

The background is a solid olive green color. It features several organic, torn-paper-like shapes in a lighter shade of olive green. One large shape is at the top left, another is at the bottom right, and a third is on the left side. A vertical band of small white dots is on the left side, extending from the middle to the bottom. A white rectangular frame is positioned in the upper right quadrant, containing the main title and subtitle.

co do zasady. studia i analizy prawne

1 | 2021 PÓŁROCZNIK

co do zasady. studia i analizy prawne

1 | 2021 PÓŁROCZNIK

Kolegium redakcyjne

dr Przemysław Szymczyk, redaktor naczelny
dr Maciej Kiełbowski, z-ca redaktora naczelnego

Redakcja językowa

Justyna Zandberg-Malec, Joanna Gonczarow

Rada Naukowa

prof. Alexander Bělohávek, prof. Elżbieta Chojna-Duch, prof. Lech Garlicki, prof. Tomasz Giaro, prof. Roman Hauser, prof. Carlos Flores Juberías, dr hab. Tomasz Koncewicz (prof. UG), prof. Bertrand Mathieu, prof. Witold Modzelewski, prof. Fryderyk Zoll

Zespół recenzentów

prof. Jan Barcz, prof. Andrzej Kidyba, prof. Elżbieta Kornberger-Sokołowska, prof. Adam Łazowski, prof. Zygmunt Niewiadomski, prof. Gertruda Uścińska, prof. Jerzy Zajadło, dr hab. Jarosław Grykiel (prof. UAM), dr hab. Michał Krakowiak (prof. UŁ), dr Adam Błachnio, dr Wiktor Klimiuk, dr Marta Kozłowska, dr Olga Piaskowska, dr Piotr Piesiewicz, dr Beata Rogalska, dr Mateusz Tchórzewski, dr Radosław Wiśniewski

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian redakcyjnych w nadsyłanych tekstach, w tym skracania ich, zmiany tytułów, umieszczania śródtytułów, redukcji liczby przypisów, jak również wprowadzania poprawek merytorycznych i stylistycznych. Opracowań niezamówionych redakcja nie zwraca. Z chwilą przekazania tekstu do redakcji Autor przenosi wyłączne prawo do jego publikacji (prawa autorskie i wydawnicze) na wydawcę. Wymogi redakcyjne wobec Autorów, zasady recenzowania opracowań oraz warunki prenumeraty są dostępne na stronie: www.codozasady.pl/studia-analazy.

Co do zasady. Studia i analizy prawne **In principle. Legal studies and analyses**

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

ISSN 2658-0098
Nakład: 200 egz.

Wydawca

WIW Services
Al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa
Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00
e-mail: redakcja@wardynski.com.pl

wardynski.com.pl
codozasady.pl

ARTYKUŁY I STUDIA

- 7** O obietnicach i granicach sali sądowej w prawie europejskim **prof. UG dr hab. Tomasz Tadeusz Koncewicz**
- 63** Liechtenstein: państwo małe, ale nowoczesne i znaczące w Europie. Część 1 – Powstanie suwerennego państwa, rozwój własnego systemu prawnego oraz otwarcie się na Europę i świat **Harald Marschner**
-

ANALIZY I OPINIE

- 101** Fundacja rodzinna. Aspekty ekonomiczne i prawno-podatkowe **dr Adrianna Lewandowska, dr Miłosz Kłosowiak, prof. SGH dr hab. Jacek Lipiec**

JUDYKATURA I GŁOSY

- 121** Fundacja prawa prywatnego jako instytucja zamawiająca? Glosa (w ujęciu praktycznym) do wyroku TSUE z 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19, **Federazione Italiana Giuoco Calcio dr Aleksandra Czajka**
- 141** Świadczenie *in natura* jako forma naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 25 września 2014 r., II CSK 795/13 **Maciej Zych**
- 157** *Ratio legis* według woli ustawodawcy czy według woli sądu? Glosa do wyroku wSA w Warszawie (III SA/Wa 469/19) na temat ulgi mieszkaniowej w podatku dochodowym od osób fizycznych **Michał R. Nerwiński, Jagoda Jankowska**
- 169** Schematy podatkowe jako przedmiot interpretacji indywidualnej. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 stycznia 2021 r., I FSK 1703/20 **Jeremiasz Kalus**
-

WYWIAD

- 185** O komunikacji prawniczej, podróży przez sąd i potrzebie pozytywnej opowieści. **Rozmowa z Jarosławem Gwizdakiem**

od redakcji

Drodzy Czytelnicy,

przekazujemy Wam pierwszy w 2021 roku – a czwarty w ogóle – numer naszego czasopisma. Bardzo się cieszymy, że mimo wszystkich utrudnień związanych z epidemią koronawirusa (miejmy nadzieję, że mającą się już ku końcowi) udało nam się złożyć dla Was tak zróżnicowany numer zawierający teksty autorów z Polski i Europy.

Numer 1/2021 jest jak dotąd największym objętościowo i chyba najbardziej różnorodnym tematycznie numerem czasopisma (co, chcemy wierzyć, dobrze rokuje na przyszłość). Zaczynamy od bardzo obszernego omówienia instytucji obietnicy sędziowskiej w prawie unijnym, by skończyć na lżejszej duchem, lecz poważnej w wydźwięku rozmowie o niedostatkach komunikacji prawniczej i projektowaniu usług w organach wymiaru sprawiedliwości. A po drodze zaglądamy do Księstwa Liechtensteinu, badamy zalety fundacji rodzinnych i analizujemy orzeczenia sądów polskich i unijnych.

W tym numerze znalazło się szczególnie dużo glos. Pandemia oczywiście wpłynęła na sądy, ale nie zaprzestały one działalności. Komentarze przedstawicieli doktryny do orzecznictwa wydawanego przez organy sprawiedliwości są zaś niezmiernie istotnie, niezależnie od tego, czy mają charakter aprobujący, czy krytyczny.

Niezmiennie zapraszamy do lektury oraz publikowania na naszych łamach.

Wszystkim czytelnikom, autorom, członkom Rady Naukowej czasopisma oraz naszym współpracownikom życzymy letniego wytchnienia i odpoczynku przed jesiennym – oby! – powrotem do normalności. Z kolejnym numerem nadciągniemy z początkiem zimy (która wydaje się teraz bardzo odległa).

adw. dr Maciej Kiełbowski
zastępca redaktora naczelnego

Poznań, 22 czerwca 2021 r.





prof. UG dr hab. Tomasz Tadeusz Koncewicz

KIEROWNIK KATEDRY PRAWA EUROPEJSKIEGO I KOMPARATYSTYKI PRAWNICZEJ NA UNIwersYTECIE GDAŃSKIM, CZŁONEK RADY PROGRAMOWEJ ARCHIWUM OSIATYŃSKIEGO I ZESPOŁU DORADCÓW PRZY MARSZAŁKU SENATU RP DO SPRAW KONTROLI KONSTYTUCYJNOŚCI PRAWA, CZŁONEK KOMITETU REDAKCYJNEGO „THE OXFORD ENCYCLOPAEDIA OF EUROPEAN UNION LAW”, ADWOKAT SPECJALIZUJĄCY SIĘ W LITYGACJI STRATEGICZNEJ PRZED SĄDAMI EUROPEJSKIMI

O obietnicach i granicach sali sądowej w prawie europejskim*

Prawo – rule of law – autorytet sądu – kontrola sądowa – powaga wyroków – Konstytucja – wspólnota prawa – interpretacja – dialog sądowy – integracja – procedura – odmowa dania sprawiedliwości, a wszystko spięte „unią między narodami Europy”. To właśnie urzeczywistnianie tej unii zawsze było najważniejszym *telos*, tłumaczącym i kierującym wyborami orzecznictwami sądu unijnego, którego zadaniem i misją od zarania pierwszych Wspólnot było zapewnienie, że w procesie interpretacji i stosowania Traktatów prawo jest przestrzegane. Realizacja tego celu w ramach sądowej metody rozstrzygania sporów, funkcji i jurysdykcji powierzonej sądowi unijnemu w Traktatach wyznacza w ostateczności granice i obietnice sali sądowej. W czasach polityki resentymetu to wniosek i wskazówka nie do przecenienia.

**PRAWO • RULE OF LAW • AUTORYTET SĄDU • KONTROLA SĄDOWA
KONSTYTUCJA • WSPÓLNOTA PRAWA • INTERPRETACJA • SĄDOWY
ETOS • DIALOG SĄDOWY • INTEGRACJA • PROCEDURA • ODMOWA DANIA
SPRAWIEDLIWOŚCI**

* Wątki poruszane poniżej nawiązują do i opierają się na: T. T. Koncewicz, The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey, na <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/>; On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I, na <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>; On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution’s Unwritten Understanding(s) Part II, na <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>; The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin, Warszawa 2019; Understanding the politics of resentment: the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019 nr 26, s. 501; The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice [w:] F. Bignami (red.), EU in Populist Times. Crises and Prospects, Cambridge University Press 2020; The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design [w:] X. Contiades, A. Fotiadou (red.), Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, Routledge 2020 oraz Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego, Warszawa 2020, w szczególności rozdziały I i V.

The core of incremental doctrine is respect for the status quo and movement from the status quo only in short, marginal steps carefully designed to allow for further modifications in the light of further development. Incrementalism is a theory of freedom and limitation
Martin Shapiro¹

W historii integracji europejskiej status i autorytet sądu unijnego nigdy nie były tak kwestionowane i podważane jak dzisiaj². Wzajemne docieranie się i poszukiwanie optymalnych rozwiązań trwało w Unii 60 lat – do czasu Polski PiS-u. W obecnej sytuacji prawno-polityczno-społecznej trudno wyobrazić sobie więc lepszy moment na powtórkę pewnych rudymentów, które leżą u podstaw prawa europejskiego, a które dzisiaj wydają się, przynajmniej w Polsce, kwestionowane w sposób bezwzględnie instrumentalny³.

1 M. Shapiro, *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis*, „Law in Transition Quarterly” 1965 nr 11(3), s. 156–157.

2 Z perspektywy historycznej: B. Davies, *Pushing back: What happens when member states resist the European Court of Justice?*, „Contemporary European History” 2012 nr 21(3), s. 417.

3 O tym zob. moje bardziej szczegółowe analizy *Pogarda dla sądów to POLEXIT*, „Gazeta Wyborcza” na <http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html> *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?* „Dialog” 2020 nr 131; *POLEXIT. Mit i rzeczywistość*, „Czas Kultury” 2020 nr 4; *POLEXIT. Quo vadis POLONIA* na <https://verfassungsblog.de/polexit-quo-vadis-polonia/> oraz ostatnio trzyczęściowe opracowanie *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część I): Meet the new (un)constitutional doctrine*, na <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit1/>; *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część II): Still paddling together?* na <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit2/>; *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część III) From POLEXIT to E(U)EXIT: a rhetorical figure or (already) creeping reality?* na <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit3/>.

Polska, przystępując do Unii w 2004 r., zaakceptowała bezwzględną jurysdykcję Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „Trybunał” lub „Trybunał Sprawiedliwości”) i uznała ten sąd za ostateczny autorytet, który wiążąco określa zakres naszych obowiązków. Kwestionowanie autorytetu sądu europejskiego podważa znacznie więcej niż zwykłe reguły prawa europejskiego znane wyłącznie prawniczym koneserom⁴. Oznacza brak poszanowania podstaw tego prawa. Zasada unijnej lojalności jest kamieniem węgielnym europejskiej integracji. W Unii państwo jest postrzegane nie tylko z perspektywy wiarygodności politycznej i gotowości do kompromisu w ramach wspólnoty, w której każdy rezygnuje z czegoś, aby coś otrzymać w zamian. Państwo jest także oceniane z perspektywy „wiarygodności prawnej” rozumianej jako gotowość wypełniania przyjętych zobowiązań i wierności wobec europejskiego dorobku prawnego (*acquis communautaire*)⁵.

Intensywność, z jaką Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kształtuje prawo unijne, nigdy nie miała i nigdy nie będzie miała charakteru statycznego. Ewoluuje ona wraz z prawem unijnym w odpowiedzi na sygnały, jakie docierają do Trybunału z otoczenia politycznego. O ile żaden sąd nie jest nieomylny – i Trybunał nie jest tu wyjątkiem – o tyle istnieje zasadnicza różnica między krytyką (często zasadną) a bezpardonowym i wyprzedzającym odrzucaniem orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości. Fundamentalna funkcja Trybunału zawsze pozostawała taka sama. Jego rolą wobec państw jest przypomnienie

4 Por. T. T. Koncewicz, *Understanding the politics of resentment...*, op.cit.

5 Por. T. T. Koncewicz, *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit.

o zobowiązaniach zaakceptowanych w dobrej wierze w dniu Akcesji do Unii. Wobec prawa integracji – to zapewnienie, że jest ono jednolite i stosowane na tych samych warunkach na terenie całej Unii. W końcu wobec obywateli Unii – to zagwarantowanie przy pomocy niezawisłych sądów krajowych (więc także polskich), że prawa tychże obywateli są efektywnie chronione.

Trybunał Sprawiedliwości jest integralnym elementem polskiego porządku prawnego od 2004 r. Sądy polskie są sądami europejskimi i stosują prawo europejskie jako „swoje” w tysiącach codziennie rozstrzyganych spraw. Bez względu na obowiązek krajowego ustawodawcy jest respektowanie prawa sądu do zadawania pytań Trybunałowi, ilekroć przepisy prawa europejskiego budzą wątpliwości. Żaden przepis krajowy nie może pozbawiać sądu krajowego tej kompetencji.

1. Fundamenty

Trybunał Sprawiedliwości jest po to, aby przypominać państwom o dobrowolnie zaciągniętych zobowiązaniach
David A. O. Edward⁶

1.1. INSTYTUCJA

Trybunał Sprawiedliwości jest jedną z pięciu instytucji, którym została powierzona realizacja zadań Unii. Pozycja Trybunału w stosunku do innych instytucji jest jednak uprzywilejowana. W unijnym porządku prawnym *instytucjonalne pytanie, kto decyduje o tym, jak daleko sięgają kompetencje Unii, jest nawet ważniejsze od pytania o charakterze materialnym, jakie są*

*rzeczywiste granice owych kompetencji*⁷ (podkr. autora). Trybunał zachowuje prawo do wiążącego określenia, jak kształtują się kompetencje pozostałych instytucji. Tymczasem pozostałe instytucje unijne nie mają żadnego wpływu na zakres kompetencji Trybunału. W rezultacie mamy do czynienia z sytuacją, w której wszystkie instytucje, łącznie z Trybunałem, mają obowiązek przestrzegać zasady kompetencji powierzonych, lecz tylko jedna z nich ma wpływ na kompetencje pozostałych. Każda z instytucji korzysta z określonej dyskrecjonalności, ale tylko dyskrecjonalność Trybunału ma charakter wiążący dla innych instytucji, np. interpretacja dokonana przez Trybunał ma charakter autorytatywny w tym sensie, że instytucje nie mogą jej zastąpić swoją własną⁸.

*W konsekwencji wszystkie pięć instytucji jest, co do zasady, równych względem siebie, ale w świecie rzeczywistym, podobnie jak w świecie Georga Orwella, niektóre z nich są równiejsze*⁹ (podkr. T. T. K.). Innymi słowy, Trybunał stoi na straży przestrzegania

⁷ A. M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. H. H. Weiler, (red.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford 1998, prolog, s. VII.

⁸ W opinii 1/94, *Competence of the Community to conclude international agreements concerning the services and the protection of intellectual property*, ECR 1994, s. I-5267, Trybunał podkreślił, że praktyka instytucji nie może prowadzić do wyjątków od reguł określonych w Traktacie i z tego powodu *nie tworzy precedensu wiążącego dla innych instytucji (...) praktyka instytucjonalna (...) nie może prowadzić do innego wniosku*, ust. 52 i 61 (ang. *A mere practice of the Council cannot derogate from the rules laid down in the Treaty and cannot, therefore, create a precedent binding on Community institutions when deciding, prior to the adoption of a measure, the correct legal basis for it*; fr. *Une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger aux règles du traité et ne peut, par conséquent, créer un précédent liant les institutions de la Communauté lorsque, préalablement à l'adoption d'une mesure, il leur appartient de déterminer la base juridique correcte à cet effet*).

⁹ L. N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London 1995, s. 5.

⁶ D. A. O. Edward, *Sędzia polski będzie sędzią wspólnotowym*, „Gazeta Prawna” z 28.01.2000 r.

przez instytucje Unii zasady kompetencji powierzonych, ale nikt nie nadzoruje Trybunału, skoro *najważniejszym aspektem jurysdykcji Trybunału jest jego kompetencja do dokonywania wiążącej i autorytatywnej interpretacji przepisów określających zakres jurysdykcji*¹⁰. Z jednej więc strony art. 19 TUE obliguje Trybunał do zapewnienia przestrzegania prawa, ale z drugiej art. 5 TUE nakazuje funkcjonowanie przez każdą z instytucji w granicach kompetencji przyznanych.

Powstaje jednak pytanie (sam fakt jego postawienia podkreśla szczególne usytuowanie Trybunału wobec pozostałych instytucji), jak zdefiniować jurysdykcję Trybunału i określić jego miejsce w równowadze instytucjonalnej, skoro funkcja Trybunału została określona tak szeroko. Wydaje się, że jedynym ograniczeniem swobody Trybunału jest prawo państw członkowskich do wprowadzania zmian w jurysdykcji i kompetencjach Trybunału¹¹. Powstaje więc pytanie *quis custodiat curiam?*¹² Funkcja zapewnienia przestrzegania prawa oraz postulat, że Unia tworzy system prawa oparty na rządach prawa¹³, powodują, że Trybunał dysponuje potencjalnymi instrumentami, które pozwalają mu rozszerzać i modyfikować jurysdykcję powierzoną w traktatach. Z tej perspektywy art. 19 TUE stanowi „zaproszenie dla

Trybunału do aktywizmu”¹⁴. Błędem byłoby jednak specyfikę instytucjonalną Trybunału dostrzegać jedynie przez pryzmat szczególnego usytuowania Trybunału na poziomie unijnym. Specyfika ta powinna być także odczytywana w świetle eksponowanych na wstępie ogólnych zmian, jakie dzisiaj następują w sposobie postrzegania prawa i odpowiednio zmieniającej się roli sędziów¹⁵.

W doktrynie wskazano, że w orzecznictwie Trybunału możemy mówić o **instytucjonalizmie** (budowaniu podstaw prawa unijnego), **instrumentalizmie** (odkrywaniu, jak prawo może przyczynić się do realizacji celów założonych przez traktaty) oraz **minimalizmie** (okresie konsolidacji, akceptacji przez sędziów, że na tym etapie integracja wymaga inicjatywy ustawodawczej, a nie ich aktywności)¹⁶. Kiedyś w większości przypadków Trybunał wyrokował według zasady, że w razie wątpliwości należy orzekać na rzecz integracji. W przypadku dwóch możliwych interpretacji opowiadał się za jak najbardziej rozszerzającą wykładnią Traktatu.

Wraz z upływem czasu sytuacja zmieniła się radykalnie. Dzisiaj integracja europejska dociera do najbardziej niespodziewanych miejsc i dziedzin życia społecznego, które kiedyś znajdowały się poza zakresem oddziaływania prawa europejskiego. Jeżeli

¹⁰ K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, London 1994, s. 8.

¹¹ O tym D. Sindbjerg Martinsen, *Judicial Influence on Policy Outputs? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, „Comparative Political Studies” 2015 nr 48(12), s. 1622.

¹² Zob. klasyczną analizę: M. Cappellotti, „Who watches the watchman?”. *A Comparative Study on Judicial Responsibility*, „American Journal of Comparative Law” 1981 nr 31, s. 1.

¹³ Sprawa 294/83 Parti Ecologiste Les Verts v. European Parliament, ECR 1986, s. 1339.

¹⁴ Tak C. N. Kakouris, *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l’ethos du juge*, „Revue des Affaires Européennes” 1994 nr 4, s. 35.

¹⁵ O tym wnikliwie *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*, red. D. Kapiszewski, G. Silverstein, R. A. Kagan, Cambridge 2013. Ostatnio *Judicial Power. How Courts Affect Political Transformation*, red. C. Landfried, Cambridge 2019.

¹⁶ Tak też T. Koopmans, *The role of law in the next stage of European integration*, „International and Comparative Law Quarterly” 1985 nr 35(4), s. 925.

dadamy do tego, że każdy może korzystać w sądzie krajowym z bezpośrednio skutecznego prawa, które ma pierwszeństwo i pewne udogodnienia proceduralne, to nie dziwi, że mamy do czynienia ze stałym wzrostem znaczenia sądów krajowych oraz Trybunału. Jednostronne orzekanie na korzyść integracji nie jest już możliwe. Obecnie najważniejszym zadaniem Trybunału jest bardziej zniuansowane rozstrzygnięcie sporów, które nie tylko zapewnia tempo integracji, ale bierze także pod uwagę konkurencyjne wobec niej interesy indywidualnych państw.

1.2. „WSPÓLNOTA PRAWA”: BEZ WOJNY

Państwa europejskie kiedyś rozstrzygały spory na polu bitwy i w drodze krwawych konfliktów. Od samego początku siłą i ambicją kiedyś Wspólnot¹⁷, a dzisiaj ich spadkobierczyni – Unii, miało być jednak oparcie się na prawie i instytucjach, które wiążą wszystkich. Dlatego po 1945 r. standardy europejskiej kultury i praktyki konstytucyjnej kształtowała tradycja liberalna, która zakłada prymat prawa nad polityką. Pomne tragicznych doświadczeń z przeszłości, gdy wola większości stawała się tępym narzędziem opresji i prowadziła do niewyobrażalnego bezprawia i zbrodni popełnianych w imię „większościowego prawa”, państwa europejskie były gotowe zrezygnować z części swojej suwerenności

na rzecz niezależnej wspólnoty i silnych instytucji ponadnarodowych¹⁸.

Po 1945 r. europejski konstytucjonalizm odnalazł swoje powołanie w wyeksponowaniu prawa jako siły, dzięki której Europa zostanie odbudowana w wymiarze zarówno duchowym, jak i materialnym. Gdy w 1989 r. upadał mur berliński, wierzyliśmy w moc sprawczą prawa i niezależnych instytucji, które miały być jasnym zerwaniem z okresem fasadowych konstytucji i fasadowej sprawiedliwości politycznej. Europejski konstytucjonalizm został zakorzeniony w symbolicznym „nigdy więcej” i dzisiaj składa się z kilku fundamentalnych zasad. Po pierwsze, konstytucja musi być akceptowana jako najwyższe prawo bez względu na to, kto zdobywa chwilową większość parlamentarną. Po drugie, obowiązkiem państwa jest przestrzeganie praw i wolności konstytucyjnych obywateli, które wyznaczają granice działania każdej władzy. Po trzecie, władza na poziomie krajowym zostaje poddana kontroli z zewnątrz w postaci silnego i niezależnego mechanizmu sądowej kontroli sprawowanej przez Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu i Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu¹⁹.

¹⁷ Należy wyjaśnić, że ilekroć posługuję się terminem „Wspólnoty” mam na myśli trzy pierwsze wspólnoty powołane w 1951 r. (EWWS) i w 1957 r. (EWG i EUROATOM), które wraz z rozwojem procesów integracyjnych zostały zastąpione przez Unię Europejską. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału sprzed 1992 r. i Traktatu z Maastricht o Unii Europejskiej, terminem podstawowym są więc „Wspólnoty”, ew. „Wspólnota”. Dopiero po 1992 r. terminem takim staje się „Unia”. Z kolei użycie terminu „wspólnota” pisanego z małej litery ma podkreślać i odnosi się do idei wspólnoty politycznej jako podstawowego celu integracji europejskiej.

¹⁸ O tym T. T. Konciewicz, *Understanding the politics of resentment*, op.cit.

¹⁹ O tym szeroko pisałem *Understanding the Transnational Legal Order – Part 1: Of Pressures and Ambitions* na <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-1-of-pressures-and-ambitions/>; *Understanding the Transnational Legal Order – Part 2: What kind of a transnational consensus?* na <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-2/> i *Understanding the Transnational Legal Order – Part 3: The TLO in Europe: a lost cause?* na <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-3/>

1.3. NIE MA UNII BEZ SĄDU

Zgodnie z historycznym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości: „Unia opiera się na prawie” i dobrowolnie zaciągniętych zobowiązaniach egzekwowanych przez unijny sąd wobec wszystkich. Państwa podejmują decyzję o integracji, opierając się na założeniu, że inne państwa są również gotowe do postępowania według z góry ustalonych reguł. W przypadku ich naruszenia nie ma miejsca na samopomoc na zasadzie, że państwo bierze sprawiedliwość w swoje ręce – jego obowiązkiem jest korzystanie z wiążących procedur rozstrzygania sporów określonych w traktatach.

Sukces prawa europejskiego na przestrzeni lat jest w dużej mierze konsekwencją zaufania sądom jako niezależnym i bezstronnym arbitrom rozstrzygającym konflikty, których państwa nie byłyby w stanie samodzielnie między sobą rozstrzygnąć. Miejsce Trybunału w systemie prawnym Unii zostało pomyślane tak, aby państwa miały niezwykle ograniczoną możliwość ingerowania w orzecznictwo²⁰. W Unii wszyscy członkowie przestrzegają prawa w sposób równy i bezwarunkowy, a nie tylko wtedy, gdy im to pasuje, i pod warunkiem że inni też go przestrzegają. Na sali sądowej mamy do czynienia ze szczególnym egalitaryzmem: potężne Niemcy dysponują jednym głosem tak jak mały Luksemburg. Na sali sądowej obowiązuje język zasad i reguł, przed którymi doraźna polityka ustępuje – jest przez nie cywilizowana i brana w karby. Jeżeli chcesz

wygrać, musisz przekonywać siłą argumentów, a nie wielkością słoika z kornikiem drukarzem²¹. Ten ostatni może trafić do emocji wyborców, ale na sali sądowej wzbudza pusty śmiech i kompromituje. PiS boi się Trybunału Sprawiedliwości, ponieważ na sali sądowej musi przemawiać doń językiem sądu i postępować zgodnie z logiką sali sądowej. W ostateczności przeżyć mają autorytet i siła argumentów, a nie argumenty siły. Gdy jedno z państw nie wypełnia swoich zobowiązań, pozostałe nie mogą jednostronnie zamknąć granic i nie wpuszczać obywateli czy towarów tego pierwszego. Raczej muszą sprawę skierować na drogę postępowania sądowego, czekać na rozstrzygnięcie i bezwzględnie się do niego zastosować, bez względu na treść.

Jest tak, ponieważ przystępując do Unii, państwa zawarły między sobą kontrakt, którego jednym z kluczowych punktów było respektowanie kompetencji i jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości oraz zobowiązanie do wykonania każdego rozstrzygnięcia wydanego przez tak uznany sąd. Aby zobowiązanie było wiarygodne od początku, musiało być przestrzegane nie tylko *ex post* (gdy wyrok został wydany), lecz także *ex ante* (gdy na wyrok dopiero czekamy). Tylko wtedy wspólny rynek i wspólnota polityczna mają sens. Orzecznictwo Trybunału musi być odczytywane jako stałe wyciąganie na światło konsekwencji związanych ze statusem Unii jako porządku opartego na prawie. Ilekroć zasada rządów prawa była i jest zagrożona, Trybunał, bazując na swojej roli strażnika

²⁰ Literatura w tym zakresie jest olbrzymia. Z klasycznych analiz zob. A. M. Burley, W. Mattli, *Europe before the court: A political theory of legal integration*, „International Organizations” 1993 nr 47, s. 41. Z ostatnich prac na uwagę zasługuje D. Sindbjerg Martinsen, *Judicial Influence on Policy Outputs?*, op.cit.

²¹ O „argumentacji ze słoika” zob. <https://szklokontaktowe.tvn24.pl/jan-szyszko-chwali-sie-sloikiem-pelnym-kornika-drukarza,761353.html> oraz <https://oko.press/trybunal-sprawiedliwosci-ue-zdecyduje-po-raz-drugipis-kluczy-w-sprawie-sedziow-sn/>

traktatów, zawsze był i nadal jest gotów podjąć konieczną interwencję.

Stopniowo Trybunał wzmacniał swoją pozycję przez umiejętne powiązanie swojej traktatowej funkcji z zasadami rządów prawa oraz praworządności. Dodatkowo – poprzez korzystanie z art. 19 TUE – wprowadzał w obręb unijnego rozstrzygania sporów element sprawiedliwości. Krytycy sądu unijnego ignorują więc często prawdziwą rzeczywistość, w której Trybunał działa i orzeka. Rzeczywistość ta jest zawsze wyznaczana przez zobowiązanie Trybunału do zapewnienia przestrzegania prawa i skutecznej ochrony sądowej, które razem definiują jego „misję” w ramach szczególnego, nowego porządku prawnego, którego podmiotami są nie tylko państwa, lecz także obywatele ze swoimi oczekiwaniami i nadziejami – również pod adresem sądów.

1.4. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ: PRAWO – ETOS – TRWANIE – PRZETRWANIE

Opinie o Trybunale Sprawiedliwości są skrajne: od słów uznania do ostrej krytyki „sędziowskiego rządu” dyktującego swoją wizję prawa europejskiego. Rozstrzygnięcie tego konfliktu z góry skazane jest na niepowodzenie. Jednak bez zrozumienia specyfiki usytuowania Trybunału w systemie instytucjonalnym Unii nigdy nie zrozumiemy, także w Polsce, na czym polega wyjątkowość najwyższego unijnego sądu. Zgodnie z zasadą kompetencji powierzonych każda z pięciu instytucji unijnych działa w granicach kompetencji jej przyznanych (art. 5 TUE). Pozycja Trybunału Sprawiedliwości zarówno wobec tej zasady, jak i wobec innych instytucji Unii jest jednak szczególnie uprzywilejowana, co wynika z faktu, że to Trybunał odpowiada na dwa kluczowe pytania: pierwsze – instytucjonalne: kto

decyduje o tym, jak daleko sięgają kompetencje Unii, drugie – materialne: jakie są rzeczywiste granice tych kompetencji.

To Trybunał Sprawiedliwości został wyposażony w najwyższą kompetencję do interpretacji traktatów oraz do autorytatywnego określenia granic i sposobu korzystania przez instytucje z powierzonych im kompetencji. Pozostałe instytucje Unii nie mają natomiast żadnego wpływu na zakres kompetencji Trybunału. Każda z nich korzysta z niezbędnej dyskrecjonalności, ale tylko dyskrecjonalność Trybunału jest wiążąca dla innych instytucji: żadna z nich nie może zastąpić interpretacji Trybunału własną. W ten sposób dochodzi do paradoksalnej sytuacji: wszystkie instytucje, łącznie z Trybunałem Sprawiedliwości, mają obowiązek przestrzegać granic kompetencji powierzonych im przez traktat, ale tylko jedna z nich – Trybunał Sprawiedliwości – zachowuje prawo do wiążącego określenia, jak kształtują się granice kompetencji pozostałych. Prowadzi to do instytucjonalnej nierównowagi: wszystkie instytucje są co do zasady równe względem siebie, ale w rzeczywistości niektóre z nich są „bardziej równe”.

Innymi słowy, Trybunał Sprawiedliwości występuje jako instytucja nadzorująca, czy inne funkcjonują w granicach wyznaczonych im kompetencji, ale zakres swoich kompetencji Trybunał określa samodzielnie. Powstaje więc pytanie, do którego wracam wielokrotnie poniżej: kto nadzoruje nadzorującego? Jedynym ograniczeniem swobody interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości jest prawo państw członkowskich – jako „gospodarzy traktatów” – do wprowadzania zmian w jurysdykcji i zakresie kompetencji Trybunału. Przez długi czas było to martwe uprawnienie. Dlaczego? Wynikało to

ze strategicznego usytuowania Trybunału, tym razem wobec państw członkowskich. Zależności między nim a państwami próbuje się wytłumaczyć za pomocą stosunku łączącego zleceniobiorcę ze zleceniodawcą. Zleceniodawcami są państwa, które delegują określony wycinek swoich suwerennych kompetencji zleceniobiorcy, wskazując równocześnie granice oraz warunki ich wykonywania. Państwa są jednak świadome, że jednocześnie wyrażają zgodę na interpretację szczegółowych warunków takiego przekazania oraz rozstrzygania konfliktów i tarć na linii zleceniodawca–zleceniobiorca w zakresie szczegółowego przebiegu granicy przekazania. Trybunał jest jednak zleceniobiorcą szczególnym. Elementem wzmacniającym jest sądowy charakter tej instytucji, działającej na zasadach legalności, neutralności i niezależności, stopniowo budującej swój autorytet za pośrednictwem wyroków, które nie przyciągają uwagi w takim stopniu jak społecznie widoczne i spektakularne decyzje polityków.

Wczesne wyroki Trybunału Sprawiedliwości, nawet precedensowe, nie wywoływały natychmiastowych i dających się odczuć konsekwencji dla państw²². Na tym etapie brakowało więc powodów do ingerencji

22 Fascynujące pytanie brzmi, w jakim zakresie groźba weta z strony państw wywołuje efektywny skutek ograniczający orzecznictwo i wpływa na intensywność ingerencji sądu unijnego w wybory państw. Niektórzy twierdzą, że wiszące weto funkcjonuje jako systematyczne i efektywne ograniczenie, inni wprost przeciwnie – że brak jakichkolwiek dowodów, iż groźba weta i przełamania orzecznictwa ze strony państw faktycznie spełnia taką funkcję wobec Trybunału. Jeżeli chodzi o pierwsze stanowisko, zob. C. J. Carruba, M. Gabel, C. Hankla, *Understanding the role of the European Court of Justice in European integration*, „American Political Science Review” 2012 nr 106(1), s. 214. Drugie stanowisko w bezpośredniej odpowiedzi na artykuł Carruby, Gabela i Hankli przedstawiają A. Stone Sweet, T. Brunell, *The European Court of Justice, state noncompliance, and the political override*, „American Political Science Review” 2012 nr 106(1), s. 204.

i reakcji obronnej z ich strony. Zleceniobiorca (sąd) wydawał się być w stałym zasięgu kontroli zleceniodawców i nie było potrzeby wszczynania alarmu. Zleceniodawca (państwa członkowskie) popełnił jednak błąd: nie docenił potencjału nowo utworzonego sądu (wzmocnionego współpracą z sądami krajowymi przez orzeczenia wstępne) i nie wziął pod uwagę własnej ograniczonej zdolności do interwencji w razie zbyt dużej niezależności zleceniobiorcy. Swoboda zleceniodawcy podlegała bowiem i podlega ograniczeniu przez tzw. rachunek zysków i strat, który w rzeczywistości determinuje możliwość jego reakcji na działania zleceniobiorcy²³. Z jednej strony zawsze istniało niebezpieczeństwo dokonania zmian w systemie instytucjonalnym poprzez przyjęcie przez zleceniodawcę pewnych modyfikacji jurysdykcji Trybunału, z drugiej jednak taki krok zawsze był analizowany z perspektywy kosztów związanych z funkcjonowaniem i orzekaniem przez Trybunał. Taka operacja byłaby uzasadniona z perspektywy państw jedynie wtedy, gdyby Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie generował dla określonego państwa (państw) więcej kosztów niż korzyści. Tylko wówczas rachunek zysków i strat obróciłby się przeciwko niemu.

Z metody działania sądów (rozstrzygnięcie sprawy za sprawą), owej orzeczniczej „niskiej widoczności” poszczególnych wyroków oraz zasady równości w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości bez względu na wielkość i wpływy polityczne określonego państwa, wynika jednak, że trudno wysnuć wnioszek, iż długofalowe koszty działalności Trybunału przewyższą

23 Opieram się tutaj na M. Shapiro, *The European Court of Justice. Of institutions and democracy*, „Israel Law Review” 1998 nr 32, s. 1; M. Shapiro, *The European Court of Justice* [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999.

w końcu ewentualne zyski, przekonując w ten sposób wszystkich zlecniodawców do konieczności podjęcia ingerencji w jurysdykcję Trybunału²⁴. Zresztą strategia tego sądu polega na tworzeniu obrazu pełnej bezstronności oraz unikaniu choćby cienia podejrzania o trwałe faworyzowanie przezeń któregokolwiek z państw. Dodatkowo sam Trybunał Sprawiedliwości może działać prewencyjnie i kalkulować, jak wygląda rachunek zysków i strat w stosunku do danego państwa. Jest więc w stanie unikać zarzutów, że oto nadszedł czas powzięcia zdecydowanych kroków przeciwko Trybunałowi przez którekolwiek z państw.

W ten sposób przez cały czas trwa mniej lub bardziej dostrzegalny proces targowania się Trybunału Sprawiedliwości z państwami. Państwa niezmiennie zachowują prawo do zmiany traktatów, a Trybunał przez cały czas funkcjonuje w cieniu tego prawa. Przedmiotem targu nie jest jednak konkretna propozycja zmian, lecz raczej sama groźba przeprowadzenia mało skonkretyzowanych na tym etapie modyfikacji jurysdykcji (np. jej uszczuplenia). Groźba nabierze konkretnych kształtów tylko wtedy, gdy Trybunał Sprawiedliwości będzie konsekwentnie orzekał wbrew interesom państw i w sposób odczuwalny, ponad ich gotowość do akceptacji, zmieniał na ich niekorzyść rachunek zysków i strat, a tym samym naruszał delikatną równowagę sił. Nawet jednak wtedy, gdy ta linia zostanie przekroczona, potrzebna jest jednomyślność zlecniodawców do przeprowadzenia stosownej modyfikacji czy zmiany *status quo*. Zazwyczaj nie dochodzi do wystąpień z formalnymi propozycjami zmian uszczuplających jurysdykcję:

wystarczają groźby. Lina, po której stąpa Trybunał, wymaga jednak zachowania ostrożności. Wspomniane trudności techniczne w procesie ewentualnych zmian gwarantują wprawdzie przetrwanie sądu unijnego, ale dzisiaj coraz więcej zależy także od jego zdolności odczytywania sygnałów płynących ze strony państw oraz, na tej podstawie, odpowiedniego i umiejętnego kształtowania intensywności ingerencji orzeczniczej w ich społeczne, gospodarcze i ekonomiczne wybory. Nie wystarczy już proste przekonanie o bezpiecznej i niezagrożonej pozycji. Dzisiaj bowiem każdy wyrok Trybunału Sprawiedliwości jest wydawany w przeświadczeniu, że zlecniodawcy bacznie obserwują zlecniobiorcę i częściej niż dawniej są gotowi sprawdzać unijny rachunek zysków i strat wynikający dla nich z orzecznictwa Trybunału. „Unijny kot”²⁵ zawsze musi pamiętać o możliwościach kontrolnych państw – prawdziwych unijnych zlecniodawców.

1.5. WIERNOŚĆ UNIJNEMU SYSTEMOWI OCHRONY PRAWNEJ

Poprzestanie na uznaniu obligatoryjnego i wiążącego charakteru jurysdykcji sądów unijnych nie do końca oddaje wagę, jaką Trybunał przywiązuje do swojej traktatowej funkcji zapewnienia przestrzegania prawa (art. 19 TUE), do obowiązku państw, by nie przekazywać sporów dotyczących interpretacji i stosowania Traktatu do rozstrzygnięcia w sposób inny niż przewidziany przez sam Traktat (art. 344 TFUE) oraz do roli sądów krajowych. Tylko połączenie tych trzech elementów pozwoli nam przejść z poziomu dominującej dzisiaj

²⁴ Ostatnio M. Shapiro, *Judicial power and democracy* [w:] *Judicial Power. How Courts Affect Political Transformation*, red. C. Landfried, Cambridge 2019.

