i n.

mościach długów gruntowych oraz innych obciążeń. W konsekwencji w czasach nowożytnych księgi te uzyskały charakterystyczną trzyczęściową strukturę, przypominającą rozwiązania w zakresie współczesnych niemieckich ksiąg gruntowych[45]. W 1484 roku system realny prowadzenia ksiąg gruntowych (*Grundbücher*) zastosowano z kolei w Monachium. W jego ramach każdemu domowi poświęcona była oddzielna karta. Niemniej w księgach monachijskich – funkcjonujących obok zaprowadzonych wcześniej ksiąg sądowych – nie odnotowywano zmian właścicielskich w odniesieniu do ujętych w nich gruntów, a tylko ujawniano fakt ustanowienia tzw. *Ewiggeld,* czyli rodzaju długu rentowego, za pomocą którego obchodzono kanoniczny zakaz pobierania odsetek od udzielonych pożyczek[46]. Z biegiem czasu (z pewnością od 1572 roku) wpisy do tych ksiąg, określanych czasem jako tzw. *Rentenbücher*, uzyskały charakter konstytutywny, stanowiąc konieczną przesłankę powstania prawa.

Konsekwentny rozwój systemu ksiąg wieczystych w Niemczech został spowolniony na przełomie średniowiecza i czasów nowożytnych. Przyczyną stała się szeroka recepcja w krajach niemieckich prawa rzymskiego w XV i XVI wieku[47]. W tych obszarach, gdzie prawa miejskie nie zawierały całkowicie jednoznacznych regulacji, prawo rzymskie uzyskało przymiot obowiązywania, jako tzw. *ius commune* lub *ratio scripta.* Jego cechą charakterystyczną było zaś traktowanie nieruchomości tak jak wszelkich innych przedmiotów w obrocie oraz skłonność do rezygnacji z wymogów formalnych. W konsekwencji, zgodnie z nowym, recypowanym prawem, przeniesienie własności stało się możliwe na podstawie samego tylko porozumienia stron i wydania nieruchomości w posiadanie nabywcy[48]. Powszechnie natomiast rezygnowano ze staroniemieckiego wymogu dokonywania wywiązania *(Auflassung*) zbywcy, które uprzednio podlegało wpisowi do ksiąg gruntowych. Jedynie w tych miejscach, w których prawa miejskie zdążyły się już ostatecznie uformować i gdzie cieszyły się one wystarczającym prestiżem (np. Hamburg, Lubeka,

---

45 C. Stewing, *Geschichte…, op. cit*., s. 446.

46 M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch, Grundstück, Grenze…, op. cit.*, s. 158. Inaczej: W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 3, który podaje, że w monachijskich księgach gruntowych ujawniano także zmiany w zakresie osoby właściciela danej nieruchomości. Zapewne jednak obowiązek ujawniania faktu przeniesienia prawa własności nieruchomości w tych księgach pojawił się dopiero w czasach nowożytnych (być może w XVII wieku).

47 Por. E. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris 1891, s. 285, który podaje, że głównym powodem szerokiej recepcji prawa rzymskiego w szesnastowiecznych Niemczech były studia, które niemieccy adepci prawa masowo odbywali wówczas we Włoszech, przynosząc stamtąd na grunt ojczysty romanistyczne koncepcje prawne.

48 Czynności te w ówczesnych źródłach określano w sposób mylący jako *traditio* i *investitura*. Por. H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte…, op. cit.*, s. 971.

Monachium, Ulm), utrzymała się praktyka sądowego dokumentowania aktu wywiązania oraz jego wpisu do właściwych ksiąg. Niemniej również tutaj pojawiło się wiele form mieszanych[49]. Z powyższych względów w literaturze niemieckiej recepcja prawa rzymskiego oceniana jest raczej pejoratywnie, jako czynnik, który na długie lata zahamował proces wykształcania się instytucji ksiąg gruntowych w Niemczech[50].

Podstawowe systemy publicyzacji praw do nieruchomości w Niemczech w okresie nowożytnym

Wiek XVII przyniósł krajom niemieckim katastrofę wojny trzydziestoletniej oraz – w czasach powojennych – okres żmudnej odbudowy spustoszonej gospodarki i finansów. W epoce, w której dominującą doktryną gospodarczą był merkantylizm, słabości recypowanego prawa rzymskiego stały się aż nadto dobrze widoczne. Przede wszystkim odczuwalny był brak przejrzystości i jawności stosunków prawnych dotyczących nieruchomości. Recypowane prawo rzymskie, rezygnując z wielu wymogów formalnych charakterystycznych dla prawa staroniemieckiego, zakwestionowało tym samym jedną z podstawowych jego cech – tzn. bezpieczeństwo obrotu. Obrót niesformalizowany, w ramach którego rozporządzeń nieruchomością dokonywano z pominięciem jakiejkolwiek formy publicznej interwencji, pociągał za sobą istotne niebezpieczeństwo dla kredytu, którego potrzeba była w owym okresie szczególnie silnie odczuwalna. Zabezpieczenie kredytu, w postaci hipoteki, pozostawało jednak dopóty nieskuteczne, dopóki brakowało narzędzia umożliwiającego uzyskanie informacji co do stanu prawnego nieruchomości – a w szczególności ewentualnych jej obciążeń. Stąd potrzeby gospodarcze zmusiły do weryfikacji podstawowych założeń prawa rzymskiego i powrotu do koncepcji ksiąg gruntowych (*Grundbücher*) lub przynajmniej ksiąg hipotecznych (*Hypothekenbücher*)[51]. W tym zakresie szczególnie pomocne okazały się pozytywne doświadczenia z miejskimi księgami wieczystymi z okresu średniowiecza, które w niektórych regionach Niemiec przetrwały do czasów nowożytnych. Niemniej tylko w zupełnie nielicznych wypadkach te partykularne prawa oparły się wpływowi prawa rzymskiego – zdecydowanie częściej dochodziło do powstania różnych systemów mieszanych, w ramach których elementy romanistyczne były lepiej lub gorzej dostrzegalne[52]. W konsekwen-

[49] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 2.

[50] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit*., s. 446; W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 4.

[51] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 4.

[52] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit*., s. 446.

cji również powrót do koncepcji ksiąg, w których wpisowi podlegałoby prawo własności lub też tylko określone obciążenia nieruchomości, nie doprowadził początkowo do powstania jednolitego, ogólnoniemieckiego modelu tej instytucji. Obowiązujące w krajach niemieckich na przestrzeni XVIII i XIX wieku rozwiązania prawne przyporządkować można do następujących systemów[53]:

1. Systemy całkowicie rezygnujące z prowadzenia jakichkolwiek ksiąg, w których ujawnieniu podlegałby stan prawny nieruchomości. Ich zasięg występowania był stosunkowo ograniczony, niemniej przykładem takiego systemu jest model obrotu nieruchomościami wykształcony w Bremie. Pozostawał on pod silnym wpływem tradycji średniowiecznego wywiązania (*Auflassung*), traktowanego jako akt o wysoce ceremonialnym charakterze. Manifestacja praw do nieruchomości, a w szczególności faktu przeniesienia jej własności, następowała w drodze tzw. „wywołania" (*Aufgebot*), czyli publicznego wezwania sądowego do zgłoszenia praw do gruntu pod rygorem ich utraty w przypadku niezgłoszenia ich w określonym terminie. W założeniu, opisane wezwanie miało realizować zasadę jawności obrotu w takim stopniu, że prowadzenie ksiąg gruntowych stałoby się zbyteczne. System ten okazał się jednak niewystarczający.

2. Systemy transkrypcji i inskrypcji (*Transkriptions/Inskriptionssystem*). Wykształciły się one w tych krajach niemieckich, które pozostawały pod silnymi wpływami francuskiego Kodeksu Napoleona (Badenia, niektóre prowincje heskie, Alzacja-Lotaryngia, bawarski Palatynat, Kolonia i pruskie księstwo Birkenfeld), wykazując tym samym zarówno związki z tradycją germańską, jak i oddziaływanie elementów romanistycznych. Typowo niemiecką cechą wymienionych systemów było zróżnicowane traktowanie nieruchomości i rzeczy ruchomych oraz prowadzenie ksiąg dla nieruchomości (księgi transkrypcji lub inskrypcji). Niemniej zgodnie z koncepcjami romanistycznymi własność nieruchomości przenoszona była na podstawie samej (nieformalnej) umowy. Podobnie ustanowienie hipotek i innych obciążeń na nieruchomości dla swej ważności nie wymagało wpisu do właściwej księgi; wpis miał za zadanie przede wszystkim określić pierwszeństwo praw. Na skutek transkrypcji dokumentów stanowiących podstawę nabycia prawa własności nieruchomości lub inskrypcji hipoteki i innych ciężarów, prawa rzeczowe nabywały skuteczność wobec osób trzecich. Wpis miał zatem wyłącznie charakter deklaratoryjny.

3. Systemy ksiąg hipotecznych i zastawniczych (*Hypotheken/Pfandbuchsystem*). Cechą charakterystyczną tych systemów było założenie, że wpis do księgi jest niezbędny wyłącznie do obciążenia nieruchomości hipoteką.

[53] Klasyfikacja niemieckich systemów publicyzacji praw do nieruchomości została tutaj przedstawiona za: W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 4–5.

W konsekwencji, co do zasady, założenie księgi dla nieruchomości stawało się konieczne tylko w sytuacji, gdy planowane było ustanowienie na niej hipoteki. Prowadzenie ksiąg hipotecznych miało zatem w pierwszej kolejności za zadanie zabezpieczenie kredytu i praw przysługujących wierzycielom hipotecznym. Niemniej realizacja wymienionego celu nie była możliwa bez objęcia księgami obciążanych nieruchomości oraz ich właścicieli. Dla nabycia prawa własności nieruchomości wpis do księgi hipotecznej nie był jednak wymagany; zgodnie z założeniami romanistycznymi własność nieruchomości przenoszona był wskutek przeniesienia jej posiadania (*traditio*). Wpis nowego właściciela do księgi miał jednak istotne znaczenie; tylko osoba ujawniona w księdze jako właściciel mogła skutecznie obciążyć nieruchomość hipoteką.

Pierwsze księgi tego rodzaju pojawiły się w Niemczech już u schyłku średniowiecza. Jako najstarszą w literaturze niemieckiej wymienia się tzw. księgę zastawniczą z Ulm (*Ulmer Pfandbuch*), której początki sięgają XIV wieku. Jak się przypuszcza, była to chronologicznie pierwsza w krajach niemieckich księga hipoteczna prowadzona zgodnie z zasadą jawności i w oparciu o system realny[54].

System ksiąg hipotecznych rozwinął się jednak przede wszystkim w czasach nowożytnych, przy czym podstawowe znaczenie w tym zakresie miały rozwiązania przyjęte w Królestwie Prus. Prowadzenie pierwszych poświadczonych historycznie ksiąg tego rodzaju rozpoczęto Prusach w roku 1722. Ostatecznie podstawowe zasady pruskiej księgi hipotecznej ujęte zostały w akcie prawnym z dnia 20 grudnia 1783 roku – *Allgemeine Hypothekenordnung für die gesamten königlichen Staaten.* Zgodnie z jego postanowieniami wpis hipoteki do takiej księgi miał charakter prawotwórczy. Samo prawo własności nieruchomości przenoszone jednak było za pomocą *traditio* i bez konieczności dokonania wpisu do księgi wieczystej, co potwierdzone zostało dodatkowo mocą postanowień Landrechtu Pruskiego (*Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten*) z 1794 roku. Z drugiej jednak strony ten ostatni akt prawny wyposażał wpisane do ksiąg hipoteki w rękojmię wiary publicznej[55].

Pruska księga hipoteczna podzielona była na trzy działy. Pierwszy obejmował informację o osobie właściciela i wartości nieruchomości, drugi – o ograniczonych prawach rzeczowych obciążających daną nieruchomość, a trzeci – o hipotekach. Charakterystyczną cechą systemu pruskiego był fakt, że realizował on zasadę powszechności tych ksiąg, a zatem księgi hipoteczne zakładano dla wszystkich nieruchomości w państwie, niezależnie czy były obciążone

[54] E. Hammer, *Die Geschichte…, op. cit.*, s. 73.

[55] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 5.

hipoteką, czy też nie. W konsekwencji księgi te musiały także obejmować informacje dotyczące prawa własności i innych praw rzeczowych, chociaż wpisy w zakresie tych praw nie korzystały z jakiejkolwiek prawnej gwarancji[56]. Tym samym założenia pruskiej księgi hipotecznej zbliżały ją już do współczesnej księgi gruntowej.

Innym krajem niemieckim, w którym rozwinęły się księgi hipoteczne, była Bawaria. Już w 1738 roku w księstwie Kempten rozpoczęto prowadzenie tzw. *Landtafeln*, które oparto na zasadach charakterystycznych dla ksiąg hipotecznych. Były one jednak o tyle nietypowe, że obejmowały przede wszystkim ziemską własność rolniczą. Fakt ten wynikał z wysokiego zapotrzebowania na kredyt panującego wśród tamtejszych chłopów i znacznie bardziej zintensyfikowanego niż w innych rejonach Niemiec obrotu nieruchomościami. Stąd hipoteki ujawniane w księgach księstwa Kempten miały charakter generalny, tzn. nie obejmowano nimi poszczególnych nieruchomości, lecz cały majątek dłużnika hipotecznego, w tym także jego ruchomości[57].

Landtafeln księstwa Kempten zostały w 1827 r. zastąpione przez ogólnobawarskie księgi hipoteczne, wprowadzone w Bawarii mocą ustawy hipotecznej (*Hypothekengesetz*) z dnia 1 czerwca 1822 roku. Nowa ustawa wykazywała silne wpływy pruskiej *Hypothekenordnung* z 1783 roku, zawierała jednak wiele rozwiązań oryginalnych, odróżniających ją od pierwowzoru. Bawarskie księgi hipoteczne zostały ukształtowane w taki sposób, że można je było w późniejszym okresie przekształcić w księgi gruntowe[58].

Księgi te prowadzono w oparciu o system realny, zgodnie z zasadą szczegółowości i jawności. Podzielone były na trzy działy, z których pierwszy obejmował informacje dotyczące nieruchomości, drugi – jej posiadacza (*Besitzer*), a trzeci – hipotek. Zgodnie z podstawowymi założeniami ksiąg hipotecznych, działanie zasady wpisu ograniczone zostało wyłącznie do hipotek – w odniesieniu do nich wpis do księgi miał zatem charakter konstytutywny. Okoliczność ta stanowiła o słabości nowego systemu. Zmiany w zakresie własności lub posiadania nieruchomości nie podlegały bowiem co do zasady ujawnieniu w księgach hipotecznych. Stąd wynikały wątpliwości co do rzeczywistego stanu prawnego nieruchomości, w szczególności co do osoby właściciela, a tym samym co do prawnej możliwości ustanowienia przez daną osobę hipoteki. Problemom tym przeciwdziałać miała bawarska ustawa notarialna

---

[56] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 447.

[57] H. Troll, *Die Landtafel des Fürststifts Kempten*, „Allgäuer Geschichtsfreund" 1973, t. 73, s. 81–89; E. Hammer, *Die Geschichte…, op. cit.*, s. 85.

[58] W. Henle, *Die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins. Bayerisches Gesetz vom 18. Juni 1898 und die hierzu erlassenen Vollzugsvorschriften, eingeleitet und erläutert*, München 1902, s. 7.

(*Notariatgesetz*) z 10 listopada 1861 roku. Na jej podstawie wszelkie czynności prowadzące do przeniesienia własności nieruchomości lub obciążenia jej ograniczonymi prawami rzeczowymi wymagały formy dokumentu notarialnego (*notarielle Beurkundung*) i podlegały wpisowi do ksiąg hipotecznych. W literaturze niemieckiej zauważa się, że w ten sposób doszło do powrotu do średniowiecznej instytucji ksiąg gruntowych, których rozwój zaburzyła recepcja prawa rzymskiego[59].

Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że stosownie do ustawy z 1861 roku wpis prawa własności do księgi hipotecznej nadal nie miał charakteru konstytutywnego; własność przechodziła na skutek sporządzenia stosownego dokumentu notarialnego i przeniesienia posiadania na nabywcę.

Kolejnym problemem, z jakim borykano się w ramach bawarskiego systemu ksiąg hipotecznych, było postępujące rozdrobnienie nieruchomości objętych tymi księgami, utrudniające ich dotychczasowe oznaczanie za pomocą odwołania się do nazw własnych miejscowości lub też lokalnych zwyczajów[60]. Z tego też powodu na początku XIX wieku rozpoczęto prace nad katastrem nieruchomości, w którym rejestrowano grunty po przeprowadzeniu dokładnych pomiarów oraz określeniu ich wartości[61]. Prace te zwieńczone zosta-

[59] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 447. Warto w tym miejscu nadmienić, że już wcześniej formalnie obowiązywały w Bawarii przepisy wprowadzające szczególne wymogi co do formy czynności dotyczących przeniesienia własności nieruchomości lub też ustanowienia na nich ograniczonych praw rzeczowych. Landrecht bawarski z 1616 roku wprowadzał np. ustawowy przymus dokonywania sprzedaży nieruchomości przed sądem, który z tej czynności sporządzał stosowny protokół (*Briefprotokolle*). Jak się jednak wydaje, forma protokołu sądowego nie cieszyła się popularnością w społeczeństwie, a sam nakaz ustawowy nie był przestrzegany, skoro przy okazji nowelizacji Landrechtu w 1756 roku potwierdzono, iż ważność czynności nie była uzależniona od objęcia jej protokołem. Niemniej jednak ustawy taksacyjne z lat 1735, 1810 i 1852 konsekwentnie zobowiązywały uczestników obrotu nieruchomościami, by zawierane przez siebie umowy, mające za przedmiot prawo własności nieruchomości, obejmowali protokołem sądowym. Z uwagi na wysokie opłaty i koszty sądowe, przepisy te także nie były respektowane. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 156.

[60] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.*, s. 447.

[61] Prace nad katastrem w Bawarii są ściśle powiązane z wprowadzeniem w latach 1802–1803 nowej administracji podatkowej – tzw. *Rentämter.* W roku 1808 rozpoczęto przeprowadzanie pomiarów nieruchomości z uwzględnieniem ich podziału na parcele, niemniej okres wojen napoleońskich spowolnił ten proces, który zakończono dopiero w 1828 roku uchwaleniem nowej ustawy o podatku gruntowym (*Grundsteuergesetz*). Wprowadzeniu katastru jako nowego rejestru nieruchomości towarzyszył prawny obowiązek ujawniania w nim zmian własnościowych w odniesieniu do ujętych w nim gruntów. W konsekwencji aktualny właściciel nieruchomości zobowiązany został do okazania urzędowi podatkowemu zamierzonej umowy prowadzącej do przeniesienia własności nieruchomości. Urząd kontrolował przedstawiony mu projekt umowy, z czynności tej spisując odrębny protokół (*Anmeldungsprotokoll*), po czym nieodpłatnie wystawiał właścicielowi nieruchomości tzw. *Anmeldungs-Certificat*. Dopiero po przedłożeniu takiego certyfikatu mógł być sporządzony sądowy protokół obejmujący czynność prawną prowadzącą do przeniesienia własności nieruchomości. Po jego sporządzeniu odsyłano go wraz z certyfikatem właściwemu urzędowi podatkowemu, celem dokonania

ły w 1857 roku, kiedy to kataster podatku gruntowego (*Grundsteuerkataster*) objął swoim zasięgiem terytorium całego państwa[62]. Odtąd nieruchomości w księgach hipotecznych oznaczane były na podstawie danych pochodzących z katastru. Ponadto uzupełnienie bawarskich ksiąg hipotecznych stanowiły dwa istotne rejestry, tj. rejestr personalny – obejmujący nazwiska posiadaczy nieruchomości w porządku alfabetycznym, oraz tzw. rejestr rzeczowy (*Sachregister*). Ten ostatni rejestr obejmował spis nieruchomości „według ich oznaczenia" i zawierał tak istotne informacje jak ich obszar, położenie i rodzaj upraw.

W Wirtembergii od 1825 roku prowadzone były księgi zastawnicze (*Pfandbücher*), co do zasady odpowiadające bawarskim księgom hipotecznym. Ponadto w kraju tym istniały także szczególnego rodzaju księgi – tzw. księgi dóbr (*Güterbücher*). Prowadzono je od stuleci w większości gmin Wirtembergii przede wszystkim w celach podatkowych[63]. Stanowiły one całościowy wykaz wszelkich nieruchomości podlegających opodatkowaniu na rzecz danej gminy, prowadzony jednak w oparciu o system personalny, a więc wskazywały poszczególne nieruchomości należące do tego samego właściciela. Wpisy do tych ksiąg nie miały charakteru prawotwórczego, choć rozporządzenie z 1832 roku wprowadziło zasadę, że księgi dóbr powinny dostarczać informacji o wszelkich stosunkach prawnych dotyczących danej nieruchomości. Z reguły jednak zawierały one tylko wpisy dotyczące oznaczenia nieruchomości, jej właściciela, fideikomisów oraz praw osobistych skierowanych na zbycie lub nabycie nieruchomości. W późniejszym okresie, w celu odciążenia ksiąg dóbr, zaczęto prowadzić obok nich tzw. księgi serwitutów (*Servitutenbücher*); wpisy do tych ksiąg nie miały jednak również charakteru prawotwórczego.

---

odpowiednich wpisów w katastrze. Zgodnie z art. 23 ustawy o podatku gruntowym, wszystkie urzędy obowiązywał ponadto bezwzględny zakaz dokonywania jakichkolwiek wpisów w księgach podatkowych lub hipotecznych przed uregulowaniem przez zainteresowanych podatków oraz opłat związanych z taksacją nieruchomości. Właściciele nieruchomości zostali także zobowiązani do przedkładania właściwym urzędom podatkowym wypisów z katastru, tak by wymienione urzędy mogły dokonać ich nieodpłatnego uzupełnienia. Więcej na ten temat: M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 157.

62 Uchwalenie ustawy notarialnej w 1861 roku pociągnęło za sobą zmiany w dotychczasowej procedurze uaktualniania danych katastralnych. Uprzednie zawiadamianie urzędu podatkowego o zamierzonej czynności prowadzącej do przeniesienia własności nieruchomości przestało być obowiązkowe. W to miejsce nałożono na notariuszy obowiązek doręczania wspomnianym urzędom wykazu sporządzonych przez nich dokumentów obejmujących takie czynności w terminie jednego miesiąca od ich sporządzenia. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 162.

63 Podstawą dla zaprowadzenia *Güterbücher* był stosowany w Wirtembergii od stuleci zwyczaj wpisywania umów sprzedaży nieruchomości do specjalnych publicznych ksiąg, tzw. *Kaufbücher*. Sposób prowadzenia wymienionych ksiąg regulował Landrecht wirtemberski z 1 czerwca 1610 roku. Więcej na ten temat: W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 7.

4. Systemy ksiąg gruntowych (*Grundbücher*). Zgodnie z opinią wyrażaną w niemieckiej literaturze księga gruntowa stanowi doskonalszą i bardziej konsekwentną wersję księgi hipotecznej. Tym samym uważana jest za ostateczny etap rozwoju tej instytucji[64]. Księga gruntowa dostarcza bowiem wyczerpującej informacji o stanie prawnym nieruchomości, w szczególności o osobie jej właściciela. W księdze gruntowej uwidaczniana jest zatem nieruchomość, jej właściciel, a także jej obciążenia. Obowiązuje zasada wpisu (*Eintragungsprinzip*), co oznacza, że przeniesienie własności nieruchomości lub ustanowienie na niej obciążenia uzależnione jest od wpisu prawa do księgi. Prawa na nieruchomościach powstają zatem na skutek ich ujawnienia w księdze gruntowej (konstytutywne działanie wpisu).

W okresie sprzed zjednoczenia Niemiec pierwszym państwem, które formalnie wprowadziło na swoim obszarze księgi gruntowe w powyższym rozumieniu, była Saksonia. Ustawa z dnia 6 listopada 1843 roku dała podstawę do tworzenia w tym kraju tzw. ksiąg hipotecznych i gruntowych (*Hypotheken- und Grundbücher*), opartych na systemie realnym i ściśle powiązanych z katastrem nieruchomości. Nowy system urzeczywistniał także zasadę, że własność i inne prawa rzeczowe na nieruchomości nie mogły być nabyte bez wpisu do ksiąg. Księgi saskie uważane są obecnie za pierwsze w pełni nowoczesne księgi gruntowe.

W Prusach system ksiąg gruntowych wprowadzony został ostatecznie mocą dwóch aktów prawnych z dnia 5 maja 1872 roku: ustawy o nabywaniu własności nieruchomości (*Eigentumserwerbsgesetz*) oraz ustawy o księgach gruntowych (*Grundbuchordnung*). Na ich podstawie doszło w tym kraju do ostatecznego zerwania z romanistyczną koncepcją *traditio* i powrotu do staroniemieckich zasad prawnych, w szczególności do instytucji *Auflassung*, rozumianej jako porozumienie pomiędzy zbywcą i nabywcą co do przejścia prawa własności nieruchomości. Sama czynność *Auflassung,* obowiązkowo dokonywana przed urzędem ksiąg gruntowych (*Grunbuchamt*), nie przenosiła własności nieruchomości; w tym celu konieczny był wpis nabywcy do księgi gruntowej (*Eintragung*). Zasadę wpisu rozciągnięto zresztą na wszystkie prawa rzeczowe na nieruchomościach.

Pruska *Grundbuchordnung* (GBO) znała dwa rodzaje formularzy prowadzone przez urzędy ksiąg gruntowych w odrębnych tomach. W formularzu I każdej nieruchomości przyporządkowywano odrębną kartę (system realny), która dzieliła się na tytuł i trzy działy. Pierwszy dział zawierał opis nieruchomości, w drugim wpisywano „trwałe ciężary i ograniczenia własności", w trzecim odnotowywano natomiast hipoteki i długi gruntowe. Z kolei w formula-

[64] W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit.,* s. 7.

rzu II każdemu właścicielowi przyporządkowywano „artykuł" – odsyłający do numeru artykułu właściwej księgi podatkowej (*Steuerbuch*). Wnioski o wpis do księgi gruntowej musiały być objęte dokumentem sądowym lub notarialnym. Dla odłączenia części nieruchomości niezbędne było przedłożenie wypisu z księgi podatkowej i zaktualizowanej, urzędowo poświadczonej mapy. Przepisy wykonawcze wydane przez Ministrów Finansów i Sprawiedliwości jeszcze w 1872 roku określały zasady wydawania wypisów z ksiąg podatkowych na potrzeby ksiąg gruntowych oraz regulowały stały proces wymiany informacji pomiędzy urzędami ksiąg gruntowych a urzędami katastralnymi[65].

Przed rokiem 1900 system ksiąg gruntowych opierający się na założeniach modelu pruskiego został wprowadzony m.in. w Oldenburgu (1876), Coburg-Gotha (1877), Brunszwiku (1878), Lippe-Dietmold, Schwarzburg-Sondershausen i Schaumburg-Lippe (1884). Księgi gruntowe, nawiązujące do wzorów saskich, funkcjonowały natomiast w Altenburgu, Sondershausen, Reuss. Ponadto jeszcze przed 1900 rokiem system ksiąg gruntowych, odwołujący się w szerszym lub węższym zakresie do rodzimych tradycji, został przyjęty w Anhalt, Hamburgu, Lubece, Meiningen, Nassau, części Hesji i Meklemburgii. Z drugiej strony jednak podjęta w Bawarii w 1864 roku próba uchwalenia nowego kodeksu cywilnego, przewidującego między innymi przejście od systemu ksiąg hipotecznych do ksiąg gruntowych, zakończyła się fiaskiem.

Współczesny system niemieckich ksiąg gruntowych (Grundbuchsystem)

W 1873 roku ustawodawcy nowo utworzonej II Rzeszy Niemieckiej przyznano kompetencję w zakresie uchwalania regulacji cywilnoprawnych. Fakt ten pociągnął za sobą rozpoczęcie prac nad nowym, jednolitym kodeksem cywilnym. Powołana w tym celu przez Radę Związkową (*Bundesrat*) Komisja przyjęła fundamentalne założenie, że opracowaniu ogólnoniemieckiego kodeksu cywilnego powinno towarzyszyć uchwalenie ustawy o księgach gruntowych (*Grundbuchordnung* – GBO), również obowiązującej na terenie całej Rzeszy. Celem nowej ustawy byłoby wprowadzenie w zjednoczonych Niemczech jednolitego modelu ksiąg gruntowych, przezwyciężającego dotychczasowy partykularyzm w tym zakresie[66]. Tworzyłaby ona ramy proceduralne i instytucjonalne dla ogólnoniemieckiego systemu ksiąg gruntowych, w ramach którego prowadzenie ksiąg powierzone zostałoby specjalnym urzędom ksiąg gruntowych (*Grundbuchämter*), działającym na wspólnych zasadach w całych Niemczech.

---

[65] Więcej na temat zasad funkcjonowania pruskich ksiąg gruntowych: M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 162–163.

[66] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 447.

Formalnie dyskusje nad przyszłym kształtem GBO rozpoczęły się w 1882 roku. Pozostawały one w ścisłym związku z pracami nad ogólnoniemieckim kodeksem cywilnym (BGB), o czym może świadczyć fakt, że zajmowała się nimi ta sama komisja do spraw uchwalenia BGB. W 1883 komisja przedstawiła pierwszy wstępny projekt GBO, opierający się przede wszystkim na systemie ksiąg gruntowych obowiązującym wówczas w Prusach i w innych państwach północnoniemieckich. Ten wstępny projekt został w istotnej części inkorporowany do oficjalnego projektu I Komisji ds. BGB z 1889 roku, stanowiącego z kolei podstawę dla prac II Komisji ds. BGB. Po wielu istotnych zmianach i uzupełnieniach, dokonanych w toku obrad II Komisji, został on przyjęty przez Radę Związkową w dniu 21 stycznia 1897 roku i przedstawiony do akceptacji Parlamentowi Rzeszy (*Reichstag*). Trzecie czytanie projektu odbyło się w Reichstagu w dniu 8 marca 1897 roku – doprowadziło ono do jego uchwalenia. Cesarz podpisał nową ustawę w dniu 24 marca 1897 roku, a opublikowano ją w dniu 3 kwietnia 1897 roku. Jej zasadnicza część weszła w życie w dniu 1 stycznia 1900 roku, wraz z nowym niemieckim kodeksem cywilnym – BGB, uchwalonym w dniu 18 sierpnia 1896 roku[67].

Model regulacji systemu ksiąg gruntowych, przyjęty w Niemczech w okresie kodyfikacji, zakładał zatem ujęcie problematyki materialnoprawnej tych ksiąg w ramach kodeksu cywilnego[68], przy jednoczesnym uregulowaniu kwestii formalnych (przede wszystkim organizacyjnych i proceduralnych) w GBO. W BGB znalazły swe miejsce takie fundamentalne dla niemieckiego modelu ksiąg gruntowych (i szerzej: niemieckiego systemu praw rzeczowych) zasady jak:

– zasada konstytutywności wpisu (*Eintragungsprinzip*) – zgodnie z którą do przeniesienia własności nieruchomości lub też obciążenia jej prawem rzeczowym w drodze czynności prawnej niezbędny jest wpis do księgi gruntowej (§ 873 BGB);
– zasada domniemań (*Vermutungswirkung*) – wprowadzająca ustawowe domniemanie (§ 891 BGB), że prawo wpisane na rzecz określonej osoby do księgi gruntowej – osobie tej przysługuje, natomiast prawo wykreślone – nie istnieje;
– zasada ochrony dobrej wiary (*Gutglaubenswirkung*) – czyniąca wyłom w zasadzie *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*

[67] Szerzej na temat szczegółów opracowania projektu GBO oraz historii jego uchwalania: W. Böhringer, *100 Jahre Grundbuchordnung – Die Grundlagen der Grundbuchführung im Wandel der Zeiten,* „Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg" 1999, z. 8, s. 162.

[68] Przede wszystkim w § 873–902 BGB, przy czym niektóre szczegółowe zagadnienia związane z wpisem konkretnych ograniczonych praw rzeczowych (hipoteki i długi gruntowego) ujęte zostały w ramach regulacji tych praw (por. § 1113–1203).

i umożliwiająca tym samym nabycie prawa na nieruchomości od nieuprawnionego, za którym przemawia jednak treść księgi gruntowej (§ 892 BGB);

– zasada szczegółowości (*Spezialitätsprinzip*) – rozumiana z jednej strony jako wymóg, by ograniczone prawa rzeczowe obciążały wyłącznie konkretne nieruchomości, z drugiej strony zakładająca szczegółowe opisywanie tych praw (w szczególności hipoteki) w księgach gruntowych[69];
– zasada pierwszeństwa (*Prioritätsprinzip*) – określająca rangę praw obciążających nieruchomość wpisanych do księgi gruntowej według kolejności ich wpisu (§ 879 BGB)[70].

Podstawowym źródłem formalnoprawnych regulacji niemieckich ksiąg gruntowych stała się natomiast GBO. O ile za pomocą kodeksu cywilnego instytucja ksiąg gruntowych została rozciągnięta na obszar wszystkich państw związkowych Rzeszy, o tyle GBO powoływała do życia jednolity system ksiąg gruntowych, który – z pewnymi korektami – przetrwał do dnia dzisiejszego.

GBO przyjmowała – dominujący już poprzednio w państwach niemieckich – system realny ksiąg gruntowych. W konsekwencji każdej nieruchomości przyporządkowana została oddzielna karta w księdze (§ 3 GBO). Tytuł karty zawierał informację dotyczącą nieruchomości – w szczególności jej położenie, nazwę, powierzchnię. W dziale I mieściły się wpisy dotyczące stosunków własnościowych – np. własność, współwłasność. W dziale II wpisywano wszelkie prawa na nieruchomościach, z wyjątkiem hipotek i długów gruntowych, które obejmował z kolei dział III. Przyjęta struktura ksiąg gruntowych umożliwiała zatem natychmiastowe określenie aktualnego stanu prawnego nieruchomości, jak również wskazanie historycznych zmian w tym zakresie, bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń[71].

Zasadniczą cechą nowego systemu, która – jak podnosi się w literaturze –

---

[69] Należy w tym miejscu wyjaśnić, że zasada szczegółowości w prawie rzeczowym posiada wiele znaczeń; w polskiej literaturze utożsamia się ją czasem z realnym systemem prowadzenia ksiąg wieczystych, zakładającym, że księga taka obejmuje tylko jedną nieruchomość. Por. S. Rudnicki, *Polski system ksiąg wieczystych na tle regulacji państw europejskich – członków UE – zalety i wady tego systemu, ocena stanu obecnego i wnioski na przyszłość*, „Rejent" 1998, nr 6, s. 30.

[70] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 447. Więcej na temat materialnych zasad niemieckich ksiąg gruntowych: F. Baur, J. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht*, wyd. 18, München 2009, s. 35–42.

[71] Łatwość, z jaką niemiecka księga gruntowa umożliwiała ustalenie stanu prawnego nieruchomości, stała się przedmiotem uznania w nauce anglosaskiej, krytykującej jednocześnie rodzime skomplikowane i kosztowne praktyki w tym zakresie. Por. A.M. Garro, *The Louisiana Public Records Doctrine and the Civil Law Tradition*, Baton Rouge 1989, s. 37; S. Rowton Simpson, *Land Law and Registration*, Cambridge–London–New York–Melbourne 1976, s. 52; P. Blajer, *Historyczny rozwój angielskiego modelu rejestrowania praw do nieruchomości,* [w:] *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi,* red. M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka, Kraków 2013, s. 203.

w najszerszym zakresie przyczyniła się do jego sukcesu, stała się ścisła koordynacja pomiędzy księgami gruntowymi i mapami katastralnymi (*Liegenschaftskataster*)[72]. Oznaczenie nieruchomości jako przedmiotu prawa w księdze gruntowej następowało bowiem (i następuje nadal) z odwołaniem do danych katastralnych, gromadzonych przez urzędy katastralne (*Katasterämter*). Urzędy te z kolei stały się odpowiedzialne za przeprowadzenie odpowiednich pomiarów (*Vermessung*) i określenia granic działek gruntowych (*Flurstücke*) – tzn. podstawowych jednostek powierzchniowych w Niemczech. Koordynacja między urzędami katastralnymi i urzędami ksiąg wieczystych zakłada natychmiastowy przepływ informacji pomiędzy tymi urzędami. W konsekwencji, każda fizyczna zmiana dotycząca danej działki gruntowej komunikowana jest przez urząd katastralny właściwemu urzędowi ksiąg gruntowych, celem niezwłocznej zmiany opisu nieruchomości w księdze. Z kolei urząd ksiąg gruntowych informuje właściwy urząd katastralny o zmianach w zakresie stanu prawnego nieruchomości.

Do innych charakterystycznych cech niemieckiego systemu ksiąg gruntowych, przewidzianych w GBO należało powierzenie prowadzenia tych ksiąg urzędom ksiąg gruntowych (*Grundbuchämter*) funkcjonującym w ramach sądów rejonowych (*Amtsgerichte*). Okoliczność ta pociągnęła za sobą konsekwencję w postaci stosunkowo szerokiego zakresu kontroli jurysdykcyjnej sprawowanej przez dokonującego wpisów sędziego nad treścią i formą wniosków o wpis składanych we właściwym sądzie (§ 1 GBO). Ponadto GBO deklarowała także zasadę jawności formalnej, zapewniającej wgląd do ksiąg każdemu będącemu w stanie wykazać swój interes prawny (§ 12 GBO).

Należy jednak podkreślić, że wyżej opisane założenia ogólnoniemieckiego systemu ksiąg gruntowych, które wprowadzała GBO, miały charakter ramowy[73]. Szczegółowe kwestie dotyczące urządzenia ksiąg gruntowych oraz sporządzenia urzędowych wykazów nieruchomości GBO pozostawała ustawodawstwu poszczególnych krajów związkowych. Stąd urzeczywistnienie zasad przyjętych w BGB i GBO stało się procesem rozłożonym w czasie, który ponadto na różnych obszarach Niemiec przebiegał w sposób zróżnicowany.

W tych krajach związkowych, w których organizacja ksiąg opierała się na modelu innym niż wprowadzony w 1900 roku, dotychczasowe księgi przekształcano w księgi gruntowe. Taka sytuacja miała miejsce w szczególności w Bawarii, w której księgi hipoteczne ulegały reorganizacji przede wszystkim poprzez dokonanie wpisu praw poprzednio niepodlegających rejestracji (tzw. *Anmeldungsverfahren*)[74]. Ponadto zakładano nowe księgi gruntowe

[72] A.M. Garro, *Recordation of Interests in Land…*, *op. cit.,* s. 24.

[73] W. Böhringer, *100 Jahre Grundbuchordnung…, op. cit.*, s. 162.

[74] Z obowiązku wpisu do reorganizowanych ksiąg gruntowych zwolnione były wyłącznie słu-

dla nieruchomości, które dotychczas nie były objęte księgami hipotecznymi z tego względu, że nie obciążono ich hipoteką (tzw. *Eintragungsverfahren*)[75]. W Bawarii wymienione procesy zmierzające do urzeczywistnienia podstawowych zasad modelu ksiąg gruntowych trwały formalnie do 1 października 1910 roku[76].

Podobne procesy zachodziły również w innych krajach związkowych. W Wirtembergii księgi gruntowe zakładano na bazie dawnych ksiąg dóbr (*Güterbücher*), choć w tym wypadku reorganizacja była o tyle trudniejsza, że te wcześniejsze księgi prowadzono w oparciu o system personalny. Reorganizacji istniejących ksiąg towarzyszył proces zakładania nowych w tych regionach Niemiec, w których nie zrealizowano jeszcze zasady ich powszechności. Zakładając nowe księgi gruntowe, korzystano z bardzo zróżnicowanych źródeł informacji o aktualnym stanie prawnym, takich jak np. mapy katastralne i księgi podatkowe. Ostatecznie wszystkie nieruchomości w Niemczech zostały objęte księgami gruntowymi, choć proces ten w niektórych krajach związkowych ciągnął się stosunkowo długo – np. w Turyngii aż do czasów II wojny światowej[77].

Pomimo wspólnych zasad materialnoprawnych określonych w BGB oraz formalnoprawnych ram zawartych w GBO niemiecki system ksiąg gruntowych pierwszych trzech dekad XX wieku nie był bynajmniej jednolity. Z uwagi na zastrzeżenie kompetencji krajów związkowych co do szczegółowej regulacji organizacji ksiąg gruntowych na ich obszarze doszło w Niemczech do wykształcenia się wielu partykularyzmów w tym zakresie. W szczególności istniały ważne różnice pomiędzy pruską a bawarską metodą prowadzenia ksiąg gruntowych[78]. Wszelkie próby dobrowolnego wprowadzenia jednolite-

żebności gruntowe, które jednak także podlegały wpisowi na wniosek. W Bawarii przyjęto regulację, że przeciwko takim służebnościom będzie działać zasada rękojmi wiary publicznej ksiąg gruntowych, o ile nie zostaną one ujawnione w tych księgach w określonym terminie. Termin ten nie został jednak nigdy prawnie wskazany, w związku z czym również współcześnie mogą istnieć różne archaiczne służebności, przede wszystkim zapewniające prawo przechodu lub przegonu, pomimo iż nie zostały ujawnione w księgach gruntowych. Dla pewności obrotu prawnego istotne znaczenie ma jednak zasada, iż nieujawniona w księdze gruntowej służebność wygasa w wypadku dziesięcioletniego niewykonywania. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 164.

75 Szacuje się, że na około 16 mln nieruchomości w Bawarii w pierwszej dekadzie XX wieku, dla około 6 mln nie były jeszcze założone księgi hipoteczne, a zatem musiały być one poddane *Eintragungsverfahren.* Por. W. Henle, *Zur Geschichte der Anlegung des Grundbuchs in Bayern*, Monachium 1910, s. 3.

76 W. Böhringer, *100 Jahre Grundbuchordnung…, op. cit.*, s. 162.

77 Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 164.

78 W Bawarii wszystkie wpisy w ramach określonego działu danej karty następowały chronologicznie. Przykładowo zatem hipoteka, wpisana w dziale III powyżej, była wykreślana w drodze osobnego wpisu poniżej, zawierającego odesłanie do numeru wpisu, pod którym

go wzorca ksiąg gruntowych kończyły się fiaskiem. Ponadto z biegiem czasu ujawniały się błędy poczynione w toku reorganizacji dotychczasowych ksiąg, polegające np. na błędnym dokonaniu wpisu własności lub hipotek, co doprowadziło nawet do uchwalenia w 1930 roku odrębnej ustawy o „oczyszczeniu" ksiąg gruntowych, zmierzającej do odbudowania społecznego zaufania do tej instytucji[79].

Ujednolicenie niemieckiego systemu ksiąg gruntowych na obszarze całego państwa nastąpiło dopiero w konsekwencji odejścia od zasady suwerenności prawnej krajów związkowych w 1934 roku. Istotne nowelizacje GBO przyjęte zostały w sierpniu 1935 roku, na podstawie kilku aktów prawnych, wśród których wymienić należy rozporządzenie zmieniające postępowanie w sprawach o wpis w księgach gruntowych z 5 sierpnia 1935 roku oraz rozporządzenie o tworzeniu i prowadzeniu księgi gruntowej (tzw. *Grundbuchverfügung*) z 8 sierpnia 1935 roku. Celem wymienionych regulacji było usunięcie dotychczasowych różnic pomiędzy poszczególnymi krajami związkowymi w zakresie obowiązujących na ich obszarze regulacji dotyczących ksiąg gruntowych. Podstawowym środkiem realizacji tego celu stało się natomiast wprowadzenie na obszarze całego państwa jednolitego formularza ksiąg gruntowych (tzw. formularza Rzeszy – *Reichsvordruck*) oraz jednolitej procedury prowadzenia tych ksiąg. Ujednolicając regulacje dotyczące ksiąg gruntowych we wszystkich krajach związkowych, ustawodawca oparł się na pruskim modelu prowadzenia tych ksiąg; uznany on został za tańszy, bardziej przejrzysty, a ponadto obowiązywał już na większości obszaru Rzeszy, w związku z czym jego wprowadzenie w pozostałych krajach związkowych uznano za najmniej problematyczne. Nowy ogólnoniemiecki formularz ksiąg gruntowych opierał się zatem z niewielkimi tylko modyfikacjami na dotychczasowym formularzu pruskim[80].

Podział Niemiec na dwa odrębne państwa po zakończeniu II wojny światowej w oczywisty sposób doprowadził do podważenia jednolitego systemu ksiąg gruntowych. Nawet w Niemieckiej Republice Federalnej przyjęta zasada federalizmu pozwoliła krajom związkowym na odzyskanie części kompetencji w przedmiocie prowadzenia ksiąg gruntowych i określania ich postaci. Istotne znaczenie w tym zakresie miało rozporządzenie z dnia 26 czerwca 1961 roku

została ujawniona. Konsekwentnie, wszystkie wpisy były dokonywane chronologicznie wraz z ewentualnym odesłaniem do dotyczących ich wpisów dokonanych uprzednio. System pruski rozróżniał natomiast w ramach działów II i III wpisy główne, zmiany i wykreślenia. W rubrykach zawierających zmiany lub wykreślenia znajdowały się odesłania do numeru wpisu głównego. Por. C. Stewing, *Geschichte…, op. cit*., s. 447.

79 E. Hammer, *Die Geschichte…, op. cit.*, s. 148.

80 Więcej na ten temat: W. Böhringer, *100 Jahre Grundbuchordnung…, op. cit.*, s. 162.

(*Grundbuchverfügung*), które w miejsce dotychczasowych ksiąg gruntowych, przybierających postać obszernych, łączonych tomów, wprowadziło tzw. *Loseblattgrundbücher*, a więc księgi prowadzone na oddzielnych, luźnych kartach. Nowa forma ksiąg ułatwić miała dokonywanie wpisów maszynowych, podczas gdy poprzednio dokonywano ich odręcznie. Kompetencje w zakresie przyjmowania regulacji określających szczegółową postać takich ksiąg zostały natomiast ponownie oddane krajom związkowym[81].

Ponadto w dniu 1 sierpnia 1951 roku na podstawie tzw. *Wohnungsgrundbuchverfügung* określone zostały szczególne typy ksiąg prowadzonych dla nieruchomości lokalowych oraz dla własności części budynku (*Teileigentumsgrundbuch*)[82].

Znacznie dalej idącym zmianom instytucja ksiąg gruntowych uległa w Niemieckiej Republice Demokratycznej, w której księgom przypisano rolę „urzeczywistniania i zabezpieczania socjalistycznej polityki gruntowej, jak również zapewniania bezpieczeństwa prawnego"[83]. Ich praktyczne znaczenie było jednak ograniczone, z uwagi na okoliczność, że zdecydowana większość nieruchomości stała się – na skutek wywłaszczania – przedmiotem własności ludowej lub spółdzielczej. Zgodnie z zarządzeniem radzieckiej władzy okupacyjnej księgi gruntowe dla takich nieruchomości miały być zamykane. Z kolei w 1952 roku urzędy ksiąg gruntowych w ramach sądów rejonowych zostały rozwiązane, a prowadzenie ksiąg powierzono organom administracji publicznej – tj. wydziałom katastralnym rad powiatowych. Odtąd oba rejestry nieruchomości, tj. księgi gruntowe i kataster, prowadzone były przez ten sam organ. W samych przedwojennych księgach gruntowych co do zasady nie dokonywano już wpisów. Od 1 maja 1953 roku zakładano w tym celu tzw. zeszyty ksiąg gruntowych, w których uwidaczniano zmiany stanu prawnego nieruchomości. Były one ściśle połączone z katastrem, w tym sensie, że obejmowały nowy dział 0, który zawierał spis danych katastralnych. W wypadku wywłaszczenia nieruchomości zarówno same księgi, jak i zeszyty ksiąg gruntowych były zamykane i przekazywane do archiwum; w dalszym ciągu takie grunty ujmowano jednak w katastrze. Dopiero w 1976 roku rozpoczęto dokonywanie wpisów do ksiąg gruntowych prowadzonych na oddzielnych kartach (*Loseblattgrundbücher*) – w tym także dla nieruchomości stanowiących przedmiot własności „ludowej"[84]. Z końcem lat 70. XX wieku rozpo-

---

[81] Zasadniczo księgi te mogły przybierać dwojakiego rodzaju postać: oddzielnego zeszytu (np. Nadrenia Północna-Westfalia) albo też kartoteki z ruchomymi arkuszami wewnątrz (Bawaria). Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 164.

[82] C. Stewing, *Geschichte…, op. cit.,* s. 447.

[83] M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 169.

[84] Opisane zmiany z 1976 roku stanowiły pochodną wejścia w życie w tym samym roku no-

częto także tworzenie centralnej bazy danych katastralnych w Halle, która w 1988 roku została skomputeryzowana.

Po zjednoczeniu Niemiec w 1990 roku w tzw. nowych krajach związkowych, czyli na obszarze byłej Niemieckiej Republiki Demokratycznej, prowadzenie ksiąg gruntowych ponownie powierzone zostało sądom, natomiast prowadzenie katastru przejęły zreorganizowane urzędy katastralne. W praktyce wykorzystywały one dane pochodzące ze skomputeryzowanej centralnej bazy danych w Halle. Dla funkcjonowania ksiąg gruntowych istotne znaczenie miała z kolei ustawa z 20 grudnia 1993 roku w sprawie uproszczenia i przyśpieszenia postępowań rejestrowych i innych (*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren*), która z jednej strony miała na celu przyspieszenie postępowań zmierzających do ujawnienia aktualnego stanu prawnego nieruchomości na obszarze byłej NRD, z drugiej natomiast wprowadzała istotne innowacje techniczne w zakresie prowadzenia ksiąg gruntowych na terenie całych Niemiec. Innowacje te polegały przede wszystkim na możliwości zakładania elektronicznych ksiąg gruntowych (*EDV – Grundbuch*), opierających się na zasadzie, że wpis następuje przez wprowadzenie tekstu do pamięci komputera, która to czynność powinna zostać potwierdzona podpisem elektronicznym referendarza. W następstwie opisanych zmian, treść księgi gruntowej stanowi obecnie pamięć komputera, a wydruki posiadają znaczenie odpisu lub wypisu takiej księgi[85].

Uchwaleniu cytowanej wyżej ustawy 20 grudnia 1993 roku towarzyszyły istotne zmiany GBO, w której dodana została sekcja siódma (§ 126–133) poświęcona „mechanicznie prowadzonej księdze gruntowej" (*das maschinell geführte Grundbuch)*, a więc właśnie księdze elektronicznej. Zmiany te poprzedzone zostały długimi dyskusjami i badaniami, w ramach których ścierały się

wego kodeksu cywilnego Niemieckiej Republiki Demokratycznej oraz nowych regulacji dotyczących ksiąg gruntowych – zarówno materialnoprawnych (*Grundstücksdokumentationsordnung*), jak i procesowych (*Grundbuchverfahrensordnung*). Wymienione uregulowania utrzymały podstawowe zasady ksiąg gruntowych, chociaż zachowywały ścisłe rozróżnienie pomiędzy nieruchomościami stanowiącymi przedmiot własności ludowej, socjalistycznych spółdzielni, organizacji społecznych, obywateli i innych osób prawnych. Niemożliwe stało się ponadto ustanawianie i ujawnianie w księgach prawa zabudowy i długów gruntowych, zakładano natomiast księgi dla samych tylko nieruchomości budynkowych – tj. bez uwzględnienia gruntów, na których budynki te były posadowione. Zadanie prowadzenie ksiąg w dalszym ciągu spoczywało na urzędach katastralnych, które ponadto, obok państwowego notariatu, posiadały kompetencję do nadawania odpowiedniej formy dokumentom stanowiącym podstawę wpisu do księgi. Więcej na ten temat: M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 164.

[85] Por. B. Gruszczyński, *Doświadczenia Saksonii w zakresie tworzenia skomputeryzowanego Rejestru Ksiąg Wieczystych*, „Rejent" 1998, nr 6, s. 25, który opisuje proces zakładania ksiąg wieczystych przede wszystkim z perspektywy jednego landu, tj. Saksonii, ale czyni również odniesienia do tego procesu w pozostałych krajach związkowych Niemiec.

rozbieżne stanowiska co do zasadności wprowadzenia elektronicznych ksiąg wieczystych[86]. Ostatecznie jednak przeważyły argumenty na korzyść księgi elektronicznej, przy czym podstawowe znaczenie miały w tym zakresie obserwacje prawoporównawcze (sukces elektronicznych ksiąg gruntowych w Austrii) oraz doświadczenia niektórych krajów związkowych, w tym w szczególności Bawarii, z informatycznym systemem SOLUM[87]. W konsekwencji nowa regulacja stworzyła możliwość wprowadzenia w całych Niemczech elektronicznych ksiąg wieczystych, przy czym przepisy GBO w tym zakresie mają charakter ramowy – ich uszczegółowienie następuje w ramach ustawodawstwa poszczególnych krajów związkowych. Zdecydowana większość landów (11) przyjęła w związku z tym system SOLUM-STAR, opracowany na podstawie bawarskiego SOLUM; w innych krajach związkowych elektroniczna księga wieczysta funkcjonuje w oparciu o nieco inne założenia. System SOLUM-STAR charakteryzuje się ścisłym powiązaniem i wymianą elektronicznych danych pomiędzy urzędami ksiąg wieczystych w ramach sądów rejonowych i urzędami katastralnymi[88]. Dostęp do danych, zawartych w elektronicznej księdze wieczystej, odbywa się *on-line* i zagwarantowany jest dla urzędów państwowych i komunalnych, jak również dla notariuszy i banków – w tych ostatnich wypadkach odbywa się on jednak odpłatnie. Inne osoby mogą korzystać z niego wyłącznie po wykazaniu swojego interesu prawnego.