²⁵ Metafora „kota” pochodzi z M. Shapiro, *The European Court of Justice [w:] The Evolution...*, red. P. Craig, G. de Búrca, s. 329.

analizy **konsekwencji i skutków** na poziomie **przyczyn** obecnego stanu rzeczy.

W opinii 1/91 Trybunał udzielał odpowiedzi na przedstawione mu pytania o zgodność z prawem unijnym projektu umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (umowa EOG). Jednym z postanowień projektowanej umowy było utworzenie niezależnego Trybunału oraz Sądu Pierwszej Instancji. Trybunał nie zakwestionował możliwości powołania do życia takiego *ad hoc* systemu sądowej ochrony, podał jednak w wątpliwość szczegółowe rozwiązania przyjęte w projekcie umowy EOG oraz wskazał ich niezgodność z art. 220 i 219 TEWG (obecnie odpowiednio: art. 19 TUE i art. 344 TFUE)²⁶. Projektowany system sądowy poddał badaniu z trzech perspektyw:

- 1) jurysdykcji Trybunału EOG do rozstrzygania sporów między stronami umowy;
- 2) celu w postaci zapewnienia jednolitości prawa obowiązującego w ramach EOG;
- 3) braku wiążącego charakteru orzeczeń wstępnych wydawanych przez Trybunał na wniosek sądów krajowych.

Jeżeli chodzi o pierwszy aspekt, Trybunał wykluczył możliwość orzekania przez inny sąd co do podziału kompetencji między państwami-stronami (a więc też państwami członkowskimi Unii) a Unią w zakresie dotyczącym interpretacji przepisów umowy EOG. Byłoby to niezgodne z art. 19 TUE,

²⁶ Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 344 TFUE: *Państwa Członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania Traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana. Przepis ten znajdował się od samego początku istnienia Wspólnot. Artykuł 219 TEWG w wersji pierwotnej stwierdzał *Les États membre s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci.**

autonomią prawa unijnego i wyłącznym charakterem jego jurysdykcji.

Jeśli chodzi o drugi aspekt, Trybunał podkreślił, że cele realizowane w ramach Wspólnoty (a dzisiaj Unii) i EOG są różne. Identyczne brzmienie przepisów przejętych przez projekt umowy EOG z prawem unijnym nie rozstrzyga, że interpretacja tych przepisów będzie identyczna z tą w obrębie prawa unijnego, skoro specyfika Traktatu oraz cechy strukturalne prawa unijnego oznaczają, że u podstaw interpretacji tych samych przepisów leżą różne przesłanki. Trybunał wyraził więc obawę, że jego orzecznictwo zostałoby podane w wątpliwość. Konkluzji tej nie zmieniała możliwość przekazania przez sądy pytań w celu wydania orzeczeń wstępnych, skoro wydane orzeczenia nie miałyby charakteru wiążącego, a jedynie doradczy. Dlatego, i to był trzeci aspekt analizy, odmowa uznania wiążącego charakteru orzeczeń wstępnych naruszała zasadę pewności prawa oraz stanowiła zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania procedury o wydanie orzeczenia wstępnego. Tymczasem mechanizm prejudycjalny opiera się na założeniu, że sąd krajowy jest związany wydanym orzeczeniem. Trybunał uznał więc, że system sądowy przewidziany w projekcie umowy EOG jest niezgodny z art. 19 TUE i, cytując dosłownie, „samymi podstawami Wspólnoty”²⁷. W konsekwencji konieczne

²⁷ Kwalifikacja „podstawy Wspólnot” ma znaczenie fundamentalne dla analizy zawartej w książce i dla tego, co prof. M. Shapiro określił jako *value stance*. Uznałem więc, że warto w tym miejscu zacytować *in extenso* tekst angielski i francuski opinii Trybunału: *ang. It follows that in so far as it conditions the future interpretation of the Community rules on the free movement of goods, persons, services and capital and on competition the machinery of courts provided for in the agreement conflicts with Article 164 of the EEC Treaty and, more generally, with the very foundations of the Community; fr. Il s'ensuit que, en conditionnant l'interprétation future des règles communau-*

były zmiany w celu dostosowania umowy do wymogów postawionych przez Trybunał.

Opinia podkreśliła fundamentalny charakter funkcji Trybunału „zapewnienia, że prawo jest przestrzegane”, i jego gwarancyjną rolę wobec traktatowego systemu ochrony prawnej. Trybunał korzysta z jurysdykcji wyłącznej i bezwarunkowej, jeżeli chodzi o delimitację zasięgu prawa unijnego. Obowiązek Trybunału wobec systemu polega na zapewnieniu przestrzegania i integralności prawa w obrębie autonomicznego systemu prawa oraz na przyczynieniu się do jego rozwoju w celu „osiągnięcia Unii Europejskiej pomiędzy państwami członkowskimi”. Opinia bardzo jasno zakreśliła swobodę państw w „majsterkowaniu” przy systemie jurysdykcyjnym oraz wskazuje na obowiązek wierności wobec niego. Nieprzekraczalnymi granicami są: kompetencja Trybunału do egzekwowania przyjętych zobowiązań, zapewnienie jednolitości interpretacji i zachowanie wiążącego charakteru orzeczeń. Te trzy elementy definiują istotę unijnego wymiaru sprawiedliwości i unijnej filozofii sądenia.

Konstytucyjne przesłanie opinii 1/91 przez wiele lat było nie do końca doceniane, a jego praktyczne zastosowanie nieznanne. Dopiero bowiem w 2006 r. poznaliśmy dalekosiężne konsekwencje uznania, że państwa są winne wierność stworzonemu przez siebie systemowi ochrony sądowej. W sprawie C-459/03 Trybunał nie pozostawił żadnych złudzeń. Podkreślając swój

taires en matière de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, ainsi que de celles en matière de concurrence, le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord porte atteinte à l'article 164 du traité CEE et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté (wszystkie podkr. T. T. K.). Zob. *Słowo wstępne* w: T. T. Koncewicz, *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit.

monopol jurysdykcyjny, uznał, że Irlandia naruszyła prawo unijne poprzez przekazanie sporu dotyczącego jego interpretacji sądowi arbitrażowemu. Dzięki temu wyrokowi obowiązek wierności unijnemu systemowi ochrony prawnej przeszedł ze świata sędziowskich koncepcji do świata rzeczywistego egzekwowania²⁸. Powyższe uwagi nie wyczerpują zagadnienia wierności unijnemu systemowi ochrony prawnej. Pamiętajmy przecież, że ten system tworzą nie tylko Trybunał i Sąd, lecz także, a może przede wszystkim, sądy krajowe orzekające jako unijne sądy wyposażone w generalną kompetencję do interpretacji i stosowania prawa unijnego²⁹. Dlatego państwa winne są wierność i poszanowanie nie tylko poziomowi unijnemu, ale w równym stopniu – krajowemu. Oznacza to gotowość respektowania orzeczeń, które są wydane w oparciu o unijny mandat sądów krajowych i przy wykorzystaniu zasad strukturalnych systemu (bezpośredni skutek, pierwszeństwo, interpretacja prospółnotowa, odpowiedzialność odszkodowawcza). Orzecznictwo Trybunału podkreśla, że art. 267 TFUE dotyczący orzeczeń wstępnych jest przepisem,

²⁸ Ostatnio, z podobną jednoznacznością, zob. Trybunał w opinii 2/13 i swoim orzecznictwie dotyczącym tzw. reformy wymiaru sprawiedliwości w Polsce.

²⁹ Wyrok z 24.06.2019 r. w sprawie C619/18, *Commission v. Poland*, nie pozostawia tutaj żadnych złudzeń, stwierdzając: 47. Art. 19 TUE, w którym skonkretyzowano zasadę praworządności wyrażoną w art. 2 TUE, powierza sądom państw członkowskich i Trybunałowi zadanie zapewnienia pełnego stosowania prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich, jak również ochrony sądowej praw, jakie podmioty prawa wywodzą z tego prawa. (...) 55. Każde państwo członkowskie powinno na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zapewnić, by organy należące – jako «sąd» w rozumieniu prawa Unii – do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej. Ostatnie postanowienie tymczasowe Trybunału Sprawiedliwości dotyczące zawieszenia Izby Dyscyplinarnej SN jest w istocie kodyfikacją tego orzecznictwa i stanowi równocześnie przykład wyciągania konsekwencji ze szczególnego statusu prawa europejskiego w krajowych porządkach prawnych i roli sądów krajowych. O tym też niżej.

który odgrywa fundamentalną rolę w zapewnieniu jednolitości prawa, dlatego każdy sąd musi korzystać z pełnej swobody w zwróceniu się z pytaniami do Trybunału. Obowiązkiem krajowego ustawodawcy jest respektowanie tej kompetencji sądu, zatem żaden przepis krajowy nie może go tej swobody pozbawiać.

O ile więc na poziomie unijnym art. 4 ust. 2 TUE (zasada solidarności) zobowiązuje państwa do przestrzegania funkcji Trybunału w zakresie gwarantowania jedności *acquis communautaire*³⁰, o tyle analogiczny obowiązek istnieje także na poziomie krajowym wobec art. 267 TFUE i zbudowanego na jego podstawie unijnego mandatu sądów krajowych dopełniającego klasyczną (krajową) jurysdykcję tych sądów. W tym też sensie płynący z solidarności obowiązek wierności oznacza zachowanie integralności dwupoziomowego i opartego na dialogu sądowym systemu ochrony prawnej. To wszystko jest spięte zasadą nadrzędną, która nakazuje działać w ramach prawa, a swoich racji dochodzić w obrębie traktatowego systemu jurysdykcyjnego. Tak rozumiana wierność systemowi jest jednym z fundamentów prawa unijnego oraz wyznacznikiem naszego działania na jego forum. W razie coraz to nowych ataków i wątpliwości pod adresem Trybunału Sprawiedliwości opinia 1/91, wyrok w sprawie C-459/03 i opinia 2/13 (poziom unijny) wraz z art. 267 TFUE i mandatem sądu krajowego (poziom krajowy) stanowią autorytatywne przypomnienie o naszym obowiązującym od 1 maja 2004 r. zobowiązaniu wobec prawa unijnego.

³⁰ Por. M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford 2014, z odesłaniami do literatury.

2. Sędziowie czy quasi-prawodawcy? Jaka jest rola sędziów w prawie europejskim?

La Cour, qui est competente pour contrôler les autres institutions communautaires quand elles excèdent leurs pouvoirs, devait elle-même fixer chaque fois les limites de sa propre compétence qui est pourtant définie de façon tellement large! En réalité, l'article 164 est une invitation de la Cour à l'activisme

Constantinos N. Kakouris³¹

2.1. BARIERY NASZEGO MYŚLENIA O PRAWODAWCZEJ ROLI SĄDÓW³²

Dzisiaj tylko zwolennicy demokracji w wersji prostej uznają, że jedynym prawodawcą jest instytucja, która pochodzi z wyborów powszechnych. To stanowisko jest coraz częściej odrzucane jako nieodzwoiercedlające skomplikowanego i wielopoziomowego procesu stanowienia prawa³³. Legislacja rozumiana jako polityczny proces stanowienia prawa przez organ przedstawicielski staje się jednym z możliwych sposobów generowania przepisów powszechnie wiążących. Obecnie jesteśmy świadkami ewolucji sposobu rozumienia podziału władzy. Nowoczesny podział władzy nie opiera się na trójpodziale, ale dwupodziale. Jedyną przeciwwagą dla bloku władzy wykonawczej-ustawodawczej (władzy politycznej) jest władza sądownicza, której funkcja i rola są określone przez państwo prawa. To niezależny sąd wyznacza nieprzekraczalne granice dla chwilowej większości demokratycznej. Demokracja zostaje poddana

³¹ C. N. Kakouris, *La mission de la Cour...*, s. 35.

³² Tytuł nawiązuje do artykułu E. Łętowskiej, *Barriere naszego myślenia o prawie w integracji z Europą*, „Państwo i Prawo” 1996 nr 4–5.

³³ G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham, New Jersey 1987.

prawu – to prawo kontroluje demokrację, a legitymizacja sędziego nie ma charakteru elekcyjnego, ale funkcjonalny: wynika z niezawisłości sędziów i ich poddania prawu. Uzupełnia też legitymizację demokratyczną ustawodawcy³⁴. Demokracja jest zjawiskiem dwuwymiarowym obejmującym rządy większościowe i ochronę pewnych podstawowych wartości. W sytuacji gdy konstytucja jest dokumentem otwartym i mało precyzyjnym, równowaga między elementem większościowym a wartościami jest zapewniana przez sąd, który swoim wyborem wiąże organ przedstawicielski³⁵.

Rządy większości są demokratyczne tylko wtedy, gdy przestrzegają rządów prawa i praw człowieka³⁶. W tym sensie demokracja opiera się na delikatnym wyważeniu zasady większości i ochrony praw człowieka, co z kolei podkreśla prawny wymiar systemu demokratycznego. To sędzia zapewnia, że ta równowaga jest utrzymywana. Ten system jest oparty na wzajemnym kontrolowaniu się: z jednej strony sąd zapewnia, że prawodawca przestrzega fundamentalnych wartości, ale z drugiej – prawodawca korzysta z ultymatywnej kompetencji wobec zastanego stanu równowagi (może np. inaczej zakreślić funkcje sądu konstytucyjnego). Dlatego modelem pożądanym nie jest ścisły rozdział prawodawcy i sądu, ale ścisłe ich powiązanie i uzależnienie.

34 P. Pescatore, *La légitimité du juge en régime démocratique*, „Commentaire” 2000 nr 90, s. 339.

35 A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2005, s. 23 i n. Zob. też wypowiedź R. Dworkina, który podkreśla, że: *democracy means fair majority rule, and majority rule becomes fair only when certain conditions are met* – R. Dworkin, *The secular papacy* [w:] *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, red. R. Badinter, S. Breyer, New York–London 2004, s. 82.

36 G. C. Rodriguez Iglesias, *The judge confronts himself as judge* [w:] R. Badinter, S. Breyer, (red.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York–London 2004, s. 281–282.

Prawodawca i sąd są wobec siebie zarówno zależni, jak i niezależni. Prawodawca zależy od sędziego poprzez kontrolę sądową (*judicial review*) i w tym sensie sąd jest od prawodawcy niezależny. Sąd – wyposażony w dyskrecjonalność, jurysdykcję, posługujący się szczególnym językiem i metodami rozumowania – kontroluje prawodawcę. Często jednak zapominamy, że także sędziowie, mimo całej swojej omnipotencji³⁷, podlegają kontroli politycznej (*political review*)³⁸. Instytucja polityczna może w ostateczności ingerować w przebieg granicy zarysowany przez sąd i na nowo go zdefiniować³⁹.

Prawidłowo rozumiany podział władzy musi być oparty na założeniu o wzajemnym przenikaniu się poszczególnych władz. Sędzia prowadzi dialog z prawodawcą, ale w dzisiejszych czasach jest to dialog szczególnie. Nie wystarczy konstatacja braku przepisu. Sędzia nie może automatycznie zwracać się do prawodawcy, ilekroć uzna, że prawo zawiera lukę. Sędzia musi sam odnaleźć normę w systemie prawa i na jej podstawie rozstrzygnąć sprawę. Ta wizja jest jednak problematyczna z jednego powodu: możliwości wkroczenia sądu na terytorium zagwarantowane dla prawodawcy politycznego.

Do dzisiaj nie wskazano jednoznacznie i wyczerpująco ani okoliczności, w których to następuje, ani ewentualnych ograniczeń, które wyznaczałyby kierunek postępowania sędziego. Na pewno sędzia

37 A. Barav, *Omnipotent courts, omnipotent courts* [w:] *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, t. II, red. D. Curtin, T. Heukels, Dordrecht–Boston 1994.

38 J. W. R. Reed, *Political review of the European Court of Justice*, „Jean Monnet Working Paper” 1995 nr 13, s. 2.

39 A. Barak, *Judicial Discretion*, New Haven–London 1989.

musi brać pod uwagę otoczenie, w którym funkcjonuje, i na tej podstawie lokalizować granice akceptowalnego konsensu dla swojej działalności prawodawczej. Znaczenie ma tutaj z pewnością efektywność prawodawcy w realizacji swojego programu prawodawczego, łatwość, z jaką prawodawca może podjąć działania odwetowe wobec sądu konsekwentnie przekraczającego granice ustalonego konsensu, podejście samych sędziów do swojej funkcji, sposób postrzegania przez nich roli sędziego w społeczeństwie, sygnały, które płyną do sądu z jego bezpośrednich audytoriów prawnych, wypowiedzi adwokatów występujących w sądzie, komentujących jego orzecznictwo, stanowisko doktryny oraz w końcu społeczny odbiór orzecznictwa.

Wzajemne relacje między prawodawcą politycznym a sądowym możemy oceniać z trzech perspektyw: funkcjonalnej, operacyjnej i proceduralnej. Perspektywa funkcjonalna łączy obydwu prawodawców, ponieważ podkreśla, że ich powołaniem jest tworzenie prawa, podczas gdy perspektywa operacyjna (dotycząca metod działania) i proceduralna (dotycząca sposobu działania i ograniczeń) różnią te dwie grupy. Sądy są innym rodzajem prawodawcy⁴⁰.

40 M. Cappelletti cytuje wypowiedź Lorda Diplocka, który stwierdził, że sądy ze swej natury są zmuszane do występowania w charakterze legistatwy (*legislators*), a następnie dowodzi, że charakterystyka sądu jako legistatwy jest nieprawidłowa. Jego zdaniem bardziej trafne byłoby posługiwanie się terminem „prawodawca” (*law-maker*). W swojej analizie akceptuje termin „prawodawca” (*lawmaker*), który lepiej oddaje złożony i wielowymiarowy charakter funkcji prawodawczej sądu: Tak M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989. O potrzebie dokonania rozróżnienia między kreatywnym orzekaniem jako domeną sądu prawodawcy a prawodawstwem w rozumieniu klasycznym zob. także O. Wiklund, *Taking the world view of the European judge seriously – some reflections on the role of ideology in adjudication* [w:] *Judicial Discretion in European Perspective*, red. O. Wiklund, Stockholm 2003, s. 37.

Świadomość istnienia trzech perspektyw pozwala rozróżnić dobry sąd-prawodawcę od złego. Tylko bowiem dobry sąd ma świadomość różnic między swoim umocowaniem a mandatem prawodawcy politycznego i może w konsekwencji dobrze spełniać funkcję prawodawcy (*law-maker*), podczas gdy zły sąd tych różnic nie dostrzega i w konsekwencji zmierza do występowania jako prawodawca polityczny (*legislator*)⁴¹. Dobry sąd-prawodawca poważnie traktuje zarzuty najczęściej wysuwane przeciwko prawodawczej funkcji sądów, a więc ograniczoną dostępność orzecznictwa, jego retrospektywność, niekompetencję instytucjonalną sądów czy brak ich „legitymacji demokratycznej”. Dlatego kwestią podstawową jest analiza, jakimi prawodawcami są sądy, według jakich metod działają i w jaki sposób tworzą prawo.

Prawodawcza działalność sądu wyznaczona jest przez kilka cech charakterystycznych, które pozwalają odróżnić ją od prawodawcy politycznego: ścisły związek z konkretnym sporem i indywidualnymi stronami, bezstronność, neutralność, obowiązek zachowania i przestrzegania gwarancji proceduralnych oraz oczekiwania na wytoczenie sprawy (sądowa pasywność). Sąd w przeciwieństwie do legislatora nie może z własnej inicjatywy przejmować spraw do wydania orzeczenia: musi oczekiwać na inicjatywę stron (*nemo iudex sine actore*). Są to warunki fundamentalne (podlegające proceduralnej specyfikacji na poziomie bardziej szczegółowym), które decydują o odrębności orzeczniczego procesu prawodawczego. Prawodawcza funkcja przejawia się także w rozważaniach sądu zawartych w *obiter dicta*. Wówczas nie ma związku z konkretnymi okolicznościami

41 M. Cappelletti, *The Judicial Process...*, s. 31 i n.

sprawy i stronami, a sąd posługuje się językiem bardziej ogólnym, który zawiera elementy wychodzące poza stan faktyczny danej sprawy.

Adekwatna analiza roli sądów w społeczeństwie powinna więc charakteryzować się elastycznością i gotowością do przewartościowania pewnych powszechnie przyjętych aksjomatów. Zgodnie z poglądem tradycyjnym powołaniem sądów jest rozstrzygnięcie sporów (udzielanie ochrony prawnej) i występowanie jako bezstronny arbiter wobec skonfliktowanych stron („sąd jako koncyliator i rozjemca”)⁴². Takie rozumienie roli sądów należy jednak do przeszłości, a jego dalsze propagowanie oznacza niedostrzeżenie zmian, jakie zachodzą w strukturze społecznej i w prawie⁴³. Nie chodzi o bezsporny fakt, czy sądy faktycznie wpływają na porządek społeczno-polityczny, ale czy mogą partycypować w kształtowaniu określonej wizji porządku polityczno-prawnego, a w razie potrzeby zmieniać istniejące prawo. Sądy przestają występować jako oceniające zachowanie innych aktorów, ale stają się partnerami w stanowieniu prawa⁴⁴. Określają standardy, które powinny być przestrzegane w przyszłości jako kryteria oceny działań tych aktorów⁴⁵. Zadaniem sądu może być także współkonstruowanie systemu prawnego, który pozwala osiągnąć

założone cele w poczuciu pewności prawa („sąd jako motor zmian”). Sąd reprezentuje także i promuje trwałe wartości, według których funkcjonuje wspólnota. Wyjaśnia ich wagę oraz chroni ich status. Postępując w ten sposób, przyczynia się do powstania kultury politycznej wspólnoty („sąd jako depozytariusz i promotor wartości”)⁴⁶. Spełnia funkcję edukacyjną: to jego głos, a nie głos parlamentu, jest głosem prawa.

Władza sądownicza została przez Monteskiusza trafnie nazwana potęgą sądenia (*puissance de juger*). Jest jednak paradoksalne, że ten termin był rozumiany przez autora *O duchu praw* w sposób nieoddający w pełni znaczenia władzy sądowniczej w systemie podziału władzy (sędzia to jedynie *bouche qui prononce paroles de la loi*)⁴⁷, podczas gdy odwołanie do „potęgi sądenia” już intuicyjnie konotuje znacznie szersze i ambitniejsze rozumienie roli sędziego. Wpływ precedensu i przestrzeganie *stare decisis* powoduje, że sędzia dodaje do zastanego tekstu, wzbogaca system, zmienia go w porównaniu z tym, co miał do dyspozycji w momencie rozstrzygnięcia sprawy.

Powołaniem prawa jest kontrola władzy przez słowa: ktoś, kto dodaje do słów, tym samym dodaje do prawa⁴⁸. Tymczasem Monteskiusz nie do końca zrozumiał specyfikę systemu angielskiego, na którym wzorował się, opracowując swoją teorię rozdziału władzy. Wydaje się, że pominął milczeniem wagę i znaczenie precedensu

42 M. Shapiro, *Judicial power...*, a także klasyczna analiza: M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1981.

43 O tych zmianach szeroko Chevallier J., *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, „Revue du droit public” 1998 nr 3, s. 659. W literaturze polskiej w szczególności zob. refleksje A. Kozaka, *Postnowoczesna koncepcja prawa [w:] Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Nowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007, s. 67.

44 Termin za: A. Barak, *The Judge in a Democracy...*, s. xvii.

45 J. Scott, S. P. Sturm, *Courts as Catalysts: Re-thinking the judicial role in new governance*, „Columbia Journal of European Law” 2006–2007 nr 13, s. 569–570 i n.

46 A. Barak, *The nature of judicial discretion and its significance for the administration of justice [w:] Judicial Discretion in European Perspective*, red. O. Wiklund, Sztokholm 2003, s. 21.

47 K. M. Schönfeld, *Rex, Lex et Iudex: Montesquieu and la bouche de la loi revisited*, „European Constitutional Law Review” 2008 nr 4, s. 274.

48 L. Claus, *Montesquieu's mistakes and the true meaning of separation*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2005 nr 25, s. 419, a także: <http://www.ssrn.com/abstract=558816>

sądowego dla ewolucji prawa⁴⁹. Precedensowe rozstrzygnięcie jednej sprawy ma wpływ na inne podobne, a sędzia przestaje być jedynie ustami ustawy. Dzięki precedensowi następuje transformacja systemu rozstrzygania indywidualnych spraw w sądowe stanowienie prawa. W przypadku racjonalności proceduralnej sędzia korzysta z dyskrecjonalności, ale jest to inny rodzaj dyskrecjonalności w porównaniu z sędzią ważącym zasady. Sądowa dyskrecjonalność to *kompetencja sędziego do dokonania wyboru spośród wielu możliwych, z których każdy jest zgodny z prawem w kontekście porządku prawnego*⁵⁰. Ta możliwość i prawo dokonania wyboru, gdy konkuruje kilka możliwych rozwiązań, to przejaw rozważanej już powyżej dyskrecjonalności sądowej. Przy racjonalności proceduralnej granice dyskrecjonalności definiujemy wobec systemu. Sam sąd jest ograniczeniem tego, co może zrobić. To instykt sędziego decyduje o tym, czy dokonany wybór mieści się w granicach systemu prawa.

Czasami tzw. test wspólnoty prawników jest wskazywany jako probierz prawidłowości dokonanego wyboru⁵¹. „Wspólnota prawników” obejmuje osoby znajdujące się na prawie, które sąd-prawodawca musi przekonać, że jego orzeczenie pasuje do systemu prawa lub stanowi przejaw jego akceptowalnego rozwoju⁵². Chodzi o sędziów unijnych, praktyków oraz przedstawicieli doktryny. Odbiór przez tę wspólnotę jest istotnym ograniczeniem sędziowskiej

dyskrecjonalności i elementem ją racjonalizującym. Ograniczenia mogą mieć charakter: proceduralny (partycypacja, głos, sposób rozumowania, weryfikowalność dokonywanych wyborów), ustrojowy (obraz sędziego jako niezależnego i bezstronnego negocjatora), materialny (konkurencja zasad i wartości, wybory dokonywane między konkurencyjnymi zasadami). W wielu przypadkach mamy do czynienia z aktem kreatywnej wykładni prawa, który dopuszcza twórczy element w procesie interpretacji. Element niedoskonałości języka przepisów prawnych powoduje, że często nie ma jednego łatwego rozwiązania sprawy, pod uwagę trzeba wziąć wiele elementów, rozważyć za i przeciw określonej interpretacji. Interpretacja nie prowadzi do jednego, satysfakcjonującego wszystkich rezultatu i tylko jednej słusznej odpowiedzi. W ten sposób sądowa dyskrecjonalność jest logiczną konsekwencją tego niedoskonałego stanu rzeczy. Sędzia staje przed koniecznością wyboru, a my przed wyzwaniem zdefiniowania na nowo jego roli.

2.2. MODEL KOOPERACYJNY PRAWODAWCY UNIJNEGO

Powyższe rozważania natury ogólnej stanowią dobre wprowadzenie do analizy prawodawczej funkcji sądu unijnego i jego relacji z prawodawcą politycznym⁵³. Sposób podziału władzy w prawie unijnym wymaga stosownych modyfikacji klasycznej teorii podziału władzy⁵⁴. Tradycyjne koncepcje i rozumienie racjonalnego

49 Rozważania te należy koniecznie odczytywać w świetle precedensu i precedensowego oddziaływania przez sąd unijny na prawo i porządek prawny. O tym część II mojej *Filozofii unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit.

50 Definicja za: A. Barak, *Judicial Discretion*..., s. 7.

51 A. Barak, *Judicial Discretion*...

52 H. Schepel, R. Wesseling, *The legal Community: judges, lawyers, officials and clerks in the writing of Europe*, „European Law Journal” 1997 nr 3, s. 165.

53 Zob. także T. T. Konciewicz, *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Od „sądowego aktywizmu” do „europejskiej filozofii sądownictwa”*? [w:] L. Leszczyński, (red.), *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 3, Wykładnia prawa, Warszawa 2019.

54 Ch. Möllers, *European governance: Meaning and value of a concept*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43, s. 314.

prawodawcy⁵⁵ mają bardzo ograniczoną użyteczność w prawie unijnym, a stosowanie klasycznych (krajowych) kryteriów do oceny systemu instytucjonalnego Unii może być mylące⁵⁶. Wynika to przede wszystkim ze specyfiki podziału kompetencji i sfery właściwości między poszczególnymi instytucjami⁵⁷. W prawie unijnym nie obowiązuje podział władzy w sensie organicznym, ponieważ nie jest możliwe proste wskazanie, która z instytucji jest tylko prawodawcą, a która tylko władzą wykonawczą⁵⁸. Wynika to z faktu, że unijny system podziału władzy nie ma jednolitego charakteru i nie jest definiowany za pomocą jednej nadrzędnej zasady⁵⁹. Nie sposób kilku instytucji scharakteryzować według sztywnego schematu, skoro linia podziału między nimi nie ma charakteru precyzyjnego⁶⁰. Perspektywa musi mieć więc charakter przede wszystkim funkcjonalny: wyodrębniamy funkcję, którą

następnie identyfikujemy z jedną instytucją lub kilkoma instytucjami⁶¹.

Jeżeli chodzi o funkcjonalną definicję prawodawcy politycznego w prawie unijnym, to ma ona charakter niejednorodny: funkcja prawodawcza jest rozbita między Komisję, Parlament Europejski i Radę, a unijny prawodawca przypomina mityczną hydrę z wieloma głowami⁶². Na drugi plan schodzi pytanie „kto tworzy prawo?”, a na pierwszy wysuwa się „jak tworzy się prawo?”⁶³. Prawo unijne jest stanowione, w sensie powszechnie obowiązujących norm prawnych, jako wynik kompromisu między interesem wspólnym (Komisja i Parlament) a interesem państw (Rada). Kompetencja prawodawcza jest oparta na szczególnych przepisach Traktatu, które każdorazowo definiują, w jaki sposób prawo jest stanowione. Wpływ każdej instytucji jest pochodną sposobu określenia udziału poszczególnej instytucji w procesie stanowienia prawa, w obrębie którego każda instytucja korzysta z pewnej sfery autonomiczności wyznaczonej przez swoje niezależne i wyłączne kompetencje⁶⁴. Niezależność i wyłączność nie oznaczają jednak dowolności, ponieważ zostają połączone wspólnym mianownikiem w postaci nakazu działania w dobrej wierze, który wobec tak daleko posuniętej różnorodności ma dla prawodawcy politycznego szczególne znaczenie. W konsekwencji to w sieci powiązań instytucjonalno-kompetencyjnych poszukujemy odpowiedzi na pytanie, „kto jest prawodawcą w prawie unijnym?”. Celem nie jest więc zabieg wyodrębniania

55 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 161 i n.

56 Przykładowo G. Guillermin, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, „Journal de droit international” 1992 nr 119, s. 320 i obszerna literatura cytowana przez autora w przypisie 8.

57 Na temat specyfiki relacji instytucjonalnych w obrębie Unii V. Constantinesco, *Les Institutions Communautaires*, Europe Fasc. 200, w szczególności s. 11 i n.; P. Pescatore, *L'Executif Communautaire: Justification du Quadripartisme Institue par les Traités de Paris et de Rome*, „Cahiers de droit européen” 1978 nr 4, s. 387.

58 K. Lenaerts, *Some reflections on the separation of powers in the European Community*, „Common Market Law Review” 1991 nr 28, s. 13.

59 Podobnie orzecznictwo TS. Specyfika Unii powoduje, że władza prawodawcza nie może być przedstawiona za pomocą ogólnej zasady, ale raczej jest warunkowana różnymi przepisami Traktatu, które, kierując się przedmiotem regulacji, nadają kompetencje do stanowienia prawa poszczególnym instytucjom. Tak w sprawach połączonych 188–190/80, France, Italy, United Kingdom v. Commission, ECR 1982, s. 2545.

60 A. Barav, Ch. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris 1993, s. 473 i n.

61 K. Lenaerts, *Some reflections...*, s. 13 i n.

62 *The Unseen Hand. Unelected EU Legislators*, red. R. van Schendelen, R. Scully, London–Portland 2002, s. 9 i n.

63 A. Barak, *Judicial Discretion...*, s. 90.

64 V. Constantinesco, *Les Institutions Communautaires. Présentation générale*, Europe Fasc. 1989, 161–10, s. 18, 20.

kompetencji, ale wprost przeciwnie, tworzenie powiązań między instytucjami na płaszczyźnie zarówno funkcjonalnej, jak i proceduralnej w sferze tworzenia prawa. Rekonstrukcja podziału władzy oznacza przyjęcie założenia o stałych interakcjach między niezależnymi od siebie instytucjami⁶⁵. Występowanie nosicieli kompetencji władczych i dopuszczenie ich do wykonywania więcej niż jednej kompetencji może być uznane za prawdziwe zabezpieczenie przed arbitralnością i nadużyciem władzy⁶⁶. Na tym też polega istota systemu unijnego podziału kompetencji. Nie chodzi o to, czy w ramach podziału władzy jedna z instytucji korzysta z większych kompetencji i wpływów w porównaniu z pozostałymi⁶⁷, ale o wykluczenie koncentracji kompetencji w obrębie jednej instytucji i ingerowanie w sferę kompetencji pozostałych instytucji⁶⁸.

Specyfiką prawa unijnego jest także to, że oprócz wewnętrznego podziału w ramach funkcji prawodawczej musimy wspomnieć o prawodawcy konstytucyjnym, którym w prawie unijnym nadal są państwa członkowskie. Triada: Komisja – Parlament – Rada tworzy prawodawcę „zwykłego”, który stanowi prawo unijne w oparciu o mandat konstytucyjny zawarty w Traktacie. Tymczasem prawodawca konstytucyjny

65 Relacje międzyinstytucjonalne porządkujemy więc na podstawie szczegółowej analizy konkretnych przepisów, które przewidują kompetencje do stanowienia praw i procedury. Szerzej J. A. Usher, *The Institutions of the European Union*, London 1998.

66 Ten aspekt został zlekceważony przez Monteskiusza, o czym wnikliwie pisze cytowany już L. Claus, *Montesquieu's mistakes...*, s. 419. Tekst dostępny także na stronie: <http://www.ssrn.com/abstract=558816> (dostęp: 25.01.2020 r.).

67 W tym sensie nie ma równowagi między instytucjami. Zob. także R. Bieber, *The settlement of institutional conflicts on the basis of Article 4 of the EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1984 nr 21, s. 518.

68 A. Barav, Ch. Philip, *Dictionnaire juridique...*, s. 474.

zachowuje ostateczną kompetencję do zmiany poszczególnych elementów systemu i nowego rozłożenia akcentów. W ten sposób może ingerować w to, jak zorganizowana jest równowaga wewnątrz prawodawcy zwykłego⁶⁹. Prawodawca konstytucyjny zaznacza więc swoją obecność w podwójnym charakterze. Z jednej strony jest pośrednio obecny na etapie tworzenia wtórnego prawa unijnego (interesy państw reprezentuje Rada) i wówczas występuje jako jeden z elementów wchodzących w skład prawodawcy zwykłego, który jest skazany na kooperację i kompromisy. Z drugiej strony, gdy działa w charakterze prawodawcy konstytucyjnego *par excellence*, jego pole manewru jest znacznie większe. Ograniczeniem nie jest już lojalność wobec instytucji, ale lojalność wobec systemu i podtrzymanie jego ciągłości. Te uwagi porządkujące są istotne, ponieważ gdy prawodawca sądowy konfrontuje prawodawcę politycznego, mierzy się zarówno z prawodawcą zwykłym, jak i konstytucyjnym. Różnica polega jedynie na szybkości reakcji. Wobec sądu reaguje zazwyczaj prawodawca zwykły, który pozostaje jego głównym interlokutorem. Reakcja jest nie tylko ewentualnością, ale i obowiązkiem, ponieważ system funkcjonuje prawidłowo tylko wówczas, gdy przepływ informacji ma charakter dwukierunkowy: od sądu do prawodawcy i *vice versa*. Tymczasem prawodawca konstytucyjny jedynie wyjątkowo (na etapie zmiany traktatów) bezpośrednio włącza się w proces komunikacji z sądem. Wówczas jest to sygnał, że ten prawodawca uznaje potrzebę ponownego przewartościowania swoich relacji z sądem.

69 J. P. Jacqué, *The principle of institutional balance*, „Common Market Law Review” 2004 nr 41, s. 387 i n.

Obok tak rozumianego prawodawcy w obrębie prawa unijnego występują także tzw. niewybieralni prawodawcy, którzy swoją niewidzialną ręką sterują i wpływają na proces decyzyjny⁷⁰. „Niewidzialna ręka” nie oznacza, że działanie ma charakter wirtualny, nieweryfikowalny i niepoddający się wartościowaniu. Użycie tego terminu ma raczej podkreślić, że chodzi o konieczność odejścia od klasycznego myślenia wyznaczonego paradygmatem trójpodziału władzy. Terminy „sądowe ustawodawstwo” (*judicial legislation*) lub „sądowe tworzenie prawa” (*judicial lawmaking*) podkreślają aspekt funkcjonalny, a nie instytucjonalny⁷¹. Poszerzenie dyskursu o niewidzialnego prawodawcę jest konsekwencją akceptacji, że stosowanie i interpretacja prawa unijnego nie są procesami automatycznymi, polegającymi na wprowadzaniu „argumentów prawnych do komputera i oczekiwaniu na poprawną odpowiedź, która pojawia się na ekranie”⁷². Sędziowie muszą być kreatywni, poszukując rozwiązania problemów pojawiających się w rozstrzyganych sprawach. Gdy przepis ma charakter otwarty, jest niejasny, możliwych jest kilka decyzji interpretacyjnych, wówczas sędzia unijny musi na swoją funkcję spojrzeć konstruktywnie. Nie każde jednak odejście od sensu językowego przepisu musi być od razu uważane za wykładnię niezgodną z prawem. Prawo może zezwalać na odstąpienie od wyraźnego sensu językowego nie tylko wtedy, gdy interpretacja językowa

prowadzi *ad absurdum*, lecz także w tych sytuacjach, gdy interpretacja językowa oznaczałaby przyjęcie rozstrzygnięć rażąco niesprawiedliwych. Wykładnia kreatywna może być np. uzasadniona dążeniem do zapewnienia zgodności wykładni z aktem prawnym wyższego rzędu (np. konstytucją, traktatem). Do przekroczenia tej granicy niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych. Gdy sąd postępuje w ten sposób, staje się „niewidzialnym prawodawcą”: tworzy prawo poprzez jego rozwijanie⁷³.

2.3. PRAWODAWCZA FUNKCJA SĄDU UNIJNEGO

Konieczność nowego odczytania roli sądu jest szczególnie istotna w przypadku sądu unijnego. Wynika to ze *sui generis* ponadnarodowego charakteru tego sądu, specyfiki prawa unijnego⁷⁴, dynamizmu projektu integracyjnego⁷⁵ i zaufania, którym twórcy Traktatu obdarzyli Trybunał, podkreślając, że między „Traktatem” a „prawem” nie ma tożsamości⁷⁶.

Traktat rzymski o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej w wersji pierwotnej zawierał podstawowe elementy, które pozwalały już

⁷⁰ R. van Schendelen, R. Scully, *Introduction* [w:] *The Unseen Hand. Unelected EU Legislators*, red. R. van Schendelen, R. Scully, London–Portland 2002, s. 5 i n.

⁷¹ O tym A. Barak, *The Judge in a Democracy...*, s. 156; zob. też wcześniejszy tekst: A. Barak, *Judicial Law Making*, 13 *Mishpatim* 25, 1983.

⁷² D. T. Keeling, *In praise of judicial activism? But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practiced it?* [w:] Scritti in Onore di G. Federico Mancini, red. C. Gialdino, t. 2, s. 509.

⁷³ U. Everling, *On the judge-made law of the European Community's Courts* [w:] *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, red. D. O’Keeffe, A. Bavasso, Kluwer Law International 2000.

⁷⁴ Aby oddać tę specyfikę, można nawet mówić o „European way of law”. Zob. A. M. Slaughter, W. Burke-White, *The future of international law is domestic (or, the European way of law)*, „Harvard International Law Journal” 2006 nr 47(2), s. 327.

⁷⁵ Tak proroczo już ponad pół wieku temu pisał W. Feld, *The Court of Justice of the European Communities: New Dimension In International Adjudication*, The Hague 1964, s. 122.

⁷⁶ C. N. Kakouris, *La mission de la Cour...*, s. 36–37.

wówczas mówić o systemie prawa⁷⁷. Był to jednak system niedokończony, fragmentaryczny i niedoskonały, pełen odesłań do ogólnych koncepcji i zasad. Analiza preambuły Traktatu prowadzi jednak do wniosku, że celem państw było podpisanie traktatu, który byłby czymś więcej niż kolejną statyczną umową międzynarodową. Na tym tle unikatowość Trybunału Sprawiedliwości wynika z globalnego charakteru jurysdykcji, która oznacza poddanie jej wszystkich spraw znajdujących się w obrębie stosowania i obowiązywania Traktatu. Zalety instytucjonalne Trybunału przesądzające o jego potężnej pozycji są dodatkowo pochodną specyfiki sądów w postaci ich małej widoczności (*low visibility*), niewielkich stawek (*low particular stakes*) i inkrementalizmu (*case-by-case decision making*)⁷⁸. Sąd-prawodawca korzysta ze sfery dyskrecjonalności, w ramach której formułuje i egzekwuje swoje wybory. Delimitując granice dyskrecjonalności, należy brać pod uwagę specyfikę systemu, w obrębie którego funkcjonuje sąd, o którym piszemy. W przypadku Trybunału Sprawiedliwości wybory dyskrecjonalne są znacznie częstsze niż w przypadku innych sądów. Zawieszenie Trybunału między systemami prawnymi powoduje, że często musi on rozstrzygać problemy, które w systemach krajowych nie należałyby do kognicji sądowej. Na podstawie art. 267

⁷⁷ Tak J. Bengoetxea (*The scope for discretion...*, s. 80), który argumentuje: *the initial EEC-treaty (...) didn't simply consist of individual provisions, but it held a coherent body of rules, principles and powers. There was a kind of hierarchy (...). The EC-treaty first states the aims of the Community; it then mentions the objectives to be achieved; subsequently, it confers the powers to realize these objectives upon the institutions (...). This whole framework of rules and powers is put under the authority of the rule of law.*

⁷⁸ M. Shapiro, *The European Court of Justice. Of institutions...*, s. 3. Dodajmy tu istotną okoliczność, że fundamentalne orzeczenia TS transformujące traktat w tekst konstytucyjny nie wywołały większego oporu ze strony państw członkowskich.

TFUE Trybunał nie rozstrzyga tylko sporu między stronami, ale rozstrzyga autorytatywnie o interpretacji i ważności prawa unijnego z mocą dla wszystkich sądów krajowych.

Wszystko to oznacza konieczność przewartościowania roli sądu unijnego i poszukiwania nowego języka, który jest w stanie adekwatnie wyrazić przewartościowanie zastanego stanu. Były sędzia Trybunału D. Edward argumentował: *W pewnych sytuacjach słowa bowiem przestają być narzędziami adekwatnymi w procesie analizy prawniczej. Istniejące kategorie prawne muszą zostać rozciągnięte i ponownie zdefiniowane, aby sprostać nowym problemom, przed którymi stoimy. Prawnik, który nie jest w stanie w ten sposób dostosować swojego słownika, zaakceptować nowych pomysłów oraz ich wykorzystać, jest jak rzemieślnik bez narzędzi*⁷⁹. Trybunał jest instytucją, która nie tylko znajduje się w nowym centrum przyciągania, ale je definiuje⁸⁰. „Centrum przyciągania” oznacza, że lojalność wyznaczona przez dominujące dotąd granice państwowe i interesy zamknięte w obrębie tych granic zostaje przekształcona w lojalność wobec nowego centrum przyciągania, które coraz intensywniej oddziałuje na swoje bezpośrednie otoczenie. Trybunał nie występuje jedynie jako podmiot współkonstruujący, ale często przede wszystkim dekonstruujący system prawa unijnego. Jest stale konfrontowany z sytuacją współistnienia i współzawodnictwa niezależnych

⁷⁹ D. A. O. Edward, *Opening speech* [w:] *European Ambitions of the National Judiciary*, red. R. H. M. Jansen, D. A. C. Koster, R. F. B. van Zutphen, Deventer 1997, s. 17.

⁸⁰ L. Azoulai, *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2008 nr 44(1), s. 30.

porządków prawnych⁸¹. Zmiana języka zmusza z kolei do przemyślenia dominujących dotąd aksjomatów na temat wzajemnych zależności wewnątrz i na zewnątrz systemu prawnego. Dla nas może on być centrum, dla innych z kolei to jedynie peryferia⁸². Podejście globalne i strukturalne pozwoliło sądowi odgrywać kreatywną rolę w zapewnieniu systemu na poziomie najbardziej elementarnym, który gwarantuje ochronę wartości o charakterze podstawowym, takich jak swobodny przepływ towarów czy niedyskryminacja⁸³, a dzisiaj praworządność, i zapewnia, że elementy rozrzucone są związane w spójną całość. Prawodawca orzecznicy wprowadza więc w obręb systemu koherencję, tak aby integracja mogła mieć charakter nie tylko symboliczny, lecz przede wszystkim rzeczywisty. Ograniczenie integracji do symboliki oznaczałoby, że jest ona jedynie narzędziem politycznej gry i manipulacji, uznanie natomiast jej wymiaru efektywności podkreśla, że proces ma funkcjonować i przynosić wymierne rezultaty.

Sądy zawsze postępują tak, jak gdyby normy prawne, na podstawie których wyrokują, były uprzednie wobec konfliktu. W ten sposób maskują swoją funkcję prawodawczą, ponieważ kontrola legalności prawa zawsze jest związana ze spełnianiem funkcji prawodawczej. Często sąd musi sam stworzyć nową normę, która pozwoli rozstrzygnąć sprawę zawisłą. Martin Shapiro pisze, że

⁸¹ K. Schiemann, *Europe and the loss of sovereignty*, „International Comparative Law Quarterly” 2007 nr 56, s. 487.

⁸² O tym szeroko P. Eleftheriadis, *Cosmopolitan law*, „European Law Journal” 2003 nr 9, s. 241.

⁸³ P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge* [w:] *Rechtsvergleichung, Europarecht and Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, red. G. Lüke, G. Ress, M. R. Will, Köln-Berlin-Bonn-München 1991, s. 561.

pewien ułamek dyskrecjonalności prawodawczej jest inherentny w kontroli sądowej, ponieważ funkcja prawodawcza sądu jest nierozzerwalnie związana z rozstrzyganiem sporów przed podmiot trzeci⁸⁴. To zjawisko nabiera szczególnego nasilenia w Trybunale, gdyż, co już podkreślono, to sąd wskazuje, w jaki sposób dyskrecjonalność pozostałych instytucji jest zarówno ograniczona przez Traktat, jak i upoważniona na mocy Traktatu⁸⁵. Dyskrecjonalność sądu ma charakter wiążący dla pozostałych instytucji, ale nie *vice versa*. Dzięki dyskrecjonalności Trybunał nie tylko nadzoruje działania innych instytucji, lecz także rozwija prawo. Dzięki specyfice usytuowania instytucjonalnego i materiału normatywnego, na podstawie którego orzeka, Trybunał częściej niż inne sądy występuje jako prawodawca. Orzeczenie Trybunału promieniuje poza stan faktyczny danej sprawy i wiąże wszystkich, którzy działają w obrębie prawa unijnego. W ten sposób sędzia za pomocą swojej „legislacji sądowej” działa jako prawodawca wobec systemu i jednocześnie w jego ramach.

Dyskrecjonalność sądu z kolei jest związana ze wspólnotą prawników, która spełnia funkcję probierza prawodawczego działania sądu-prawodawcy. Akceptacja przez wspólnotę sposobu korzystania z dyskrecjonalności może być jednak zawodna w sytuacji, gdy sama wspólnota jest podzielona co do pożądanego rezultatu. Ostrożność w tym zakresie jest wskazana zwłaszcza w kontekście prawa unijnego, gdyż wspólnota europejskich prawników

⁸⁴ Szeroko M. Shapiro, *The European Court of Justice* [w:] *The Evolution...*, red. P. Craig, G. de Búrca.

⁸⁵ J. Bengoetxea, *The scope for discretion...*, s. 54.

nie ma charakteru jednorodnego⁸⁶. Niemniej jednak wspólnota może przyczynić się do zwiększenia refleksyjności po stronie sędziów, zwłaszcza w sytuacji paradoksu wyrażonego pytaniem: „kto kontroluje kontrolerów?”⁸⁷.

Rozumiejąc judycjalizację jako proces, a nie spójną całość⁸⁸, prawodawca sądowy działa komplementarnie wobec prawodawcy politycznego i wykorzystuje element niepewności prawa (to strategia często zresztą spotykana u prawodawcy politycznego)⁸⁹. Element niepewności jest inherentnie związany z prawem, ponieważ dopóki nie możemy przewidzieć przyszłości, dopóty język nie pozwala na generalizacje, które obejmują wszystkie relewantne sytuacje. Niepewność prawa jest elementem, z którym musimy nauczyć się żyć⁹⁰. Fakt, że prawo jest nieokreślone, stanowi ważne uzasadnienie przekazywania coraz to nowych kompetencji sądom⁹¹. Prawodawcza funkcja sądu unijnego jest niczym innym, jak konsekwencją i wyrazem niepewności prawa. Stawia ona sąd w uprzywilejowanej pozycji, skoro daje mu kompetencję

do dokonania wyboru w tych wszystkich sprawach, które zostały nierozstrzygnięte przez państwa.

Te uwagi mają znaczenie dla zaproponowanego tutaj modelu kooperacji prawodawcy. Ten model stanowi nie tylko próbę odpowiedzi na niedoskonałość i niepewność dzisiejszego prawa⁹² oraz języka, w którym prawo jest wyrażane, ale jest także potwierdzeniem, że działalność każdego sądu ma miejsce w określonym otoczeniu instytucjonalnym i społecznym. Jest uwarunkowana wieloma czynnikami towarzyszącymi sądownictwu, takimi jak specyfika spraw rozstrzyganych przez dany sąd, ich znaczenie społeczne określane przez pryzmat interesów, które wchodzi w grę, adresatów, do których orzeczenia są adresowane, oraz ich reakcji, a także tradycji prawnej. Sądy zawsze stoją przed koniecznością dokonania wyboru między kilkoma sposobami interpretacji prawa właściwego, ale czynią to, świadomie lub nieświadomie, będąc pod wpływem tych okoliczności.

Orzeczenie sądu zawsze zapada w określonych uwarunkowaniach społecznych i wywołuje społeczne konsekwencje⁹³. Sędziowie nie mogą udawać, że orzekają w próżni. Sędzia staje się sędzią zaangażowanym, który nie tylko absorbuje sprawę mu przekazywaną, lecz także inicjuje, katalizuje zmiany w swoim bezpośrednim otoczeniu⁹⁴. Sędziowie są konfrontowani z *odwiecznym konfliktem między pewnością*

86 H. Schepel i R. Wesseling podają następującą definicję: *those knowledgeable in law to which the Court has to show how the decision is made fits into the general framework of the law or is an acceptable development of it* – H. Schepel, R. Wesseling, *The legal Community...*, s. 165. J. H. H. Weiler precyzuje, że chodzi o sędziów (Trybunału, Sądu i krajowych), praktyków i przedstawicieli nauki – J. H. H. Weiler, *A quiet revolution. The European Court of Justice and its interlocutors*, „Comparative Political Studies” 1994 nr 26, s. 510.

87 M. Cappelletti, *The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis*, „Monash University Law Review” 1981–1982 nr 8, s. 15.

88 C. B. Harrington, *Review of Martin Shapiro and Alec Stone Sweet on law, politics and judicialization*, „International Journal of Constitutional Law” 2004 nr 2, s. 561.

89 O zjawisku nieokreśloności w prawie zob. J. J. Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Springer 1998.

90 A. Barak, *The nature of judicial discretion...*, s. 19.

91 A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press 2004, s. 9.

92 T. C. Hartley, *Five forms of uncertainty in the European Community legal order*, „Cambridge Law Journal” 1996 nr 55, s. 265.

93 J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford–New York 1993, s. 82. Autor podkreśla, że *court's action may be understood in the same way as any other social action*.

94 J. Scott, S. P. Sturm, *Courts as Catalysts...*, s. 565.

*prawa zaspokajaną najlepiej przez prawo pisane i interpretację literalną a dążeniem do osiągnięcia ideału sprawiedliwości, który wymaga od sędziego np. innego podejścia do prawa pisanego*⁹⁵. To „inne podejście” nie może być jednak podejściem jednostronnym, promującym tylko i zawsze jedną wartość.

Jak już wykazywałem, prawo unijne odrzuca podejście oparte na istnieniu jednej uniwersalnej reguły, która systematyzowałaby wybory sędziów skonfrontowanych z sytuacją niepewności i oczekiwaniem audytoriów na trafny rezultat. Raczej sąd-prawodawca poszukuje racjonalnych kompromisów, tak aby odzwierciedlić kompleksowość wartości i interesów, które wchodzi w grę w procesie tworzenia „jak najściślejszej unii pomiędzy narodami Europy”. Sąd-prawodawca przyjmuje pozycję konstruktywną w procesie interpretacji. Interpretuje system prawa, tak aby uczynić zeń najlepszy z możliwych. Wykorzystuje w najpełniejszy sposób to, czym dysponuje⁹⁶. W ten sposób interpretacja konstruktywna sędziego-prawodawcy polega na dokonaniu i uzasadnieniu wyborów między kolidującymi argumentami, regułami, wartościami, zasadami i politykami i w sposób niezbędny dopełnia zrekonstruowaną wyżej „wspólnotową rozumność”.

W procesie integracji rola sędziego ma charakter komplementarny wobec prawodawcy unijnego. Z racji otwartości tekstu i prymatu celów sędziowie unijni w sposób naturalny preferują interpretację nakierowaną na

cel, w której na pierwszy plan musi wysuwać się wizja zapewnienia, aby system w świetle celów i przy niedoskonałościach zapisów traktatowych mógł funkcjonować. Komplementarność jest regułą, która funkcjonuje jednak w obie strony: nie tylko sędziowie są komplementarni wobec prawodawcy, lecz także prawodawca może spełniać funkcję subsydiarną wobec sędziów. Wówczas jego zadanie polega na wypełnianiu treścią *wielkiego planu zarysowanego przez twórców Traktatu i podlegającego interpretacji sądowej*⁹⁷. Kompetencja dokonywania interpretacji Traktatu, który, cytując słowa sędziego Pescatore, jest „prześlągnięty celami”, stawa Trybunał w pozycji uprzywilejowanej, ponieważ musi być brana pod uwagę zarówno przez pozostałe instytucje realizujące cele Traktatu w swoim własnym zakresie i na podstawie przyznanych kompetencji, jak i przez państwa członkowskie.

Sąd-prawodawca zmienia reguły gry i w konsekwencji jego audytorium prawnicze muszą swoje działanie dopasować do nowego stanu rzeczy. Alternatywą jest ingerencja polegająca na odwróceniu zmian i przywróceniu przez prawodawcę konstytucyjnego stanu sprzed sądowego przewrotu. Tak eksponowane tutaj szczególne usytuowanie instytucjonalne Trybunału powoduje, że aktualne staje się rozróżnienie na zamiar komunikowany słowami i zamiar wprowadzany w życie. Parafrazując Johna L. Austina, groźba, że prawodawca konstytucyjny odwróci konsekwencje orzecznictwa, jest komunikowana w celu wypowiedzenia określonych słów,

⁹⁵ C. N. Kakouris, *La mission de la Cour...*, s. 36.

⁹⁶ Nawiązuje to do teorii interpretacji R. Dworkina wyznaczonej dążeniem do *making the best sense of what you have before you*. Zob. R. Dworkin, *Law as interpretation*, „Texas Law Review” 1982 nr 60, s. 527; S. Guest, *Ronald Dworkin*, Edinburgh 1997, s. 8.

⁹⁷ A. Easson, *Legal approaches to European integration: The role of court and legislator in the completion of the European common market*, „Journal of European Integration” 1989 nr 19, s. 116.

nie w celu zrobienia czegoś⁹⁸. Każda modyfikacja zakłada kreatywność, ale nie każda kreatywność oznacza modyfikację systemu. To istotne zastrzeżenie, gdyż bez niego każdy przejaw sądowej kreatywności oznaczałby zmianę systemu, a tym samym wszelkie linie demarkacyjne straciłyby rację bytu⁹⁹. Chodzi o fundamentalną zmianę systemu w drodze orzecznictwa, która przesądza tożsamość i los systemu. W jej wyniku powstaje nowy podział władzy. Inne są ograniczenia i funkcje poszczególnych aktorów, nawet jeżeli sami o tym jeszcze nie wiedzą. Dopiero z upływem czasu aktorzy poznają dalekosiężne skutki wyroku: otwarcie dla progresywnej integracji, w obrębie której sąd zajmuje szczególnie miejsce i czuwa nad swoją kreacją. Przykładowo uznanie bezpośredniego skutku, a następnie pierwszeństwa prawa unijnego nie tylko zmieniło charakter prawa unijnego¹⁰⁰, ale także wywarło istotny wpływ na jurysdykcję sądów krajowych¹⁰¹. Dzięki art. 267 TFUE (zwornikowi systemu i podstawie sądowego dialogu) prawo unijne modyfikuje klasycznie rozumiany zasięg kompetencji sądów, prowadząc do

ich wzmocnienia względem pozostałych organów państwa¹⁰².

Kooperacyjne ujęcie unijnego prawodawcy zmierza do stworzenia modelu dla analizy wolnej od subiektywnych zarzutów o krytykowany wyżej sędziowski aktywizm. W modelu kooperacyjnym kreatywność sądu nie jest wcale zjawiskiem negatywnym, ale raczej wynikiem pragmatycznej oceny rzeczywistości znaczonej przypadkami, w których prawodawca polityczny nie może (czasami po prostu nie chce) objąć regulacją wszystkich dziedzin życia. Wtedy pozostaje sąd działający jak prawodawca, który – gdy tekst przepisu nie zawiera kryteriów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy – musi albo zwrócić się w stronę elementów systemowych i zasad strukturalnych i tam odnajdywać substrat normatywny do pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy¹⁰³, albo stwierdzić niemożność rozstrzygnięcia jako prawodawca orzecznicy. Ta druga opcja (z pewnością mniej satysfakcjonująca z perspektywy stron) jest jednak niezbędnym elementem modelu kooperacyjnego, w którym prawodawca orzecznicy i prawodawca polityczny wsłuchują się w sygnały płynące od siebie nawzajem i respektują ograniczenia swojego mandatu. W tym sensie koegzystencja prawodawców w prawie unijnym przypomina proces „uczenia się” konsekwencji swojej obecności i dopuszczalnych granic interwencji. Bezwzględny ton wyroków Trybunału tylko pozornie wskazuje, że w sprawie

98 J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford 1975. Ostatnio klasycznego przykładu rozróżnienia na „co – jak” sąd unijny przekazuje jest wyrok Trybunału z 19.11.2019 r. w sprawie polskiej neo-KRS.

99 W tym też duchu polemicznie W. Sadurski, *Juridical Coups d'état – all over the place. Comment on „The Juridical Coup d'état and the problem of authority” by Alec Stone Sweet*, „German Law Journal” 2007 nr 8(10), s. 936, który słusznie wskazuje wątpliwości i problemy w odnalezieniu prawdziwej intencji prawodawcy.

100 E. Stein, *Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution*, „American Journal of International Law” 1981 nr 1, s. 1; J. H. H. Weiler, *Transformation of Europe...*, s. 2403.

101 Ch. Boch, R. C. Lane, *Community law in national courts: a continuing contradiction*, „Leiden Journal of International Law” 1992 nr 5, s. 171.

102 R. Barents, *The preliminary ruling procedure and the rule of law in the European Union* [w:] *European Ambitions of the National Judiciary*, red. R. H. M. Jansen, D. A. C. Koster, R. F. van Zutphen, The Hague–Boston 1997.

103 P. Pescatore, *La carence du législateur...*, 1983, s. 576–577.

jest tylko jedno słuszne rozstrzygnięcie¹⁰⁴. Tymczasem zanim Trybunał-prawodawca wypełni swoją interwencją określone pole, najpierw testuje i bada (stąd: inkrementalizm orzeczniczy)¹⁰⁵. Ten element stopniowości i poznawania jest warunkiem koniecznym utrzymania tezy o racjonalności sądowego prawodawcy¹⁰⁶.

Orzecznictwo Trybunału musi być oceniane z tej perspektywy tym bardziej dzisiaj. W sytuacji, gdy prawo unijne dociera do kolejnych dziedzin życia i wkracza zdecydowanie w sferę objętą dotąd przez kompetencję krajowego ustawodawcy, proces orzeczniczy musi bardziej niż w przeszłości dążyć do wyważenia interesów zarówno

krajowych, jak i unijnych, ogniskowanych w procesie integracji¹⁰⁷. Orzecznictwo Trybunału w sprawach polskiego wymiaru sprawiedliwości jest jedynie ostatnim przykładem, jak inkrementalizm działa w rzeczywistości orzeczniczej, jak sąd-prawodawca kalibruje starannie każdy nowy krok, tak aby znaleźć to tempo, które zapewni, że cel podróży (unia i wspólnota prawa) pozostaje bez zmian.

Nie chodzi tylko o proste stwierdzenie, kto ma rację, ale o dostrzeżenie, że orzeczenie sądu będzie wywierać wpływ na innych. Nasza akceptacja Trybunału – jako specyficznego prawodawcy, funkcjonującego w wielopoziomowym, wewnątrznie zróżnicowanym i *sui generis* systemie opartym na szczególnym podziale kompetencji i odpowiedzialności¹⁰⁸ – jest warunkiem minimalnym dla zrozumienia roli sądu w prawie unijnym. Trybunał-prawodawca musi umieć komunikować się z aktorami funkcjonującymi w sferze unijnej, na których jego orzecznictwo nieustannie wpływa. Założenie o komunikacji swoich idei i koncepcji musi prowadzić do przyjęcia procesu dwukierunkowego oddziaływania.

Ewolucja od Wspólnot do Unii opiera się skomplikowanemu oddziaływaniu wzajemnym, dialogu, wymianie myśli między prawodawcą sądowym i aktorami. Proces polityczny wpływa na Trybunał, a Trybunał kształtuje na wiele sposobów i z różną intensywnością proces polityczny. Każda ingerencja prawodawcy sądowego

¹⁰⁴ M. Lasser pisze, że wyrok tworzy wrażenie imperialnej pewności, tak jak gdyby inne rozwiązanie w ogóle nie wchodziło w grę – M. Lasser, *Anticipating three models of judicial control. Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, „Harvard Jean Monnet Working Paper” 2003 nr 1, s. 40–41.

¹⁰⁵ Klasycznego (ale nie jedyne) przykładu dostarcza sposób, w jaki Trybunał – krok po kroku i w sytuacji braku przepisów prawa wtórnego – zrekonstruował prawodawczo europejski rynek usług medycznych. Zob.: P. Cabral, *The internal market and the right to cross border medical care*, „European Law Review” 2004 nr 29, s. 673; A. Dawes, *Bonjour Herr Doctor: National healthcare systems, the internal market and cross-border medical care within the European Union*, „Legal Issues of Economic Integration” 2006 nr 33, s. 167; Ch. Newdick, *Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43, s. 1645; *Editorial. Towards an improved framework for cross-border Healthcare*, „Common Market Law Review” 2008 nr 45, s. 1325. Podobnie dynamika integracji była jednym z motywów przewodnich orzecznictwa dotyczącego dostępu do szkolnictwa wyższego w braku wyraźnych przepisów traktatowych. Trybunał występował wobec prawodawcy jako katalizator i *idea-giver*. Szerzej: K. Lenaerts, *Some thoughts about the interaction between judges and politicians*, „University of Chicago Legal Forum” 1992 nr 1, w szczególności s. 118–119.

¹⁰⁶ W tym kontekście kluczową rolę wspomagającą odgrywa rzecznik generalny – dzięki jego opiniom Trybunał delimituje intensywność i granice swojej prawodawczej ingerencji. O różnych aspektach tej funkcji rzecznika zob. N. Burrows, R. Greaves, *Advocate General and EC Law*, Oxford 2007.

¹⁰⁷ H. Rasmussen trafnie opisywał strategię Trybunału jako „give and take” – zob. H. Rasmussen, *On Law and Policy of the European Court of Justice*, Dordrecht 1986, s. 136–137.

¹⁰⁸ I. J. Sand, *Understanding the new forms of governance: Mutually interdependent, reflexive, destabilised and competing institutions*, „European Law Journal” 1998 nr 4, s. 271; Ch. Möllers, *European governance...*, s. 313.

i politycznego następuje w określonym układzie faktycznym i instytucjonalnym, jest odpowiedzią na impulsy, które doń docierają z zewnątrz. Element kalkulacji po stronie prawodawcy sądowego musi być zawsze obecny, ilekroć prawodawca sądowy wprowadza w obręb systemu prawnego nowość normatywną. W wyniku tego procesu dodawany zostaje każdorazowo nowy poziom *acquis communautaire*, z nowymi liniami demarkacyjnymi, które odzwierciedlają dynamikę relacji między prawodawcą sądowym i politycznym¹⁰⁹. Zmiana poprzez dialog jest preferowana wobec zmiany poprzez działanie odwetowe. To ostatnie ma miejsce wówczas, gdy aktorzy nie są świadomi swoich racji, argumentów i granic, które przez innych aktorów są traktowane jako nieprzekraczalne. Wówczas działania aktorów są podejmowane w sytuacji nieświadomości wobec oczekiwanej odpowiedzi ze strony innych. Rezultatem jest eskalacja konfliktu. Punkt ciężkości znajduje się na poziomie jednostronnego działania wobec niekorzystnych faktów dokonanych, zamiast poszukiwania *modus vivendi* pozwalającego uprzędzić występowanie punktów zapalnych.

Podkreślając znaczenie dialogu i przepływu informacji dla modelu kooperacyjnego, doceniamy jednocześnie znaczenie faktycznej możliwości komunikacji między aktorami. Dialog będzie możliwy tylko wtedy, gdy zapewnimy warunki do efektywnej partycypacji dla prawodawcy politycznego w postępowaniu przed sądem. Jest to o tyle istotne, że partycypacja i argumentacja są coraz częściej postrzegane jako skuteczny instrument wpływania na

¹⁰⁹ W podobnym duchu K. Lenaerts, *Some thoughts about the interaction between judges and politicians*, „University of Chicago Legal Forum” 1992 nr 1, s. 94.

kierunek orzecznictwa i kształtowania pożądanego rezultatu. Partycypacja zaczyna spełniać funkcje narzędzia kontroli tempa integracji w miejsce klasycznej kontroli politycznej o charakterze zewnętrznym¹¹⁰. Aktorzy dostrzegają coraz większą rolę polityczną sądu, z którym muszą się liczyć, planując swoje strategie i działania¹¹¹. Widzą także, że forum sądowe pozwala na osiąganie własnych celów niezależnie od sfery politycznej¹¹². Nie chodzi jednak o partycypację defensywną (bronienie się przed zarzutami), ale o partycypację ofensywną (kształtowanie pożądanego kierunku orzecznictwa). Wielką zaletą prawa do partycypacji jest to, że przysługuje ono każdemu aktorowi, bez względu na znaczenie i wpływy polityczne. W tym sensie zaletą sali sądowej jest egalitaryzm.

Sama możliwość proceduralnej partycypacji jednak nie wystarcza. Partycypacja zakłada bowiem, że uczestnik procedury zmierza do rzeczywistej i efektywnej realizacji swoich celów w toku postępowania. W tym celu musi przemawiać językiem sądowego prawodawcy, jego metody argumentacji i dyrektywy interpretacji. Jedynie wtedy ma szansę, że jego stanowisko zostanie wysłuchane. Otwartość argumentacyjna prawodawcy jest konieczna w jego stosunkach z państwami członkowskimi i instytucjami, a także z krajowymi sądami

¹¹⁰ M. P. F. Granger, *When governments go to Luxembourg...: The influence of governments on the Court of Justice*, „European Law Review” 2004 nr 29(1), s. 4.

¹¹¹ Francuski urzędnik stwierdza wprost: *The Court is a political organ, which and within which we have to fight*. Cytuję za M. P. F. Granger, *When governments...*, s. 10.

¹¹² To ważne zastrzeżenie, ponieważ, jak już argumentowałem, zależności między prawodawcą sądowym i politycznym nie można sprowadzić do zastępowania jednego przez drugiego. Każdy ma swoją funkcję do spełnienia i w tym celu korzysta ze specyficznych dla siebie metod i instrumentów. Podobnie sala sądowa nie może występować jako „polityczny surogat”.

konstytucyjnymi. Tylko wtedy bowiem orzecznicy prawodawca zachowa zdolność oceny stopnia gotowości państw, instytucji i sędziów krajowych do przyjęcia proponowanej przez siebie interpretacji prawa unijnego. Tylko wtedy będzie wyaczał, gdzie znajduje się akceptowalna przez państwa granica procesu „europeizacji prawa”, której nie można przekroczyć bez jednoczesnego zagrożenia delikatnego stanu rzeczy opartego na pluralizmie wartości i interesów¹¹³. Jest to zadanie niezwykle trudne, zwłaszcza że czasami Trybunał musi, wbrew tym sygnałom, wydawać wyrok pryncypialny, ilekroć wchodzi w grę podtrzymanie procesu integracji oraz zagwarantowanie efektywności unijnego systemu ochrony prawnej. Prowadzi to często do problemów klasyfikacyjnych, skoro orzecznictwo odważne (przez przeciwników prawodawczej funkcji sądu unijnego zwane „aktywistycznym”) cały czas przeplata się z orzecznictwem ostrożnym („wstrzemięźliwym” dla krytykujących zbyt małą kreatywność sądu).

Trybunał-prawodawca rozumie, że dobrze wypełniana funkcja prawodawcza nie może oznaczać tylko orzekania według reguły: „w razie wątpliwości na rzecz integracji”. To właśnie prawodawczo działający Trybunał musi wyważyć swoje orzecznictwo,

¹¹³ Podobnie „europejskie” orzecznictwo sądów konstytucyjnych musi być gotowe na dialog oparty na rozumnych argumentach. Dlatego tak ważne jest, aby TS umiał przekonywać do swoich rozstrzygnięć. Z tej perspektywy kluczowe będzie rozstrzygnięcie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego skargi kwestionującej zasadność rozumowania Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Mangold. Zob. krytycznie o rozumowaniu tego Trybunału: *Editorial Comments. Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43, s. 1, a także o wadze sprawy zawisłej w niemieckim Trybunale: R. Herzog i L. Gerken cytowani w *Editorial Comments. The Court of Justice in the limelight – again*, „Common Market Law Review” 2008 nr 45, s. 1752.

tak aby orzecznictwo było akceptowalne. Doceniając specyfikę Trybunału, musimy zdawać sobie sprawę, że rzeczywista efektywność jego prawodawczej funkcji zależy od akceptacji orzecznictwa przez audytoria Trybunału. Bez współpracy ze strony aktorów (sądów, elity prawniczej) prointegracyjne orzecznictwo straci wiele na swoim zakresie oddziaływania, co w konsekwencji uderzy w efektywność prawa unijnego. Jeśli orzecznictwo nie będzie akceptowane lub będzie podawane w wątpliwość, zasięg jego oddziaływania zostanie w znacznym stopniu ograniczony.

W modelu kooperacyjnym prawodawcza funkcja Trybunału Sprawiedliwości nie ma charakteru jednolitego. Trybunał czasami działa jako motor integracji, czasami występuje jako katalizator, pomysłodawca (*idea-giver*) wobec pozostałych aktorów. Spełnianie tej funkcji oddaje specyfikę sądowego prawodawcy, którego orzecznictwo staje się refleksem wartości konstytuujących daną wspólnotę. Przypomina o ich wadze i je egzekwuje w sytuacji oportunistycznej, na co szczególną uwagę zwracał sędzia Pescatore, gdy przestrzegał przed państwami nastawionymi z góry na nieprzestrzeganie unijnego prawa, które w założeniu ma wiązać wszystkich¹¹⁴. W ten sposób precyzujemy termin „sądowy prawodawca” i uciekamy od intuicyjnych konotacji, które są zazwyczaj utożsamiane z „prawodawcą”. Model kooperacyjny i niejednorodność funkcji prawodawczej zakładają, że musimy mieć do czynienia z dialogiem między prawodawcą sądowym a politycznym i *vice versa*. Chodzi o racjonalizację prawodawczej funkcji sądu: sąd

¹¹⁴ Tak w komentarzu do art. 220 TWE: V. Constantinesco, J. P. Jacque, R. Cover, D. Simon, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, „Economica” 1992, s. 964.

jest zobligowany wytłumaczyć, dlaczego wydaje takie, a nie inne rozstrzygnięcie. Prawodawca sądowy nie może wszystkiego – istnieje granica, której nie powinien przekraczać. Model kooperacyjny nie przetrwa, gdy w miejsce dialogu, wysłuchiwania i poznawania swoich ograniczeń będziemy mieli do czynienia z narzuceniem swojej woli, w nadziei, że dyskrejcyjność stanowi bezpieczną granicę i obronę przed działaniem odwetowym. Sądowy prawodawca musi konfrontować, co może zrobić, z tym, co powinien zrobić w danych okolicznościach.

Sąd-prawodawca musi umiejętnie wykorzystywać system nie tylko w celu promowania integracji (aspekt pozytywny funkcji prawodawcy), lecz także egzekwowania ograniczeń, które podkreślają, że sąd-prawodawca nie powinien zdominować procesu integracyjnego¹¹⁵. Stała dynamika prawa unijnego ukazuje, że Trybunał musi umiejętnie reagować na sygnały z bezpośredniego otoczenia¹¹⁶. Wsłuchując się w te sygnały, prawodawca sankcjonuje prawodawcę politycznego (gdy ten wychodzi poza granice unijnego ładu konstytucyjnego), a także pozostawia w ramach tego ładu sferę niezbędną dla efektywnego funkcjonowania pozostałych aktorów.

Ujęcie systemu z perspektywy globalnej pozwala dostrzec, że system zawiera

zasady i interesy, które współistnieją ze sobą, a rzeczywisty zakres ich obowiązywania jest ustalany z uwzględnieniem obecności innych zasad i interesów. Prawodawca zapewnia więc koegzystencję poszczególnych elementów systemu. W tym sensie prawodawcza funkcja sędziego nie jest wykonywana w próżni i nie stanowi aktu jednostkowego. Jest elementem systemu i z tego systemu czerpie.

Istotą powołania prawodawcy sądowego jest działanie demarkacyjne, gwarancyjne i reakcyjne. Poszczególne elementy tego oddziaływania są ze sobą ściśle powiązane i pozostają w stałej interakcji. „Demarkacja” funkcji prawodawcy polega na zakreśleniu granic nieprzekraczalnych dla prawodawcy politycznego¹¹⁷. Demarkacja nie oznacza jednak sądowej substytucji wyboru, który nadal pozostaje przy prawodawcy politycznym, a jedynie ogranicza ten wybór i wiąże go. Uznanie wyboru prawodawcy co do meritum nie może bowiem oznaczać dowolności¹¹⁸ i właśnie demarkacyj-

¹¹⁵ G. Davies, *Does the Court of Justice own the Treaties? Interpretative pluralism as a solution to over-constitutionalisation*, „European Law Journal” 2018 nr 24, s. 358.

¹¹⁶ D. Wincott przyrównuje taktykę TS do „celowego oportunizmu” (*purposeful opportunism*). Jako instytucja TS ma wprowadzić swoje własne cele i priorytety, ale ich realizacja wymaga brania pod uwagę „mutacji”, którym stale podlega Wspólnota – D. Wincott, *The role of law or the role of the Court of Justice? An ‘institutional’ account of judicial politics in the European Community*, „Journal of European Public Policy” 1995 nr 2(4), s. 584.

¹¹⁷ Orzecznictwo dotyczące walki z terroryzmem dobrze ilustruje tę funkcję sędziego-prawodawcy. Zob. sprawy T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf v. Council* (wyrok SPI z 21.09.2005 r.); T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi* (wyrok SPI z 14.09.2005 r.). O tych sprawach piszą szeroko: M. Bulterman, *Fundamental rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities*, „Leiden Journal of International Law” 2006 nr 19, s. 753; P. Eeckhout, *Community Terrorism Listings, Fundamental rights, and UN Security Council Resolutions: In Search of the right fit*, „European Competition Law Review” 2007 nr 3, s. 183; N. Lavranos, *Judicial review of UN sanctions by the Court of First Instance*, „European Foreign Affairs Review” 2006 nr 11, s. 471; Ch. Tomuschat, *Case note*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43, s. 537; M. Nettesheim, *U. N. Sanctions Against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance*, „Common Market Law Review” 2007 nr 44, s. 567.

¹¹⁸ Zgodnie z ogólną refleksją, że absolutna dyskrejcyjność, podobnie jak korupcja, oznacza koniec wolności. Myśl za sędzią W. Douglasem, *State of New York v. United States*, (1951) 342 U. S. 882, s. 884 (*absolute discretion, like corruption, marks the beginning of the end of liberty*).

na interwencja racjonalnego prawodawcy sądowego zabezpiecza przed taką dowolnością. „Gwarancja” jest konsekwencją demarkacji: zapewnia, że wyznaczona linia demarkacyjna jest rzeczywiście egzekwowana. „Reakcja” z kolei jest konsekwencją funkcji gwarancyjnej. Stanowi najbardziej drastyczny przejaw prawodawczego umocowania Trybunału, ilekroć nie wystarcza gwarantowanie przebiegu granicy. Ma miejsce wówczas, gdy wyznaczona linia demarkacyjna zostaje przekroczona. Wówczas Trybunał-prawodawca nie ma innego wyjścia, jak wymusić powrót do *status quo* sprzed przekroczenia granicy¹¹⁹. Połączenie tych trzech elementów pozwala skierować naszą debatę o prawodawczej funkcji sądu unijnego na zupełnie nowy tor i uniknąć pułapki „sądowego aktywizmu”. Triada „demarkacja – gwarancja – reakcja” wyznacza ramy dla analizy funkcji sądu-prawodawcy, który koegzystuje z prawodawcą politycznym. Prawodawca orzecznicy zawsze działa stopniowo. Swoich celów nie osiąga za jednym pociągnięciem pióra, ale dzięki konsekwentnej konstrukcji podstaw, a następnie budowaniu w oparciu o nie. Jego funkcja ma charakter ewoluujący i responsywny. Racjonalność prawodawcy w czasach prawidłowego funkcjonowania procesu politycznego jest inna niż racjonalność w czasach, gdy proces nie działa tak, jak powinien. Gdy proces działa, funkcja prawodawcy pozostaje kłapą bezpieczeństwa, a nie faktycznie wykorzystywanym instrumentem. Wówczas orzecznicy prawodawca pozostaje w cieniu, obserwując, jak system

119 Oba wyroki SP1 dotyczące praw osób podejrzewanych o współpracę z organizacjami terrorystycznymi zostały uchylone przez TS. Zob. sprawę C-402/05P (wyrok z 3.09.2008 r.) i kompleksową ocenę: G. de Búrca, *The European Court of Justice and the international legal order after Kadi*, „Jean Monnet Working Paper” 2009 nr 1 i tam powołana bogata literatura.

realizuje swoje cele, korzystając z podstaw stworzonych w ramach sfery racjonalnego prawodawcy orzeczniczego. System osiąga swoje cele bez ingerencji sądu, który zamiast oddziaływać na system, koncentruje się na sprawiedliwym orzekaniu i gwarantowaniu, że cień godności proceduralnej (wyznaczony przez nakaz ochrony praw podmiotowych) i sprawiedliwości proceduralnej (kontrola wobec aktorów sprawowana przez niezależny i bezstronny sąd) pada równomiernie¹²⁰.