W literaturze niemieckiej podkreśla się, że wprowadzenie elektronicznej księgi gruntowej umożliwiło dostosowanie regulacji dotyczących tych ksiąg do współczesnych wymagań gospodarczych i prawnych. Księga elektroniczna odpowiada dzisiejszemu zapotrzebowaniu na pewność i szybkość obrotu prawnego, obniża koszty funkcjonowania aparatu urzędniczego obsługującego księgi, a także umożliwia sprostanie zwiększającej się z roku na rok liczbie wniosków o wpis wpływających do urzędów ksiąg wieczystych. Wykorzystanie księgi elek-

---

[86] Warto zwrócić uwagę, że jeszcze w latach 80. XX wieku wypowiadano w literaturze wiele sceptycznych opinii co do przyszłości ksiąg gruntowych prowadzonych w postaci elektronicznej, wskazując przy tym potencjalne alternatywy, lub też stojąc na stanowisku utrzymania *status quo*. Por. W. Böhringer, *Die Geschichte des Grundbuchs…, op. cit,* s. 5.

[87] Por. B. Gruszczyński, *Doświadczenia Saksonii…, op. cit.,* s. 23. Program ten, którego utworzenie stanowiło początkowo prywatną inicjatywę firmy Siemens-Nixdorf, zaaprobowaną przez bawarskie ministerstwo sprawiedliwości, miał zasadniczo służyć jako pomoc przy prowadzeniu papierowych ksiąg gruntowych przede wszystkim przy tworzeniu tekstów wpisów do takich ksiąg. Zawierał on jednak także elektroniczne spisy istotnych danych, w tym dotyczących osoby właściciela nieruchomości oraz stanu faktycznego tej nieruchomości (przede wszystkim oznaczenie działek); ułatwiał on również dokonywanie stosownych wydruków. Por. M. Bengel, R. Bauer, D. Weidlich, *Grundbuch…, op. cit.*, s. 165.

[88] Więcej na temat zasad funkcjonowania systemu SOLUM-STAR w literaturze polskiej: B. Gruszczyński, *Doświadczenia Saksonii…, op. cit.,* s. 25–27; T. Stawecki, *Rejestry nieruchomości, księgi hipoteczne i księgi wieczyste od czasów najdawniejszych do XXI wieku*, „Studia Iuridica" 2002, nr XL, s. 204–205.

tronicznej pozwala na adaptację nowoczesnych technik informatycznych i komunikacyjnych w celu usprawnienia funkcjonowania tak tradycyjnej instytucji, jaką są księgi gruntowe[89].

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że wprowadzenie elektronicznej księgi wieczystej w latach 90. XX wieku nie oznacza bynajmniej zakończenia rozwoju tej instytucji. W 2007 roku rozpoczęto prace nad reformą elektronicznych ksiąg gruntowych określane jako projekt: *Neuentwicklung eines EDV – Grundbuches*. Pierwsze programy pilotażowe, służące wdrożeniu nowego systemu zaplanowano jednak dopiero na 2015 rok.

Cele systemu są bardzo zróżnicowane. Z jednej strony zmierza on do przezwyciężenia dotychczasowych partykularyzmów w zakresie formy elektronicznej księgi gruntowej i sposobu jej prowadzenia w poszczególnych krajach związkowych, wynikających z przyznanej landom w 1993 roku kompetencji do uszczegóławiania ramowej regulacji GBO. System ten ma jednak także stworzyć prawne podstawy dla elektronicznego obrotu nieruchomościami, przede wszystkim poprzez zapewnienie elektronicznej komunikacji pomiędzy księgami gruntowymi a podmiotami składającymi elektroniczne wnioski o dokonanie wpisu oraz przedkładającymi elektroniczne dokumenty służące za podstawę wpisu. Ponadto ma on umożliwić lepsze i szybsze opracowywanie danych zawartych w księgach, a także usprawnić funkcję wyszukiwania danych w tym rejestrze oraz zapewnić jego ściślejszą koordynację z innymi rejestrami publicznymi[90]. Jednakże dopiero przyszłość pokaże, na ile cele te zostaną osiągnięte przez nową elektroniczną księgę wieczystą.

Historyczny rozwój systemu ksiąg gruntowych w Austrii i Szwajcarii

Wyżej opisany model księgi gruntowej nie występuje tylko i wyłącznie w Niemczech. Jego zasadnicze założenia zostały przyjęte także w kilku innych krajach europejskich, których porządki prawne pozostają pod silnym wpływem tradycji germańskich. Wśród nich należy wymienić przede wszystkim Austrię i Szwajcarię, w których jednak historyczny rozwój instytucji ksiąg gruntowych przebiegał w nieco inny sposób niż w Niemczech, doprowadzając do wykrystalizowania charakterystycznych, odrębnych rozwiązań. Warto w tym miejscu podkreślić, że zastosowane w tych państwach regulacje oddziaływały i nadal oddziałują na unormowania przyjęte w wielu państwach Europy środkowej i południowej[91] (np. Węgry, Chorwacja, Turcja), dlatego

[89] W. Böhringer, *100 Jahre Grundbuchordnung…, op. cit.*, s. 162.

[90] Więcej informacji na stronie: http://www.grundbuch.eu.

[91] Warto odnotować, że w literaturze austriackiej przyjęty w tym kraju system ksiąg gruntowych określany bywa jako „środkowoeuropejski", ze względu na piętno, jakie odcisnął na współ-

historycznej genezie tych regulacji i ich ewolucji na przestrzeni czasu warto poświęcić nieco uwagi.

1. **Austria.** W kraju tym, podobnie jak w Niemczech, pierwsze księgi gruntowe pojawiły się w miastach być może już w XII wieku[92]. Prawdopodobnie takie miejskie księgi początkowo prowadzono wyłącznie w celach dowodowych, niemniej później wpis do nich uzyskał charakter konstytutywny, jak można wywnioskować, analizując treść tzw. wiedeńskiej *Grundbuchsordnung* z 1566 roku[93]. Niemniej dla rozwoju austriackiej instytucji ksiąg gruntowych istotne znaczenie miały także księgi prowadzone od początku XV wieku w poszczególnych majątkach rycerskich, a następnie szlacheckich, dla gruntów znajdujących się we władaniu poddanych chłopów. Zawierały one nie tylko informacje odnośnie do czynności prawnych mających za przedmiot takie grunty, ale wpisywano do nich również ciężary, w tym podatki, oraz usługi, jakie poddani winni byli swojemu panu. Począwszy od schyłku XV wieku niektóre z takich ksiąg prowadzone były w oparciu o system realny, a więc ich zawartość systematyzowano według konkretnych nieruchomości (np. księga gruntowa klasztoru Lamprecht z 1494 roku)[94]. Wpisy do tych ksiąg uzyskały konstytutywny charakter dopiero z początkiem XVII wieku.

Zdaniem przedstawicieli austriackiej doktryny bezpośrednim pierwowzorem współczesnych austriackich ksiąg gruntowych były jednak tzw. tablice ziemskie (*Landtafeln*), które pojawiły się w Czechach już prawdopodobnie w XIII wieku, a stamtąd w kolejnym stuleciu rozprzestrzeniły się na Morawy i Śląsk[95]. Czesko-morawskie tablice ziemskie, w których odnotowywano dobra największych rodów szlacheckich, były księgami sądowymi o zróżnicowanej i bogatej treści; rejestrowano w nich zarówno czynności prywatnoprawne, jak i umieszczano wpisy o charakterze publicznym – np. uchwały sejmów ziemskich[96]. Prowadzono je początkowo po łacinie, następnie – począwszy od 1495 roku – jako obligatoryjny wprowadzono język czeski, by w 1627 roku dać stronom wybór pomiędzy językiem czeskim a niemieckim. Pierwotne tablice ziemskie określa się we współczesnej literaturze jako tzw. księgi instrumentów (*Instrumentenbüchern*), przepisywano bowiem do nich najważniejsze

czesnych regulacjach przyjętych w poszczególnych państwach regionu, wchodzących niegdyś w skład monarchii habsburskiej. Por. H. Hofmeister, H. Auer, *Das moderne Grundbuch*, Wien 1992, s. 7.

92 A. Höller, *Geschichte und Rechtsquellen des österreichischen Grundbuchs,* [w:] *Kommentar zum Grundbuchsrecht*, red. G.E. Kodek, Wien 2007, s. 4.

93 W.H. Rechberger, *Geschichte,* [w:] *Bodenrecht in Österreich*, red. W.H. Rechberger, A. Kletečka, Wien 2004, s. 55.

94 A. Höller, *Geschichte…, op. cit.*, s. 4.

95 H. Demelius, *Österreichisches Grundbuchsrecht. Entwicklung und Eigenart*, Manz 1948, s. 2.

96 W.H. Rechberger, *Geschichte*…, *op. cit.*, s. 55.

fragmenty dokumentów obejmujących czynności dotyczące nieruchomości, przy czym wpisy uporządkowane były chronologicznie; nie praktykowano jeszcze systemu personalnego ani realnego prowadzenia ksiąg. Sporna jest natomiast kwestia, na ile wpis do tablic ziemskich miał charakter prawotwórczy; we współczesnej literaturze spotkać można stanowisko, że już od XIV wieku wpis do takiej księgi stanowił przesłankę nabycia prawa na nieruchomości[97]; inni badacze podają jednak ten pogląd w wątpliwość[98].

Odpowiednio w roku 1627 i 1628 dotychczasowy system prowadzenia tablic ziemskich w Czechach i na Morawach uległ daleko idącym modyfikacjom i unowocześnieniu, a w XVIII wieku jego stosowanie zostało stopniowo rozszerzone na pozostałe kraje monarchii habsburskiej; w 1730 roku tablice ziemskie wprowadzono w Styrii – jako w pierwszym kraju alpejskim, w 1746 roku w Karyntii, w 1754 roku w Dolnej Austrii, w 1758 roku w Górnej Austrii, a w latach 1769–1783 w Bryzgowii. W wymienionych krajach austriackich tablice ziemskie prowadzono w oparciu o czeskie wzorce, miały zatem charakter szlacheckich ksiąg gruntowych[99]. W XVIII wieku tablice ziemskie, które dotychczas stanowiły raczej zbiory dokumentów, zaczęły przekształcać się w prawdziwe księgi „gruntowe", obejmujące wszelkie szlacheckie grunty znajdujące się w danym kraju monarchii. W konsekwencji upowszechnił się realny system prowadzenia tablic. Po raz pierwszy w Dolnej Austrii w ramach tablic ziemskich zaczęto wyróżniać „księgę główną" (*Hauptbuch*), która obejmowała opis nieruchomości, jej właściciela oraz wszelkie obciążenia, jak również „księgę instrumentów" (*Instrumentenbuch*), czasami zwaną też „księgą pomocniczą" (*Hilfsbuch*) stanowiącą zbiór dokumentów służących za podstawę wpisów do księgi głównej. Proces historycznego rozwoju tablic gruntowych zakończył się wraz z wydaniem w 1794 roku patentu regulującego ich funkcjonowanie w kraju, z którego się wywodziły, tj. w Czechach i na Morawach. Patent przyjmował jako zasadniczy wyżej opisany model księgi głównej i księgi instrumentów. Aż do 1871 roku służył on jako pomocnicze źródło prawa w zakresie ksiąg gruntowych w pozostałych krajach monarchii Habsburgów[100]. W konsekwencji, w opinii austriackiej doktryny, na przełomie XVIII i XIX wieku Austria jako pierwszy kraj na świecie dysponowała księgą gruntową, w której musiały być uwidocznione wszelkie prawa rzeczowe na nieruchomościach[101].

---

97 H. Demelius, *Österreichisches Grundbuchsrecht…, op. cit.*, s. 3.

98 W.H. Rechberger, *Geschichte…*, *op. cit.*, s. 55.

99 S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. I: *X–XVIII w.*, Kraków 1997, s. 285.

100 Opis instytucji tablic ziemskich za: W.H. Rechberger, *Geschichte…*, *op. cit.*, s. 55–56.

101 A. Höller, *Geschichte…, op. cit.*, s. 5.

Wejście w życie austriackiego kodeksu cywilnego (ABGB – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1811 roku nie pociągnęło za sobą poważniejszych zmian w zakresie prawnych regulacji dotyczących tablic ziemskich/ksiąg gruntowych. Sam kodeks potwierdzał obowiązywanie niektórych zasad, które przyjęto już w patentach dotyczących tablic ziemskich, w tym w szczególności „czeską" zasadę wpisu konstytutywnego (tzw. zasadę intabulacji – *Intabulationsprinzip*)[102]. Ponadto wprowadzał pewne nowe zasady materialnoprawne, jak np. przejętą z ustawodawstwa pruskiego zasadę ochrony dobrej wiary (*Vertrauensgrundsatz*). ABGB nie naruszał jednak obowiązywania dotychczasowych szczegółowych aktów prawnych regulujących funkcjonowanie tablic ziemskich; wskazywał jedynie, że te zróżnicowane unormowania powinny zostać ujednolicone i skorygowane w ramach przyszłej powszechnej ustawy sądowej, której jednak nie udało się uchwalić[103].

Konieczność zreformowania dotychczasowego niejednorodnego systemu ksiąg gruntowych w obrębie rozległego imperium Habsburgów stała się oczywista dopiero po rewolucji roku 1848 i jej konsekwencjach w postaci zniesienia poddaństwa i jurysdykcji patrymonialnej w tym samym roku, wprowadzenia nowej organizacji sądownictwa w 1849 roku i wreszcie utworzenia notariatu w 1850 roku. Wszystkie wymienione wydarzenia, których skutkiem było między innymi upaństwowienie ksiąg prowadzonych dotychczas w poszczególnych majątkach szlacheckich, uzmysłowiły konieczność opracowania aktu prawnego, który regulowałby funkcjonowanie wszystkich ksiąg gruntowych w Cesarstwie, a także przyspieszałby zakładanie ksiąg dla nieruchomości dotychczas nimi nieobjętych. Efektem wieloletnich prac, w toku których odrzucono liczne projekty ustaw oraz uchwalono tzw. węgierską ustawę o księgach gruntowych (*Ungarische Grundbuchsordnung*) z 1855 roku stała się Powszechna ustawa o księgach gruntowych z 1871 roku (*Allgemeine Grundbuchsgesetz* – AllgGBG)[104]. Ustawa ta umacniała znaczenie zasady wpisu konstytutywnego i precyzowała austriacką wersję zasady ochrony dobrej wiary, a ponadto przewidywała prowadzenie ksiąg gruntowych w oparciu o system realny[105].

---

[102] Por. § 431 ABGB, zgodnie z którym dla przeniesienia własności rzeczy nieruchomej niezbędny jest wpis czynności prowadzącej do nabycia w prowadzonej w tym celu publicznej księdze. Wpis ten nazywa się intabulacją. Więcej na ten temat: H. Koziol, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, wyd. 12, Wien 2002, s. 323.

[103] W.H. Rechberger, *Geschichte…*, *op. cit.*, s. 56.

[104] H. Demelius, *Österreichisches Grundbuchsrecht…, op. cit.*, s. 5.

[105] Ustawa obowiązywała na terenie całego Cesarstwa Austriackiego, za wyjątkiem Tyrolu i Vorarlbergu, w których to krajach monarchii utrzymano tradycyjne tzw. *Verfachbüchern,* czyli protokoły sądowe, do których dosłownie przepisywano treść dokumentów obejmujących czynności prawne dotyczące nieruchomości w kolejności chronologicznej. Księgi gruntowe

Praktyczna realizacja postanowień ustawy z 1871 roku musiała być połączona z akcją uaktualniania danych zawartych w dotychczasowych księgach (np. tablicach ziemskich), przede wszystkim w zakresie stanu faktycznego opisanych w nich nieruchomości. Co prawda już w XVIII wieku prowadzono tablice ziemskie z wykorzystaniem danych zawartych w księgach katastralnych, które w pierwszej kolejności służyły celom podatkowym oraz poborowi danin publicznych (tzw. księgi długów – *Gültbücher*), niemniej w drugiej połowie XIX wieku okazało się, że w niewielkim stopniu dane te odpowiadają stanowi faktycznemu nieruchomości – były one po prostu niedokładne. Reorganizacja katastru w XIX wieku oraz dokonanie szczegółowych opisów i oznakowania gruntów umożliwiło bardziej precyzyjne oznaczenie nieruchomości w nowych księgach gruntowych. W konsekwencji ustawa 1874 roku o zakładaniu ksiąg gruntowych w krajach austriackich wprowadziła zasadę, że księgi te powinny obejmować kartę zawierającą opis części składowych ciała hipotecznego (tzw. *Gutbestandsblatt*), która uzyskała postać działu pierwszego (*A-Blatt*) księgi. Ponadto, w celu unaocznienia dokładnego położenia nieruchomości opisanych w księdze (w szczególności ich granic – ale nie obszaru) do ksiąg zaczęto dołączać mapy ksiąg gruntowych (*Grundbuchsmappe*) – stanowiące odbitki map katastralnych prowadzonych dla celów podatku gruntowego[106].

W 1930 roku uchwalona została obowiązująca do dnia dzisiejszego powszechna ustawa o zakładaniu ksiąg gruntowych (*Allgemeine Grundbuchsanlegungsgesetz* – ALLgGAG) mająca za zadanie ujednolicić i uprościć procedurę zakładania nowych ksiąg gruntowych. Nakładała ona ten obowiązek na sędziego sądu właściwego terytorialnie do prowadzenia księgi, która dopiero miała być założona. W celu ustalenia stanu prawnego i faktycznego nieruchomości sędzia mógł korzystać z wpisów do dawnych ksiąg, danych zawartych w katastrze gruntowym, czy też wreszcie dokumentów przedłożonych przez zainteresowane strony lub pozyskanych z urzędu. Redakcja projektu nowej księgi następowała niezwłocznie po zebraniu wystarczających informacji o stanie prawnym i faktycznym gruntu. Dzięki realizacji postanowień wymienionej ustawy udało się w Austrii co do zasady urzeczywistnić zasadę powszechności ksiąg gruntowych[107].

---

w rozumieniu ustawy z 1871 roku zaczęto zakładać w Tyrolu dopiero w 1897 roku, a w Vorarlbergu w 1900 roku. Por. W.H. Rechberger, *Geschichte*…, *op. cit.*, s. 56–57.

106 *Ibidem*, s. 57.

107 Zapewnieniu zgodności treści ksiąg gruntowych z rzeczywistym stanem faktycznym i prawnym gruntu służyła także uchwalona w tym samym 1930 roku ustawa o podziałach nieruchomości (*Liegenschaftsteilungsgesetz*), określająca zasady podziału nieruchomości objętych księgami gruntowymi, a także zasady odłączania tych nieruchomości do nowych ksiąg gruntowych lub też łączenia ich w jednej księdze. Z kolei w 1942 roku, kiedy Austria stanowiła część III Rzeszy Niemieckiej, pod wpływem ustawodawstwa niemieckiego wprowadzono

Aktualnie problematykę funkcjonowania ksiąg gruntowych w Austrii reguluje powszechna ustawa o księgach wieczystych (*Allgemeine Grundbuchsgesetz*) z 2 lutego 1955 roku. W literaturze podkreśla się jednak, że nie zawiera ona poważniejszych zmian w porównaniu do swojej poprzedniczki z 1871 roku, większość nowych przepisów cytuje dosłownie dawne unormowania[108]. Niewielkim zmianom w zakresie prawnych uregulowań ksiąg gruntowych towarzyszyły jednak nieco istotniejsze modyfikacje katastru nieruchomości. Na podstawie ustawy o geodezji (*Vermessungsgesetz*) z 1968 roku dotychczasowy kataster podatku gruntowego (*Grundsteuerkataster*) przekształcony został w tzw. kataster graniczny (*Grenzkataster*). Dane z tego katastru stanowią obecnie jedyny i wyczerpujący dowód pozwalający określić granice konkretnych nieruchomości[109].

Istotne zmiany w zakresie funkcjonowania ksiąg gruntowych w Austrii przyniosła natomiast ustawa z 1980 roku o przejściu na system automatycznego przetwarzania danych w księgach gruntowych[110] (*Grundbuchumstellungsgesetz* – GUG), wprowadzająca możliwość komputerowego prowadzenia ksiąg gruntowych. W zakresie przenoszenia treści ksiąg papierowych na nośniki elektroniczne Austria była w absolutnej awangardzie europejskiej – ustawa z 1980 roku stanowiła zwieńczenie prac podjętych już na początku lat 70. XX wieku. Ostatecznie proces tzw. „migracji" ksiąg gruntowych zakończył się w Austrii w 1992 roku, a więc rok przed uchwaleniem w Niemczech odpowiednika austriackiej ustawy z 1980 roku[111]. Współczesne austriackie elektroniczne księgi gruntowe (ADV – *Grundbuch*) w szerokim zakresie realizują zasadę jawności formalnej rejestru. Dostęp do informacji zawartej w księgach (tzn. w księdze

przepisy umożliwiające szybsze i sprawniejsze uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Por. A. Höller, *Geschichte…, op. cit.*, s. 5; W.H. Rechberger, *Geschichte…*, *op. cit.*, s. 57.

108 Na posiedzeniu Rady Narodowej z 2 lutego 1955 roku, podczas którego uchwalono cytowaną ustawę, wyraźnie podkreślono, że nowy akt prawny ma służyć jedynie konsolidacji uregulowań dotyczących ksiąg gruntowych, które zostały uchwalone po 1871 roku, ale nie tworzyć nowego stanu prawnego w tym zakresie. Zasygnalizowano co prawda potrzebę nowej ogólnej regulacji dotyczącej prawa nieruchomości w Austrii, ale zamierzenie to nie zostało zrealizowane. Por. H. Hofmeister, *Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert,* Wien 1977, s. 334.

109 Por. M. Grötsch, *Österreich,* [w:] *Handbuch Immobilienrecht in Europa: Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien (Recht in der Praxis),* red. S. Frank, Th. Wachter, Heidelberg 2004, s. 854.

110 Polskie tłumaczenie nazwy ustawy za: T. Stawecki, *Rejestry nieruchomości…, op. cit.,* s. 202.

111 Proces przenoszenia austriackich ksiąg gruntowych na elektroniczne nośniki informacji, związane z tym problemy, a także przyczyny ostatecznego sukcesu opisuje szczegółowo H. Auer w: H. Hofmeister, H. Auer, *Das moderne Grundbuch…, op. cit.*, s. 85 i n. W polskiej literaturze problematyce tej nieco uwagi poświęcił T. Stawecki *Rejestry nieruchomości…, op. cit.,* s. 201–202.

głównej – *Hauptbuch* i spisach pomocniczych) ma za pośrednictwem internetu każda osoba, także bez konieczności udowadniania swojego interesu prawnego. W konsekwencji konieczność udania się do sądu prowadzącego daną księgę gruntową zachodzi wyłącznie w przypadku potrzeby wglądu do zbioru dokumentów, stanowiących podstawę wpisu do takiej księgi[112].

2. **Szwajcaria.** Na przestrzeni stuleci rozwoju szwajcarskich instytucji prawnych wykształciły się na obszarze współczesnej Konfederacji Szwajcarskiej trzy podstawowe systemy publicyzacji praw do nieruchomości. W czasach prac nad kodyfikacją szwajcarskiego prawa cywilnego, które swoje zwieńczenie znalazły w doskonałym kodeksie cywilnym (*Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* – ZGB) uchwalonym 10 grudnia 1907 roku, każdy z tych systemów brany był pod uwagę jako potencjalny punkt odniesienia dla ogólnokrajowego modelu rejestracji praw do nieruchomości[113].

A. Najbardziej tradycyjny z powołanych systemów był tzw. *Fertigungssystem* (*système de l'homologation)*, rozpowszechniony przede wszystkim w kantonach niemieckojęzycznych, takich jak: Berno, Lucerna, Zürich, Schaffhausen, Zug, St. Gallen, Appenzell, Thurgau, Uri oraz częściowo: Glarus, Obwalden, Nidwalden i Solothurn[114]. Zgodnie z jego założeniami, przeniesienie prawa własności nieruchomości lub też ustanowienie na niej prawa rzeczowego wymagało upublicznienia, przybierającego postać formalnego aktu odbywającego się początkowo w asyście świadków[115], z czasem natomiast zakładającego współudział czynnika publicznego, np. sądu lub władzy gminnej. Właściwość organu odbierającego oświadczenia stron czynności oraz procedura w tym zakresie była zresztą zróżnicowana w zależności od tego, w jakim kantonie czynność dochodziła do skutku[116]. Wspólny był natomiast wymóg, by czynność prowadząca do przeniesienia lub ustanowienia prawa rzeczowego na nieruchomości podlegała zatwierdzeniu przez kompetentny organ; w tym zakresie rozstrzygnięcie organu zastępowało wydanie rzeczy (*traditio*) warunkujące przeniesienie własności rzeczy ruchomej. Ponadto sformalizowany charakter czynności zapewniał realizację zasady jawności; zamiar jej dokona-

---

112 W.H. Rechberger, *Geschichte*…, *op. cit.*, s. 57.

113 P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Band I: *Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Basel 1990, s. 169.

114 Więcej na ten temat: L. Peyer, *Die Geschichte der Fertigung nach den Rechtsquellen von Schaffhausen*, Bern 1897; F. Schmid, *Die dinglichen rechte an Immobilen im Lande Uri*, Zürich 1910, s. 11 i n.; O. Schnyder, *Die Fertigung nach luzernischem Recht*, Luzern 1906.

115 W związku z powyższym w literaturze szwajcarskiej tę wczesną postać *Fertigungssystem* porównuje się do rzymskiej *mancipatio*. Por. P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 170.

116 D. Bänziger-Compagnoni, *Die Öffentlichkeit des Grundbuches – de lege lata – rechtsvergleichend – de lege ferenda*, Zürich 1993, s. 23.

nia był bowiem ogłaszany z odpowiednim wyprzedzeniem, tak by potencjalni zainteresowani mogli zgłosić swoje prawa, ewentualnie wykazać, że zbywcy nie przysługiwało prawo, którym zamierzał rozporządzać[117]. Wymienione kontrowersje rozstrzygał ostatecznie organ zatwierdzający daną czynność. Jej treść była następnie umieszczana w stosownym protokole (np. protokole własności – *Eigentumsprotokoll*, protokole zastawniczym – *Pfandprotokoll*), do którego wpis nie miał jednak charakteru konstytutywnego; stanowił jedynie dowód dojścia czynności do skutku. Wpisy w takich protokołach nie korzystały też z rękojmi wiary publicznej[118]. System ten, z oczywistych względów, mógł sprawnie funkcjonować wyłącznie w niewielkich wspólnotach, których członkowie znali się wzajemnie i w ramach których obrót nieruchomościami był stosunkowo mało intensywny[119].

B. We francuskojęzycznych kantonach zachodniej Szwajcarii (Valais, Genewa, Neuchâtel)[120], ale także w środkowoszwajcarskich kantonach pozostających pod silnym wpływem austriackiego ABGB (Fryburg, Solura)[121] dominował przejęty z XIX-wiecznego ustawodawstwa francuskiego tzw. *système de la transcription* (*Registersystem*). Zgodnie z jego założeniami prawa rzeczowe na nieruchomościach powstawały lub były przenoszone już w chwili zawarcia umowy pomiędzy stronami, przy czym w niektórych przypadkach wymagana była dla takiej umowy forma aktu notarialnego. Żadne dodatkowe czynności, w szczególności przeniesienie posiadania nieruchomości, nie były już wymagane dla ważności i skuteczności umowy pomiędzy jej stronami (*vente fait tradition*)[122]. Wpis do urzędowego rejestru służył wyłącznie celom dowodowym i pociągał za sobą skuteczność umowy wobec osób trzecich. Urzędnik dokonujący rejestracji umowy nie posiadał praktycznie żadnych kompetencji w zakresie kontroli jej legalności, w związku z czym sama rejestracja nie sanowała jej braków. Rejestry nieruchomości prowadzone w oparciu o zasady charakterystyczne dla tego systemu nie korzystały także z rękojmi wiary publicznej[123].

C. Chronologicznie w ostatniej kolejności wykształcił się w Szwajcarii system ksiąg gruntowych (*Grundbuchsystem*), który z jednej strony opierał się

---

117 P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 170.

118 D. Bänziger-Compagnoni, *Die Öffentlichkeit des Grundbuches…, op. cit.*, s. 23; P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, wyd. 12, Bern 2002, s. 769.

119 P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 170.

120 H. Deschenaux, *Schweizerisches Privatrecht*, t. V/3, *Sachenrecht*, Basel 1989, s. 25 i n.

121 L. Carlen, *Österreichische Einflüsse auf das Recht der Schweiz, Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte*, Innsbruck 1977, s. 17.

122 P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 171.

123 D. Bänziger-Compagnoni, *Die Öffentlichkeit des Grundbuches…, op. cit.*, s. 23.

na doświadczeniach krajów niemieckich, z drugiej natomiast wykorzystywał niektóre założenia obu wyżej opisanych systemów funkcjonujących dotychczas w Szwajcarii, przekształcając je jednak i unowocześniając. Jako pierwszy przyjął ten system kanton Bazylea-Miasto (1860 r.), w następnej kolejności Solura (1873 r.) oraz Vaud (1882 r.)[124]. W wymienionych kantonach utworzono księgi gruntowe, prowadzone w oparciu o system realny, zakładający dokonanie dokładnych pomiarów geodezyjnych opisanych w księgach nieruchomości. Charakterystyczną cechą tych ksiąg było przyjęcie, że wpisy do nich miały zarówno pozytywne, jak i negatywne działanie. Sam wpis miał bowiem charakter prawotwórczy, chroniona była także dobra wiara osoby trzeciej działającej w zaufaniu do treści księgi. Ponadto księgi gruntowe, w przeciwieństwie do obu opisanych wcześniej systemów, umożliwiały dokonanie wpisu praw nabytych w inny sposób niż na podstawie umowy – np. w drodze dziedziczenia[125].

Na ostatnim z wymienionych systemów publicyzacji praw do nieruchomości (w szczególności na rozwiązaniach funkcjonujących w kantonie Solura[126]) oparł się ostatecznie szwajcarski kodeks cywilny z 1907 roku, regulując instytucję tzw. związkowej księgi gruntowej (*das eidgenössische Grundbuch*). Kodeks ten zawiera unormowania dotyczące zarówno tzw. materialnego prawa ksiąg gruntowych, określające przesłanki i skutki wpisów, jak i prawa formalnego, dotyczącego organizacji ksiąg, ich struktury i kompetentnych organów[127]. Jeśli chodzi o materialnoprawne konsekwencje wpisów, to kodeks szwajcarski wprowadził zasadę konstytutywności wpisu (art. 656, ust. 1; art. 971 ust. 1), domniemanie zgodności wpisu z rzeczywistym stanem prawnym (art. 9 ust. 1) oraz ochronę pozostającego w dobrej wierze nabywcy prawa rzeczowego jawnego z księgi wieczystej, w sytuacji gdy prawo to nabywane jest w rzeczywistości od nieuprawnionego (art. 973). Federalna księga wieczysta prowadzona jest ponadto w oparciu o system realny (art. 945 ust. 1), na podstawie jednolitych, federalnych formularzy. Ujednolicona została na terenie całego państwa treść ksiąg gruntowych, postępowanie poprzedzające dokonanie wpisu oraz graficzna postać ksiąg. Ich założenie powinno zostać poprzedzone dokonaniem skrupulatnych prac geodezyjnych i mierniczych (*Vermessung*) pozwalających na precyzyjne określenie stanu faktycznego gruntów[128].

Zarysowana regulacja kodeksowa miała jednak charakter ramowy; doprecyzowanie tych postanowień pozostawiono legislacji Rady Związkowej (*Bunde-*

[124] P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 172.

[125] D. Bänziger-Compagnoni, *Die Öffentlichkeit des Grundbuches…, op. cit.*, s. 24.

[126] *Ibidem*, s. 25.

[127] P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch…, op. cit.*, s. 774.

[128] P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 173–174.

srat), która też począwszy od 1910 roku wydaje rozporządzenia dotyczące szczegółów funkcjonowania ksiąg gruntowych (tzw. *Grundbuchverordnungen*)[129].

Nowe regulacje dotyczące związkowej księgi gruntowej zaczęły obowiązywać na terenie całego kraju począwszy od dnia 1 stycznia 1912 roku, niemniej proces ich urzeczywistniania *de facto* nie zakończył się do dnia dzisiejszego. W dużej mierze wynika to z przyjętej zasady, iż wyłącznie do poszczególnych kantonów należy kompetencja w zakresie wprowadzania związkowej księgi gruntowej na ich obszarze. Kantony też ponoszą związane z tym koszty, z zastrzeżeniem wsparcia finansowego ze strony związku w zakresie prac geodezyjnych. Tymczasem tylko na obszarze niewielu kantonów istniały już wcześniej tak zorganizowane księgi gruntowe, których dopasowanie do modelu związkowego było stosunkowo nietrudne i mało kosztowne[130]. W konsekwencji kantony uzyskały prawo do określania terminu, w jakim na ich obszarze powinna zostać wprowadzona związkowa księga gruntowa. Zostały one jednak zobowiązane do tego, by w tym tzw. okresie przejściowym powołać do życia instytucje, które choćby częściowo realizowałyby zadania postawione przed związkową księgą gruntową. W tym zakresie kantony posiadały trzy możliwości:

– wprowadzenia tzw. prowizorycznej księgi gruntowej (*provisorische Grundbuch*), bez dokonania uprzednich pomiarów geodezyjnych; księga taka opierałaby się przede wszystkim na danych z istniejących spisów nieruchomości,
– odroczenia terminu wprowadzenia związkowej księgi gruntowej na swoim obszarze za zgodą Rady Związkowej, o ile dysponowały instytucjami zapewniającymi realizację zadań związkowej księgi gruntowej w zakresie publicyzacji praw do nieruchomości; takie kantonalne instytucje miały być zrównane ze związkową księgą gruntową, a więc korzystać ze wszelkich przymiotów tej księgi, w szczególności miała w odniesieniu do nich obowiązywać zasada wpisu konstytutywnego i rękojmi wiary publicznej,
– powołania do życia instytucji, które natychmiast, a więc jeszcze przed wprowadzeniem związkowej księgi gruntowej, realizowałyby zadania tej księgi w zakresie powstania, zmiany, przeniesienia i wygaśnięcia prawa rzeczowego na nieruchomości; możliwość ta dotyczyła tych kantonów, w których nie istniały dotąd jakiekolwiek instytucje, które można było zrównać pod względem skutków ze związkową księgą gruntową; zostały one zatem zobowiązane do tymczasowego powołania różnego rodzaju

[129] Pierwsze takie rozporządzenie wydane zostało 22 lutego 1910 roku, ostatnie nosi datę 23 września 2011 roku.

[130] P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch…, op. cit.*, s. 771.

rejestrów (własności, hipotek, służebności), mających najczęściej formę protokołów, w stosunku do których obowiązywałaby zasada wpisu konstytutywnego; wpisy do takich rejestrów nie korzystały jednak z rękojmi wiary publicznej (pozytywne działanie wpisu)[131].

Sam proces zakładania ksiąg gruntowych według modelu przewidzianego w ZGB okazał się jednak długotrwały i kosztowny. O ile prace geodezyjne i miernicze były współfinansowane i koordynowane przez władze związkowe (choć samo dokonanie pomiarów należało do kantonalnych urzędów geodezyjnych), o tyle zadanie finansowania zakładania ksiąg gruntowych spoczęło wyłącznie na kantonach, co podziałało hamująco na urzeczywistniania związkowego modelu[132]. Tworzenie nowych ksiąg, oprócz dokonania odpowiednich pomiarów nieruchomości, wymagało też precyzyjnego ustalenia stanu prawnego nieruchomości, zmierzającego do wpisu do nowo zakładanej księgi wszelkich praw rzeczowych istniejących na nieruchomości (tzw. *Bereinigungsverfahren*)[133]. Procesowi temu towarzyszyło swoiste „upraszczanie" stanu prawnego nieruchomości, w szczególności poprzez eliminacje przestarzałych praw (głównie różnych rodzajów służebności), które nie były już przewidziane w kodeksie cywilnym. Niemniej, pomimo że od wejścia w życie ZGB upłynęło już ponad stulecie, nadal w Szwajcarii – w przeciwieństwie do Niemiec i Austrii – nie zrealizowano do końca zasady powszechności ksiąg gruntowych[134], choć w ostatnim dziesięcioleciu proces zakładania takich ksiąg uległ przyspieszeniu[135].

Ostatnie lata przyniosły kolejne istotne zmiany w funkcjonowaniu ksiąg gruntowych w Szwajcarii, związane przede wszystkim z komputeryzacją tych rejestrów. Przepis art. 949a kodeksu cywilnego, obowiązujący od 1 stycznia 1994 roku, pozostawił poszczególnym kantonom decyzję w zakresie posługiwania się dotychczasową, tzw. papierową księgą gruntową lub też zastąpienia jej – za zgodą federalnego ministerstwa sprawiedliwości i spraw wewnętrznych – księgą elektroniczną (*EDV – Grundbuch*). Księga elektroniczna

---

131 Więcej na ten temat: P. Simonius, Th. Sutter, *Schweizerisches…, op. cit.*, s. 179–181.

132 P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch…, op. cit.*, s. 772. Warto też zwrócić uwagę, że nowa księga gruntowa nie musiała być jednorazowo wprowadzana na obszarze całego kantonu, ale jej zasięg mógł być ograniczony do poszczególnych okręgów lub gmin.

133 Szczegółowo proces ten opisuje: P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch…, op. cit.*, s. 773.

134 Jeszcze w latach 90. XX wieku jedynym kantonem, w którym zrealizowano zasadę powszechności ksiąg, była Jura. Do stanu tego zbliżał się też kanton Vaud. Por. D. Bänziger-Compagnoni, *Die Öffentlichkeit des Grundbuches…, op. cit.*, s. 25.

135 T. Wachter, *Schweiz,* [w:] *Handbuch Immobilienrecht in Europa: Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien (Recht in der Praxis),* red. S. Frank, Th. Wachter, Heidelberg 2004, s. 1249.

co do zasady prowadzona jest według tych samych reguł co dotychczasowa księga papierowa[136]. W roku 2000 wdrożony został ponadto projekt pilotażowy „Elektroniczny system informacji o nieruchomościach" (*Elektronisches Grunstücksinformationssystem – eGRIS*), którego celem było między innymi połączenie skomputeryzowanych ksiąg gruntowych prowadzonych do tej pory w poszczególnych kantonach (lub nawet w poszczególnych gminach albo okręgach) w jeden ogólnoszwajcarski system. Element tego szerszego projektu stanowił także częściowy projekt o nazwie *Terravis eGVT,* zmierzający do zapewnienia możliwości elektronicznego komunikowania się z urzędem ksiąg gruntowych (*Grundbuchamt*), w tym w szczególności składania wniosków o wpis lub też o wydanie odpisów księgi. Efektem doświadczeń nabytych po zakończeniu tego projektu stały się regulacje nowego rozporządzenia w sprawie ksiąg gruntowych (*Grundbuchverordnung – GBV*), z dnia 23 września 2011 roku, które wiele uwagi poświęcają kwestiom elektronicznej komunikacji pomiędzy urzędami prowadzącymi księgi gruntowe a notariuszami i instytucjami finansowymi (tzw. *Elektronischer Geschäftsverkehr mit dem Grundbuchamt*). Regulacje te otwierają nowy rozdział w funkcjonowaniu szwajcarskich ksiąg gruntowych.

Podsumowanie

Wywodzący się z krajów niemieckich system ksiąg gruntowych w szerokim zakresie oddziaływał na metody rejestracji praw do nieruchomości wykorzystywane na ziemiach polskich. Wpływy te sięgają średniowiecza; warto podkreślić, że wyżej opisane gdańskie księgi spadkowe, tzw. *Erbbücher,* powoływane są jako przykład chronologicznie pierwszego rejestru nieruchomości prowadzonego w oparciu o system realny zarówno w niemieckiej, jak i polskiej literaturze historycznoprawnej[137].

Szczególnie mocno wpływy te zaznaczyły się jednak na przełomie XVIII i XIX wieku, a więc w okresie, który z jednej strony znamionował upadek I Rzeczypospolitej, z drugiej natomiast – tworzenie pierwszych nowoczesnych rejestrów nieruchomości. Na terytorium ówczesnego zaboru pruskiego rozszerzone zostało bezpośrednie obowiązywanie pruskich ustaw hipotecznych, w tym w szczególności wyżej opisanej powszechnej ordynacji hipotecznej z 20 grudnia 1783 roku oraz Powszechnego Prawa Krajowego (Landrechtu pruskiego) z 1794 roku, określającego niektóre zasady materialnoprawne pruskich

[136] P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, A. Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch…, op. cit.*, s. 784.

[137] Por. Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. II: *Od połowy XV wieku do r. 1795*, Warszawa 1966, s. 292.

ksiąg gruntowych. System ten znalazł swoje potwierdzenie i dalsze udoskonalenie na płaszczyźnie niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) z 18 sierpnia 1896 roku oraz *Grundbuchordnung* z dnia 24 marca 1897 roku, obowiązujących na ziemiach polskich zaboru niemieckiego począwszy od 1 stycznia 1900 roku.

Z kolei na obszarze zaboru austriackiego znaczenie ksiąg gruntowych w ramach obrotu nieruchomościami wzmacniały regulacje austriackiego kodeksu cywilnego (ABGB) z 1811 roku, przyjmującego formalnie obowiązywanie „zasady wpisu", przewidującej, że skutki rzeczowe przeniesienia własności nieruchomości uzależnione były od wpisu do odpowiednich ksiąg publicznych (gruntowych)[138]. Praktyczna realizacja tej zasady napotykała jednak istotne przeszkody już w pierwszej połowie XIX wieku[139]. Dopiero zniesienie pańszczyzny oraz uwłaszczenie chłopów na obszarze Galicji będące skutkiem reform z lat 1848–1853 doprowadziły do sytuacji, że wszystkie nieruchomości, bez względu na osobę właściciela, objęte zostały tym samym systemem ksiąg gruntowych[140]. Niemniej proces zakładania ksiąg, zmierzający do zrealizowania zasady ich powszechności, przebiegał stosunkowo powoli; daleki był od zakończenia jeszcze w chwili uchwalenia cytowanej powyżej powszechnej austriackiej ustawy o księgach gruntowych z 25 lipca 1871 roku, regulującej zasadniczo całokształt prawa o księgach gruntowych, która pozostawiała jednak ustawodawstwu krajowemu kompetencje związane z ich założeniem i odmienną regulacją rozwiązań szczegółowych. Na podstawie tej delegacji, 20 marca 1874 roku uchwalono w Galicji ustawę krajową o założeniu ksiąg gruntowych, wprowadzającą zasadę, że dla wszystkich nieruchomości (zasada powszechności) sądy cywilne prowadzą księgi gruntowe (tabularne, miejskie i wiejskie).

W przeciwieństwie do zaboru pruskiego funkcjonowanie systemu ksiąg gruntowych na obszarze Galicji pozostawiało jednak wiele do życzenia, a nawet stawało się źródłem groźnych nadużyć. Problemy dotyczyły przede wszystkim ksiąg prowadzonych dla gruntów wiejskich (tzw. ksiąg rustykalnych), w przypadku których od początku panowały podkreślane w literaturze „nieporządki", w tym sensie, że treść ksiąg gruntowych była niezgodna ze stanem

---

138 J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, *Historia państwa i prawa Polski*, t. III: *Od rozbiorów do uwłaszczenia*, Warszawa 1981, s. 758.

139 Podstawowy problem stanowił ściśle przeprowadzony już w czasach józefińskich reform włościańskich (1785–1787) i konsekwentnie utrzymywany w pierwszej połowie XIX wieku podział gruntów na tzw. dobra dominikalne (pańskie) – objęte specjalnym rejestrem nieruchomości (tzw. Tabulą Krajową) urzeczywistniającym zasadę wpisu, i dobra rustykalne, które znajdowały się faktycznie w posiadaniu i użytkowaniu chłopów, którymi obrót ulegał ograniczeniu, również z uwagi na wyłączenie z systemu powszechnych ksiąg gruntowych. Por. T. Stawecki, *Rejestry nieruchomości…, op. cit.*, s. 192; J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, *Historia państwa…, op. cit.*, s. 759.

140 K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. IV: *Od uwłaszczenia do odrodzenia państwa*, Warszawa 1982, s. 338.

faktycznym, a kolejne próby ich uzgodnienia kończyły się fiaskiem[141]. Obrót gruntami chłopskimi odbywał się bowiem w dalszym ciągu przede wszystkim w drodze prostej tradycji, bez odnotowania nowego stanu prawnego w treści ksiąg gruntowych[142]. Jak zauważono, życie czyniło wyłom w podstawowej zasadzie systemu ksiąg gruntowych, tj. zasadzie wpisu, sprowadzając ją do fikcji. Opłakany stan galicyjskich ksiąg gruntowych pogarszał się następnie w okresie II Rzeczypospolitej, przyczyniając się do dalszego podważenia zaufania uczestników obrotu do tej instytucji.

O ile na obszarze zaboru pruskiego i austriackiego system ksiąg gruntowych obowiązywał bezpośrednio, o tyle wprowadzone na terytorium Królestwa Polskiego księgi hipoteczne również w szerokim zakresie nawiązywały do podstawowych założeń tego systemu. Należy podkreślić, że w 1818 roku działająca pod przewodnictwem A. Wyczechowskiego deputacja cywilna w ramach Komisji Prawodawczej przedstawiła projekt nowego prawa hipotecznego, który w szerokim zakresie wykorzystywał ówczesne regulacje pruskie. Projekt ten został uchwalony w dniu 3 kwietnia 1818 roku jako „prawo o ustaleniu własności dóbr nieruchomych, o przywilejach i hipotekach", zyskując sobie następnie w literaturze wysoką ocenę, zarówno od strony formalnej, jak i znaczenia dla praktyki[143]. Najbardziej charakterystyczną cechą ustawy z 1818 roku, świadczącą o istotnym wpływie regulacji pruskich, było przyjęcie przez ten akt prawny zasady wpisu, zgodnie z którą wpis do ksiąg hipotecznych stanowił jedną z konstytutywnych przesłanek nabycia własności nieruchomości[144]. Niemniej zasady tej nie urzeczywistniono w pełni konsekwentnie, co w połączeniu z brakiem jakichkolwiek form katastru nieruchomości – niezbędnego, by system ksiąg gruntowych mógł funkcjonować prawidłowo – pociągnęło za sobą skutek w postaci ograniczonego tylko znaczenia ksiąg hipotecznych w byłym Królestwie Polskim[145].

---

141 *Ibidem*, s. 443.

142 Praktyka ta dała sposobność do lichwiarskich nadużyć, polegających na nabywaniu własności i zastawu od osób niebędących właścicielami, ale ujawnionych jako właściciele w księdze gruntowej, i usuwania posiadaczy z zajmowanych przez nich gruntów. Nadużyciom tym sprzyjała ponadto linia orzecznicza sądów, stojących początkowo konsekwentnie na stanowisku obowiązywania zasady wpisu. Dopiero z biegiem czasu wspomniana linia orzecznicza zaczęła ulegać zmianie, również pod wpływem niektórych przedstawicieli doktryny, którzy chroniąc pozaksięgowych nabywców gruntów chłopskich, podnosili, iż dla przeniesienia własności nieruchomości wystarcza sam tylko akt tradycji dokonanej przez właściciela gruntu. Por. T. Stawecki, *Rejestry nieruchomości…, op. cit.,* s. 193; K. Grzybowski, *Historia państwa…, op. cit.*, s. 343; S. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975, s. 31.

143 J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, *Historia państwa…, op. cit.*, s. 494.

144 S. Breyer, *Przeniesienie…, op. cit.*, s. 22.

145 Zasada wpisu znajdowała zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do tych nieruchomości, co do których mocą ustawy z 1818 roku wprowadzono przymus ksiąg hipotecznych; ponadto

Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości wyżej opisane regulacje prawne dotyczące ksiąg gruntowych i hipotecznych, przyjęte na obszarze poszczególnych zaborów, co do zasady pozostały w mocy. Tym samym praktycznie na całym obszarze II Rzeczypospolitej obowiązywały unormowania nawiązujące bezpośrednio lub pośrednio do systemu ksiąg gruntowych, choć w praktyce realizacja podstawowych założeń tego systemu pozostawiała wiele do życzenia, w szczególności na terenie byłego zaboru austriackiego i rosyjskiego. Nie może zatem dziwić fakt, że system ten pozostawał punktem odniesienia w toku prac Podkomisji Prawa Rzeczowego, powołanej w 1933 roku w ramach Komisji Kodyfikacyjnej, której referentami byli profesorowie: F. Zoll i J. Wasilkowski. W 1937 roku przedstawiła ona projekt zunifikowanego prawa wieczystoksięgowego i hipotecznego, który przewidywał, że księgi będą prowadzone w systemie realnym, a ponadto wprowadzał zasadę ich powszechności, jawności, oficjalności (dokonywanie wpisów na podstawie dokumentów publicznych), legalności (kontrola przesłanek materialnoprawnych wpisu), rękojmi wiary publicznej i wreszcie zasadę wpisu, jako przesłanki konstytutywne dla przeniesienia własności nieruchomości[146]. Wymienione założenia zdradzały głęboką inspirację autorów projektu niemieckim modelem ksiąg gruntowych.

Niemal natychmiastowa unifikacja prawa wieczystoksięgowego po II wojnie światowej była możliwa dzięki odwołaniu się do przedwojennego projektu[147]. W konsekwencji przepisy unifikujące (art. 14 dekretu – Prawo rzeczowe) deklarowały zasadę powszechności ksiąg wieczystych, przewidując, że w celu ustalenia praw rzeczowych na nieruchomościach prowadzi się dla wszelkich nieruchomości księgi wieczyste. Przepisy te odstępowały jednak od zasady wpisu konstytutywnego, co stanowiło fundamentalną różnicę w porównaniu do projektu Komisji Kodyfikacyjnej.

Urzeczywistnienie zasad zunifikowanego systemu ksiąg wieczystych okazało się jednak trudne w praktyce. W literaturze podkreślano, że paradoksal-

w literaturze i orzecznictwie niejednokrotnie podważano obowiązywanie tej zasady, mimo jasnych sformułowań ustawy z 1818 roku, dając w tym względzie pierwszeństwo wynikającej z Kodeksu Napoleona zasadzie, iż prawo własności nieruchomości przenoszone jest na mocy samej tylko umowy, sporządzonej w odpowiedniej formie (notarialnej). Por. S. Breyer, *Przeniesienie…, op. cit.*, s. 21–22.

146 M. Deneka, *Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne*, Warszawa 2012, s. 21.

147 Unifikacji dokonano mocą trzech aktów prawnych z 11 października 1946 roku, tj. dekretu – Prawo rzeczowe (Dz.U. z 1946, nr 57, poz. 319 ze zm.), obejmującego przede wszystkim regulacje materialnoprawne, dekretu – Prawo o księgach wieczystych (Dz.U. z 1946, nr 57, poz. 320 ze zm.), zawierającego głównie formalne prawo wieczystoksięgowe oraz dekretu – Przepisy wprowadzające prawo rzeczowe i prawo o księgach wieczystych (Dz.U. z 1946, nr 57, poz. 321 ze zm.); wszystkie wymienione dekrety weszły w życie w dniu 1 stycznia 1947 roku.

nie przyczyną tego stanu rzeczy były zbyt doskonałe założenia tego systemu. Jak już wspomniano, nawiązywał on bowiem w szerokim zakresie do niemieckiego modelu ksiąg gruntowych, który chociaż dawał najlepsze rezultaty, był również w teorii najbardziej skomplikowany, wymagał również najsprawniej działającego aparatu wykonawczego. System ksiąg gruntowych opiera się ponadto na zasadzie wpisu, a tymczasem prawo zunifikowane z zasadą tą zrywało, zachowując jednocześnie system ksiąg wieczystych opracowany pod kątem ustawodawstwa, które z wpisem łączy powstanie i przeniesienie praw rzeczowych. Ta wewnętrzna sprzeczność polskiego systemu wieczystoksięgowego stanowić miała zatem o jego słabości, tym bardziej że wraz z wejściem w życie przepisów wprowadzających kodeks cywilny z 1964 roku zrezygnowano formalnie z deklarowanej dotychczas zasady powszechności ksiąg[148]. Problemy teoretyczne i praktyczne związane z funkcjonowaniem ksiąg wieczystych w okresie PRL, jak również kontestacja tej instytucji z pozycji ideologicznych, jako sprzecznej z zasadami ustrojowymi Państwa Ludowego, stawiały zresztą pod znakiem zapytania jej dalszą egzystencję.

Opisana sytuacja uległa diametralnej zmianie po przemianach politycznych przełomu lat 80. i 90. ubiegłego stulecia. Obecnie księgi wieczyste stanowią w Polsce trwały element rzeczywistości prawno-gospodarczej, służąc przede wszystkim zabezpieczeniu obrotu nieruchomościami. Cieszą się także coraz większym prestiżem i zaufaniem społecznym. Niemniej cały czas prowadzone są prace nad usprawnieniem tego systemu, zarówno w aspekcie materialno- jak i formalnoprawnym, czego przykładem może być realizowana już od ponad dziesięciu lat akcja komputeryzacji rejestru[149]. Naturalnym punktem odniesienia dla tych prac powinny być aktualne rozwiązania wprowadzane w państwach przyjmujących system ksiąg gruntowych, na którym – choć z istotnymi wyłomami – opiera się także polski model rejestracji praw do nieruchomości. Stąd wydaje się wskazany powrót do dyskusji nad ewentualnym przywróceniem w Polsce zasady konstytutywności wpisu w księdze wieczystej[150]. Należałoby również wprowadzić skuteczniejsze środki prawne zmierzające do urzeczywistnienia zasady powszechności tych ksiąg. Trzeba także z uwagą śledzić aktualne kierunki technologicznego rozwoju niemiec-

148 A. Stelmachowski, *W kwestii…, op. cit.,* s. 232.

149 Projekt nowa księga wieczysta, realizowany na podstawie ustawy z dnia 14 lutego 2003 roku o przenoszeniu treści księgi wieczystej do struktury księgi wieczystej prowadzonej w systemie informatycznym (Dz.U. nr 42, poz. 363).

150 Por. np. Z. Truszkiewicz, *Niektóre projektowane zmiany przepisów o własności i o księgach wieczystych w nowym kodeksie cywilnym,* Rejent, 2012, numer specjalny, s.146; T. Smyczyński, *Uwagi o wiarygodności ksiąg wieczystych. Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka,* red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 547 i n.

kich, austriackich i szwajcarskich ksiąg gruntowych, ze szczególnym uwzględnieniem podejmowanych tam prac zmierzających do zwiększenia roli elektronicznego obrotu nieruchomościami, przede wszystkim poprzez zapewnienie elektronicznej komunikacji z rejestrem. Jak wskazują poczynione powyżej rozważania, uwzględnienie tych postulatów nie oznaczałoby bynajmniej bezmyślnego kopiowania obcych wzorów; przyczyniłoby się wszelako do nadania polskim księgom wieczystym, jako instytucji zakorzenionej w systemie ksiąg gruntowych, należnego im znaczenia.

Abstract
From the history of "ground book"
(land registries in German countries)

In the article the Author makes an attempt to describe – in a broad historical perspective – the genesis and evolution of the German system of "ground book" (*Grundbuch*) as an instrument of registration of interests to land. The above-mentioned aim of the article affects its composition and its division into particular chapters. In the first chapter the earliest traditions of Germanic tribal laws were described, taking into account the essential means of land transfer publicization of those regulations, namely: *Sala, Gewere and Auflassung*. In the second chapter the Author discusses the genesis of the first "ground books" in the German medieval cities. The third chapter focuses on the basic land interests publicization systems operating in Germany in the modern period, i.e. following the reception of Roman law which strongly impeded the development of land registries in Germany. In the fourth chapter the current model of German *Grundbuch* was described, beginning from the 19th century codification until the present day problems, such as digitalization of land register and its future perspectives. In the fifth chapter the Author discusses the evolution of land registries in Austria and Switzerland. In the final remarks the Author makes an attempt to characterize the influence of the German system on the Polish regulations governing land registration and to formulate conclusions concerning the possible use of German rules in order to improve the Polish land registration system.
Key words: land registries, publicization of land transactions, transfer of interests in land, history of land registries in German countries

Streszczenie
Z historii ksiąg gruntowych (*Grundbücher*)

Celem artykułu jest przedstawienie rozwoju systemu ksiąg gruntowych przy uwzględnieniu szerokiej perspektywy historycznej. Realizacji tego celu służyć ma przyjęta systematyka pracy i jej podział na poszczególne rozdziały. W pierwszym rozdziale uwzględniono najwcześniejsze tradycje germańskich praw szczepowych, skupiając się

na analizie kluczowych dla ówczesnego systemu publicyzacji obrotu nieruchomościami pojęć: *Sala, Gewere* i *Auflassung*. W rozdziale drugim poruszono kwestię genezy pierwszych ksiąg gruntowych w miastach niemieckich okresu średniowiecza. Rozdział trzeci dotyczy podstawowych systemów publicyzacji praw do nieruchomości funkcjonujących w Niemczech w okresie nowożytnym, tj. po recepcji prawa rzymskiego, która zahamowała rozwój instytucji ksiąg gruntowych. Rozdział czwarty poświęcony został współczesnemu modelowi niemieckich ksiąg gruntowych, począwszy od kodyfikacji schyłku XIX wieku, a skończywszy na aktualnej problematyce komputeryzacji tego rejestru i jego perspektyw na przyszłość. W rozdziale piątym omówiono z kolei historyczny rozwój instytucji ksiąg gruntowych w Austrii i Szwajcarii. W ramach uwag końcowych scharakteryzowano wpływ, jaki system ksiąg gruntowych wywierał na regulacje obowiązujące na ziemiach polskich, ze szczególnym uwzględnieniem unormowań obowiązujących na obszarze poszczególnych zaborów oraz rozwiązań przyjętych przez prawo zunifikowane po II wojnie światowej, jak również sformułowano wnioski *de lege ferenda* co do możliwości wykorzystania niektórych zasad typowych dla ksiąg gruntowych w ramach polskiego modelu ksiąg wieczystych.

Słowa kluczowe: rejestry nieruchomości, jawność obrotu nieruchomościami, przeniesienie praw do nieruchomości, historia rejestrów nieruchomości w krajach niemieckich

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 111–118 (2015)

Nadia Petechel
Doctoral Student, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine

Medical insurance: ways of incipience

The acceptance of principal legislative acts regulating insurance relations, and the fact that the state is no longer has a monopoly in implementing such relations, has begun a new period in the development of insurance legal relationships in Ukraine.

Due to the constitution of Ukraine the state's duty is to facilitate the realization of human rights, in particular those related to life, health and social defence of the population. However, the mechanism of realizing these rights entirely by the state's methods is nowadays insufficient. Therefore the possibility of realizing given rights is provided by contractual regulation, as only with the help of citizens can a suitable situation be created to realize those rights guaranteed by the Basic State Law and the other regulations of rights and freedoms.

The institute of insurance in the present environment is required to guarantee the defence of economic interests, in order to maintain a suitable level of prosperity and health.

Nowadays insurance belongs to the number of those spheres of activity which are developing dynamically. The institute of insurance has long been known to the civil law of Ukraine. But as for the relations in the sphere of medical insurance a great problem arises, as medical insurance in Ukraine is still undefined.

The importance of this question is that medical insurance is a form of protection from risks that threaten the most valuable aspect of human relations – man's health and life. Medical insurance as a form of social defence in the field of health protection guarantees the provision of medical care under all circumstances, including illness and accident.

According to Article 49 of the Constitution of Ukraine, every person has a right to health protection, medical care and medical insurance. The state creates the environment for providing all the citizens with effective and accessible

medical service. In accordance with Article 18 of the Legislation Background of Ukraine regarding health protection the state is responsible for the creation and functioning of the system of medical insurance for the population[1].

Medical insurance deals with an insurance risk related to expenses resulting from medical care when the insured accident occurs. Medical insurance guarantees the payment of fees for treatment of the ailment for which the insured person is covered by means of insurance contributions.

Medical insurance may be defined as a defence of the citizens' interests in the event of bad health for any reason, including illness and accident, and it is related to compensation of expenses in the form of payment for medical care and other expenses related to health support: hospital or ambulatory treatment, purchasing medicine, dental care,, carrying out preventive measures etc. The defining feature of medical insurance is a method of providing an insurance defence and it is given in the form of medical services.

The legislative background of the development of non-state medical insurance has been the Law of Ukraine "On insurance" by Article 6, where obligatory medical insurance is provided. In particular, it should be defined as obligatory medical insurance of citizens who arrive to Crimea rest, which was introduced in 1997 as an experiment because of the necessity to compensate the expenses of local sanatoria for treatment of citizens during their rest in the resort on the peninsula[2].

According to V.V. Kostytskiy, one of the reasons for insufficient development of free-choice forms of medical insurance is institutional. Absence of a clearly and properly compiled legislation regarding the functioning of free-choice medical insurance and relative state control, on the one hand – it does not allow to create the reliable non-state systems of medical insurance being clear for public; on the other hand – it generates criminal financial organizations that undermine the public trust[3].

The other reason for the slow development of free-choice medical insurance is the public mistrust of private insurance companies and non-state social funds.

The next reason is economic, namely unstable growth in productivity and real income. Financial difficulties prevent people from investing extra money in non-state insurance companies. Only those with high and stable income can afford to avail of such services.

---

1 The Law of Ukraine «The Legislation Background of Ukraine about health protection» dated November 19th, 1992 together with changes and amendments in the wording dated January 1st, 2013.

2 The regulation of Cabinet of Ministers of Ukraine dated on June 28th, 1997 "On carrying out an experiment of providing the citizens coming to Crimea for rest with compulsory medical insurance".

3 V.V. Kostytskiy, *Social economical and legal challenges of establishing medical insurance in Ukraine*, "The Law of Ukraine" 2001, No. 12, p. 94–99.

As world experience testifies, reduction of financial possibilities of the state financing of medical programmes must be accompanied by the development of systems of private medical insurance, but the private systems do not reject the problem of financing of the state medical care.

The complete fulfillment of citizens' rights to medical insurance may only be realized by the improvement of the existing system of free-choice medical insurance and by the establishment of comprehensive medical insurance, which is included in the Legislation Background of Ukraine regarding health protection and comprehensive state social insurance[4].

In world practice medical insurance is a part of medical care system determined as a defence that is given to its members by public activities and carried out in the form of obligatory medical insurance, private medical insurance, paid and free medical care and special additional medical programs. The obligatory medical insurance is financed by insurance premiums and founded on solidarity and mutual support in the event that insured parties need medical service.

Free-choice medical insurance is a form of defence of citizens' interests in the event of ill health for any reason. It is related to the citizens' compensation expenses for fees for medical care, and related to health support:

– by visiting doctors and by clinical treatment;
– by purchasing medicine;
– by hospital treatment;
– by being given dental care or dental prosthesis;
– by providing preventive health measures etc.

In different countries there are different systems of medical care, but they are united by the fact that their national policies are based on the law which suits the accepted international rules and standards written in most international legal regulations of the United Nations Organization (UN), the European Council (EC), the World Health Organization (WHO) and others. For example, Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights states that everyone has a right to medical care necessary to maintain their health and the health of their family[5].

Most member states of the Economic Commonwealth and Development Organization (ECDO) when solving the issues of financing and providing health protection follow three basic principles:

1) providing equal access to health care services for all citizens based on united participation of the poor and the rich, the sick and the healthy, the young and the old not depending on residence;

---

4 *Ibidem.*

5 Universal declaration of human rights dated December 10th, 1948.

2) high quality of health care services, i.e. citizens' health and satisfaction of citizens' needs with normal expenses;
3) the maximally acceptable proportion of national resources that can be used to satisfy the citizens' health care needs.

Even in countries, where they mainly rely on medical insurance, there can be special necessities for additional medical care for persons who are not enrolled in the general system or whose income does not allow them to use insurance services.

Basic principles of additional medical care:

1) medical help is based on the law and given to those categories of citizens who are not covered bylegal medical insurance;
2) all charges are the responsibility of the state or authorities;
3) when estimating needs personal wealth and extra income are taken into consideration. This calculation does not include money from some sources, for example, from little personal savings;
4) providing medical care to ensure the total disposable income of a recipient does not fall below the determined social minimum, taking into account such factors as family size and necessary expenses;
5) additional medical insurance is characterized by its charity because it is orientated to solve a particular problem and, unlike social insurance, it gives a sufficient amount of help under the condition that such adequacy is determined by the law[6].

Financing the medical insurance system is carried out by traditional methods which operate in most countries; many of them do not take costs for obligatory medical insurance from the other costs for social insurance, and workers and entrepreneurs contribute unified costs from about 9 to 20%.

In most countries in the world three models of financing health care are used: from social funds of consumption; from private funds and from mixed funds.

The particularity of financing model from social funds of consumption is that only two ways are used for collecting money to fund medical care: taxes, payments in social public funds of medical insurance or a combination of these sources. Thus, financing health protection is carried out by taxes in such countries as Ireland, Great Britain, Canada, Spain and Scandinavian countries.

The finance model has been founded on the basis of public insurance in such countries as Belgium, France, Germany, Japan, Luxemburg and Netherlands.

The second model is the system of private financing which practically does not finance health care from social funds. Such systems finance the costs exceptionally from private sources or direct payment to the provider of medical ser-

[6] V.V. Kostytskiy, *Social economical…*, *op. cit.*, p. 94–99.

vices, and also the combinations of these sources. There is no system of financing health care in the world that is founded exceptionally on private principles.

There is the third model of financing health care in many countries, namely the social-private one which provides funds in three ways:

1) from social funds and from private insurance funds (the Netherlands);
2) from private insurance funds and from social funds for serving specific groups of the population (The USA);
3) from social and private insurance funds.

For example, in Canada fees for treatment are covered by social insurance, as is purchasing medicine on prescription from clinics, but dental services are paid for by private insurance.

All models of financing health care systems have been completed with the help of world experience and the historical background unique to particular countries. They develop, change and do not exist in a "true form". However, all of them provide treatment of citizens in case of illness. Nevertheless, the measures to prevent some diseases and to protect health are not practically predicted. In many cases providing insurance excludes the provision of services which were not clearly determined.

The experience of providing medical insurance for financing health protection in Hungary, the Czech Republic, Latvia, Estonia and other countries, which are reforming the system of medical care, shows the presence of several problems that need to be solved immediately.

Firstly, there is a structural deficit generated by the payments of workers that must compensate the needs of most users of health care services, namely the disabled population.

Secondly, contribution to payments from salary extracts up to the considerable increase of labour cost, that leads to unemployment and its transfer to the informal sector.

Thirdly, the state loses control of charges, as of the level of recoupment and charges are determined by the mainly independent funds of medical insurance.

Fourthly, many problems arise in defining money distribution mechanisms between medical services providers i.e. hospitals and doctors. There is also a problem of excessive medical care (it is beneficial for the doctor to offer the patient additional and rather expensive treatment that an insurance company must pay).

To prevent this process one should forecast the limitation of taxation level (as has been the experience in Canada) and develop a carefully planned and well-regulated system of paying for particular services.

Reforming the system of health protection in Ukraine must necessarily solve at least two principal problems:

1) encouragement of the work of doctors by the possibility of being paid for the results of treatment;
2) the development of competition between state and private health care institutions.

The draft of the Law "On obligatory state medical insurance" dated April 5th, 2013, that had been offered, contains a range of conceptual defects.

In the Constitution of Ukraine obligatory state social insurance is defined as insurance payments from citizens, enterprises, establishments and organizations, and also budgetary and other sources of social care (Article 46) and medical insurance (Article 49).

The constitutional court of Ukraine noted in its judgement that the Principal State Law gives everyone the right to medical insurance. The concept of medical care, the ways of establishment of medical insurance (including state insurance), the development and use of free-choice medical services that work beyond medical care on a fee basis in state and communal health care institutions and the list of such services must be determined by the law[7].

It is impossible to avoid the fact that there will be tax pressure both on citizens and on employers, occupied with the own business of individuals, educational establishments, local budgets. In the current economic conditions, it will lead to more involvement of the informal economy, increasing budgetary charges and resulting in numerous abuses in this field.

Thus, the draft of the Law "On obligatory state medical insurance" must forecasts the division of the types of activity that can be financed and fulfilled entirely by private markets and those which are characterized by important collective elements, so that costs may be more evenly distributed.

We should also bear in mind the possibility of competition between various services that can be given by the private sector; the availability of information about the use of state facilities and insurance money for health care and giving "voting rights" to the consumers of medical services.

Reforming the system of health care needs to be planned carefully and be inspected by the public.

Attention should be paid to implementing a stage-by-stage system of medical care that must provide a fundamentally new social infrastructure adapted to marketing and create the mechanisms of legal, social economic and financial interrelations between the suppliers and the users of medical services.

---

[7] The judgement of Constitutional Court of Ukraine in the matter N 1-13/2002 followed by the constitutional petition of 53 Ukrainian deputies for official interpretation of the regulation, part 3, Article 49 Constitution of Ukraine "medical care is given free of charge in state and communal health care institutions" (the matter of free medical care) dated May 29th, 2002, "Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine" 2002, No. 3, p. 19.

Citizens must be provided with an obligatory medical insurance certificate. Special attention should be paid to the process of making contracts between the medical insurance fund and health care institutions.

Nowadays the key to medical insurance development is considered to be the project "Assistance – Ukraine". The experience of organizing the systems of providing various types of help by the insured, so-called "Assistance" systems in western countries, is only partly adapted to the situation in Ukraine. Creating "Assistance – Ukraine" centres forecasts improving the organization of providing the citizens of Ukraine, foreigners and persons without citizenship with medical care; resolving issues related to the compensation of charges for medical care to the citizens of Ukraine during their temporary stay abroad; accelerating the medical insurance market and working out the basic elements of the medical insurance system[8].

Before the completion of the medical insurance system in Ukraine careful research of the experience in other countries is required, in order to avoid a number of mistakes, to understand properly the specification of these or other forms of medical insurance and finally to work out such a program of reforming health care that will be the most acceptable and effective.

The popularity of medical insurance in Ukraine is growing every year, as can be seen from the increase in both the number of signed contracts and the sums of insurance payments. There are currently approximately 30 insurance companies active in the medical insurance market, the average payments of which represent more than 60%. Statistics show that the share of medical insurance services in the general insurance market is only 2,6% of the total amount of the population, including individual insurers – less than 1%[9]. However, in the recent crisis of the Ukrainian economy, medical insurance is gradually reaching a high segment of the home insurance market, its growth rate superseded only by that of motor car insurance.

The fundamental characteristic of medical insurance is coordination of state guarantees for providing medical care with the financial resources of the system.

Today in the state there are a few approaches how to develop the system of state medical insurance:

– with the possible involvement of insurance companies;
– by the association of social medical insurance and obligatory state social insurance because of rates of temporary disability;

---

[8] The regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine (CMU) dated December 4th, 1998 "On the creation of a range of institutions for the provision of medical care assistance – Ukraine".

[9] *Cooperation in Yalta. Medical insurance in Ukraine*, "Insurance Matter" 2006, No. 3, p. 60–61.

– providing medical insurance as a separate type of insurance with corresponding control system on a tripartite basis[10].

Establishing medical insurance standards in Ukraine must take international precedents into consideration.

Solving all these problems needs time, financial resources and corresponding specialists. The state must consider appropriate legislation that would protect all subjects' interests in the medical insurance market. Insurance companies, in turn, can make efforts to inform the public of medical insurance.

Thus, the development of medical insurance is a substantial step forward of both Ukrainian health protection and the law. The acceptance of corresponding laws will serve to establish a competitive model of medical insurance in Ukraine and to create conditions whereby the insured party has a greater choice of insurer and medical agency, to provide the public with accessible information regarding the activity of insurers and medical agencies and to allow medical organizations of different legal forms to participate in free-choice medical insurance.

Abstract
Medical insurance: ways of incipience

The article concentrates on the main reasons for the weak development of medical insurance in Ukraine and prospects for introducing medical insurance there. The author examines worldwide practice of medical insurance as a part of a system of medical support. Based on the analysis of international experiences and Ukrainian developments, the author emphasizes the gradual introduction of medical insurance in Ukraine.
Key words: insurance, medical insurance, health protection, medical services

Streszczenie
Ubezpieczenia medyczne – uwagi wstępne

Tematem artykułu jest analiza głównych przyczyn słabego rozwoju ubezpieczenia zdrowotnego na Ukrainie i możliwości jego dalszego rozwoju. Autor rozpatruje sytuację ubezpieczenia zdrowotnego jako część systemu pomocy medycznej. Na podstawie analizy międzynarodowych przykładów i sytuacji na Ukrainie, autor zwraca uwagę na stopniowe wdrażanie ubezpieczenia zdrowotnego na Ukrainie.
Słowa kluczowe: ubezpieczenie, ubezpieczenie zdrowotne, ochrona zdrowia, usługi medyczne

[10] L.I. Novoselska, *The ways of fulfilling social medical insurance in Ukraine*, "Scientific Bulletin" 2009, No. 18.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 119–124 (2015)

Oleg Kuzmych
PhD, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine

The contract of donation with the duty of the donee in favour of a third person in the civil law of Ukraine

The CC (Civil Code) of Ukraine unlike the CC of the Ukrainian SSR, directly provides such a donation agreement as the agreement with the obligation of the donee in favour of a third party (Article 275, CC of Ukraine).

Thus, according to Chapter 1 of this legal norm, by the donation agreement the obligation of the donee can be established to commit an action of a material nature in favour of a third party or refrain from committing such an action (transfer a sum of money or other possessions, pay cash rent, entitle usufruct of a gift or a part of it, not to bring claims against the third party such as eviction etc.). Besides, as provided in Section 2 of this article, a donor may require from a donee a performance of the assigned obligation in favour of a third party. In the event of the donor's death, the announcement of his/her death, considering him/her missing or disabled, a beneficiary is entitled to require a donee to perform the obligation to a third person.

In legal literature there is a rather ambiguous attitude to this structure of the contract, so the question is what led to the need to implement it on the legislative level and to what degree its specificity is consistent with the legal nature of the donation agreement on the whole, and with its gratuitous nature in particular. In order to answer this question we should first of all examine the doctrinal provisions which are the basis of the contract formation on the whole.

As I.V. Venedyctova states every agreement is concluded with some purpose. The legal purpose of the agreement is a part of the agreement and its material base. By the conclusion of the agreement certain interests are implemented, where the contract serves as a means to meet them. These provisions are the mononorms, that apply to certain individuals and match their interests in the implementation of specific actions, transition of benefits etc.

Therefore, the author argues that the contract is, on the one hand, always the result of an agreement on the balance of interests which the parties aim to implement, and on the other hand it is a flexible legal construction of the implementation of legal interests protected by law and reflected in specific legal relationships[1].

Besides, as the writer notes, interest is a kind of control of behaviour. The agreement is also a regulator. But at the same time the agreement is a form of expression of interest, the means of its implementation. It is almost a perfect form of the activity performed by participants of civil interaction, a form of meeting their legitimate interests[2].

It is impossible to disagree with the above description, especially with regard to contractual structures involving third parties, because due to the interest of either party of such contracts, they can be implemented by persons who are not the parties of such contracts, and do not participate in their conclusion either directly or indirectly.

Interest, as V.A. Vasilieva comments, is something the subject engaging in public relations intends to meet. The object of public relationships, that is the benefit that can satisfy the needs that arise, serves as the means of meeting public interest[3]. Interest is a need which took the form of conscious motives and manifestation of wishes in life, intentions, aspirations which are reflected in those relations that people become involved in during the process of their activities[4].

Without going into a detailed analysis of the category of 'interest', one can affirm that if an individual lacks certain benefits it leads to of a need, which passing through the consciousness of a person becomes his/her interest, and in order to meet it a person becomes involved in civil relationships. Receiving certain benefits, to meet which a person becomes involved in civil relationships, leads to the satisfaction of interest and therefore to the elimination of needs.

Therefore, understanding the nature of interest as a fundamental category which is the basis of the formation of all agreements including agreements involving third parties, as well as the structure of the donation contract with the obligation of a donee in favour of a third party, which is reflected in the provisions of Art. 725, CC of Ukraine, one can conclude that the precondition of the donee's obligation in favour of a third person is a need of the

---

1 I.V. Venedyktova, *Protection of legitimate interests in civil law: monograph*, Yurinkom Inter, Kiev 2014, p. 208.

2 *Ibidem.*

3 V.A. Vasilieva, *Civil and legal regulation of the activities on mediation services: monograph*, Edition of Precarpathian National V. Stefanyk University, Ivano-Frankivsk 2006, p. 130–131.

4 V.P. Grybanov, *Interest in Civil Law*, "The Soviet State and the Law" 1967, No. 1, p. 49–56.

donor to provide relevant benefits to a third party; the appearance of this need is thus conditioned by exclusion of the donor`s property in this way. The needs of a third party determine the content of the donor's requirements as the donor is a party that enters into a contract, therefore meeting the needs of a third party means at the same time meeting the needs of the donor. Thus, the way of meeting the needs of a third party cannot contradict the legal nature of the donation contract on the one hand and the interests of the donee on the other hand.

From this perspective, the structure of the donation agreement with the obligation of the donee in favour of a third person cannot contradict the legal nature of the donation contract, including its gratuitous nature. The discussion can occur only regarding the actions that can constitute such a duty.

The above analysis also justifies the expediency of this contract being introduced on the legislative level. Moreover, taking into consideration the property status or age of the donor, he/she may not have another opportunity in the future to take care of the interests of a third party. Thus, parents giving a house to their son, because of their property status, may oblige the son as the donee of the agreement to provide a right of temporary use of one of the rooms in the house to their other child, for example before his/her marriage or before a certain age etc. Thus parents with several children, while donating their property, are able to take care of the interests of each of them. In this way the protective function of the donee's obligation in favour of a third person is fulfilled, which is why determination of this obligation while preparing contracts of donation cannot contradict their legal nature.

For these reasons, we cannot agree with the following conclusions made by V.V. Novikova. In particular, according to Novikova, it does not matter in favour of what person, the donor or a third person, a donee should transfer property. Actions in favour of a third person do not change the nature of relations appearing, and in any case thedonee is obliged to take actions regarding the transfer of property. There is no doubt, Novikova argues, that fulfilment of property obligations regarding a third party does not differ from the same fulfilment in favour of the donor. Therefore, recognizing the possibility of relying on a third person, the law in this respect should be consistent regarding the donor himself/herself[5].

In particular, if the appearance of the donee's obligation to a third person is connected with the protection of interests of a third party, then what kind of interests can we speak about from this perspective, if the obligation of a donee in favour of the donor himself/herself is fulfilled? On the other

[5] V.V. Novikova, *Gratuitous contracts in civil law of Ukraine*, Ksylon, Kharkiv 2008, p. 67–68.

hand if in case of the granting of property, the property status of the donor is impaired, then what kind of need of alienation of the property by the participants of civil relations in this way can we mean? In this case it would be more reasonable to make, for example, a contract of perpetual maintenance, lease agreement, etc.

Therefore, we can conclude that the particular nature of the contractual structure analysed is the fact that by providing the possibility of granting property by one person to another it allows the participants of civil relations simultaneously to protect the interests of a third party, particularly through the appearance of a respective obligation of the donee in favour of the latter. That is to say, the basis for the the donee's obligation regarding a third person is the need to protect the interests of the latter, the emergence of this need being caused by alienation of his/her property by a member of civil relations in this way. This is why the agreement of donation with the obligation of a donee in favour of a third person, just as any other agreement, is the agreement concluded by subjects of civil rights, solely based on their own interests. This conclusion applies to both counterparties of the agreement analysed in this article. Regarding the interests of the donor, it is expressed by the need to provide benefits, both to the person who becomes a donee and to the person who benefits from the duty of the donee. Therefore the interest, which influences the subjects of civil rights in a way that they make such agreements, is the one characterized by a dual legal nature.

Unlike other contractual structures involving third parties, namely the contract in favour of a third party and agreement on the fulfilment of certain actions for a third party, the specific nature of the contract under research is that it allows the subjects of civil legal relations to meet relevant needs of both: a counterparty of the contract (a donee) and a third party. Regarding the donee, this is property granted to him/her, as for the third person, these are corresponding actions of the donee in favour of a third party or refraining from such actions regarding property transfer.

Researching the legal nature of the contract in civil law B.L. Haskelberh and V.V. Rovnyi emphasise the fact that the idea of a contract is based on the balance of the interests of those who are party to it.[6] Agreeing with this statement, and in particular, concerning contractual structures involving third parties, one can conclude that interest is a legal category under the influence of which, on the one hand, there is a formation of contractual structures, while the balance of interests is determined between the subjects of such structures.

---

[6] B.L. Khaskelberg, *Consensual and real contracts in civil law*, [in:] B.L. Khaskelberg, V.V. Rovnyi, second edition, Status, Moscow 2004, p. 48.

As for the balance of interests of the contractual structure considered here, it is above all provided by a set of rights and obligations, which are possessed not only by both parties of the agreement but also by third parties.

The obligation of the donee to a third party corresponds to donor's legal right to claim and only due to circumstances provided by Section 2 of the second part of Article 725, CC of Ukraine can such an obligation correspond to the third party's legal right to claim. Considering the fact that the basis for the appearance of the donee's obligation in favour of a third person must be the category of "acceptance" of property (the gift) rather than its "transfer" due to the legal nature of the donation contract, since the time when the contract analysed was concluded, no legal rights of the donor regarding the donee's obligation to a third party can appear. An exception to this rule can only be made while signing the contract in such a way that the time of the conclusion matches the time of the acceptance of the donee's property (the gift).

Anticipating the general provisions of the structure of the donation contract with obligation in favour of a third party the law clearly states the time when a third party can be entitled to the right of claim (Section 2 part. 2, Art. 725 CC of Ukraine). It should be noted that because of the nature of such a contract the counterparties have a limited ability to influence the time when this right of a third party appears. This conclusion is based on the fact that this right is not the one based on the agreement of counterparties that is typical for the contracts in favour of a third party. Such a right of a third party can appear according to the legislation (Section 2, part 2, Article 725, CC of Ukraine), that is a legislator links the time when third party's right to claim appears to the circumstances established by him/her (Section 2, part 2, Article 725, CC of Ukraine) and while concluding such contracts counterparties are not in the position to change this time. This indicates that the entitlement of the right to claim of the third person under no circumstances can be the purpose for concluding the contract of donation with the donee's obligation in favour of a third person.

The appearance of a third party's right to claim does not lead to the appearance of such legal rights as the right to change the contract or to terminate it. The legal rights in question are those that appear on the basis of legal facts. However, this does not mean that under the circumstances provided by Section 2, chapter 2, Article. 725, CC Ukraine, the contract under research cannot be terminated. This contract may be terminated primarily due to the circumstances provided by Art. 727 of the Civil Code of Ukraine; such cases will be discussed later.

The right to claim, which third party can be entitled to, has a binding nature. At the same time, the fact that the third party will be entitled to certain property rights may serve. as a legal consequence of its implementation.

The third party is not involved in the process of concluding the contract analysed here either directly or indirectly. Considering that this agreement does not provide for the emergence of any obligation of a third party, there is no need to obtain consent from him/her before signing such a contract.

Abstract
The contract of donation with the duty of the donee in favour of a third person in the civil law of Ukraine

The article deals with the problem of legal nature of the donation contract with the duty of the donee in favor of a third party in the civil legislation of Ukraine. On the basis of civil law and legal literature the specifics of such contract is revealed, as well as its correlation with other related contracts. Special attention is devoted to the right for claim that the third party gets entitled to due to such contracts.
Key words: a deed of a gift; donee; the third person

Streszczenie
Umowa darowizny z obowiązkiem obdarowanego na rzecz osoby trzeciej w ukraińskim prawie cywilnym

Artykuł dotyczy charakteru prawnego umowy darowizny w prawie cywilnym Ukrainy, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązków obdarowanego na rzecz osoby trzeciej. W świetle norm prawa cywilnego i dorobku doktryny jawny jest charakter omawianych zobowiązań, jak również ich powiązania z innymi umowami. Szczególną uwagę poświęcono uprawnieniu osoby trzeciej do żądania wykonania wobec niej obowiązku nałożonego przez darczyńcę na obdarowanego.
Słowa kluczowe: akt darowizny, obdarowany, osoba trzecia

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 125–136 (2015)

Márto Leó Zaccaria
PhD, University of Debrecen, Debrecen, Hungary

Workplace harassment and victimisation in Hungarian legal practice

Raising the problem – conceptual questions of equal treatment in Hungarian law

Discrimination can emerge in several various forms and it is very important for any law system to establish the adequate concepts and definitions for each type of discrimination. I think it is the situation in connection with employment discrimination as well because employment and occupation are one of the most – or maybe the most – dangerous fields where discrimination usually emerges. The precise system of concepts and their correct interpretation is very much needed to protect the employees against the employers if the danger or risk of any kind of discrimination surfaces.

In Hungary these concepts are regulated mostly according to the main rules and principles of EU law but there are some specialities, of course. In my opinion the most interesting part of this kind of analysis is the emergence of these definitions in legal practice; both in the judicial practice and the legal practice of the Equal Treatment Authority. Direct and Indirect discrimination are the most common and "classical" forms of discrimination in employment but attention should be paid to harassment and victimisation as well because these also mean real dangers for the employees related to infringement of equal treatment. In the next few pages I try to analyse the idea, meaning and practical emergence of these two latter concepts in connection with employment in Hungarian legal practice.

Harassment as a form of discrimination

The concept of harassment

Ebktv. defines harassment as an act that violates human dignity emphasizing that it is typically of sexual type but it may be of other types, too[1]. The definitional core of the concept is the protected characteristics and its aim or effect, which is intimidation against a given person and creating degrading, hostile, humiliating or offensive circumstances[2]. In connection with the conceptual specialities of harassment it must be stated that they were analyzed in details by the Court of Justice of the European Union (in the following: CJEU) in the Coleman judgment[3]. Two elements of this interpretation should be emphasized because they are important from the point of Hungarian legal practice as well. On the one hand, the CJEU states that harassment is regarded to be a form of discrimination, consequently rules of burden of proof referring to direct and indirect discrimination should be applied for it, namely, the defendant or the person subject to proceedings has to prove that she/he has not committed harassment[4]. On the other hand, the CJEU supported the broadening interpretation of harassment in the sense that practically the employee did not have any protected characteristics, and the employer committed harassment on the basis that the employee's child was disabled. In my opinion this should be defined – according to the Ebktv. – as other situation but it would be of high importance referring to the broadening interpretation, since no case of this type has been occurred yet in Hungarian legal practice. Altogether we can come to the conclusion that the CJEU does not interpret the existence of protected characteristic on the basis of the directives too strictly.

However, it is not quite unambiguous on the basis of the Coleman judgment if the concept of harassment must be interpreted within the frames of general rules (direct and indirect discrimination) how the special rules laid

---

1 In connection with conceptual specialities and forms of emergence of harassment see: J. Hajdú, *Az alternatív vitamegoldási rendszerek szerepe a munkahelyi zaklatásos ügyek megoldásában*, Acta Universitatis Szegediensis De Attila József Nominate Acta Juridica et Politica 1999, 9–20; S. Robin-Olivier, *French prohibition of harassment at work: A case of complex articulation of moral and sex, under European influence*, "European Labour Law Journal" 2010, 1, 1, p. 141–146.

2 The definition highlights that harassment can be practically anything, which can cause this kind of infringement of rights; because the main point of harassment is violation of human dignity. See: E. Quill, *Employers' Liability for Bullying and Harassment*, "International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2005, 21, 4, p. 645–666.

3 C-303/06. Coleman [2008] ECR I-5603.

4 C-303/06. Coleman [2008] ECR I-5603., points 61 and 62.

down in article 2. § paragraph (3) of Directive 2000/78/EC should be applied[5]. This problem in Hungarian law in connection with the strict conceptual distinction of Act CXXV of 2003 on Equal Treatment and Promoting Equal Opportunities (in the following: Ebktv.) is rather irrelevant, but on the basis of the judgment the broadening interpretation seems to be justified.

Workplace harassment can be observed in practice, but most of these kinds of cases remain without labour law consequences contrary to the direct or indirect discrimination and harassment. Naturally, several such cases are known, but typically they become known in the proceedings before the Equal Treatment Authority and not before the courts[6].

Harassment in the legal practice of the Equal Treatment Authority

In Hungarian law there is a commitment of the Equal Treatment Council Board about the concept of harassment[7], so referring to conceptual clarification it is appropriate to overview it briefly. The commitment treats sexual harassment as a separated category but pays attention to the fact that according to the text of the Ebktv.[8] the general concept of harassment also contains sexual harassment, namely, it has not got any other concept, but of course, it is not necessary either. This way the same rules refer to these concepts and they must be judged the same way in administrative and judicial procedures. This clarification is important since harassment cannot be realized only as sexual content exclusively[9]; however sexual harassment is one of the most typical examples of workplace harassments and regarding this fact the need for its independent definition in the Ebktv. may arise[10]. Albeit with my opin-

---

5 C. O'Cinneide, *The Evolution and Impact of the Case-law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, http://www.non-discrimination.net/content/media/Evolution%20and%20Impact%20EN%20FINAL.pdf (24.05.2014), European Commission, EU 2012, p. 41.

6 This kind of harassment is typical against women employees. See e.g.: judgment No. BH 347/2011. But it is not typical in Hungary exclusively that all forms of workplace discrimination occur against women more frequently. See in this regard: S.D. Burri, F. Dorssemont, *The Transportation of the Race Directive (2000/43/EC) and the Framework Directive on Equal Treatment in Employment (2000/78/EC) in Dutch and Belgian Law*, "International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2005, 21, 4, p. 537–570.

7 Commitment No. 384/5/2008. (IV. 10.) TT. sz. on the concept of harassment and sexual harassment.

8 Article 10. § paragraph (1) of the Ebktv.

9 C. Tobler, *Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersntia, Antwerpen–Oxford 2005, p. 48–49.

10 T. Gyulavári, *Három évvel az antidiszkriminációs szabályozás reformja után*, „Esély" 2007, 18, 3, p. 19–20. According to this the need for separate definitions can be raised as follows; the general concept of Hungarian law is narrower than the concept of sexual harassment in EU law based on the definitions of Directives 2000/78/EC, 2000/43/EC and a 2006/54/EC.

ion it is not necessary in case of the correct interpretation of the framework definition of the Ebktv.

Furthermore, the commitment states that the broadening interpretation of both harassment and sexual harassment is necessary at least regarding that harassment can be performed by both active or passive behaviour, and on the harassing party (at present the employer) not only intentional behaviour can result harassment. Namely, during the correct interpretation of the concept the result of the harassing behaviour must be kept in mind but not the harassing person's circumstances, e. g. the person's state of mind. This kind of restriction would be unjustified since the essence of the concept of harassment is that the victim's human dignity is infringed, emphasizing that the guidelines of the directives[11] focus on the remedy of the rights of the harassed party and the prevention of any future harassments.

The commitment declares that in everyday life in connection with employment relationship we can often experience harassment or sexual harassment, so its prohibition in the Ebktv. refers to employment as well. According to the commitment the definition of harassment in the Ebktv. is narrower than the definition of harassment of the above mentioned directives, but this fact can be balanced properly by preferable justifying rules of the Ebktv. since the employer has possibility of justifying herself/himself but only according to article 19. § of the Ebktv. It seems to be an effective mean of protection on the employees' side. Moreover, the commitment gives typical examples where harassment is taken place and other examples where not. Several of these cases will be analyzed in details in the following.

First of all it is necessary to state that to explore the causes of harassment is rather difficult[12], especially in connection with employment relationship, mainly because to judge whether the suffered violation was really based on the harassed party's protected characteristic is often not unambiguous[13], and what is more, harassment often causes such fear and sense of intimidation for

---

[11] Primarily article 2. paragraph (3) of Framework Directive 2000/78/EC, article 2. paragraph (3) of Directive 2000/43/EC and article 2. paragraph (2) of Directive 2002/43/EC are relevant in connection with this concept.

[12] At the same time judgment of the Curia of Hungary No. KGD 79/2013 tries to explain this situation carefully because it states that in case of workplace harassment the main rules of the Ebktv. for burden of proof should be applied. So the employee has to presume that she/he suffered infringement of rights and has protected characteristic at the same time and after that the employer has to prove that she/he did not violate the principle of equal treatment. According to this judgment these rules have great importance in connection with harassment.

[13] V. Howes, *The Law of Harassment in the UK: A Growing Concern*, "International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2009, 25, 2, 1p. 92–193.

the employee referring to the future that the party suffered harassment does not necessarily file for action[14].

On examining the single resolutions of the Equal Treatment Authority regarding their content resolutions No. 126/2012., 1/2012. and 25/2008. can be connected since their basis were workplace harassment performed in its "classical" form and rather clear. In the first two cases the applicant was a woman who suffered sexual harassment and humiliating behaviour and they continuously received sexual bid and after the refusal the employer tried to hurt them at their workplaces. These cases are rather clear since the behaviour of the employer – or the employer's subordinate – covers the definition of harassment in the Ebktv. and it is also common in these cases that the employer could provide justification in merit[15]. In resolution No. 25/2008. the employer performed harassment since the employer did not prevent that the employees and a subordinate leader continuously made hostile, aggressive environment because the applicant earlier made an announcement to the management of the firm because of a lost television which was the firm's property. It was clear that she/he was insulted because of the announcement for a rather long time and as a consequence of this she/he was on sick leave, so it cannot be questioned whether it was workplace harassment. It is noteworthy that this approach – correctly – interprets the concept of the Ebktv. broadening, this way it is consistent with the regulations of the aforementioned directives. It is very important because in connection with performing harassment it is not the employer's behaviour what is emphasized but the fact whether the working environment (either the other employees' behaviour) violates the employee who suffered harassment regarding any of her/his protected characteristic[16]. In my opinion it is doubtless that such a case must be judged this way.

The employer's behaviour during term of probation can be regarded as harassment if the employer is continuously intimidating the employee by statements of sexual content, jokes and because of them the harassed party expresses her/his displeasure[17]. So the termination of legal relationship dur-

---

[14] See the judicial practice of workplace harassment: judgment of the Curia No. Kfv. II.39.091/2011/10. The Curia states harassment according to the Ebktv. in this case but it is clear from the judgment that the problems of the judicial practice and the Equal Treatment Authority's practice are still the same.

[15] Her/his proving consisted of the lack of her/his intention of harassing behaviour.

[16] T. Gyulavári, A.K. Kádár, *A magyar antidiszkriminációs jog vázlata*, Bíbor Kiadó, Miskolc 2009, p. 80–81.

[17] Resolution No. 69/2006. See in connection with termination of employment relationship resulting direct discrimination during the term of probation: resolutions No. 464/2012, 585/2012, 23/2011, 122/2010, 1201/2008 and 516/2007.

ing term of probation could be traced back to harassment and resistance against it, and the harassment itself could be traced back to the womanhood of the employee, so all the elements of article 10. § paragraph (1) of the Ebktv. occurs and its main proof is that the employer's hostility was performed against the employee's protected characteristic. What is more, the employer connected to harassment a kind of sanction as consequence[18] what confirms the fulfilment of harassment in any case and raises the risk of victimisation, since in my opinion resistance against harassing behaviour can be regarded as excuse for violating the principle of equal treatment[19].

The employer did not perform harassment when she/he hit the employee really by such disadvantages of which consequences the workplace atmosphere deteriorated, but its cause was not any protected characteristic of the employee but their personal conflict[20]. It is important that even if the employer's measure was harassment-like behaviour, her/his activity is not factual because causality is missing from among the conceptual elements.

Furthermore, the Equal Treatment Authority makes an important statement in the resolution No. 519/2006. since the applicant marked other characteristic (situation) as base of discrimination what was her childlessness. In her opinion the employer openly granted privileges for those who had children, but she was not allowed to go for holiday when her mother was ill and that was the reason that she did not receive pay rise. The employer proved that other childless employees got pay rise, so the main cause of failure of pay rise was her deteriorating working performance while at issue of holiday the employer did not enforce family situation as directive aspect. Consequently, it can be stated that a case when a person feels that she/he is treated this way in general while the real causes of the suffered violation are concrete, recognizable, but not discriminative, cannot be regarded harassment[21]. Separately, childlessness can be other situation if at the workplace the employer treats an employee referring to this fact other way, but at the present case there is no

---

[18] It is because every kind of negative, offensive behaviour, which is based on protected characteristic, should be entitled in this circle. See: judgments C-81/12. Asociaţia ACCEPT kontra Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării [2013] ECLI:EU:C:2013:275. and C-303/06. Coleman [2008] ECR I-5603.

[19] A. Magicz, *A megtorlással szembeni védelem gyakorlati kérdései és a jogi szabályozás továbbfejlesztésének irányai*, [in:] B. Majtényi (ed.), *Lejtős pálya – Antidiszkrimináció és esélyegyenlőség*, L'Harmattan, Budapest 2009, p. 166–169.

[20] Resolution No. 344/2013.

[21] The Equal Treatment Authority stated a similar standpoint in resolution No. 86/2007 as follows. The employer could exempt herself/himself successfully because she/he proved that the harassing behaviour – asserted by the employee – did not happen at all and the other workplace troubles and atrocities did not exceed the level of the workplace conflicts that can be tolerated according to everyday life.

causal connection between the protected characteristic and perceived harassing behaviour.

Workplace harassment according to the legal interpretation of the Curia of Hungary

According to judgment No. BH 347/2011 of the Curia of Hungary (in the following: Curia) the concept of harassment should be interpreted broad, namely at workplace every oral or active behaviour for establishing sexual relationship by which the employer humiliates the employee (as a consequence of subordination) is harassment. According to the Curia in this respect it is not necessary to distinguish sexual harassment from harassment since the employer's behaviour violating human dignity fulfils both of them. However, the Curia states that to justify sexual harassment before the court is the employee's task, but in my opinion this does not come from the justification rules of the Ebktv. This argument of the Curia is confirmed by judgments No. Kfv.II.39.091/2011/10. and Kfv.IV.37.969/2009/7.

The employer's simple hostility cannot be regarded harassment even if its base is only the parties' some kind of former act. So the deteriorated employment relationship and/or the disciplinary sanction, which is illegal and inequitable according to the employee itself, cannot be regarded harassment, neither the employee's protected characteristic, which was not rendered likely in the concrete case[22]. To be more correct, the employee indicated – probably as other situation – that their relationship was deteriorated earlier and the employer violated the principle of equal treatment. This case is a good example that the conceptual elements defined in the Ebktv. must be examined carefully because different – disadvantageous for the employee – treatment itself does not necessarily result harassment, and it is confirmed by the lack of protected characteristic.

The Curia stated in judgment No. Mfv.I.10.197/2013/4 that termination of employment relationship was illegal because the extraordinary dismissal performed by the employer was harassment according to article 10. § paragraph (1) Ebktv. So the employer may perform harassment by a measurement of object of labour law because in a concrete –otherwise having legal consequences – case it may happen referring to a protected characteristic of the employee and this way violates human dignity. Namely, the employer's harassing behaviour resulted exemption, so the Curia regarded harassment proved. The employer could not exempt himself, he did not even present evidence on the merit, while it was unambiguous on the employee's referring

[22] Judgment No. Mfv.III.10.050/2013/4 of the Curia.

the situation probable that the employer performed extraordinary dismissal against her/him because of her incapacity and this way the employer infringed the employee's human dignity. This decision must be agreed because it is clear that harassment – even if it is an independent concept in the Ebktv. – is not a kind of separated, rare phenomenon, but a form of discrimination, which can be performed by any kind of behaviour of the employer.

Victimisation in connection with employment

Victimisation in EU law

According to article 10. § paragraph (3) of the Ebktv. victimisation is every attitude that causes injury to a person who makes objection, files for action because of violating the requirement of equal treatment or causes legal injury in connection with this, directing to causing legal infringement or threaten a person participating in the proceeding[23].

Article 11. of Directive 2000/78/EC – under the title victimisation – intends to ensure protection for the employees in case they suffer any disadvantage as a consequence of making steps e. g. file for action before the court or authority or only because they speak out against the employer's discriminative disposition[24]. This rule can be found in article 10. § paragraph (3) of the Ebktv. nearly word by word as a general prohibition and not directly keeping in mind the employees' protection. So victimisation is defined in general in the Ebktv. but at the same time the Directive names dismissal as one of the most important fields where Member States are required to ensure protection against victimisation, so this rule should be implemented in Hungarian law as well. It is true that such cases are relatively rare in the field of employment[25]; however most of these cases are not taken into procedure before the court or authority.

The conceptual elements of victimisation in the legal practice of the Equal Treatment Authority

Based on the practice of the Equal Treatment Authority it is necessary to examine the conceptual specialities of victimisation. In spite of the fact that victimisation in connection with employment does emerge not too often

[23] See for example the case of employer's revenge in judicial practice: judgment of the Curia No. KGD 111/2011.

[24] In connection with the elements of the definition Gyulavári – Kádár highlight that the discrimination on which victimisation is based and the behaviour causing the infringement of rights must be separated in time. See: T. Gyulavári, A.K. Kádár, p. 94–96.

[25] The Equal Treatment Authority has made only four resolutions yet. See the judicial practice: judgments of the Curia No. BDT 1778/2008 and No. Kfv.IV.37.694/2010/14.

among the published cases, it is a real danger for the employees in connection with their work or workplace attitude[26].

The Equal Treatment Council Board in the commitment No. 384/3/2008 (II. 27.) TT. sz. gives a comprehensive interpretation of the concept of victimisation it is necessary to introduce it briefly since the Council Board's standpoint focuses on present and actual legal problems of the directing practice.

The main function of the concept of victimisation is to guarantee the effectiveness of legal protection against discrimination, since if it would not be prohibited to perform any (further) disadvantage against those who made any kind of complaints in any forms against discrimination, they would suffer multiply and extreme restriction in their rights. Victimisation may be performed not only against persons with protected characteristics, and its performance is independent from the outcome of the original complaint proceeding. The resolution also emphasizes that in such cases the rules of burden of proof stated in article 19. § of the Ebktv. must be applied referring to the conceptual specialities of victimisation.

So we can speak about victimisation if its cause (discrimination complaint, objection) and its result, namely legal infringement as consequence exist at the same time. Discrimination complaint may be an objection against the measure, initiating a proceeding or taking part in it. In connection with the legal infringement it is necessary to emphasize that according to the commitment any real, done legal infringement is not necessary anyway, but the danger of its occurrence or threat of it may embody victimisation. It is not a need that the legal infringement should be in itemized concrete regulation, since any kind of behaviour may be victimizing, which violates human dignity, peremptory or mala fide[27]. Typical examples can be any kind of harassment, abuse of rights, disciplinary proceeding or any sanction against the employee, unjustified diversion, dismissal, etc. Regarding labour law aspect it is very important to declare that any of the employer's measure and behaviour, which is unjustified or arbitrary, may be victimisation, so to interpret the sphere of legal infringement as conceptual element in a broad sphere is justified[28].

---

[26] It is supported by article 11 of Framework Directive 2000/78/EC, article 9 of Directive 2000/43/EC and article 24 of Directive 2006/54/EC because they define both prohibition of victimisation and the concept of it. T. Gyulavári, A.K. Kádár, *A magyar*..., p. 94–101 and A. Magicz, p. 167–169.

[27] T. Gyulavári, A.K. Kádár, *A magyar*..., p. 94–101 and A. Magicz, *A megtorlással*..., p. 167–169.

[28] According to the judgment C-185/97 Belinda Jane Coote contra Granada Hospitality Ltd. [1998] ECR I-5199 of the CJEU – which is referred to in the cited commitment concerning victimisation as well – the employer can perform victimisation even after the termination of the employment relationship if she/he does not hand over the relevant documents for the employee. It is prohibited, of course as well and this results a broadening interpretation of victimisation in legal practice.

In resolution No. 150/2012 the Equal Treatment Authority declared the realization of victimisation because the employer established hostile environment for the complainant employee to such great extent that this could have resulted forced termination of the employment relationship. This hostile, threatening conduct from the employer's part was due to the employee's religious belief and was a base for the employee's continuous workplace harassment. According to the resolution it is beyond doubt that the employer's conduct violated the employee's human dignity and this could be traced back to one of her/his protected characteristics. Attention should be paid to the fact that the Equal Treatment Authority – not fully in accordance with the content of article 10. § paragraph (1) of the Ebktv. – marked as final argument the emergence of the cited protected characteristic, which was the base of victimisation; at the same time referring to the violation of human dignity.

Albeit with it may seem that the violation may have originated from the protected characteristic, but it was rather the base of harassment, which occurred earlier than the victimisation and was the base of further disadvantageous measures. This way the Equal Treatment Authority deals with all disadvantages connected, which were realized on the base of protected characteristic and disregards victimisation as a consequence. It should be added that the employee who suffered continuous harassment because of her/his religious belief previously made complaint to her/his maintenance, and in fact the situation got so far that the employee suffered workplace victimisation as it was described above, so it is a good example that harassment and victimisation naturally sequentially can be realized by the same act and motivation of the employer.