Z nową dynamiką modelu kooperacyjnego mamy do czynienia w sytuacji, gdy system wymaga ingerencji. W tym celu cenne jest ujęcie systemu z perspektywy koegzystencji wyznaczonej przez podejście komparatystyczne do instytucji. Podejście komparatystyczne opiera się na założeniu, że trzeba brać pod uwagę zarówno wady, jak i zalety prawodawców politycznego i sądowego¹²¹. Chodzi o nowe spojrzenie na model i zaakceptowanie, że sąd-prawodawca może przejmować od prawodawcy politycznego inicjatywę, w sytuacji gdy mamy do czynienia z „usterką” (*malfun-ction*) po stronie prawodawcy politycznego. Neil K. Komesar słusznie zauważa, że we wzajemnych relacjach między sądem a prawodawcą politycznym nie ma jednej i uniwersalnej definicji *malfun-ction* prawodawcy politycznego, która uzasadniałaby

120 Szerzej o koncepcji cienia rzucanego przez sąd-prawodawcę na pozostałych aktorów integracji: T. T. Konciewicz, *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, Warszawa 2010. Podobnie: S. K. Schmidt, *The Shadow of case law* [w:] *European Union. Power and Policy-Making*, red. J. Richardson, S. Mazey, Routledge 1996.

121 Analiza komparatystyczna instytucji nawiązuje do N. K. Komesar, *Taking institutions seriously. Introduction to a strategy for constitutional analysis*, „The University of Chicago Law Review” 1984 nr 51, s. 366. Ostatnio zob. także C. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2002.

takie przejście kompetencji¹²². Sąd musi być pewien, że jest w stanie zaproponować alternatywę, która w danych okolicznościach będzie efektywniejsza od szwankującego procesu politycznego, biorąc pod uwagę zalety procesu sądowego stanowienia prawa wobec problemów prawodawcy politycznego. Aby dokonać takiego bilansu, sąd bada swoją zdolność oceny problemu związanego z kontrolowanym aktem prawnym. W tym sensie mówimy o komparatystycznym podejściu do instytucji, które porównują swoje zalety i wady w rozwiązaniu określonego problemu¹²³.

Z perspektywy podejścia komparatystycznego do instytucji zawsze należy rozważać, co sędziowie są w stanie lepiej zrobić w porównaniu z biurokratami i prawodawcami¹²⁴. Z ostrożnością należy traktować stale pojawiające się „zarzuty z braku demokracji” kierowane pod adresem sądów¹²⁵. Sądy nie mają obowiązku być demokratyczne, a jeżeli nawet tak, to powstaje pytanie, co spełniałoby kryterium porównania. W ostateczności legitymizacja sądu powinna być budowana na podstawie rachunku „zysków i strat”, który stawia pytanie: czy istnienie sądu wyposażonego w kompetencje do generowania prawa przyczynia się do lepszego funkcjonowania systemu i egzekwowania kontraktu wobec pozostałych jego stron?

122 N. K. Komesar, *Taking institutions...*, s. 373.

123 Zob. także N. K. Komesar, *In search of a general approach to legal analysis: A comparative institutional alternative*, „Michigan Law Review” 1981 nr 79, s. 1350.

124 K. Greenwalt, *The growth of judicial power: A comment* [w:] *The Judiciary in a Democratic Society*, red. L. Theberge, Lexington 1979, s. 89–90.

125 O tym też krytycznie M. Shapiro w „Słowie wstępnym” wyżej oraz w pracy zbiorowej: *Judicial power and democracy* [w:] *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformation*, red. C. Landfried, Cambridge 2019.

Dyskusja o konsekwencjach słabości strukturalnych prawodawcy politycznego, czy nawet jego zaniechań, dla sądu, który orzeka skonfrontowany z tymi słabościami i zaniechaniami, odgrywa szczególną rolę w prawie unijnym. Sąd staje przed dwiema możliwymi opcjami postępowania. Jedna polega na odmowie orzekania, gdyż poziomem właściwym jest poziom polityczny. Skoro prawodawca polityczny nie podjął stosownego działania, sąd nie może działać substytucyjnie. W konsekwencji powstaje sytuacja *non liquet*, a więc braku normatywnego substratu do wydania przez sąd merytorycznego orzeczenia w sprawie. Druga opcja oznaczała orzecznicze wykreowanie tego, czego prawodawca polityczny, spośród swoich obowiązków i właściwości, zaniechał. Innymi słowy, orzecznicza legislacja zastępowałaby brakujące ustawodawstwo, prowadząc do rzeczywistego „rządu sędziów”¹²⁶.

Metoda przyjęta przez unijnego prawodawcę orzeczniczego pozwala przyjąć, że unika on zajęcia jednej z tych dwóch ekstremalnych pozycji¹²⁷. Raczej patrzy globalnie na system i stara się konstruować odpowiedź, która ma zapewniać minimum operatywności systemu. Chodzi o racjonalną rekonstrukcję systemu, który ma charakter otwarty i płynny, a nie o substytucję niepodjętej decyzji prawodawcy. Ingerencji orzeczniczej przyświeca inny cel (przetrwanie systemu, ochrona praw podmiotowych), inna jest też metoda (orzeczenie, które dopiero mocą precedensowego oddziaływania może wyjść poza specyfikę stanu faktycznego). Gdy sąd rozwija prawo i system, wówczas działa jak prawodawca, ale nie pozbawia prawodawcy

126 P. Pescatore, *La carence du législateur...*, 1991, s. 561.

127 P. Pescatore, *La carence du législateur...*, 1991, s. 561.

politycznego kompetencji do podjęcia działań zaradczych przywracających pożądaną z jego punktu widzenia równowagę¹²⁸. Nawiązując do analogii ze światem mitu i światem operatywnym, pozbawienie takiej kompetencji nastąpi wtedy, gdy korekcyjna działalność sądów wobec niedoskonałości systemu i zaniechań prawodawcy politycznego przekroczy niełatwą do zlokalizowania granicę¹²⁹. W modelu kooperacyjnym Trybunał-prawodawca nie może wszystkiego i świadomość istnienia tego ograniczenia jest kluczowa¹³⁰. Model kooperacyjny oparty jest na założeniu, że instytucje (każda w zakresie swojej właściwości) działają efektywnie¹³¹. W sytuacji jednak przeciwnej – model kooperacyjny dopuszcza działania kompensacyjne w celu zagwarantowania, że system funkcjonuje¹³².

128 U. Everling, *The court of justice as a decision-making authority* [w:] *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Baden-Baden 1984, s. 171–172.

129 H. Rasmussen, *Judicial activism in American and European Community courts*, „Legal Studies” 1983 nr 3, s. 99.

130 O. Wiklund, *Taking the world view...*, s. 46.

131 Wymaga to przejścia z poziomu klasycznego paradygmatu wyznaczonego przez klasyczne podejście inspirowane *rule of law* do podejścia według koncepcji *new public management*, wyznaczonej zasadami efektywności, wydajności i transparentności. O aplikacji koncepcji *new public management* do organizacji TS i przyjętej w nim procedury zob. E. Mak, *The European Judicial Organization in a new paradigm: The influence of principles of 'New Public Management' on the organization of the European Courts*, „European Law Journal” 2008 nr 14, s. 718. Zob. też bilans po Akcesji 2004 r. K. McAuliffe, *Enlargement at the European Court of Justice: Law, language and translation*, „European Law Journal” 2008 nr 14, s. 806.

132 Zob. też „Epilog czy... nowy Prolog?”. Trzeba dodać, że działania kompensacyjne należy odróżnić od retaliacyjnych. Do dnia dzisiejszego z kompensacją mieliśmy do czynienia w przypadku TS uzupełniającego nieefektywnego prawodawcę politycznego. Nie mieliśmy na razie do czynienia z sytuacją odwrotną, gdy nieefektywność sądu była oceną prawodawcy politycznego i ewentualnych działań kompensacyjnych z jego strony. W istocie trudno wskazać okoliczności, w których sąd działałby na tyle nieefektywnie, że uzasadniałoby to ingerencję prawodawcy politycznego. Raczej sobie można wyobrazić sytuację, gdy efektywność TS (rozumiana jako

Rola sądu w procesie integracyjnym nigdy nie jest statyczna¹³³, a ocena jego racjonalności zawsze musi odzwierciedlać

promowanie integracji) będzie tak duża, że przekroczy stopień akceptacji państw i stanie się powodem ingerencji w jurysdykcję Trybunału. Ta druga opcja jest realniejsza, zważywszy, że Trybunał jest uznawany za najbardziej efektywną z instytucji. Zob. T. Koopmans, *The future of the Court of Justice of the European Communities*, „Yearbook of European Law” 1991 nr 11(1), s. 15. Można jednak argumentować, że takie działanie nie byłoby kompensacją (zawsze dopuszczalną) w celu poprawy funkcjonowania systemu w sytuacji niewydolności jednej z instytucji, ale działaniem retaliacyjnym podejmowanym w celu odwetu, a nie tylko kompensacji. W systemie kooperacyjnym działania retaliacyjne, w przeciwieństwie do kompensacyjnych, są co do zasady zjawiskiem negatywnym. Niektórzy argumentują, że instytucjonalne konsekwencje rozszerzenia z 2004 r. wywarły paraliżujący wpływ na TS, bez potrzeby podejmowania bezpośrednich działań odwetowych, skoro powiększony TS staje się w rzeczywistości kilkoma wewnątrznie niejednorodnymi sądami w zależności od składu, który nie jest w stanie w sposób konsekwentny utrzymać przekazu swojego orzecznictwa, a koncentruje się na utrzymaniu minimalnej zdolności do codziennego funkcjonowania. Taką pesymistyczną wizję snuje J. Baquero Cruz, *The changing constitutional role of the European Court of Justice*, „International Journal of Legal Information” 2006 nr 34., zwłaszcza s. 243–244. Podobnie H. Rasmussen, *Present and future judicial problems after enlargement and the post-2005 ideological revolt*, „Common Market Law Review” 2007 nr 44, s. 1661. Warto też zasygnalizować wariant – kiedyś nie do pomysłenia, ale ostatnio (niestety dzięki Polsce) obserwowany – bezpośredniego odrzucenia autorytetu Trybunału i odmowy respektowania wydawanych przez niego orzeczeń. Ten wariant nie mieści się w przedstawianej logice interakcyjnego modelu prawodawcy, ale wprost zmierza do unicestwienia unijnego porządku prawnego *tout court*. O tym też rozdział 3 *Rzecz o polexit* w T. T. Konciewicz, *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit.

133 Substratem, na podstawie którego prawodawca (re) konstruuje system, jest precedensowe orzecznictwo. J. H. H. Weiler dowodzi, że mimo zmian zachodzących wokół Trybunału można wyróżnić trzy obszary jurysprudencji o charakterze esencjonalnym: orzecznictwo kształtujące nowy porządek prawny, orzecznictwo tworzące wspólny rynek, orzecznictwo dotyczące praw fundamentalnych – J. H. H. Weiler, *The essential (and would-be essential) jurisprudence of the European Court of Justice: lights and shadows too* [w:] *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, red. I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders, Baden-Baden 2006, s. 120. Najnowsze orzecznictwo TS dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości dodaje czwarty element, tj. ochronę praworządności jako wartość wspólną dla wszystkich państw. Zob. o tym też część 3 poniżej.

ewoluującą naturę prawa unijnego¹³⁴. Tym samym przebieg linii między światem mitu i światem rzeczywistym ma charakter zmienny, a nasza analiza zależności wewnątrz modelu musi mieć odpowiednio charakter dynamiczny.

2.4. FLUKTUACJA FUNKCJI SĄDOWEGO PRAWODAWCY

Racjonalność sądu-prawodawcy jest szczególnym połączeniem integralności systemu (wierność wspólnocie i zasadom przeciwstawiona oportunistom i partykularyzmowi państw), integracji (podkreślającej obowiązek sędziego wobec Unii, która ma funkcjonować i być zdolna do osiągnięcia swoich celów), orzeczniczej polityki sądowej (prawo i zaangażowany sędzia mają szczególną rolę w realizacji celów Unii) i pluralizmu elementów składających się na prawo i szczególne metody rozumowania. We wspólnocie zasad i polityk sąd-prawodawca ma swoją własną obietnicę do spełnienia, która uzupełnia obietnicę pozostałych instytucji. „Idea Europy” łączy się od początku z pewnym ideałem wspólnoty państw opartej na prawie i tylko prawem związanej¹³⁵. Kooperacyjny model podziału władzy wychodzi z założenia, że poszczególne władze nie są od siebie oddzielone ścianami, ale mostami, które zapewniają równowagę i nadzór, a w konsekwencji element wzajemnej kontroli¹³⁶. Dlatego odpowiedź na pytanie: „kto jest gospodarzem

Traktatu?”¹³⁷, powinna uwzględniać dynamiczny i interakcyjny charakter zależności między instytucjami i stałą emanację sądów¹³⁸.

Ewolucja w podejściu Trybunału jest nieodzownym elementem modelu kooperacyjnego. Oznacza zrozumienie przez sędziów, że funkcja prawodawcy orzeczniczego musi odzwierciedlać stan integracji i jej obecną funkcjonalność. Argumentacyjny *modus vivendi* między konkurencyjnymi interesami, z których każdy zasługuje na ochronę, jest kluczowym zadaniem sędziego-prawodawcy. Wniosek o koegzystencji zasad konstytucyjnych wzajemnie się przenikających stanowi konsekwencję ewoluującego charakteru funkcji i roli Trybunału w odpowiedzi na zmiany, jakie zachodzą w otoczeniu politycznym, w którym Trybunał funkcjonuje. W przeszłości w większości przypadków Trybunał wykazywał preferencje do orzekania na rzecz integracji: w przypadku dwóch możliwych interpretacji opowiadał się za jak najbardziej rozszerzającą wykładnią Traktatu, która w jak najwyższym stopniu zapewniałaby efektywność interpretowanego przepisu.

Wraz z upływem czasu sytuacja zmieniała się w odpowiedzi na ewolucję projektu integracyjnego. Integracja europejska dociera dzisiaj do niespodziewanych miejsc i dziedzin życia społecznego, które kiedyś znajdowały się poza zakresem oddziaływania prawa europejskiego. Jednostronne orzekanie na korzyść integracji nie jest więc już możliwe. Najważniejszym zadaniem

¹³⁴ W szczególności: P. Pescatore, *Farewell address to the Court*. Tekst pożegnalnej mowy został przedrukowany w „European Law Review” 1986 nr 11, s. 3.

¹³⁵ H. Schepel, E. Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice* [w:] *The European Court of Justice, Collected Courses of the Academy of European Law*, red. G. de Búrca, J. H. H. Weiler, Oxford 2001, s. 10.

¹³⁶ A. Barak, *Judicial Discretion...*, s. 204–205.

¹³⁷ K. J. Alter, *Who are the „Masters of the Treaty”? European governments and the European Court of Justice*, „International Organizations” 1998 nr 52, s. 121.

¹³⁸ M. Shapiro, *Courts. A Comparative...*, s. 20 i n. Zob. także G. Davies, *Does the Court of Justice own the Treaties?...*, s. 358.

sądu-prawodawcy jest uwzględnianie interesów wszystkich stron, a nie tylko zapewnienie, że idea integracji nie pozostaje na bocznym torze. Proces „konstytucjonalizacji” integracji stanowi pole, na którym krzyżuje się wiele konkurencyjnych wobec siebie zasad i interesów, z których każdy zasługuje na ochronę. Dla niektórych wyroki Trybunału będą zawsze zbyt mało unijne i pozbawione tego błysku oraz wizjonerstwa, które kiedyś cechowało orzecznictwo. Dla innych Trybunałowi brakuje odwagi i coraz częściej oddaje on pole. Wydaje się jednak, że obie grupy myślą się w tym, że chciałyby postrzegać funkcję Trybunału w sposób statyczny i niejako mechaniczny: Trybunał ma albo wydawać wyroki prointegracyjne, albo żadne. Taki sąd-prawodawca nie byłby prawodawcą racjonalnym, skoro obce byłoby mu dążenie do równowagi i wyważenia, zawsze definiujących działalność prawodawczą. Dlatego rola Trybunału w prawie unijnym nie może mieć charakteru statycznego, ale musi ewoluować wraz z prawem unijnym i w odpowiedzi na sygnały z otoczenia politycznego, w którym sąd-prawodawca funkcjonuje. Wybór między konkurencyjnymi wobec siebie rozwiązaniami jest więc immanentną cechą unijnego procesu konstytucjonalizacji. Wobec zachodzących interakcji rzadko będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której realizacja jednej zasady i wartości w obrębie tak zróżnicowanego wewnętrznie prawa unijnego będzie mogła nastąpić bez wyeliminowania, ewentualnie uszczuplenia, innej, konkurencyjnej zasady.

Jak zostało to już zasygnalizowane, między sędziami a prawodawcami nie można postawić znaku równości. Różnice dotyczą jednak nie samego uznania funkcji prawodawczej, ale różnic w sposobie, w jaki funkcja prawodawcza jest wykonywana

w zależności od podmiotu. Sędziowie czekają pasywnie na sprawy wytaczane przez podmioty trzecie i rozstrzygają je w sposób tymczasowy. Uprzywilejowanie sądu wobec prawodawcy na etapie kontroli legalności aktu prawnego zostaje zbilansowane na korzyść prawodawcy wraz z uznaniem jego kompetencji do podjęcia interwencji w celu odwrócenia konsekwencji niekorzystnego dla siebie orzeczenia¹³⁹. Kwestia stopnia trudności, z jakim może to nastąpić, jest na razie okolicznością obojętną. Chodzi o uznanie samej prawnej kompetencji do ingerowania w orzecznictwo. Gdy prawodawca polityczny nie wykonuje swojej funkcji lub wprawdzie działa, ale przekracza reguły gry z góry zakreślone i wiążące wszystkich aktorów zainteresowanych efektywnym osiągnięciem swoich celów, model kooperacyjny zakłada, że system musi być gotów do reakcji, która pozwoli podtrzymać jego zdolność do funkcjonowania. Cele Traktatu nie są bowiem jedynie celami prawodawcy politycznego, ale wszystkich instytucji, w tym unijnego sądu¹⁴⁰.

Ta wspólność celu jest istotnym elementem podejścia komparatystycznego do instytucji i teorii kooperacji między „dwugłowym” unijnym prawodawcą (sądownym i politycznym). Stanowi ona bowiem uzasadnienie przejścia kompetencji do rozstrzygnięcia ze sfery polityków do sfery sędziów. Niemożność podjęcia decyzji w sferze politycznej nie oznacza, że cel założony w sferze

¹³⁹ Jest oczywiście kwestią oceną, czy katalizatorem podjęcia działania przez prawodawcę politycznego jest orzeczenie, czy dopiero konsekwentnie niekorzystna linia orzecznicza. Nie można wykluczać, że także pojedyncze orzeczenie może wywołać działanie prawodawcy. W prawie unijnym reakcja państw była wynikiem pojedynczych, niekorzystnych wyroków TS (tak sprawa Barber i Kalanke).

¹⁴⁰ A. Potocki, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'unification du droit* (maszynopis w posiadaniu autora), s. 1.

politycznej nie może zostać osiągnięty inaczej. Innymi słowy, problem i konieczność jego rozstrzygnięcia pozostają nadal te same, zmienia się technika i zakres rozstrzygnięcia sądowego. Specyfika materiału normatywnego wyznacza działanie i obowiązki prawodawcy sądowego, który koncentruje się na tym, aby te fundamenty były przestrzegane i operatywne. W tym celu prawodawca sądowy musi prowadzić racjonalną rekonstrukcję systemu i jego fundamentalnych wartości. W konsekwencji takie konstruktywne podejście i zmierzanie w kierunku ujęcia każdego sporu z perspektywy parametrów obowiązującego prawa powodują, że prawo zaczęło korzystać z własnej dynamiki wewnętrznej i coraz częściej pozwalało na samodzielne osiągnięcie celów¹⁴¹. Proces tworzenia prawa przez sąd zaczął przebiegać paralelnie wobec aktywności (jej braku) po stronie prawodawcy politycznego.

Model kooperacyjny opiera się na założeniu, że w procesie integracji funkcja sędziego ma charakter uzupełniający, komplementarny wobec funkcji prawodawcy. Widać to dobrze na przykładzie wyroków w sprawach *Reyners* i *Defrenne*¹⁴². Tutaj komplementarność polega na takim

odczytaniu przepisu, które z jednej strony zrekompensuje zaniechanie po stronie prawodawcy, ale z drugiej nie pozbawi tegoż prawodawcy jego własnej kompetencji do wydania stosownych przepisów w przyszłości¹⁴³. Taki sposób postępowania jest często traktowany jako przykład przekroczenia przez sędziego granic jego jurysdykcji¹⁴⁴. Tymczasem spojrzenie z perspektywy zachowania integralności systemu, w obrębie którego każdy z aktorów ma swoje obowiązki wobec tego systemu, pozwala na obronę stanowiska, że Trybunał postąpił logicznie. Co więcej, tylko w ten sposób jego mandat zapewnienia przestrzegania prawa mógł mieć sens. To nie Trybunał uzurpował kompetencje prawodawcy politycznego, ale raczej prawodawca polityczny zaniechał działania, do którego wprost obligował go Traktat. Jeżeli Trybunał dokonuje wyboru, który może wpływać na kompetencję prawodawcy politycznego, to czyni tak dlatego, że ten ostatni nie dokonuje wyboru do niego należącego.

W przypadku zaniechania i beczynności po stronie Rady pojawia się zagrożenie powstania „próżni prawnej”, w której większość przepisów Traktatu pozostawałaby na papierze, a cele tam zapisane (wspólny rynek i inne) byłyby jedynie pustymi deklaracjami. Jaka więc powinna być wówczas reakcja Trybunału? Trybunał z pewnością nie może ustanowić przepisów powszechnie obowiązujących, ponieważ stanowi to wyłączną domenę prawodawcy. Zachowuje jednak opcję, którą można nazwać kontrolno-sankcjonującą. Tak długo, jak długo stosowne przepisy implementujące nie

141 R. Dehousse, J. H. H. Weiler, *The legal dimension* [w:] *The Dynamics of European Integration*, red. W. Wallace, London–New York 1990, s. 242 i n.

142 Sprawa 2/74, *Reyners*, ECR 1974, s. 651, oraz sprawa 43/75, *Defrenne*, ECR 1976, s. 455. W obu sprawach problem był identyczny. Traktat przewidywał wydanie przez unijnego prawodawcę aktów prawnych w celu zagwarantowania równego traktowania w zakresie działalności gospodarczej (*Reyners*) oraz zapewnienia równego traktowania kobiet i mężczyzn (*Defrenne*). Pytanie brzmiało, co się dzieje, gdy stosowne przepisy nie zostały uchwalone. Trybunał uznał, że jego interwencja nie ma charakteru pozbawiania instytucji kompetencji prawodawczej, ale raczej musi zmierzać do zapewnienia skuteczności bezpośrednio skutecznych praw podmiotowych wystarczająco skonkretyzowanych w Traktacie, mimo braku przewidzianej regulacji prawnej na poziomie wykonawczym.

143 Por. także R. Dehousse, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris 1997, s. 129 i n.

144 H. Rasmussen, *On Law and Policy...*, s. 29.

zostaną ustanowione zgodnie z wymogami Traktatu, Trybunał operuje na podstawie istniejącego przepisu Traktatu, próbując go odczytać w sposób gwarantujący jego największą możliwą efektywność. Zaniechanie po stronie prawodawcy działania powinno jest zawsze naruszeniem Traktatu. Niepodjęcie ingerencji przez Trybunał w takim przypadku stanowiłoby odmowę realizacji funkcji, którą państwa powierzyły Trybunałowi w art. 19 TUE – zapewnienia przestrzegania prawa – i lekceważenie traktatowych zapisów dotyczących celów Unii. Wówczas istnieje alternatywa: przejęcie funkcji prawodawcy przez sędziego i sędziowska interwencja albo dezintegracja całego systemu prawa unijnego. Interwencja orzecznicza pozostaje opcją preferowaną wobec dezintegracji. Jest tak, gdyż obowiązkiem Trybunału w każdej zawisłej przed nim sprawie jest wydanie rozstrzygnięcia, które będzie zgodne z nakazem poszanowania prawa. Trybunał nie może zwolnić się od tego obowiązku, ponieważ byłoby to równoznaczne ze stworzeniem sytuacji „odmowy dania sprawiedliwości” (*denial of justice*).

W tym miejscu wracamy do kwestii natury fundamentalnej dla zapewnienia, że Unia utrzymuje zdolność do działania. *Rule of law* stanowi podstawowy wyróżnik, który decyduje o specyfice i uprzywilejowaniu Trybunału Sprawiedliwości w unijnym systemie ochrony prawnej¹⁴⁵. Prawodawca unijny musi pamiętać, że w każdej chwili jego działanie (zaniechanie) może być przedmiotem kontroli zgodności z prawem. Pytanie o działanie lub niedziałanie prawodawcy politycznego zawsze jest pytaniem prawnym, do odpowiedzi na

¹⁴⁵ L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, „Jean Monnet Working Paper” 2009 nr 4.

które powołany jest sąd¹⁴⁶. W sprawach rozstrzyganych przez Trybunał i dotyczących polskiego wymiaru sprawiedliwości ten element leży u źródła konfliktu. Polska nie rozumie, że elementem spajającym wszystkie jej zobowiązania jest obowiązek przestrzegania unijnej legalności, którą definiuje praworządność i efektywna ochrona sądowa sprawowana przez niezależne sądy krajowe. Rekonstrukcja parametrów tej legalności należy, zgodnie z art. 19 TUE, do Trybunału Sprawiedliwości.

Każde zaniechanie w modelu kooperacyjnym wzmacnia potencjał prawodawcy orzeczniczego, ponieważ wobec różnorodności aktorów i interesów, które wchodzi w grę w procesie integracyjnym, zaniechanie prawodawcy zawsze ujemnie wpływa na pozycję tych aktorów, a tym samym generuje źródło nowych postępowań sądowych i sądowej metody odnajdywania w systemie jego elementarnych zasad i w oparciu o nie zapełniania luki powstałej w wyniku zaniechania. Błędem byłoby jednak przyjęcie, że – postępując w ten sposób – prawodawca sądowy zastępuje prawodawcę politycznego. Domeną ingerencji tego pierwszego jest bowiem nie szczegól, ale ogólny schemat i konstrukcja prawa, tak aby system mógł funkcjonować dalej. Luki wypełnia zasadami strukturalnymi¹⁴⁷ o zasięgu ogólnym, które pozwalają odblokować prawodawcę politycznego i uniknąć próżni prawnej. Wyznacza generalny kierunek, ale wybory po drodze pozostawia swobodnej ocenie pozostałych

¹⁴⁶ Tym bardziej że w czasie, gdy prawodawca polityczny zastanawia się, co zrobić, może zostać wyrządzona niesprawiedliwość, chyba że sędziowie zrobią to, co jest w ich mocy, w celu wypełnienia we własnym zakresie luki. Tak Lord E. Davies, *Judicial activism*, „Current Legal Problems” 1975 nr 1, s. 13.

¹⁴⁷ Termin za P. Pescatore, *La carence du législateur...*, 1983, s. 578.

aktorów. Jest to istotne, ponieważ oparcie się na zasadach egzystencjalnych ma dla systemu ten walor, że pozwala na jego funkcjonowanie¹⁴⁸, nie wykluczając jednocześnie w żadnym momencie podjęcia działania, którego prawodawca zaniechał. Istotne jednak, że założenie towarzyszące ingerencji prawodawcy orzeczniczego zawsze oznacza zmianę otoczenia normatywnego – zmianę, która zmusza wszystkie instytucje do stosownego dopasowania swojego dotychczasowego postępowania.

Skoro sąd dodaje do systemu, to prawodawca polityczny nie może udawać, że podejmuje działanie, tak jak gdyby sytuacja nie różniła się od tej, która miała miejsce, zanim sąd zadziałał kompensacyjnie wobec zaniechania prawodawcy. Prawodawca polityczny działa w świetle faktu dokonanego w postaci dopełnienia systemu przez prawodawcę orzeczniczego. Oznacza to, że żaden wydany akt prawny nie może być sprzeczny z tymi zasadami systemowymi, które w okresie zaniechania zostały zrekonstruowane przez prawodawcę sądowego. Te zasady korzystają z pierwszeństwa w razie konfliktu z prawem wtórnym i w tym sensie działanie następcze prawodawcy politycznego musi się mieścić w granicach określonych przez sąd. W ten sposób prawodawca polityczny płaci cenę za brak działania w przeszłości: znajduje się w słabszej sytuacji wobec

¹⁴⁸ Co nie oznacza, że mamy do czynienia z optymalnym funkcjonowaniem systemu, skoro zaniechanie prawodawcy jest zawsze naruszeniem Traktatu, a prawodawca orzeczniczy nie może wypełnić luki tak, jak gdyby był prawodawcą politycznym. Zob. też uwagi D. Edwarda w kontekście nieudanych ratyfikacji Traktatu konstytucyjnego i Traktatu z Lizbony – D. Edward, *Słowo wstępne* [w:] T. T. Konciewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja unijnego wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2010.

sądu, ponieważ system nie jest taki sam jak w okresie poprzedzającym kompensacyjne działanie sądu. System jest bogatszy o to, co orzekł sąd w oparciu o elementy strukturalne systemu. Precedens już wywołuje skutek, a orzecznicza interwencja stanowi część prawa unijnego, dyktując granice dla politycznej regulacji¹⁴⁹.

Prawodawca polityczny może przywrócić równowagę na swoją korzyść i odwrócić skutki sądowej transformacji, tylko gdy uda mu się zebrać konieczną jednomyślność¹⁵⁰. Dopóki to nie nastąpi, dopóty musi znieść skutki transformacji wywołanej przez precedens. Element przepływu informacji i komunikacji jest więc kluczowy, gdyż pozwala określić aktualny stan rzeczy, który decyduje o tym, jakie działania każdy z aktorów może podjąć. W tym też sensie wpływ Trybunału działającego jak prawodawca wykracza znacznie poza fakt ingerencji w sferę, w której zabrakło prawodawcy politycznego, i rozciąga się na zmianę w zachowaniu aktorów tworzących porządek prawny. Pełną moc oddziaływania prawodawczego sądu poznajemy, gdy tylko zbadamy działania sądu podjęte wobec zaniechania politycznego i reakcję ze strony prawodawcy politycznego.

3. „Wspólnota prawa”: pomiędzy ideałem a rzeczywistością

The obligation to observe the law takes precedence over the strict terms of the written law. Whenever required in

¹⁴⁹ Dlatego prawodawca polityczny powinien pomyśleć dwa razy zanim zdecyduje się na zablokowanie procesu decyzyjnego. Tak P. Pescatore, *La carence du législateur...*, 1983, s. 580.

¹⁵⁰ Zob. klasyczny tekst J. H. H. Weilera, *Transformation of Europe* [w:] J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.

the interests of judicial protection, the Court is prepared to correct or complete rules which limit its powers in the name of the principle which defines its mission
Advokat Generalny F. Mancini w sprawie 294/83, *Parti ecologiste Les Verts v. European Parliament*, ECR 1986, s. 1339

Wspólnota prawa nie jest stanem osiągniętym raz na zawsze. Jest raczej ideałem w procesie „stawania się”, dodawania nowych elementów, ponownego kształtowania tych tradycyjnych. Jako taka stanowi więc wyzwanie orzeczniczej racjonalności, doboru właściwego tempa i metody przez sąd-prawodawcę. Między wspólnotą prawa a oczekiwaniami pod adresem sądu ze strony państw i instytucji nie ma prostej zależności. Wspólnota prawa jest ideą wspólną dla państw i instytucji w warstwie aksjologicznej, ale jej prawdziwe znaczenie polega na umiejętnym egzekwowaniu konsekwencji takiej charakterystyki Unii wobec wszystkich aktorów pozostających w zasięgu cienia rzucanego przez orzecznictwo. Czym innym jest akceptacja dla idei, która nic nie kosztuje, a czym innym jest akceptacja, z którą związana jest konieczność ponoszenia negatywnych konsekwencji postępowania niezgodnego z ideałem w postaci wspólnoty prawa¹⁵¹.

W świetle tych systemowych i konstytucyjnych argumentów nie może więc dziwić wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 listopada 2019 r. W tym wyroku Trybunał

udzielił odpowiedzi na pytania i wątpliwości przekazane przez polski Sąd Najwyższy dotyczące statusu Izby Dyscyplinarnej SN i Krajowej Rady Sądownictwa w świetle standardów unijnych¹⁵². Gdy czytamy ten wyrok, kluczowe nie jest tylko to, **co** (na tym wszyscy się koncentrują) Trybunał Sprawiedliwości mówi. Równie istotne jest, **jak** to mówi. Trybunał po raz pierwszy od wielu lat tak systematycznie przypominał fundamentalne zasady prawa europejskiego, które przyjeśliśmy w 2004 r., i ich konsekwencje. W wyroku uderza kategoryczność języka: wykonywanie funkcji sądowych zupełnie autonomicznie, bez jakiegokolwiek podległości hierarchicznej, bez otrzymywania jakichkolwiek instrukcji i podporządkowania komukolwiek, wolność od zewnętrznej presji, która może zagrozić niezawisłemu wyrokowaniu sądu.

Ten wyrok jest w rzeczywistości manifestem filozofii europejskiego wymiaru sprawiedliwości i podkreśla elementy wyróżniające salę sądową. Cztery elementy definiują tę filozofię.

Pierwszy to wspólnota prawa. Podkreślenie, że żadna instytucja ani żadne państwo członkowskie nie mogą unikać kontroli sądowej swoich działań sprawowanej przez niezawisłe sądy. We wspólnocie prawa to polityka dopasowuje się do prawa, a nie na odwrót. Największą siłą wspólnoty jest to, że wyjęła prawo z rąk polityków i dała je

¹⁵¹ Opieram się tutaj na T. T. Koncewicz, *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie*, „Rzeczpospolita” 15.04.2020, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa-na-wspolnotowe-myslenie.html> and *Unijny sąd nad Izłą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii sądownictwa*, <http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/>. Zob. też szeroko w *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit.

¹⁵² O wyroku zob.: P. Bogdanowicz, *Co oznacza dla Polski wyrok TSUE w sprawie KRS i Izby Dyscyplinarnej?*, *Konstytucyjny.pl*, 29.11.2019 r., <http://konstytucyjny.pl/piotr-bogdanowicz-co-oznacza-dla-polski-wyrok-tsue-w-sprawie-krs-i-izby-dyscyplinarnej/> (dostęp: 25.01.2020 r.); *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.)*, Europejski Przegląd Sądowy 2020 nr 1, s. 1.

zwykłym obywatelom, którzy dochodzą ich przestrzegania przed „swoimi” sądami krajowymi.

Drugi to istota (esencja) prawa. Niezawisłość ma charakter inherentny dla sądowego rozstrzygnięcia sporów, co oznacza, że bez niezawisłości nie ma sądu. Trybunał dodał jednak nowy kluczowy element w porównaniu z wcześniejszymi sprawami, mianowicie że niezawisłość stanowi istotę nie tylko prawa fundamentalnego do rzetelnego postępowania, lecz także prawa do efektywnej ochrony sądowej. Obowiązkiem państw członkowskich jest zapewnienie, że sądy krajowe spełniają wymogi efektywnej kontroli sądowej, a więc że są niezawisłe.

Trzeci element jest związany z samą istotą wykonywania wymiaru sprawiedliwości. Nie ma efektywnej ochrony prawnej, jeżeli sąd nie będzie przede wszystkim niezawisły. Na szczególną uwagę zasługuje wyeksponowanie art. 19 TUE jako zwornika całego systemu prawa europejskiego i konkretnego wyrazu zasady praworządności. Przewidziany w tym przepisie obowiązek zapewnienia, że w procesie interpretacji i stosowania Traktatu prawo jest przestrzegane, jest zadaniem nie tylko Trybunału Sprawiedliwości, lecz także sądów krajowych. Te sądy razem z Trybunałem Sprawiedliwości sprawują kontrolę sądową w ramach europejskiego porządku prawnego.

Czwarty element to fundament w postaci mandatu unijnego sądu krajowego (art. 19 TUE) i zasady pierwszeństwa prawa unijnego. Dla Trybunału mandat i zasada są wartościami najwyższymi. Wyrok kategorycznie przypomina, że zgodnie z zasadą pierwszeństwa obowiązkiem każdego organu państwa członkowskiego jest

zapewnienie pełnej efektywności prawa europejskiemu, a prawo krajowe nie może ograniczać tej efektywności. Każdy sąd krajowy jest zobowiązany do interpretacji pronunijnej, która jest nierozzerwalnie związana z systemem prawa europejskiego. Ta interpretacja ma zapewnić zgodność prawa krajowego z prawem europejskim w największym możliwym stopniu. Gdy nie jest ona możliwa, obowiązkiem sądu jest zapewnienie pełnej efektywności prawa unijnego poprzez natychmiastową odmowę zastosowania jakiegokolwiek przepisu krajowego z tym prawem niezgodnego, bez oczekiwania na uchylenie takiego przepisu zgodnie z prawem krajowym.

Powiązanie tych czterech elementów nie pozostawia żadnych złudzeń: za pomocą tego prawdziwie konstytucyjnego wyroku Trybunał walczy nie tylko o niezawisłość sądów polskich, ale równocześnie o samego siebie, o przetrwanie prawa europejskiego i zachowanie jego istoty. Ta walka i sądowa *chain novel* trwają. W dniu 8 kwietnia 2020 r. Trybunał wydał precedensowe postanowienie tymczasowe, w którym zawiesił Izbę Dyscyplinarną SN na czas trwania postępowania w sprawie skargi Komisji przeciwko Polsce¹⁵³. To postanowienie ma znaczenie fundamentalne z kilku względów. Postanowienie jest zbudowane na istniejącym orzecznictwie sądu unijnego i czerpie z już istniejącego orzecznictwa tego sądu

153 Sprawa C-791/19 R. Zob. Court of Justice of the European Union, Press Release No 47/20, 8.04.2020 r., <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047en.pdf> O postanowieniu zob. L. Pech, *Protecting Polish Judges from the Ruling Party's "Star Chamber"*, 9.04.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-the-ruling-party-star-chamber/> O tym także T. T. Koncewicz, *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie*, „Rzeczpospolita” z 15.04.2020 r.

w zakresie obowiązku państw członkowskich do zapewnienia, że sądy państw członkowskich – będące również sądami unijnymi – są sądami korzystającymi z pełnej niezależności i niezawisłości. Kluczowe jest, że to prawo europejskie wyznacza dzisiaj zarówno standard ochrony tej niezależności, jak i nieprzekraczalne granice dla swobody regulacyjnej państw członkowskich w tym zakresie. To z kolei orzecznictwo musi być odczytywane w świetle niepodważalnych cech prawa europejskiego w postaci pierwszeństwa i bezpośredniego skutku oraz obowiązku wszystkich organów państw, w tym sądów, do zapewnienia efektywnej kontroli zgodności prawa krajowego z prawem europejskim. Niezawisłość sądów jest nieodzownym warunkiem, aby tak się faktycznie stało.