Similarly, the Equal Treatment Authority stated infringement of rights in resolution No. 88/2011 as follows. Employment relationship existed between the complainant employee and the employer for more than 20 years, but their relationship sharply changed when the employee filed labour issues against her/his employer in connection with wage discrimination. Then – as retribution – the employer forced termination and named reorganization as cause. However, the Equal Treatment Authority emphasized that even if termination of employment relationship had had a real base as the employer justified, the employer's conduct could perform victimisation since the termination did not have any other reason. This case is interesting since the consequences of a previous discrimination resulted victimisation, namely, the employer tried to revenge the labour law suit against the employee by the seemingly legal application of termination of employment relationship, in spite of the fact that apart from this the parties' employment relationship was without problems[29].

[29] This case is a good example for the following: as an employer it is very easy to commit victimisation based on a seemingly real circumstance. Victimisation can emerge in several ways and it is connected in most of the cases to the principle of equal treatment. See: D. Schiek,

Interpretation of victimisation in employment based on the Hungarian judicial practice

Regarding victimisation in the practice of the Curia important interpretations can be found in judgment No. KGD 111/2011 of the Curia since according to this resolution the employer performs conclusion of fact of victimisation if the employer conducts such behaviour toward a person who files for action against the employer and the legal infringement as base of the proceeding is proved. Namely, the Curia states that a proceeding filed for action because of a real legal infringement confirms the performance of victimisation against the employee.

According to the Curia the employer performs victimisation against the employee if the employer initiates amendment in the employment contract on such conditions, which are disadvantageous for the employee and this conduct of the employer results the termination of the employment relationship[30]. Namely, from among the conceptual elements of victimisation disadvantage definitely exists and its base in this case was that the employee turned to the Equal Treatment Authority because of violation of the principle of equal pay for equal work. This way the parties' relationship deteriorated and the employer tried to resolve the situation; so she/he initiated the amendment in the employment contract but this way the employee was forced into a situation, which was disadvantageous for her/him. So the conceptual elements in article 10. § paragraph (2) of the Ebktv. existed and we must agree with the decision in any case.

See another example: according to judgment No. Kfv.IV.37.694/2010/14 of the Curia the employer performs victimisation when denies the employee's participation in the teaching staff's excursion because the employee initiated suit against the employer regarding reward.

Conclusion

To sum up all the above mentioned it can be stated that the importance of concepts of harassment and victimisation is very high in connection with guaranteeing equality for the employees. But their real content and approach is not so unambiguous in every case; so in my opinion all the above explained aspects should be taken into consideration in the everyday legal practice.

The approach of the Hungarian law enforcement shows great similarities with the guidelines of the EU but I think some kind of unification and development is needed in connection with both definitions. I think this process

L. Waddington, M. Bell (eds.), *Cases, Materials, Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2007, p. 603–607.

[30] Judgment of the Curia No. Kfv.III.39.169/2011/7.

should be focused on the judicial practice because the legal practice of the Equal Treatment Authority seems quite structured, logic and well-based in most cases.

And as final consideration I would like to express my hopes according to the seriousness and correct interpretation in legal practice concerning harassment and victimisation because although they are not cited very usual in legal practice albeit with they mean real and actual threat for the employees' fundamental human right to equality and – of course – human dignity as well. So this way the specialities of employment relationships should be taken into consideration as well and equal treatment should (could?) be protected to the possible greatest extent.

Abstract
Workplace harassment and victimisation in Hungarian legal practice

This paper deals with some current questions of equal treatment, especially with regard to workplace discrimination. Direct and indirect discrimination are the most common forms of discrimination but attention should be paid to harassment and victimisation as well because these also represent real dangers for employees related to infringement of equal treatment. I intend to analyse the practical emergence of these concepts in connection with employment in Hungarian legal practice. I will examine individual resolutions of the Equal Treatment Authority and judgments of the Curia of Hungary. I will refer to the relevant directives of the European Union and mention some of the most important judgments of the Court of Justice of the European Union concerning harassment and victimisation. I give some considerations in accordance with the importance and correct interpretation of the relevant definitions.
Key words: equal treatment, harassment, human dignity, labour law, victimisation

Streszczenie
Molestowanie i mobbing w węgierskiej praktyce prawnej

Tematem niniejszego artykułu jest problematyka równouprawnienia, zwłaszcza ta, która dotyczy dyskryminacji w pracy. Bezpośrednia i pośrednia dyskryminacja są najbardziej powszechnymi formami tego zjawiska, ale należy zwracać uwagę również na molestowanie i mobbing ponieważ one także stanowią istotne zagrożenie naruszenia praw pracowników do równego traktowania. Autor rozpatrzy wyżej wymienione pojęcia w prawie węgierskim. Przeanalizuje pojedyncze rezolucje Komitetu do Równouprawnienia i wyroki węgierskiego Sądu Najwyższego. Będzie się odwoływał do istotnych rezolucji Unii Europejskiej i wspomni o najważniejszych orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnośnie molestowania i mobbingu. Autor będzie rozważył znaczenie i poprawną interpretację istotnych definicji.
Słowa kluczowe: równe traktowanie, molestowanie, godność człowieka, prawo pracy, wiktymizacja

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 137–158 (2015)

Wawrzyniec Serafin
doktorant, Akademia Leona Koźmińskiego

Zastosowanie probabilistyki w analizie zakresu zastosowania normy prawnej. Wstęp do dalszej dyskusji

Na przestrzeni ostatnich lat można w Polsce zaobserwować znaczny wzrost liczby uchwalanych przepisów prawnych. Można również dostrzec, że zakres zastosowania norm jest coraz węższy, a w konsekwencji liczba uchwalanych przepisów staje się coraz większa w stosunku do zakresu regulacji. Pozwala to przypuszczać, że w Polsce mamy do czynienia z nadprodukcją prawa, tzw. inflacją prawa. Choć same zjawisko inflacji prawa nie jest nowe, liczba uchwalanych w ostatnim czasie w Polsce przepisów wskazuje na to, że występuje ono w ustawodawstwie z coraz większą intensywnością. Już sama analiza liczby stanowionych rocznie aktów prawnych na przestrzeni ostatnich kilku lat pozwala przypuszczać, że taki kierunek w legislacji utrzyma się, a prawdopodobnie również nasili[1]. Przyczyn tego trendu jest wiele i mają one różnorodny charakter.

Z perspektywy teorii normy prawnej na szczególną uwagę zasługuje zależność między zakresem zastosowania normy prawnej a zjawiskiem inflacji prawa[2]. Jak zostało to już wyżej wspomniane, uchwalana jest bowiem coraz większa liczba przepisów zawierających normy o bardzo kazuistycznym charakterze. Zarówno w odniesieniu do już uregulowanych dziedzin, jak i do nowych, które dopiero stają się przedmiotem regulacji, zastosowanie tego

[1] W roku 2012 uchwalono 135 ustaw, w roku 2013 do 24 listopada uchwalono już ok. 120 ustaw, w roku 2012 Dziennik Ustaw liczy ponad 1500 pozycji, w roku 1965 r. było to ok. 330 pozycji. Dane za: www.isap.gov.pl [dostęp: 26.11.2013].

[2] S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 32: „Zakresem zastosowania jakiejś normy nazywamy więc klasę takich możliwych przyszłych sytuacji, w których norma ta znajduje zastosowanie, tzn. takich, kiedy adresat normy, określony przez nią indywidualnie, czy generalnie, znajdzie się w przewidzianych przez normę okolicznościach", zob. także: *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziembińskiego*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2007, s. 58 i 59.

typu norm może budzić wątpliwości[3]. W obu przypadkach pojawia się pytanie o zasadność uchwalenia normy prawnej ze względu na powszechność jej przyszłego użycia[4]. W odniesieniu do uregulowanych już zjawisk, odpowiedź na to pytanie wiąże się z zagadnieniem, czy szczególne przypadki, które ma regulować nowa norma prawna, są na tyle powszechne, iż uzasadniają modyfikację za pomocą *lex specialis* normy generalnej. W przypadku nowo regulowanych zdarzeń należy mieć na względzie, że liczba norm o kazuistycznym charakterze niezbędna do uregulowania danej dziedziny spraw, ze względu na ich zakres zastosowania, będzie zawsze większa niż norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym[5]. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że dla prawidłowej oceny zasadności uchwalenia przepisów zawierających daną normę prawną konieczne jest rozstrzygnięcie, czy przewidywana powszechność zastosowania danej normy prawnej jako *lex generalis* uzasadnia jej przyjęcie w projektowanym kształcie, czy też wymaga ona zmian zmierzających do nadania jej bardziej generalnego i abstrakcyjnego charakteru. Ewentualnie czy ze względu na powszechność zastosowania może zostać wykorzystana jako *lex specialis* do innych przepisów regulujących daną dziedzinę spraw w sposób generalny[6].

W celu rozstrzygnięcia przedstawionych wyżej kwestii w trakcie procesu legislacyjnego efektywne może okazać się wykorzystanie narzędzi umożliwiających szybką i zobiektywizowaną ocenę danej normy pod kątem powszechności jej przyszłego zastosowania, a w konsekwencji, wspomagających proces

---

[3] Pojęcie dziedziny spraw będzie w niniejszej pracy rozumiane w sposób tożsamy z jego znaczeniem wynikającym z Rozporządzenia z dn. 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz.U. Nr 100, poz. 908, dalej zwanego „Rozporządzeniem ws. techniki prawodawczej"), tj. jako pewien wycinek (obszar) stosunków społecznych, które ze względu na obiektywnie istniejące przesłanki, mogą – a nawet powinny – być objęte jedną regulacją prawną, za: T. Bąkowski, P. Bielski, K. Kaszubowski, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 2003, wersja on-line. Kryteria wydzielania dziedziny stosunków społecznych powinny mieć charakter obiektywny, intersubiektywnie uzasadnialny. Mogą to być kryteria przedmiotowe (rodzaj spraw, które zostaną uregulowane) bądź podmiotowe (krąg podmiotów, do których będzie się odnosić dana regulacja), za: G. Wierczyński, *Komentarz do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej"*, [w:] *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych*, Warszawa 2009, wersja on-line.

[4] Przez powszechność zastosowania normy prawnej będzie rozumiane prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia, które mieści się w zakresie zastosowania normy.

[5] Chodzi oczywiście o sytuację, gdy tę samą dziedzinę spraw chcielibyśmy uregulować za pomocą norm kazuistycznych i generalnych – stwierdzenie to ma ogólny charakter, mogą się zdarzyć bowiem sytuacje, zwłaszcza w odniesieniu do norm specjalistycznych, w których szczegółowa legislacja jest niezbędna.

[6] Należy mieć przy tym na względzie, że zgodnie z § 3 ust. 1 Rozporządzenia ws. techniki prawodawczej, ustawa powinna być tak skonstruowana, aby od przyjętych w niej zasad regulacji nie trzeba było wprowadzać licznych wyjątków, a zgodnie z § 2 powinna wyczerpująco regulować daną dziedzinę spraw, nie pozostawiając poza zakresem swego unormowania istotnych fragmentów tej dziedziny.

decyzyjny, którego przedmiotem jest określenie zasadności uchwalenia danej normy (ewentualnie przyjęcie danej normy w określonym kształcie)[7]. Celem niniejszej pracy jest wykazanie, że podstawą dla stworzenia tego rodzaju instrumentów mogą być metody probabilistyki wykorzystane w analizie zakresu zastosowania normy prawnej.

W celu zastosowania rachunku prawdopodobieństwa w analizie powszechności zastosowania normy prawnej konieczne jest osadzenia tejże normy w ramach odniesienia właściwych dla probabilistyki[8]. W konsekwencji, dla dalszych rozważań konieczne jest zdefiniowanie na płaszczyźnie stosowania prawa zdarzenia elementarnego, wyznaczenie przestrzeni (zbioru) zdarzeń elementarnych, zdefiniowanie zdarzeń losowych i zdarzeń pewnych, występujących w danej przestrzeni zdarzeń elementarnych[9]. W ogólności przyjmuje się, że zdarzeniem elementarnym jest niepodzielny wynik obserwacji, przez przestrzeń zdarzeń elementarnych rozumie się zbiór wszystkich zdarzeń elementarnych[10]. Przez zdarzenie losowe rozumiany jest podzbiór zbioru zdarzeń elementarnych zawierający zdarzenia elementarne o określonych cechach wspólnych. Zdarzenie pewne to podzbiór przestrzeni zdarzeń elementarnych zawierający wszystkie elementy tej przestrzeni, zdarzenie niemożliwe to podzbiór pusty przestrzeni zdarzeń elementarnych[11]. Pojęcia, o których mowa wyżej w odniesieniu do płaszczyzny stosowania prawa, będą w dalszej części pracy rozumiane w określony niżej sposób.

W następstwie uznania, że zakres zastosowania normy oznacza klasę przyszłych sytuacji, w których zastosowanie znajdzie norma prawna, a zatem sytuację, w której podmiot, do którego adresowana jest norma, znajdzie się w okolicznościach wymagających zachowania się zgodnie z treścią normy, należy uznać, że zdarzenie elementarne również musi polegać na tym, że podmiot o danych cechach podmiotowych znajdzie się w danej sytuacji. Przyjęcie innej definicji prowadziłoby do niemożliwego, zaakceptowania wniosku, że badane zdarzenie elementarne miałoby odmienną postać niż pozostałe zdarzenia elementarne, co więcej nie mogłoby należeć do jednej przestrzeni zda-

---

7 Zgodnie z § 1 ust. 2 Rozporządzenia ws. techniki prawodawczej podjęcie decyzji o przygotowaniu projektu ustawy poprzedza się m.in.: określeniem przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań.

8 W dalszej części pracy wyrażenie „probabilistyka" będzie używane zamiennie z wyrażeniem „rachunek prawdopodobieństwa", choć oczywiście rachunek prawdopodobieństwa stanowi jeden z elementów probabilistyki. Takie uproszczenie zostało przyjęte ze względu na to, że dalsze rozważania będą dotyczyć głównie rachunku prawdopodobieństwa.

9 A. Plucińska, E. Pluciński, *Probabilistyka*, Warszawa 2000, s. 14.

10 *Ibidem*, s. 15.

11 *Ibidem*.

rzeń elementarnych. Zbiór zdarzeń elementarnych stanowić będą wszystkie zdarzenia elementarne mieszczące się w dziedzinie spraw regulowanej przez analizowaną normę prawną i mogące być przedmiotem regulacji prawnej. Zdarzeniem losowym jest zbiór zdarzeń elementarnych, które mieszczą się w zakresie zastosowania analizowanej normy prawnej. Zawiera podmioty, które charakteryzują się cechami podmiotowymi i znajdują się w okolicznościach opisanych w analizowanej normie prawnej.

Powyższe założenia wymuszają przyjęcie koncepcji normy prawnej, która pozwala przedstawić zakres jej zastosowania za pomocą zbioru. Stąd też wynika, że norma musi mieć znaczenie językowe, które będzie jednocześnie mogło stanowić opis zbioru.

Mając powyższe na względzie, w niniejszej pracy przyjęte zostało, że norma prawna to norma postępowania wyrażona w przepisach prawnych[12]. Jako przepis prawny rozumiana będzie zdaniokształtna wypowiedź wydrukowana w dzienniku publikacyjnym, najmniejszy fragment tekstu ustawy[13]. Przez normę postępowania rozumiane będzie takie wyrażenie, które wskazanym podmiotom nakazuje albo zakazuje określone zachowanie w oznaczonych okolicznościach[14]. Niezbędne elementy składowe normy postępowania stanowią wskazanie adresata (adresatów) normy, określenie okoliczności, w których norma znajduje zastosowanie, to znaczy okoliczności, w których wyznaczane postępowanie (działanie, zaniechanie działania) ma być spełnione, oraz określenie nakazywanego czy zakazywanego postępowania[15]. Norma prawna sformułowana w sposób modelowy, tj. jako wyrażenie kategoryczne „Każdy, kto jest A, w okolicznościach B powinien czynić (nie czynić) C", lub też jako wyrażenie hipotetyczne „W każdym przypadku, jeśli x jest A oraz znalazł się w okolicznościach B, to x powinien czynić (nie czynić) C", składa się z hipotezy oraz dyspozycji[16]. Hipoteza wyznacza zakres zastosowania normy postępowania i wskazuje adresata oraz okoliczności, w których powinien się zachować (zaniechać zachowania) w sposób określony w dyspozycji normy.

Należy przy tym zaznaczyć, że w dalszych rozważaniach przyjęte zostało, że norma prawna ma charakter generalny i abstrakcyjny, w tym sensie, że odnosi się do adresata określonego rodzajowo, znajdującego się w rodzajowo

---

12 Takie rozumienie zaproponował m.in. A. Bator, *Normy planowania gospodarczego w systemie prawnym*, AUW No 1309, Prawo CCIII, Wrocław 1992, s. 53, [w:] W. Gromski, *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, Wrocław 1998, s. 154. W ujęciu prezentowanym przez S. Wronkowską i Z. Ziembińskiego będzie to norma postępowania, której obowiązywanie ma uzasadnienie tetyczne, por. S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *op. cit.,* Poznań 2001, s. 39, 40.

13 Z. Ziembiński, [w:] *Z teorii i filozofii prawa*..., *op. cit.,* s. 33.

14 S. Wronkowska, Z. Ziembiński, *op. cit.,* s. 25.

15 *Ibidem* s. 26.

16 *Ibidem* s. 38.

określonych okolicznościach, w których powinien się on zachować w sposób określony rodzajowo, norma mająca charakter indywidualny i konkretny, będzie dalej dla rozróżnienia nazywana normą indywidualną[17].

Prezentacja proponowanej metody analizy na gruncie koncepcji normy prawnej autorstwa Zygmunta Ziembińskiego jest uzasadniona nie tylko ze względu na spełnienie minimalnego warunku możliwości przedstawienia zakresu zastosowania normy prawnej za pomocą zbioru. Za przyjęciem tej koncepcji przemawiały również dodatkowe względy: przyjęcie istnienia różnych rodzajów przepisów, a zatem dopuszczalność ich selekcji i zawężenia analizy tylko do przepisów właściwych zawierających normy postępowania, a także okoliczność, że koncepcja została przyjęta szeroko przez doktrynę, co pozwoliło z jednej strony proponowaną metodę analizy zakresu zastosowania normy prawnej umieścić niejako na pierwszym planie, bez konieczności wdawania się w spory, czy dana koncepcja normy jest prawidłowa, z drugiej zaś, zmniejszyło ryzyko popełnienie błędu uznania proponowanej metody analizy za prawidłową na gruncie błędnej koncepcji normy prawnej[18].

Przyjęta wyżej koncepcja normy prawnej jest jedną z wielu prezentowanych w nauce[19]. Poza ramy niniejszego opracowania wykracza zbadanie. czy proponowana metoda jest na tyle uniwersalna, by można było ją zastosować na gruncie każdej koncepcji normy prawnej, choć przypuszczać można, że dopuszczalne jest zastosowanie jej przy przyjęciu jako założenia koncepcji normy prawnej, która spełnia minimalny warunek dopuszczalności przedstawienia zakresu zastosowania normy w formie zbioru. Z tym zastrzeżeniem, że należy wówczas dokonać stosownych modyfikacji, uwzględniając terminologię i szczegółowe założenia wybranej teorii.

W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że wątpliwości może budzić zastosowanie do analizy normy prawnej metod probabilistyki w przypadku

---

[17] Przez generalność normy prawnej rozumiana będzie taka właściwość normy prawnej, że zarówno adresat, jak i okoliczności, w których powinien on zachować się w sposób wskazany w dyspozycji normy prawnej, są określone w sposób rodzajowy, a nie w zindywidualizowany, przez abstrakcyjność normy prawnej natomiast rozumiana w dalszej części niniejszej pracy będzie taka właściwość normy prawnej, że zachowanie opisane w dyspozycji zostało określone poprzez rodzajowe wskazanie czynu, nie zaś jeden konkretny czyn, za *ibidem* s. 26.

[18] Szerzej na temat rodzajów przepisów (właściwych, interpretacyjnych, organizacyjnych), Z. Ziembiński, [w:] *Z teorii i filozofii prawa*..., *op. cit*., s. 42 i n., na temat funkcji sugestywnej normy, *Z teorii i filozofii prawa*..., *op. cit*., s. 49 i n.

[19] Należy mieć na uwadze, że koncepcja dwuczłonowej budowy normy prawnej nie jest jedyną. Jako przykład innego modelu można wskazać ideę trójczłonowej budowy normy prawnej, zakładającą, że norma składa się z trzech elementów, tj.: hipotezy, dyspozycji i sankcji (za niewykonanie dyspozycji). Innym przykładem może być koncepcja norm sprzężonych, zakładająca istnienie norm sankcjonowanych i sankcjonujących, które służą wyegzekwowaniu normy sankcjonowanej. Szerzej na temat koncepcji budowy norm prawnych zob. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 54–57.

przyjęcia nielingwistycznej koncepcji normy prawnej. Przyjęcie, że norma stanowi pokrewny decyzji rodzaj performatywu sprawia, że jako utwory niejęzykowe nie mogą mieć znaczenia językowego[20]. W takim ujęciu o normach można się wypowiadać w zdaniach stwierdzających wytworzenie przez odpowiednie akty performatywne ważnych decyzji ustanawiających nakazy, zakazy i dozwolenia[21].

Bariera znaczenia językowego wystąpi, jeśli przyjęta koncepcja normy będzie się opierała na klasycznym pojęciu performatywów autorstwa J.L. Austina zakładającym, najogólniej rzecz biorąc, że istnieją takie wyrażenia, które nie opisują dokonywania określonej czynności, lecz stanowią w istocie dokonywanie tej czynności[22]. Podobnie wątpliwe będzie zastosowanie proponowanej metody przy zastosowaniu stanowiącej rozwinięcie teorii J.L. Austina koncepcji Kazimierza Opałka i Jana Woleńskiego, zakładającej rozróżnienie czynności normowania od wypowiedzi o czynności normowania[23]. Taka sama przeszkoda powstanie na gruncie koncepcji Th. Geigera, w której norma stanowi skutek utrwalenia się regularnych zachowań[24]. Każda z wyżej przedstawionych przykładowych koncepcji zakłada niejęzykowy charakter normy. Uniemożliwia to odtworzenie zakresu zastosowania normy na podstawie jej treści, gdyż jako zjawisko niejęzykowe, nie ma znaczenia językowego i nie może podlegać wykładni[25]. Przy takich założeniach koncepcyjnych normy prawnej zastosowanie proponowanej metody jest możliwe z tym zastrzeżeniem, że dotyczyć będzie nie samej normy, lecz zdania opisującego jej treść.

Podsumowując, zakres zastosowania normy prawnej stanowi zdarzenie losowe przestrzeni zdarzeń obejmującej podmioty o cechach, znajdujące się w okolicznościach, które mieszą się w dziedzinie spraw regulowanej przez normę prawną i mogących być przedmiotem regulacji prawnej. Zakres zastosowania normy prawnej stanowi podzbiór tak określonej przestrzeni zdarzeń elementarnych. Ponieważ hipoteza normy prawnej opisuje podmiot, do którego adresowana jest norma, oraz okoliczności, w których podmiot ten musi zachować się zgodnie z treścią normy. To właśnie ta część normy prawnej decyduje o tym, jakiego rodzaju elementarne zdarzenia zawierają się w za-

---

20 K. Opałek, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 53.

21 *Ibidem*, s. 53.

22 J.L. Austin, *How to do things with words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, Oxford 1962, s. 6.

23 O. Bogucki, *Nielingwistyczna koncepcja normy prawnej a zagadnienia wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" 2007, z. 3, s. 110.

24 K. Opałek, *op. cit.,* s. 101.

25 *Ibidem*, s. 53.

kresie zastosowania normy prawnej. Ma zatem decydujący wpływ na zakres zastosowania normy prawnej.

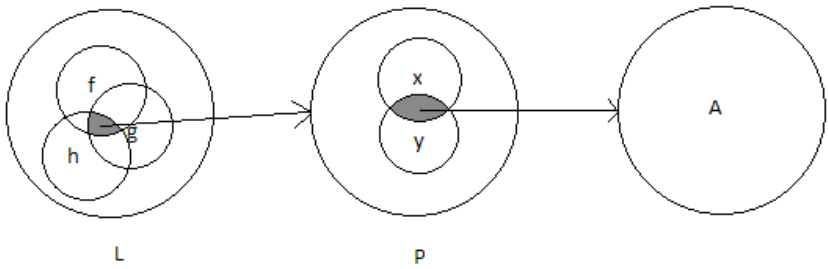
Analizując tę część normy prawnej, można wyróżnić dwa zasadnicze jej elementy: opis podmiotów, do których norma może znaleźć zastosowanie, oraz okoliczności, w których podmiot powinien zachować się zgodnie z dyspozycją normy (dalej zwane okolicznościami zastosowania normy prawnej).

Można zatem, dla dalszych wywodów, przyjąć następujące przykładowe oznaczenia: hipoteza normy prawnej N opisuje zbiór zdarzeń elementarnych P polegających na istnieniu podmiotów, do których norma ta może mieć zastosowanie, stanowiący podzbiór zbioru L, będącego przestrzenią zdarzeń elementarnych, oraz zbiór zdarzeń elementarnych O, polegających na istnieniu podmiotów, do których może znaleźć zastosowanie norma prawna i które znajdują się w okolicznościach wymagających zachowania się zgodnie z treścią normy, stanowiący podzbiór zbioru P. Zbiór P obejmuje wszystkie zdarzenia losowe polegające na istnieniu podmiotów, o przykładowych cechach f, g, h. Zbiór O obejmuje zdarzenia elementarne polegające na istnieniu podmiotów o przykładowych cechach f, g, h oraz znajdujących się w przykładowych okolicznościach x, y.

Zdarzeniem polegającym na wystąpieniu adresata normy N nazywamy takie i tylko takie zdarzenie elementarne, które polega na tym, że istnieje podmiot o cechach f, g, h, który znajduje się w okolicznościach x i y. Wynika stąd, że w istocie hipoteza normy prawnej określa jedynie adresata normy prawnej poprzez wskazanie zbioru zawierającego podmioty o wymaganych cechach, którym jednocześnie można przypisać znajdowanie się w określonej sytuacji[26].

Należy wskazać na odrębność cech odnoszących się bezpośrednio do właściwości podmiotu (podmiotowe, f, g, h) oraz zewnętrznych, związanych z okolicznościami, w jakich musi znaleźć się podmiot, aby musiał zachować się zgodnie z treścią normy (przedmiotowe, x, y). W dalszej części pracy dla uproszczenia mowa będzie o zdarzeniach x i y, mimo że chodzi o zdarzenie elementarne polegające na pojawieniu się podmiotów, którym takie okoliczności można przypisać.

[26] Za poglądem takim przemawiają normy, w których nie określono okoliczności, ale wskazano adresata i dyspozycję dla niego, przykładowo, art. 84 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej: „Każdy jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawie".



Rys. 1. Schemat struktury hipotezy normy prawnej ujętej w formie zbiorów

L – zbiór skończony zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o danych cechach, znajdujących się w danych okolicznościach, mieszczących się dziedzinie spraw regulowanej przez daną normę oraz mogących być przedmiotem regulacji prawnej;
P – zbiór zdarzeń elementarnych polegający na istnieniu podmiotów posiadających cechy f, g i h;
A – zbiór zdarzeń elementarnych polegający na istnieniu adresatów normy prawnej (zakres zastosowania normy prawnej);
f – podzbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów mających cechę f;
g – podzbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów mających cechę g;
h – podzbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów mających cechę h;
x – podzbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów należących do zbioru P, którym można przypisać właściwość znajdowania się w sytuacji x;
y – podzbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów należących do zbioru P, którym można przypisać właściwość znajdowania się w sytuacji y.

Jak wynika z powyższego, możliwość zastosowania normy prawnej sprowadza się zatem do prawdopodobieństwa zdarzenia losowego, polegającego na pojawieniu się podmiotu o określonych w hipotezie cechach, znajdującego się we wskazanych w hipotezie okolicznościach. Prawdopodobieństwo wystąpienia adresata a, można zatem określić jako:

$$P(a) = \frac{P(f \cap g \cap h \cap x \cap y)}{P(L)} \quad ,$$

gdzie:
P – oznacza prawdopodobieństwo;
a – oznacza zdarzenie elementarne polegające na wystąpieniu adresata o cechach określonych w hipotezie;
f – oznacza zdarzenie elementarne polegające na wystąpieniu podmiotu, przynależącego do zbioru L, posiadającego cechę f;
g – oznacza zdarzenie elementarne polegające na wystąpieniu podmiotu, przynależącego do zbioru L, posiadającego cechę g;
h – oznacza zdarzenie elementarne polegające na wystąpieniu podmiotu, przynależącego do zbioru L, posiadającego cechę h;
x – oznacza zdarzenie elementarne polegające na możliwości przypisania podmiotowi, przynależącemu do zbioru L, o cechach f, g, h, właściwości znajdowania się w sytuacji x;
y – oznacza zdarzenie elementarne polegające na możliwości przypisania podmiotowi, przynależącemu do zbioru L, o cechach f, g, h, właściwości znajdowania się w sytuacji y;
L – zbiór skończony zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o danych cechach, znajdujących się w danych okolicznościach, mieszczących się w dziedzinie spraw regulowanej przez daną normę, oraz mogących być przedmiotem regulacji prawnej.

Prawdopodobieństwo zdarzenia polegającego na tym, że pojawi się adresat a, spełniający wszystkie warunki określone w hipotezie normy prawnej N, stanowi iloraz iloczynów prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzeń losowych opisanych w hipotezie normy prawnej oraz przestrzeni zdarzeń.

Na marginesie można zauważyć, że każda kolejna cecha podmiotu, do którego zastosowanie znajdzie norma prawna, i każde dodatkowe zdarzenie, które należy mu przypisać, aby znalazł się w zbiorze adresatów normy prawnej, powoduje, że zmniejsza się prawdopodobieństwo zastosowania normy[27]. Stąd też można wywieść, że przy równej liczbie warunków określonych w hipotezie normy prawnej, im większy jest zbiór zdarzeń stanowiący iloczyn wszystkich warunków określonych w hipotezie normy prawnej, tym większe jest prawdopodobieństwo pojawienia się adresata normy, a tym samym jej zastosowania.

Powtarzalność występowania zdarzeń elementarnych opisanych w hipotezie normy prawnej, ma charakter obiektywny i zależy od wielkości zbioru zdarzeń stanowiącego zakres zastosowania normy prawnej rozumianej jako liczba elementów tego zbioru[28]. Przy czym wielkość zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów, do których zastosowanie ma norma prawna, determinuje generalny charakter normy w ujęciu podmiotowym, natomiast wielkość zbioru zdarzeń elementarnych polegających na możliwości przypisania tym podmiotom znajdowania się w okolicznościach wymagających zachowania się zgodnie z treścią normy prawnej wskazuje na generalność normy w ujęciu przedmiotowym[29]. O wielkości zbioru zakresu zastosowania normy decyduje liczba jego elementów, a zatem adresatów tej normy. O powszechności decyduje zatem stosunek wielkości zbioru podmiotów, które mają cechy podmiotowe oraz znajdują się w przewidzianych w hipotezie normy prawnej okolicznościach, do wielkości zbioru stanowiącego przestrzeń zdarzeń elementarnych. Właściwość zbioru określającą wielkość zbioru po-

---

[27] Prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzenia polegającego na tym, że pojawi się adresat a stanowi iloczyn prawdopodobieństw poszczególnych zdarzeń wskazanych w hipotezie – każde dodatkowe zdarzenie wchodzące w skład iloczynu zmniejsza prawdopodobieństwo pojawienia się adresata, licznik we wzorze maleje, ponieważ prawdopodobieństwo każdego kolejnego zdarzenia losowego jest mniejsze od 1, przestrzeń zdarzeń, ujęta w mianowniku, pozostaje taka sama.

[28] Przepisy prawa mogą zachęcać lub zniechęcać do dokonywania określonych czynności, dla dalszych wywodów przyjęte zostało, że zdarzenia takie mają charakter neutralny i wpływ taki nie występuje. W rzeczywistości jednak treść przepisów sama w sobie może wpływać na prawdopodobieństwo zastosowania normy. W szczególności można mówić tu o wpływie dyspozycji normy prawnej na działania podmiotów w przypadku, gdy norma nie ma charakteru obligatoryjnego, ale niesie ze sobą dla adresata wymierne korzyści ekonomiczne.

[29] Zbiór okoliczności opisywanych przez hipotezę normy prawnej, które można przypisać adresatom normy prawnej, jest równy zbiorowi adresatów, którym można te okoliczności przypisać.

przez odniesienie do liczby jego elementów nazywa się jego licznością, inaczej mocą tego zbioru[30]. Prawdopodobieństwo pojawienia się adresata a normy prawnej N, można zatem wyrazić jako:

$$P(u) = \frac{|O|}{|L|},$$

gdzie:
P – oznacza prawdopodobieństwo;
a – oznacza zdarzenie losowe polegające na wystąpieniu adresata o cechach określonych w hipotezie;
|O| – oznacza moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe określone w hipotezie normy prawnej oraz takie, którym można przypisać właściwość znajdowania się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej N (zbiór podmiotów posiadających cechy podmiotowe i przedmiotowe);
|L| – zbiór skończony zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o danych cechach, znajdujących się w danych okolicznościach, mieszczących się w dziedzinie spraw regulowanej przez daną normę, oraz mogących być przedmiotem regulacji prawnej.

Z przedstawionego wyżej równania wynika, że prawdopodobieństwo wystąpienia adresata normy, a zatem powszechność jej zastosowania, to nic innego jak stosunek liczby podmiotów, które spełniają warunki podmiotowe i przedmiotowe określone w hipotezie normy, do liczby podmiotów, które ze względu na właściwości podmiotowe i okoliczności mieszczą się w dziedzinie spraw regulowanych przez analizowaną normę prawną.

Aby móc badać potencjalną powszechność zastosowania danej normy prawnej, należy w pierwszej kolejności zbadać, czy analizowany akt prawny stanowi w swej istocie normę prawną[31]. Należy zatem wykluczyć możliwość, że jest on normą indywidualną (stanowi rozstrzygnięcie indywidualne)[32]. Innymi słowy, należy wskazać granicę powszechności, w której kończy się norma indywidualna (rozstrzygnięcie indywidualne) i od której można mówić o normie prawnej. W tym celu należy zbadać moc zbioru podmiotów,

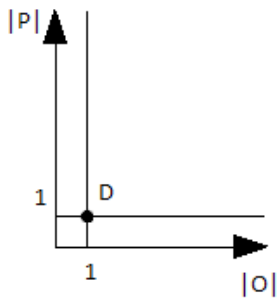
[30] „Pojęcie równoliczności zbiorów w przypadku zbiorów skończonych pokrywa się […] z elementarnym pojęciem równej liczby elementów tych zbiorów; pojęcie to może jednak być stosowane również do zbiorów nieskończonych", K. Kuratowski, *Teoria mnogości i topologia*, Warszawa 1966, s. 52.

[31] „Akt prawny […] akt wyrażający zarówno normy generalne i abstrakcyjne, jak i indywidualne i konkretne (znaczenie szerokie)", za: S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 32, z tym zastrzeżeniem, że zgodnie z przyjętą terminologią, akt prawny będzie obejmował zarówno normy prawne, jak i normy indywidualne.

[32] Przez rozstrzygnięcie indywidualne będzie rozumiany taki akt prawny, który stanowi rezultat stosowania prawa i prowadzi do wydania normy indywidualnej i konkretnej, zob. W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Warszawa 2006, roz. 1; por. T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.,* s. 189, oraz S. Wronkowska*, op. cit.* (w odniesieniu do aktu prawnego, rozumianego w sposób wąski, jako zawierającego normę indywidualną i konkretną, stanowiącego przeciwieństwo aktu normatywnego, zawierającego normy abstrakcyjne i generalne).

które odznaczają się cechami podmiotowymi określonymi w hipotezie normy prawnej oraz zbiór podmiotów, które znajdują się w okolicznościach opisanych w hipotezie normy prawnej. Prawdopodobieństwo pojawienia się podmiotu o cechach podmiotowych, jak również podmiotów w okolicznościach wskazanych w hipotezie normy prawnej decyduje bowiem o tym, jak bardzo prawdopodobne jest, że zaistnieje zdarzenie polegające na tym, że pojawi się podmiot o cechach i w okolicznościach przewidzianych w hipotezie normy prawnej.

W przypadku normy indywidualnej (rozstrzygnięcia indywidualnego) mamy do czynienia ze zdarzeniem elementarnym polegającym na tym, że jeden indywidualnie wskazany podmiot znajduje się w jednym określonym stanie faktycznym. Moc zbioru zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o cechach podmiotowych określonych w hipotezie normy wynosi jeden, podobnie jak moc zbioru zdarzeń elementarnych polegających na znajdowaniu się podmiotu w okolicznościach określonych w hipotezie normy.

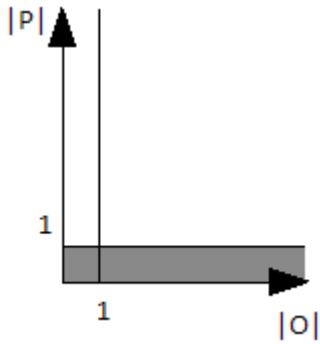


Rys. 2. Wykres zależności między mocą zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe określone w hipotezie normy a mocą zbioru zdarzeń polegających na istnieniu okoliczności przewidzianych w hipotezie normy, w których podmiot powinien się zachować zgodnie z normą dla rozstrzygnięcia indywidualnego

P – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
O – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów znajdujących się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej;
D – punkt wskazujący zależność dla rozstrzygnięcia indywidualnego.

Z uwagi na to, że norma musi być generalna i abstrakcyjna, o powszechności jej zastosowania nie możemy mówić również w przypadku, gdy akt prawny ma charakter częściowo zindywidualizowany, tj. gdy moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe określone w hipotezie wynosi jeden.

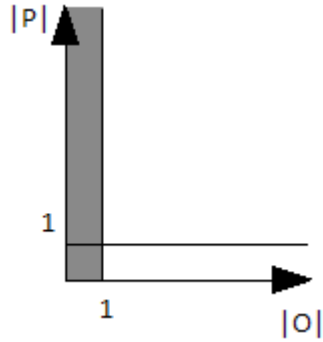
W przypadku, gdy adresat został indywidualnie wskazany, natomiast okoliczności określone zostały w sposób abstrakcyjny, moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów o cechach podmiotowych określonych w hipotezie normy wynosi 1. Dane prawne znajdą zastosowanie tylko jeden raz. Mimo że wiele podmiotów znajduje się w okolicznościach określonych w hipotezie, to jednak istnieje tylko jeden podmiot o cechach podmiotowych. Akt prawny nie będzie miał charakteru generalnego w ujęciu podmiotowym i z tego względu nie będzie mógł zostać uznany za normę prawną.



Rys. 3. Wykres zależności między mocą zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy określone w hipotezie, a mocą zbioru okoliczności przewidzianych w hipotezie normy dla sytuacji, w której adresat został określony indywidualnie, a okoliczności zostały wskazane w sposób abstrakcyjny (sytuacji odpowiada zacieniony obszar na wykresie)

P – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
O – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów, którym można przypisać znajdowanie się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej.

W przypadku gdy moc zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów o cechach podmiotowych określonych w hipotezie normy jest większa niż jeden, natomiast moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów znajdujących się w okolicznościach określonych w hipotezie normy będzie wynosić jeden, norma także znajdzie zastosowanie tylko raz. O ile bowiem będzie istniał więcej niż jeden podmiot posiadający cechy wymagane do zastosowania danej normy, to norma będzie dotyczyć tylko jednego, konkretnego zdarzenia. Norma nie będzie mieć charakteru generalnego w ujęciu przedmiotowym.



Rys. 4. Wykres zależności między mocą zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy określone w hipotezie a mocą zbioru okoliczności przewidzianych w hipotezie normy prawnej, w którym adresat został określony generalnie, a okoliczności wskazane w sposób abstrakcyjny (sytuacji odpowiada zacieniony obszar na wykresie)

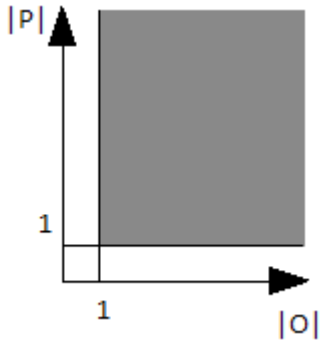
P – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
O – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów, którym można przypisać znajdowanie się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej.

Należy również wykluczyć możliwość uznania za normę prawną sytuacji, gdy zbiór adresatów jest pusty. Brak jest wówczas możliwości określenia podmiotu, któremu można by przypisać właściwość znajdowania się w okolicznościach zastosowania normy (okoliczności musiałyby zostać przypisane do podmiotu w zbiorze pustym). Podobnie w przypadku, gdy zbiór okoliczności zastosowania normy jest pusty, nie można mówić o normie prawnej, gdyż nie mogłaby ona w ogóle znaleźć zastosowania (adresat musiałby należeć do zbioru pustego, co jest niemożliwe).

W przypadku, gdy akt prawny mieści się w zakresie wyznaczonym przez granice, o których mowa wyżej, można stwierdzić, że ma charakter abstrakcyjny i generalny oraz że mamy do czynienia z normą prawną (ponieważ odnosi się do obiektywnej powszechności zastosowania normy prawnej, dalej w odniesieniu do tego warunku używany będzie termin powszechność bezwzględna). Warunki, o których mowa powyżej, można wyrazić w następujący sposób:

$$C_A = (|P|, |O|), \text{ przy czym}$$
$$|P| > 1 \wedge |O| > 1,$$

gdzie:
C_A – oznacza generalność względną;
|P| – oznacza moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
|O| – oznacza moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów o cechach określonych w hipotezie, którym można przypisać znajdowanie się w okolicznościach wskazanych w tej hipotezie.



Rys. 5. Wykres zależności między mocą zbioru podmiotów posiadających cechy określone w hipotezie a mocą zbioru okoliczności przewidzianych w hipotezie normy prawnej, które można im przypisać dla normy prawnej (normie prawnej odpowiada zakreskowany obszar na wykresie)

P – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
O – oś przedstawiająca moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu okoliczności, które można przypisać podmiotom posiadającym cechy określone w hipotezie normy prawnej.

Warunki, o których mowa powyżej, można wyrazić w następujący sposób:

$$C_A = (|P|, |O|), \text{ przy czym}$$
$$|P| > 1 \wedge |O| > 1,$$

gdzie:
C_A – oznacza generalność względną;
|P| – oznacza moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
|O| – oznacza moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów o cechach określonych w hipotezie, którym można przypisać znajdowanie się w okolicznościach wskazanych w tej hipotezie.

Samo wykazanie, że akt prawny jest bezwzględnie powszechny, pozwala jedynie stwierdzić, że można mówić o normie prawnej. W przypadku stwierdzenia, że dany akt prawny stanowi normę prawną, należy zbadać, jakie jest prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzenia mieszczącego się w zakresie zastosowania normy prawnej w dziedzinie spraw regulowanych przez daną normę. Należy zatem obliczyć stosunek liczby zdarzeń polegających na zaistnieniu podmiotu o cechach podmiotowych wskazanych w hipotezie normy prawnej oraz znajdujących się w okolicznościach, o których mowa w hipotezie normy prawnej, do wielkości przestrzeni zdarzeń elementarnych, co pozwoli ocenić generalną powszechność zastosowania normy prawnej:

$$Cg = \frac{|O|}{|L|},$$

gdzie
Cg – oznacza powszechność generalną;
|O| – moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe oraz mających właściwości znajdowania się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej;
|L| – zbiór skończony zdarzeń elementarnych, polegających na istnieniu podmiotów o danych cechach, znajdujących się w danych okolicznościach, mieszczących się w dziedzinie spraw regulowanej przez daną normę oraz mogących być przedmiotem regulacji prawnej.

Nietrudno dostrzec, że powszechność generalna jest w swej istocie prawdopodobieństwem wystąpienia adresata danej normy prawnej.

Dla oceny zasadności uchwalenia danej normy prawnej, z punktu widzenia powszechności jej zastosowania, przydatne może okazać się zrelatywizowanie potencjalnej powtarzalności użycia danej normy do maksymalnej liczby zdarzeń, które mogą dotyczyć dziedziny spraw, jaką regulować ma dana norma. Pozwoli to ocenić zasięg działania regulacji w jej docelowym środowisku (ponieważ powszechność normy prawnej w takim ujęciu jest zrelatywizowana i uwzględnia dziedzinę spraw, której ma dotyczyć dana norma, w dalszej części pracy będzie określana mianem powszechności względnej). W tym celu można dokonać analizy odrębnie dla powszechności w ujęciu podmiotowym, jak i w ujęciu przedmiotowym.

W takim przypadku analiza powszechności względnej normy prawnej, w ujęciu podmiotowym, polegać będzie na ustaleniu stosunku mocy zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe określone w hipotezie normy prawnej oraz mocy zbioru stanowiącego przestrzeń zdarzeń elementarnych. Natomiast powszechności przedmiotowej, poprzez ustalenie stosunku mocy zbioru zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o cechach określonych w hipotezie normy prawnej, które znajdują się w okolicznościach opisanych w hipotezie, do mocy zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy określone w hipotezie[33]. Wówczas powszechność względną można wyrazić w następujący sposób:

$$C_R = \left(\frac{|P|}{|L|}, \frac{|O|}{|L|} \right),$$

gdzie
C_R – powszechność względna normy;

[33] Odniesienie możliwości przypisania do podmiotów niespełniających warunków określonych w hipotezie w fałszywy sposób mogłoby spowodować powiększenie abstrakcyjności badanej normy prawnej.

|P| – moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy przewidziane w hipotezie normy prawnej;
|L| – zbiór skończony zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotów o danych cechach, znajdujących się w danych okolicznościach, mieszczących się w dziedzinie spraw regulowanej przez daną normę, oraz mogących być przedmiotem regulacji prawnej;
|O| – moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów posiadających cechy podmiotowe oraz mających właściwości znajdowania się w okolicznościach określonych w hipotezie normy prawnej.

Ze względu na to, że powszechność względna będzie stanowić stosunek wielkości podzbioru do wielkości zbioru, w którym się zawiera, przybierać będzie wartość od 0 do 1, gdzie 1 oznacza, że norma znajdzie zastosowanie do każdego z podmiotów, które mogą jej podlegać, i każdy z podmiotów o wskazanych w hipotezie cechach musi się znaleźć w okolicznościach zastosowania normy[34].

Badanie powszechności względnej umożliwia stwierdzenie, czy normę można uznać za powszechną dla warunków odpowiadających skali danej dziedziny spraw, którą ma regulować. Przyjmie ona inny kształt dla norm specjalistycznych, a inny dla norm powszechnych dotyczących życia codziennego obywateli. Przykładowo norma dotycząca filtrów powietrza dla hut stali w Polsce znajdzie zastosowanie do kilku podmiotów, a jednak będzie normą względnie powszechną, ze względu na swój zasięg, który będzie dotyczył w zasadzie wszystkich podmiotów, które podlegają temu obszarowi aktywności. Jednocześnie norma prawna, która będzie się odnosić do tysięcy obywateli, pośród milionów podmiotów, które mieszczą się w danej dziedzinie spraw, stanowić może przykład normy o wąskim zakresie zastosowania, zbliżającym się do rozstrzygnięcia indywidualnego.

Mając na względzie powyższe uwagi, można wnioskować, że badanie powszechności zastosowania normy prawnej powinno przebiegać w trzech etapach, po pierwsze – przez ustalenie powszechności bezwzględnej i dokonanie selekcji, czy analizowane akty prawne rzeczywiście mogą stanowić normę prawną. Kolejno należy dokonać analizy powszechności generalnej, aby ocenić prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia elementarnego wchodzącego w zakres zastosowania badanej normy prawnej w ogólności. W następnej kolejności, w szczególności jeśli powszechność generalna jest niska, przez dokonanie badania powszechności względnej, w celu stwierdzenia, czy zastosowanie normy prawnej będzie na tyle powszechne, w stosunku do zakresu danej dziedziny spraw, że uzasadnia to potrzebę jej uchwalenia.

Zaprezentowaną wyżej metodę należy zilustrować praktycznym przykładem analizy powszechności zastosowania obowiązującej normy prawnej.

[34] Z zasad teorii mnogości wynika, że podzbiór nie może być większy niż zbiór, w którym się zawiera, K. Kuratowski, *op. cit.*, s. 21 i n.

Należy mieć na uwadze, że taka analiza powinna zostać przeprowadzona na etapie procesu legislacyjnego, aby mogła go w jakikolwiek sposób usprawnić. Analiza już istniejącej normy ma jedynie poznawczy charakter, chociaż odbywa się zasadniczo w ten sam sposób. Jako przykład niech posłuży norma zawarta w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, która weszła w życie 22 stycznia 2014 r. (dalej zwana „ustawą o osobach z zaburzeniami psychicznymi")[35]. Niżej przeanalizowana została powszechność zastosowania art. 1 w zw. z art. 3, 9, 15 ust. 1 ustawy, o której mowa powyżej.

Zgodnie z art. 3 ustawy o osobach z zaburzeniami psychicznymi „Wobec osoby stwarzającej zagrożenie stosuje się nadzór prewencyjny albo umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym". Artykuł ten należy czytać łącznie z art. 1, art. 9, oraz art. 15 ust. 1 ww. ustawy. Pełna treść normy, w drodze wykładni, przybiera następujący kształt: Wobec osoby, która odbywa prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym i co do której wydana w trakcie postępowania wykonawczego opinia psychiatryczna i psychologiczna o stanie zdrowia tej osoby wskazuje, że w trakcie postępowania wykonawczego występowały u niej zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych, a przy tym stwierdzone u niej zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat (spełnia ona przesłanki określone w art. 1 pkt 2 i 3 ustawy o osobach z zaburzeniami psychicznymi), dyrektor zakładu karnego występuje do właściwego sądu z wnioskiem o uznanie osoby, której dotyczy wniosek, za osobę stwarzającą zagrożenie, na skutek którego po przeprowadzeniu rozprawy sąd wydaje postanowienie o uznaniu osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowaniu wobec niej nadzoru prewencyjnego albo o umieszczeniu jej w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym (KOZZD) albo postanowienie o uznaniu, że osoba, której dotyczy wniosek, nie jest osobą stwarzającą zagrożenie.

Z treści normy wynika, że musi zaistnieć szereg wydarzeń, aby znalazła zastosowanie analizowana norma. Po pierwsze należy zwrócić uwagę na cechy podmiotowe: 1) podmioty muszą odbywać karę bezwzględnego pozba-

[35] Dz.U. 2014, poz. 24.

wienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności w trybie terapeutycznym, 2) w trakcie odbywania przez nich kary musi zostać stwierdzone, że wystąpiły u nich zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych, oraz – na podstawie opinii psychologicznej, lub psychiatrycznej stwierdzono, że 3) stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Ponieważ norma znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie do osób odbywających karę bezwzględnego pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności, przestrzeń zdarzeń stanowić będzie zbiór zdarzeń polegających na istnieniu podmiotu, który odbywa karę bezwzględnego pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności. Zdarzenie elementarne charakteryzuje się tym, że podmiot odbywa karę w trybie terapeutycznym, a także można mu przypisać następujące okoliczności: stwierdzono u niego zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości lub preferencji seksualnych, a także na podstawie opinii psychiatrycznej lub psychologicznej uznano, że te zaburzenia mają taki charakter i nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Zgodnie z przedstawioną wyżej koncepcją, w pierwszej kolejności należy zbadać powszechność bezwzględną, decydującą o możliwości uznania analizowanego aktu prawnego za normę prawną. Powszechność bezwzględną, w ujęciu podmiotowym, należy wyrazić jako moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu osoby odbywającej karę pozbawienia wolności i karę 25 lat pozbawienia wolności, oraz odbywającej tę karę w trybie terapeutycznym, u której stwierdzono zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości lub preferencji seksualnych. W ujęciu przedmiotowym, powszechność bezwzględną stanowić będzie zbiór zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów, którym można przypisać właściwość znajdowania się w okolicznościach wskazanych w hipotezie analizowanej normy prawnej, to jest zbiór podmiotów znajdujących się w takich okolicznościach, że na podstawie opinii psychiatrycznej lub psychologicznej uznano, że te zaburzenia mają taki charakter i nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego

karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, zgłoszono względem nich wniosek o uznanie za osoby stwarzające zagrożenie i zostały one uznane za takie osoby na mocy postanowienia sądu. Moc zbioru podmiotów można wyznaczyć na podstawie Rocznej Informacji Statystycznej Centralnego Zarządu Służby Więziennej[36]. Zgodnie z zawartymi we wspomnianej wyżej publikacji danymi łączna liczba skazanych odbywających karę w systemie terapeutycznym, zarówno w zakładach terapeutycznych, jak i poza nimi, którzy mieli zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości i preferencji seksualnych, na dzień 31.12.2012 r. wyniosła 1497[37]. Brak jest statystyk dotyczących opinii psychiatrycznych lub psychologicznych co do charakteru stwierdzonych zaburzeń i prawdopodobieństwa popełnienia przez skazanych przestępstwa, o którym mowa powyżej, stąd należy przyjąć, że jest to zdarzenie pewne i dla każdej z takich osób wydana zostanie opinia pozytywna w tym zakresie, następnie zostanie złożony prawidłowy wniosek i sąd wyda postanowienie stwierdzające, że dana osoba jest osobą stwarzającą zagrożenie. Prowadzi to do konkluzji, że zarówno moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu podmiotów o cechach wskazanych w analizowanej normie, jak i podmiotów znajdujących się w okolicznościach, o których mowa w hipotezie tej normy, spełnia warunek wartości większej niż 1, stąd możemy mówić, że analizowany akt prawny ma charakter normy prawnej.

Powszechność generalna to stosunek mocy zbioru zdarzeń polegających na istnieniu osoby odbywającej karę pozbawienia wolności i karę 25 lat pozbawienia wolności, oraz odbywającej tę karę w trybie terapeutycznym, u której stwierdzono zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości lub preferencji seksualnych, i mocy zbioru zdarzeń tworzącego dziedzinę spraw, tj. zbiorów wszystkich zdarzeń polegających na istnieniu podmiotu odbywającego karę bezwzględnego pozbawienia wolności i 25 lat pozbawienia wolności. Moc zbioru zdarzeń polegających na istnieniu osób, którym można przypisać cechy podmiotowe wskazane w hipotezie, na dzień 31.12.2012 r. wyniosła 1497. Zgodnie z wyżej przyjętymi założeniami, ze względu na brak danych statystycznych dotyczących opinii psychiatrycznych/psychologicznych i orzeczeń sądów, pozytywne rozpatrzenie wniosku zostało uznane za zdarzenie pewne, tj. że dotyczy każdej z tych osób. W tym czasie łączna liczba osób odbywających karę pozbawienia wolności wyniosła 76 221[38], stąd powszechność generalna zastosowania analizowanej normy prawnej wynosi niecałe 2,5%.

---

[36] Praca zbiorowa, Roczna Informacja Statystyczna Centralnego Zarządu Służby Więziennej za rok 2012, http://sw.gov.pl/Data/Files/001c169lidz/rok-2012.pdf [dostęp: 26.01.2014].

[37] *Ibidem*, s. 32, tabele 52–55.

[38] *Ibidem*, s. 4, tabela 3.

Powszechność względną, w ujęciu podmiotowym, należy określić jako stosunek mocy zbiorów zdarzeń polegających na istnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności i karę 25 lat pozbawienia wolności oraz odbywających tę karę w trybie terapeutycznym, którym można jednocześnie przypisać właściwość znajdowania się w okolicznościach takich, że stwierdzono u nich zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzeń osobowości lub preferencji seksualnych, która jak wyżej wskazano, wynosiła łącznie 1497 Powszechność zastosowania osób do mocy zbioru zdarzeń stanowiącego przestrzeń zdarzeń elementarnych, tj. dziedziny spraw regulowanych przez normę prawną, stanowiącej zbiór zdarzeń elementarnych polegających na istnieniu podmiotu odbywającego bezwzględną karę pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności. Zgodnie z wyżej przedstawioną publikacją, łączna liczba skazanych, na dzień 31.12.2012 r., wyniosła 76 221. Powszechność zastosowania w ujęciu podmiotowym wynosi zatem niecałe 2%. Ze względu na brak danych statystycznych i przyjęte wyżej założenia powszechność względna w ujęciu przedmiotowym wynosi 100%. Należy mieć na względzie, że przyjęte założenia są w praktyce nierealne i niedokładność badania w tym zakresie wynika tylko z braku dostępu do właściwych materiałów.

Nawet jednak analiza normy umożliwiającej stosowanie środków w postaci nadzoru prewencyjnego i umieszczenia w KOZZD prowadzi do wniosku, że ma ona charakter kazuistyczny i wyjątkowy. Taki wniosek, zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw związanych z zaburzeniami preferencji seksualnych, potwierdza również uzasadnienie projektu ustawy, w którym można odnaleźć następujące informacje: „Tylko niewielka część tych osób popełniła przestępstwo w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Wedle danych na dzień 3 stycznia 2013 r., było to 224 osadzonych. Osoby te odbywają karę w systemie terapeutycznym. Wobec 36 osadzonych sąd orzekł środek zabezpieczający przewidziany w art. 95a k.k."[39].

Zastosowanie metod probabilistyki w analizie powszechności zastosowania normy prawnej nie daje oczywiście możliwości pełnej oceny zasadności uchwalenia danej normy prawnej. Nie taka też jest ich funkcja. Wyżej wskazane narzędzia, jeśli zostaną rozwinięte, mogą posłużyć jedynie do wsparcia oceny zasadności uchwalania danej normy prawnej, w szczególności poprzez uzupełnienia ekonomicznej analizy projektowanego aktu prawnego. Pozwolą na ocenę, czy przy danym prawdopodobieństwie zastosowania normy prawnej opłacalne jest ponoszenie kosztów jej wprowadzania w życie. Pozwolą

[39] Druk sejmowy nr 1577 „Rządowy projekt ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób", s. 20.

również na ocenę, czy rzeczywiście powtarzalność danego zagadnienia jest na tyle duża, że wymaga interwencji ustawodawcy, czy wystarczające będzie jej rozstrzygnięcie w drodze norm indywidualnych wydanych przez sądy czy też organy administracji.

Efektywne wykorzystanie metod probabilistyki w analizie zasadności zastosowania norm prawnych wymaga dalszych badań. W szczególności konieczne jest doprecyzowanie podstawowych pojęć probabilistyki, stanowiących punkty odniesienia do analizy prawdopodobieństwa zastosowania norm prawa. Jest to o tyle istotne, że nieprecyzyjna siatka pojęciowa może doprowadzić do niedokładności, a nawet błędnych rezultatów. Nie wolno pomijać również tego, że wykorzystanie metod probabilistyki do badania powszechności norm prawnych ma uzasadnienie, o ile posiadamy informację na temat liczby podmiotów aktywnych w obszarach, które są lub mają być przedmiotem regulacji. Stąd, aby w ogóle możliwe było posługiwanie się proponowaną metodologią w celu usprawnienia procesu legislacyjnego i uporządkowania systemu prawnego, konieczne jest dysponowanie danymi statystycznymi na temat badanych podmiotów i okoliczności dotyczących tychże podmiotów. Im dane dokładniejsze i obejmujące więcej aspektów obrotu prawnego, tym w większym stopniu można zastosować wspomniane metody dla analizy skutków uchwalenia potencjalnych norm prawnych. Opracowanie i wdrożenie do użycia tego rodzaju narzędzi wiązać się będzie z wymiernymi kosztami, jednakże oferuje możliwość włączenia obiektywnych elementów do procesu legislacyjnego. Może to mieć wpływ ograniczający na zjawiska związane z nadprodukcją prawa, poprzez wyznaczenie obiektywnych właściwości, które musi mieć norma, aby usprawiedliwione było jej uchwalenie. Potencjalne korzyści sprawiają, że zastosowanie proponowanych metod do analizy norm prawnych zasługuje przynajmniej na dogłębne przebadanie w celu wykluczenia jego wykorzystania w procesie legislacyjnym.

Abstract
Use of probability theory in analysis of legal norm application scope. Introduction to further discussion

The paper shows general concept of use of probability theory methods in analysis of legal norm application scope understood as class of events to which given legal norm is applicable. Proposed solution assumes that application scope can be regarded as event, thus it is allowed to calculate probability of such an event. Indictation of probability of event, which is application scope of given legal norm enables to verify in objective manner how common shall be application of given legal norm. That kind of information may improve legislative process due to selection of legal norms, which shall found lim-

ited application and which entail merely overproduction of law, which is particularly important taking into account vast numbers of enacted legal acts.
Key words: legal norm, application, probability, legislation

Streszczenie
Zastosowanie probabilistyki w analizie zakresu zastosowania normy prawnej. Wstęp do dalszej dyskusji

Praca przedstawia ogólną koncepcję zastosowania metod rachunku prawdopodobieństwa do analizy zakresu zastosowania normy prawnej, rozumianego jako klasa zdarzeń, w których zastosowanie ma dana norma prawna. Proponowane rozwiązanie zakłada, że zakres zastosowania normy stanowi zdarzenie losowe, co z kolei umożliwia ustalenie prawdopodobieństwa zaistnienia tego zdarzenia. Określenie prawdopodobieństwa zdarzenia losowego, jakim jest zakres zastosowania danej normy prawnej, pozwala w sposób zobiektywizowany zbadać, na ile powszechnie stosowana będzie dana norma prawna w przyszłości. Z kolei takie informacje umożliwią usprawnienie procesu legislacyjnego poprzez dokonanie selekcji norm, które w praktyce nie znajdą szerokiego zastosowania i które prowadzą jedynie do nadprodukcji prawa, co jest szczególnie istotne przy liczbie obecnie uchwalanych aktów prawnych.
Słowa kluczowe: norma prawna, zastosowanie, prawdopodobieństwo, legislacja

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 159–178 (2015)

Radosław Potok
doktorant, Uniwersytet Jagielloński

Konsekwencje wykorzystywania informacji poufnych w obrocie giełdowym w teorii i praktyce na przykładzie USA oraz Chin[1]

Wprowadzenie

Postrzeganie wykorzystywania informacji poufnej w grze giełdowej (insider trading)

W Polsce obecnie działa tylko jedna giełda papierów wartościowych – jest to założona w 1991 r. Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie (GPW). Głównym jej zadaniem jest zapewnienie możliwości obrotu takimi papierami wartościowymi jak akcje, obligacje czy prawa poboru. Na parkiecie dokonuje się również obrotu instrumentami finansowymi niebędącymi papierami wartościowymi, takimi jak opcje czy kontrakty terminowe. Giełda ta posiada strategiczne znaczenie dla kraju, jest sercem nowoczesnego i rozwiniętego rynku kapitałowego. Wedle aktualnych danych na GPW notowane są 472 spółki, w tym 420 krajowych, a sama kapitalizacja spółek krajowych wynosi ponad 620 miliardów złotych[2]. Z tego powodu operacje tam zawierane oraz, będące tego konsekwencją, nastroje wśród inwestorów często są odczuwane przez całą gospodarkę.

Bez wątpienia prawie każdy uczestnik obrotu giełdowego widzi w tej instytucji źródło swojego wzbogacenia. Pozostaje jednak pewien odsetek osób, które przy pomocy nieuczciwych praktyk pragną szybko i bez większego ryzyka wzbogacić się kosztem innych uczestników obrotu. Działania te pro-

[1] Chiny kontynentalne (tj. Chińska Republika Ludowa), w odróżnieniu od Republiki Chińskiej – inaczej Tajwanu, który posiada własne regulacje prawne i nie jest objęty zakresem niniejszego artykułu.

[2] Stan na 2 sierpnia 2015 r.

wadzą do negatywnych skutków, począwszy od spadku zaufania do giełdy ze strony inwestorów, przez upadek poszczególnych spółek, grup kapitałowych, a w drastycznych przypadkach nawet do załamań gospodarczych, których skutki są odczuwane przez miliony osób na całym świecie. Jak zauważa Konrad Zacharzewski: „Ochrona rzetelności obrotu stanowi istotny punkt regulacji prawa giełdowego (jako *ratio legis*) oraz wiodący kierunek działań organów nadzoru (jako przedmiot kompetencji). W toku ewolucji instytucji giełdowych utrwaliło się całkiem słusznie przekonanie, że sprawiedliwy obrót giełdowy przynosi same korzyści"[3].

W obecnej rzeczywistości rynek sam nie jest w stanie obronić się przed nieuczciwymi praktykami i konieczna jest pomoc państwa: „Zasadniczym motywem ingerencji prawodawcy w działanie rynku giełdowego jest konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa uczestnikom transakcji, opiewających na instrumenty finansowe. Chodzi tutaj o zapewnienie warunków organizacyjnych dla efektywnego ekonomicznie funkcjonowania mechanizmów rynku. Ochrona inwestorów giełdowych może być bowiem skutecznie realizowana wyłącznie w obrębie rynku, cechującego się występowaniem efektywności ekonomicznej. Istotne jest stworzenie odpowiednich ram prawnych funkcjonowania rynku w tym zagwarantowanie właściwej infrastruktury instytucjonalnej rynku (sieci bezpieczeństwa rozciągniętej nad rynkiem)"[4].

Z powyższym stwierdzeniem korespondują poglądy innych polskich uczonych zajmujących się problematyką wykorzystania informacji poufnych, jak choćby Anny Płońskiej, która twierdzi, że: „Nie ulega wątpliwości, że wszelkie nadużycia na rynku kapitałowym, w tym również w zakresie ochrony informacji poufnych i tajemnicy zawodowej, mają negatywny wpływ i znacznie zakłócają prawidłowe zasady funkcjonowania obrotu instrumentami finansowymi"[5]. Wedle Urszuli Banaszczak-Soroki: „Wykorzystanie informacji poufnych oraz manipulacja uniemożliwiają pełną i należytą przejrzystość rynku, która jest warunkiem podstawowym wymiany handlowej dla wszystkich podmiotów aktywnych gospodarczo na zintegrowanych rynkach finansowych"[6].

Biorąc powyższe rozważania za punkt odniesienia, zagadnienia związane z bezpieczeństwem obrotu giełdowego powinny być bliskie każdemu zainteresowanemu szeroko pojętym prawem gospodarczym, albowiem zagadnie-

---

3 K. Zacharzewski, *Prawo giełdowe,* Warszawa 2010, s. 317.

4 *Ibidem*, s. 96.

5 A. Płońska, *Karnoprawna ochrona informacji na rynku kapitałowym,* „Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego", e-monografie, seria Nr 14, Wrocław 2012, s. 17–18.

6 U. Banaszczak-Soroka, P. Zawadzka, *Ochrona rynku kapitałowego przed manipulacją w zjednoczonej Europie*, Wrocław 2008.

nia prawne i ekonomiczne związane z problematyką nadużyć giełdowych mają istotne znaczenie dla efektywnego funkcjonowania rynku kapitałowego w Polsce.

Postulat ten nabiera nowego znaczenia w aktualnej rzeczywistości ekonomicznej i społecznej, gdzie zagwarantowana przez Unię Europejską swoboda przepływu kapitału i osób sprawia, że osoby fizyczne oraz prawne posiadają obecnie nieskrępowaną, pełną dowolność w wyborze giełdy, w ramach której chcą osiągnąć korzyść majątkową w sposób nieuczciwy. Jak nigdy dotąd konieczne jest zatem istnienie efektywnych przepisów, które zagwarantują bezpieczeństwo, a jednocześnie swobodę przepływu kapitału oraz ochronią uczestników obrotu przed pokrzywdzeniem w wyniku nieuczciwych praktyk. Jak twierdzi Paweł Wajda: „Zainteresowanie rynkiem kapitałowym ze strony emitentów i inwestorów będzie uzależnione od czynników o charakterze ekonomicznym, jak również prawnym, takich jak np. prawne gwarancje bezpieczeństwa i stabilność rynku. W długim okresie to właśnie regulacje prawne będą czynnikiem o decydującym wpływie na jego gospodarcze znaczenie”[7].

Przepisy prawne dotyczące obrotu giełdowego powinny być zsynchronizowane z uregulowaniami prawnymi z pokrewnych dziedzin, aby system prawa był spójny oraz nie posiadał luk. Równie ważne jest jednak, aby system prawa antycypował nowe rozwiązania i koncepcje ekonomiczne, a dzięki temu obrót giełdowy był w dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości maksymalnie efektywny i konkurencyjny.

Destrukcyjny wpływ insider tradingu *jako dogmat oraz model teoretyczny*

Nie ulega zatem wątpliwości, że wśród polskich prawników odnośnie do obrotu giełdowego istnieje dogmat dotyczący bezpieczeństwa, polegający na tym, iż bez zapewnienia skutecznej ochrony uczestnikom obrotu przed wykorzystywaniem informacji poufnych, giełda nie ma możliwości rozwoju, następuje jej stagnacja oraz odpływ inwestorów.

Powszechna opinia dotycząca zjawiska wykorzystania informacji poufnej jest tak „oczywista” i powtarzana przez tak wielu prawników, że w polskim środowisku naukowym w ogóle nie jest podawana w wątpliwość. Przeciwnie – przyjmowana jako dogmat, który często stanowi wstęp do dalszych rozważań o zjawisku wykorzystywania informacji poufnych. Tymczasem w niniejszej pracy przeanalizowane zostanie, czy rzeczywiście zjawisko *insider trading* jest tak dewastujące dla obrotu giełdowego, czy też jest to mit błędnie powielany w kolejnych pracach naukowych.

[7] P. Wajda, *Efektywność informacyjna rynku giełdowego*, Warszawa 2011, s. 40.

Celowe jest posłużenie się komparatystyką prawniczą, aby porównać efektywność uregulowań dotyczących wykorzystania informacji poufnej w grze giełdowej w Stanach Zjednoczonych oraz Chinach pod względem prawno-instytucjonalnej efektywności ochrony inwestora. Następnie, dzięki takiemu porównaniu, istotne jest znalezienie odpowiedzi na pytania: Czy dogmat odnośnie do wykorzystania informacji poufnej w grze giełdowej jest prawdziwy? Czy państwa-liderzy, jeżeli chodzi o rozwój rynku kapitałowego, posiadają efektywny system zabezpieczający przed *insider tradingiem*? Jak często dochodzi do wykorzystania informacji poufnych w grze giełdowej w państwach, na których polski ustawodawca może się wzorować? Kiedy mamy do czynienia z bezpiecznym obrotem giełdowym w kontekście wykorzystywania informacji poufnej?

W Polsce, pomimo regularnie pojawiających się prac odnośnie do wykorzystania informacji poufnej w grze giełdowej, brakuje publikacji, które wyraźnie wychodziłyby poza granice rozważań teoretycznych. Analiza funkcjonowania powyższej regulacji w licznych pracach naukowych oderwana jest od danych empirycznych, podczas gdy to one powinny być podstawą do dalszych dyskusji nad tym, czy instytucja ta spełnia swoją funkcję, czy zapobiega praktykom, do których zwalczania została stworzona.

W tej sytuacji, z punktu widzenia funkcjonowania rodzimej regulacji, interesujące wydaje się również, jak państwa-liderzy rynku kapitałowego, radzą sobie ze zjawiskiem *insider trading* oraz jaki procentowy udział wykorzystania informacji poufnych w obrocie giełdowym występuje w państwach rozwiniętych. Odpowiedź na to pytania powinna dać, o ile to możliwe, punkt odniesienia, w oparciu o który będzie można pokusić się o ocenę tej instytucji w Polsce. Ta ostatnia jednak nie będzie stanowić przedmiotu niniejszego artykułu.

Insider Trading *oraz* Insider

W obu państwach rozumienie *insider tradingu* jest tożsame. *Insider trading* to, w znacznym uproszczeniu, wykorzystywanie informacji poufnej w grze giełdowej, co pozwala osiągnąć nieuczciwą przewagę nad pozostałymi uczestnikami obrotu. USA, jako światowy lider, inspirował do podążania swoją drogą poszczególnych krajowych ustawodawców na całym świecie. Gdy to nie skutkowało, Stany Zjednoczone naciskami dyplomatycznymi zabiegały o wprowadzenie przepisów odnośnie do zakazu *insider tradingu* w wielu krajach tak, by amerykańscy inwestorzy mogli bezpiecznie i bez obaw inwestować na światowych giełdach. W związku z tym *insider trading* jest podobnie definiowany w regulacjach państw na całym świecie. Rozważania zawarte w niniejszej

pracy odnośnie do wykorzystywania informacji poufnej w grze giełdowej, tak w USA, jak i w Chinach, odnoszą się zatem do tej samej instytucji prawnej.

Stany Zjednoczone oraz Chiny jako giełdowi liderzy

Wybór Stanów Zjednoczonych oraz Chin nie jest przypadkowy. Pierwsze z tych państw jest światowym mocarstwem, które wywarło znaczny wpływ na globalny rozwój prawodawstw, zakazujących użycia informacji poufnej w grze giełdowej. To Stany Zjednoczone inspirowały zmiany prawne na kontynencie europejskim, w konsekwencji czego powstała dyrektywa Market Abuse[8], w myśl której wykorzystanie informacji poufnej w grze giełdowej w państwach członkowskich Unii Europejskiej jest zakazane. W końcu, to Stany Zjednoczone i obowiązujące tam uregulowanie prawne uchodzą za światowy wzorzec ochrony rynku kapitałowego przed nielegalnymi praktykami oraz nadużyciami.

Chiny natomiast to obecnie największa gospodarka świata[9], która zdetronizowała Stany Zjednoczone, dzierżące palmę pierwszeństwa od końca XIX w. Chiński rynek kapitałowy jest obecnie największy na świecie, a zainteresowanie giełdą nieporównywalnie większe niż w Stanach Zjednoczonych.

W niniejszej pracy zaprezentowany zostanie zatem system amerykański, uchodzący za pionierski, najstarszy oraz najbardziej dojrzały, ale także chiński, który funkcjonuje w ramach największej i najbardziej dynamicznej gospodarki świata.

Wykorzystanie informacji poufnych w Stanach Zjednoczonych

Regulacja Prawna

Stany Zjednoczone są światowym pionierem w zakresie ochrony przed wykorzystywaniem informacji poufnej w grze giełdowej[10]. Powstanie nowo-

---

[8] Dyrektywa 2003/6/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku – nadużyć na rynku (Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation – market abuse).

[9] Pod względem PKB ważonego parytetem siły nabywczej, wynoszącego w 2014 r. 17,6 biliona dolarów.

[10] Szeroko rozwiniętego obrotu giełdowego należy upatrywać już w starożytnym Rzymie, gdzie dokonywał się obrót akcjami i obligacjami spółek publicznych. Spółki te były bardzo zbliżone, jeżeli chodzi o formę działalności, do dzisiejszych spółek akcyjnych. Posiadały osobowość prawną oraz zarząd. Ogłaszały sprawozdanie ze swej działalności, a wartość udziałów, podobnie jak obecnie, była zmienna i zależna od kondycji oraz dochodowości spółki. Wraz z powstaniem obrotu giełdowego powstało też najprawdopodobniej zjawisko spekulacji, wykorzystywania informacji poufnej i pierwsze próby przeciwdziałania temu zjawisku.

czesnych regulacji odnośnie do *insider tradingu* związane jest bezpośrednio z Wielkim Kryzysem (ang. *Great Depression*), który miał miejsce w Stanach Zjednoczonych w latach 1929–1933[11]. Po czarnym czwartku 24 października 1929 r., kiedy to doszło do paniki na giełdzie nowojorskiej i gwałtownego spadku cen praktycznie wszystkich akcji, nakręciła się spirala wielkich bankructw oraz zadłużenia. Kryzys osiągnął wkrótce skalę międzynarodową, dotykając niemalże każdego państwa na świecie. Wydarzenia te wpłynęły na powstanie nowych regulacji giełdowych, w tym między innymi Securities Exchange Act z 1934 roku[12], który to zabraniał wykorzystywania informacji poufnych[13], co było fundamentem do dalszej walki z tym procederem[14]. W toku rozwoju regulacji wykształciły się też dwie teorie dotyczące *insider tradingu*: klasyczna oraz niewłaściwego zachowania, które zostaną opisane w dalszej części artykułu.

Kolejną istotną regulacją odnoszącą się do zagadnienia wykorzystywania informacji poufnej jest The Insider Trading Sanctions Act z 1984 r.[15] oraz The insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act z 1988 roku[16], statuujące możliwość dochodzenia na drodze cywilnej roszczeń za wykorzystanie informacji poufnej do kwoty trzykrotnej wysokości osiągniętego zysku lub straty, której udało się uniknąć. Podnosiły one też wysokość kary pozbawienia wolności do lat 10. Komisja Papierów Wartościowych uzyskała uprawnienia, aby denuncjatorom wypłacać do 10% wartości grzywny zasądzonej od osoby, którą skazano za wykorzystanie informacji poufnej dzięki temu donosowi. Wprowadzały też odpowiedzialność osób nadzorujących, jeżeli ze swojej winy, pomimo możliwości, nie zapobiegły handlowi wewnętrznemu podwładnych.

Najnowszym osiągnięciem w regulowaniu *insider tradingu* jest ustawa Dodd-Frank z 31 lipca 2011 roku[17], która koncentruje się na rozporządze-

[11] Wcześniej wykorzystanie informacji poufnej było szeroko rozumiane jako odmiana oszustwa. Już w 1909 r., Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wskazywał, że dyrektor korporacyjny skupujący akcje w oparciu o informację poufną dopuszcza się oszustwa.

[12] The Securities Exchange Act of 1934 (P.L. 73-291, 48 Stat. 881), https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf [dostęp: 28.02.2016].

[13] Istniały wcześniejsze regulacje zakazujące tego procederu, jednak to Securities Exchange Act uznawany jest za pierwszą nowoczesną regulację tego typu w Stanach Zjednoczonych.

[14] Jedną z przyczyn kryzysu upatrywano w powszechnym wykorzystywaniu informacji poufnych w grze giełdowej.

[15] Insider Trading Sanctions Act of 1984 (P.L. 98-376, 98 Stat 1264), https://www.govtrack.us/congress/bills/98/hr559/text [dostęp: 28.02.2016].

[16] The insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988 (P.L. 100-704, 102 Stat. 4677), https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg4677.pdf [dostęp: 28.02.2016].

[17] H.R.4173 – Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. (P.L. 111-203, 124 Stat. 1376), https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/html/PLAW-111publ203.htm [dostęp: 28.02.2016].

niach finansowych oraz wykorzystywaniu informacji poufnej w globalnym świecie po kryzysie finansowym. Ustawa ta zmienia istniejące struktury regulacyjne, tworzy wiele nowych agencji w celu usprawnienia procesu regulacyjnego, zwiększa nadzór nad poszczególnymi instytucjami, które są obarczone systematycznym ryzykiem, zmienia ustawę o Rezerwie Federalnej oraz promuje przejrzystość.

Celem ustawy, relewantnym z punktu widzenia niniejszego artykułu[18], jest spełnienie rygorystycznych norm oraz szczegółowy nadzór, w celu ochrony gospodarki i amerykańskiego konsumenta, inwestorów, biznesu, a ponadto zakończenie systemu finansowania przez podatników kolejnych *bailoutów*[19] instytucji finansowych, zapewnienie zaawansowanego systemu ostrzegania dla stabilności gospodarki oraz wyeliminowanie luk, które doprowadziły do kryzysu gospodarczego w 2008 r. Na podstawie tej ustawy utworzono m.in. agencję nadzoru – Radę Stabilności Finansowej, Biuro Badań Finansowych oraz Biuro Ochrony Finansowej Konsumentów.

Informacja poufna oraz Insider

Skomplikowana regulacja prawna *insider tradingu* w Stanach Zjednoczonych, znajdująca się w *section 10(b) of the 1934 Exchange Act and Rule 10b–5*[20], jest w dużej mierze produktem orzecznictwa i przepisów administracyjnych, uchwalanych przez SEC[21].

W Stanach Zjednoczonych, podobnie jak w Polsce, *insider trading* definiowany jest jako wykorzystanie informacji poufnej w grze giełdowej. *Insiderem* jest natomiast każdy, kto posiada informacje poufne. Osoby zasiadające w organach spółki lub posiadające 10% bądź więcej udziałów, dokonując transakcji, muszą ten fakt zgłosić w specjalnym formularzu.

W toku rozwoju regulacji w Stanach Zjednoczonych wykształciły się dwie teorie dotyczące *insider tradingu*: klasyczna oraz nieodpowiedniego zachowania, które zostały opisane poniżej.

Teoria klasyczna – teoria równego dostępu

W myśl tej teorii, osoba która dopuszcza się *insider tradingu*, mając bezpośredni lub pośredni dostęp do informacji wewnętrznej, wykorzystała ją dla celów osobistych, posiadając wiedzę, że działanie to jest nieuczciwe, bowiem

---

[18] Ustawa odnosi się do bardzo szerokiego spektrum problemów, nie tylko *insider tradingu*.

[19] Ekon. ratunkowa pomoc finansowa dla przedsiębiorstwa zagrożonego upadkiem.

[20] The Securities Exchange Act of 1934 (P.L. 73-291, 48 Stat. 881).

[21] U.S. Securities and Exchange Commission; M. Ventoruzzo, *Comparing Insider Trading in the United States and in the European Union: History and Recent Developments*, Pennsylvania State University and ECGI, maj 2014, s. 2.

informacja ta jest niedostępna na osób, z którymi dokonuje transakcji. Teoria ta została podważona w 1980 r., na kanwie sprawy Chiarella przeciwko Stanom Zjednoczonym[22], gdzie Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych orzekł, że osoba, której nie łączy stosunek fiducjarny, nie odpowiada za wykorzystanie informacji poufnej. W sprawie tej chodziło o pracownika, który drukując dokumenty, odkrył niedostępne publicznie informacje, a dysponując nimi, dokonał zyskownych dla niego transakcji giełdowych. Orzeczenie to wymusiło na przeciwnikach *insider tradingu* stworzenie nowej teorii, w myśl której powyższe zachowanie mogłoby być karalne. W ten sposób powstała *misappropriation theory*.

Misappropriation theory – *teoria nieodpowiedniego zachowania*

Obecnie obowiązującą teorią, dotyczącą wykorzystywania informacji poufnej w grze giełdowej jest *misappropriation theory*, wedle której osoba narusza prawo, poprzez nadużycie zaufania, wykorzystując powierzone informacje związane z firmą. Teoria ta sprawia, że osoba, która nie ma prawnego powiązania z podmiotem, którego dotyczą informacje wewnętrzne, może odpowiadać za przestępstwo *insider tradingu,* np. w przypadku nieuprawnionego wykorzystania poufnych informacji, za pomocą m.in. takich sposobów jak bezprawne wykorzystanie tajemnicy handlowej czy złamanie zobowiązań w stosunku do swojego pracodawcy.

Sankcje oraz ich egzekwowanie

W Stanach Zjednoczonych The Insider Trading Sanctions Act z 1984 oraz The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act z 1988 statuują karę za wykorzystanie informacji poufnej do trzykrotnej wysokości osiągniętego zysku lub straty, której udało się uniknąć. *Base offense level insider tradingu* wynosi 8, co plasuje go w strefie A[23], a to sprawia, że osoba, która pierwszy raz została nakryta na wykorzystaniu informacji poufnej, kwalifikuje się do otrzymania kary wolnościowej. W poważniejszych przypadkach orzekana jest kara pozbawienia wolności.

Pomimo rozbudowanego aparatu organów nadzoru, co w teorii powinno przekładać się na większą łatwość w wykrywaniu posługiwania się informacjami poufnymi w grze giełdowej, rzeczywistość jest zgoła odmienna. Szacuje

---

[22] *Chiarella v. United States*, 445 U.S. 222 (1980), Orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/222/case.html [dostęp: 28.02.2016].

[23] Federalne wytyczne dzielą przestępstwa ze względu na ich powagę na 43 poziomy. Im cięższe przestępstwo, tym większa kara. Poziom bazowy jest dostosowywany to danego przypadku. Przeszłość kryminalna czy dodatkowe okoliczności obciążające sprawiają, że poziom wzrasta.

się, że blisko jedna czwarta transakcji giełdowych może mieć związki z wykorzystywaniem informacji poufnych, lecz tylko ułamek spośród tych przypadków spowodował wszczęcie postępowania ze strony organów rządowych. Istnieje szereg badań empirycznych potwierdzających, że informacje poufne są powszechnie wykorzystywane w grze giełdowej. Profesorowie z New York University Stern School of Business i McGill University pod kątem *insider tradingu* przebadali dużą próbę 1859 transakcji korporacyjnych w rozpiętości czasowej od początku 1996 r. do końca 2012 r., poszukując w okresie 30 dni przed dokonaniem transakcji nieprawidłowości w ruchach kursów. Badanie to wykazało, że około 25% analizowanych transakcji towarzyszyły nieprawidłowości z zakresu obrotu w okresie od przygotowań do ogłoszenia transakcji. W próbie kontrolnej zaledwie trzy razy na bilion doszło do sytuacji, że badanie wykazało nieprawidłowości, podczas gdy takowe nie miały miejsca. Komisja Papierów Wartościowych i Giełd wszczęła postępowanie tylko w około 4,7% przypadków spośród 1859 transakcji M&A objętych badaniem. Stanowi to mniej niż 1/5 przypadków, w których amerykańskie organy nadzoru powinny zareagować. Wyniki badań wskazują, że pomimo bardzo nagłośnionych przypadków, takich jak te ujawnione w ostatnich latach z udziałem funduszy hedgingowych Galleon Group i SAC Capital, rząd nadal jest bezradny wobec wykorzystywania informacji poufnych w publicznym M&A[24].

W 1992 r. upubliczniono słynne badania Nejata Seyhuna, w których to empirycznie przeanalizowano, jak rozwój legislacji amerykańskiej wpływał na dochodowość *insider tradingu*. Wyniki badania okazały się niezwykle zaskakujące. Logiczne założenie, że kolejne restrykcyjne regulacje pozytywnie wpływają na ograniczenie zjawiska *insider tradingu*, okazało się błędne. Zgromadzone dane ukazały, że mimo istnienia Securities and Exchange Act z 1934 r. już od ponad 50 lat, ponadnormatywne zyski insiderów wynosiły 3,5%. W pierwszej połowie lat 80. rentowność wzrosła do 5,1%, pomimo uchwalenia Insider Trading Santions Act z 1984 r. Natomiast w drugiej połowie lat 80. ponadnormatywne zyski insiderów wzrosły do 7%, pomimo wprowadzenia regulacji Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act z 1988 r. Kolejne kroki legislacyjne mające na celu ochronę inwestorów nieposiadających poufnych informacji nie spełniały więc stawianych wobec nich oczekiwań. Sygnał płynący do inwestorów indywidualnych był jednak zgoła odmienny – nowe restrykcyjne przepisy dawały im poczucie bezpieczeństwa oraz zachęcały do inwestycji na giełdzie[25].

---

[24] P. Augustin, M. Brenner, M.G. Subrahmanyam, *Informed Options Trading prior to M&A Announcments: Insider Trading?*, New York, maj 2015.

[25] N. Seyhun, *The Effectiveness of Insider-Trading Sanction*, "Journal of Law and Economics", Michigan, kwiecień 1992, s. 149–182.

We wrześniu 2013 r. ukazały się kolejne badania odnośnie do wykorzystywania informacji poufnych, w których Shi Wei przeanalizował proces nabywania akcji w Wielkiej Brytanii, Stanach Zjednoczonych oraz Chinach. Posługując się metodą CAAR (*Cumulative average abnoral return*) oraz AR (*Abnormal return)*, przeanalizował transakcje wybranych 20 spółek w Stanach Zjednoczonych z lat 2006–2010. Jak wynikało z analiz, w każdym z poszczególnych pięciu rocznych okresów dochodziło do anomalii, które można tłumaczyć wykorzystaniem informacji poufnej w grze giełdowej. Widoczne to było zwłaszcza w okresie 2006–2009 r.[26]

Zjawisko wykorzystywania informacji poufnych, mimo zaangażowania wielu instytucji oraz ogromnych nakładów finansowych[27], nadal jest powszechne. W Stanach Zjednoczonych organ nadzoru, U.S. Securities and Exchange Commission, dokonuje spektakularnych aresztowań, regularnie wykorzystuje podsłuchy, dysponuje najnowszą technologią szpiegowską oraz ogromnym budżetem. Jednak mimo upływu ponad 80 lat od wytoczenia wojny *insider tradingowi* przez amerykańskie agencje rządowe, skala zjawiska nadal jest ogromna. W celu zwiększenia wykrywalności oraz ze względu na potrzebę zachęty obywateli do współpracy ustalono, że denuncjator, który powiadomi organy o naruszeniu prawa, może liczyć na 10% zasądzonej *insiderowi* kary, której wysokość nierzadko sięga kwoty rzędu milionów dolarów. Amerykański organ nadzoru, pomimo powyższego zaplecza finansowo-prawno-technologicznego, okazuje się jednak bezradny. Osoba nielegalnie wykorzystująca poufne informacje w grze giełdowej ma ponad 80% szans, że nie zostanie wobec niej wszczęte jakiekolwiek postępowanie.

Wykorzystanie informacji poufnej w Chinach

Regulacja prawna

Chiny po drugiej wojnie światowej, ze względu na implikacje polityczne, przez bardzo długi czas nie posiadały giełdy, uznawanej za symbol ustroju kapitalistycznego[28]. Początek ich drogi do kapitalizmu można datować na 1976 r., kiedy to, po rozprawieniu się z bandą czworga, Hua Guofeng[29] rozpoczął proces postmaoistowskich reform. Stopniowo, nie bez okresów przejściowych trudności, Chiny stawały się państwem kapitalistycznym. W 1990 r., po kil-

[26] W. Shi, *Insider trading in Mergers and Acquisitions in the U.K., U.S., and China*, wrzesień 2013.

[27] Budżet U.S. Securities and Exchange Commission, która wykonuje szereg zadań poza rozpatrywanym tutaj przeciwdziałaniem insider tradingowi, wynosi około 1,5 miliarda dolarów.

[28] Chiny do końca lat 80. pozostawały państwem komunistycznym.

[29] Następca Mao Zedonga, Premier, Przywódca Chińskiej Republiki Ludowej.

kudziesięciu latach przerwy, została ponownie otwarta giełda w Szanghaju[30]. W tym samym roku założono również giełdę w Shenzen, gdzie pierwsza sesja odbyła się 3 lipca 1991 r.

W ciągu kolejnych 25 lat Chiny stały się gospodarczym mocarstwem, posiadającym największą gospodarkę świata. Dopiero w 2005 r., kiedy państwo środka było już zaliczane do grona światowych potęg, władze wprowadziły „nowoczesne" prawo papierów wartościowych (Prawo Papierów Wartościowych Chińskiej Republiki Ludowej[31]), które miało stworzyć zdrowe i przyjazne środowisko dla inwestorów z całego świata. Oszustwa na rynku papierów wartościowych zawierały się według niego w trzech kategoriach: *false statements*, *insider trading* oraz *market manipulation*. W przypadku zaistnienia któregoś z trzech powyższych przestępstw, poszkodowany mógł na drodze cywilnej domagać się odszkodowania. W praktyce sądy nie akceptowały żądania w przypadku powołaniu się na *insider trading* bądź *market manipulation*. Od czasu wprowadzenia nowego prawa papierów wartościowych obrót giełdowy w Chinach gwałtownie się rozwijał[32].

W 2010 r. Chiny pokonały kolejną barierę – wyprzedziły Brazylię oraz USA pod względem liczby akcji spółki, wprowadzanych po raz pierwszy do obrotu giełdowego (IPO)[33]. Sytuacja ta jest efektem zachęcania, przez władze chińskie małych i średnich przedsiębiorstw do debiutowania na giełdzie. W wyniku tego, w Chinach powstała moda na giełdę, nagła eksplozja jej popularności. Ukształtowała się też nowa warstwa kapitalistów z łatwym dostępem do giełdy i możliwości, jakie oferuje. *Insider trading* stał się popularnym sposobem na szybki i pewny zysk.

Już w pięć lat po wprowadzeniu nowego prawa papierów wartościowych uznano, że prawo w zakresie wykorzystywania informacji poufnej jest nieskuteczne i nie przystaje do praktyki. Chińska Securities Regulatory Commision (CSRC)[34], 29 lipca 2010 r. zadecydowała się na uchwalenie Interim provisions on the Securities Investment Advisor Business[35] oraz Tentative Provi-

[30] Wcześniej funkcjonowała w latach 1891 do 1941 oraz w latach 1946 do 1949, kiedy to została zamknięta na skutek całkowitego przejęcia władzy przez komunistów.

[31] Kompleksowe regulacje z zakresu prawa papierów wartościowych funkcjonowały w Chinach od 1 lipca 1999 r., jednak nie przystawały one do potrzeb rozwiniętego rynku kapitałowego. Securities Law of the People's Republic of China – Prawo Papierów Wartościowych Chińskiej Republiki Ludowej, Postanowienie Prezydenta Chińskiej Republiki Ludowej nr 43, http://www.china.org.cn/english/government/207337.htm [dostęp: 28.02.2016].

[32] G.T.J Yang, *Insider Trading China: Compared With Cases In The United States*, „Maryland Series in Contemporary Asian Studies", Vol. 2012.

[33] Initial Public Offering – Pierwsza oferta publiczna.

[34] Pinyin Zhōngguó Zhèngquàn Jiāndū Guǎnlǐ Wěiyuánhuì – Chińska Komisja Regulacyjna ds. Papierów Wartościowych.

[35] Ogłoszenie Chińskiej Komisji Regulacyjnej ds. Papierów Wartościowych nr 27 z 2010 r., http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=8458&CGid= [dostęp: 28.02.2016].

sions for Issuance of Securities-related Research Reports[36]. Pierwsza regulacja wprowadzała szereg restrykcji wobec firm konsultingowych, które odtąd, pod groźbą surowych kar, miały zakaz wykorzystywania poufnych informacji w toku swojej działalności. Była to próba ochrony podmiotów korzystających z usług firm doradczych, które szeroko wykorzystywały powierzone im tajemnice biznesowe przeciwko swoim klientom, doradzając inwestorom zakup bądź sprzedaż instrumentów finansowych w oparciu o posiadane przez siebie poufne informacje[37]. Druga regulacja wymagała od firm analitycznych, aby wydając raport na temat emitenta, informowały, czy posiadają jego udziały oraz w jakiej wysokości. Ponadto zakazywała ona zajmowania pozycji przeciwnych do zalecanych w raporcie[38]. Miało to na celu przeciwdziałanie powszechnym sytuacjom, w jakich firma konsultingowa posiadająca trudne do sprzedaży udziały, wydawała raport zalecający ich kupno, dzięki czemu w sposób nieuczciwy kreowała popyt na swoje walory, bądź pragnąc nabyć udziały konkretnej spółki, wydawała o niej negatywne zalecenia, dzięki czemu mogła po zaniżonej wartości sfinalizować transakcje.

Pomimo kolejnych regulacji, liczba przestępstw z wykorzystaniem informacji poufnych rosła w sposób geometryczny. Reakcją na ten stan rzeczy było wydanie, przez *Zuìgāo Rénmín Fǎyuàn* – chiński Sąd Najwyższy, 1 czerwca 2012 r. regulacji odnośnie do wykorzystywania informacji poufnej: Interpretation on Several Issues Concerning the Specific Application on Law in Handling the Criminal Cases of Insider Trading and Divulgement of Insider Information[39]. Sąd Najwyższy wskazywał m.in., kiedy w *insider tradingu* mamy do czynienia z poważnym przestępstwem (transakcja opiewająca na co najmniej 500 000 juanów[40] w przypadku obrotu akcjami, trzykrotne posłużenie się informacją poufną czy kwota zysków bądź strat przekraczająca 150 000 juanów), skupiał się też na osobach posiadających poufną informację nielegalnie oraz na systemie kar.

Sankcje oraz ich egzekwowanie

Mimo obowiązywania nowych uregulowań rynku kapitałowego, wykrywanie nadużyć pozostaje na bardzo niskim poziomie. W 2007 r. doszło do skaza-

[36] Ogłoszenie Chińskiej Komisji Regulacyjnej ds. Papierów Wartościowych nr 28 z 2010 r., http://hk.lexiscn.com/law/tentative-provisions-for-issuance-of-securities-related-research-reports.html [dostęp: 28.02.2016].

[37] S.L. Chen, *China Introduce New Regulations to Prevent Stock Price Manipulation from Stock Analysts*, Taipei, sierpień 2010.

[38] *Ibidem.*

[39] http://www.chinalawandpractice.com/Article/3095082/Interpretation-on-Several-Issues-Concerning-the-Specific-Application-of-the-Law-in-Handling-Criminal.html [dostęp: 28.02.2016].

[40] 1 juan = 0,6 zł, stan na czerwiec 2015 r.

nia za zaledwie jedno przestępstwo *insider tradingu*. Podobna sytuacja miała miejsce w 2008 r., w 2009 r. doszło do tego w czterech przypadkach, w następnym roku już w pięciu, a w 2011 r. – w 11 przypadkach.

W pierwszej historycznej sprawie, dotyczącej wykorzystywania informacji poufnych, „HUANG Guangyu Case" z 2007 r., biznesmen Huang Guangyu dokonał szeregu przestępstw, takich jak łapownictwo, nielegalne transakcje oraz przede wszystkim wykorzystanie informacji poufnej. W tej ostatniej kwestii sprawa przyciągnęła ogromną uwagę opinii publicznej ze względu na wcześniejsze traktowanie po macoszemu tego najgroźniejszego, wedle „Zachodu", przestępstwa przeciwko rynkowi kapitałowemu. W 2010 r. sąd pierwszej instancji skazał Huanga za wykorzystywanie informacji poufnej na karę 9 lat pozbawienia wolności oraz 600 milionów juanów grzywny. W sumie za przestępstwo *insider tradingu* oraz inne, otrzymał karę łączną 14 lat pozbawienia wolności. Chiński sąd, orzekając o wymiarze kary, wziął pod uwagę ogromną liczbę drobnych udziałowców, którzy pokrzywdzeni zostali mechanizmem *insider tradingu* oraz dochodowość całego przedsięwzięcia. Sprawa Huanga była niebywale istotna ze względu na swoją bezprecedensowość pod względem wysokości kary pozbawienia wolności, wysokości grzywny (około 360 milionów złotych) oraz skutków w zakresie oddziaływania wyroku na świadomość uczestników rynku, przez co stała się kamieniem milowym w rozwoju rynku kapitałowego w Chinach[41].

Kolejną historyczną sprawą, która nadała kierunek rozwoju sankcji, jakie będą obowiązywać w Chinach za przestępstwo wykorzystywania informacji poufnych, była sprawa Wang Yi oraz Shiao Shih Ching, członków Chińskiej Rządowej Komisji Nadzoru nad Rynkiem Papierów Wartościowych (CSR). W związku z pełnionymi funkcjami oraz koneksjami, posiadali oni poufne informacje odnośnie do spółek debiutujących na giełdzie. Sprawa była wielowątkowa. Brat Wanga Yi, Wang Lai, był właścicielem firmy, do której zgłaszały się podmioty, które nie spełniały koniecznych wymagań, aby zadebiutować na giełdzie. Po nawiązaniu współpracy oraz opłacie za usługi konsultingowe, firma taka niespodziewanie zaczynała spełniać wspomniane wymagania. Sprawa wyszła na jaw przy okazji jednej z wielu typowych transakcji. Do Wang Lai zgłosił się podmiot z branży chemicznej, Qingdao Kingking, który nie spełniał wymagań do debiutu na giełdzie. Wang Lai nie poprosił o pomoc brata, lecz jego protegowanego, Shiao Shih Chinga. Następnego dnia firma ta oficjalnie spełniała już standardy do debiutu, a Shiao wzbogacił się o podarek w wysokości RMB $ 200 000. Ponadto Shiao na jednej z transakcji, w której wykorzystał swoje koneksje oraz dostęp do informacji poufnych, zarobił

[41] G.T.J. Yang, *Insider…, op. cit.,* s. 21.

RMB $ 100 milionów. W dniu 8 czerwca 2008 r. Wang Yi, ówczesny zastępca szefa Chińskiej Komisji Nadzoru, trafił do aresztu. Śledczy rozpoczęli badanie dokonanych przez niego transakcji oraz koneksji. W dniu 29 kwietnia 2009 r. śledztwo objęło również Shiao Shih Ching'a. W kwietniu 2010 r. Wang Yi został skazany na karę śmierci za korupcję, udowodnioną na kwotę RMB $ 11,9 miliona. Rok później Shiao Shih Ching również został skazany na śmierć, gdyż udowodniono mu korupcję w wysokości RMB $ 15,46 milionów oraz zysk z wykorzystania informacji poufnej w wysokości RMB $ 100 milionów. Ponadto, pomimo zasądzenia kary śmierci, musiał on zwrócić RMB $ 72,5 miliona nielegalnych zysków.

Na podstawie powyższych orzeczeń można uznać, że zjawisko *insider trading* jest w Chinach karane z całą surowością i bezwzględnością. Sprawa ta pokazała, że władze chińskie chcą dać jasny sygnał, iż wykorzystywanie informacji poufnej nie będzie w tym kraju tolerowane. Procesy były szeroko komentowane w kontrolowanych przez władze mediach, ku przestrodze potencjalnych *inisder traderów*. W praktyce jednak dwa lata po egzekucji Shiao, w 2012 r., chińskie spółki giełdowe zatrudniały 28 byłych członków Chińskiej Komisji Nadzoru, którzy za sowite wynagrodzenie dzielili się posiadanymi przez siebie informacjami poufnymi[42]. Najnowsze badania z 2015 r., prowadzone przez Chafen Zhu oraz Li Wang, ujawniły też, że w Chinach osoba dysponująca informacjami poufnymi osiąga zyski 2,83 razy większe od osoby niepoinformowanej[43].

W celu ochrony inwestorów, w wielu krajach wprowadzany jest zakaz zbywania bądź nabywania udziałów spółki przez *insiderów* w okresie poprzedzającym publikację sprawozdania finansowego tak, aby *insider*, posiadający wcześniej informację, nie mógł jej wykorzystać w grze giełdowej. W Wielkiej Brytanii okres ten wynosi dwa miesiące. W Stanach Zjednoczonych nie ma takiej regulacji, lecz większość firm dobrowolnie nakłada na siebie takie obostrzenie. Tymczasem gdy Giełda Papierów Wartościowych w Hong Kongu, 12 lutego 2012 r., ogłosiła wydłużenie okresu ochronnego z 30 do 60 dni, wywołało to ogromną falę sprzeciwu, a ponad 200 notowanych spółek opowiedziało się przeciwko wprowadzeniu regulacji, która miała na celu ułatwienie przeciwdziałaniu *insider tradingowi*[44].

Prawo, przewidujące drakońskie kary, okazało się bezskuteczne wobec zjawiska *insider tradingu* w Chinach. Problemy z efektywnością wykrywa-

---

42 Tan Yi Fei, Chang Lu, *The Reality of Shiao Ching's Financial Dealing*, CAACNews, Chiny, 13 maja 2011, wydanie 4076.

43 C. Zhu, L. Wang, *Insider trading under ban regulations in China's A-share market*, „China Journal of Accounting Research" 2015, 8, s. 169–191.

44 *Ibidem.*

nia przestępstw wykorzystywania informacji poufnej, przyzwolenie społeczne, przenikanie się świata biznesu i polityki oraz możliwość wysokiego zysku okazały się czynnikami, które skutecznie przeciwdziałają urzeczywistnienia idei uczciwego obrotu giełdowego. Establishment biznesowy, ze względu na dochodowość tego procederu w Chinach, aktywnie dba o ochronę swoich interesów.

W pionierskim, w swoich założeniach, badaniu z 2013 r. Qingsheng Zeng i Yaozhong Zhang przeanalizowali, w jaki sposób koneksje polityczne wpływają na zjawisko *insider tradingu* w Chinach. Potwierdzili oni naukowo, że istnieje tutaj pozytywna korelacja. Należy również podkreślić, że zjawisko *insider tradingu* związane jest znacznie częściej z podmiotami prywatnymi aniżeli z podmiotami kontrolowanymi przez państwo[45].

Pomimo powszechnego wykorzystania informacji poufnej w grze giełdowej, chińskie giełdy bardzo dobrze się rozwijają. Według raportu Światowej Federacji Giełd z dnia 31 stycznia 2015 r., giełda w Szanghaju była piątą największą na świecie, natomiast giełda w Shenzen – ósmą[46].

Skuteczność przeciwdziałania insider tradingowi

Nieefektywne regulacje prawne

Najbardziej dojrzałe oraz najstarsze regulacje odnośnie do wykorzystania informacji poufnych posiadają Stany Zjednoczone. Od blisko stulecia rozwijają definicję *insider tradingu* oraz nieustannie modyfikują katalog osób, których zachowanie powinno być penalizowane. Jednak im bliżej czasów współczesnych, tym więcej pojawia się kontrowersji. Historia zmian legislacyjnych w Stanach Zjednoczonych w tym zakresie to historia skandali, załamań giełdowych, debat publicznych oraz następujących po nich reakcji polityków, którzy w celu uspokojenia obaw inwestorów podejmowali decyzję o konieczności głębokich zmian prawnych. The Securities Exchange Act z 1934 r. nie był efektem głębokiej, wieloletniej dyskusji, dotyczącej wykorzystania informacji poufnych w grze giełdowej czy efektem analiz ekonomicznych. Jak wynika z uzasadnienia projektu, była to reakcja rządu na giełdowy krach z końca lat 20. Konieczne było uspokojenie inwestorów, którzy stracili zaufanie do giełdy, oraz odbudowanie w nich poczucia bezpieczeństwa. W latach 80., po serii medialnie głośnych skandali giełdowych oraz trudnościach na giełdzie, powstał kolejny pakiet regulacji dotyczący *insider tradingu*, który był m.in.