Zawieszenie Izby Dyscyplinarnej nie może więc dziwić: jest po prostu logiczną konsekwencją ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału. Sąd unijny jedynie aplikuje to, co już przesądził w sposób pryncypialny w innych sprawach przeciwko Polsce. Dlatego cichym bohaterem postanowienia tymczasowego jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 listopada 2019 r. Ten wyrok – jako fundamentalny dla całościowej oceny tzw. reformy wymiaru sprawiedliwości w Polsce – jest w postanowieniu cytowany w wielu miejscach oraz *in extenso*. W istocie rzeczy wyznacza on kierunek myślenia sędziów w sprawie o zarządzenie środków tymczasowych. Kluczowy wniosek dla polskiego ustawodawcy jest niezmiennie jeden: prawo europejskie stoi na przeszkodzie temu, aby spory dotyczące stosowania prawa Unii mogły należeć do wyłącznej właściwości organu, który nie stanowi niezawisłego i bezstronnego sądu w rozumieniu europejskich standardów

orzeczniczych. Kluczowe jest potwierdzenie, że art. 19 TUE konkretyzuje wartości, na jakich opiera się Unia (art. 2 TUE), w tym zwłaszcza zasadę praworządności.

Po raz pierwszy w historii Trybunał Sprawiedliwości uznał, że w ramach środków tymczasowych może zawieszać funkcjonowanie organów (także konstytucyjnych), jeżeli ich działanie może być uznane za niezgodne (na etapie środków tymczasowych niezgodnych *prima facie* oczywiście) z prawem europejskim. Każde państwo członkowskie powinno na podstawie art. 19 TUE zapewnić, że organ należący jako „sąd” w rozumieniu prawa Unii do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych tym prawem odpowiada wymogom efektywnej ochrony sądowej. Jest to kluczowe dla zapewnienia, że kategoryzacja instytucji z perspektywy prawa krajowego nie może mieć znaczenia, bo to oznaczałoby tworzenie faktycznych „wysp instytucjonalnych” znajdujących się poza wszelką odpowiedzialnością do przestrzegania prawa europejskiego. Taki wniosek wynika wprost z zasady pierwszeństwa, a to postanowienie jest jedynie (dla Polski dzisiaj aż) przypomnieniem, że obowiązek pełnego i efektywnego stosowania prawa krajowego dotyczy każdego bez wyjątku organu krajowego. W tej sprawie za co najmniej dziwny i świadczący o poziomie desperacji pełnomocników Polski należy uznać argument Polski, że orzeczenie wnioskowanych środków tymczasowych byłoby... precedensem, a więc – jest niedopuszczalne. Okoliczność, że orzeczenie może mieć charakter precedensowy, nie jest jednak argumentem przeciwko jego wydaniu, skoro – jak słusznie zauważa Trybunał – charakter danego środka tymczasowego określany

jako precedensowy nie może mieć wpływu na kompetencję Trybunału do jego zarządzenia, gdyż w przeciwnym wypadku zostałaaby ona pozbawiona swej istoty. Ponadto o tym, czy coś jest precedensem lub nim nie jest, decyduje zawsze sąd, a nie strony. To elementarz skutecznego działania na sali sądowej.

W końcu, jeżeli mielibyśmy wskazać na jeden element postanowienia, który zawiera olbrzymi potencjał argumentacyjny na przyszłość, to jest nim uznanie wprost przez Trybunał, że funkcjonowanie sądu niegwarantującego niezależności i niezawisłości umożliwia wystąpienie poważnej i nieodwracalnej szkody w zakresie porządku prawnego Unii, a w rezultacie także w zakresie praw podmiotowych wywodzonych przez jednostki z tego prawa i wartości wyrażonych w art. 2 TUE, na których opiera się Unia. Na pierwszy plan musi wysuwać się interes ogólny Unii wyrażony poprzez nakaz zapewnienia prawidłowego funkcjonowania jej porządku prawnego. W pełni niezależny i niezawisły sąd jest warunkiem koniecznym, aby tak się faktycznie stało. Na naszych oczach sąd unijny broni system prawny przed dezintegracją, a identyfikując konstytucyjne esencjalia definiujące unijny porządek prawny, zakreśla parametry działania zgodnego z prawem, w obrębie których państwa członkowskie muszą się poruszać.

4. Obietnica sędziowska i dynamika prawa europejskiego

The judge's role cannot be confined to that of providing a technocratic literal interpretation of texts produced by others (...). In any system based on case-law the judge must proceed from one case to another seeking, as points come up for decision, to make the legal system consistent, coherent, workable and effective. He will not always be successful
David A. O. Edward¹⁵⁴

Czy w świetle powyższych rozważań możemy więc przyjąć, że Trybunał Sprawiedliwości jest strażnikiem jakiejś obietnicy? Wbrew pozorom to pytanie ma charakter decydujący, ponieważ odpowiedź będzie zawierać pierwsze wskazanie co do roli sędziego w prawie unijnym. Ujmowanie przez A. Garapona funkcji sędziego jako *gardien de promesse* jest oparte na założeniu dynamicznej i kreatywnej roli sędziego w społeczeństwie. „Judycjalizacja” bowiem nie tylko podkreśla forum realizacji swoich uprawnień i oczekiwań zrodzonych przez stale rozszerzającą się regulację prawną, lecz także oznacza wzmocnienie jurysdykcji i kompetencji sądów¹⁵⁵. Sądy strzegące obietnicy i zapewniające realizację oczekiwań społeczeństwa muszą być odpowiednio wyekwipowane. W tym sensie jurysdykcja sądów ulega wzmocnieniu na skutek judycjalizacji, która wpływa na aksjologię interpretacji preferowaną przez sędziów przyznających pierwszeństwo

¹⁵⁴ D. A. O. Edward, *Judicial activism – myth or reality? Van Gend en Loos, Costa v. Enel and Van Duyn family revisited* [w:] *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, red. A. I. L. Campbell, I. M. Voyatzki, London 1996.

¹⁵⁵ K. I. Kersch, *The 'Globalized Judiciary' and the rule of law*, „The Good Society” 2004 nr 13(3), s. 17.

określonym wartościom. W przypadku Trybunału szczególną rolę w tym względzie odgrywa zasada *non liquet*¹⁵⁶. Trybunał nie akceptuje *non liquet* jako ewentualnej i dopuszczalnej podstawy swojego rozstrzygnięcia¹⁵⁷. W każdym przypadku dąży do uniknięcia *deni de justice* i do wydania wyroku pozytywnego w tym sensie, że orzeknie o prawach i obowiązkach podmiotów występujących doń o udzielenie pomocy prawnej¹⁵⁸.

W tym świetle, zadając pytania o wspólnotową obietnicę Trybunału, należy wskazać, że pozostaje nią cel wyrażony w preambule do TWEG jako „najściślejsza unia pomiędzy narodami Europy”¹⁵⁹. Jest to okoliczność o charakterze kierunkowym dla sposobu, w jaki Trybunał postrzega prawo unijne i swoją w jego obrębie funkcję. Gdy czytamy „konstytucyjne” wyroki Trybunału w sprawach Van Gend en Loos i Costa v. Enel, uderza poszukiwanie przez Trybunał podstawy prawnej i uzasadnienia dla bezpośredniego skutku i pierwszeństwa. Poszukując ich, Trybunał opiera się na celach, które państwa postawiły najpierw przed Wspólnotami, a dzisiaj przed Unią. Sędzia Pierre Pescatore mówi bardziej obrazowo o *une*

*certaine idée de l’Europe*¹⁶⁰. Interpretacja prawa unijnego przyjęta przez Trybunał ma więc charakter instrumentalny w tym sensie, że przyczynia się do osiągnięcia tych celów¹⁶¹.

Idea Europy idzie z kolei w parze z pewną koncepcją, wyobrażeniem o prawie i unijnym systemie prawnym. Wspólnota jest wspólnotą prawa, którą łączy powaga prawa. Artykuł 19 TUE stanowi wyraz przekonania, że w obrębie Unii prawo i Trybunał mają do odegrania kluczową rolę. Dochodzimy tu do obietnicy, jaką ma spełnić Trybunał Sprawiedliwości. Artykuł 19 TUE oznajmia, że *prawo pisane Traktatu ma ponad sobą prawo przez duże P, prawo niepisane, pewien Ideał Prawa. Zadaniem Trybunału jest zapewnienie przestrzegania tego prawa. Idea Prawa jest najważniejszym telos, który powinien kierować Trybunałem*¹⁶². To prawo niepisane znajduje swoją podstawę pośrednio lub bezpośrednio w narodach Europy i z tej perspektywy realizacja przekonań, wiary oraz sposobu życia tych narodów jest głównym celem Trybunału, który występuje jako ich sumienie¹⁶³. To nie jest jedynie figura retoryczna, ale raczej wskazówka pozwalająca spojrzeć na orzecznictwo Trybunału z ogólniejszej perspektywy. Preambuła do traktatów oraz cele w niej wymienione oczywiście nie stanowią dla Trybunału podstawy

156 https://tu-dresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/jfoeffl3/inhaber, <https://www.oxfordbibliographies.com/ViewContributor/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0130.xml?id=con6152>, *Non liquet*, Oxford Bibliographies, 31.03.2016 r., <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0130.xml>

157 Podobnie od strony teoretyczno-prawnej J. R. Bengoetxea: *non liquet is not an acceptable solution in law: legal disputes have to be solved, and they must be solved ex autoritate. The judicial organ cannot reply (in cases that fall within its competence) that it does not know what decision to make before the present case* (podkr. w oryginale) – J. R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning...*, s. 166.

158 P. Pescatore, *Une révolution juridique, Le rôle de la Cour de justice européenne*, 1992 (tekst dostępny w bibliotece Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu).

159 Obecnie to odwołanie znajduje się w art. 1 TUE.

160 P. Pescatore, *The doctrine of direct effect: an infant disease of Community law*, „European Law Review” 1983 nr 8, s. 157.

161 O instrumentalizacji prawa zob. ogólnie W. Lang, *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1991 nr 12, s. 3. O instrumentalizacji prawa europejskiego przez Trybunał Sprawiedliwości zob. J. Helios, *Instrumentalizacja prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości* [w:] *Zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000, s. 117 i n.

162 C. N. Kakouris, *La Cour de justice...*, s. 632.

163 C. N. Kakouris, *La Cour de justice...*, s. 635.

jurysdykcyjnej, gdy takowa nie istnieje. Raczej zmuszają Trybunał do odpowiedniego kształtowania swojej funkcji w ramach jurysdykcji powierzonej mu przez traktaty. Obietnica Trybunału polega na zapewnieniu, w drodze interpretacji prawa, utrzymania dynamiki oraz spójności prawa unijnego, a w konsekwencji zdolności Wspólnoty do dalszego funkcjonowania i osiągnięcia swoich celów¹⁶⁴.

Sposób realizacji przez Trybunał tej obietnicy nigdy miał charakteru jednostajnego. To zróżnicowanie stanowi też cechę charakterystyczną tego sądu, która powinna być brana pod uwagę przy okazji każdej analizy instytucji i orzecznictwa. Z perspektywy czasowej fluktuacje, jakim podlega orzecznictwo Trybunału, można scharakteryzować jako wymieszanie elementów promujących, stabilizujących integrację oraz utrzymujących *status quo*. Na początku (lata 60.) element konstrukcyjny był dominujący: wtedy Trybunał tworzył podwaliny unijnego porządku prawnego. Okres ten charakteryzował się stagnacją instytucji politycznych oraz małym zainteresowaniem państw członkowskich kierunkiem orzecznictwa Trybunału. W latach 70. i 80. Trybunał starał się utrwalić i doprecyzować zasady bezpośredniego skutku i pierwszeństwa. W latach 90. na pierwszy plan zaczęła się wysuwać funkcja stabilizatora.

Jak zapewnić tempo integracji, bez narażania się na zarzuty tworzenia Europy rządzonej przez sędziów (*L'Europe des*

juges)?¹⁶⁵ Jak znaleźć rozwiązania, które w jak najmniejszym stopniu będą ograniczać kompetencję państw członkowskich? Obawy państw członkowskich przed niekończącym się procesem europeizacji prawa krajowego powodują, że każdy ruch Trybunału jest dzisiaj śledzony z niezwykłą uwagą w stolicach europejskich. Państwa członkowskie pilnie sprawdzają, czy sędziowie z Luksemburga znów nie noszą się z zamiarem dopisania kolejnych rozdziałów do swojego wyobrażenia o tym, czym powinna być i jak powinna wyglądać idea integracji europejskiej. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, jak daleko Trybunał gotów jest i może pójść, nabiera znaczenia tym bardziej, jeżeli weźmiemy pod uwagę ostatnie bezprecedensowe kroki podjęte przez państwa członkowskie w celu uchylenia niekorzystnych dla siebie konsekwencji zbyt odważnego orzecznictwa Trybunału. Wiadomość dla Trybunału brzmi jasno: skoncentruj się na swoim podstawowym zadaniu zapewnienia jednolitej wykładni prawa unijnego, a nie zajmuj się oceną decyzji i wyborów o charakterze politycznym. To drugie zostaw nam. Zarazem, ilekroć w grę wchodzi fundamenty konstytucyjne prawa europejskiego, Trybunał gotów jest ich bronić za wszelką cenę. Sposób, w jaki Trybunał buduje swoje egzystencjalne orzecznictwo w obronie wartości wspólnych (art. 2 TUE), jest tego najlepszym dowodem¹⁶⁶.

¹⁶⁴ H. Kutscher, *Methods of interpretation as seen by a Judge of the Court of Justice* [w:] *Reports of a Judicial and Academic Conference held in Luxembourg on 27–28 September 1976*, Luxembourg 1976.

¹⁶⁵ „L'Europe des juges” to także tytuł monografii R. Lecourt'a, byłego Prezesa Trybunału Sprawiedliwości – R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles 1976.

¹⁶⁶ O tym T. T. Koncewicz, *The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* [w:] *Profesor Marek Safjan znany i nieznan. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2019 oraz odesłania do literatury w przypisie 176 poniżej.

Sędziowie Trybunału Sprawiedliwości zdają sobie sprawę z faktu, że stale są poddawani temu testowi i tej ocenie. Co więcej, jestem przekonany, że pomijając pewne orzecznicze potknięcia i niejasności, globalna ocena orzecznictwa Trybunału wypada zdecydowanie pozytywnie i zasługuje na szacunek. „Aktywistyczni” sędziowie opowiadający się za bezpośrednim skutkiem prawa unijnego, legitymacją czynną i bierną Parlamentu, przyznający prawo do odszkodowania podmiotom prawa europejskiego etc. mogliby z podniesioną głową spojrzeć w oczy tym wszystkim, dla których prawo unijne stało się czymś więcej niż suchym zapisem na papierze mało zrozumiałego traktatu. Wszystko to w celu zapewnienia faktycznego przestrzegania prawa zgodnie z niezmienną od 1951 r. misją sądu unijnego. Czyż nie na tym powinno w ostateczności polegać „unijne czynienie sprawiedliwości” i dokonywanie oceny Trybunału Sprawiedliwości, a szerzej także każdego sądu?

Epilog, czy... nowy prolog ? Obietnica sędziowska w obronie fundamentów Unii

La Cour, chaque fois quel est saisie dans le cadre de sa compétence, a l'obligation de se prononcer, l'obligation de dire le droit conformément a la mission générale qui lui est assigné par l'article 164
P. Pescatore¹⁶⁷

Wizja sądu jako neutralnego negocjatora rozstrzygającego spory jest podstawą jego legitymizacji i odbioru społecznego. Neutralność jest połączona z postulatem, że sąd ma być sądem prawa i argumentów na

¹⁶⁷ P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire...*, op.cit.

prawie opartych. Prawo jest siłą, która wiąże sąd, który przekonuje świat zewnętrzny, że to nie subiektywne przekonania i uprzedzenia sędziów dyktują rozstrzygnięcie (kto wygrywa? kto przegrywa?)¹⁶⁸. Aby tak się stało, sąd dysponuje szczególnymi instrumentami, które pozwalają mu budować i utrzymywać swój obraz neutralności wobec stron i zależność wobec prawa. Chodzi o szczególne techniki argumentacyjne i sztukę przekonywania do swojego orzecznictwa. Tylko wtedy opinia publiczna – nadal przywiązana do tradycyjnego obrazu sądu jako „ust prawodawcy” – może zaakceptować olbrzymią władzę, z której korzysta sąd-prawodawca¹⁶⁹.

Specyfiką prawa unijnego jest szczególna relacja między sądem i prawodawcą politycznym w ramach modelu kooperacyjnego prawodawcy. Ten model zakłada, że sąd realizuje cele Traktatu, wykorzystując prawa i salę sądową. Realizacja przez Trybunał jego obietnicy nigdy nie miała charakteru jednostrajnego. Z perspektywy czasowej fluktuacje, jakim podlega (podlegało) orzecznictwo Trybunału, można scharakteryzować jako

¹⁶⁸ M. Shapiro dodaje, że nie bez znaczenia jest zmiana generacyjna wśród samych sędziów. Coraz mniej jest wśród nich wizjonerów, którzy utożsamiali się z integracyjnym podejściem Komisji w czasach realizacji „unijnego nowego ładu”. W konsekwencji dzisiaj Komisja i TS przestają już być naturalnymi sojusznikami. Tak M. Shapiro, *Codification of administrative law. The us and the Union*, „European Law Journal” 1996 nr 2(1), s. 40.

¹⁶⁹ M. Shapiro wskazuje jednak, że kontrakt między suwerenem a instytucjami, które w jego wyniku mają sprawować władzę, dochodzi do skutku tylko dlatego, że suweren przekazuje swoje suwerenne uprawnienie, wiedząc, iż przestrzeganie granic przekazania pozostaje w kognicji utworzonego na mocy kontraktu sądu, który ze swojej natury musi tworzyć prawo i ograniczać zarówno prawodawcę, jak i egzekutywę, i którego instytucjonalne umocowanie pozwala na samoobronę. Tak M. Shapiro, *The European Court of Justice: Of institutions...*, s. 7, 22. O tym też M. Shapiro, *Judicial independence: new challenges in established nations*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2013 nr 20(1), s. 253.

wymieszanie elementów promujących, stabilizujących integrację oraz utrzymujących *status quo*. Przeszłość jednak pokazuje, że ilekroć w grę wchodziły konstytucyjne fundamenty prawa europejskiego, Trybunał zawsze gotów był ich bronić za wszelką cenę. Oportunizm prawodawcy politycznego jest zawsze kwalifikowany przez pryncypialność sądu, który przemawia w imię prawa i broni jego integralności.

Dzisiaj Trybunał – skonfrontowany z paśwnością instytucji politycznych – buduje kolejną generację swojego orzecznictwa, którą można nazwać „egzystencjalną”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Zob. wyżej oraz L. Pech, S. Platon, *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, na <https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>; L. Pech, S. Platon, *Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, na <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>; A. Rosas, *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, „CEPS Policy Insights” 2019 nr 3; *Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games*, „European Papers” 2017 nr 2, s. 797; P. Wennerås, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, „Common Market Law Review” 2019 nr 56, s. 541; T. T. Konciewicz, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey* at <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-konciewicz/>; T. T. Konciewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I* na <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>; T. T. Konciewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten Understanding(s) Part II* na <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>; M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, „European Constitutional Law Review” 2018 nr 14, s. 622; L. Pech, S. Platon, *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, „Common Market Law Review” 2018 nr 55, s. 1827; T. T. Konciewicz, *The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts*, <https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/>; D. Sarmiento, *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, na

Ten proces przypomina „stary Trybunał” odpowiedzialny za nakreślenie wizji i planu dla przyszłych generacji sędziów. Ten plan i wizja składają się na „filozofię van Gend en Loos”¹⁷¹ i tworzą swoistą pamięć instytucjonalną sądu unijnego. „Filozofia Van Gend en Loos” rekonstruuje Traktat jako szczególnego rodzaju pakt zawarty między narodami Europy, który wiąże rządy, a nie jedynie jako umowę międzynarodową między rządami, która nakłada obowiązki na obywateli.

Dzisiaj orzecznictwo, które występuje w obronie wartości wspólnych (art. 2 TUE) i egzekwuje ich przestrzeganie wobec tych, którzy atakują podstawy unijnego porządku prawnego, musi być odczytywane w świetle tradycji orzeczniczej budowanej konsekwentnie od 1951 r. Okoliczność kierunkową i metacel, który łączy poszczególne generacje sędziów sądu unijnego i definiuje unijny etos orzekania, jest dążenie do „jak najściślej unii pomiędzy narodami Europy”. Na koniec rozważań konieczne jest więc przejście z poziomu **mikro**, wyznaczonego przez pryzmat instytucji, na poziom **makro**, a zatem wspólnoty. Instytucja (sąd unijny) i system prawny budują bowiem swoją legitymizację poprzez przyczynianie się do realizacji celów wspólnoty. Prawo jest zaprzęgnięte

<https://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/>. *Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games*, „European Papers” 2017 nr 2, s. 797; L. Coutron, *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieża*, „Revue Trimestrielle de droit européen” 2018 nr 4–6, s. 321; T. Martin, *Le large pouvoir d'appréciation du juge des référés au service de l'efficacité du droit de l'Union européenne*, „Cahiers de droit européen” 2018 nr 54, s. 495.

¹⁷¹ O tym T. T. Konciewicz, *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości*, op.cit., Także D. Halberstam, *Constitutionalism and pluralism in Marbury and Van Gend en Loos*, „Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series” 2008 nr 104, s. 5.

w służbie wspólnoty i staje się jednym z jej symboli¹⁷². Orzecznictwo sądu spełnia zaś funkcję bezpiecznika i gwaranta, wyznaczając kierunek i parametry działania dla pozostałych aktorów integracji¹⁷³.

Orzecznictwo Trybunału i musi być odczytywane jako stałe wyciąganie na światło konsekwencji związanych ze statusem Unii jako porządku opartego na prawie. Ilekroć zasada rządów prawa była zagrożona, Trybunał, bazując na swojej roli strażnika Traktatów, gotów był podjąć konieczną interwencję, odstępując od rygorystycznego oparcia się na literalnym brzmieniu przepisów regulujących powierzoną mu jurysdykcję. W ten sposób Trybunał wzmacniał stopniowo swoją pozycję poprzez umiejętnie powiązanie w orzecznictwie swojej traktatowej funkcji z zasadami rządów prawa oraz praworządności. Dodatkowo jednak poprzez gotowość korzystania z art. 19 TUE wprowadzał w obręb wspólnotowego/unijnego rozstrzygania sporów element sprawiedliwości. Krytycy ignorują prawną rzeczywistość, w której Trybunał działa i orzeka. Rzeczywistość ta jest dzisiaj wyznaczana przez zobowiązanie Trybunału do zapewnienia, że kontrakt między państwami trwa i jest zdolny do osiągnięcia swoich celów. Trybunał zgodnie ze swoją misją (art. 19 TUE) ma zapewnić, że w procesie stosowania i interpretacji Traktatów prawo jest przestrzegane. Etos Trybunału, nawiązując do terminu użytego przez byłego sędziego Trybunału C. Kakourisa, jest definiowany przez zapewnienie, że

¹⁷² R. Bieber, *Le droit et les symboles de l'Europe* [w:] *Chemins de l'Europe. Melanges en l'honneur de Jean Paul Jacque*, Dalloz 2010, s. 105.

¹⁷³ H. Legal, *Les institutions politiques de l'Union et la Cour de justice: Le point de vue du Conseil* [w:] *The Court of Justice and the Construction of Europe*, [w:] A. Rosas, E. Levits, Y. Bot, (red.), Springer 2013, s. 154. Zob. też S. K. Schmidt, *The Shadow...*

zobowiązania dobrowolnie przyjęte przez państwa są wobec tychże państw egzekwowane, a podmioty prawa europejskiego korzystają ze skutecznej ochrony sądowej. W ten sposób definiujemy misję sądu unijnego w ramach szczególnego, nowego porządku prawnego, którego podmiotami są nie tylko państwa, ale obywatele, ze swoimi oczekiwaniami i nadziejami także pod adresem sądów.

Jeżeli więc istnieje jedna lekcja z prawie 70 lat funkcjonowania Trybunału Sprawiedliwości, to brzmi ona następująco. Ilekroć wymaga(ła) tego integralność porządku unijnego, sąd unijny zawsze był i jest gotów odgrywać swoją rolę gwaranta tego porządku. Nie może on jednocześnie tracić z pola widzenia konsekwencji swoich orzeczeń i poszukiwania rozwiązań, które państwa członkowskie będą gotowe zaakceptować w ramach niezwykle delikatnej równowagi instytucjonalnej. Trybunał Sprawiedliwości, w ramach powierzonej mu jurysdykcji i funkcji, pomny zarówno potencjału, jak i ograniczeń sali sądowej, ma zapewniać trwanie i przetrwanie Unii. Na każdym etapie integracji musi przypominać państwom członkowskim o dobrowolnie zaciągniętych zobowiązaniach, ale jednocześnie musi utrzymywać stały dialog z tymi państwami, które w prawie unijnym spełniają funkcję prawodawcy konstytucyjnego.

Czy to wszystko brzmi niemożliwie do zrealizowania i połączenia w operatywną całość?

Prawo – *rule of law* – autorytet sądu – kontrola sądowa – powaga wyroków – Konstytucja – wspólnota prawa – interpretacja – dialog sądowy – integracja – procedura – odmowa dania sprawiedliwości, a wszystko

spięte „unią między narodami Europy”. To właśnie urzeczywistnianie tej unii zawsze było w opinii byłego sędziego Trybunału Ulricha Everlinga najważniejszym *telos*, tłumaczącym i kierującym wyborami orzeczniczymi sądu unijnego, którego zadaniem i misją od zarania pierwszych Wspólnot było zapewnienie, że w procesie interpretacji i stosowania Traktatów prawo jest przestrzegane¹⁷⁴. Realizacja tego celu w ramach sądowej metody rozstrzygania sporów, funkcji i jurysdykcji powierzonej sądowi unijnemu w Traktatach wyznacza w ostateczności granice sali sądowej.

¹⁷⁴ Artykuł 164 TWEG: fr. *La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité*; ang. *The Court of Justice shall ensure observance of law in the interpretation and application of this Treaty*. Brzmienie tego fundamentalnego dla tej monografii artykułu pozostaje bez zmian od początku istnienia Wspólnot. Wraz ze zmianą nazwy Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej (TWEG) na Traktat o Wspólnocie Europejskiej (TWE) art. 164 TWEG stał się art. 220 TWE, a ten ostatni z kolei dzisiaj obowiązującym art. 19 TUE (wszystkie podkreślenia T. T. K.).

Może to zabrzmieć paradoksalnie, ale właśnie elementy **niemożliwości** (wspólnota prawa jako marzenie) i **aspiracji** (wspólnota prawa jako cel, który nas Europejczyków, mimo istniejących różnic, łączy) oraz szacunek dla **prawa** nie tylko definiują europejską filozofię sądenia, ale podkreślają tożsamość Unii Europejskiej i powojennego kompromisu europejskiego zakorzenionego w prawie¹⁷⁵. Tylko ich połączenie może dać nam szansę na rekonstrukcję sędziowskiej obietnicy w prawie europejskim. Tylko wtedy zrozumiemy, co i jak rzeczywiście robi – czasami lepiej, czasami gorzej – ten sąd, i dlaczego warto go bronić *against all odds* w Polsce A. D. 2021... ■

¹⁷⁵ P. Pescatore, *Le droit, en dernier analyse, controle la démocratie et non l'inverse*, [w:] *La légitimité du juge en régime démocratique*, „Commentaire” 2000 nr 90, s. 339–349.

Bibliografia

- Alter K. J., *Who are the „Masters of the Treaty“?: European governments and the European Court of Justice*, „International Organizations” 1998 nr 52.
- Austin J. L., *How to Do Things with Words*, Oxford 1975.
- Azoulai L., *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence*, „Revue trimestrielle de droit européen” 2008 nr 44(1).
- Barak A., *Judicial Discretion*, New Haven–London 1989.
- Barak A., *Judicial Law Making*, 13 *Mishpatim* 25, 1983.
- Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton 2005.
- Barak A., *The nature of judicial discretion and its significance for the administration of justice* [w:] *Judicial Discretion in European Perspective*, red. O. Wiklund, Sztokholm 2003.
- Barav A., *Omnipotent courts, omnipotent courts* [w:] *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, t. II, red. D. Curtin, T. Heukels, Dordrecht–Boston 1994.
- Barav A., Philip Ch., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris 1993.
- Barents R., *The preliminary ruling procedure and the rule of law in the European Union* [w:] *European Ambitions of the National Judiciary*, red. R. H. M. Jansen, D. A. C. Koster, R. F. van Zutphen, The Hague–Boston 1997.
- Baquero Cruz J., *The changing constitutional role of the European Court of Justice*, „International Journal of Legal Information” 2006 nr 34.
- Bengoetxea J. R., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford–New York 1993.
- Bieber R., *Le droit et les symboles de l’Europe* [w:] *Chemins de l’Europe. Melanges en l’honneur de Jean Paul Jacque*, Dalloz 2010.
- Bieber R., *The settlement of institutional conflicts on the basis of Article 4 of the EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1984 nr 21.
- Boch Ch., Lane R. C., *Community law in national courts: a continuing contradiction*, „Leiden Journal of International Law” 1992 nr 5.
- Bonelli M., Claes M., *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, „European Constitutional Law Review” 2018 nr 14.
- Brown L. N., Kennedy T., *The Court of Justice of the European Communities*, London 1995.
- Bulterman M., *Fundamental rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities*, „Leiden Journal of International Law” 2006 nr 19.
- de Búrca G., *The European Court of Justice and the international legal order after Kadi*, „Jean Monnet Working Paper” 2009 nr 1.
- Burley A. M., Mattli W., *Europe before the court: A political theory of legal integration*, „International Organizations” 1993 nr 47.
- Burrows N., Greaves R., *Advocate General and EC Law*, Oxford 2007.

- Cabral P., *The internal market and the right to cross border medical care*, „European Law Review” 2004 nr 29.
- Cappelletti M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989.
- Cappelletti M., *The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis*, „Monash University Law Review” 1981–1982 nr 8.
- Cappelletti M., „Who watches the watchman?”. *A Comparative Study on Judicial Responsibility*, „American Journal of Comparative Law” 1981 nr 31.
- Carruba C. J., Gabel M., Hankla C., *Understanding the role of the European Court of Justice in European integration*, „American Political Science Review” 2012 nr 106(1).
- Chevallier J., *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, „Revue du droit public” 1998 nr 3.
- Claus L., *Montesquieu’s mistakes and the true meaning of separation*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2005 nr 25.
- Constantinesco V., *Les Institutions Communautaires. Présentation générale*, Europe Fasc. 1989.
- Constantinesco V., Jacque J. P., Cover R., Simon D., *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, „Economica” 1992.
- Coutron L., *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieska*, „Revue Trimestrielle de droit européen” 2018 nr 4–6.
- Davies B., *Pushing back: What happens when member states resist the European Court of Justice?*, „Contemporary European History” 2012 nr 21(3).
- Davies E., *Judicial activism*, „Current Legal Problems” 1975 nr 1.
- Davies G., *Does the Court of Justice own the Treaties? Interpretative pluralism as a solution to over-constitutionalisation*, „European Law Journal” 2018 nr 24.
- Dawes A., *‘Bonjour Herr Doctor’: National healthcare systems, the internal market and cross-border medical care within the European Union*, „Legal Issues of Economic Integration” 2006 nr 33.
- Dehousse R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris 1997.
- Dehousse R., Weiler J. H. H., *The legal dimension [w:] The Dynamics of European Integration*, red. W. Wallace, London–New York 1990.
- Dworkin R., *Law as interpretation*, „Texas Law Review” 1982 nr 60.
- Dworkin R., *The secular papacy [w:] Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, red. R. Badinter, S. Breyer, New York–London 2004.
- Easson A., *Legal approaches to European integration: The role of court and legislator in the completion of the European common market*, „Journal of European Integration” 1989 nr 19.
- Edward D. A. O., *Judicial activism – myth or reality? Van Gend en Loos, Costa v. Enel and Van Duyn family revisited [w:] Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in Honour of Lord Mackenzie Stuart*, red. A. I. L. Campbell, I. M. Voyatzi, London 1996.
- Edward D. A. O., *Opening speech [w:] European Ambitions of the National Judiciary*, red. R. H. M. Jansen, D. A. C. Koster, R. F. B. van Zutphen, Deventer 1997 (offprint).

- Eeckhout P., *Community Terrorism Listings, Fundamental rights, and UN Security Council Resolutions: In Search of the right fit*, „European Competition Law Review” 2007 nr 3.
- Eleftheriadis P., *Cosmopolitan law*, „European Law Journal” 2003 nr 9.
- Everling U., *On the judge-made law of the European Community’s Courts* [w:] *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, red. D. O’Keeffe, A. Bavasso, Kluwer Law International, 2000.
- Everling U., *The court of justice as a decision-making authority* [w:] *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Baden-Baden 1984.
- Feld W., *The Court of Justice of the European Communities: New Dimension In International Adjudication*, The Hague 1964.
- Granger M. P. F., *When governments go to Luxembourg...: The influence of governments on the Court of Justice*, „European Law Review” 2004 nr 29(1).
- Greenwalt K., *The growth of judicial power: A comment* [w:] *The Judiciary in a Democratic Society*, red. L. Theberge, Lexington 1979.
- Guest S., *Ronald Dworkin*, Edinburgh 1997.
- Guillermin G., *Le principe de l’équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, „Journal de droit international” 1992 nr 119.
- Halberstam D., *Constitutionalism and pluralism in Marbury and Van Gend en Loos*, „Michigan Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series” 2008 nr 104.
- Harrington C. B., *Review of Martin Shapiro and Alec Stone Sweet on law, politics and judicialization*, „International Journal of Constitutional Law” 2004 nr 2.
- Hartley T. C., *Five forms of uncertainty in the European Community legal order*, „Cambridge Law Journal” 1996 nr 55.
- Helios J., *Instrumentalizacja prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości* [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, red. A. Kozak, Wrocław 2000.
- Jacqué J. P., *The principle of institutional balance*, „Common Market Law Review” 2004 nr 41.
- Kapiszewski D., Silverstein G., Kagan R. A. (red.), *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*, red. Cambridge 2013.
- Keeling D. T., *In praise of judicial activism? But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practiced it?* [w:] *Scritti in Onore di G. Federico Mancini*, red. C. Gialdino, t. 2.
- Kersch K. I., *The ‘Globalized Judiciary’ and the rule of law*, „The Good Society” 2004 nr 13(3).
- Klamert M., *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford 2014.
- Komesar N. K., *In search of a general approach to legal analysis: A comparative institutional alternative*, „Michigan Law Review” 1981 nr 79.
- Komesar N. K., *Taking institutions seriously. Introduction to a strategy for constitutional analysis*, „The University of Chicago Law Review” 1984 nr 51.
- Koncewicz T. T., *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, Warszawa 2010.

- Koncewicz T. T., *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warszawa 2020.
- Koncewicz T. T., *The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design* (w:) X. Contiades, A. Fotiadou (red.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge 2020.
- Koncewicz T. T., *The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* (w:) K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Profesor Marek Saffan znany i nieznan*. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin, Warszawa 2019.
- Koncewicz T. T., *The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice* (w:) F. Bignami (red.), *EU in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press 2020.
- Koncewicz T. T., *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Od „sądowego aktywizmu” do „europejskiej filozofii sądenia”?* [w:] L. Leszczyński, (red.), *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 3, Wykładnia prawa, Warszawa 2019.
- Koncewicz T. T., *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019 nr 26.
- Koncewicz T. T., *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja unijnego wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2010.
- Koopmans T., *The future of the Court of Justice of the European Communities*, „Yearbook of European Law” 1991 nr 11(1).
- Koopmans T., *The role of law in the next stage of European integration*, „International and Comparative Law Quarterly” 1985 nr 35(4).
- Kozak A., *Postponowoczesna koncepcja prawa* [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 2007.
- Kutscher H., *Methods of interpretation as seen by a Judge of the Court of Justice* [w:] *Reports of a Judicial and Academic Conference held in Luxembourg on 27–28 September 1976*, Luxembourg 1976.
- Landfried C. (red.), *Judicial Power. How Courts Affect Political Transformation*, Cambridge 2019.
- Lang W., *Instrumentalne pojmowanie prawa a państwo prawa*, „Państwo i Prawo” 1991 nr 12.
- Lasok K. P. E., *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, London 1994.
- Lasser M., *Anticipating three models of judicial control. Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court*, „Harvard Jean Monnet Working Paper” 2003 nr 1.
- Lavranos N., *Judicial review of UN sanctions by the Court of First Instance*, „European Foreign Affairs Review” 2006 nr 11.
- Legal H., *Les institutions politiques de l'Union et la Cour de justice: Le point de vue du Conseil* [w:] *The Court of Justice and the Construction of Europe*, [w:] A. Rosas, E. Levits, Y. Bot, (red.), Springer 2013.

- Lenaerts K., *Some reflections on the separation of powers in the European Community*, „Common Market Law Review” 1991 nr 28.
- Lenaerts K., *Some thoughts about the interaction between judges and politicians*, „University of Chicago Legal Forum” 1992 nr 1.
- Mak E., *The European Judicial Organization in a new paradigm: The influence of principles of ‘New Public Management’ on the organization of the European Courts*, „European Law Journal” 2008 nr 14.
- Martin T., *Le large pouvoir d’appréciation du juge des référés au service de l’efficacité du droit de l’Union européenne*, „Cahiers de droit européen” 2018 nr 54.
- McAuliffe K., *Enlargement at the European Court of Justice: Law, language and translation*, „European Law Journal” 2008 nr 14.
- Moreso J. J., *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Springer 1998.
- Möllers Ch., *European governance: Meaning and value of a concept*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43.
- Nettesheim M., *U. N. Sanctions Against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance*, „Common Market Law Review” 2007 nr 44.
- Newdick Ch., *Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43.
- Pech L., *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, „Jean Monnet Working Paper” 2009 nr 4.
- Pech L., Platon S., *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, „Common Market Law Review” 2018 nr 55.
- Pescatore P., *Farewell address to the Court*, „European Law Review” 1986 nr 11.
- Pescatore P., *La carence du législateur communautaire et le Devoir du juge* [w:] *Rechtsvergleichung, Europarecht and Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, red. G. Lüke, G. Ress, M. R. Will, Köln–Berlin–Bonn–München 1991.
- Pescatore P., *La légitimité du juge en régime démocratique*, „Commentaire” 2000 nr 90.
- Pescatore P., *L’Exécutif Communautaire: Justification du Quadripartisme Institué par les Traités de Paris et de Rome*, „Cahiers de droit européen” 1978 nr 4.
- Pescatore P., *The doctrine of direct effect: an infant disease of Community law*, „European Law Review” 1983 nr 8.
- Potocki A., *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l’unification du droit* (maszynopis w posiadaniu autora).
- Potocki A., *Rola Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w unifikacji prawa*, Palestra 2000 nr 7–8.
- Rasmussen H., *Between self-restraint and activism: a judicial policy for the European Court*, „European Law Review” 1988 nr 13.
- Rasmussen H., *Judicial activism in American and European Community courts*, „Legal Studies” 1983 nr 3.
- Rasmussen H., *On Law and Policy of the European Court of Justice*, Dordrecht 1986
- Rasmussen H., *The Court of Justice* [w:] *Thirty years of Community Law, Commission of the European Communities*, The European Perspectives Series, 1981.