[45] Q. Zeng, Y. Zhang, *Political Connections, Analyst Following, and the Informativeness of Insider Trading in China*, „China Accounting and Finance Review" 2013, 15, s. 1–59.

[46] http://www.world-exchanges.org/statistics/monthly-reports [dostęp: 26.02.2016].

reakcją na bezsilność wobec wykorzystywania informacji poufnych w obrocie giełdowym. Natomiast ustawa Dodd-Frank z 31 lipca 2011 r. oficjalnie miała na celu wyeliminować luki w systemie, które doprowadziły do kryzysu finansowego z 2008 r. Ujawnia to schemat działania ustawodawcy w USA, w którym zmiana przepisów prawnych ma charakter reakcyjny na patologię związaną w wykorzystaniem poufnych informacji. Jednocześnie postępowanie to ma podłoże populistyczne, ponieważ akty są uchwalane w trudnych dla obrotu giełdowego okresach, kiedy na wprowadzanych zmianach można zbić największy kapitał polityczny.

Skądinąd regulacje chińskie są stosunkowo młode. Chiny, walcząc o pozycję światowego hegemona gospodarczego, dążą do zapewnienia rodzimemu rynkowi jak najlepszych warunków do rozwoju. W tym celu kopiują najlepsze światowe rozwiązania. W ciągu zaledwie kilkunastu lat wielokrotnie zmieniano w tym kraju prawo dotyczące wykorzystania informacji poufnych w grze giełdowej. Jak dotąd bezskutecznie. W stosunku do tego problemu można w Chinach zaobserwować podejście dychotomiczne. Oficjalnie chińskie władze, a więc faktycznie Komunistyczna Partia Chin, dąży do zapewnienia jak najlepszych perspektyw dla rozwoju obrotu giełdowego w Chinach. Z tym zamiarem podejmuje szereg działań legislacyjnych celem poprawy bezpieczeństwa, takich jak: poparcie dla surowych kar za przestępstwa giełdowe, szybka reakcja na ujawniane luki systemowe, brak sabotowania badań nad *insider tradingiem*, promowanie uczciwych postaw w biznesie. Z drugiej jednak strony w łonie partii istnieje grupa polityków, która zabezpiecza interesy osób szeroko korzystających z dobrodziejstw *insider tradingu*. Dzięki poparciu polityków, otrzymywaniu od nich informacji poufnych czy obsadzaniu stanowisk w spółkach rodzinami wysoko postawionych dygnitarzy tworzy się drugi, niedostępny dla mediów świat powiązań polityczno-biznesowych, wśród których to właśnie *insider trading* jest jednym z głównych sposobów na pewny zysk.

Skuteczność

Ani w Stanach Zjednoczonych, ani tym bardziej w Chinach nie udało się zwalczyć zjawiska *insider tradingu*. W USA rozwijany od 80 lat system ochrony rynku nadal nie jest szczelny ani gotowy, aby wypełnić stawiane przed nim zadania. Architektura prawna, sprzyjający klimat polityczny oraz instytucje z potężnymi budżetami na walkę z tym zjawiskiem są bezsilne. *Insider trading* wedle licznych badań jest stałym i nieodłącznym elementem obrotu giełdowego.

Chiny, nowa potęga gospodarcza, skupiły się na walce ze zjawiskiem poprzez drastycznie surowe kary, z karą śmierci włącznie. Mimo tego, podobnie

jak w USA, władze poniosły na tym polu klęskę. Co więcej nawet kampania przeciwko korupcji, w którą wpisuje się również zwalczanie *insider tradingu*, nie przeszkodziła w swobodnym rozwoju tego zjawiska.

Konkluzje

W oparciu o dane empiryczne dotyczące powszechności występowania *insider tradingu* możliwa jest przybliżona ocena skali zjawiska. Zarówno Stany Zjednoczone, jak i Chiny są światowymi liderami gospodarczymi, co naturalnie skłania naukowców do analizy przebiegu transakcji właśnie na tamtejszych rynkach. Liczne badania, przywołane w niniejszej pracy, wskazują, że skala zjawiska jest ogromna, rzędu co najmniej kilkunastu procent. W tej sytuacji należy stwierdzić, że państwa te osiągnęły pozycję światowych liderów gospodarczych, nie posiadając efektywnego systemu zabezpieczeń przed jednym z najgroźniejszych przestępstw giełdowych, tj. *insider tradingiem*.

Dogmat, który zakłada, że powszechne wykorzystanie informacji poufnych uniemożliwia rozwój rynku giełdowego, a w dłuższym czasie powoduje jego degenerację, z upadkiem giełdy włącznie, jest błędny. Liczne badania empiryczne nad *insider tradingiem* w Stanach Zjednoczonych oraz Chinach potwierdzają powszechność tego patologicznego zjawiska w obu wymienionych państwach, co jednocześnie nie stoi na przeszkodzie rozwoju tamtejszych rynków giełdowych.

Zjawisko powszechnego wykorzystywania informacji poufnych w obrocie giełdowym negatywnie wpływa na koszt kapitału, zaufanie uczestników do rynku oraz daje nieuczciwą przewagę *insiderom* nad pozostałymi uczestnikami rynku. Jednak co do zasady nie uniemożliwia rozwoju prężnego rynku giełdowego, nie prowadzi do stagnacji ani masowego odpływu inwestorów giełdowych. Skuteczność regulacji prawnych, jak i efektywny system ochrony inwestorów, również nie jest czynnikiem, który wpływa na rozwój bądź regres rynku.

Występowanie zjawiska *insider tradingu* zależne jest to od wielu czynników, z których najważniejszymi wydają się: efektywność wymiaru sprawiedliwości i organów administracji, uwarunkowania kulturowe, wolność mediów oraz poziom etyki biznesu panujący w danym państwie. Przykład USA i Chin dowodzi jednak, że regulacje prawne jedynie w bardzo nikłym stopniu wpływają na częstotliwość wykorzystywania informacji poufnych.

Stany Zjednoczone, które wybrały drogę ciągłego zwiększania wymagań wobec uczestników obrotu, inwigilacji, zwłaszcza elektronicznej oraz płatnego donosicielstwa, nie odniosły sukcesu, choć poza restrykcyjnym systemem były również wspierane efektywnym i surowym wymiarem sprawiedliwości.

Natomiast przykład Chiński pokazuje, że zwiększanie sankcji w przypadku przestępstw wymierzonych przeciwko rynkowi kapitałowemu, a nawet pokazowe wymierzenie kary śmierci, nie jest w stanie ukrócić tego zjawiska.

Pomimo powszechnego wykorzystania informacji poufnych w grze giełdowej, rynki kapitałowe tak w Stanach Zjednoczonych, jak i w Chinach rozwijają się najlepiej na świecie. Przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele, od potencjału ludzkiego, zasobów naturalnych, przez sytuację geopolityczną obu państw, na systemie prawnym kończąc.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, że obrót giełdowy Chin oraz USA trawi zjawisko powszechnego wykorzystania informacji poufnych, a mimo to ponad wszelką wątpliwość rynek giełdowy obu państw nieustannie się rozwija.

Jak przytoczono na wstępnie, występowanie *insider tradingu* w dłuższej perspektywie prowadzi do spadku zainteresowania giełdą ze strony uczestników obrotu, wycofywania kapitału, spadku płynności oraz braku poczucia bezpieczeństwa, a w dalszej konsekwencji upadku giełdy. To stanowisko to spójny i logiczny model teoretyczny, który jednak nie znalazł pokrycia w badaniach empirycznych.

Przykład USA oraz Chin pozwala też sformułować hipotezę badawczą, która może być przyczynkiem do dalszych prac: uregulowania prawne w przypadku wykorzystywania informacji poufnej mają charakter wizerunkowy, natomiast z bezpieczeństwem obrotu są słabo skorelowane.

Należy jednak zaznaczyć, że uregulowania zakazujące *insider tradingu*, choć nieskuteczne, odgrywają bardzo ważną rolę, opartą na schemacie działań o charakterze *public relations*. Istnienie przepisów mających na celu ochronę inwestora daje mu poczucie bezpieczeństwa**.** Zniesienie nieefektywnych przepisów niosłoby również za sobą ryzyko, że zostanie to odebrane jako pozwolenie ustawodawcy na dowolne wykorzystywanie asymetrii informacyjnej występującej w obrocie giełdowym. Dla żywotności obrotu giełdowego nie jest jednak ważne, czy regulacje prawne w sposób skuteczny chronią uczestników obrotu. Ważne jest natomiast subiektywne odczucie inwestora na temat poziomu bezpieczeństwa jego inwestycji. Przy niskim poczuciu bezpieczeństwa następował będzie powolny i długotrwały upadek giełdy. W przeciwnym przypadku, gdy uczestnicy obrotu będą postrzegali giełdę jako bezpieczne środowisko, będą także inwestowali, przyczyniając się do jej rozwoju.

W Stanach Zjednoczonych pierwsza nowoczesna regulacja została wprowadzona po Wielkim Kryzysie z końca lat 20., aby przywrócić zaufanie inwestorów do instytucji giełdy[47], której krach był spowodowany m.in. po-

[47] J.K. Martin, *Insider Trading and the Misappropriation Theory: Has the Second Circuit Gone Too Far?*, St. John's Law Review, New York, czerwiec 2012.

wszechnymi manipulacjami na rynku. Ostatnia wielka regulacja Dodd-Frank również została wprowadzona po wielkim krachu finansowym – z 2008 r. W znacznym stopniu upraszczając obraz tego skomplikowanego problemu, można uznać, że kolejne, coraz bardziej restrykcyjne przepisy w USA pełniły funkcję reklamy oraz zachęty dla inwestorów do powrotu na giełdę. Mieli oni, dzięki wprowadzeniu nowych regulacji, odnosić wrażenie, że na giełdzie jest już bezpiecznie, podczas gdy, jak wykazują liczne prace, nigdy nie mieliśmy w przypadku giełdy do czynienia z bezpiecznym obrotem. W tej sytuacji staje się zrozumiałe, dlaczego giełda w USA uważana jest za najbezpieczniejszą na świecie, mimo że fachowe badania wskazują, że jest wprost przeciwnie.

W Chinach władze, w walce w *insider tradingiem*, poświęciły życie ludzkie. O sprawach tych donosiły agencje prasowe na całym świecie, dzięki czemu w świadomości inwestorów utrwaliło się poczucie bezpieczeństwa i obraz Chin jako rynku, gdzie wszelkie próby oszustwa ścigane są przez państwo z całą determinacją. Wedle założeń niski poziom bezpieczeństwa obrotu powinien być dla chińskich giełd zgubny i w dłuższej perspektywie doprowadzić do ich upadku. Tymczasem rzeczywistość jest zgoła odmienna. Informacje o prawdziwym stanie bezpieczeństwa chińskiej giełdy z powodów politycznych nie mają szans przebić się do szerszej opinii publicznej w Chinach. Inwestorzy, dzięki iluzji poczucia bezpieczeństwa, lokują w ten sposób na chińskiej giełdzie dorobki swojego życia. W Chinach popularne jest również zjawisko zaciągania kredytu celem zakupu papierów wartościowych. Nie byłoby to możliwe bez obecności propagandy, zapewniającej, że władza bezwzględnie dba o bezpieczeństwo obrotu. W związku z tym, jak się szacuje, około 80 do 90 milionów obywateli Chin inwestuje na giełdzie, nie będąc świadomymi zagrożenia.

Zjawisko wykorzystywania informacji poufnych w grze giełdowej ma swoje liczne pozytywne, jak i negatywne aspekty. Postrzeganie jednak wykorzystywania informacji poufnych jako czynnika prowadzącego do destrukcji rynku giełdowego, jakkolwiek jest logiczne, to jednocześnie nieprawdziwe.

Konkludując, zjawisko wykorzystywania poufnych informacji w grze giełdowej jest zjawiskiem powszechnym oraz trwałym w czasie. Zjawisko *insider tradingu* jest nieodłącznie związane z giełdą. Wobec powyższego, założenie, że fenomen *insider tradingu* uniemożliwia rozwój giełdy, powoduje spadek płynności, odpływ inwestorów oraz w dłuższej perspektywie czasu prowadzi do upadku giełdy, jest niezgodne z rzeczywistością, co też doskonale ilustruje przykład Stanów Zjednoczonych oraz Chin.

Abstract
The consequences of the use of confidential information in stock exchange turnover in theory and practice: the examples of the United States and China

Lawyers writing about insider trading often reproduce the assumption that this phenomenon prevents the development of the stock exchange. The author takes on the workshop the assumption, whether the stock market actually cannot develop in the presence of insider trading. The examples of the US and China show that the use of confidential information and the development of exchanges are poorly correlated with each other.
Key words: insider trading, stock exchange securities, the US, China, the Dodd-Frank

Streszczenie
Konsekwencje wykorzystywania informacji poufnych w obrocie giełdowym w teorii i praktyce na przykładzie USA oraz Chin

Prawnicy, zajmujący się zagadnieniem *insider tradingu*, często powielają założenie, jakoby zjawisko to miało uniemożliwiać rozwój giełdy. Autor niniejszego artykułu skupia się na zbadaniu, czy rzeczywiście rynek papierów wartościowych nie jest w stanie rozwijać się, gdy dochodzi na nim do przypadków *insider tradingu*. Przykłady Stanów Zjednoczonych i Chin pokazują, że użycie informacji poufnej i rozwój giełdy są ze sobą słabo skorelowane.
Słowa kluczowe: *insider trading*, giełda, USA, Chiny, Dodd-Frank

GLOSY

Glosses

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 181–190 (2015)

Angelika Rzeźniczak
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, II Wydział Karny z dnia 16 czerwca 2014 r., II Aka 70/14

TEZA

W wyroku z dnia 16 czerwca 2014 roku Sąd Apelacyjny w Szczecinie, odnosząc się do zarzutu apelacji naruszenia art. 351 § 2 k.p.k., postawił tezę, która nasuwa szereg wątpliwości.

GLOSA

Sąd II instancji przyjął, że: naruszenie art. 351 § 2 k.p.k. występuje wyłącznie wówczas, gdy wniosek obrońcy został złożony prawidłowo, co oznacza, że zachowano termin i określony moment procesu, a mianowicie po wpłynięciu aktu oskarżenia do Sądu.

1. Sposób rozstrzygnięcia zagadnień prawnych, które występowały w niniejszej sprawie, skłania do krytycznej analizy przyjętego w sprawie kierunku rozstrzygnięcia. Zobowiązuje również do przedstawienia uwag związanych z zakresem podmiotowym uprawnienia, fazy procesu pozwalającej na złożenie wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego, a także propozycją rozwiązania problemów, które pojawiają się w związku z brakiem szczegółowego uregulowania instytucji w art. 351 § 2 k.p.k., a dotyczącej uprawnienia obrońcy do złożenia wniosku o losowanie składu orzekającego w sytuacji, gdy przystąpił do procesu przy ponownym rozpoznawaniu sprawy.

2. Z uwagi na fakt, że wskazana teza orzeczenia jest w tym zakresie dalece niewystarczająca, przed przejściem do bardziej szczegółowych rozważań konieczne jest przedstawienie krótkiego zarysu okoliczności procesowych, w jakich zapadło głosowane rozstrzygniecie.

Sąd Okręgowy w Szczecinie III Wydział Karny wyrokiem z dnia 9 grudnia 2013 roku skazał M.S. oskarżonego za czyn z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 197

§ 1 k.k. w zb. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i wymierzył mu karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Od powyższego orzeczenia zostały złożone apelacje przez obrońców oskarżonego. Na skutek ich rozpoznania, w dniu 16 czerwca 2014 roku, Sąd Apelacyjny w Szczecinie II Wydział Karny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu I instancji. Obrońcy oskarżonego we wniesionym środku odwoławczym wśród licznych uchybień procesowych mających miejsce przed Sądem Okręgowym wskazali jedno z najistotniejszych prowadzących w ich ocenie do bezwzględnej przyczyny odwoławczej na podstawie art. 439 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 351 § 2 k.p.k. poprzez przyjęcie, że „ Sąd był nienależycie obsadzony", w sytuacji zaniechania, pomimo wniosku obrońcy o przeprowadzenie losowania składu orzekającego.

3. Jakkolwiek prezentowane zagadnienie nie jest szerzej komentowane w judykaturze, to jednak ze stanowiskiem i argumentacją Sądu Apelacyjnego nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy odnieść się do treści art. 351 k.p.k., który w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego występuje po raz pierwszy i składa się z trzech paragrafów. Wprowadzenie przepisu regulującego zasady wyznaczania składu orzekającego miało na celu dokonanie wzmocnienia konstrukcyjnego elementu prawa do bezstronności sądu[1]. Regulacja ta znajduje swoje odzwierciedlenie na gruncie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka. *Ratio legis* wprowadzonego przepisu przemawia za tym, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie ma charakter gwarancyjny, w zakresie obiektywnego i rzetelnego procesu. Rozwiązanie to zabezpiecza przed podejrzeniami o manipulację składem Sądu i realizuje istotny cel pogłębiana zaufania do wymiaru sprawiedliwości[2]. W doktrynie przyjmuje się, że realizacja prawa do bezstronności sądu w procesie jest możliwa jedynie w przypadku art. 351 k.p.k., kiedy to o składzie orzekającym w konkretnej sprawie decydują czynniki obiektywne. Przechodząc na grunt § 2 art. 351 k.p.k., zgodnie z którym gdy w akcie oskarżenia zarzuca się oskarżonemu popełnienie zbrodni, która zagrożona jest karą 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności, wyznaczenie składu orzekającego następuje w drodze losowania. Należy zauważyć, że ustawodawca, wprowadzając ten sposób wyznaczania składu orzekającego, chciał w jak najszerszy sposób zapewnić w sprawach, w których oskarżonemu zarzuca się popełnienie najcięższych gatunkowo przestępstw, warunki sprawiedliwego, bezstronnego i obiektywnego procesu. We wskazanym przepisie

[1] P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2011.

[2] K.T. Boratyńska, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014.

bez znaczenia pozostaje faktyczna możliwość orzeczonej kary, z całą stanowczością należy kierować się wyłącznie ustawowym zagrożeniem[3].

Losowanie składu orzekającego (skład sądu *per sortitionem*) następuje wyłącznie na wniosek. W myśl tego przepisu, ten szczególny rodzaj regulacji może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym z wnioskiem o losowanie składu orzekającego wystąpił prokurator lub obrońca. Regulacja dotycząca podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku wyłącza możliwość skorzystania z tego uprawnienia przez innego oskarżyciela albo samego oskarżonego.

Wniosek o przeprowadzenie losowania składu orzekającego obligatoryjnie powinien dotyczyć całego składu sędziowskiego, niedopuszczalne jest wniesienie wskazanego wniosku ograniczając go jedynie do części składu orzekającego[4]. Złożenie wniosku w trybie art. 351 § 2 k.p.k. rodzi konsekwencje w postaci wystąpienia obowiązku w zakresie przeprowadzenia wnioskowanego losowania, o którego terminie muszą być zawiadomieni wszyscy obrońcy niezależnie od inicjatywy w złożeniu wniosku. Konsekwencją wniesienia wniosku po terminie oraz przez osobę nieuprawnioną jest jego bezskuteczność. Sąd Apelacyjny w analizowanej sprawie wywiódł, że obrona mogłaby powołać się na naruszenie w postaci „nienależycie obsadzonego sądu" wyłącznie wówczas, gdyby wniosek obrońcy został prawidłowo złożony, a co za tym idzie zachowany zostałby termin i określony moment procesu, a mianowicie po wpłynięciu aktu oskarżenia do Sądu. Powołując się na pogląd Sądu Najwyższego, za bezsporne uznał również, iż raz w ten sposób nabyte uprawnienie przysługuje stronie do końca procesu w danej sprawie, a więc również przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Art. 351 § 2 k.p.k. przewiduje odrębny dla każdego z uprawnionych podmiotów, termin do wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie losowania składu orzekającego i uzyskania tego uprawnienia. Ustawodawca określa dwa momenty uaktywnienia się omawianego prawa, w stosunku do prokuratora termin wniesienia wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., biegnie od chwili wniesienia do Sądu aktu oskarżenia, natomiast w stosunku do obrońcy od chwili doręczenia temu podmiotowi odpisu aktu oskarżenia. Konstrukcja użyta przez ustawodawcę nie jest przypadkowa i słuszne wydaje się uznanie, że podmiot, któremu to uprawnienie przynależy, i moment procesu należy traktować łącznie. Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Sądu Apelacyjnego, który wskazuje, iż o naruszeniu art. 351 § 2 k.pk. możemy mówić wyłącznie na gruncie takiej sprawy, w której obrońca złoży wniosek o przeprowadzenie losowania składu orzekającego po wpłynięciu aktu oskarżenia do sądu.

---

[3] W. Jasiński, *Komentarz do art. 4, 24–44, 47–48, 337–342, 344–364, 552–559*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, System Informacji Prawnej Legalis, 2014.

[4] *Ibidem*.

Wydaje się, że dokonana przez Sąd II instancji wykładnia omawianego przepisu doprowadziła do sytuacji, w której Sąd powiązał osobę obrońcy z momentem procesu, określonym dla oskarżyciela publicznego. Osobie prokuratora przysługuje bowiem uprawnienie wnioskowania składu sędziowskiego po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia. Natomiast dla obrońcy termin do wniesienia wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., biegnie od doręczenia temu obrońcy odpisu aktu oskarżenia. Doręczenie obrońcy aktu oskarżenia ma swoje źródło w art. 338 § 1 k.p.k, który reguluje, że prezes sądu zarządza doręczenie odpisu aktu oskarżenia oskarżonemu, i art. 140 k.p.k., który nakazuje doręczenie obrońcy odpisu, który ustawa nakazuje doręczyć stronom. Pomimo licznych wątpliwości i braku regulacji tak szczególnie ważnego zagadnienia o charakterze gwarancyjnym, należy wskazać, że Sąd apelacyjny, dokonując interpretacji, sam popada w sprzeczność, ograniczając obrońcy przyznane mu uprawnienie, do momentu wpływu aktu oskarżenia do Sądu, a tym samym pozbawia obrońcę przyznanego mu przez ustawodawcę uprawnienia. Kwestia ograniczenia zastosowania tego uprawnienia jedynie do pierwszego rozpoznania sprawy wydaje się przede wszystkim sprzeczna z założeniem, które przyświecało wprowadzeniu do kodeksu postępowania karnego tego przepisu, który zgodnie z celem ustawodawcy, ma służyć zapewnieniu gwarancji procesowych. Niezależnie od powyższych wątpliwości brak jest przesłanek, które zabraniałyby przyznania uprawnienia z art. 351 § 2 k.p.k obrońcy przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Zagadnienie dotyczące uprawnienia wynikającego z art. 351 § 2 k.p.k. nie zostało szerzej skomentowane w judykaturze, brak jest również w przedmiotowej kwestii orzecznictwa i jednolitych poglądów doktryny. W zakresie omawianej problematyki, o wniosku dotyczącym losowania składu orzekającego przy powtórnym rozpoznaniu sprawy, wypowiedział się wprawdzie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 października 2006 roku, sygn. akt: V KK 13/06[5], ale powoływanie się przez Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku jedynie na treść tego orzeczenia i przyjmowanie go jako podstawy wydanego orzeczenia jest niezasadne z uwagi na odmienność stanu faktycznego i w konsekwencji zagadnienia prawnego występującego w sprawie. Ponadto gdyby nawet pominąć odmienność stanu faktycznego i jedynie dla rozważenia zasadności stanowiska przyjętego w orzeczeniu przez Sąd II instancji rozważyć ten kierunek interpretacyjny art. 351 § 2 k.p.k. w sposób zaprezentowany przez Sąd Apelacyjny, to należy wskazać, iż teza powołanego w uzasadnieniu wyroku postanowienia Sądu Najwyższego opiera się jedynie na językowej wykładni art. 351 § 2 k.p.k. Zastosowana przez Sąd Najwyższy wykładnia polegała

[5] System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) 50/2014.

w praktyce na ustaleniu znaczenia normy na podstawie zdań i wyrażeń przyjętych w języku potocznym oraz znaczenia przyjętego w języku prawnym. Ten sposób interpretacji jest niewystarczający do zastosowania prawa. Jak wynika z wieloletniej praktyki, wykładnia przepisów przy użyciu jedynie językowej reguły interpretacyjnej jest nieracjonalna i prowadzi do niebezpieczeństwa dokonania jej w sposób błędny, sprzeczny z założeniem ustawodawcy, w konsekwencji czego, w świetle zastosowania jedynie takiej wykładni, nie można mówić o realizacji idei sprawiedliwości. Już w czasach starożytnego Rzymu prawnicy zwracali uwagę na sposób dokonywania wykładni prawa i z całą gorliwością podkreślali, że prawnik powinien wyjść poza ramy dosłownego brzmienia tekstu tworzącego przepis, poszukując jego istoty i pragmatyczności. Dlatego w pierwszej kolejności należy badać cel i funkcjonalność danego przepisu, następnie kierunek jego zastosowania przy całkowitym uwzględnieniu zamiaru prawodawcy, a na samym końcu należy zwrócić uwagę na jego literalne brzmienie. Przywołane orzeczenie nie może być podstawą dla użytej argumentacji przez Sąd Apelacyjny również z uwagi na to, że Sąd Najwyższy uznał, iż nie ma możliwości określenia jakiegokolwiek sensownego punktu czasowego dla wystąpienia z wnioskiem o losowanie składu orzekającego przy ponownym rozpoznaniu sprawy i jako nieprzekraczalną granicę wskazał rozpoczęcie rozprawy. Argumentacja Sądu Najwyższego nie pozwala na jej aprobatę z uwagi na zastosowanie zbyt wąskiego sposobu interpretacji, a poza tym zasadnie wydaje się, że nie ma przeszkód dla określenia tego punktu czasowego. Idea § 2 art. 351 k.p.k. dotyczy przecież sytuacji, kiedy oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni i przysługuje mu obligatoryjne prawo do obrony, co wyklucza wstąpienie obrońcy do sprawy w późniejszej fazie niż do rozpoczęcia pierwszej rozprawy. Tym bardziej zbliża to do wniosku, że skoro oskarżony posiada obrońcę od pierwszych chwil procesu, to ustalenie momentu, w którym przy ponownym rozpoznaniu sprawy aktualizowałoby się uprawnienie z art. 351 § 2 k.p.k., jest możliwe i to w taki sposób, żeby przy ponownym rozpoznaniu sprawy, zabezpieczyć proces przed zagrożeniem, jakim byłoby wstępowanie w trakcie trwania procesu już po pierwszej rozprawie nowych obrońców i wnioskowania przez nich o przeprowadzenie składu orzekającego. Wydaje się, że wbrew ustaleniom Sądu Apelacyjnego, opartym na uzasadnieniu Sądu Najwyższego, istnieje możliwość określenia momentu czasowego do złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego najpóźniej do odczytania aktu oskarżenia. Zgodnie z zasadą słuszności to na Sądzie spoczywa obowiązek dbałości o sprawiedliwość w sytuacji, kiedy literalne rozumienie przepisów zagraża i jednocześnie uniemożliwia realizację prawa zgodnie z jego celem. Przyjęcie zastosowanego przez Sąd Apelacyjny

w glosowanym orzeczeniu sposobu interpretacji art. 351 § 2 k.p.k. prowadzi w konsekwencji do zajęcia się problemem, czy pozbawienie obrońcy, który przystąpił do sprawy przy jej ponownym rozpoznaniu, możliwości wnioskowania o losowanie składu orzekającego jest zgodne z podstawową zasadą postępowania karnego, a mianowicie prawa do obrony. Wobec jawiących się wątpliwości przy stosowaniu art. 351 § 2 k.p.k. pojawia się pytanie, czy nie byłaby potrzebna inicjatywa ustawodawcza w celu zachowania pełnych gwarancji procesowych i konstytucyjnych oskarżonego. Brak odpowiedniej regulacji i zastosowanie jedynie literalnej wykładni art. 351 § 2 k.p.k. prowadzi do sytuacji, w której obrońca przystępujący do sprawy w takiej fazie procesu, kiedy sprawa zostaje przekazana do ponownego rozpoznania, od chwili przystąpienia do procesu znajduje się w nierównej sytuacji procesowej w stosunku do obrońcy, który przystępuje do procesu przy pierwszym jej rozpoznaniu, ponieważ zostaje pozbawiony pełnej i zupełnej realizacji prawa do obrony. Zgodnie z przyjętą przez Sąd Odwoławczy wykładnią art. 351 § 2 k.p.k., obrońca, który podejmuje się obrony oskarżonego, w fazie ponownego rozpoznania sprawy nie posiada możliwości złożenia wniosku o losowanie składu orzekającego tylko dlatego, że przystąpił do procesu w jego późniejszej fazie. Ten sposób rozumowania wskazanego przepisu zasadnie wydaje się pozbawiony sensu, a w dodatku rodzi uzasadnioną konkluzję, iż zmierza do nadania obronie pozornego charakteru, co z kolei godzi w istotę fundamentalnej zasady procesu karnego zawartej w art. 6 k.p.k. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy: „Prawo do obrony, w tym korzystania z pomocy obrońcy, winno być realne. Oznacza to między innymi, że ustanowiony obrońca z urzędu musi mieć zapewnioną możliwość rzetelnego zaznajomienia się z aktami sprawy.

Sąd nie może dopuścić do wykonywania obowiązków obrońcy w sytuacji wyraźnie wskazującej, że obrona może nie mieć realnego charakteru. Obecność obrońcy oskarżonego może być uznana za wystarczającą tylko wtedy, gdy obrońca rzeczywiście może wypełniać swoje obowiązki" (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 7 lipca 2006 r. III KK 418/05).

Przenosząc powyższe na grunt omawianej sprawy, Sąd Apelacyjny, przyjmując wskazany sposób interpretacji art. 351 § 2 k.p.k., doprowadził do sytuacji kiedy obrońca oskarżonego został pozbawiony realnego wykonywania swoich obowiązków przy trzecim rozpoznaniu sprawy.

Kolejnym elementem konstrukcyjnym instytucji losowania składu orzekającego jest termin, w którym należy zgłosić stosowny wniosek. Termin ten wynosi 7 dni, w stosunku do prokuratora jest on liczony od wniesienia do Sądu aktu oskarżenia, natomiast dla obrońcy biegnie od doręczenia obrońcy aktu oskarżenia. W przypadku występowania w procesie kilku obrońców,

ten 7-dniowy termin liczony jest odrębnie dla każdego z nich[6]. W doktrynie istnieje spór w zakresie określenia charakteru, jaki posiada 7-dniowy termin wskazany w art. 351 § 2 k.p.k. Wykładnia art. 122 § 2 k.p.k. wyklucza zaliczenie tego terminu do kategorii terminów zawitych, pomimo występowania skutku w postaci bezskuteczności wniosku po jego upływie, ponadto nie znajduje w stosunku do niego zastosowania ewentualne przywrócenie terminu. Charakter terminów instrukcyjnych, które w ogóle nie przewidują skutku bezskuteczności, również przemawia za tym, że termin z art. 351 § 2 k.p.k. nie może zostać uznany za ten o charakterze porządkowym. Pozostaje podzielić pogląd większości w doktrynie, iż termin ten ma charakter prekluzyjny albo, jak twierdzą niektórzy, jest to specyficzny termin prekluzyjny[7]. Terminy prekluzyjne są nieprzekraczalne i nie podlegają przywróceniu, ich wyodrębnienie budzi kontrowersje. Prekluzja należy do kategorii terminów o stanowczym charakterze, uchybienie terminowi prekluzyjnemu, nazywanemu również materialno-procesowym, powoduje jego bezskuteczność i brak możliwości przywrócenia[8]. Z uwagi na zapewnienie gwarancji procesowych za słuszny należy uznać pogląd, że Sąd winien rozstrzygać przedmiotową kwestię nawet przy zajmowaniu negatywnego stanowiska w formie zarządzenia, które choć niezaskarżalne, mogłoby stać się przedmiotem rozpoznania w środku odwoławczym zgodnie z art. 447 § 3 k.p.k, a Sąd odwoławczy zobligowany byłby do oceny trafności i prawidłowości takiego zarządzenia.

Wprawdzie przepis art. 93 § 2 k.p.k wskazuje, że w kwestiach niewymagających postanowienia – prezes sądu, przewodniczący wydziału, przewodniczący składu orzekającego albo upoważniony sędzia wydają zarządzenia, to jednak nie można wykluczyć i takiej sytuacji, gdy pomimo wniosku obrońcy, zostanie już wyznaczony skład orzekający w trybie §1 art. 351 k.p.k. Stanowisko Sądu Apelacyjnego w głosowanym orzeczeniu skazuje obrońcę na bierność w skorzystaniu z uprawnienia uregulowanego w § 2 art. 351 k.p.k., z uwagi na brak przysługującego mu narzędzia w postaci niebudzącego wątpliwości przepisu.

Pozostaje również nierozstrzygnięta dotąd kwestia skutków procesowych, jakie wynikają z naruszenia przepisu art. 351 § 2 k.p.k. W doktrynie swoich zwolenników ma zarówno pogląd wystąpienia skutku w postaci względnej[9], jak i bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Przy hipotetycznym założeniu, że nie dochodzi do wyznaczenia składu orzekającego w trybie art. 351 § 2 k.p.k., pomimo prawidłowego wniosku uprawnionych podmiotów, to

6 K.T. Boratyńska, *op. cit.*
7 P. Hofmański, *op. cit.*
8 T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011.
9 P. Hofmański, *op. cit.*

przyjęcie w tym zakresie wystąpienia skutku jedynie w postaci względnej przyczyny odwoławczej, prowadzi *de facto* do sytuacji, w której z przepisu art. 351 § 2 k.p.k. uczynilibyśmy jedynie dyrektywę skierowaną do Sądu. W praktyce jej naruszenie nie wiązałoby się z możliwością wykazania wpływu tego naruszenia na treść zapadłego orzeczenia w sprawie. Ustawodawca zdecydował się na umieszczenie w kodeksie postępowania karnego wskazanego przepisu nie po to, aby stał się on przepisem martwym. Dlatego wydaje się, że za słuszny należy uznać drugi występujący w judykaturze pogląd, mówiący o tym, że w przypadku, gdy pomimo prawidłowo złożonego wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., prezes sądu takiego wniosku nie uwzględni, to dochodzi do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej[10]. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do naruszenia naczelnej zasady procesowej do bezstronności Sądu i prawa do rzetelnego procesu, a w konsekwencji naruszenia norm ochrony konstytucyjnej i prawa międzynarodowego wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W ocenie glosatora, biorąc pod uwagę spór w doktrynie i brak orzecznictwa sądowego, Sąd Apelacyjny w opisanym stanie faktycznym, mając na celu zapewnienie gwarancji procesowych oraz wykazanie dbałości o przestrzeganie zasad rzetelnego i sprawiedliwego procesu, a także realizację pełnego prawa do obrony, powinien na podstawie art. 441 k.p.k., wystąpić z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego. Skutkiem takiego działania Sądu Apelacyjnego byłoby wydanie przez Sąd Najwyższy wiążącej w sprawie uchwały i wytyczenie kierunku interpretacyjnego komentowanego przepisu. Sąd Apelacyjny nie skorzystał z tej możliwości i dokonał tej oceny samodzielnie w sposób sprzeczny z funkcjonalną wykładnią art. 351 § 2 k.p.k., w dodatku powołując się jedynie na jego literalną wykładnię oraz pojedyncze stanowisko Sądu Najwyższego oparte na odmiennym stanie faktycznym.

Istotną kwestią budzącą wątpliwość jest stosowanie art. 351 § 2 k.p.k. na etapie po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, które jest równoznaczne z powrotem sprawy do stanu wyjściowego w fazie sądowej kontroli aktu oskarżenia. W toku ponownego podejmowania czynności, które rozpoczynają postępowanie sądowe w sprawie, wyłączone są jedynie te czynności i decyzje, które z natury rzeczy stały się bezprzedmiotowe lub były sprzeczne z orzeczeniem sądu odwoławczego. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy nie dochodzi również do doręczenia obrońcy odpisu aktu oskarżenia i w kontekście

[10] P. Czarnecki, *Kontrowersje wokół wyznaczania sędziów w sprawach karnych na tle zasad uczciwego procesu*, Cz.PKiNP 2007.

omawianej sprawy należy rozważyć sytuację procesową, w której obrońca przystępuje do sprawy na etapie po jej uchyleniu.

Pojawiają się następujące wątpliwości:

1) Czy wstąpienie do procesu nowego obrońcy przy ponownym rozpoznaniu sprawy i doręczenie temu obrońcy odpisu aktu oskarżenia, na jego wniosek, jak to miało miejsce w tej sprawie, w obecnym brzmieniu art. 351 § 2 k.p.k., daje możliwość obrońcy złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego?
2) Czy odmowa uwzględnienia takiego wniosku uzasadnia zarzut apelacji wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z powodu „nienależytej obsady sądu"?
3) Czy w sytuacji, gdy wpłynął wniosek obrońcy art. 351 § 2 k.p.k. i doszło wcześniej do doręczenia aktu oskarżenia w fazie ponownego rozpoznania sprawy, uzasadnione byłoby zwrócenie się z zapytaniem prawnym do Sądu Najwyższego o wykładnię omawianego przepisu?

Choć opisany stan faktyczny i podniesione wyżej wątpliwości nie pozwalają na jednoznaczną wykładnię w celu udzielenia odpowiedzi co do zasad stosowania § 2 art. 351 k.p.k. we wszystkich fazach postępowania, to uprawniony jest wniosek, że sporna kwestia wymaga uregulowania przez ustawodawcę. Tylko taka zmiana § 2 art. 351 k.p.k. pozwalałaby na złożenie wniosku o losowanie składu orzekającego także przed rozpoczęciem przewodu sądowego przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Gwarantowałaby to zabezpieczenie interesów oskarżonego oraz zachowanie gwarancji procesowych.

W celu uniknięcia tworzenia sytuacji tożsamych z tą, gdy dochodzi do zarzutu, że prawo do obrony zostaje pozbawione realnego charakteru, należałoby wprowadzić do obecnego porządku prawnego instytucję, która stanie się substytucją doręczenia odpisu aktu oskarżenia i tym samym wywoła skutki procesowe w postaci aktywacji prawa o wnioskowanie przeprowadzenia losowania składu orzekającego po stronie obrońcy, który przystępuje do procesu w fazie ponownego rozpoznania sprawy. Za uzasadnione należałoby uznać, że prawo to powinno łączyć się z osobą obrońcy w danej fazie procesu. Pod uwagę należy również wziąć termin, w którym realizacja tego uprawnienia miałaby nastąpić, tj. przed otwarciem przewodu sądowego przy ponownym rozpoznania sprawy. Można bowiem przyjąć, iż wskazanym substytutem przy ponownym rozpoznaniu sprawy mogłoby okazać się na przykład zawiadomienie o wyznaczeniu terminu rozprawy, doręczone z odpowiednim wyprzedzeniem wraz z możliwością 7-dniowego terminu do złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego od dnia doręczenia wskazanego zawiadomienia.

Podsumowując uważam, że glosowany wyrok w granicach omawianego zarzutu, przy braku orzecznictwa w tym zakresie, nie zasługuje na aprobatę. Podjęte przez Sąd Apelacyjny rozstrzygnięcie nie tylko jest sprzeczne z treścią przepisu 351 § 2 k.p.k., ale także zostało oparte jedynie na literalnej jego wykładni, a mając na uwadze, że zagadnienie dotyczy przepisu, który ma na celu ochronę najważniejszych gwarancji procesowych, na których straży stoi Konstytucja, ten sposób interpretacji wydaje się co najmniej niewystarczający.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 191–198 (2015)

Sylwia Tylutki
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Glosa
do uchwały SN z dnia 17 czerwca 2010 r., III CZP 41/10

TEZA
Na podstawie art. 527 § 1 k.c. wierzyciel może zaskarżyć zgodny wniosek dłużnika i pozostałych uczestników postępowania o podział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności, jeżeli w wyniku uwzględnienia tego wniosku przedmioty majątkowe objęte podziałem zostały nabyte przez uczestników postępowania niebędących dłużnikami.

GLOSA
W dniu 17 czerwca 2010 r. Sąd Najwyższy (dalej: SN) wydał uchwałę w przedmiocie możliwości wniesienia skargi pauliańskiej przeciw wnioskowi o podział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności[1]. Teza powyższej uchwały została sformułowana w sposób następujący: „Na podstawie art. 527 § 1 k.c. wierzyciel może zaskarżyć zgodny wniosek dłużnika i pozostałych uczestników postępowania o podział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności, jeżeli w wyniku uwzględnienia tego wniosku przedmioty majątkowe objęte podziałem zostały nabyte przez uczestników postępowania niebędących dłużnikami”[2].

Omawiane orzeczenie zasługuje na szczególną uwagę. Uznaje się je za precedensowe, przełamuje bowiem dotychczasową linię orzeczniczą SN w zakresie możliwości wniesienia skargi pauliańskiej przeciw wnioskowi o podział majątku wspólnego.

W komentowanej uchwale SN rozważane było zagadnienie prawne przedstawione przez Sąd Apelacyjny w K. w toku postępowania apelacyjnego o po-

[1] Uchwała z dnia 17 czerwca 2010 r., III CZP 41/10; OSNC 2011 nr 1, poz. 5, s. 31.
[2] *Ibidem*.

dział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności. Sąd Apelacyjny w K. wystosował do SN pytanie prawne ze względu na pojawiające się przy rozpatrywaniu sprawy rozbieżności dotyczące stosowania art. 527 § 1 k.c. w kontekście dopuszczalności skargi pauliańskiej na czynność procesową dłużnika w postaci wniosku o podział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności, zaaprobowanego przez pozostałych uczestników postępowania i zmierzającego do nieodpłatnego przejęcia na podstawie orzeczenia sądowego całego majątku podlegającego podziałowi przez współwłaścicieli niebędącymi dłużnikami.

Przedmiotem spornego zagadnienia stało się rozstrzygnięcie, czy wierzyciel może, w drodze akcji paulińskiej, zaskarżyć taką czynność procesową dłużnika, na podstawie której wydane zostało konstytutywne orzeczenie sądu, a jeżeli tak, to od kiedy należy liczyć bieg terminu zawitego, wynikającego z dyspozycji art. 534 k.c. Sąd Najwyższy przyjął w komentowanej uchwale stanowisko, że dopuszczalne jest w takiej sytuacji złożenie skargi paulińskiej i zaznaczył, iż termin wskazany w art. 534 k.c. biegnie od dnia uprawomocnienia się postanowienia działowego.

Rozstrzygnięcie to należy uznać za precedensowe. W swojej dotychczasowej linii orzeczniczej SN stał bowiem na stanowisku, że skarga paulińska może zostać zastosowana wyłącznie przy skarżeniu czynności prawnych w znaczeniu techniczno-prawnym, określonych w przepisach tytułu IV, części ogólnej, księgi pierwszej kodeksu cywilnego (art. 56 i nast. k.c.). Jednym z pierwszych orzeczeń dotyczących tego zagadnienia był wyrok SN z dnia 19 października 1995 r.[3] W wyroku tym SN wyjaśniał, że czynnością prawną w rozumieniu art. 527 § 1 k.c. jest zdarzenie prawne, do którego zaistnienia konieczne jest złożenie przynajmniej jednego oświadczenia woli, mającego na celu wywołanie skutku prawnego w postaci ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego. SN podkreślił przy tym, że skutek prawny danej czynności prawnej następuje właśnie dlatego, że podmiot lub podmioty działające pragną go osiągnąć. Zdaniem SN tylko takie czynności mogły być przedmiotem skargi pauliańskiej (skutki prawne zależne od woli osób działających). Czynności procesowe w postaci uznania przez dłużnika (pozwanego) powództwa o zniesienie wspólności ustawowej majątkowej oraz złożenia przez niego, jako współuczestnika postępowania, zgodnego wniosku co do sposobu podziału majątku dorobkowego nie podlegają zaskarżeniu przez jego wierzyciela w drodze skargi pauliańskiej (art. 527 i nast. k.c.). Istnieją pewne

[3] Wyrok SN z dnia 19 października 1995 r.; III CRN 40/95; OSNC 1996 nr 3, poz. 43, Biul. Inf. Pr. 1997 nr 1, s. 6, Legalis.

przypadki, w których czynności procesowe mogą być objęte skargą paulińską. Dotyczy to sytuacji, gdy czynności takie odnosić będą skutki w sferze prawa materialnego, owe skutki będą zgodne z oświadczeniami stron jej dokonującymi, a deklaratywne orzeczenie sądu będzie honorować treść tej czynności procesowej. Jeśli taka czynność procesowa zostanie zaakceptowana przez sąd (np. uznanie powództwa, ugoda sądowa), to obok skutków procesowych wywoła ona również skutki materialnoprawne (odpowiednio: uwzględnienie powództwa, umorzenie postępowania). W takiej sytuacji wierzyciel będzie mógł wystąpić przeciwko dłużnikowi i osobie trzeciej ze skargą pauliańską[4].

Istotne jest również, że nawet w wypadkach rozstrzygnięcia sprawy sądowej zgodnie z treścią oświadczeń procesowych stron (uczestników postępowania), skutki tych oświadczeń z reguły zostają wchłonięte (skonsumowane) przez orzeczenie sądu, zwłaszcza gdy jest to orzeczenie konstytutywne. Zatem zamiar osiągnięcia określonych rezultatów w następstwie podejmowanych przez strony czynności procesowych najczęściej nie realizuje się wprost, lecz jedynie za pośrednictwem pozytywnego dla nich orzeczenia sądu. Należy więc z dużą ostrożnością podejść do ewentualnej możliwości skorzystania przez pokrzywdzonych wierzycieli z instytucji skargi pauliańskiej w odniesieniu nawet do tych nielicznych czynności procesowych, które wywołują skutki materialnoprawne. Chodzi bowiem o to, aby jednocześnie nie doprowadzić do niedopuszczalnego podważenia mocy obowiązującej prawomocnych orzeczeń sądowych zapadłych w sprawach, w których kwestionowane czynności zostały podjęte.

Pogląd ten znalazł poparcie w dalszej linii orzeczniczej SN. W wyroku z dnia 15 października 1999 r.[5] SN wysunął tezę, że ugoda sądowa, której zawarcie doprowadziło do umorzenia postępowania na podstawie art. 355 § 1 k.p.c., może być zaskarżona przez wierzyciela w drodze skargi paulińskiej. W uzasadnieniu wyroku SN wskazał, że ta czynność procesowa posiada wszystkie opisane wyżej cechy jurydyczne, a zapadłe orzeczenie sądu ma charakter deklaratywny. Przytoczone zostały tu takie same argumenty, jakich SN użył w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 października 1995 r.

Na aprobatę zasługuje pogląd SN, że przedmiotem skargi pauliańskiej mogą być te czynności procesowe dłużnika, które wywierają skutki w sferze prawa materialnego zgodnie z wolą stron postępowania, a które deklaratywne orzeczenie sądowe respektują. W tym przypadku działania dłużnika staną się czynnościami prawnymi w rozumieniu art. 527 § 1 k.c., których skutki rozstrzygnięte zostaną przez przepisy prawa procesowego. Nie chodzi tu o czyn-

---

[4] Zob. M. Kozłowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 czerwca 2010 r.,* III CZP 41/10; GSP-Prz.Orz. 2011, nr 3, s. 101.

[5] Wyrok SN z dnia 15 października 1999 r.; III CKN 388/98; OSN 2000 nr 4, str. 70, Legalis.

ność prawną w znaczeniu techniczno-prawnym, lecz o czynność (procesową), która wywołuje takie skutki (jak czynność prawna). W takiej sytuacji będzie to zatem surogat czynności prawnej.

Jednakże trudno zgodzić się z twierdzeniem SN, że czynności procesowe dłużnika, podjęte z zamiarem wywołania skutków w sferze prawa materialnego, które z jego wyraźnej woli krzywdzą wierzyciela (np. zgodny wniosek uczestników co do podziału majątku wspólnego małżonków), nie mogą zostać objęte skargą paulińską, ponieważ orzeczenie sądowe, które je respektuje, ma charakter konstytutywny. W tym świetle wyrok SN z dnia 19 października 1995 r. należy ocenić krytycznie. Wprawdzie SN wyczerpująco uzasadnił w nim swoje stanowisko, trudno jednak zgodzić się ze wskazaną argumentacją. Istotne wątpliwości budzi przede wszystkim stwierdzenie, że skoro konstytutywne orzeczenie sądu wywiera skutki materialnoprawne, to czynność procesowa stron, na podstawie której takie orzeczenie zapadło, nie może zostać objęta akcją pauliańską. Nie ma bowiem przeszkód do wystąpienia ze skargą pauliańską przeciwko czynności procesowej dłużnika, która doprowadziła do wydania konstytutywnego orzeczenia sądu. W takiej sytuacji zapadły wyrok nie wzrusza przecież rozstrzygnięcia sądu.

Należy podkreślić, że stanowisko, jakie SN zajął w powyższym wyroku, zostało wyraźnie skrytykowane zarówno w doktrynie, jak i części judykatury. W piśmiennictwie[6] podkreślano wielokrotnie, że art. 527 k.c. nie przewiduje żadnych ograniczeń przedmiotu zaskarżenia krzywdzących wierzyciela czynności dłużnika. W związku z tym skarga pauliańska może obejmować wszystkie czynności dłużnika, których elementem konstytutywnym jest oświadczenie woli. Krytycznie odniesiono się do poglądu zawężającego instytucję ochrony wierzyciela do określonych typów czynności, w tym czynności dokonywanych w postępowaniu sądowym. Przedstawiciele doktryny stanęli na zgodnym stanowisku, że wydanie konstytutywnego orzeczenia sądu nie jest przeszkodą do zaskarżenia czynności dłużnika w postępowaniu sądowym, które to orzeczenie umożliwiły. Wyrok, który zapadł w procesie pauliańskim, nie wzrusza rozstrzygnięcia sądu. Jedynym skutkiem bezskuteczności względnej czynności w zw. z art. 527 § 1 k.c. jest możliwość zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotów, które przeszły z majątku dłużnika do majątku osoby trzeciej, innego uczestnika postępowania[7].

Sam SN w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r.[8] zanegował swoje wcześniejsze stanowisko wyrażone m.in. w wyroku z dnia 19 października 1995 r., zgodnie z którym czynność procesowa dłużnika, na podstawie której wydano

[6] Tak np. M. Wilejczyk, *Przesłanki skargi paulińskiej*, SPP 2012 r., nr 2.

[7] Zob. M. Kozłowski, *Glosa…, op. cit.*, s. 103.

[8] Wyrok z dnia 14 listopada 2008 r.; V CSK 163/08, Legalis.

konstytutywne orzeczenie sądu, nie może zostać objęta skargą pauliańską. W orzeczeniu tym SN wysunął tezę, że nie jest wyłączona możliwość zaskarżenia na podstawie art. 527 k.c. czynności dłużnika polegającej na uznaniu powództwa w sprawie o zapłatę. W stanie faktycznym prezentowanego wyroku dłużnik oraz jego żona wnieśli o zgodny podział majątku wspólnego w ten sposób, że cały majątek miał przypaść żonie dłużnika. W efekcie doszło do pokrzywdzenia wierzycieli dłużnika. W związku z tym SN, odwołując się do ochronnej roli przepisu art. 527 § 1 k.c., przyjął, że w takiej sytuacji dopuszczalne jest wniesienie skargi paulińskiej.

W świetle zaprezentowanych argumentów należy przyjąć, że uchwała SN z dnia 17 czerwca 2010 r. usuwa wątpliwości dotyczące dopuszczalności wykorzystania instytucji skargi pauliańskiej w odniesieniu do czynności procesowej dłużnika podjętej z zamiarem wywołania skutków w sferze prawa materialnego i zakończonej konstytutywnym orzeczeniem sądu. W omawianej uchwale SN precyzyjnie wyjaśnił pojęcie „czynności prawnych" w rozumieniu art. 527 § 1 k.c., twierdząc, że dopuszcza się możliwość objęcia skargą pauliańską także czynności procesowych, które – najogólniej biorąc – wyróżniają się następującymi cechami jurydycznymi: a) wywołują (choć nie bezpośrednio) skutki prawne także w sferze prawa materialnego (kategoria czynności o „podwójnych skutkach prawnych"); b) skutki materialnoprawne tych czynności następują w zasadzie zgodnie z wolą stron postępowania; c) zapadłe w toku postępowania orzeczenie sądowe (merytoryczne lub inne) w pełni respektuje taki stan rzeczy, tj. wolę stron wywołania określonych skutków prawnych w postaci uszczuplenia majątku dłużnika.

Stanowisko zajęte przez SN w omawianej uchwale zostało powtórzone w doktrynie. Uznano, iż trafne jest zapatrywanie SN zawarte w komentowanej uchwale, że: „na podstawie art. 527 § 1 k.c. wierzyciel może zaskarżyć zgodny wniosek dłużnika i pozostałych uczestników postępowania o podział majątku wspólnego, dział spadku i zniesienie współwłasności, jeżeli w wyniku uwzględnienia tego wniosku przedmioty majątkowe objęte podziałem zostały nabyte przez uczestników postępowania niebędących dłużnikami"[9].

Warto też zwrócić uwagę, że w obrocie prawnym art. 527 § 1 k.c. chroni wierzycieli przed pokrzywdzeniem ze strony dłużników. Dlatego należy przyjąć, że „czynności prawne" w rozumieniu art. 527 § 1 k.c. to wszelkie świadome działania dłużnika (jednostronne, dwustronne, dorozumiane, wyraźne) zmierzające do wywołania skutków prawnych mocą odpowiednich oświadczeń woli[10]. Trudno zatem w świetle przywołanego przepisu uznać za

[9] Tak M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System prawa prywatnego,* Warszawa 2015, s. 293.

[10] Zob. M. Jasińska, *Skarga pauliańska*, Warszawa 2006, s. 239.

uzasadnione przekonanie SN, że czynność procesowa dłużnika w postępowaniu zakończonym konstytutywnym orzeczeniem sądu nie może zostać objęta powództwem z art. 527 § 1 k.c. Skarga pauliańska może być bowiem kierowana, jak już wyżej wskazano, przeciwko wszystkim czynnościom dłużnika, których elementem jest oświadczenie woli. W myśl art. 60 k.c. wola dłużnika może zostać wyrażona w sposób dowolny, byleby zachowanie ujawniało ją w sposób dostateczny. Wprawdzie w wyniku konstytutywnego orzeczenia sądu powstaje nowy stan prawny, a także skutki w sferze prawa materialnego, ale przecież częstokroć zapada ono w konsekwencji zgodnego wniosku stron. Taki wniosek nie wiąże bezwzględnie sądu, gdyż ma on za zadanie ocenić, czy taki wniosek jest zgodny z prawem i zasadami współżycia społecznego albo czy nie narusza w sposób rażący interesu osób uprawnionych (art. 567 § 3 k.p.c. w zw. z art. 688 k.p.c. w zw. z art. 622 § 2 k.p.c.). Jednakże w sytuacji, gdy przytoczone przesłanki negatywne nie wystąpią, to sąd musi wydać „postanowienie odpowiadające treści wniosku (art. 622 § 2 zd. 1 k.p.c.). Tym samym skutkiem czynności procesowej dłużnika jest powstanie w sposób pośredni zmian na gruncie prawa materialnego. Oczywiste jest, że w takiej sytuacji może dojść do pokrzywdzenia wierzyciela. Skutek w postaci pokrzywdzenia nie wystąpi z samym uprawomocnieniem się konstytutywnego orzeczenia sądu, lecz w wyniku czynności procesowej dłużnika podjętej z zamiarem wywołania skutków w sferze prawa materialnego i zaakceptowanej przez sąd w tym orzeczeniu. Należy zatem uznać za niedopuszczalną odmowę pokrzywdzonemu w ten sposób wierzycielowi możliwości wytoczenia powództwa z art. 527 § 1 k.c. Jeśli bowiem powództwo zostanie uwzględnione, wierzyciel będzie mógł zaspokoić się z przedmiotów, które przeszły z majątku dłużnika do majątku osoby trzeciej. Trudno zatem o racjonalne uzasadnienie dla negowania dopuszczalności skargi pauliańskiej w takiej sytuacji. Przedmiotem powództwa z art. 527 § 1 k.c. nie jest przecież orzeczenie sądu, lecz czynność prawna dłużnika (strony postępowania), która to orzeczenie umożliwiła. W takim przypadku skutkiem skargi pauliańskiej nie będzie wzruszenie zapadłego w sprawie orzeczenia. Czynność ta będzie bezskuteczna wyłącznie wobec skarżącego ją wierzyciela[11].

Mając na uwadze powyższe rozważania, za słuszne należy też uznać twierdzenie SN, że przepis art. 534 k.c. wiąże początek biegu terminu wniesienia skargi pauliańskiej z datą dokonania zaskarżonej czynności prawnej. Rozwiązanie takie nie może być przyjęte wprost w odniesieniu do czynności procesowej zawierającej „zgodny wniosek" w rozumieniu art. 622 k.p.c., ponieważ – jak wspomniano – do uszczuplenia majątku dłużnika prowadzi ostatecznie

[11] *Ibidem*, s. 240.

złożony stan faktyczny, którego ostatnim (i niezbędnym) elementem pozostaje konstytutywne orzeczenie sądu w postępowaniu działowym. Rozpoczęcie biegu terminu przewidzianego w art. 534 k.c. należy zatem łączyć z pojawieniem się właśnie tego elementu, a ściślej – z uprawomocnieniem się postanowienia działowego. Takie orzeczenie dopiero z chwilą uprawomocnienia się wywrze skutki w sferze prawa materialnego[12].

Reasumując, można przyjąć, że omawiana uchwała SN z dnia 17 czerwca 2010 r. ma istotne znaczenie dla praktyki sądowej. Jest bowiem swoistym podsumowaniem dotychczasowego dorobku judykatury i zdaje się usuwać istniejące do tej pory wątpliwości orzecznictwa co do niektórych aspektów stosowania art. 527 § 1 k.c.

Powyższe orzeczenie spotkało się z aprobatą doktryny, która potwierdziła słuszność jego tezy i krytycznie odniosła się do orzeczenia z 19 października 1995 r. Zdaniem takich autorów jak Małgorzata Pyziak-Szafnicka[13] czy Marek Sychowicz[14], formalistyczna argumentacja leżąca u podstaw takiego rozstrzygnięcia, odwołująca się do czysto procesowego wymiaru czynności dłużnika oraz konstytutywnego charakteru wyroku znoszącego wspólność ustawową, będącego źródłem przesunięć majątkowych i niejako konsumującego treść oświadczenia woli dłużnika, odrywa się od praktycznych aspektów zagadnienia.

Podkreślano także, że wyrok znoszący małżeńską wspólność majątkową nie jest tzw. wyrokiem koniecznym, strony ten sam cel mogą osiągnąć przez zawarcie umowy; to samo dotyczy podziału majątku wspólnego po ustaniu wspólności. Jednakże w wypadku wskazanych umów interes wierzyciela jest chroniony (odpowiednio przez art. 47^1 k.r.o. i art. 527 k.c.). W efekcie może dojść do wykorzystywania postępowania sądowego dla oszukiwania wierzycieli. Na marginesie trzeba dodać, że argumentacja SN odwołująca się do zasadniczego znaczenia sądowej kontroli uznania osłabła wobec aktualnego brzmienia art. 213 § 2 k.p.c. („sąd jest związany uznaniem powództwa, chyba że […]"). Natomiast obawy co do podważenia mocy wiążącej konstytutywnego wyroku są nieuzasadnione. Wyrok zapadły w procesie pauliańskim w żadnym razie nie wzrusza wcześniejszych rozstrzygnięć sądu co do zniesienia wspólności i podziału majątku wspólnego. Skutkiem jego jest jedynie możliwość zaspokojenia się wierzyciela z przedmiotów, które przeszły z majątku dłużnika do majątku osoby trzeciej[15].

---

12 Zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System …, op. cit.,* s. 293.

13 Glosa krytyczna M. Pyziak-Szafnickiej do wyroku SN z 19.10.1995 r., III CRN 40/95, Wyr. OSP 1996, Nr 11, poz. 211.

14 M. Sychowicz, [w:] J. Gudowski, *Komentarz KC, Ks. III*, t. I, Warszawa 2013, s. 1024.

15 *Ibidem*.

Niejako w pół drogi stanął SN w wyroku z 15 października 1999 r. Dopuścił zaskarżenie zawarcia ugody sądowej w toku postępowania o podział majątku wspólnego, podkreślając dwoisty charakter tej czynności oraz jej skutek procesowy w postaci umorzenia postępowania. Jednak w uzasadnieniu wyrażono ponownie myśl, że czynności o charakterze czysto procesowym nie są objęte dyspozycją art. 527 k.c., chociażby w jakimś zakresie wywoływały określony skutek także w sferze prawa materialnego. Do takich czynności SN zaliczył uznanie powództwa o zniesienie wspólności ustawowej oraz złożenie zgodnego wniosku co do sposobu podziału majątku wspólnego. Wsparciem prezentowanej tezy ma być okoliczność, że czynności te nie wyłączają dalszego postępowania sądowego zmierzającego do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w drodze orzeczenia sądu.

Stanowisko to koresponduje z poglądem SN, według którego w toku postępowania o zniesienie wspólności ustawowej sąd powinien badać także, czy postępowanie nie służy pokrzywdzeniu wierzycieli[16]. Na niedostatki tego rozwiązania wskazuje Małgorzata Pyziak-Szafnicka w przywołanej glosie do wyroku SN z 19 października 1995 r.

Należy zgodzić się z ww. autorką. Faktycznie takie rozwiązanie nie może być uznane za zadowalające, gdyż w praktyce uzależnia efektywność ochrony wierzyciela od zastosowanej przez dłużnika taktyki procesowej – zawarcie ugody w toku postępowania może być wzruszone, ale uznanie powództwa i złożenie zgodnego wniosku – nie, choć w obu wypadkach dłużnikowi przyświeca ten sam cel.

[16] Por. np. wyrok z 24 maja 1994 r., I CRN 50/94, OSNC 1994, Nr 12, poz. 246.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS

reports · varia

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 201–210 (2015)

Weronika Wenda
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Umowa deweloperska w praktyce, red. A. Szymańczyk [Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2014]

Po ponad dwóch latach obowiązywania ustawy z dnia 16 września 2011 roku o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (dalej: „Ustawa Deweloperska") ukazała się publikacja podsumowująca dotychczasowe funkcjonowanie tej regulacji. Publikacja ta niewątpliwie jest odpowiedzią na sygnalizowane, niemal od uchwalenia Ustawy Deweloperskiej, problemy związane z jej stosowaniem. Z tego względu wybór tematyki przez jej autorów należy oceniać pozytywnie. Przedmiot badań autorów koncentruje się wokół praktycznych aspektów funkcjonowania Ustawy Deweloperskiej, czego szczególnym wyrazem jest prezentacja odpowiedzi na najczęściej zadawane pytania w ramach punktu FAQ. Dlatego też omawiane opracowanie należy postrzegać jako skierowane przede wszystkim do prawników-praktyków zajmujących się obsługą podmiotów związanych z tzw. branżą deweloperską bądź doradzających potencjalnym klientom deweloperów. Publikacja składa się z dziewięciu rozdziałów, z których każdy odnosi się do innego aspektu umowy deweloperskiej.

W rozdziale pierwszym omówiono regulacje prawne poprzedzające ukonstytuowaną Ustawą Deweloperską umowę deweloperską, a to: (I) umowę o budowę lokalu (zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o spółdzielniach mieszkaniowych[1]), (II) umowę zawieraną na podstawie art. 9 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 roku o własności lokali[2], (III) umowę przedwstępną w rozumieniu art. 389 kodeksu cywilnego[3], (IV) umowę na zasadach swobody umów, w rozumieniu art. 353[1] kodeksu cywilnego. Porównując

[1] Tekst jednolity z dnia 7 sierpnia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1222).
[2] Tekst jednolity z dnia 8 sierpnia 2000 r. (Dz.U. Nr 80, poz. 903).
[3] Tekst jednolity z dnia 17 grudnia 2013 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 121).

powyższe regulacje, autor wskazał nie tylko na różnice z obecnie obowiązującą konstrukcją umowy deweloperskiej, ale także na możliwość ich stosowania aktualnie. Kolejno, umowa o budowę lokalu ma stosunkowo wąskie zastosowanie, gdyż dotyczy wyłącznie umów zawieranych przez spółdzielnie mieszkaniowe z jej członkami, wymaga nadto, aby spółdzielnia była właścicielem nieruchomości, na jakiej ma zostać zrealizowane zamierzenie oraz aby legitymowała się pozwoleniem na budowę. Natomiast regulacje prawne, określone w art. 9 ustawy o własności lokali, są zbyt rygorystyczne, gdyż wymagają posiadania przez dewelopera pozwolenia na budowę oraz wpisania roszczenia z tytułu umowy do księgi wieczystej. Umowa przedwstępna jest tymczasem konstrukcją o wąskim zakresie zastosowania, nie prowadzi bowiem do wymiany świadczeń, albo samoistnego celu gospodarczego, a jej znaczenie polega na stworzeniu prawnych gwarancji dla zawarcia umowy przyrzeczonej[4]. Umowy stosowane w relacji deweloper–nabywca, przed wejściem w życie Ustawy Deweloperskiej przybierały często cechy stosunku zawierającego elementy umów nazwanych z pewnymi modyfikacjami, na zasadzie wyrażonej w 353[1] kodeksu cywilnego zasady swobody kontraktowania[5]. Umowy te, podobnie jak te zawierane na podstawie art. 9 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 roku o własności lokali, wciąż mogą znaleźć zastosowanie w odniesieniu do sytuacji, gdy przedmiotem umowy będzie lokal niemieszkalny lub gdy kontrahentem dewelopera będzie osoba prawna albo też gdy deweloper uzyskał przed zawarciem umowy decyzję o pozwoleniu na użytkowanie. Nadto autor opracowania zwrócił uwagę na funkcjonowanie umowy rezerwacyjnej przed i po wejściu w życie Ustawy Deweloperskiej. W tym kontekście autor zwrócił uwagę na istniejące wątpliwości, co do możliwości zastosowania obecnie tej konstrukcji[6], jednocześnie wskazując, że przykładowo w prawie francuskim funkcjonuje umowa rezerwacyjna, jako odrębny typ umowy.

W rozdziale drugim ujęto problematykę umowy deweloperskiej jako nowego typu umowy nazwanej. Autor słusznie podkreśla, że definicja zawarta

---

[4] W opinii autora słuszne jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 9 lipca 2003 roku (sygn. akt IV CKN 305/01, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 130), że w przypadku gdy deweloper zobowiązuje się ustanowić odrębną własność lokalu i przenieść jego własność na zamawiającego, w sytuacji gdy budynek ma zostać wybudowany, wykorzystanie konstrukcji umowy przedwstępnej nie jest możliwe, zob. s. 30.

[5] W tej kwestii wypowiedział się m.in. Sąd Najwyższy w cytowanym w opracowaniu (zob. s. 31) wyroku z dnia 30 czerwca 2004 roku (sygn. akt IV CK 521/03, LEX nr 183717), zgodnie z którym umowa niespełniająca wymagań art. 9 ustawy o własności lokali nie jest nieważna, a niespełnienie tych wymagań oznacza tylko tyle, że ustawa ta nie ma do niej zastosowania.

[6] Por. B. Gliniecki, *Umowa rezerwacyjna w świetle ustawy deweloperskiej*, http://www.umowa-deweloperska.pl/artykuly-lista/umowa-rezerwacyjna-w-swietle-ustawy-deweloperskiej [dostęp: 21.03.2015].

w Ustawie Deweloperskiej jest pierwszą definicją legalną umowy deweloperskiej, choć wskazuje, iż istnieją poglądy przeciwne, zgodnie z którymi brak definicji normatywnej w przepisach Ustawy Deweloperskiej nie pozwala na przyznanie umowie deweloperskiej (wprowadzonej przepisami Ustawy Deweloperskiej) statusu umowy nazwanej[7]. Uzasadniając swoje stanowisko, autor wskazuje, że za słusznością tego poglądu przemawia fakt, iż w treści Ustawy Deweloperskiej umieszczono nie tylko definicję umowy deweloperskiej, ale także jej przedmiotowo istotne postanowienia (*essentialia negotii*). W kwestii przedmiotowo istotnych postanowień umowy podkreśla natomiast, że nie można podzielić stanowiska, jakoby dla istotnych postanowień umowy deweloperskiej zasadnicze znaczenie miał art. 22 ust. 1 Ustawy Deweloperskiej, choć z tego przepisu należy wyciągnąć przed nawias pkt 18[8] i zaliczyć do *essentialia negotii.* W konsekwencji autor podkreśla, że zawarta w art. 3 ust. 5 Ustawy Deweloperskiej definicja umowy deweloperskiej nie wyczerpuje jej przedmiotowo istotnych elementów, gdyż do tych postanowień należy dodać art. 22 ust. 1 pkt 18 Ustawy Deweloperskiej.

Szczegółowe opisanie zagadnień dotyczących treści umowy deweloperskiej znajduje się natomiast w rozdziale 6 szóstym. Autor dokonuje kwalifikacji przedmiotowo istotnych postanowień umowy deweloperskiej w kontekście przesłanek określonych w art. 22 ust. 1 Ustawy Deweloperskiej, dochodząc do wniosku, że przepis ten pełni inną funkcję niż wykazanie elementów przedmiotowo istotnych, a mianowicie przesłanki określone w tym przepisie należy traktować jako minimalną treść umowy deweloperskiej. To twierdzenie nie wydaje się jednak całkiem prawidłowe. Otóż, jak sam autor przyznaje, umowa deweloperska może nie zawierać wybranych elementów art. 22 ust. 1 Ustawy Deweloperskiej, w związku z jej przedmiotem, np. gdy przedmiotem umowy jest budynek jednorodzinny, to umowa nie będzie określała usytuowanie lokalu mieszkalnego w budynku. Autor zwraca także uwagę na różnicę pomiędzy sytuacją, gdy postanowienia umowy deweloperskiej są mniej korzystne aniżeli przepisy Ustawy Deweloperskiej, a pominięciem w umowie deweloperskiej któregoś z elementów określonych w art. 22 ust. 1 Ustawy

---

[7] Tak przykł. J. Pisulinski, [w:] *Dlaczego umowa deweloperska nie jest umową nazwaną*?, „Rejent" 2013, nr 12, s. 35–40.

[8] Tj. zobowiązanie dewelopera do wybudowania budynku, wyodrębnienia lokalu mieszkalnego i przeniesienia prawa własności tego lokalu oraz praw niezbędnych do korzystania z lokalu na nabywcę, albo przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości wraz z domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego stanowiącego odrębną nieruchomość lub przeniesienia ułamkowej części własności nieruchomości wraz z prawem do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych.

Deweloperskiej[9]. W odniesieniu do treści umowy deweloperskiej autor słusznie poruszył kwestię prospektu informacyjnego, niemniej w tym zakresie brakuje analizy prospektu jako integralnej części umowy deweloperskiej. Autor zauważa natomiast problem z różnicą pomiędzy powierzchnią projektowaną a rzeczywistą, słusznie podnosząc, że klauzule określające dopuszczalną różnicę do 3% są co do zasady dopuszczalne, o ile przewidziane jest prawo do odstąpienia od umowy w przypadku gdy przekroczony został wskaźnik różnicy powierzchni określony w umowie[10]. Nie można natomiast zgodzić się z autorem, że deweloper może rozpocząć proces zawierania umów deweloperskich dopiero po nabyciu prawa własności/użytkowania wieczystego nieruchomości. Otóż nie tylko powyższa konstatacja nie wynika z przepisów Ustawy Deweloperskiej (co sam autor przyznaje), dodatkowo sytuacja, w której deweloper uzyskał prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, ale nie jest na tym etapie właścicielem nieruchomości, występuje nierzadko[11]. Dokonując przeglądu orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, autor przytacza spotykane w praktyce klauzule umowne mające charakter abuzywnych. Przykładem tego jest choćby udzielanie deweloperowi nieodwołanego i niegasnącego, z chwilą śmierci, pełnomocnictwa do obciążania nieruchomościami służebnościami przesyłu, a w przypadku zbycia nieruchomości do zapewnienia takiego pełnomocnictwa od nabywcy, pod rygorem kary umownej, czy klauzule pozwalające deweloperowi na dokonywanie jednostronnych zmian w dokumentacji projektowej oraz zastępowania materiałów budowlanych zastępczymi. Budzącym natomiast wiele wątpliwości w praktyce jest przepis art. 25 Ustawy Deweloperskiej, zgodnie z którym wysokość odsetek zastrzeżonych na rzecz dewelopera nie może przewyższać kar umownych zastrzeżonych na rzecz nabywcy. Po pierwsze trzeba zauważyć, że deweloperowi przysługują odsetki ustawowe z tytułu opóźnienia nabywcy w spełnieniu świadczenia pieniężnego z mocy prawa (art. 481 w związku z art. 359 kodeksu cywilnego). Ponadto odnośna regulacja prawna nie nakazuje porównania wysokości odsetek należnych deweloperowi z wysokością odsetek zastrzeżonych na rzecz nabywcy, choć w tej kwestii należy zgodzić się z autorem, że wykładnia celowościowa powinna iść w kierunku uznania, iż

[9] W pierwszej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 28 Ustawy Deweloperskiej, zgodnie z którym w miejsce postanowień mniej korzystnych dla nabywcy stosuje się przepisy Ustawy Deweloperskiej, a w drugiej ochronę nabywcy zapewnia prawo do odstąpienia od umowy deweloperskiej.

[10] Podobnie W. Wenda, [w:] *Umowa deweloperska w systemie prawa – uwagi na marginesie monografii Ryszarda Strzelczyka „Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego", Warszawa 2013 (artykuł recenzyjny)*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2014, nr 6 (88), s. 57.

[11] Por. B. Gliniecki, *Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie wzajemnych roszczeń stron*, Warszawa 2012, rozdz. 4.1.1, System Informacji Prawnej Lex.

jest to niedopuszczalne[12]. Trudności w stosowaniu art. 25 Ustawy Deweloperskiej mogą także wynikać z problemów w ich porównywalności, gdyż kary umowne zastrzegane są często kwotowo, co uniemożliwia porównanie z odsetkami zastrzeżonymi na rzecz dewelopera. Nie można natomiast zgodzić się z autorem, że brak sprecyzowania w art. 27 ust. 1 Ustawy Deweloperskiej, iż w momencie odbioru deweloper powinien legitymować się ostatecznym pozwoleniem na użytkowanie oznacza, że decyzja ta nie musi być ostateczna, gdyż wprost z postanowień art. 55 ust. 1 prawa budowlanego[13] wynika, że do użytkowania obiektu można przystąpić po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie[14].

Rozdział trzeci poświęcony jest tematyce umowy deweloperskiej jako wzorca umownego, ze szczególnym wskazaniem na kwestie niedozwolonych klauzul umownych. Otóż umowa deweloperska jest zawierana przy wykorzystaniu wzorca umowy, który stanowi załącznik do prospektu informacyjnego. W tym kontekście autor zauważa, że istotnym kryterium, w zakresie stosowanego wzorca umowy, jest strona podmiotowa zawieranych umów, gdyż nabywcą może być: (I) konsument rozumieniu art. 22^1 kodeksu cywilnego albo (II) osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i w zakresie swojej działalności nabywająca lokal, albo (III) osoba prawna albo spółka osobowa prawa handlowego. W świetle powyższego tylko do pierwszej kategorii nabywców znajdzie zastosowanie art. 385^1 i nast. kodeksu cywilnego. Odnosząc się do obrotu konsumenckiego, autor podaje przykłady klauzul abuzywnych, wskazując jednocześnie, że nie jest wykluczone, iż konkretna klauzula, mimo że objęta jest listą (klauzul abuzywnych), nie będzie miała w określonym przypadku niedozwolonego charakteru. Jednocześnie za autorem należy powtórzyć, że główne świadczenia stron, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, wyłączono z kontroli abuzywności. Jest tak, gdyż przez główne świadczenia należy rozumieć przedmiotowo istotne elementy umowy, które przyjmowane są przez strony na zasadzie wyraźnego, a nie domniemanego konsensusu.

Rozdział czwarty stanowi natomiast omówienie instytucji prospektu informacyjnego – zarówno jego treści, jak i sposobu doręczania i informowania o zmianach na etapie poprzedzającym zawarcie umowy deweloperskiej.

---

[12] Por. D. Kurek, *Komentarz do art. 25 ustawy z dnia 16 września 2011 roku o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, [w:] *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz,* red. D. Okolski, Warszawa 2014, System Informacji Prawnej Legalis.

[13] Tekst jednolity z dnia 2 października 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1409).

[14] Zob. komentarz do art. 27 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, [w:] A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012, System Informacji Prawnej Lex.

W pierwszej kolejności autor rozważa charakter prospektu informacyjnego jako integralnej części umowy deweloperskiej w kontekście odpowiedzialności dewelopera za wykonanie całego przedsięwzięcia deweloperskiego. W tej kwestii autor dochodzi do wniosku, że zobowiązanie dewelopera ogranicza się do przygotowania prospektu informacyjnego zgodnie z założeniami Ustawy Deweloperskiej, dostarczania osobom, zainteresowanym zawarciem umowy deweloperskiej, aktualizacji danych zawartych w prospekcie informacyjnym i przekazywania aktualizacji osobom zainteresowanym zawarciem umowy deweloperskiej, aż do czasu jej zawarcia. Istotną także kwestią, jaką porusza autor, jest forma, w jakiej ma zostać przekazany prospekt informacyjny. Otóż, choć przepisy Ustawy Deweloperskiej nie wskazują, że prospekt powinien być sporządzony w formie pisemnej, to zgodnie z załącznikiem do Ustawy Deweloperskiej, stanowiącym wzór prospektu informacyjnego, jednym z niezbędnych jego elementów jest podpis, co oznacza, że deweloper doręczając prospekt na trwałym nośniku innym niż papier jest zobowiązany do okazania (na żądanie osoby zainteresowanej zawarciem umowy deweloperskiej) wersji nie tyle w postaci papierowej, co w formie pisemnej. Istotną także kwestią, na jaką autor zwrócił uwagę, jest brak legalnej definicji działek sąsiednich, których plan zagospodarowania wskazać należy. Jednocześnie słusznie podniesiono, że wątpliwości rodzi także zagadnienie sposobu pomiaru „*promienia 1 km od przedmiotowej nieruchomości*" oraz określenia rodzajów inwestycji, jakie powinny zostać ujawnione w prospekcie w odniesieniu do nieruchomości sąsiednich.

Cel i zasady funkcjonowania rachunków powierniczych to tematyka rozdziału piątego. Autor zwraca uwagę na celowość wprowadzonego mechanizmu ochrony środków pochodzących od nabywców, który, inaczej niż w dotychczas stosowanych instytucjach rachunków powierniczych, nałożył na bank funkcję niejako kontrolera przepływów wypłacanych z rachunków środków. W związku z tym autor zauważa istotną kwestię – brak ustawowego obowiązku banków wprowadzenia do swojej oferty mieszkaniowych rachunków powierniczych, a tym bardziej konkretnego ich typu, co w efekcie oznacza, że banki kierują najczęściej do deweloperów ofertę rachunków zamkniętych, jako dla banków bezpieczniejszych[15]. W przedmiocie roli banków pojawiła się także wątpliwość, czy banki zobowiązane są do badania skuteczności odstąpienia od umowy przez nabywcę. Skądinąd jednak ta kwestia w praktyce nie jest doniosła, zważywszy, że zwrot środków następuje wyłącznie w związ-

[15] Zob. *Nabycie lokalu lub domu od dewelopera. Wykładnia przepisów i efekt stosowania*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2014, s. 177: „Preferowany […] jest rachunek zamknięty […]. Podpisanie przez bank umowy rachunku zamkniętego ogranicza ryzyko transakcji […]".

ku z odstąpieniem od umowy na zasadzie art. 29 Ustawy Deweloperskiej, a możliwość odstąpienia na tej podstawie ograniczona jest 30-dniowym terminem. Kolejno, autor omówił wszystkie przewidziane w art. 4 Ustawy Deweloperskiej środki ochrony. W tym kontekście autor zauważa, że pomimo wymienienia czterech typów zabezpieczeń, *de facto* istnieją dwie formy: (I) zamknięty rachunek powierniczy oraz (II) otwarty rachunek powierniczy, który dodatkowo może być zabezpieczony gwarancją bankową bądź ubezpieczeniową. Co istotne w przypadku otwartego rachunku powierniczego z dodatkowym zabezpieczeniem wypłata z tytułu gwarancji na rzecz nabywcy może nastąpić wyłącznie w dwóch sytuacjach: (I) ogłoszenia upadłości dewelopera albo (II) odstąpienia od umowy deweloperskiej przez nabywcę ze względu na nieprzeniesienie na niego prawa własności lokalu lub domu jednorodzinnego w terminie. Ciekawym zagadnieniem jest również poruszana przez autora kwestia stosowania rachunku powierniczego do rozliczeń z nabywcami niebędącymi osobami fizycznymi albo w przypadku, gdy przedmiotem nabycia ma być lokal użytkowy. Przepisy Ustawy Deweloperskiej nie wprowadzają zakazu w tym zakresie, tym niemniej, zgodnie z rekomendacją nr 12 Związku Banków Polskich, deweloper powinien prowadzić odrębny rachunek, na który wpłacane będą należności za lokale inne niż mieszkalne, a także wpłaty pochodzące od osób prawnych. Podobny problem pojawił się w odniesieniu do przedsięwzięć deweloperskich, rozpoczętych przed dniem 29 kwietnia 2012 roku, w stosunku do których Ustawa Deweloperska nie nakazywała prowadzenia rachunków powierniczych. Analogicznie do poprzednio omawianej kwestii Związku Banków Polskich w rekomendacji nr 19 wypowiedział się negatywnie w przedmiocie możliwości prowadzenia rachunków powierniczych dla tych przedsięwzięć. Na końcu autor dotknął istotnego problemu związanego z wyłączeniem możliwości stosowania dotychczasowych zabezpieczeń kredytu bankowego na środkach wpłacanych przez nabywcę, co w praktyce oznacza wzrost kosztów udzielonego finansowania przez bank lub oczekiwanie przez bank dodatkowych zabezpieczeń.

Problematyka odpowiedzialności karnej z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z Ustawy Deweloperskiej oraz odpowiedzialność cywilnej wynikającej z umowy deweloperskiej to kolejno rozdziały siódmy i ósmy.

Omawiając problematykę odpowiedzialności karnej w Ustawie Deweloperskiej autor przeanalizował wszystkie trzy, poddane penalizacji, zachowania, a to: (I) wykroczenie polegające na zaniechaniu sporządzania prospektu informacyjnego, (II) występek polegający na podaniu nieprawdziwych lub zatajaniu prawdziwych informacji w prospekcie, (III) występek polegający na wypłacaniu wbrew przepisom Ustawy Deweloperskiej środków zgromadzonych na otwartym rachunku powierniczym. W odniesieniu do wykroczenia

autor zauważa, że w przypadku powierzenia osobie trzeciej obowiązku sporządzenia prospektu informacyjnego odpowiedzialność dewelopera zostanie wyłączona. W przedmiocie występku polegającego na podaniu nieprawdziwych informacji autor podkreśla, że zgodnie ze wzorem prospektu informacyjnego – pojęcia „informacje" i „dane" nie są tożsame, co oznacza, iż według literalnej wykładni przepisu przedmiotem ochrony są tylko „informacje". Ponadto w odniesieniu do występku polegającego na podaniu nieprawdziwych lub zatajaniu prawdziwych informacji w prospekcie, ustawodawca nie zastosował klauzuli zastępczej, zgodnie z którą do odpowiedzialności karnej można pociągnąć osobę fizyczną reprezentującą jednostkę organizacyjną czy pracownika lub inną osobę umocowaną przez dewelopera. W konsekwencji, w przypadku gdy deweloperem będzie osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, to wytypowanie konkretnej osoby podlegającej odpowiedzialności będzie niemożliwe bądź niedopuszczalne. Podobnie kolejny z analizowanych przepisów nie precyzuje, kto w rzeczywistości miałby odpowiadać za występek, gdyż banki, które funkcjonują jako osoby prawne, nie mogą ponosić odpowiedzialności karnej. Także zgodzić się należy z autorem, że sformułowanie „wypłaca deweloperowi" wyłącza w sposób nieuzasadniony wypłatę środków na rzecz podmiotów współpracujących z deweloperem.

Odpowiedzialność cywilna dewelopera rozpatrywana jest na podstawie reżimów: (I) odpowiedzialności na zasadach ogólnych, (II) odpowiedzialności na podstawie klauzuli o karze umownej, (III) odpowiedzialności w ramach rękojmi za wady przedmiotu umowy. W świetle powyższego na uwagę zasługuje spostrzeżenie autora o częstym odwoływaniu się do pojęcia siły wyższej, jako przesłanki ekskulpującej. Otóż, jak słusznie zauważa autor, siła wyższa stanowi granicę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, zaś granicą odpowiedzialności na zasadzie winy jest wykonanie zobowiązania z należytą starannością. W przedmiocie kar umownych autor celnie wskazuje, że zastrzeganie kar umownych na rzecz klientów, bez możliwości dochodzenia roszczenia uzupełniającego na zasadach ogólnych, może rodzić ryzyko uznania postanowienia za abuzywne, w szczególności gdy kara jest rażąco niska. Natomiast wywody na temat odpowiedzialności dewelopera z tytułu rękojmi są częściowo nieaktualne, a to ze względu na nowelizację kodeksu cywilnego, jaka weszła w życie 25 grudnia 2014 roku[16], niemniej warto odnotować, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi jest zmodyfikowana przepisami Ustawy Deweloperskiej w zakresie, w jakim dotyczą wad stwierdzonych przy odbiorze i zgłoszonych przez nabywcę do protokołu.

[16] Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 827).

Opracowanie zamyka rozdział dziewiąty poświęcony zagadnieniom podatkowym. W rozdziale tym autor omówił zagadnienia związane z terminem opodatkowania podatkiem dochodowym dewelopera, przeanalizował problematykę kosztów uzyskania przychodów dewelopera związanych z zawartą umową deweloperską oraz opisał tematykę podatku VAT w odniesieniu do umów deweloperskich. W nawiązaniu do pierwszego z poruszanych problemów autor konstatuje, że datę powstania obowiązku podatkowego należy odnosić do daty przeniesienia własności, bowiem z tym dniem deweloperowi przysługuje wierzytelność z tytułu sprzedaży przedmiotowego lokalu. Niemniej jednak autor zauważa, iż brak jednoznacznego wskazania, jak należy rozumieć pojęcie wydania rzeczy, zawarte w art. 12 ust. 3a ustawy z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych[17] i art. 14 ustawy z dnia 29 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych[18], może być źródłem sporów z organami podatkowymi. Z kolei w kwestii kosztów uzyskania przychodu autor wnikliwie przedstawił problematykę kosztów bezpośrednich i pośrednich, szeroko prezentując przy tym poglądy wyrażone w orzecznictwie. Rozpatrując płaszczyznę umowy deweloperskiej w kontekście podatku VAT, autor przedstawił zarówno stan prawny obowiązujący przed dniem 1 stycznia 2014 roku, jak i po tej dacie. W opinii autora, niezależnie od zmian w przepisach prawa, obowiązek podatkowy powstaje dopiero po wypłacie środków z rachunku powierniczego na rzecz dewelopera, z czym należy się zgodzić, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług[19] przez dostawę towaru rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jako właściciel. Rozwijając wątek podatku, autor zwraca także uwagę na praktycznie istotną kwestie, tj. różnicę w stawce podatku VAT, gdy lokal mieszkalny jest sprzedawany wraz z przynależnym udziałem w nieruchomości wspólnej, w ramach którego ustalono sposób do korzystania z np. miejsc postojowych (wtedy stawka podatku jest jednolita), od sytuacji, gdy sprzedaż lokalu mieszkalnego dokonywana jest łącznie ze sprzedażą udziału w lokalu niemieszkalnym z określeniem sposobu korzystania z np. miejsc postojowych w ramach tego lokalu (wtedy inna jest stawka dla lokalu mieszkalnego, a inna stawka dotyczy udziału w lokalu niemieszkalnym).

Podsumowując, niniejsze opracowanie stanowi kompleksowy przegląd problematyki funkcjonowania Ustawy Deweloperskiej w dwóch pierwszych latach. Autorzy w sposób przystępny i przejrzysty przedstawili najistotniejsze

[17] Tekst jednolity z dnia 30 maja 2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 851).

[18] Tekst jednolity z dnia 17 stycznia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 361).

[19] Tekst jednolity z dnia 29 lipca 2011 r. (Dz.U. Nr 177, poz. 1054).

zagadnienia związane ze stosowaniem Ustawy Deweloperskiej. Opracowanie zawiera szereg odwołań do poglądów judykatury oraz organów podatkowych, ciekawym zabiegiem jest także prezentacja odpowiedzi na najczęściej zadawane pytania związane ze stosowaniem Ustawy Deweloperskiej. Sposób ujęcia materii jednoznacznie wskazuje, że publikacja przeznaczona jest przede wszystkim dla prawników-praktyków zarówno reprezentujących deweloperów, jak i potencjalnych nabywców lokali oraz domów jednorodzinnych. Tym niemniej podkreślenia wymaga, że także kwestie teoretyczne, w szczególności związane z charakterem umowy deweloperskiej jako nowego typu umowy nazwanej, znalazły się w spektrum zainteresowań autorów. Jednakże, nie ulega wątpliwości, że poruszona materia to zwłaszcza zagadnienia praktyczne. Z powyższym koresponduje także sposób prezentacji zagadnień. Otóż autorzy w niewielkim stopniu skoncentrowali się na zagadnieniach związanych z genezą Ustawy Deweloperskiej. Opracowanie w zasadzie, oprócz nawiązania niejako na marginesie do rozwiązań francuskich w zakresie umowy rezerwacyjnej i rachunków powierniczych, nie zawiera także porównań z systemami istniejącymi w innych państwach, natomiast uwaga autorów skupiła się przede wszystkim na problemach związanych z wykładnią postanowień Ustawy Deweloperskiej na tle prawa polskiego. Dodatkowo wspomnieć należy, że autorzy w załączeniu przedstawili wzór prospektu informacyjnego oraz umowy deweloperskiej. Wprawdzie prezentacja tego pierwszego nie ma istotnego znaczenia (wzór ten jest załącznikiem do Ustawy Deweloperskiej), to demonstracja wzoru umowy deweloperskiej w wersji proponowanej przez autorów może być pożyteczną propozycją dla praktyków, do których (jak wyżej wspomniano) głównie adresowana jest praca. W konsekwencji omawiane opracowanie należy oceniać jako interesującą i pożyteczną próbę zebrania zagadnień, w szczególności tych budzących wątpliwości interpretacyjne, jakie pojawiły się w pierwszych dwóch latach stosowania Ustawy Deweloperskiej. Co więcej, niniejsza publikacja ukazuje się w czasie, gdy trwa dyskusja nad nowelizacją Ustawy Deweloperskiej, której efektem ma być przedstawienie w Sejmie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów projektu ustawy w drugim kwartale 2015 roku[20], co niewątpliwie stanowi o dodatkowej wartości tego opracowania jako głosu krytycznego w przedmiocie stosowania Ustawy Deweloperskiej w obecnym kształcie.

[20] Zob. http://prawo.money.pl/aktualnosci/wiadomosci/artykul/ustawa-deweloperska-uokik-szykuje,197,0,1667781.html [dostęp: 21.03.2015].

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 211–216 (2015)

Tomasz Tomaszewski
doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Jakub M. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym* [C.H. Beck, Warszawa 2013]

Nakładem wydawnictwa C.H. Beck z końcem roku 2013 ukazała się publikacja autorstwa Jakuba Michała Łukaszewicza, pt. *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*. Wybór tematu pracy wydaje się ważny, albowiem małżeństwo jest podstawową komórką społeczną scalająca dwie niezależne od siebie jednostki, które wcześniej funkcjonowały samodzielnie. Zarówno w ujęciu empirycznym, jak i z prawnego punktu widzenia były to dwa osobne byty, które kształtowały się samodzielnie oraz kształtował się ich status prawny, czyli kreowały sieć powiązań i zależności prawnych. Analizując przepisy polskiego prawa, zauważamy, że ustawodawca przyznaje osobny status instytucji małżeństwa, niejednokrotnie ją personalizując, podkreślając jednocześnie składowość i różnorodność powiązań i zależności łączących dwa podmioty. Te powiązania nie odnoszą się tylko do wzajemnych stosunków pomiędzy małżonkami, ale odgrywają kluczową rolę w funkcjonowaniu małżeństwa jako podmiotu praw i obowiązków w stosunkach w zewnętrznym obrocie prawnym. Wielopłaszczyznowość materii wymaga dokładnej i skrupulatnej analizy.

Autor, analizując przepisy różnych gałęzi polskiego prawa, zwrócił uwagę na specyficzny sposób traktowania osoby posiadającej status współmałżonka, a także relacje występujące pomiędzy małżonkami. Postawił sobie za cel wskazanie tych relacji, uporządkowanie ich oraz odpowiednie nazwanie, stąd postanowił m.in. wprowadzić nowy termin – „współzależność" w polskim prawie cywilnym.

W pracy postawiono tezę, że związek małżeński tworzy wielopłaszczyznową sieć powiązań pomiędzy małżonkami, którą autor nazywa „współzależnością", oraz że tworzy pewien symbiotyczny organizm, w ramach którego

osoby małżonków połączone są specyficzną relacją „współzależności". Teza nie jest odkrywcza nawet wówczas, kiedy posłużymy się określeniem „współzależność". Jest to zabieg bardziej semantyczny niż formuła nowatorska. W dotychczasowych opracowaniach relacja między małżonkami, określana jako współzależność, traktowana była jak coś oczywistego. Ponieważ zależność jednego od drugiego małżonka i drugiego od pierwszego w oczywisty sposób generuje relacje wzajemnej zależności, czyli współzależności. Termin „współzależność" nie można uznać więc za coś nowatorskiego, ale raczej niestandardowy wydaje się, w prawnych rozważaniach, punkt widzenia, jaki prezentuje autor i jego bardzo wyraźne aksjologiczne podstawy. Mówiąc o specyficznej więzi małżonków czy o naturze małżeńskiej więzi, czyli w konsekwencji o „współzależności", autor zdecydowanie nawiązuje do chrześcijańskiej koncepcji osoby ludzkiej oraz małżeństwa i rodziny[1]. Autor prezentuje pogląd, że człowiek zdobywa wiedzę nie tylko poprzez własne doświadczenia, ale również przez przekaz międzypokoleniowy, a rozwój człowieka osiąga „swoją pełnię" tylko w prakomórce społecznej, jaką jest rodzina. Rodzina w chwili powstania zawsze wyrasta z połączenia dwóch osób odmiennej płci i dopiero wówczas uzyskuje zdolność do reprodukcji. Naturalny porządek rzeczy to mężczyzna i kobieta tworzący rodzinę, czyli małżonkowie. Z tego wyprowadzany jest dalej wniosek, że sama natura determinuje pozostanie ojca przy matce przynajmniej na okres wychowania potomstwa. Podstawą wszelkich rozważań autora, w oparciu o przepisy prawne, jest przekonanie o małżeństwie jako sformalizowanym związku kobiety i mężczyzny, względnie trwałym, mającym na celu prokreację i zabezpieczenie materialnych i fizyczno-emocjonalnych potrzeb człowieka.

Z tego punktu widzenia autor stara się odpowiedzieć na pytanie o istotę małżeństwa i źródło wzajemnych praw i obowiązków małżonków oraz, jak twierdzi, za główny cel postawił sobie wskazanie zależności występujących między małżonkami z prawnego punktu widzenia, uporządkowanie tych zależności, jak również odpowiednie ich nazwanie. Stara się też przywołać te wszystkie instytucje, które w prawie małżeńskim istniały od dawna, w celu wskazania ich wspólnego źródła i wzajemnych powiązań. Przy czym zarzeka się, że nie jest to encyklopedyczne prezentowanie poszczególnych instytucji prawa rodzinnego. Co do niektórych tez autora można mieć jednak istotne zastrzeżenie.

Autor rozpoczyna swoje rozważania od rozdziału, w którym ukazuje ewolucję przemian relacji małżeńskich na przestrzeni dziejów od zależności do współzależności w porządku chronologicznym z uwzględnieniem antycznego

[1] F. Adamski, *Socjologia małżeństwa i rodziny*, Warszawa 1984, s. 50–57.

modelu w prawie rzymskim, rozwiązań wypracowanych w średniowieczu, poprzez kodyfikacje napoleońskie implementowane do prawa polskiego w okresie porozbiorowym, aż do czasów współczesnych. Dalej prezentowane są rozwiązania prawne po drugiej wojnie światowej, które dekretem wprowadzały unifikację prawa małżeńskiego kontynuowaną w późniejszych kodeksach rodzinnych. Za kres ewolucji zjawiska „współzależności" autor uważa nowelizację Kodeksu z 2004 roku, która, w miejsce nieograniczonej odpowiedzialności majątkiem wspólnym, zawęża prawo roszczenia wierzyciela do wspólności majątkowej i warunkuje je uprzednią akceptacją współmałżonka dłużnika. Co więcej autor takie rozwiązanie uważa za pożądane i rozsądne, tym samym przecząc swoim wcześniejszym twierdzeniom o symbiotycznym charakterze relacji małżonków w sformalizowanym związku małżeńskim[2]. Sferę duchową próbuje przenosić na sferę prawno-materialną, nie zauważając przy tym, że symbioza, w związku małżeńskim, to wyidealizowany obraz stosunków międzyludzkich, który nieustannie jest weryfikowany przez doświadczenie życiowe i orzecznictwo sądowe. Można powiedzieć więcej – symbioza niekoniecznie musi być zjawiskiem takiego ścisłego współżycia, które przynosi korzyści każdej ze stron. Czasami symbioza przybiera postać pasożytnictwa i przed czymś takim chroni współmałżonków m.in. nowelizacja Kodeksu z 2004 r.

W następnym rozdziale autor próbuje, poprzez analizę skutków sformalizowania związku małżeńskiego, odpowiedzieć na pytanie, na czym polega natura małżeństwa. Stara się zdefiniować „coś", co wywołuje takie skutki. Najpierw autor wymienia skutki o charakterze uniwersalnym zdefiniowanej przez siebie współzależności małżeńskiej, czyli pojawiające się niezależnie od ustroju majątkowego między małżonkami, i jako takie uniwersalne wyznaczniki wymienia zmianę stanu cywilnego, czy np. przyjęcie wspólnego nazwiska uważając je jedynie za zewnętrzne przejawy natury małżeństwa. O wiele istotniejsze dla określenia natury małżeństwa uznaje tzw. skutki osobowe współzależności małżeńskiej (niesankcjonowane), takie jak: obowiązek wierności, wzajemnej pomocy, wzajemnego pożycia. Za jeszcze ważniejsze dla określenia natury małżeństwa uważa następstwa sformalizowania związku małżeńskiego takie jak: prawo do wzajemnego reprezentowania (w niektórych czynnościach prawnych) bez przedstawiania pełnomocnictwa, solidarną odpowiedzialność za zobowiązania (nie wszystkie), obowiązek wzajemnego alimentowania się, wzajemnego udostępniania mieszkania będącego w posiadaniu jednego z nich. Z istnienia tych skutków wyprowadza wniosek, że to „coś" to właśnie współzależność. Dowód istnienia współzależności autor

[2] J.M. Łukasiewicz, *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 136.

wzmacnia poprzez zwrócenie uwagi na istnienie skutków nieodwracalnych, np. powinowactwo nawiązane w wyniku zawarcia związku małżeńskiego czy nabycie pełnoletniości przez sformalizowanie związku małżeńskiego. Można się zgodzić, że osoba żyjąca w związku małżeńskim, z punktu widzenia prawa, nie jest całkowicie niezależna, ale wzajemne prawne relacje małżonków dalekie są od symbiozy[3]. Mamy raczej do czynienia z nakładaniem się lub przenikaniem niektórych sfer prawnych małżonków. Wspólne opodatkowanie, istnienie wspólnego dorobku czy też możliwość kontroli działalności gospodarczej współmałżonka niekoniecznie muszą świadczyć o symbiozie małżonków, nawet jeżeli za prawne zjawisko uznamy, za autorem, umiejętność poświęcania się, rozumianą tutaj jako dzielenie się wspólnie wypracowanym majątkiem.

Rozdział trzeci autor poświęcił współzależności w ustroju wspólności. Z praktycznego punktu widzenia w tym rozdziale rozważane są czołowe aspekty relacji pomiędzy małżonkami – chodzi o materialny aspekt więzi małżeńskiej. Niewątpliwie najważniejsze są tu reguły zarządu majątkiem wspólnym oraz odpowiedzialność tym majątkiem za zobowiązania. Odpowiedzialność za składniki wspólnego majątku istnieje z mocy samego prawa. Ustawodawca jednak prawdopodobnie nie kierował się istnieniem wyidealizowanej w poprzednich rozważaniach współzależności małżonków, a raczej interesem państwa. Przed transformacją ustrojową Polski, tj. przed 1989 r., państwo dążyło do podporządkowania sobie jednostek i rodzin także w sferze materialnej. Ustawodawca, wprowadzając nowy ustrój, zmuszony został do dostosowania systemu prawa do gospodarki kapitałowej, stąd nie można było pominąć ingerencji także w stosunki majątkowe powstające pomiędzy samymi małżonkami, jak i pomiędzy małżonkami i podmiotami zewnętrznymi, a dyktowanymi nadążaniem za wymaganiami wolnego rynku i kapitalizmu[4].

Wzajemna odpowiedzialność majątkowa za zobowiązania każdego z małżonków jest przede wszystkim prawną gwarancją płynności finansowej w relacjach gospodarczych i nie ma nic wspólnego z mistyczną jednością czy symbiozą małżonków, a także rzadko też przyczynia się do jeszcze większego zespolenia relacji małżeńskich, takich jak współpraca czy zaufanie. Nawet w egzekucji z majątku wspólnego nie chodzi też o ukaranie małżonka (nawet pośrednie), tylko głównie o skuteczność tej egzekucji niezależnie od subiektywnego poczucia krzywdy drugiego z małżonków. Osoby zawierające związek małżeński świadomie decydują się na wspólnotę majątkową ze wszystkimi

[3] P. Kasprzyk, *Stosunki majątkowe między małżonkami a prowadzenie działalności gospodarczej przez małżonków – zagadnienia wybrane*, Kraków 2005, s. 83.

[4] G.W. Kołodko, *Wielka Transformacja 1989–2029. Uwarunkowania, przebieg, przyszłość*, „Ekonomista" 2009, nr 3, s. 353–371.

tego, nawet przykrymi, konsekwencjami, albo zabezpieczają się przed takimi przykrymi konsekwencjami rozdzielnością majątkową.

W następnym rozdziale autor przedstawia aspekty elastyczności małżeńskiej współzależności, m.in. intercyzy umożliwiającej małżonkom określenie własnego regulaminu w zakresie ich spraw majątkowych. Autor zwraca uwagę, że współzależność małżeńska bardzo łatwo poddaje się modyfikacjom w zależności od sytuacji panującej pomiędzy współmałżonkami, a kodeksowe regulacje nic nie narzucają. Dalej autor stwierdza, że małżonkowie mogą nie podporządkować się relacji współzależności w przypadku, gdyby im ta relacja nie odpowiadała[5]. Wniosek ów przeczy dowodzonej w całej pracy tezie na istnienie czegoś, co jest przypisanym małżeństwu i prawie mistycznym bytem w postaci „współzależności", o której istnieniu jakoby świadczą skutki zawarcia małżeństwa. Autor za podstawę swoich rozważań przyjmuje istnienie niemalże osobnego bytu w instytucji małżeństwa, żyjącego według osobnych, wyższych zasad, niewywodzących się z norm prawnych. Normy te dopełniają instytucję małżeństwa. Z drugiej strony zauważyć można posłużenie się pełnym racjonalizmem w podejściu do stosunków majątkowych powstających pomiędzy małżonkami i podmiotami zewnętrznymi, które autor w całości akceptuje i uważa za słuszne. Wzajemna zależność w małżeństwie, czyli „współzależność", w niektórych obszarach, kiedy jest to korzystne z punktu widzenia interesu państwa czy społeczeństwa, istnieje obligatoryjnie, a w pozostałych jest kształtowana dowolnie poprzez interesy każdego z małżonków. Te i inne poglądy autora skłaniają do polemiki i wskazują na błędne założenie autora. Współcześnie nacisk kładziony jest na zachowanie niezależności małżonków w obrocie majątkowym. Problem ten zauważył już Komitet Ministrów Rady Europy, wydając rezolucję nr 78/37 w 1978 roku, gdzie w myśl głównej idei, każdy ze współmałżonków powinien mieć możliwość realizacji swoich praw niezależnie, bez konieczności uzależnienia jej od decyzji współmałżonka, a państwa stanowiąc prawo, nie powinny tego w żaden sposób ograniczać[6].