- Rasmussen H., *Present and future judicial problems after enlargement and the post-2005 ideological revolt*, „Common Market Law Review” 2007 nr 44.
- Reed J. W. R., *Political review of the European Court of Justice*, „Jean Monnet Working Paper” 1995 nr 13.
- Rodriguez Iglesias G. C., *The judge confronts himself as judge* [w:] R. Badinter, S. Breyer, (red.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York–London 2004.
- Rosas A., *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, „CEPS Policy Insights” 2019 nr 3.
- Sadurski W., *Juridical Coups d'état – all over the place. Comment on „The Juridical Coup d'état and the problem of authority” by Alec Stone Sweet*, „German Law Journal” 2007 nr 8(10).
- Sand I. J., *Understanding the new forms of governance: Mutually interdependent, reflexive, destabilised and competing institutions*, „European Law Journal” 1998 nr 4.
- Sartori G., *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham, New Jersey 1987.
- van Schendelen R., Scully R. (red.), *The Unseen Hand. Unelected EU Legislators*, London–Portland 2002.
- Schepel H., Blankenburg E., *Mobilizing the European Court of Justice* [w:] *The European Court of Justice, Collected Courses of the Academy of European Law*, red. G. de Búrca, J. H. H. Weiler, Oxford 2001.
- Schepel H., Wesseling R., *The legal Community: judges, lawyers, officials and clerks in the writing of Europe*, „European Law Journal” 1997 nr 3.
- Schönfeld K. M., *Rex, Lex et Iudex: Montesquieu and la bouche de la loi revisited*, „European Constitutional Law Review” 2008 nr 4.
- Schmidt S. K., *The Shadow of case law* [w:] *European Union. Power and Policy-Making*, red. J. Richardson, S. Mazey, Routledge 1996.
- Scott J., Sturm S. P., *Courts as Catalysts: Re-thinking the judicial role in new governance*, „Columbia Journal of European Law” 2006–2007 nr 13.
- Shapiro M., *Codification of administrative law. The US and the Union*, „European Law Journal” 1996 nr 2(1).
- Shapiro M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1981.
- Shapiro M., *Judicial independence: new challenges in established nations*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2013 nr 20(1).
- Shapiro M., *Judicial power and democracy* [w:] *Judicial Power. How Courts Affect Political Transformation*, red. C. Landfried, Cambridge 2019.
- Shapiro M., *The European Court of Justice. Of institutions and democracy*, „Israel Law Review” 1998 nr 32.
- Shapiro M., *The European Court of Justice* [w:] *The Evolution of EU Law*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999.
- Shapiro M., *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis*, „Law in Transition Quarterly” 1965 nr 11(3).
- Schiemann K., *Europe and the loss of sovereignty*, „International Comparative Law Quarterly” 2007 nr 56.

- Sindbjerg Martinsen D., *Judicial Influence on Policy Outputs? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, „Comparative Political Studies” 2015 nr 48(12).
- Slaughter A. M., Burke-White W., *The future of international law is domestic (or, the European way of law)*, „Harvard International Law Journal” 2006 nr 47(2).
- Slaughter A. M., Stone Sweet A., Weiler J. H. H., (red.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford 1998.
- Stein E., *Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution*, „American Journal of International Law” 1981 nr 1.
- Stone Sweet A., Brunell T., *The European Court of Justice, state noncompliance, and the political override*, „American Political Science Review” 2012 nr 106(1).
- Stone Sweet A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press 2004.
- Sunstein C., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford University Press 2002.
- Tomuschat Ch., *Case note*, „Common Market Law Review” 2006 nr 43.
- Usher J. A., *The Institutions of the European Union*, London 1998.
- Weiler J. H. H., *A quiet revolution. The European Court of Justice and its interlocutors*, „Comparative Political Studies” 1994 nr 26.
- Weiler J. H. H., *The essential (and would-be essential) jurisprudence of the European Court of Justice: lights and shadows too [w:] The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, red. I. Pernice, J. Kokott, Ch. Saunders, Baden-Baden 2006.
- Weiler J. H. H., *Transformation of Europe [w:] J. H. H. Weiler, The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.
- Wennerås P., *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, „Common Market Law Review” 2019 nr 56.
- Wiklund O., *Taking the world view of the European judge seriously – some reflections on the role of ideology in adjudication [w:] Judicial Discretion in European Perspective*, red. O. Wiklund, Stockholm 2003.
- Wincott D., *The role of law or the role of the Court of Justice? An ‘institutional’ account of judicial politics in the European Community*, „Journal of European Public Policy” 1995 nr 2(4).
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.



Dr hab. Tomasz Tadeusz Koncewicz

PROFESSOR OF THE UNIVERSITY OF GDAŃSK, HEAD OF THE DEPARTMENT OF EUROPEAN LAW AND COMPARATIVE LAW, UNIVERSITY OF GDAŃSK, MEMBER OF THE PROGRAMME COUNCIL OF THE OSIATYŃSKI ARCHIVE AND THE TEAM OF ADVISERS TO THE SPEAKER OF THE POLISH SENATE ON CONSTITUTIONAL REVIEW OF LAWS, MEMBER OF THE EDITORIAL BOARD OF 'THE OXFORD ENCYCLOPAEDIA OF EUROPEAN UNION LAW', ADWOKAT SPECIALISING IN STRATEGIC LITIGATION BEFORE THE EUROPEAN COURTS

Of the promises and limits of the courtroom in the European law

Law, the rule of law, the authority of the court, judicial review, the weight of precedent, constitutionality, the community of law, interpretation, judicial dialogue, integration, procedure, denial of justice—all linked together by the overarching objective of the “union between the peoples of Europe.” It the realisation of this union that has always been the most important telos explaining and directing the decisions of the Court of Justice, whose task and mission since the dawn of the first Communities has been to ensure that the law is respected in the process of interpretation and application of the Treaties. It is the pursuit of this objective through the judicial method of dispute resolution and the jurisdiction vested in the Court of Justice by the Treaties that ultimately defines the boundaries and the promises of the courtroom. In times of the politics of resentment, this is a conclusion and signpost whose importance cannot be overstated.

**LAW • RULE OF LAW • AUTHORITY OF THE COURT • JUDICIAL REVIEW
CONSTITUTION • COMMUNITY OF LAW • INTERPRETATION • JUDICIAL
ETHOS • JUDICIAL DIALOGUE • INTEGRATION • PROCEDURE • DENIAL
OF JUSTICE**







Harald Marschner

RADCA PRAWNY, RECHTSANWALT, KANCELARIA WARDYŃSKI I WSPÓLNICY

Liechtenstein: państwo małe, ale nowoczesne i znaczące w Europie

Część 1 – Powstanie suwerennego państwa, rozwój własnego systemu prawnego oraz otwarcie się na Europę i świat

Liechtenstein – małe księstwo w Alpach graniczące z Austrią i Szwajcarią – w 2019 r. świętował 300-lecie swojej suwerenności. Kraj ten jest znany między innymi jako prężne centrum finansowe o międzynarodowym znaczeniu. Dość interesująco kształtował się proces zdobywania tej roli oraz coraz większego otwierania się Liechtensteinu na Europę i świat, związany z umiejętnym wypracowywaniem i rozwijaniem własnej jurysdykcji o niebagatelnym znaczeniu w obrocie gospodarczym z zagranicą. W ostatnim czasie Księstwo Liechtensteinu pojawia się na łamach czasopism gospodarczych i w prasie międzynarodowej ze względu na uchwalenie nowoczesnej ustawy o zaufanych technologiach typu blockchain, która weszła w życie 1 stycznia 2020 r. Część 1 niniejszego artykułu koncentruje się na procesie rozwijania własnego porządku prawnego Liechtensteinu jako suwerennego państwa i otwierania się na Europę i świat. Część 2 poświęcimy nowej ustawie liechtensteińskiej o zaufanych technologiach typu blockchain, procesowi jej wypracowania oraz porównaniu z pierwszymi podobnymi ustawami pochodzącymi z innych jurysdykcji.

**ARBITRAŻ • HISTORIA PRAWA • PRAWO GOSPODARCZE • PRAWO
KONSTITUCYJNE • PRAWO MIĘDZYNARODOWE PUBLICZNE • WYKONALNOŚĆ
WYROKÓW SĄDÓW POWSZECHNYCH • WYKONALNOŚĆ WYROKÓW SĄDÓW
POLUBOWNYCH**

1. Wprowadzenie

W części 1 niniejszego opracowania omówimy powstanie państwa Liechtenstein i jego ustrój polityczny oraz proces ciągłego rozwijania własnego prawa, począwszy od pierwszej konstytucji, a skończywszy na organizacji sądownictwa powszechnego. Ten proces wyraźnie pokazuje, że ów mały kraj ma potencjał i zdecydowaną wolę, by aktywnie uczestniczyć w życiu międzynarodowym, przyciągając kolejne inwestycje.

Dalej przyjrzymy się bliżej swoistemu porządkowi prawnemu Liechtensteinu, porównując go z trzema porządkami prawnymi państw sąsiadujących, tj. Niemiec, Austrii i Szwajcarii, gdyż te porządki prawne należące do niemieckiej tradycji prawa miały i wciąż mają znaczący wpływ na tworzenie własnego prawa w Liechtensteinie.

Kolejnym punktem analizy jest pozycja i potencjał tego małego podalpejskiego kraju we wspólnocie państw w kontekście europejskim. Skoncentrujemy się na członkostwie Księstwa Liechtensteinu w Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz płynących stąd zaletach i obowiązkach. Przeanalizujemy również swoisty trójkąt pomiędzy Szwajcarią (pozostającą poza UE), samą Unią Europejską i Liechtensteinem, aby pokazać, jak Liechtensteinowi udało się uniezależnić od wielkiego szwajcarskiego brata, i to bez zerwania z nim dobrych stosunków sąsiedzkich, za to z otwarciem się na Europę i świat. Ponadto wykażemy, że przynależność do kręgu państw niemieckojęzycznych znacznie ułatwia Liechtensteinowi współpracę międzynarodową, zwłaszcza w dziedzinie ciągłej harmonizacji prawa krajowego z prawem unijnym.

Ostatnim tematem części 1 będą aspekty obrotu prawnego Liechtensteinu z zagranicą zilustrowane na trzech przykładach:

- wykonywanie orzeczeń zagranicznych sądów powszechnych w Liechtensteinie oraz ułatwienie prorogacji właściwości sądów zagranicznych, względnie derogacji właściwości sądów liechtensteińskich,
- wykonywanie orzeczeń zagranicznych sądów polubownych i stworzenie nowoczesnego prawa regulującego postępowanie arbitrażowe w samym Liechtensteinie,
- przystąpienie w 2019 r. przez Liechtenstein do konwencji Narodów Zjednoczonych o międzynarodowej sprzedaży towarów.

Te trzy przykłady pokazują żywe zainteresowanie Liechtensteinu, by nieustannie rozszerzać swoje pole działania i przyciągać do kraju zagranicznych inwestorów.

2. Powstanie państwa i jego porządku prawnego

Punktem wyjściowym niniejszego badania jest moment powstania małego państewka w środku Alp i osiągnięcia suwerenności, co umożliwiło powstanie własnego porządku prawnego.

2.1. UWARUNKOWANIA GEOGRAFICZNE
Księstwo Liechtensteinu, położone na wschodnim brzegu Renu alpejskiego, to jedno z najmniejszych państw kontynentu europejskiego. Ma powierzchnię około 160 km² i ponad 39 tysięcy mieszkańców, przy czym około 25 tysięcy osób posiada obywatelstwo Księstwa Liechtensteinu. Mniejsze w Europie – pod względem terytorium i liczby ludności – są tylko Księstwo Monako, Republika San Marino oraz Państwo Watykańskie.

Liechtenstein graniczy na wschodzie z austriackim krajem związkowym Przedarlunią (*Bundesland Vorarlberg*), a na południu i zachodzie ze szwajcarskimi kantonami – Gryzonią (*Kanton Graubünden*) i kantonem Świętego Gawła (*Kanton Sankt Gallen*). Najwyższym szczytem Liechtensteinu jest Grauspitz o wysokości 2 599 m n.p.m. w paśmie górskim Rätikon na granicy ze Szwajcarią, a najniższym punktem księstwa są łąki bagienne o nazwie Ruggeller Riet położone 430 m n.p.m. wzdłuż Renu, przy trójstyku granicy austriacko-szwajcarsko-liechtensteińskiej.

2.2. SYSTEM POLITYCZNY I USTROJOWY
Liechtenstein pod względem ustrojowym stanowi monarchię konstytucyjną. Forma rządów to dziedziczna monarchia z elementami demokratycznymi. Książę cieszy się przywilejami. Ma prawo absolutnego weta w stosunku do ustaw uchwalanych przez parlament i nie podlega jurysdykcji państwa ze względu na immunitet. W konstytucji jednak przewidziano zapis o zniesieniu monarchii i ewentualnym wotum nieufności wobec księcia.

Od 1989 r. w Księstwie Liechtensteinu panuje książę Hans-Adam II (*Hans-Adam II. Fürst von und zu Liechtenstein, Herzog von Troppau und Jägerndorf, Graf zu Rietberg*). Bieżące sprawy polityczne podlegają dziedzicznemu księciu, będącemu następcą tronu i regentem, Alojzemu (*Alois Fürst von und zu Liechtenstein, Herzog von Troppau und Jägerndorf, Graf zu Rietberg*).

Z okazji święta narodowego towarzyszącego obchodom 300-lecia suwerenności dziedziczny książę i regent Alojzy w wywiadzie z 15 sierpnia 2019 r. opublikowanym w gazecie *Neue Zürcher Zeitung* bronił atutów monarchii. Według niego przywileje

księcia zapewniają państwu stabilność. Jego zdaniem, pomimo silnego ruchu na rzecz równości płci w Europie, na tronie Księstwa Liechtensteinu nie powinna zasiadać księżniczka, gdyż *Hausgesetz* (ustawa o sukcesji tronu rodu książęcego Liechtensteinów)¹ przewiduje rozwiązanie prawa salickiego² wykluczające taką możliwość³.

Monarchia zapewnia dużo stabilności i ciągłość, ponieważ głowa państwa nie musi regularnie kandydować do reelekcji – oświadczył dziedziczny książę i regent Alojzy. Jego zdaniem Liechtenstein pod wieloma względami jest bardziej demokratyczny niż niektóre republiki. Ze względu na zapisaną w konstytucji możliwość zniesienia monarchii bez zgody księcia, ostatnie słowo należy do narodu. Dlatego książę musi zawsze działać w długoterminowym interesie ludu.

Władza prawodawcza należy do księcia i do parlamentu o nazwie *Landtag*, liczącego 25 deputowanych i wybranego co cztery lata w wyborach proporcjonalnych. Aktualnie w Liechtensteinie są trzy partie polityczne: Unia Patriotyczna (*Vaterländische Union*, VU), Postępowa Partia Obywatelska Liechtensteinu (*Fortschrittliche*

1 *Hausgesetz des Fürstlichen Hauses Liechtenstein vom 26. Oktober 1995* [Ustawa o sukcesji tronu rodu książęcego Liechtensteinów z 26 października 1995 r.], LGBL-Nr. 1995.100, LR-Nr. 111.0.

2 Prawo salickie (*Lex Salica*) – wczesnośredniowieczne prawo zwyczajowe Franków salickich, dotyczące głównie prawa karnego i procesowego oraz rodzinnego i spadkowego, w postaci 65 kazuistycznych artykułów. Sformułowanie to najczęściej używane jest do opisania późnośredniowiecznej zasady regulującej od początków XIV wieku sposób dziedziczenia tronu francuskiego, która wykluczała kobiety z sukcesji i przenoszenia przez nie prawa do dziedziczenia tronu.

3 K. Koźbiał, *Ochrona praw człowieka we współczesnym Liechtensteinie. Zarys problematyki*, „Polityka i Społeczeństwo” 2018 nr 4 (16), s. 48.

Bürgerpartei in Liechtenstein, FBP) i Wolna Lista (*Freie Liste*)⁴.

Władza wykonawcza skupiona jest w rękach premiera i rządu jako kolegium. Obecnie funkcję szefa egzekutywy sprawuje premier Adrian Hasler wspomagany przez czterech ministrów (tzw. radców rządowych) mianowanych przez księcia na wniosek parlamentu. Księżę ma prawo zdymisjonować rząd i powołać gabinet przejściowy, który musi w ciągu czterech miesięcy uzyskać wotum zaufania parlamentu.

Liechtenstein jest monarchią, w której od czasu referendum konstytucyjnego w marcu 2003 r. władca ma największą realną władzę polityczną w Europie (nie licząc Watykanu). Żadna zmiana konstytucji nie może być przeprowadzona bez zgody księcia. Monarchia może jednak zostać zniesiona drogą referendum (art. 113 Konstytucji z 1921 r.). Dopuszczalne jest także wotum nieufności wobec księcia (art. 13ter Konstytucji z 1921 r.). W obu wypadkach do zgłoszenia wniosku potrzeba przynajmniej 1 500 obywateli⁵.

3. Krótki rys historyczny i zmiany konstytucyjne

Aby lepiej zrozumieć rozwój tego małego państwa i jego prawa, warto się zapoznać z jego historią oraz ze zmianami poczynionymi w jego konstytucji.

4 Ch. Frommelt, S. Gstöhl, *Liechtenstein and the EEA: the Europeanization of a (very) small state* [w:] *Europautredningen*, raport nr 18, Oslo 2011, s. 9.

5 *Verfassungsgesetz vom 16. März 2003 über die Änderung der Verfassung vom 5. Oktober 1921*, LGBL-Nr. 2003.186, LR-Nr. 101.

3.1. POWSTANIE PAŃSTWA W 1719 R. I SUWERENNOŚĆ DE IURE W 1806 R.

Historia Liechtensteinu sięga 1342 r., kiedy to poprzez podział hrabstwa Sargans powstało hrabstwo Vaduz⁶. Nasze rozważania zaczniemy jednak od daty 23 stycznia 1719 r., gdy na mocy przywileju cesarza Karola VI Habsburga hrabstwo Vaduz (*Grafschaft Vaduz*) oraz dominium Schellenberg (*Herrschaft Schellenberg*) zostały połączone i podniesione do rangi księstwa. Tym sposobem powstało księstwo o nazwie Liechtenstein, które zostało włączone w skład Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego⁷. Nazwa państwa pochodzi od zamku Liechtenstein będącego gniazdem rodu Liechtensteinów (*von und zu Liechtenstein*) położonego w miejscowości Maria Enzersdorf pod Wiedniem. 12 lipca 1806 r. Napoleon uznał to państwo za jednego z członków założycieli Związku Reńskiego⁸, dzięki czemu Księstwo Liechtensteinu *de iure* otrzymało suwerenność, jednak pozostawało pod przemożnym wpływem Napoleona⁹.

3.2. KONSTYTUCJA Z 1818 R.

Kongres Wiedeński w 1815 r. potwierdził suwerenność tego państwa, które miało stać się członkiem Związku Niemieckiego¹⁰. Trzynasty artykuł Aktu Związkowego nakładał jednak obowiązek wprowadzenia

6 A. Kosicki, *Problem podmiotowości europejskich "mipañaństw" w świetle prawa międzynarodowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002 z. 1, s. 109.

7 W. S. G. Kohn, *The Sovereignty of Liechtenstein* [w:] „The American Journal of International Law” 1967 t. 1, s. 550.

8 Związek Reński (*Rheinbund* bądź *États confédérés du Rhin*) był konfederacją państw niemieckich zależnych od Cesarstwa Francuskiego istniejącą w latach 1806–1813.

9 Ch. Frommelt, S. Gstöhl, *op.cit.*, s. 8.

10 Związek Niemiecki (*Deutscher Bund*) był konfederacją państw niemieckich i wolnych miast z siedzibą we Frankfurcie nad Menem utworzoną na kongresie wiedeńskim służącą wspólnemu zorganizowaniu gospodarek tych państw.

konstytucji; wprowadził ją książę Jan I Józef (*Johann I. Joseph Fürst von und zu Liechtenstein, Herzog von Troppau und Jägerndorf, Graf zu Rietberg*). Pierwsza konstytucja Księstwa Liechtensteinu, utrwalająca absolutną władzę księcia, weszła w życie 9 listopada 1818 r. i przetrwała do 1862 r., kiedy to jego wnuk książę Jan II (*Johann II. Fürst von und zu Liechtenstein, Herzog von Troppau und Jägerndorf, Graf zu Rietberg*) wprowadził nową konstytucję, dążąc do unowocześnienia państwa.

3.3. KONSTYTUCJA Z 1862 R.

Nowa konstytucja z 1862 r. przewidywała stworzenie parlamentu państwowego jako przedstawiciela narodu. Chociaż książę pozostał u władzy, parlament o nazwie *Landtag* został bardziej zaangażowany w tworzenie prawa. Trzeba podkreślić, że monarcha zachował większość władzy wykonawczej i niektóre elementy władzy sądowniczej. Z trzech instancji sądów tylko pierwsza znajdowała się na terenie księstwa, pozostałe mieściły się w Austrii (w Innsbrucku oraz w Wiedniu)¹¹. Sądy działały na podstawie kodeksów austriackich – cywilnego z 1812 r. i karnego z 1852 r.

Konstytucja z 1862 r. obowiązywała z drobnymi zmianami do uchwalenia nowej konstytucji z 5 października 1921 r. Najściślejsze więzi istniały w tym okresie pomiędzy Księstwem Liechtensteinu a Austrią (zwłaszcza na podstawie traktatu o unii celnej z 1876 r. pomiędzy dawnymi Austro-Węgrami i Księstwem Liechtensteinu), zaś Księstwo Liechtensteinu było zależne w przeważającej mierze od monarchii Habsburgów.

Liechtenstein i Austria posiadały wspólną walutę oraz miały unię pocztową.

Księstwo Liechtensteinu przetrwało za wirowania pierwszej wojny światowej, ogłaszając swoją neutralność, która była problematyczna ze względu na jego związek z Austro-Węgrami. Liechtenstein mocno ucierpiał na skutek sankcji gospodarczych w związku z traktatem celnym z Austrią. Firmy tekstylne, które wcześniej odpowiadały za dużą część produkcji przemysłowej Liechtensteinu, zostały zamknięte, a ludność cierpiała głód. Dlatego w 1919 r. rozwiązano traktat celny z sąsiadem.

Przed 1918 r. w Liechtensteinie nie było partii politycznych¹². Po założeniu w 1918 r. proszwajcarskiej Chrześcijańsko-Społecznej Partii Ludowej (*Christlich-Soziale Volkspartei*) i proaustriackiej Postępowej Partii Obywatelskiej (*Fortschrittliche Bürgerpartei*) coraz głośniejsze stawało się żądanie nowej konstytucji na zasadach demokratycznych. W 1918 r. odbyły się pierwsze bezpośrednie wybory do parlamentu, w których udział brały te dwie partie. Głosowanie wygrała Chrześcijańsko-Społeczna Partia Ludowa, która od razu rozpoczęła działania w celu zmiany stosunków dyplomatycznych. Ówczesny premier Księstwa Liechtensteinu, austriacki baron Leopold von Imhof, podał się do dymisji¹³, a nowy *Landtag* 8 listopada 1918 r. – wbrew Konstytucji, gdyż prawo to przysługiwało księciu – wybrał nowego premiera, co można nazwać zamachem stanu. Liberalny książę Jan II jednak nie zareagował.

¹¹ E. Berger, *Liechtenstein: Vom Quasi-Kronland zum Staat* [w:] W. Brauner, I. Szabó, *Die bundesstaatlichen Staatsorganisationen*, Budapeszt 2015, s. 9.

¹² A. Jureczko, E. Wac, *Historia Liechtensteinu* [w:] J. Łapotos [red.], *Historia Małych Krajów Europy*, Wrocław 2002, s. 100.

¹³ *Ibidem*, s. 103.

W 1921 r. ustanowiono kolejną konstytucję, obowiązującą w Liechtensteinie (po nowelizacji w 2003 r.) do dziś.

3.4. KONSTYTUCJA Z 1921 R.

Tekst nowej konstytucji – po negocjacjach parlamentu z księciem – wszedł w życie 24 października 1921 r. Państwo zostało zdefiniowane jako dziedziczna monarchia konstytucyjna funkcjonująca na podstawie parlamentarnej i demokratycznej¹⁴. *Landtag* już od 1918 r. był wybierany bezpośrednio, a teraz, ze względu na rezygnację panującego księcia z nominacji trzech członków parlamentu, stał się czystą reprezentacją narodu.

Konstytucja zrównoważyła zasady monarchiczną i demokratyczną. W rezultacie większość zadań państwowych jest wykonywana przy współpracy księcia i parlamentu. Po raz pierwszy konstytucja zawierała również bezpośrednie elementy demokratyczne, takie jak inicjatywy ludowe i referenda.

W 1923 r. zawarto traktat celny ze Szwajcarią, wskutek czego w 1924 r. Księstwo Liechtensteinu weszło w skład szwajcarskiego związku celnego. Ponadto Liechtenstein związał się ze Szwajcarią unią pocztową. To był kamień węgielny bliskiej współpracy, która trwa do dziś. Po zawarciu traktatu o unii celnej pomiędzy Konfederacją Helwecką a Księstwem Liechtensteinu w 1923 r. ustawodawstwo liechtensteińskie sięgnęło do modelu szwajcarskiego.

¹⁴ Ch. Frommelt, S. Gstöhl, op.cit., s. 9.

3.5. NOWELIZACJA KONSTYTUCJI Z 2003 R.

Nowelizacja obecnej konstytucji Księstwa Liechtensteinu z 2003 r. oznaczała naruszenie równowagi pomiędzy kompetencjami księcia a narodu na korzyść księcia. Hans-Adam II ogłosił jednak, że jeśli naród Liechtensteinu odrzuci nowelizację konstytucji, jest gotów opuścić kraj i emigrować do Austrii, gdzie jego bardzo bogaty ród posiada szereg okazałych nieruchomości. Po tej deklaracji ludność przyjęła projekt konstytucji z 64,3% poparciem.

Rodzina książęca rezydowała przede wszystkim w swoich posiadłościach na terenie dawnych Austro-Węgier¹⁵, głów-

¹⁵ Oprócz zamku rodowego w Maria Enzersdorf koło Wiednia ród Liechtensteinów posiada m.in. zamek Wilfersdorf w Dolnej Austrii. Ponadto dom książęcy posiadał liczne nieruchomości (zamki i lasy) w Czechach i na Morawach na terenie obecnej Republiki Czeskiej. Te nieruchomości zostały utracone po drugiej wojnie światowej, gdyż z perspektywy sądów czeskich obywatele liechtensteińscy są nadal traktowani jako Niemcy bądź Austriacy i jako tacy są objęci tzw. dekretami Beneša. Po wyczerpaniu wszystkich środków prawnych przed czeskimi sądami Księstwo Liechtensteinu 19 sierpnia 2020 r. złożyło skargę przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu przeciwko Republice Czeskiej. W skardze Liechtenstein zarzuca Republice Czeskiej łamanie praw podstawowych przez władze czeskie, w szczególności łamanie zasady sprawiedliwego procesu, poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (w tym indywidualnego prawa do ustalania własnej przynależności etnicznej), ochrony przed dyskryminacją i ochrony mienia. Ze względu na możliwe skutki precedensowe rząd Liechtensteinu nie może zaakceptować faktu, że czeskie władze i sądy nadal systematycznie klasyfikują obywateli Liechtensteinu jako Niemców wbrew oczywistym faktom: Liechtenstein jest przecież od 1806 roku suwerennym państwem. Co więcej dynastia Liechtensteinów nie współpracowała z nazistami i nigdy nie uznała utworzenia Protektoratu Czech i Moraw, a w czasie drugiej wojny światowej utrzymywała kontakty z czechosłowackim rządem na emigracji. Czechosłowacja natomiast nie uznała oficjalnie suwerenności Księstwa Liechtensteinu i tym samym majątki rodu Liechtensteinów (tereny rolne, lasy, zamki) uległy nacjonalizacji. Z tego względu przez wiele lat Liechtenstein nie utrzymywał stosunków dy-

nie w Wiedniu¹⁶, a dopiero w 1938 r. zdecydowała się na stałe zamieszkać w Liechtensteinie, w malowniczym alpejskim zamku w Vaduz (przed 1938 r. zamek był niewykorzystany i znajdował się raczej w złym stanie). Odkąd austriacki ród Liechtensteinów osiedlił się na terenie Księstwa Liechtensteinu, ludność zamieszkująca ten mały kraj „odnowiła” i „podwoiła” swoją przychylność dla domu książęcego, który za swoją misję uznał poprawę warunków życiowych na terenie Liechtensteinu.

W 2003 r. naród liechtensteiński ostatecznie przyjął nowelizację konstytucji. Od tego momentu panujący książę może w każdej chwili rozwiązać parlament „z ważnych powodów” (*aus erheblichen Gründen*), a także samodzielnie rządzić na podstawie tak zwanych zarządzeń nadzwyczajnych (*Notverordnungen*). Ponadto może jednostronnie, tj. bez zgody parlamentu i bez podania przyczyny, rozwiązać i zwolnić rząd.

Co się zaś tyczy sądownictwa, to w wyniku nowelizacji z 2003 r. sędziowie są wybierani przez komisję, którą tworzą książę i *Landtag*. Książę ma w tym gronie prawo weta, dzięki czemu ma decydujący wpływ na kwestię powoływania sędziów.

Z drugiej strony, jak już wskazano powyżej, zgodnie z nowelizacją z 2003 r. naród ma prawo wyrażać nieufność wobec księcia. Nie prowadzi to jednak do automatycznego zwolnienia księcia, a jedynie do podjęcia o tym decyzji przez głosujących członków

plomatycznych z Czechosłowacją, a także z późniejszymi Czechami i Słowacją. Stosunki z oboma państwami zostały nawiązane dopiero 13 lipca 2009 r. (Czechy) i 9 grudnia 2009 r. (Słowacja).

¹⁶ W Wiedniu ród Liechtensteinów posiada tak zwany Stadtpalais w dzielnicy Innere Stadt (1. okręg) oraz tak zwany Gartenpalais w dzielnicy Alsergrund (9. okręg).

domu książęcego (którego przewodniczącym jest sam książę)¹⁷.

Nowelizacja z 2003 r. była krytykowana zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym, gdyż stanowi pewne wycofanie się tego małego kraju ze standardów demokracji europejskich. Rada Europy, której członkiem jest Księstwo Liechtensteinu, stała nawet na stanowisku, że zwierzchnictwo księcia zagraża demokracji w Liechtensteinie¹⁸. Z drugiej zaś strony można kwalifikować ten stan prawny jako specyficzny przymiot tego małego państewka alpejskiego¹⁹, kulturowany przez jego nieliczną populację, która z sentymentem odnosi się do swego monarchy i do całego domu książęcego²⁰, będącego historyczną osobliwością małego księstwa²¹.

4. Organizacja sądownictwa powszechnego Liechtensteinu

Począwszy od 1922 r. organizacja sądownictwa powszechnego Księstwa Liechtensteinu jest uregulowana w ustawie o ustroju sądowym (*Gerichtsorganisationsgesetz*)²².

¹⁷ P. Bußjäger, *Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung*, komentarz online, www.verfassung.li

¹⁸ H. Zahle, P. van Dijk, J.-C. Scholsem, *Opinion on the Amendments to the Constitution of Liechtenstein proposed by the Princely House of Liechtenstein*, European Commission for Democracy through Law, Wenecja 2002, s. 550.

¹⁹ W 2003 r. przed referendum w sprawie zmian do trzeciej konstytucji z 1921 r. prezydent parlamentu liechtensteińskiego Klaus Wanger wypowiedział się publicznie w następujący sposób: *Ohne Fürst sind wir nichts* – „Bez naszego monarchy jesteśmy nikim”.

²⁰ W. P. Veenendaal, *A Big Prince in a Tiny Realm: Smallness, Monarchy, and Political Legitimacy in the Principality of Liechtenstein*, „Swiss Political Science Review” 2015, t. 21 (2), s. 342.

²¹ T. Schmid, *Halb Bürger und halb Untertan*, „Frankfurter Rundschau”, 16 marca 2012 r.

²² *Gesetz vom 24. Oktober 2007 über die Organisation der ordentlichen Gerichte* [ustawa z 24 października 2007 r. w sprawach organizacji i ustroju sądów powszechnych], LGBI-Nr. 2007.348, LR-Nr. 173.30.

Zgodnie z art. 1 tej ustawy sądownictwo powszechne jest realizowane przez trzy sądy z siedzibą w stolicy państwa – Vaduz:

- Książęcy Sąd Krajowy (*Fürstliches Landgericht*) będący sądem pierwszej instancji,
- Książęcy Sąd Apelacyjny (*Fürstliches Obergericht*) będący sądem drugiej instancji,
- Książęcy Sąd Najwyższy (*Fürstlicher Oberster Gerichtshof*) będący sądem trzeciej instancji²³. Orzeka w nim pięciu nieusuwalnych sędziów mianowanych przez księcia.

Oprócz sądów powszechnych istnieją dwa trybunały prawa publicznego z siedzibą w Vaduz, a mianowicie Trybunał Konstytucyjny (*Staatsgerichtshof*) oraz Trybunał Administracyjny (*Verwaltungsgerichtshof*).

Wszystkie wyroki sądów Księstwa Liechtensteinu są ogłaszane „w imieniu Księcia i Narodu” (*im Namen von Fürst und Volk*)²⁴.

Wielu sędziów pochodzi ze Szwajcarii i Austrii. Jedynie w przypadku Trybunału Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego konstytucja stanowi, że większość sędziów musi mieć obywatelstwo Liechtensteinu, w tym prezes tych dwóch sądów²⁵.

W związku z koniecznością posiadania obywatelstwa Księstwa Liechtensteinu, a także ze względu na niewielką liczbę sędziów konstytucyjnych bądź administracyjnych spełniających ten warunek,

²³ Art. 96 Konstytucji Księstwa Liechtensteinu z 5 października 1921 r., LGBL-Nr. 2003.186, LR-Nr. 101.

²⁴ Art. 95 Konstytucji Księstwa Liechtensteinu z 5 października 1921 r.

²⁵ Art. 102 ust. 1 zd. 2 oraz art. 105 zd. 2 Konstytucji Księstwa Liechtensteinu z 5 października 1921 r.

pojawiał się w przeszłości problem stronniczości członków Trybunału Konstytucyjnego Księstwa Liechtensteinu²⁶. Jeżeli uznano, że zbyt wielu sędziów może być w konkretnej sprawie stronniczych, wyznaczani są sędziowie *ad hoc*.

Sędziowie Książęcego Sądu Krajowego, Książęcego Sądu Apelacyjnego i Książęcego Sądu Najwyższego, zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy, muszą posiadać obywatelstwo Księstwa Liechtensteinu²⁷, albo – alternatywnie – co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe w roli sędziego lub prokuratora w Austrii albo sędziego lub referendarza sądowego (*Gerichtsschreiber*)²⁸ w Szwajcarii²⁹.

Tym samym sędziowie austriaccy i szwajcarscy pracujący w sądach Księstwa Liechtensteinu mają styczność z prawem Księstwa Liechtensteinu dopiero po ugruntowanym opanowaniu zawodu prawniczego w swoim kraju. Trzeba nadmienić, że od paru lat studia prawa liechtensteińskiego są oferowane w ramach zajęć wydziału prawa Uniwersytetu w Innsbrucku (Austria) oraz w ramach zajęć wydziału prawa Uniwersytetu w Zurychu (Szwajcaria).

²⁶ P. M. Schiess Rütimann, *Unparteilichkeit von Verfassungsrichtern und deren Ablehnung in großer Zahl wegen Besorgnis der Befangenheit* [w:] „Europäische Grundrechte-Zeitschrift” 2015 z. 19–21, s. 552.

²⁷ P. M. Schiess Rütimann, *Besondere Herausforderungen des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Forschung im Kleinstaat – am Beispiel Liechtenstein* [w:] *Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens, Schriftenreihe der Deutschsprachigen Gemeinschaft – Band 1* – „Small is beautiful”, Eupen 2015, s. 21.

²⁸ Szwajcarski referendarz sądowy (*Gerichtsschreiber*) jest prawnikiem szwajcarskim pomagającym sędziom Sądu Najwyższego Szwajcarii przy redagowaniu orzeczeń. Obecnie w Sądzie Najwyższym Szwajcarii pracuje 132 referendarzy sądowych.

²⁹ Art. 14 *Richterdienstgesetz (RDG) vom 24. Oktober 2007* [ustawa o służbie sędziowskiej z 24 października 2007 r.], LGBL-Nr. 2007.347, LR-Nr. 173.02.

Ponadto można studiować prawo gospodarcze Księstwa Liechtensteinu na Uniwersytecie Liechtensteinu w Vaduz. Uczelnia ta, początkowo zorganizowana na bazie technicznej szkoły wieczorowej o nazwie *Abendtechnikum Vaduz*, zyskała w międzyczasie rangę uznanego uniwersytetu zgodnie z wymogami kwalifikacyjnymi liechtensteińskiej ustawy z 25 listopada 2004 r.³⁰ Tak więc istnieje możliwość zajmowania się prawem Księstwa Liechtensteinu już podczas studiów prawniczych na wymienionych uczelniach, bowiem porządek prawny tego małego państwa w niektórych kwestiach różni się od porządków prawnych obu sąsiadów.

5. Porządek prawny Księstwa Liechtensteinu – mieszany system prawny?

System prawny Księstwa Liechtensteinu bywa nazywany systemem mieszanym³¹. W zależności od tego, jakiego rodzaju fakty prawotwórcze tworzy się głównie w danym systemie prawnym, wyróżnia się systemy prawa stanowionego, zwane także systemami prawa ustawowego (*civil law*), powstającego w głównej mierze w drodze stanowienia norm przez ustawodawcę, oraz systemy prawa precedensowego (*common law*) powstającego głównie w drodze wydawania wyroków sądowych, tzw. precedensów.

Mówiąc o mieszanych systemach prawnych, myśli się w pierwszej kolejności o systemach mających cechy wywodzące się zarówno z systemu prawa stanowionego, jak i z systemu prawa precedensowego. Przykładami takich systemów mieszanych są *Scots law* obowiązujący w Szkocji będącej jedną z jurysdykcji Wielkiej Brytanii³², prawo obowiązujące w kanadyjskiej prowincji Québec³³ bądź też prawo obowiązujące w Luizjanie (USA)³⁴. Te systemy zwane są również systemami hybrydowymi³⁵.

5.1. NIEMIECKA TRADYCJA PRAWA

Trochę inaczej wygląda sprawa w przypadku systemu prawnego Księstwa Liechtensteinu, który nie jest *sensu stricto* mieszanym systemem prawnym. Prawo Księstwa Liechtensteinu zalicza się do niemieckiej tradycji prawa (*deutscher Rechtskreis*), tak jak prawo Austrii, Szwajcarii i Niemiec, zaliczające się do systemów prawa stanowionego. Aby lepiej zrozumieć prawo Księstwa Liechtensteinu, należy się przyjrzeć rozwojowi porządków prawnych należących do niemieckiej tradycji prawa.