Rozprawa *Małżeńska współzależność majątkowa w polskim prawie cywilnym* jest dobrym, popularnonaukowym poradnikiem dla każdego, kogo interesują zagadnienia dotyczące prawnych konsekwencji zawarcia związku małżeńskiego. Trudno jednak potraktować tę pozycję jako nowatorski sposób przedstawienia konsekwencji prawnych posiadania statusu małżonka, a zatem nie sposób wskazać, że pozycja stanowi wkład w rozwój nauki. Opracowanie zawiera wiele praktycznych porad, chociaż zupełnie pominięte zostały zagadnienia prawne związane z rozwiązaniem małżeństwa, czyli z ustaniem

[5] J.M. Łukasiewicz, *op. cit.,* s. 136.

[6] *Standardy prawne Rady Europy. Prawo rodzinne*, red. M. Safjan, t. I, Warszawa 1994, s. 272–276.

jakiejkolwiek „współzależności" względem współmałżonków. Pominięcie tych ważnych aspektów prawnych, będących również skutkiem sformalizowania związku małżeńskiego, wynika prawdopodobnie z przyjętego przez autora systemu chrześcijańskich wartości, które są w rozprawie podstawą do wszystkich rozważań. Nie mniej jednak możliwość rozwiązania małżeństwa jest faktem w polskim systemie prawnym i rodzi tak samo poważne skutki dla współmałżonków, jak trwanie w związku małżeńskim. Byli małżonkowie z chwilą rozwodu są także obciążani obowiązkiem alimentacyjnym wobec wspólnych małoletnich dzieci. Obowiązek alimentacyjny może dotyczyć także w niektórych sytuacjach dzieci pełnoletnich. Co więcej, obowiązek alimentacyjny istnieje także między rozwiedzionymi małżonkami, jeżeli żadne z nich nie ponosi winy rozkładu pożycia, bądź też jeżeli sąd zaniechał orzekania o winie, a także jeżeli orzeczono rozwód z winy obojga małżonków. Przesłanką wykazującą silną współzależność jest właśnie ten ostatni obowiązek alimentacyjny (względem ex-małżonka, który popadł w stan niedostatku). Kolejnym przykładem współzależności, już po ustaniu małżeństwa, są także wspólne zobowiązania wynikające np. z kredytów. Gdy umowę zawierają oboje małżonkowie, wówczas oboje odpowiadają za dług, niezależnie od tego, czy małżeństwo trwa, czy zostało rozwiązane. W trakcie małżeństwa oraz po jego ustaniu wierzyciel może domagać się spełnienia świadczenia od jednego, albo od obojga małżonków, ponieważ oboje byli i są dłużnikami.

Ta problematyka w analizie problemu zależności majątkowych dotknięta została ostracyzmem. Tymczasem potrafi ona związać dwa podmioty wstępujące w związek małżeński na wiele lat już po jego ustaniu. Dla przykładu, organy skarbowe mają okres pięciu lat na obciążenie zaległościami podatkowymi ex-małżonka. Co ciekawe, dotyczy to także zobowiązań podatkowych, które powstały jeszcze przed zawarciem małżeństwa. Zarówno małżonek, jak i ex-małżonek partycypują w spłacie długów całym swoim wkładem w część dorobkową. Jako, że odpowiedzialność za długi małżonka jest solidarna, fiskus może ściągnąć cały zaległy podatek także z majątku ex-małżonka. W tym kontekście można jeszcze wskazać, że w opinii publicznej krąży powiedzenie, że „kredyt hipoteczny wiąże dwie osoby mocniej niż małżeństwo" i trudno z tym się nie zgodzić, m.in. dlatego „współzależność" pomiędzy podmiotami pozostającymi w związku małżeńskim – jak zresztą sam autor nieśmiało wspomniał – nie wygasa po jego ustaniu. Stosunki prawne, jakie łączą byłych małżonków, bywają dalece bardziej problematyczne. Tak więc współzależność nie jest cechą charakterystyczną tylko i wyłącznie dla małżeństwa. Niedostrzeżenie tego w odpowiedni sposób przez autora sprawia, że jego rozważania są niekompletne i trudno potraktować je jako należycie udokumentowane.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 217–227 (2015)

Iga Starowicz
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Mieczysław Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych* [Wydawnictwo Volumina, Warszawa–Szczecin 2015]

Recenzowana monografia dotyczy problematyki pismoznawstwa kryminalistycznego jako multidyscyplinarnej dziedziny kryminalistyki, która wykorzystując różne metody badawcze, umożliwia identyfikację osoby na podstawie śladu graficznego. Autor porusza również problem istoty ekspertyzy pismoznawczej, której wartość zależy od wielu czynników. Współcześnie najczęściej wykorzystywaną metodą, stosowaną podczas kryminalistycznych badań pisma, jest metoda graficzno-porównawcza. Jednak dzisiejszy rozwój technologii pozwala na udoskonalanie badań, dając możliwość korzystania z nowoczesnych programów komputerowych, tworzonych specjalnie na użytek pismoznawstwa. Programy te pozwalają na pełniejsze i efektywniejsze wykorzystywanie metod pomiarowych i statystycznych, co może prowadzić do zmniejszenia poziomu subiektywizmu w opiniowaniu.

Autor monografii jest uznanym specjalistą z zakresu pismoznawstwa oraz autorem wielu publikacji, wśród których recenzowana pozycja zajmuje szczególne miejsce. Zwraca w niej uwagę na możliwość adaptacji nowych programów i technik komputerowych w badaniach pisma.

Praca liczy 448 stron i jest podzielona na pięć rozdziałów poprzedzonych wprowadzeniem do podejmowanych zagadnień, w którym to Autor określił główny cel pracy zakładający „[…] opracowanie takiego modelu ekspertyzy pismoznawczej (ze wskazaniem jego złożoności, uwarunkowań praktycznych, organizacyjno-prawnych i innych), który odpowiada współczesnym wymogom metodyki badawczej i możliwościom technicznym zapewniającym w maksymalnym stopniu obiektywizację badań w tej dziedzinie kryminalistyki oraz spełnia kryteria dowodu naukowego, a w konsekwencji umożli-

wia prawidłowe opiniowanie do celów procesowych"[1]. Autor stara się umiejscowić problematykę ekspertyzy pismoznawczej, przedstawiając jej pozycję w doktrynie i judykaturze, a także prezentuje różne stanowiska odnoszące się do standardów naukowych tej ekspertyzy. Istotne jest również omówienie najczęściej stosowanej metody do badań pisma, czyli metody graficzno-porównawczej, wskazanie jej wad oraz zalet w odniesieniu do innych metod oraz wyznaczenie pewnego kierunku zmian, które powinny mieć miejsce, aby zapewnić jeszcze lepsze i rzetelniejsze opiniowanie. Główna hipoteza badawcza zakładała, że: „ekspertyza pismoznawcza wykonana zgodnie z kanonami zmodyfikowanej metody graficzno-porównawczej, uwzgledniającej w szerokim zakresie możliwości programów komputerowych i nowoczesnych technik badawczych, spełnia kryteria dowodu naukowego i w formie opinii może stanowić wiarygodny dowód w postepowaniu procesowym"[2]. Według Autora stworzone programy komputerowe (których prezentacja i działanie zostały przedstawione w końcowych rozdziałach pracy) mogą udoskonalić wykonywanie ekspertyz z zakresu pismoznawstwa, a okazują się szczególnie przydatne w analizie cech grafometrycznych pisma. Autor zaprezentował również nową metodę badań, która umożliwia zweryfikowanie kolejności nanoszenia na podłoże dokumentu wydruków komputerowych i kserograficznych w stosunku do zapisów wykonanych ręcznie lub innych naniesień (np. odbitek pieczątek) w sytuacji, gdy ślady te nie krzyżują się ze sobą.

Autor zachował swoistą kolejność wprowadzenia zagadnień związanych z ekspertyzą pismoznawczą, poczynając od wskazania rodzaju dokumentów, przedstawienia teorii śladu kryminalistycznego oraz pojęcia badań identyfikacyjnych, poprzez ujęcie aspektów prawnych związanych z ekspertyzą pismoznawczą, aż do umiejscowienia jej wśród ekspertyz kryminalistycznych i odróżnienia od ekspertyzy technicznej dokumentów. Zakres tematyczny wskazany powyżej stanowi problematykę I rozdziału pracy.

Rozdział II traktuje natomiast o naukowości ekspertyzy pismoznawczej. Autor prezentuje różne stanowiska dotyczące odbioru i możliwości wykorzystywania tejże ekspertyzy dla celów sądowych. Można zauważyć, że zestawiono ze sobą dwa odmienne poglądy na temat naukowości ekspertyzy pismoznawczej: stanowisko wywodzące się z kultury anglosaskiej, gdzie ekspertyza pismoznawcza w większości przypadków nie jest uznawana jako dowód naukowy, ponieważ nie spełnia wymogów takiego dowodu w kontekście standardu Dauberta – jeśli przyjmować model amerykański. Natomiast mo-

[1] M. Goc, *Współczesny model ekspertyzy pismoznawczej. Wykorzystanie nowych metod i technik badawczych,* Warszawa–Szczecin 2015, s. 12.

[2] *Ibidem*, s. 13–14.

del brytyjski nie zakłada już tak dokładnie opracowanych reguł i jest nieco bardziej zbliżony do modelu kontynentalnego, choć również każe ważyć wiarygodność takiego dowodu z opinii biegłego pod kątem określonych czynników. Jeśli chodzi o kraje, w których funkcjonuje system kontynentalny, zakładający zasadę swobodnej oceny dowodów, uznanie takiego dowodu opiera się nieco na innym poziomie, gdzie większy nacisk kładzie się na poprawność i teoretyczne uzasadnienie stosowanych metod, ocenianych poprzez pryzmat kwalifikacji i umiejętności biegłego. Ważnym elementem tego rozdziału jest przedstawienie standardów i przesłanek dotyczących naukowości dowodu obowiązujących w polskiej doktrynie, których ocena została wyrażona w opiniach autorów zajmujących się pismoznawstwem, m.in. Tadeusza Widły, Józefa Wójcikiewicza, Tadeusza Tomaszewskiego czy Adama Buczka. Zaprezentowane stanowiska pozytywnie odnoszą się do uznawania tezy o naukowości ekspertyzy pismoznawczej, co więcej, dostrzec można krytykę zarzutów dotyczących odmiennego poglądu. Ważną kwestią, poruszoną w trakcie tych rozważań, jest zwrócenie przez Autora uwagi na problem istoty samych ustaleń eksperta, który analizując konkretny przypadek, wysnuwa wnioski i ustalenia, które nie mają waloru twierdzeń naukowych (jak twierdzi Małgorzata Leśniak). Również słusznie zauważa Jan Widacki, że uprawianiem nauki nie jest wykonywanie ekspertyz na użytek wymiaru sprawiedliwości, a twierdzenia naukowe opierają się na pewnych uogólnieniach wynikających m.in. z badań prowadzonych przez eksperta oraz stosowania dorobku wypracowanego przez inne dziedziny naukowe[3]. Autor także proponuje, aby nie utożsamiać każdej opinii sądowej z „dowodem naukowym", ponieważ byłoby to zbyt szerokie ujęcie[4]. Stwierdzić można, że Autor opowiada się za uznaniem naukowych podstaw istoty ekspertyzy pisma i badań identyfikacyjnych z podkreśleniem braku wartości twierdzenia naukowego jednostkowej ekspertyzy pismoznawczej wykonanej w konkretnej sprawie, przy założeniu, że taka ekspertyza została wykonana zgodnie z przyjętą metodyką badań.

Kolejnym problemem analizowanym przez Autora monografii jest kwestia kategoryczności opinii z zakresu pismoznawstwa. Zagadnienie to wiąże się z trudnością interpretacji uzyskanych wyników badań, czego przyczyny dopatrywać się można szczególnie w wysokim poziomie subiektywizmu obecnego przy eksperckim opiniowaniu oraz w braku stabilności odruchu graficznego, który w trakcie rozwoju osobniczego ulega fluktuacjom, zarówno o charakterze wewnętrznym, jak i zewnętrznym. Autor zdecydowanie stoi za przyjmowaniem kategoryczności opinii, opowiadając się za tradycyjnym

[3] *Ibidem*, s. 75.
[4] *Ibidem*, s. 79.

modelem identyfikacji indywidualnej oraz powołując się na różne argumenty zaprzeczające teorii o braku podstaw do konstruowania opinii o charakterze kategorycznym, stwierdza, że brak takiej opinii „[…] mógłby wręcz doprowadzić do paraliżu wymiaru sprawiedliwości”[5]. Przyjęcie takiego stanowiska jest reakcją na ostatnio podejmowane zagadnienie zmiany poglądów dotyczących identyfikacji i wyrażania kategorycznych wniosków w opiniach, których zwolennikiem jest m.in. Jerzy Konieczny[6]. Według J. Koniecznego nie ma żadnego naukowego argumentu zmuszającego do przyjęcia zasady indywidualizacji, dlatego ekspert nie powinien opiniować kategorycznie o wspólnym źródle pochodzenia śladów w sytuacji pełnej zgodności materiału porównawczego i dowodowego[7]. Autor monografii, podobnie jak J. Konieczny, wypowiada się pozytywnie o stosowaniu w badaniach pisma metod statystycznych oraz matematycznych. Jednak pewne obawy przed wprowadzeniem takich rozwiązań wynikają z braku odpowiedniego przeszkolenia decydentów procesowych, którym otrzymanie opinii o charakterze niekategorycznym, a przedstawiających skomplikowane wzory i wykresy może utrudnić podejmowanie decyzji procesowych. W dalszym ciągu Autor podkreśla wagę doświadczenia i kwalifikacji biegłych oraz laboratoriów posiadających odpowiednie atestacje i certyfikacje. Wprowadza również pojęcie „wartości badawczej”[8], zdecydowanie odróżniając to pojęcie od wartości dowodowej oraz wymienia kilka klasyfikacji przyczyn błędów popełnianych przez ekspertów. Według Autora, pomimo błędów zdarzających się podczas badań pisma i nie zawsze pochlebnych opinii o wartości wydawanych ekspertyz, nie należy odrzucać metodologicznych podstaw identyfikacji indywidualnej.

W rozdziale III Autor opisuje tradycyjny model ekspertyzy pismoznawczej. Wymienia także inne metody stosowane do tej pory w pismoznawstwie, które przedstawia chronologicznie. Zaprezentowano również zagadnienia związane z metodyką badań pisma ręcznego, a także klasyfikację cech indywidualizujących grafizm oraz podkreślono fakt niemożności zastosowania podziału cech identyfikacyjnych występujących w piśmie na grupowe czy indywidualne w kontekście badań pismoznawczych. Podstawą ustaleń identyfikujących autorstwo badanego grafizmu jest przede wszystkim zespół cech powiązanych ze sobą, mogących występować w różnych układach i wariantach,

---

5 *Ibidem*, s. 87.

6 J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?,* „Państwo i Prawo” 2012, nr 1, s. 11. Opowiada się on za brakiem zasadności podstawowego założenia identyfikacji, które stanowi, że jeżeli dwa ślady są od siebie nieodróżnialne, to zostały wytworzone przez jeden obiekt, czyli dwa ślady niepochodzące od jednego obiektu różnią się od siebie.

7 *Ibidem*, s. 12.

8 M. Goc, *Współczesny model…*, *op. cit.,* s. 91.

a nie pojedyncza cecha dystynktywna. Kolejnym zagadnieniem opisanym przez Autora, jest problem kompletowania, pobierania oraz badania materiału porównawczego gromadzonego przez organy procesowe. Przedstawiona została procedura badań wraz z czynnościami wykonywanymi przez eksperta. Ważną kwestią podjętą także w tym rozdziale jest stosunek doktryny do grafologii. Autor opowiada się przeciwko krytyce grafologii, stwierdzając, że w pewnym stopniu właściwości psychiczne człowieka znajdują odzwierciedlenie w obrazie pisma. Należy jednak krytykować działalność niektórych „ekspertów", którzy w ramach typowych badań graficzno-porównawczych pisma, stosują metody intuicyjne oraz pewne twierdzenia grafologiczne o wątpliwej wartości naukowej. Dalsze rozważania poświęcone zostały metodyce badania podpisów i weryfikacji ich autentyczności. Ważnym elementem badań podpisów oraz zapisów ręcznych jest zwrócenie uwagi na okoliczności i czynniki wpływające na obraz pisma, czyli warunki, w jakich piszący tworzy zapis, oraz pozycję, jaką przyjmuje. Autor poruszył również problem wykonywania badań pismoznawczych w oparciu o kopie dokumentów. Kończąc ten rozdział, Autor zwrócił uwagę na mankamenty tradycyjnego modelu ekspertyzy pismoznawczej, które wpływają na jej wartość, co według niego jest wynikiem ograniczonych możliwości wykonywania precyzyjnych pomiarów.

Rozdział IV w całości poświęcony został przedstawieniu problematyki zastosowania metod komputerowych, jako nowej metodzie badań pisma ręcznego. Nowe techniki zostały opracowane z udziałem Autora monografii i wchodzą w zakres grafometrii i skangrafii komputerowej. Jak zauważa Autor, w przypadku badań rękopisów nie jest możliwe „[…] ścisłe, metrologicznie i statystycznie uzasadnione oszacowanie niepewności pomiaru"[9]. Wiąże się to z pojęciem subiektywizmu przejawiającego się w ocenie rezultatów badań. Współcześnie stosowane metody pomiarowe opierają się na metodzie grafometrycznej opracowanej przez Edmonda Locarda. Polega ona na badaniu cech mierzalnych pisma, co niestety wiąże się z czasochłonnym dokonywaniem pomiarów i dlatego ta metoda nie jest zbyt często stosowana. To skłoniło naukowców do poszukiwania kierunku umożliwiającego udoskonalenie metody graficzno-porównawczej poprzez wprowadzenie zobiektywizowanych metod badawczych w identyfikacji pisma, takich jak ulepszenie metod pomiarowych i statystycznych, które mogą być zastosowane w grafometrii komputerowej. Efektem poszukiwań było stworzenie specjalistycznych programów komputerowych umożliwiających łatwiejsze wykorzystanie metod pomiarowych do badań zespołów cech graficznych, które do tej pory nie były wykorzystywane w analizie grafizmu (np. niektóre cechy motoryczne, jak cieniowanie pisma).

[9] *Ibidem*, s. 235.

Do badań wykorzystuje się komputer, który jest wyposażony w odpowiednie analityczne oprogramowanie. Autor prezentuje różne programy, dzieląc je na takie, które mają pomagać ekspertowi w analizie i dokumentowaniu wybranych cech pisma (np. GRAPHLOG czy SCANGRAF), oraz na takie, które mają służyć do identyfikacji autora zapisu (np. GRAFOTYP, RAYGRAF, KINEGRAF). Przedstawiono również inne programy, które wykorzystywano w badaniach pisma, poczynając od pierwszego w Polsce programu komputerowego stworzonego w Instytucie Ekspertyz Sądowych w Krakowie o nazwie GRAPHLOG, następnie opisano działanie i zastosowanie programów takich jak: CEDAR-FOX, MAGRAS, FISH oraz WANDA, jako udoskonalenie sytemu FISH. Autor jednak w najszerszym zakresie opisuje nowoczesne techniki komputerowe opracowanie w ramach wspólnego projektu badawczo-rozwojowego, w którym udział brało Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne oraz Uniwersytet Warszawski. Cały pakiet programowy nosi nazwę GLOBALGRAF, a w jego skład wchodzą takie programy jak: GRAFOTYP, RAYGRAF, KINEGRAF oraz SKANGRAF. Następnie Autor opisał działanie tych programów, wskazując, jakie właściwości pisma pozwalają zbadać, jakich obliczeń dokonują i za pomocą jakich współczynników oraz jak wyglądają procedury badania pisma w danym programie. Program GRAFOTYP, który służy do weryfikacji strukturowych oraz wielkościowych cech pisma, jest bardzo przydatny do weryfikacji pisma maskowanego, a także pozwala na dokonanie pomiarów wyznaczonych odcinków z dokładnością do 0,01 mm. Istnieje pewne ryzyko popełnienia błędów, których przyczyną może być zarówno działanie eksperta, jak i sprzętu, na którym pracuje. Dlatego w przypadku tego programu określono tolerancję błędu, która dla współczynników kształtów wynosi ± 1,5%, natomiast dla współczynników zgodności grafotypów ± 2%[10]. W przypadku pozostałych programów nie określono tolerancji błędów w pomiarach. Kolejnym programem przedstawionym w ramach tego rozdziału jest program RAYGRAF, który służy do weryfikacji strukturalno-geometrycznych cech pisma (długość i szerokość wybranych elementów graficznych czy kąt ich nachylenia). Z kolei program KINEGRAF wykorzystywany jest do weryfikacji cech kinetyczno-geometrycznych pisma, bazuje na parametrach grafometrycznych, takich jak współczynnik podobieństwa kinetyczno-geometrycznego oraz współczynnik wartości identyfikacyjnej. Program SCANGRAF umożliwia wizualizację motorycznych cech pisma dzięki wyeksponowaniu w trakcie cyfrowej analizy barwometrycznej (przekształcaniu próbek) miejsc o największym nasyceniu środka kryjącego, stosując przy

[10] *Ibidem*, s. 250. Wskazane parametry (współczynniki) zostały specjalnie opracowane na potrzeby tego programu komputerowego.

tym zjawisko inwersji lub konwersji. Wynika to z założenia, że podczas odruchu pisarskiego zmienia się siła kreślenia, a zarazem nacisk środka piszącego na podłoże (tzw. zjawisko „cieniowania"), co w efekcie daje w niektórych miejscach mocniejsze, a w innych słabsze nasycenie linii pisma. Zadaniem tego programu jest wychwycić miejsca jaśniejsze i ciemniejsze w badanych próbkach oraz porównać je ze sobą. Autor w dalszych częściach rozdziału prezentuje perspektywy rozwoju metod komputerowych, które zmierzają w dwóch kierunkach: jeden w dalszym ciągu będzie dotyczył adaptacji oraz efektywniejszego wykorzystania metod grafometrycznych w badaniach komputerowych, a drugi będzie miał na celu poznanie nowych obszarów badawczych, do tej pory niewykorzystywanych w klasycznej metodzie badań pisma, co umożliwi wykorzystanie skangrafii komputerowej. Stanowi ona grupę nowych, nieklasycznych metod, które dotyczą przede wszystkim analiz barwometrycznych badanych zapisów. Aktualnie trwają prace nad stworzeniem nowych programów komputerowych wykorzystujących tę metodę. Przygotowano nawet w ramach projektu rozwojowego, prowadzonego we współpracy Uniwersytetu Warszawskiego, Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego oraz Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji, pewne założenia teoretyczne dotyczące funkcjonowania tych programów. Programy te noszą nazwy: BARWOSKAN, PROFILOSKAN, LINIOGRAF oraz CENTROGRAF. Ponadto, Autor zaprezentował katalog cech pisma wraz z propozycjami uzupełnień o nowe parametry, które zastosowano podczas opracowywania innowacyjnych technik komputerowych. Katalog ten bazuje na istniejącym już „Katalogu graficznych cech pisma ręcznego", uzupełnionego i od 2007 roku stanowiącego część opracowanego i dostępnego na stronie internetowej *Słownika terminów pismoznawczych* powstałego pod redakcją A. Koziczak i M. Owoca. Autor optymistycznie wypowiada się na temat zastosowania tego typu technik, podkreślając fakt, że mogą one wzbogacić metodę graficzno-porównawczą i podnieść jakość ekspertyzy pismoznawczej, a szczególnie przydatne okazują się w analizie podpisów. Zaprezentował on wykorzystanie programów z pakietu GLOBALGRAF w praktyce eksperckiej, prezentując liczbę ekspertyz wykonywanych z użyciem tego pakietu w latach 2010–2013. Najszersze zastosowanie tego typu techniki znalazł w badaniach wykonywanych przez Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne, jak i w tych, które Autor monografii wykonywał jako biegły sądowy. W rezultacie prowadzonych badań ankietowych i analiz okazało się, że najczęściej stosowanym programem był SCANGRAF, a najrzadziej KINEGRAF, oraz że w zdecydowanej większości spraw uzyskano rozstrzygnięcia kategoryczne. Wyniki uzyskiwane podczas badań komputerowych przedstawione w formie graficznej i tekstowej (liczbowej) w dużo lepszy i bardziej obiektywny sposób obrazują procedury

badawcze i stanowią ważny składnik ekspertyzy pismoznawczej. Autor zdecydowanie podkreśla fakt, że te nowe techniki i metody są jedynie narzędziem w rękach eksperta i na pewno nie mogą go zastąpić, więc w dalszym ciągu jakość i rzetelność przeprowadzonych badań będzie zależeć tylko i wyłącznie od doświadczenia, wiedzy oraz umiejętności eksperta prowadzącego badania pisma ręcznego.

Rozdział V monografii poświęcony został omówieniu zagadnienia metodyki i techniki badań chronologicznych zapisów na dokumentach, gdzie wykonuje się analizy wieku względnego dokumentu polegającej na wykazaniu, które elementy zostały naniesione w tym samym czasie, a które nie, oraz jaka była kolejność ich powstawania. Przedmiotem analiz eksperckich jest badanie kolejności krzyżujących i niekrzyżujących się linii zapisów, za pomocą różnolitych metod, których Autor jest pomysłodawcą i współtwórcą, np.: metody spektroskopii, która posłużyła do badań układów krzyżujących się grafizmów, wykonywanych za pomocą różnych materiałów kryjących i sposobów nanoszenia (odbitki pieczątek, zapisy ręczne wykonane długopisem, wydruki komputerowe). W przypadku kryminalistycznych badań zapisów niekrzyżujących się przydatna okazuje się m.in. technika mikroskopowa 3D, którą wykorzystuje się do analizy właściwości strukturalnych linii graficznej, czy również metoda spektroskopii ramanowskiej będąca techniką pomiarową pozwalającą na identyfikację substancji chemicznych oraz właściwości fizykochemicznych tych substancji. W ten sposób dokonać można analizy właściwości fizyko-optycznych drobin tonera w przypadku badań wydruków komputerowych. Autor pochlebnie wypowiada się o zastosowaniu nowoczesnej technologii mikroskopii badawczej, która umożliwia uzyskanie wyrazistszych obrazów trójwymiarowych i lepsze poznanie mikrostruktur badanych obiektów, co do tej pory nie stało na tak zaawansowanym poziomie i rzadko było uwzględniane w badaniach pisma.

W zakończeniu monografii Autor podsumował dotychczasowe rozważania na temat ekspertyzy pismoznawczej. Istotną kwestią, na którą zwraca uwagę, jest problem niedostatecznego wyszkolenia i przygotowania zawodowego ekspertów z zakresu pismoznawstwa oraz potrzeba uregulowania całego systemu prawnego dotyczącego powoływania i funkcjonowania biegłych sądowych, łącznie z uregulowaniem kwestii tzw. instytucji specjalistycznych oraz naukowych. W dalszej części Autor, ponownie podkreślając, że nie ma podstaw do kwestionowania naukowości ekspertyzy pismoznawczej, powołuje się na spełnienie przez badania pismoznawcze kryteriów standardu Dauberta. Jednak decydującym miernikiem wartości identyfikacyjnej opinii pismoznawczej nie są naukowe podstawy, a przede wszystkim wartość dia-

gnostyczna, która jest oparta na stosunku błędnych ustaleń badawczych do prawidłowych. Potrzeba więc dalszych badań, aby w jak największym stopniu eliminować przyczyny pojawiania się błędnych wniosków. Taką możliwość, według Autora, dają opisane w pracy nowoczesne programy komputerowe, które umożliwiając głębszą analizę jakościową i ilościową, podnoszą wartość naukową ekspertyzy.

W mojej ocenie, recenzowana monografia stanowi spójną i przemyślaną całość, w której da się zauważyć pewną nieprzypadkową kolejność rozważań i uporządkowany sposób prezentowania zagadnień. W dobie rozwijającej się techniki i postępującej komputeryzacji, brak zainteresowania możliwością wykorzystywania rozwoju nauki byłoby wręcz marnotrawstwem. Dlatego bardzo pozytywnie oceniam próbę opracowania takich programów, które mogłyby posłużyć jako wzbogacenie wartości ekspertyzy pismoznawczej bazującej na metodzie graficzno-porównawczej. Programy, stworzone na użytek badań pismoznawczych, pochodzące z pakietu GLOBALGRAF, zostały dokładnie i rzetelnie zaprezentowane przez Autora, który opisał ich działanie oraz całą procedurę posługiwania się nimi. Faktem jest, że te programy, wykorzystując lepiej i precyzyjniej opracowane metody pomiarowe, pozwalają na szybsze i być może bardziej efektywne przeprowadzanie badań, szczególnie jeśli chodzi o wykorzystywanie do tej pory niezbyt popularnej metody grafometrycznej. Zgodnie z pewnym kanonem dążenia do obiektywizacji metod badań, taki kierunek wydaje się słuszny, jednak należy pamiętać, iż nadal taki program stanowi jedynie narzędzie pracy w ręku eksperta, co zresztą niejednokrotnie Autor podkreślał, więc poziom subiektywizacji wyników badań nie zostanie zbytnio zminimalizowany. Ponadto, zostały przedstawione tylko i wyłącznie zalety korzystania z tych programów, więc wnioskować można, że to jedynie postępowanie eksperta stwarzać może ryzyko wystąpienia błędu w trakcie badań, a to z kolei rzutować może na jakość opinii. Można by się zastanawiać, czy przekonanie o odrzuceniu teorii o braku kategorycznego charakteru pismoznawczych opinii końcowych, które powstały z zastosowaniem metod komputerowych, jest do końca słuszne. Czy można wydawać opinię kategoryczną, jeśli nie zna się wad danej metody? Zmiany, jakie powinny nastąpić w tym zakresie, wiązałaby się z rewizją i gruntowną zmianą szkolenia zarówno przyszłych ekspertów, jak i decydentów procesowych, a także położenia większego nacisku na stosowanie różnorodnych obliczeń matematycznych w sytuacji wykonywania badań. Jednak prawdą jest, że prawdopodobnie obecny system nie jest gotowy na przyjęcie nowych rozwiązań. Aczkolwiek metody obliczeń i stworzenie pewnych nowych parametrów wykorzystywanych w trakcie badań komputerowych, opracowanych z udziałem Autora,

w dużej mierze stanowią swoiste poparcie dla poglądów o zwiększeniu znaczenia stosowania metod pomiarowych. Również warto zwrócić uwagę na sposób wyrażania opinii, co wiąże się z subiektywnym przekonaniem eksperta o stanowczości i indywidualności własnego wniosku. Jeśli już ekspert wyraża opinię o charakterze kategorycznym, powinna ona zostać poprzedzona odpowiednim wykładnikiem leksykalnym, jak np. „ uważam, że…" lub „w mojej opinii…". Postępowanie w taki sposób może wpłynąć na właściwszy odbiór takiej opinii przez organ procesowy, co być może wiązać się będzie z oceną przydatności owej ekspertyzy pod kątem dowodowym. Ma to związek z problemem kategorii i czynników, przez których pryzmat decydent procesowy powinien oceniać otrzymaną ekspertyzę z zakresu pismoznawstwa. Niestety, Autor nie nawiązał do tego zagadnienia, które jednak warte jest uwagi i szerszej dyskusji.

Z kolei kwestia niemożności zastosowania podziału cech identyfikacyjnych na grupowe czy indywidualne w kontekście badań pisma również wymaga zastanowienia. Autor zdecydowanie zgadza się z częścią środowiska, która odrzuca taki podział cech w kontekście identyfikacji kryminalistycznej na podstawie śladu pisanego. Owszem, w przypadku cech identyfikacyjnych indywidualnych można się zgodzić z argumentem, że to tylko pewien zespół cech jednostokowych może wskazywać na autorstwo badanego grafizmu, a nie rzadka pojedyncza cecha dystynktywna. Ale w przypadku cech grupowych można wyznaczyć pewien krąg osób, które, ze względu na pewne cechy grafizmu, można zidentyfikować i przypisać do określonej grupy rozpatrywanej pod kątem wieku, płci czy wykształcenia. Podobnie jeśli chodzi o identyfikację w przypadku śladów graficznych pochodzących od tej samej osoby należałoby posługiwać się pojęciem jednorodności śladu, na co Autor nie zwrócił uwagi. Został również pominięty problem potrzeby ujednolicenia oraz poprawności stosowania odpowiedniej nomenklatury w zakresie badań pismoznawczych.

Zaletą monografii jest bardzo bogata bibliografia oraz liczne ilustracje i fotogramy przedstawiające wyniki badań. Autor przywołuje różne opinie dotyczące danego zagadnienia, co daje czytelnikowi możliwość ustosunkowania się do wybranego przez siebie poglądu.

W wielu miejscach pracy podkreślono istotność poziomu kwalifikacji, wiedzy czy doświadczenia eksperta wykonującego badania rękopisów. Ekspertyza z zakresu pismoznawstwa jest niezwykle subiektywną opinią, więc na jej jakość i wartość jako dowód przekłada się wiele czynników tak naprawdę związanych z osobą eksperta. Dążenie do obiektywizacji badań w tym przypadku będzie trudne. Jednak wprowadzanie nowych metod pomiarowych

i statystycznych być może pozwoli na wyeliminowanie w jakimś stopniu czynnika subiektywizacji. Przyczyn błędów nie da się zupełnie wyeliminować, ponieważ wiele zależy od predyspozycji psychofizycznych eksperta. Przede wszystkim należy położyć większy nacisk na szkolenie i kształcenie przyszłych ekspertów, których kompetencje i umiejętności będą regularnie weryfikowane, aby zapewnić wysoki poziom efektów badań. Niewątpliwie, dążenie do zmian, ulepszeń oraz poprawy jakości ekspertyzy pismoznawczej jest kierunkiem pożądanym w dzisiejszych czasach. I być może opracowane techniki i programy komputerowe dają taką możliwość. Jednakże w dalszym ciągu najważniejszą rolę odgrywać będzie czynnik ludzki, zatem nawet najlepsze i najnowocześniejsze programy nie zapewnią rzetelnych badań, jeśli zastosowane zostaną przez niewykwalifikowanego eksperta. Jednak monografia jest warta przeczytania między innymi ze względu na opisaną bogatą tematykę oraz wskazanie potrzeby ulepszania aktualnie stosowanej metody graficzno-porównawczej.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 229–232 (2015)

Sabina Kubas
mgr, Uniwersytet Rzeszowski

Ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Unia Europejska a prawo międzynarodowe". Zjazd katedr i zakładów prawa międzynarodowego, publicznego i prawa europejskiego, Baranów Sandomierski, 13–15 maja 2015 r.

W dniach 13–15 maja 2015 roku Zakład Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego wspólnie ze Stowarzyszeniem Prawa Międzynarodowego (ILA) Grupa Polska zorganizował ogólnopolską konferencję naukową na temat relacji zachodzących między prawem Unii Europejskiej a prawem międzynarodowym. Zarówno konferencja, jak i zjazd katedr, połączone były z 40-leciem pracy naukowej i dydaktycznej dr hab. Elżbiety Dyni, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego, kierownika Zakładu Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego. W konferencji uczestniczyli pracownicy naukowi zajmujący się dyscypliną prawa międzynarodowego zarówno publicznego, jak i prywatnego oraz prawa europejskiego, a także doktoranci przygotowujący rozprawy doktorskie w tejże dziedzinie.

Uroczystego otwarcia oraz rozpoczęcia konferencji dokonała dr hab. Elżbieta Dynia, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego, witając znakomitych gości oraz dziękując za tak liczne uczestnictwo.

Program konferencji obejmował trzy dni. Każdy z nich został podzielony na kilka sesji naukowych kończących się licznymi pytaniami do prelegentów oraz zagorzałą dyskusją. Referenci zwracali uwagę zarówno na kwestie ogólne związane z prawem Unii Europejskiej, wdrożeniem prawa unijnego do prawa polskiego, jak i na kwestie szczegółowe, analizując wybrane dyrektywy UE. Podnoszono zarówno problemy o charakterze teoretycznym, jak i praktycznym. Pierwszy panel otworzył prof. dr hab. Andrzej Wróbel z referatem *Procedury prejudycjalne a dialog sędziowski (w perspektywie akcesji*

UE do Konwencji). Panel ten zawierał niezwykle rozbudowaną problematykę zarówno z zakresu prawa międzynarodowego, jak i prawa europejskiego. Mówiono o Unii Europejskiej w aspekcie międzynarodowego prawa konsularnego (dr hab. Paweł Czubik, prof. UJ i UEK,), a także zwracano uwagę na relację między europejskim systemem praw człowieka (Karta Praw Podstawowych) a Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (mgr Krystyna Warylewska, Uniwersytet Gdański) czy wzajemnych relacji dwóch trybunałów (dr Agnieszka Grzelak, SGH). O konstytucjonalizmie europejskim w obliczu kryzysu wspominali w swoim referacie dr hab. Danuta Kabat-Rudnicka (UEK) i prof. dr hab. Zbigniew Rudnicki (Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie). Przedstawiono także problematykę pomocy humanitarnej w perspektywie działalności i funkcjonowania Unii Europejskiej (dr hab. prof. nadzw. SGH Anastazja Gajda) oraz analizę orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie zróżnicowanego wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn (dr Monika Domańska, PAN). Dr Paweł Filipek (UJ) odniósł się do Rady Europy, a właściwie jej konwencji zawierających klauzule rozłączności UE.

Pierwszy dzień obrad zakończył się uroczystą kolacją, na której uczestnicy, w związku z 40-leciem pracy naukowo-dydaktycznej dr hab. Elżbiety Dyni, prof. UR, pragnęli złożyć serdeczne podziękowania za dotychczasową pracę oraz życzenia dalszych sukcesów zarówno w życiu zawodowym, jak i prywatnym. Swoją obecnością zaszczycił również Rektor Uniwersytetu Rzeszowskiego, prof. dr hab. Aleksander Bobko, wspominając wspaniałe lata pracy z Jubilatką oraz dziękując za tak ogromny wkład zarówno naukowy, jak i dydaktyczny w rozwój Uniwersytetu Rzeszowskiego.

W drugim dniu obrad rozważano między innymi kwestię umów stowarzyszeniowych UE z Państwami Partnerstwa Wschodniego czy relacje między Ukrainą a UE (dr Magdalena Słok-Wódkowska [UW], mgr Ivanna Kolisnyk [Akademia L. Koźmińskiego w Warszawie], dr Adrianna Kalicka-Mikołajczyk [UWr]). Problemem nowych państw członkowskich w systemie bezpieczeństwa UE zajął się prof. dr hab. Jerzy Menkes (Szkoła Głowna Handlowa w Warszawie). O polskiej perspektywie na Rozporządzenia Dublin II i Dublin III wspomniała dr hab. prof. Uniwersytetu w Białymstoku Mieczysława Zdanowicz. Dr Edyta Lis (UMCS) zajęła się kwestią współpracy UE z ONZ w dziedzinie utrzymania pokoju i bezpieczeństwa. Z kolei o bezpieczeństwie ekologicznym w świetle zasad prawa międzynarodowego i postanowień UE i OBWE napisał i zaprezentował dr Marian Banach (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego). W tym dniu swoje wystąpienia mieli również dr Joanna Ryszka (UO) z referatem nt. partnerów społecznych i ich

roli w realizacji swobód rynku wewnętrznego UE oraz dr Marcin Sokołowski (Uniwersytet A. Mickiewicza w Poznaniu), przedstawiający problematykę obywatelstwa UE na tle strategii Europa 2020. O wielości roszczeń do władzy konstytucyjnej, czyli o stosunku prawa UE do międzynarodowego porządku prawnego wspominał dr hab. Robert Grzeszczak, prof. nadzw. UW, a o wpływie Unii Europejskiej na podmiotowość w prawie międzynarodowym dr hab. prof. nadzw, UwB Maciej Perkowski. Prawo UE jako *self-contained regime* prawa międzynarodowego to ciekawa problematyka poruszona przez dr Michała Stępnia (UEWr).

Po zakończeniu tego panelu rozpoczęto zagorzałą dyskusję, w której uczestnicy kierowali swoje uwagi oraz pytania do referentów. Dotyczyły one zarówno kwestii teoretycznych, związanych z poruszanymi aktami prawnymi, jak i kwestii praktycznych, mających odniesienie do konkretnych przykładów, które przedstawiali prelegenci.

W tym dniu uczestnicy mieli okazję wziąć udział w zorganizowanej wycieczce do Sandomierza, dzięki której mogli zasięgnąć informacji na temat tego miasta oraz jego historii, a to wszystko dzięki przewodnikowi, który starał się odpowiadać na każde z zadawanych pytań. Dzień ten zakończył się biesiadą staropolską, dzięki której uczestnicy mogli nawiązać nowe kontakty oraz wymieniać wzajemne poglądy na tematy związane nie tylko z problematyką przedstawianą podczas paneli naukowych.

Ostatni dzień konferencji wypełniony był wystąpieniami poświęconymi analizie konkretnych dyrektyw UE (dr Ewa Kamarad [UJ] i dr Robert Śliwa [UEK]). O Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej jako następczyni prawnej Euroazjatyckiej Wspólnoty Gospodarczej wspominał mgr Paweł Szewczyk (UO). Nie zabrakło w konferencji „czynnika dydaktycznego" z uwagi na zjazd katedr i zakładów. O nauczaniu o Unii Europejskiej mówili dr hab. Brygida Kuźniak z UJ (rosyjskie nauczanie) i dr Marcin Marcinko z UJ (amerykańskie nauczanie). Odpowiedzialność pozaumowna agencji zdecentralizowanych UE to temat wystąpienia dra hab. Marka Zielińskiego (UŚ), a do zasady skuteczności prawa UE będącej podstawą wytworzenia środka prawnego w prawie krajowym nawiązał mgr Łukasz Stępkowski (UWr).

Konferencja zgromadziła zarówno teoretyków, jak i praktyków prawa pochodzących z wszystkich ośrodków akademickich – z Warszawy (Uniwersytet Warszawski, Akademia L. Koźmińskiego, Szkoła Głowna Handlowa), Krakowa (Uniwersytet Jagielloński, Uniwersytet Ekonomiczny, Uniwersytet Pedagogiczny, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), Lublina (Uniwersytet im. Marii Curie-Skłodowskiej, Katolicki Uniwersytet Lubelski), Uniwersytetów z Wrocławia, Białegostoku, Bydgoszczy, Łodzi, Gdańska, Szczecina, Poznania, Katowic i Opola.

Podsumowania obrad dokonała dr hab. Elżbieta Dynia, prof. Uniwersytetu Rzeszowskiego, dziękując uczestnikom za tak liczny udział i bogactwo merytoryczne prezentowanych referatów.

Z kolei przewodniczący ILA – Grupy Polskiej, pod której patronatem odbywała się konferencja, prof. dr hab. Jerzy Menkes zapowiedział, że wszystkie referaty zostaną opublikowane w specjalnym wydawnictwie w formie Księgi Pamiątkowej poświęconej Jubileuszowi 40-lecia pracy naukowej i dydaktycznej pani prof. dr hab. Elżbiety Dyni. Księga ta wręczona została Jubilatce uroczyście podczas posiedzenia ILA – Grupy Polskiej w Warszawie.

Frekwencja podczas konferencji utwierdziła organizatorów w przekonaniu, że tego typu wydarzenia są niezwykle cenną lekcją prawa, a dyskusja po spotkaniu stanowiła inspirację do organizowania w przyszłości kolejnych konferencji naukowych, będących niezwykle ważnym elementem w rozwoju nauki polskiej.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 233–236 (2015)

Elżbieta Jabłońska
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Instrumentalne i nieinstrumentalne metody detekcji nieszczerości – aktualne kierunki badań i uwarunkowania prawne", Rzeszów 11–12 grudnia 2015 r.

W dniach 11–12 grudnia 2015 roku w Wyższej Szkole Prawa i Administracji Rzeszów–Przemyśl w Rzeszowie odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Instrumentalne i nieinstrumentalne metody detekcji nieszczerości – aktualne kierunki badań i uwarunkowania prawne". Konferencja została zorganizowana wspólnie z Polskim Towarzystwem Badań Poligraficznych w ramach obchodów jubileuszu 20-lecia szkoły.

W konferencji wzięły udział osoby zainteresowane problematyką detekcji nieszczerości, w tym: eksperci z zakresu badań poligraficznych, sędziowie, prokuratorzy, adwokaci, pracownicy naukowi, funkcjonariusze Policji, Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służby Celnej oraz Służby Więziennej.

Przybyłych gości przywitał i przedstawił prof. nadzw. dr hab. Czesław Kłak oraz Prezes Polskiego Towarzystwa Badań Poligraficznych Marcin Gołaszewski. Uroczystego otwarcia konferencji dokonał JM Rektor WSPiA prof. nadzw. dr hab. Jerzy Posłuszny.

Referat inauguracyjny wygłosiła dr hab. Katarzyna Kłak prof. WSPiA Rzeszów–Przemyśl, pt.: *Badania poligraficzne a Konstytucja RP*, w którym podjęła problem godności człowieka i jej znaczenia w badaniach poligraficznych. Podkreśliła, że „godność nie może być odebrana przez złe zachowanie, ponieważ jest niezbywalna, niezwartościowana – nie można się jej zrzec".

Sesję I rozpoczął prof. dr hab. Jan Widacki z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego referatem na temat *Konsekwencji postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2015 r. dla badań poligraficz-*

nych w polskim procesie karnym. Profesor podkreślił, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego badanie poligraficzne ma być nie tylko wykonaną poza przesłuchaniem ekspertyzą, ale nie może być substytutem przesłuchania. Dla Sądu Najwyższego „dowód pomocniczy", jakiego dostarcza badanie poligraficzne, to „dowód pośredni". Badanie poligraficzne, jako dowód pośredni (pomocniczy) nie służy wprost do weryfikacji dowodu bezpośredniego, tworzy jedynie kontekst, w którym oceniane mogą być także dowody bezpośrednie.

Następnie dr hab. Czesław Kłak prof. WSPiA w Rzeszowie wygłosił referat na temat *Badań poligraficznych w znowelizowanej procedurze karnej*. Przedstawił znowelizowany model rozprawy głównej, a także zaprezentował, na czym będzie polegało zwiększenie kontradyktoryjności. Przypomniał, że rolą Sądu nie będzie zbieranie dowodów, ale ocena materiału dowodowego, dlatego Sąd nie będzie mógł zrobić nic w sytuacji, gdy strona nie powoła jakiegoś dowodu. Referent zaakcentował, że mimo kontradyktoryjności, opinię, w rozumieniu k.p.k., dostarcza tylko biegły powołany przez organ procesowy. Prywatna opinia, dostarczona przez stronę, pozostanie jedynie nieformalnym dokumentem.

Kolejny prelegent – dr hab. Ryszard Jaworski, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego zaprezentował referat pt.: *Wnioskowanie prawnicze z wyników testów poligraficznych*. W swoim referacie wyjaśnił, dlaczego w Polsce bardzo rzadko korzysta się z badań poligraficznych (niski poziom wiedzy organów procesowych, słaby poziom ekspertyzy itp.).

Następny referat przedstawiła mgr Karolina Dukała oraz dr hab. Romuald Polczyk z Instytutu Psychologii Uniwersytetu Jagiellońskiego, zatytułowany: *Nieinstrumentalne metody detekcji nieszczerości zeznań – skuteczność używania wskazówek werbalnych i niewerbalnych przez policjantów*. Krakowscy naukowcy przedstawili wyniki swoich badań przeprowadzonych na grupie policjantów i laików. Efekty badań nie wykazały różnic w trafności detekcji kłamstwa dokonanej przez członków obu grup badawczych.

Sesję I zakończył mgr Marcin Gołaszewski, ABW, referatem pt.: *Aktualne kierunki badań nad metodami detekcji nieszczerości – wnioski po konferencjach międzynarodowych w Cambridge i Chicago*.

Sesję II, po przerwie obiadowej, rozpoczął konsultant Straży Granicznej, dr inż. Łucjan Wiśniewski. Prelegent przedstawił referat pt.: *Początki badań poligraficznych (wariograficznych) w sprawach kryminalnych w okresie PRL*, w którym przedstawił pokrótce historię badań poligraficznych stosowanych przed 1990 rokiem w naszym kraju.

Współczesne badania poligraficzne w Polsce to temat referatu przygotowanego przez doktorantkę Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Annę Szubę-Boroń. W pracy przedstawiono pola wykorzystania badań poli-

graficznych w praktyce, w szczególności w postępowaniach kwalifikacyjnych i kontrolnych większości służb policyjnych i specjalnych (badania przedzatrudnieniowe i kontrolne), a także w sprawach kryminalnych, z uwzględnieniem styczniowego orzeczenia Sądu Najwyższego dotyczącego badań poligraficznych.

Kolejnym referentem była doktorantka Wydziału Psychologii Uniwersytetu SWPS w Warszawie mgr Agnieszka Leszczyńska. Przedstawiła referat na temat: *Poligraf jako narzędzie zewnętrznej kontroli zachowań parafilnych*. Autorka zaprezentowała w nim możliwości wykonywania badań poligraficznych w odniesieniu do przestępstw seksualnych, m.in. kontrolowania tą metodą postępów terapii prowadzonej w zakładzie karnym.

Następnie głos zabrał ponownie prof. dr hab. Jan Widacki, który w swoim kolejnym wystąpieniu mówił o *GSR i jego odkrywcy*. Profesor przedstawił odruch skórno-galwaniczny jako jeden z najlepszych wskaźników w badaniach poligraficznych. Opowiedział również o współodkrywcy odruchu skórno-galwanicznego, Iwanie Tarchanowie, który w 1890 r. odkrył, że pod wpływem bodźców emocjonalnych zmienia się wartość różnicy potencjałów mierzonych w dwóch różnych punktach skóry ludzkiej, połączonych za pomocą galwanometru, bez stosowania zewnętrznego źródła napięcia. Prelegent przypomniał także o związku Tarchanowa z Polską, bowiem Tarchanow był nauczycielem wielkiego polskiego fizjologa Napoleona Cybulskiego. Po 1905 r. przyjechał do Galicji z zamiarem osiedlenia się na stałe, wybudował dom pod Krzeszowicami, gdzie zmarł w 1908 r.

Sesję II zakończyli mgr Anna Czupryna z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, doktorantka Wydziału Prawa, i dr hab. Marek Leśniak referatem pt.: *Wpływ świadomego zakłócania przebiegu badania poligraficznego na trafność testów CIT*. Prelegenci przedstawili sposoby fizyczne i mentalne zakłócania przebiegu badań, które wpływają na trafność odpowiedzi (np. napinanie mięśni, zmianę oddechu przez manipulację nim). Próby bardziej spontaniczne nie są skuteczne.

Pierwszy dzień obrad zakończony został dyskusją. Młoda kadra naukowa i zaproszeni goście mogli z posłuchać rozmów jednych z najlepszych polskich prawników oraz najlepszych polskich specjalistów z zakresu badań poligraficznych.

Drugi dzień konferencji i sesję III rozpoczął mł. insp. w st. spoczynku mgr Andrzej Bodzioch z WSPiA Rzeszów–Przemyśl referatem pt.: *Badania poligraficzne w postępowaniu przygotowawczym*, w którym omówił praktyczne aspekty stosowania poligrafu w śledztwie.

Grzegorz Maciejowski, referent SSO w Rzeszowie, w swoim wystąpieniu opowiedział o *Przesłuchaniu biegłego z zakresu badań poligraficznych w po-*

stępowaniu sądowym. Podniósł, że poligraf stosowany jest bardzo rzadko, a jest to spowodowane niskim poziomem wiedzy o badaniu poligraficznym u prawników (sędziów, prokuratorów, adwokatów, oficerów śledczych) mimo nakazu permanentnego podnoszenia kwalifikacji. Brak zaufania do tej metody wynika głównie z braku wiedzy na temat wartości diagnostycznych tych dowodów. Nadto poziom umiejętności ekspertów jest bardzo zróżnicowany i nie podlega w naszych warunkach żadnej kontroli.

Ostatni referat wygłoszony na konferencji zaprezentował biegły, prelegent Edward Lewandowski, na temat *Badania z wykorzystaniem poligrafu a zasady taktyki kryminalistycznej*. W referacie podzielił się dość kontrowersyjnymi propozycjami ulepszania metodyki badań poligraficznych, co wytknięto mu w dyskusji.

Drugiego dnia konferencji chętni mieli możliwość zwiedzić budynek uczelni, w tym także dobrze wyposażone laboratorium kryminalistyczne.

Lista recenzentów

W roku 2015 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów" opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

Tadeusz Biernat, dr hab.
Michał Chajda, dr
Adam Doliwa, dr hab. prof. UwB
Anna Frątczak, dr
Regina Garcimartin-Montero, prof.
Anna Golonka, dr hab. prof. UR
Piotr Horosz, dr hab. prof. PŚl
Dariusz Kasprzycki, dr
Anna Machnikowska, dr hab. prof. UG
Jacek Mazurkiewicz, dr hab. prof. UWr
Krzysztof Prokop, prof. dr hab.
Maciej Rzewuski, dr
Piotr Stec, dr hab. prof. UO
Jerzy Stelmach, prof. dr hab.
Jan Widacki, prof. dr hab.
Tadeusz Widła, prof. dr hab.