5.1.1. Rozwój prawa niemieckiego

Prawo niemieckie powstało z połączenia germańskich praw plemiennych oraz prawa rzymskiego, ponownie odkrytego w XI wieku. Jego recepcja miała sprzyjać integracji ziem Cesarstwa, a także wspierać uniwersalistyczne aspiracje cesarzy do zwierzchnictwa nad całym światem

30 Gesetz vom 25. November 2004 über die Universität Liechtenstein (LUG) [ustawa z 25 listopada 2004 r. o Uniwersytecie Liechtensteinu], LGBL-Nr. 2005.3, LR-Nr. 414.2.

31 P. Bußjäger, P. M. Schiess Rütimann, S. Wolf, *Law, small state theory and the case of Liechtenstein*, „Small States & Territories” 2018, t. 1, nr 2, s. 186; A. C. K. Frick, „200 Jahre ABGB” in *Liechtenstein*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1, s. 14; P. M. Schiess Rütimann, *Besondere Herausforderungen des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Forschung im Kleinstaat – am Beispiel Liechtenstein*, op.cit., s. 24.

32 A. Stępkowski, *Kształtowanie się mieszanego systemu szkockiego prawa prywatnego w XIX i XX wieku*, „Zeszyty Prawnicze” 2002 nr 1, s. 58.

33 D. Le May, G. Tremblay, *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, Montreal 2009, s. 13.

34 W. Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, „Louisiana Law Review” 2000 t. 60, s. 679.

35 P. V. Kunz, *Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz*, „Recht” 2006 z. 2, s. 51.

chrześcijańskim. W 1495 r. dekretem cesarza Maksymiliana dokonano całkowitej recepcji prawa rzymskiego do niemieckiego porządku prawnego. Od tego czasu Niemcy sędziowie mogli orzekać wyłącznie w oparciu o prawo rzymskie. Prawo rzymskie było traktowane jako element jednoczący części składowe Cesarstwa. Stało się podstawą prawa powszechnego (*ius commune*). Po upadku Cesarstwa w 1806 r. w wyniku wojen napoleońskich niemiecki porządek prawny uległ wpływom oświeceniowym i znalazł się pod silnym wpływem prawa francuskiego. W zachodnich krajach niemieckich przyjęto francuski Kodeks Napoleona z 1804 r. W oparciu o te doświadczenia niemiecki prawnik Anton Friedrich Justus Thibaut w 1814 r. wystąpił z projektem ogólnoniemieckiej kodyfikacji prawa cywilnego³⁶. Tezom stawianym przez Thibauta sprzeciwił się w tym samym roku inny niemiecki prawnik Friedrich Carl von Savigny³⁷.

Kontrowersje pomiędzy obydwojma prawnikami przeszły do historii prawa jako „spór kodyfikacyjny”. Na tle niepewności prawnej w małych państewkach niemieckich powstałych po upadku Świętego Cesarstwa Rzymskiego, a przed powstaniem Konfederacji Niemieckiej, Thibaut chciał promować jedność Niemiec poprzez ogólny niemiecki kodeks prawny i tym samym reprezentował kierunek demokratyczno-liberalny. Savigny natomiast, należący do tak zwanej historycznej szkoły prawa, sprzeciwił się żądaniu Thibauta i uzasadnił to stwierdzeniem, że przed kodyfikacją

absolutnie niezbędne jest dokładne zbadanie źródeł prawa. Źródłami tymi są zaś prawo zwyczajowe i wielkie kodyfikacje, jak te pochodzące z rzymskiej kultury prawnej. Dopiero po ustaleniu stojących za nimi zasad prawnych można skodyfikować ogólnoniemiecki kodeks prawny.

Prace nad stworzeniem jednolitego kodeksu cywilnego w Niemczech zostały zwieńczone uchwaleniem w 1896 r. tak zwanego *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Wszedł on w życie 1 stycznia 1900 r. Uważa się, że tak późne ułożenie ogólnoniemieckiego kodeksu było spowodowane skoncentrowaniem się niemieckiej nauki prawa na badaniu prawa rzymskiego³⁸.

Zjednoczenie Niemiec w latach 1866–1871 spowodowało też ostateczne rozejście się systemów prawnych Austrii i Niemiec.

5.1.2. *Rozwój prawa austriackiego*

W Austrii kodyfikacja przebiegała znacznie szybciej. Już w początku XIX wieku opracowano ogólny kodeks cywilny – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), obowiązujący do dzisiaj.

Austriacki prawnik Franz Anton Felix von Zeiller, od 1778 r. profesor uniwersytetu w Wiedniu, od 1797 r. członek Komisji Kodyfikacyjnej, opracował najważniejszą kodyfikację prawa cywilnego w Austrii, która weszła w życie w niemieckich krajach dziedzicznych Cesarstwa Austriackiego, tj. w krajach monarchii Habsburgów z wyjątkiem Węgier, w 1812 r.

Austriacki kodeks cywilny ABGB został poprzedzony józefińskim kodeksem prawnym

³⁶ A. F. J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Goldbach nad Menem 1997 (przedruk wydania z 1814 r.), wstęp s. 1 i n.

³⁷ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Goldbach nad Menem 1997 (przedruk wydania z 1814 r.), wstęp s. 1 i n.

³⁸ E. Berger, *Deutscher Rechtskreis*, [w:] Europäische Geschichte Online, <http://www.ieg-ego.eu/bergere-2010-de/>

(*Josephinisches Gesetzbuch*), który obowiązywał od 1787 r. na niemieckich ziemiach dziedzicznych, tj. na terytorium całej Przedlitawii (*Cisleithanien*)³⁹, co wymagało wykonania wielu tłumaczeń urzędowych⁴⁰, m.in. na język włoski, czeski i polski⁴¹. Wstępny projekt prawnika Karla Antona von Martiniego, który był nauczycielem von Zeillera, pod nazwą kodeks prawa Galicji Zachodniej (*West-Galizisches Gesetzbuch*)⁴² wszedł w życie w 1797 r. Zachodniogalicyski kodeks cywilny wprowadzono jedynie na terenie Galicji w celu sprawdzenia jego przydatności praktycznej⁴³. Systematyka, język prawny i technika legislacyjna używane w tej kodyfikacji stały się podstawą i wzorem opublikowanego w 1811 r. austriackiego ogólnego kodeksu cywilnego (ABGB).

W wyniku ujednoczenia prawa w całym Cesarstwie Austriackim od 1849 r. i rozszerzenia zakresu ABGB w 1852 i 1853 r. na Węgry (Kraje Korony Świętego Stefana) nastąpiły tłumaczenia m.in. na język węgierski. Po ponownym osiągnięciu dawnego stanu konstytucyjnego Królestwa Węgier w 1861 r. wskutek zawarcia konstytucyjnej umowy (*Ausgleich*) przekształcającej Cesarstwo Austrii w wielonarodową monarchię o nazwie Austro-Węgry ogólny kodeks cywilny ABGB przestał obowiązywać na

Węgrzech⁴⁴, jednak działał dalej w innych krajach Korony Świętego Stefana⁴⁵, tj. w innych częściach Zalitawii (*Transleithanien*)⁴⁶.

Tym samym austriacki ogólny kodeks cywilny jest najstarszym obowiązującym kodeksem prawnym w niemieckiej tradycji prawa. Ta kodyfikacja prawna pojednała różne grupy etniczne i działała na dosyć obszernym i różnorodnym terytorium państwowym. Po francuskim kodeksie *Code Civil* austriacki ogólny kodeks cywilny jest drugim najstarszym i nadal obowiązującym kodeksem cywilnym w Europie⁴⁷.

5.1.3. Rozwój prawa szwajcarskiego

Szwajcarski kodeks cywilny (ZGB) z 1907/1912 r. jest wynikiem kodyfikacji prawa cywilnego dla Konfederacji Helweckiej.

W Szwajcarii w XIX wieku ruch kodyfikacyjny był początkowo w stanie zdobyć przyczółek tylko na poziomie kantonów, ponieważ regulowanie prawa cywilnego wchodziło w zakres ich odpowiedzialności. Na tworzenie kantonalnych praw cywilnych duży wpływ wywarły, oprócz krajowej tradycji prawnej, kodyfikacje obcego prawa materialnego, a mianowicie w zachodniej i południowej Szwajcarii – francuski *Code Civil* (np. w kantonach Ticino i Valais), zaś w centralnej Szwajcarii – austriacki ABGB (np. w kantonach Berno i Lucerna).

Kodeks prawa prywatnego z 1853/1855 r. o nazwie *Zürcher Privatrechtliches*

³⁹ Oficjalnie i potocznie używana nazwa na określenie austriackiej, tj. cesarskiej części Austro-Węgier ze stolicą w Wiedniu.

⁴⁰ Ch. Neschwara, *Geltung und Ausstrahlung des österreichischen ABGB im CEE-Raum*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1, s. 15.

⁴¹ Warto zaznaczyć, że w 1904 r. istniał nawet komentarz do ABGB w języku polskim, napisany przez wybitnego profesora prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie – Stanisława Wróblewskiego.

⁴² H. Ofner, *Die grenzüberschreitende Bedeutung des ABGB*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1, s. 12.

⁴³ K. Staudigl-Ciechowicz, *Civil Law in Forced Unions. The Austrian Civil Code and its Significance for the Development of Civil Law in Central Europe*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2020 z. 13 (3), s. 291.

⁴⁴ Chociaż austriacki ABGB został na Węgrzech zniesiony w 1861 r., ta nowatorska ustawa pozostała przedmiotem nauki prawnej na uniwersytetach na Węgrzech.

⁴⁵ Ch. Neschwara, op.cit., s. 15.

⁴⁶ Oficjalnie i potocznie używana nazwa węgierskiej części Austro-Węgier ze stolicą w Budapeszcie.

⁴⁷ H. Ofner, op.cit., s. 12.

Gesetzbuch – będący jedyną niezależną kantonalną kodyfikacją prawa cywilnego – zapoczątkowaną przez Friedricha Ludwiga Kellera⁴⁸, przedstawiciela historycznej szkoły prawa, a ukończoną przez Johanna Caspara Bluntschliego⁴⁹, wpłynął na prace legislacyjne w pozostałych kantonach.

Era kantonalnych kodyfikacji prawa cywilnego zakończyła się w 1874 r., kiedy rząd federalny uzyskał kompetencje ustawodawcze przynajmniej w indywidualnych sprawach z zakresu prawa cywilnego. Miało to miejsce na przykład w dziedzinie prawa zobowiązań (*Obligationenrecht*), włącznie z prawem handlowym i wekslowym. Szwajcaria zdecydowała się uchwalić „ustawę federalną o prawie zobowiązań” z 1881 r. (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht*), co stanowiło pierwszy krok na drodze do jedności prawa cywilnego, włączając do ogólnego prawa cywilnego regulacje dotyczące prawa handlowego i stwarzając tym samym jednolity kodeks (*code unique*).

W celu osiągnięcia pełnej jedności prawa cywilnego Eugenowi Huberowi⁵⁰,

48 Friedrich Ludwig Keller (1799–1860) był znanym szwajcarskim prawnikiem. Studiował prawo w Berlinie u renomowanego wykładowcy Friedricha Carla von Savigny oraz w Getyndze. Od 1824 r. wykładał prawo cywilne w Instytucie Politycznym w Zurychu i został profesorem zwyczajnym w 1826 r. Po założeniu Uniwersytetu w Zurychu w 1833 r. został mianowany profesorem nadzwyczajnym prawa cywilnego kantonu Zurychu (*Zürcher Partikularrecht*) i prawa rzymskiego, a w 1838 r. został profesorem zwyczajnym.

49 Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) był znanym prawnikiem i politykiem szwajcarskim, wykładowcą uniwersytetów w Zurychu, Monachium i Heidelbergu. Był jednym z założycieli Instytutu Prawa Międzynarodowego w Gandawie w 1873 r. oraz przedstawicielem cesarza niemieckiego na międzynarodowej konferencji w Brukseli z 1874 r. poświęconej międzynarodowemu prawu wojennemu i zwyczajom wojennym.

50 Eugen Huber (1849–1923) był znanym prawnikiem i politykiem szwajcarskim. W 1881 r. został profesorem szwajcarskiego prawa federalnego, prawa prywatnego i historii prawa szwajcarskiego na Uniwersytecie w Ba-

przedstawicielowi szkoły historycznej prawa, powierzono w 1884 r. analizę porównawczą wszystkich obowiązujących kantonalnych systemów prawa cywilnego. Na tej podstawie i przy czynnym udziale Hubera opracowano kodyfikację, która została przyjęta w grudniu 1907 r. jako szwajcarski kodeks cywilny (*Zivilgesetzbuch*) i weszła w życie 1 stycznia 1912 r. Rewizja i dostosowanie kodeksu zobowiązań (*Obligationenrecht*) do kodeksu cywilnego (*Zivilgesetzbuch*) zostało przeprowadzone na mocy dwóch ustaw federalnych z 1911 i 1937 r., które razem tworzą szwajcarski kodeks zobowiązań (*Schweizerisches Obligationenrecht*).

Często bardzo elastyczne przepisy, uzupełnione uprawnieniem do zamykania luk (zakotwiczonym w artykule 1 szwajcarskiego kodeksu cywilnego), celowo służyły wzmocnieniu władzy sądowniczej⁵¹. Art. 1 ust. 1 stanowi, że kodeks ten znajduje zastosowanie do wszystkich kwestii prawnych, które – według brzmienia lub wykładni – zostały w nim skodyfikowane. Dalej art. 1 ust. 2 stanowi, że w przypadku, gdy w kodyfikacji nie da się znaleźć stosownego przepisu, sąd powinien orzec zgodnie z prawem zwyczajowym, a w przypadku braku takiego prawa zwyczajowego – zgodnie

zylei. Od 1888 r. był profesorem na Uniwersytecie w Halle, gdzie wykładał historię prawa, prawo prywatne, prawo handlowe, prawo kanoniczne i filozofię prawa. W 1892 r. Rada Federalna zleciła mu przygotowanie wstępnego projektu szwajcarskiego kodeksu cywilnego (*Zivilgesetzbuch*). Z tego powodu przeniósł się na katedrę prawa szwajcarskiego i niemieckiego na Uniwersytecie w Bernie. Swoją pracę nad kodeksem cywilnym zakończył w 1904 r. Ostateczny projekt Rada Federalna przedłożyła Zgromadzeniu Federacji. Obrady parlamentarne trwały od 1905 r. do ostatecznego (jednomyślnego) głosowania 10 grudnia 1907 r.

51 P. V. Kunz, op.cit., s. 43.

z zasadą, którą sąd sam ustanowi, działając wówczas jako organ ustawodawczy⁵².

Art. 1 ust. 3 stanowi, że sąd przy ustanowieniu tej zasady kieruje się sprawdzoną doktryną oraz tradycją. Praktyka pokazuje, że szwajcarski Federalny Sąd Najwyższy bądź szwajcarskie sądy kantonalne często sięgają do prawa innych państw, dążąc do zamykania luk w myśl art. 1 szwajcarskiego kodeksu cywilnego⁵³.

W szwajcarskim kodeksie cywilnym (ZGB) w zasadzie zrezygnowano z zagranicznych i historycznych modeli, a także ze sztywnej systematyki. Kodeks ten jest pomyślany jako łatwo dostępna dla odbiorcy kodyfikacja prawna, która – nie mając aspiracji do całkowitej doskonałości – ogranicza się do ustanawiania ogólnych reguł i naczelnych zasad prawnych.

W obozie niemieckiej tradycji prawa szwajcarski kodeks cywilny jest najnowocześniejszą, a w każdym razie najnowszą kodyfikacją prawa cywilnego. Ta kodyfikacja wpłynęła również na prawo cywilne sąsiednich krajów. Oprócz bliskich powiązań szwajcarskiego kodeksu cywilnego ZGB z niemieckim kodeksem cywilnym BGB, odcisnął on swoje piętno na austriackim kodeksie cywilnym ABGB, co skutkowało „częściowymi zmianami” w okresie 1914–1916 r. ZGB wywarło również wpływ na

⁵² Art. 1 ust. 2 szwajcarskiego kodeksu cywilnego ma następującą treść w wersjach językowych niemieckiej i francuskiej: *Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. / À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.*

⁵³ A. Meier-Hayoz, *Berner Kommentar zum ZGB*, wprowadzenie do przepisów art. 1 – 10 ZGB, Berno 2001, nr boczny 389.

prawo cywilne Księstwa Liechtensteinu, które w 1923 r. przyjęło do własnego porządku prawnego drogą recypowania szwajcarskie prawo rzeczowe, jednak z pewnymi adaptacjami.

5.2. POWSTANIE I ROZWÓJ PRAWA LIECHTENSTEIŃSKIEGO

Rzecz jasna, maleńkie państwo alpejskie pomiędzy Austrią a Szwajcarią ze względu na niewielkie terytorium i nielicznych specjalistów w dziedzinie prawa nie mogło posiadać własnego prawa – poza konstytucją. Z przedstawionych powyżej względów historycznych najbardziej bezpośredni wpływ na prawo Księstwa Liechtensteinu miał austriacki ogólny kodeks cywilny (ABGB). Pomimo zwrotu Liechtensteinu ku Szwajcarii w następstwie I wojny światowej i podjęcia starań w celu opracowania własnego „Kodeksu praw Liechtensteinu”⁵⁴ pod nazwą *Liechtensteinisches Rechtsbuch* na wzór prawa szwajcarskiego, w 1923 r. powstała tylko jego część pierwsza dotycząca prawa rzeczowego oraz w 1926 r. część trzecia dotycząca prawa osób fizycznych i prawnych o nazwie *Personen- und Gesellschaftsrecht*. Dlatego w Liechtensteinie nadal obowiązują w znacznej części przepisy austriackiego ABGB.

Prawo rzeczowe Księstwa Liechtensteinu jest wzorowane na szwajcarskim prawie rzeczowym. Ze względu na znaczny stopień zgodności tego prawa ze szwajcarskim projektem recepcji, orzecznictwo szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego może być również w dużym stopniu wykorzystane w Liechtensteinie. Okoliczność ta jest dość ważna, gdyż orzecznictwo sądów

⁵⁴ E. Berger, *Die Arbeiten der Liechtensteinischen Rechtsbuchkommission in den 1950er Jahren*, „Beiträge des Liechtenstein-Instituts” 2004 nr 20, s. 2.

liechtensteińskich, z przyczyn oczywistych, nie jest zbyt obszerne.

Jako prawdziwie liechtensteińskie dzieło można wymienić wspomniane wyżej prawo osób fizycznych i prawnych z 1926 r. o nazwie *Personen- und Gesellschaftsrecht*, wypracowane przez prawnika i polityka Wilhelma Becka (1885–1936) oraz przez prawnika i dyplomatę Emila Becka (1888–1973). Część tego zbioru przepisów dotyczących spółek handlowych różni się od prawa obu sąsiadów (Austrii i Szwajcarii) tym, że znajdują w niej uregulowanie takie osoby prawne jak na przykład swego rodzaju fundacje (*Stiftung*)⁵⁵, zakład prawa prywatnego (*Anstalt*)⁵⁶ czy trust (*Treuhänderschaft*)⁵⁷ (ten ostatni zapożyczony z systemu *common law*). Prawo dotyczące osób prawnych było nad wyraz liberalne, w rezultacie czego uczestnicy niektórych osób prawnych byli kompletnie anonimowi, co pozwalało na nadużycia prawa⁵⁸. W ten sposób monetarne środki zaradcze stosowane przez Bank Narodowy Szwajcarii nie mogły zadziałać na terenie Księstwa Liechtensteinu. Szwajcarska ustawa o Banku Narodowym wymaga, by banki wyraźnie rozróżniały inwestorów krajowych i zagranicznych⁵⁹, jednak uniemożliwiały to liberalne przepisy ustawy liechtensteińskiej dotyczącej osób fizycznych i prawnych. W związku z tym Szwajcaria i Liechtenstein porozumiały się co do zmiany odpowiednich przepisów tej

55 Ten rodzaj osoby prawnej jest uregulowany w art. 552 i n. PGR (*Personen- und Gesellschaftsrecht* [Prawo Osób Fizycznych i Osób Prawnych]).

56 Ten rodzaj osoby prawnej jest uregulowany w art. 534 i n. PGR.

57 Ten rodzaj osoby prawnej jest uregulowany w art. 897 i n. PGR.

58 P. Klauser, *Der schweizerisch-liechtensteinische Währungsvertrag und die Reform des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts*, „SNB Quartalsheft” 1984 nr 2, s. 67.

59 Ibidem, s. 68

ustawy, zanim 19 czerwca 1980 r. w Bernie został zawarty Traktat o Unii Walutowej pomiędzy stronami, który wszedł w życie 25 listopada 1981 r.⁶⁰ i daje podstawę prawną dla unii walutowej, która *de facto* istniała już od 1924 r. wskutek jednostronnej deklaracji Księstwa Liechtensteinu.

Prawo liechtensteińskie w świetle powyższych wyjaśnień można więc nazwać mieszanym systemem prawnym, gdyż Księstwo Liechtensteinu adaptowało do swego porządku prawnego drogą recepcji różne ustawy z Austrii oraz Szwajcarii, jednocześnie wypracowując w niektórych dziedzinach swoje własne rozwiązania prawne, w tym wprowadzając w przypadku prawa osób prawnych również konstrukcje prawne pochodzące z anglosaskiej kultury prawa.

Trzeba zaznaczyć, że jest to niezwykle osiągnięcie dla kraju takiej wielkości i potwierdza fakt, że w przypadku Księstwa Liechtensteinu mamy do czynienia z liczącą się w Europie i na świecie jurysdykcją, która staje się coraz bardziej znana i doceniana.

6. Miejsce Liechtensteinu na arenie międzynarodowej

Trzeba zaznaczyć, że niewielkie rozmiary terytorialne zasadniczo nie stanowią przeszkody w uczestnictwie w stosunkach międzynarodowych. Jednak suwerenność Księstwa Liechtensteinu nie została od razu jednoznacznie zaakceptowana przez wspólnotę państw. Po zakończeniu pierwszej wojny światowej Liechtenstein podjął zabiegi o dołączenie do Ligi Narodów.

60 *Währungsvertrag zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. Juni 1980* [Traktat z 19 czerwca 1980 r. pomiędzy Księstwem Liechtensteinu a Konfederacją Szwajcarską o unii walutowej], LGBI-Nr. 1981, nr 52, LR-Nr. 0.951.910.11.

Głównym celem tych starań było uzyskanie zapewnienia ze strony innych mocarstw, że mały kraj w środku Alp jest suwerennym państwem. Ten pogląd został potwierdzony w art. 27 traktatu pokojowego z Saint-Germain-en-Laye zawartego 10 września 1919 r. z Republiką Niemieckiej Austrii⁶¹ będącą spadkobierczynią Austro-Węgier⁶². Uznano wówczas, że granica Austrii ze Szwajcarią i Liechtensteinem ma przebiegać „jak dotąd”⁶³. Mimo prób Liechtensteinowi nie udało się uzyskać członkostwa w Lidze Narodów. Negatywna decyzja w tym względzie zapadła w połowie grudnia 1920 r.⁶⁴, ponieważ Liechtenstein w 1919 r. przekazał prawo do jego reprezentowania dyplomatycznego Szwajcarii, a także nie miał własnej armii⁶⁵. Niepowodzenie tych zabiegów spowodowało, że przez długie lata Liechtenstein pozostawał poza najistotniejszymi wydarzeniami i procesami dotyczącymi integracji politycznej i gospodarczej Europy.

Po przychylnych rozmowach sondażowych w sprawie możliwości przystąpienia mikropaństw do Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1988 r. Księstwo Liechtensteinu

zostało przyjęte jako pierwsze mikro-państwo europejskie do ONZ 18 września 1990 r.⁶⁶

Już w 1950 r. Liechtenstein przystąpił do Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze, będącego organem ONZ, aby móc w 1951 r. złożyć swoją pierwszą sprawę przeciwko Gwatemali, powszechnie znaną jako sprawa *Nottebohm*⁶⁷.

Do Rady Europy Księstwo Liechtenstein dołączyło 23 października 1978 r., a po przystąpieniu w 1990 r. do ONZ aktywnie i prężnie działa w gremiach tej organizacji międzynarodowej. Dowodem tej aktywności jest m.in. przyjęcie przez Zgromadzenie Ogólne ONZ pierwszej sporządzonej przez Liechtenstein rezolucji z 21 grudnia 2016 r. w sprawie utworzenia tak zwanego mechanizmu syryjskiego⁶⁸. Liechtenstein – w przeciwieństwie do reszty państw podobnej wielkości – szerzej włączył się we współpracę międzynarodową już w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia, jako

61 Republika Niemieckiej Austrii (*Republik Deutschösterreich*) była krótkotrwałym państwem na terenie obecnej Austrii oraz częściowo Włoch, Czech, Słowenii i Polski, które istniało od 12 listopada 1918 r. do 21 października 1919 r.

62 K. Koźbiał, *Europejskie mikropaństwa w procesie integracji europejskiej. Przykład Liechtensteinu* [w:] *Hereditas Mercaturiae, księga pamiątkowa dedykowana świętej pamięci prof. Stanisławowi Miklaszewskiemu*, praca pod red. P. Czubika i Z. Macha, Kraków 2012, s. 19.

63 P. Raton, *Liechtenstein. Staat und Geschichte*, Vaduz 1969, s. 61.

64 K. Koźbiał, *Między Wiedniem a Bernem. Dylematy polityki zagranicznej Liechtensteinu po 1918 r.*, [w:] A. Nowakowski, S. Drozd [red.], *Z tradycji prawa w Polsce. Uwagi o prawach w kulturze fizycznej*, Rzeszów 2010, s. 205.

65 J. Pelkmans, P. Böhler, *The EEA Review and Liechtenstein's Integration Strategy*, Bruksela 2013, s. 13.

66 Innym europejskim mikropaństwom udało się dołączyć do ONZ dopiero później: San Marino przystąpiło 2 marca 1992 r., Monako 28 maja 1993 r., zaś Andora 28 lipca 1993 r.

67 Wyrok MTS z 6 kwietnia 1955 r., w którym Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wypracował tak zwane kryteria *Nottebohm* dotyczące ustalenia obywatelstwa w razie posiadania podwójnego obywatelstwa. Zgodnie z tymi kryteriami pan Friedrich Nottebohm z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego może być uznany tylko za obywatela Gwatemali, a nie dodatkowo za obywatela Liechtensteinu, gdyż posiada prawdziwą więź (*genuine link*) jedynie z Gwatemalą, a brak jest tej więzi z Księstwem Liechtensteinu.

68 Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 71/248 z 21 grudnia 2016 r. w sprawie międzynarodowego, bezstronnego i niezależnego mechanizmu pomocy w dochodzeniu i ściganiu osób odpowiedzialnych w świetle prawa międzynarodowego publicznego za najpoważniejsze przestępstwa popełnione począwszy od marca 2011 r. w Syryjskiej Republice Arabskiej.

pełnowartościowy i aktywny partner na arenie międzynarodowej.

6.1. PRZYSTĄPIENIE DO EUROPEJSKIEGO STOWARZYSZENIA WOLNEGO HANDLU
Znaczącym krokiem Księstwa Liechtensteinu w kierunku otwierania się na Europę było przystąpienie tego państwa 1 stycznia 1991 r. do Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (*European Free Trade Association*, EFTA) powstałego 3 maja 1960 r. na mocy konwencji sztokholmskiej. Pierwotnymi członkami tej organizacji były Austria, Dania, Norwegia, Portugalia, Szwajcaria, Szwecja i Wielka Brytania. 1 stycznia 1970 r. przystąpiła Islandia, a w 1986 r. dołączyła Finlandia. Ze względu na późniejsze przystąpienie większości wymienionych państw do Unii Europejskiej, w chwili obecnej tylko cztery państwa są członkami tej organizacji, a mianowicie Szwajcaria, Norwegia, Islandia i Liechtenstein⁶⁹.

Strefa wolnego handlu między państwami EFTA powstała w 1968 r.⁷⁰ W 1977 r. państwa Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i EFTA utworzyły wspólną strefę wolnego handlu towarami przemysłowymi. W 1992 r. Europejska Wspólnota Gospodarcza (teraźniejsza Unia Europejska) i EFTA porozumiały się w sprawie utworzenia wspólnej strefy wolnego handlu na wszystkie towary. Porozumienie w tej sprawie – nieobejmujące jednak Szwajcarii – weszło w życie 1 stycznia 1994 r., tworząc Europejski Obszar Gospodarczy.

69 21 czerwca 2001 r. w Vaduz państwa członkowskie EFTA Islandia, Liechtenstein, Norwegia i Szwajcaria podpisały porozumienie w sprawie odpowiedniej adaptacji konwencji sztokholmskiej.

70 Porozumienie o utworzeniu Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (konwencja sztokholmska) obecnie nadal wiąże jedynie cztery państwa członkowskie: Islandię, Liechtenstein, Norwegię i Szwajcarię.

6.2. UCZESTNICTWO LIECHTENSTEINU W EUROPEJSKIM OBSZARZE GOSPODARCZYM

Porozumienie o utworzeniu EOG, bazujące na art. 217 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, podpisano 2 maja 1992 r. w Porto⁷¹. Wejście w życie układu opóźniało się z powodu odrzucenia go w referendum w Szwajcarii w grudniu 1992 r. Umowa, po usunięciu z niej odniesień do Szwajcarii, ostatecznie weszła w życie 1 stycznia 1994 r.

Tydzień po szwajcarskim „nie” obywatele Liechtensteinu zatwierdzili członkostwo. Dziedziczny książę i regent już w przeszłości opowiedział się za porozumieniem EOG. Ze względu na przynależność Liechtensteinu do szwajcarskiego obszaru gospodarczego oraz do unii walutowej i celnej ze Szwajcarią trzeba było zrewidować Porozumienie EOG w odniesieniu do pojedynczych kwestii kolidujących z Traktatem z 29 marca 1923 r. o przyłączeniu Księstwa Liechtensteinu do obszaru celnego Szwajcarii, który również został odpowiednio zmieniony. Protokół adaptacyjny do Porozumienia EOG został zatwierdzony przez mieszkańców Księstwa Liechtensteinu 9 kwietnia 1995 r., tak aby Porozumienie na terenie Liechtensteinu mogło wejść w życie 1 maja 1995 r.

Dla Liechtensteinu wprowadzono przepisy szczególne do Porozumienia EOG, które zwolniły to małe państwo z wdrażania i stosowania około 40% obowiązującego prawa EOG. Uwzględniono również specjalne uregulowanie dotyczące swobodnego przepływu osób ze względu na szczególne

71 Z prawnego punktu widzenia Porozumienie EOG zawiera tekst głównej umowy oraz 22 załączniki i 50 protokołów, przy czym nie ma rozróżnienia pomiędzy prawem pierwotnym i wtórnym, jak to jest spotykane w prawie unijnym.

właściwości geograficzne i populacyjne Księstwa Liechtensteinu⁷².

Ograniczenia wprowadzone na życzenie Liechtensteinu do Porozumienia EOG, które pierwotnie były czasowo ograniczone do 1 stycznia 2000 r., zostały początkowo przedłużone do 1 stycznia 2005 r., po czym jeszcze przed tą datą zostały ustanowione na czas nieokreślony.

W badaniu przeprowadzonym wiosną 2015 r. z okazji 20-lecia Liechtensteinu w EOG⁷³, jak również w badaniu przeprowadzonym wiosną 2020 r. obywatele w większości pozytywnie ocenili członkostwo swojego kraju w Europejskim Obszarze Gospodarczym⁷⁴. Porozumienie o utworzeniu EOG jest postrzegane nie tylko jako czysto gospodarcze, ale również mające znaczenie polityczne, gdyż członkostwo w EOG wpływa pozytywnie na politykę wewnętrzną i zagraniczną. Na przykład udział w unijnym programie edukacyjnym Erasmus jest uważany przez znaczną większość obywateli kraju za ważny i pożądany.

Członkostwo w EOG wzmocniło międzynarodowe uznanie Liechtensteinu i zapewniło temu państwu równy dostęp do instytucji EOG pomimo różnicy wielkości w porównaniu z innymi państwami członkowskimi, a tym samym równy głos. Ponadto członkostwo Liechtensteinu w EOG zmniejszyło zależność gospodarczą i polityczną od Szwajcarii. Kolejnymi

zaletami są rozszerzenie i profesjonalizacja krajowej administracji Liechtensteinu, a także dalszy rozwój systemu prawnego Liechtensteinu, związany z adaptacją prawa krajowego do prawnych standardów Unii Europejskiej zgodnie z Porozumieniem EOG⁷⁵.

6.3. MOŻLIWE ROZSZERZENIE EUROPEJSKIEGO OBSZARU GOSPODARCZEGO

Do Europejskiego Obszaru Gospodarczego należą aktualnie jedynie trzy państwa niebędące członkami Unii Europejskiej. Są to:

- Liechtenstein z populacją około 39 000 osób,
- Islandia z populacją około 368 000 osób oraz
- Norwegia z populacją około 5 328 000 osób.

Te trzy państwa mają łącznie tylko około 5 700 000 mieszkańców, podczas gdy UE – ponad 447 mln mieszkańców. Warto się więc zastanowić, czy istnieje szansa rozszerzenia EOG i jakie mogłoby to mieć ewentualne skutki dla Księstwa Liechtensteinu.

6.3.1. Wielka Brytania po wyjściu z Unii Europejskiej

W związku z wystąpieniem Wielkiej Brytanii z UE państwo to musiało również skończyć swoje relacje z Europejskim Obszarem Gospodarczym. Liechtenstein, Islandia i Norwegia obecnie są w trakcie wypracowywania z rządem Wielkiej Brytanii tak zwanej umowy separacyjnej (*Separation*

⁷² Art. 112 Porozumienia EOG dotyczącego środków ochronnych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 3 stycznia 1994 r., L 1/3.

⁷³ B. Steppacher, *Die EFTA-Staaten, der EWR und die Schweiz* [w:] *Jahrbuch der Europäischen Integration*, Baden-Baden 2015, s. 318.

⁷⁴ Ch. Frommelt, *Bisher zeigte der EWR eine erstaunliche Anpassungsfähigkeit, Interview mit Daniela Fritz*, „Liechtensteiner Volksblatt”, 28 maja 2020 r.

⁷⁵ Ibidem.

Agreement) pomiędzy EOG a Wielką Brytanią⁷⁶.

Strona brytyjska jednak już zasygnalizowała, że po wyjściu z UE nie ma zamiaru rozpocząć współpracy z Unią Europejską na podstawie członkostwa w EOG, gdyż nie po to wystąpiła z Unii Europejskiej. Innymi słowy, rozszerzenie EOG o Wielką Brytanię nie jest prawdopodobne.

6.3.2. Wyspy Owcze bądź Grenlandia jako ewentualni nowi członkowie

W połowie 2005 r. przedstawiciele Wysp Owczych, należących podobnie jak Grenlandia do Królestwa Danii, zasugerowali możliwość przystąpienia ich terytorium do EFTA⁷⁷. Jednak zdolność Wysp Owczych do przystąpienia jest niepewna, ponieważ zgodnie z art. 56 konwencji sztokholmskiej jedynie państwa mogą zostać członkami Stowarzyszenia. Wyspy Owcze jako część Królestwa Danii nie są suwerennym państwem i zgodnie z raportem przygotowanym dla Ministerstwa Spraw Zagranicznych Wysp Owczych przez władze duńskie *nie mogą stać się w ramach swojego statusu konstytucyjnego niezależną Umawiającą się Stroną Porozumienia EOG ze względu na fakt, iż Wyspy Owcze nie są suwerennym państwem*⁷⁸.

Trzeba zaznaczyć, że duński parlament o nazwie *Folketing* od 31 marca 1948 r. przyznał Wyspom Owczym zasadę

samostanowienia⁷⁹, co oznacza, że nadał tej duńskiej jednostce geograficznej status terytorium zależnego w obrębie Królestwa Danii z pewnymi wolnościami, między innymi do samodzielnego zawierania umów w sprawach handlowych. Pomimo zasady samostanowienia Wyspy Owcze pozostają w sprawach dotyczących polityki zagranicznej częścią Królestwa Danii. Również Porozumienie z Fámjin⁸⁰ z 29 marca 2005 r. pomiędzy Danią a Wyspami Owczymi w sprawie rozszerzenia kompetencji w dziedzinie polityki zewnętrznej i obrony nic w tym względzie nie zmienia. Dania swoją drogą już jest stroną Porozumienia EOG w charakterze państwa członkowskiego Unii Europejskiej, co wyklucza przyjęcie Wysp Owczych jako kolejnej strony Porozumienia EOG.

Co więcej 31 sierpnia 2005 r. Wyspy Owcze w ramach przysługującego im samostanowienia zawarły obszerną dwustronną umowę o wolnym handlu z Islandią, jedynym z państw członkowskich EOG, znaną jako Porozumienie z Hoyvík⁸¹.

⁷⁹ S. Sagan, V. Serzhanova, D. Wapińska, *Charakterystyka aktów ustrojowych autonomii nordyckich*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014 nr 22, s. 127.

⁸⁰ Na podstawie Porozumienia z Fámjin Królestwo Danii uchwaliło 24 czerwca 2005 r. ustawę nr 579 o zawieraniu umów międzynarodowych przez rząd Wysp Owczych (*lov nr 579 om Færøernes landsstyres indgåelse af folkeretlige aftaler*), określając sposób współdziałania rządu Królestwa Danii w tym procesie.

⁸¹ Porozumienie zostało podpisane 31 sierpnia 2005 r. w miejscowości Hoyvík na Wyspach Owczych. Farski parlament o nazwie *Løgting* ratyfikował porozumienie 2 maja 2006 r., a islandzki parlament o nazwie *Alþingi* uczynił to samo 3 czerwca 2006 r. Porozumienie ma bardzo szeroki zakres, jest wręcz uznawane za jedno z najobszerniejszych, jakie podpisano w historii Islandii, który to kraj w przeszłości jako Królestwo Islandii związany był unią realną z Królestwem Danii i stanowiąc z nim jeden podmiot prawa międzynarodowego aż do pomyślnego referendum w kwestii niepodległości 24 maja 1944 r. i ogłoszenia 17 czerwca 1944 r. pełnej niepodległości Republiki Islandii. W dniu 21 sierpnia 2006 r. na dorocznym zgromadzeniu Rady Zachodnio-Nordyckiej

⁷⁶ Pierwsze spotkanie Wspólnego Komitetu ustanowionego w ramach umowy separacyjnej miało miejsce 18 grudnia 2020 r. w Londynie, a drugie takie spotkanie odbyło się 27 maja 2021 r. w Reykjavíku. Kolejne spotkania są zaplanowane celem finalizacji umowy separacyjnej.

⁷⁷ H. J. Djurhuus (i inni), *The Faroes and the EU – Possibilities and challenges in a future relationship*, The Ministry of Foreign Affairs in the Faroes, Tórshavn 2020, s. 9.

⁷⁸ Ibidem, s. 53 i n.

Wyspy Owcze w referendum z 1973 r. w sprawie akcesji do EWG odrzuciły możliwe członkostwo tej części Królestwa Danii, a Grenlandia, która wraz z Danią wstąpiła do EWG w 1973 r., w ramach ogólnokrajowego referendum z 1985 r. wycofała swoje uczestnictwo w Unii Europejskiej w związku z problemami dotyczącymi praw do połowu ryb. Grenlandia jednakże jako terytorium specjalne jednego z członków Unii Europejskiej otrzymała część przywilejów handlowych oraz pomoc w rozwoju gospodarczym⁸².

Grenlandia, będąc terytorium zależnym w obrębie Królestwa Danii, również nie może przystąpić do Europejskiego Obszaru Gospodarczego jako samodzielny członek. Innymi słowy w tym stanie rzeczy wyklucza się z wymienionych przyczyn ewentualne członkostwo Wysp Owczych bądź też Grenlandii w Europejskim Obszarze Gospodarczym, a grono państw należących do tego obszaru poza Unią Europejską ogranicza się nadal do Islandii, Norwegii i Liechtensteinu.

6.3.3. Europejskie mikropaństwa

Parę lat temu pozostające poza Unią Europejską europejskie mikropaństwa Andora, Monako i San Marino przejawiały żywe

zainteresowanie ewentualnym przystąpieniem do EOG, jednak Norwegia wstępnie sceptycznie oceniła ten zamiar⁸³.

Księstwo Monako jest częścią obszaru celnego UE na mocy umowy z Francją i na tej podstawie jest administrowane jako część Francji⁸⁴.

Pomiędzy Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Księstwem Andory 28 czerwca 1990 r. zostało podpisane Porozumienie dotyczące ustanowienia unii celnej nadającej Andorze status kraju najbardziej uprzywilejowanego. Porozumienie weszło w życie 1 lipca 1991 r. i powoduje, że Andora jest traktowana jako państwo UE, jeśli chodzi o handel produktami przemysłowymi, ale nie produktami rolnymi⁸⁵.

Z kolei 16 grudnia 1991 r. Republika San Marino zawarła umowę w sprawie współpracy i unii celnej z Europejską Wspólnotą Gospodarczą. Umowa ta weszła w życie 1 kwietnia 2020 r.⁸⁶

W perspektywie długoterminowej Monako, Andora i San Marino nie wykluczają członkostwa w EOG, jednak w końcu sama Unia Europejska potwierdziła brak równowagi między tymi mikropaństwami a nią, ponieważ państwa te nie są w stanie stworzyć krajowych instytucji wymaganych do skutecznego zarządzania i wypełniania swoich

(*West Nordic Council*) będącej forum współpracy parlamentów i rządów Grenlandii, Wysp Owczych i Islandii, padło hasło, że należy poważnie rozważyć możliwość rozszerzenia zakresu Porozumienia z Hoyvík o Grenlandię (tworząc w ten sposób strefę wolnego handlu zachodnio-nordyckiego). Farerski *Løgting* wyraził przekonanie, że umowa ta w przyszłości powinna zostać rozszerzona na Norwegię, będącą państwem członkowskim EOG, a nawet na Kanadę. Wyspy Owcze w przeszłości potrafiły pokazać, że z dużym zdecydowaniem podążają własną drogą: w latach siedemdziesiątych podczas zimnej wojny zawarły umowę o rybołówstwie ze Związkiem Radzieckim ku konsternacji obozu zachodniego.

⁸² L. Ø. Blaxekjær, M. Lanteigne, M. Shi, *The Polar Silk Road and the West Nordic Region* [w:] *Arctic Yearbook*, Akureyri 2018, s. 6.

⁸³ J. G. Støre, *Norge sier nei til nye mikrostaten i EØS*, „*Nationen*”, 19 maja 2011 r.

⁸⁴ G. Baur, *Andorra, Monaco and San Marino in the EU's Internal Market: the one-pillar system standard*, BERN 2020, s. 3.

⁸⁵ A. Vannier, *La Relation Spéciale entre l'UE et les Micro-États Européens*, „*Politique Européenne*”, 9 marca 2019 r.

⁸⁶ E. Breuss, *Die Zukunft des Kleinstaates in der europäischen Integration. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Fürstentums Liechtenstein*, Schaan 2011, s. 317.

zobowiązań wynikających z Porozumienia EOG⁸⁷. Układy stowarzyszeniowe są bardziej realnym mechanizmem integracji mikropaństw z rynkiem wewnętrznym, najlepiej w drodze pojedynczej wielostronnej umowy ze wszystkimi trzema państwami.

Rozszerzenie EOG o wymienione mikropaństwa nie jest prawdopodobne, dlatego też nie spodziewano się jego poszerzenia o nowych członków. Wydaje się więc, że pozycja Liechtensteinu obok Islandii i Norwegii w EOG jest pewna i stabilna, a żadne z tych trzech państw na dłuższą metę nie ma zamiaru przystąpić do Unii Europejskiej, uszczuplając tym samym powierzchnię i populację obszaru EOG pozostającego poza Unią Europejską oraz zostawiając w tym obszarze Liechtenstein jako ostatnie i jedyne takie państwo, w którym to przypadku sens dalszego istnienia EOG byłby raczej wątpliwy.

7. Trójkąt Liechtenstein – Szwajcaria – Unia Europejska

Mimo bliskich relacji Liechtensteinu z dwoma państwami nordyckimi Islandią i Norwegią w ramach EOG, małe księstwo najściślejsze stosunki utrzymuje ze swoim zachodnim sąsiadem, tj. Konfederacją Helwecką, a to ze względu na bliskość geograficzną, gospodarczą, polityczną, kulturową i społeczną. Jak już wspomniano na początku, Liechtenstein od 1923 r. jest częścią szwajcarskiego obszaru celnego, a w 1924 r. wprowadził jednostronnie unię walutową ze Szwajcarią. Po przyłączeniu Austrii do Rzeszy Niemieckiej w 1938 r. Szwajcaria udzieliła małemu sąsiadowi pożyczek i podjęła zobowiązania gospodarcze, aby

wesprzeć suwerenność Księstwa Liechtensteinu w tym trudnym okresie.

W zamian Szwajcaria oczekiwała, że Liechtenstein zobowiąże się do ścisłego przestrzegania łączących obie strony traktatów prawa międzynarodowego, a w 1939 r. zażądała przydziału ważnego dla szwajcarskiej obrony narodowej masywu górskiego o nazwie Ellhorn, znajdującego się na samym południu kraju nad Renem naprzeciwko szwajcarskiej twierdzy Sargans. Z biegiem wojny obawa, że Księstwo Liechtensteinu tak samo jak Austria zostanie przyłączone do Rzeszy Niemieckiej, zbliżyła oba kraje do siebie. Podczas drugiej wojny światowej Liechtenstein został w pełni zintegrowany ze szwajcarską gospodarką wojenną.

Po długotrwałych negocjacjach Szwajcaria i Liechtenstein 23 grudnia 1948 r. podpisały porozumienie o ogólnej rewizji granicy państwowej w odcinku pomiędzy Renem a górą Würzerhorn. Umowa przewidywała wymianę masywu górskiego o nazwie Ellhorn dotychczas znajdującego się na terytorium Księstwa Liechtensteinu na areal o tej samej powierzchni i wartości około 120 000 franków szwajcarskich w tym samym odcinku granicznym nadający się do użytku rolnego.

Od tego momentu relacje pomiędzy oboma krajami jeszcze się zacieśniły, a pewien dualizm w stosunkach pojawił się dopiero w momencie odrzucenia przez Szwajcarię Europejskiego Obszaru Gospodarczego w referendum w grudniu 1992 r .

Liechtenstein, przystępując do EOG, otworzył się wobec Unii Europejskiej i jest zobowiązany dostosowywać na bieżąco swoje prawo krajowe do wymogów prawa unijnego. W Konfederacji Helweckiej nie

⁸⁷ Ch. Frommelt, *Bisher zeigte der EWR eine erstaunliche Anpassungsfähigkeit*, op.cit.

ma takiego obowiązku i w związku z tym brak jest bezpośredniego rozwoju prawa wzorowanego na prawie unijnym, gdyż kraj ten nie należy do EOG. Pośrednio prawo unijne jednak wywiera dość znaczący wpływ na prawo krajowe Konfederacji Helweckiej⁸⁸.

Szwajcaria nie zamierza przystąpić do Unii Europejskiej, lecz współpracuje z nią na swoich zasadach. Pomiędzy Szwajcarią a Unią Europejską obowiązuje szereg umów bilateralnych. Najstarsza jest Umowa o wolnym handlu pomiędzy Europejską Wspólnotą Gospodarczą a Konfederacją Szwajcarską podpisana w Brukseli 22 lipca 1972 r. zawierająca Porozumienie dodatkowe dotyczące ważności dla Księstwa Liechtensteinu. Następnie podpisano tak zwane umowy bilateralne I z 21 czerwca 1999 r. (siedem umów dotyczących swobody przemieszczania się, transportu lotniczego, transportu lądowego, współpracy naukowo-technicznej, zamówień publicznych, handlu produktami rolnymi oraz wzajemnego uznawania standardów i ocen zgodności) i tak zwane umowy bilateralne II z 26 października 2004 r. (dziewięć umów w sprawach produktów przetworzonych w rolnictwie, współpracy statystycznej, uczestnictwa w Europejskiej Agencji Środowiska, uczestnictwa w programach Media-Plus oraz Media-Doskonalenie Zawodowe, unikania podwójnego opodatkowania urzędników unijnych zamieszkałych

88 H. Seiler (szwajcarski sędzia federalny przy Trybunale Federalnym w Lozannie), *Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft der Schweiz und Liechtensteins?)* [w:] *xvi. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008*, Lipsk 2008, s. 3; A. Epiney, *Fortschreitende Integration in das Recht der EU. Der bilaterale Weg nach dem Lissabonner Vertrag ist schwieriger geworden, aber keineswegs am Ende angelangt*, „Neue Zürcher Zeitung“, 27 lutego 2010 r.

w Szwajcarii, pełnego członkostwa w strefie Schengen, członkostwa w konwencji dublińskiej z 15 czerwca 1990 r. dotyczącej rozpatrywania wniosków o azyl złożonych w jednym z państw członkowskich Wspólnot Europejskich, członkostwa w konwencji o opodatkowaniu przychodów z tytułu odsetek oraz członkostwa w konwencji o zwalczaniu oszustw w sektorze finansowo-bankowym). Zgodnie z pakietem umów z 1999 r. Szwajcaria zobowiązała się do minimalnego wprowadzania postanowień *acquis communautaire*⁸⁹.

Siedem z dziewięciu wyżej wymienionych tematów zamknięto stosunkowo szybko, jednak rozwiązania dla dwóch – przepływu finansów oraz strefa Schengen i konwencja dublińska – znaleziono dopiero w ostatniej chwili, po długich debatach poświęconych zakresowi szwajcarskiej tajemnicy bankowej. Negocjacje w przedmiocie liberalizacji obrotu usługami – w związku ze znaczną liczbą wciąż niezgodzonych kwestii – zostały wyłączone z II serii umów dwustronnych w marcu 2003 r. i będą kontynuowane oddzielnie w okresie późniejszym. Dzięki temu porozumieniu Szwajcaria jest również sygnatariuszem Układu z Schengen z 5 czerwca 2005 r. Szwajcarzy w referendum opowiedzieli się za wejściem w życie wynegocjowanego porozumienia, w związku z czym Szwajcaria stała się 12 grudnia 2008 r. członkiem układu. Otwarcie granic lądowych miało miejsce 12 grudnia 2008 r. Otwarcie granic na lotniskach nastąpiło 29 marca 2009 r.

Szwajcarię łączy z UE ponad 120 sektorowych traktatów dwustronnych,

89 C. Schärer, *Acquis communautaire suisse: Das für die Schweiz auf Grund der Bilateralen Abkommen vom 23. Juni 1999 relevante Gemeinschaftsrecht (Umfang und Zugang)*, „Aktuelle juristische Praxis“ 2004 z. 13, s. 340 i n.

zawierających praktycznie te same przepisy co w przypadku prawodawstwa przyjętego przez państwa EOG w zakresie swobody przepływu osób, towarów, usług i kapitału.

Szwajcaria zmierza ku stowarzyszeniu się z UE zamiast członkostwa. UE ze swojej strony zgłosiła pod adresem Szwajcarii – również w przypadku stowarzyszenia z UE – postulat pełnej implementacji odnoszącego się do negocjowanych umów bilateralnych dorobku prawnego oraz jego nowelizacji⁹⁰. Newralgiczna była już wówczas kwestia stworzenia mechanizmu definiującego warunki implementacji nowo tworzonego prawa wspólnotowego, powołania instytucji niezależnego nadzoru nad jego przestrzeganiem oraz opracowania procedur rozwiązywania sporów.

Szwajcaria widziała w pracy takiego zespołu szansę przekonania Komisji Europejskiej do zawarcia tak zwanej umowy ramowej według koncepcji Berna, a zatem służącej lepszemu administrowaniu umowami. UE nie była jednak gotowa do realizacji takiej wizji umowy ramowej, gdyż uznała, że pod uwagę może być brana jedynie umowa analogiczna do porozumień EOG⁹¹.

Godna uwagi jest okoliczność, że Liechtensteinczyzy o wiele przychylniej niż Szwajcarzy odnoszą się do Unii Europejskiej, jej instytucji i porządku prawnego.

Liechtenstein – w związku z tą okolicznością – pozostaje „państwem-sandwiczem”. Z jednej strony jest otoczone przez Unię

Europejską, a z drugiej strony sąsiaduje ze Szwajcarią, która pozostaje poza UE. Księstwo Liechtensteinu od lat już w sposób dyplomatyczny i skuteczny egzystuje pomiędzy tymi dwoma sąsiadami, przyciągając coraz więcej uwagi z obu stron. Powoduje to dalszy rozwój porządku prawnego tego małego kraju i dalsze uniezależnianie się od Szwajcarii, czemu towarzyszy budowanie i utrwalanie własnej pozycji na arenie międzynarodowej.

8. Łącznik języka niemieckiego na szczeblu międzynarodowym

Kolejnym atutem małego państwa alpejskiego jest przynależność do świata języka niemieckiego i wspólnego kręgu kultury państw niemieckojęzycznych. Dzięki tej okoliczności Księstwo Liechtensteinu bierze udział w corocznych nieformalnych spotkaniach prezydentów państw niemieckojęzycznych.

Inicjatywa tych nieformalnych spotkań wyszła od austriackiego prezydenta Heinza Fischera w 2004 r. w odpowiedzi na zgłoszoną przez szwajcarskiego prezydenta Josepha Deissa propozycję szerszej wymiany poglądów Szwajcarii z Unią Europejską w ramach grupy państw niemieckojęzycznych.

Austria i Niemcy przyjęły tę inicjatywę z dużym zainteresowaniem i zapoczątkowały pierwsze takie spotkanie ze Szwajcarią w 2004 r. – wkrótce po podpisaniu drugiego pakietu dwustronnych umów pomiędzy Szwajcarią a Unią Europejską. Gospodarzem pierwszego nieformalnego spotkania trzech państw niemieckojęzycznych była Szwajcaria. Głównym tematem były stosunki Szwajcarii z Unią Europejską i możliwości dalszego rozwoju współpracy.

⁹⁰ S. Cz. Kozłowski, *Ewolucja stosunków między Konfederacją Szwajcarską i Unią Europejską; strategia bilateralizmu w impasie*, „Studia Europejskie” 2015 nr 3, s. 67.

⁹¹ Ibidem.

8.1. ZAPROSZENIE KSIĘSTWA LIECHTENSTEINU DO NIEFORMALNYCH SPOTKAŃ

W związku z tym pierwszym nieformalnym spotkaniem trzech państw padł pomysł włączenia do grona uczestników niemieckojęzycznego sąsiada Szwajcarii pozostającego także poza Unią Europejską. W związku z tym dziedziczny książę i regent Księstwa Liechtensteinu Alojzy został zaproszony na kolejne spotkanie odbywające się w 2005 r. w austriackim Salzburgu. Od tego momentu Liechtenstein uczestniczy w tych spotkaniach do chwili obecnej.

Tematem spotkań jest za każdym razem inne zagadnienie z zakresu polityki dotyczącej wszystkich uczestników. Praktyka jednak pokazuje, że agenda jest często zmieniana w zależności od bieżących problemów pojawiających się w państwach uczestniczących. Już trzy razy, a mianowicie w 2007 r., w 2011 r. oraz w 2015 r., spotkanie odbyło się w Księstwie Liechtensteinu. Tematem ostatniego spotkania w Liechtensteinie w 2015 r. miała być postępująca digitalizacja na rynku pracy, jednak za pilniejszą sprawę uznano narastający kryzys migracyjny spowodowany przez napływ uchodźców do Europy.

8.2. ROZSZERZENIE GRONA SPOTKAŃ O BELGIĘ I LUKSEMBURG

W 2014 r. krąg państw uczestniczących został rozszerzony o Królestwo Belgii oraz Wielkie Księstwo Luksemburga, a zaproszeni zostali jako głowy tych obu państw król Belgów Filip I Koburg i wielki książę Luksemburga Henryk. Od tego momentu Belgia i Luksemburg uczestniczą nieprzerwanie w tych nieformalnych spotkaniach, wskutek czego Belgia po raz pierwszy była

gospodarzem spotkania w 2016 r.⁹², a Luksemburg w 2017 r.⁹³

Luksemburg mógł dołączyć do grona pozostałych pięciu krajów, gdyż w ustawie o reżimie językowym w Wielkim Księstwie Luksemburga⁹⁴ zostało przewidziane, że językiem narodowym Luksemburczyków jest język luksemburski⁹⁵, językiem legislacyjnym tego państwa jest francuski, a językiem administracyjnym i urzędowo-sądowym są języki francuski, niemiecki⁹⁶ i luksemburski⁹⁷. Początkowo dyskusjo-

92 R. Hilgert, *Beim Deutschen Bund in Eupen*, „d’Lëtzebuerger Land”, 2 września 2016 r.

93 B. Beffort, *Hoher Besuch in Luxemburg: Wenn Sprache und Kultur verbinden*, „Luxemburger Wort”, 27 października 2017 r.

94 *Loi du 24 février 1984 sur le régime des langues*, Memorial – Amtsblatt des Großherzogtums Luxemburg [Dziennik Ustaw Wielkiego Księstwa Luksemburga] nr 16 z 1984 r., s. 196.

95 Język ten – nazywany po luksembursku *lëtzebuergesch* – należy do zachodniej grupy języków germańskich i jest także określany jako ujednociona pod względem lingwistycznym przez państwo luksemburskie odmiana gwary mozelsko-frankońskiej (*moselfränkisch* po niemiecku bądź *francique mosellan* po francusku). Jest to język używany nie tylko przez ludność etniczną Wielkiego Księstwa Luksemburga, lecz również przez mieszkańców wschodniej części belgijskiej prowincji Luksemburga o nazwie *Areler Land (Pays d’Arlon)* graniczącej z Wielkim Księstwem, przez mieszkańców kantonu Świętego Wita (*St-Vith*) znajdującego się w południowej części Wspólnoty Niemieckojęzycznej Królestwa Belgii graniczącej z Luksemburgiem oraz na terenie Francji w lotaryńskim regionie o nazwie *Didneuener Land (Pays de Thionville)* w północnej części departamentu Mozela graniczącego z Luksemburgiem.

96 F. Scheer, *Deutsch in Luxemburg. Positionen, Funktionen und Bewertungen der deutschen Sprache*, Tybinga 2017, s. 240.

97 Język luksemburski jest najmłodszym z języków z grupy germańskich, któremu nadano status języka urzędowego. Ostatnio w 1948 r. język farerski – zaliczany z językiem islandzkim i norweskim do zachodniej grupy języków północnogermańskich – został uznany za drugi język urzędowy na Wyspach Owczych stanowiących część Królestwa Danii, na równi z językiem duńskim. W 1925 r. język niderlandzki (będący wtedy drugim oprócz języka angielskiego językiem urzędowym w Afryce Południowej) został zastąpiony językiem afrykanerskim (odmiana

wano, czy w takim stanie rzeczy – jako że Luksemburg według zacytowanej ustawy nie jest państwem *stricte* niemieckojęzycznym – wielki książę Luksemburga Henryk w ogóle może partycypować w spotkaniu, skoro nie posiadał zgody rządu zgodnie z konstytucją Wielkiego Księstwa. Premier Luksemburga Xavier Bettel natychmiast wyjaśnił tę wątpliwość, twierdząc, że kontrasygnata ministerialna wymieniona w konstytucji Luksemburga nie była wymagana, gdyż chodziło o spotkanie nieformalne, w którym nie uczestniczą szefowie rządu, lecz głowy państw.

W Belgii reżim językowy kształtuje się nieco inaczej niż w Luksemburgu. W art. 1 konstytucji Królestwa Belgii jest przewidziane, że Belgia jest państwem federalnym składającym się ze wspólnot i regionów. Jedną z trzech wspólnot jest Wspólnota Niemieckojęzyczna⁹⁸. Art. 4 ust. 1 konstytucji Królestwa Belgii stanowi, że Belgia obejmuje cztery regiony językowe – języka francuskiego, języka niderlandzkiego, dwujęzyczny region stołeczny Brukseli oraz region języka niemieckiego⁹⁹. W związku z tym język niemiecki niewątpliwie jest jednym z trzech języków urzędowych w Belgii. Wspólnota Niemieckojęzyczna stanowi jednostkę związkową belgijskiego państwa federalnego z własnym parlamentem i rządem, tak jak na przykład kantony w Szwajcarii bądź kraje związkowe

języka niderlandzkiego używaną przez część ludności Republiki Południowej Afryki, wtedy noszącej nazwę Związek Południowej Afryki i stanowiącej jeszcze dominium brytyjskie).

⁹⁸ Oprócz Wspólnoty Niemieckojęzycznej, która w języku niemieckim ostatnio sama określa się mianem *Ostbelgien* (Belgia Wschodnia), Królestwo Belgii posiada Wspólnotę Francuską (*Communauté française de Belgique*) mówiącą po francusku oraz Wspólnotę Flamandzką (*Vlaamse Gemeenschap*) mówiącą po niderlandzku.

⁹⁹ Konstytucja Królestwa Belgii z 7 lutego 1831 r., Wydawnictwo Senatu Belgijskiego, Bruksela 2019.

w Niemczech i Austrii. W badaniach naukowych na temat federalizmu Wspólnota Niemieckojęzyczna z własnym parlamentem i rządem jest przypisana do kategorii małego państwa członkowskiego. W art. 115, 121 i 130 konstytucji Królestwa Belgii nadano Wspólnocie Niemieckojęzycznej mniej więcej taki sam status prawny, jaki posiadają Wspólnota Francuska i Wspólnota Flamandzka. Wspólnota Niemieckojęzyczna – będąc najmniejszą jednostką związkową Królestwa Belgii¹⁰⁰ – ma prawie taką samą autonomię i takie same uprawnienia jak te dwie duże wspólnoty.

8.3. A MOŻE W PRZYSZŁOŚCI DOŁĄCZĄ ALZACJA I TYROL POŁUDNIOWY?

Warto zauważyć, że 1 stycznia 2021 r. powstało europejskie zrzeszenie terytorialne o francuskiej nazwie *Collectivité européenne d'Alsace* (CeA)¹⁰¹. Utworzenie tego nowego podmiotu zostało przegłosowane przez francuski parlament 25 lipca 2019 r., a ustawa nr 2019–816 określająca jego uprawnienia została ogłoszona 2 sierpnia 2019 r.¹⁰² Zgodnie z tą ustawą europejskie zrzeszenie terytorialne Alzacja ma status hybrydowy w tym sensie, że posiada kompetencje departamentu i części regionu. Alzacja jest

¹⁰⁰ Wspólnota Niemieckojęzyczna ma około 75 000 mieszkańców, tj. dwa razy więcej niż Księstwo Liechtensteinu.

¹⁰¹ Z prawnego punktu widzenia CeA jest zrzeszeniem według prawa francuskiego dwóch departamentów Republiki Francuskiej, a mianowicie Dolnego Renu (*Bas-Rhin*) i Górnego Renu (*Haut-Rhin*), z siedzibą w Strasburgu. Alzacka nazwa CeA brzmi: *D'Europäische Gebietskörperschaft Elsass*, a niemiecka: *Europäische Gebietskörperschaft Elsass*. Warto zauważyć, że przymiotnik „europejski” nie ma sugerować, że chodzi o konstrukt prawa unijnego, lecz podkreśla jedynie, że zadaniem CeA jest promowanie integracji europejskiej Alzacji i rozwój używania języków regionalnych w Alzacji.

¹⁰² *Loi no 2019–816 du 2 août 2019 relative aux compétences de la Collectivité européenne d'Alsace* [ustawa nr 2019–816 z 2 sierpnia 2019 r. o kompetencjach europejskiego zrzeszenia terytorialnego Alzacja], Journal Officiel de la République Française (JORF) nr 0179 z 3 sierpnia 2019 r.

zatem mniej autonomiczna niż Korsyka czy też departamenty i regiony zamorskie. Utworzenie tego nowego podmiotu jest skutkiem reformy terytorialnej we Francji w 2016 r., kiedy trzy regiony: Alzacja, Lotaryngia i Szampania-Ardeny zostały połączone w celu stworzenia nowego regionu administracyjnego o nazwie *Le Grand Est* z siedzibą w Strasburgu. Społeczność z Alzacji i Lotaryngii uważała, że region został utworzony w celu ograniczenia ich praw i autonomii, gdyż stworzenie tego megaregionu ma faktycznie taki efekt. W 2016 r. odbywały się protesty przeciw takiej zmianie administracyjnej. Społeczność alzacka i lotaryńska miały bowiem znacznie większe prawa niż pozostałe regiony Francji.

Chociaż język francuski jest jedynym językiem urzędowym w całej Francji zgodnie z art. 2 konstytucji Republiki Francuskiej, ustawa nr 2019–816 zawiera przepisy dotyczące promowania języków regionalnych¹⁰³ w szkole. Europejskie zrzeszenie terytorialne Alzacja otrzyma również zadanie utworzenia Komitetu ds. Języka Niemieckiego w Alzacji. To ostatnie postanowienie jest ściśle związane z rozdziałami 3 i 4 Traktatu z Akwizgranu¹⁰⁴.

¹⁰³ Do wymienionych języków regionalnych w Alzacji zalicza się przede wszystkim język alzacki, należący do grupy dialektów alemańskich języka niemieckiego i używany przez około 75% ludności Alzacji. Do tej samej grupy należy również niemieccyzna mówiona w Niemczech w Szwabii (tj. zachodniej części Bawarii i całej Wirtembergii) oraz w Badenii, w całej niemieckojęzycznej Szwajcarii, w Liechtensteinie oraz w Austrii w jej kraju związkowym Przedarlania (*Vorarlberg*).

¹⁰⁴ Traktat z Akwizgranu jest umową dwustronną między Niemcami i Francją. Został podpisany 22 stycznia 2019 r. przez kanclerz Angelę Merkel i prezydenta Emmanuela Macrona w sali koronacyjnej ratusza w Akwizgranie. Emmanuel Macron jako pierwszy przedstawił propozycję nowej edycji Traktatu Elizejskiego z 1963 r. w swoim przemówieniu na Sorbonie 26 września 2017 r. W 55. rocznicę podpisania Traktatu Elizejskiego zarówno Macron, jak

Pozostaje oczywiście wątpliwe, czy te uprawnienia nowego europejskiego zrzeszenia terytorialnego Alzacji są wystarczające, by wzięło ono udział w nieformalnych spotkaniach prezydentów państw niemieckojęzycznych. Przecież wskutek utworzenia CeA cała Francja nie staje się raptem państwem niemieckojęzycznym, ani nie ustanawia języka Goethego kolejnym językiem urzędowym. Z drugiej zaś strony najwyraźniej nie ma poważnego zamiaru, by politycznie połączyć jednostki terytorialne zamieszkałe przez ludność niemieckojęzyczną ze wspólnym obszarem języka niemieckiego.

Chodzi natomiast o to, aby przyznać ludziom zamieszkującym dany region prawo do używania w życiu społecznym swego języka narodowego, z którym to językiem się identyfikują. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że niemieckojęzyczny region Lotaryngii w departamencie Mozela¹⁰⁵, ciągnący się od Luksemburga wzdłuż granicy niemieckiej aż do Alzacji, nie ma podobnego statusu, gdyż Lotaryngia w większości jest obszarem językowym romańskim w przeciwieństwie do Alzacji, która w znaczącej większości jest obszarem językowym germańskim.

Podobnie jak z Alzacją i Lotaryngią we Francji mają się sprawy w przypadku

i Angela Merkel opowiedzieli się za pogłębieniem współpracy w kwestiach politycznych i wymiany kulturowej obu państw wraz z dalszym promowaniem znajomości języka francuskiego w Niemczech i znajomości języka niemieckiego we Francji.

¹⁰⁵ W tym niemieckojęzycznym regionie Lotaryngii, nazwanym po francusku *Moselle germanophone* bądź *Lorraine francique*, jest znacznie mniej osób używających gwar miejscowych niż w sąsiadującej Alzacji. Warto zaznaczyć, że lotaryńskie gwary niemieckie są częściej używane przez miejscową ludność niż na przykład język baskijski w departamencie Pireneje Atlantyczne bądź język korsykański na wyspie Korsyka.

włoskiego regionu Trydent-Górna Adyga, składającego się z dwóch autonomicznych prowincji o nazwie Trydent (po włosku *provincia autonoma di Trentino*) oraz o nazwie Bolzano-Górna Adyga (po włosku *provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige*, a po niemiecku *autonome Provinz Bozen-Südtirol*). Ostatnia z tych dwóch wymienionych prowincji autonomicznych jest w większości niemieckojęzyczna. Do 1919 r. Tyrol Południowy (zwany inaczej Górną Adygą) stanowił część austriackiego kraju koronnego Tyrol w imperium Habsburgów. Na mocy traktatu pokojowego z Saint-Germain-en-Laye został wcielony do Włoch wraz z Trydentem jako region Trydent-Górna Adyga. Po dojściu Mussoliniego do władzy we Włoszech nastąpiła przymusowa italianizacja ludności Południowego Tyrolu, gdzie występuje wyraźna przewaga osób mówiących po niemiecku i po ladińsku¹⁰⁶. W ten sposób spowodowany został głęboki konflikt polityczny i narodowościowy, a status niemieckojęzycznej ludności Tyrolu Południowego po drugiej wojnie światowej stał się przyczyną długotrwałego konfliktu austriacko-włoskiego. W 1972 r. włoscy politycy przystąpili do sformułowania tak zwanego pakietu autonomicznego¹⁰⁷, nadając prowincji Bolzano-Górna

¹⁰⁶ Język ladiński (*ladin*) jest jednym z trzech języków retoromańskich używanych przez Ladinów – rdzenną ludność retoromańską zamieszkującą środkowe Dolomity na terenie Tyrolu Południowego. Oprócz języka ladińskiego do języków retoromańskich zalicza się jeszcze język friuliński (*furlan*) używany przez miejscową ludność w regionie autonomicznym Friuli-Wenecja Julijska w północno-wschodnich Włoszech graniczących z Austrią i Słowenią oraz język romansz (*rumantsch grischun*) – od 1938 r. czwarty język urzędowy w Szwajcarii – używany przez część ludności kantonu Gryzonii.

¹⁰⁷ E. Alber, C. Zwilling, *Continuity and change in South Tyrol's governance* [w:] L. Salat, S. Constantin, A. Osipov, I. G. Székely (red.), *Autonomy Arrangements around the World: A collection of well and lesser known cases*, Kluź-Napoka 2014, s. 33 i n.

Adyga „statut autonomiczny”, gwarantujący równouprawnienie języków niemieckiego i włoskiego w całej prowincji¹⁰⁸.

8.4. SENS NIEFORMALNYCH SPOTKAŃ (CZY JEGO BRAK)

Na razie jednostki Alzacji i Tyrol Południowy współpracują ściśle ze swoimi niemieckojęzycznymi sąsiadami, tj. z Niemcami oraz z Austrią. Dołączenie tych dwóch jednostek do nieformalnych spotkań prezydentów państw niemieckojęzycznych na razie nie jest planowane.

Ale nawet bez Alzacji i Tyrolu Południowego różnorodność państw niemieckojęzycznych spotykających się w ramach tych nieformalnych imprez jest warta uwagi: są to cztery państwa z grona państw członkowskich Unii Europejskiej, a mianowicie Niemcy, Austria, Belgia i Luksemburg, oraz dwa państwa spoza tego grona – Szwajcaria i Liechtenstein. Ponadto państwa te należą do dwóch różnych grup ustrojowych: trzy monarchie – Belgia, Luksemburg i Liechtenstein oraz trzy republiki typu federalnego – Niemcy, Austria i Szwajcaria. Zaznaczyć też trzeba, że monarchia belgijska przekształciła się w przeszłości w państwo federalne, tak że można ten kraj pod względem struktury państwowej porównywać ze Szwajcarią, Niemcami bądź Austrią.

Bez wątpliwości te nieformalne spotkania mają duży walor, jeśli chodzi o możliwość nieskrępowanej wymiany poglądów i dzielenia się aktualnymi problemami.

¹⁰⁸ *Statuto Speciale per il Trentino/Alto Adige – Sonderstatut für Trentino/Südtirol*, Decreto del Presidente della Repubblica/Dekret des Präsidenten der Republik z 31 sierpnia 1972 r., nr 670, Dziennik Ustaw Republiki Włoskiej z 20 listopada 1972 r., nr 301.

Spotkania te zostały skrytykowane po raz pierwszy w 2008 r. Podczas spotkania odbywającego się wtedy w szwajcarskiej miejscowości Rapperswil doszło – w czasach kryzysu finansowego – do zauważalnego nieporozumienia pomiędzy prezydentem Niemiec Horstem Köhlerem, uprzednio sprawującym funkcję dyrektora Międzynarodowego Funduszu Walutowego, a prezydentem Szwajcarii Pascalem Rogerem Couchepinem. Chodziło o to, że w ocenie przedstawiciela Szwajcarii podczas spotkania doszło do spontanicznego wykreowania stowarzyszenia wspierającego berlińską politykę monetarną i oszczędnościową w ramach Unii Europejskiej, co wywarłoby wpływ na Szwajcarię i Liechtenstein pozostające poza Unią Europejską i będące znaczącymi centrami finansowymi prowadzącymi liberalną politykę podatkową. Od tego momentu spotkania odbywały się z większą powściągliwością ze strony uczestników, aby dalej móc przybliżyć Szwajcarię i Liechtenstein do Unii Europejskiej w ramach wymiany poglądów państw niemieckojęzycznych. Niewątpliwie spotkania te służą dalszemu otwarciu Księstwa Liechtensteinu na Europę i świat, a porządek prawny małego państwa coraz bardziej odzwierciedla tę tendencję.

Przynależność Księstwa Liechtensteinu do świata języka niemieckiego niewątpliwie jest nieocenioną zaletą i olbrzymim ułatwieniem dla małego państwa. Ułatwia to przyswojenie *acquis communautaire* do własnego porządku prawnego w ramach członkostwa w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Język niemiecki jest przecież jednym z 24 języków oficjalnych Unii Europejskiej. Dzięki temu już w 2006 r. Księstwo Liechtensteinu implementowało około 80%

wymienionego *acquis communautaire*¹⁰⁹, a w 2020 r. implementacja sięgnęła aż 98%¹¹⁰. Jest to znakomity wynik dla tak niewielkiego państwa.

Porównując Liechtenstein z pozostałymi mikropaństwami Europy oraz dwoma partnerami spoza UE w ramach EOG, tj. z Islandią i Norwegią, należy podkreślić, że małe państwo alpejskie i jego porządek prawny mają dość duże znaczenie w europejskim kontekście gospodarczym, przy czym są spore szanse, że ta jurysdykcja zyska jeszcze większą wagę i jeszcze szersze zastosowanie.

9. Obrót prawny Liechtensteinu z zagranicą

Przez wiele lat Księstwo Liechtenstein izolowało się od innych państw pod względem dopuszczenia do obrotu prawnego obcych orzeczeń. Wyjątkiem w tym względzie były jedynie oba państwa sąsiednie, tj. Austria i Szwajcaria, gdyż inaczej małe państewko nie mogłoby sprawnie funkcjonować.

9.1. WYKONYWANIE ORZECZEŃ ZAGRANICZNYCH SĄDÓW POWSZECHNYCH W LIECHTENSTEINIE

Jeżeli patrzymy na możliwości uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych pochodzących na przykład z polskich sądów powszechnych na terenie Liechtensteinu, to trzeba jednoznacznie stwierdzić, że nie jest to w chwili obecnej możliwe, gdyż pomiędzy Polską a Księstwem Liechtensteinu

¹⁰⁹ J. Duursma, *Micro-States: the Principality of Liechtenstein* [w:] Ch. Ingebritsen, I. Neumann, S. Gstöhl, J. Beyer (red.), *Small States in International Relations*, University of Washington Press, Waszyngton 2006, s. 117.

¹¹⁰ Ch. Frommelt, *Bisher zeigte der EWR eine erstaunliche Anpassungsfähigkeit*, op.cit.

nie została zawarta dwustronna umowa w tym zakresie.

Księstwo Liechtensteinu również nie jest – inaczej niż Szwajcaria i Polska – stroną Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych sporządzonej 16 września 1988 r. w Lugano¹¹¹. Ze względu na swoje nieduże terytorium oraz nieliczną populację Liechtenstein ma interes w tym, aby sprawy dotyczące osób fizycznych oraz prawnych pochodzących z tego małego kraju były rozpoznawane przez jego własne sądy.

9.1.1. Derogacja właściwości sądów Księstwa Liechtensteinu

Derogacja właściwości sądów Księstwa Liechtensteinu, zgodnie z przepisami ustawy z 10 grudnia 1912 r. o właściwości sądów w sprawach cywilnych (*Jurisdiktionsnorm*), w przeszłości była trudna do zrealizowania, natomiast prorogacja właściwości tych sądów była i nadal jest dość prosta. Jeżeli strony umawiają się na właściwość sądu w Księstwie Liechtensteinu, powód musi przedstawić sądowi w pozwie dokument, z którego wynika, że strony wybrały właściwość tego właśnie sądu (*vide* § 53 pkt 1 *Jurisdiktionsnorm*). Punkt 2 tego przepisu przewiduje, że taka

¹¹¹ Konwencja z Lugano została zaktualizowana 30 października 2007 r., tak że możliwość uznawania i wykonywania orzeczeń na podstawie tej nowej konwencji w stosunku pomiędzy Polską a Norwegią istnieje od 1 stycznia 2010 r., w stosunku pomiędzy Polską a Szwajcarią od 1 stycznia 2011 r., zaś w stosunku pomiędzy Polską a Islandią od 1 maja 2011 r. Warto zwrócić uwagę, że w kwietniu 2020 r. Wielka Brytania, w związku z Brexitem, złożyła wniosek o przystąpienie do konwencji z Lugano. Konwencja ta zapewniłaby zasadniczo podobne ramy do rozporządzenia brukselskiego (wersji przeksztalczonej), które przestało obowiązywać w Wielkiej Brytanii 1 stycznia 2021 r. Jednak przystąpienie do konwencji z Lugano wymaga jednomyślnej zgody wszystkich jej stron, co jest procesem czasochłonnym i dotychczas jeszcze nie nastąpiło.

prorogacja jest skuteczna tylko wtedy, gdy odnosi się do stosunku prawnego, z którego wynika przedmiotowy spór, przy czym sprawy wyłączone z kognicji sądów Księstwa Liechtensteinu nie mogą być przedstawione na podstawie odpowiedniej prorogacji takiemu sądowi.

Derogacja właściwości sądów Księstwa Liechtensteinu w przeszłości była możliwa tylko pod warunkiem, że strony uzgodniły pisemnie właściwość zagranicznego sądu oraz doprowadziły do urzędowego poświadczenia tego zapisu na sąd zagraniczny przez odpowiednie władze (*vide* § 53a pkt 1 *Jurisdiktionsnorm*). W praktyce stronie zagranicznej bardzo trudno było wejść w posiadanie urzędowo poświadczanego dokumentu zawierającego zapis na sąd zagraniczny.

Obecnie derogacja właściwości sądów Księstwa Liechtensteinu na sąd zagraniczny możliwa jest tylko na podstawie dwóch aktów prawnych, a mianowicie:

- dwustronnej umowy o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń sądów powszechnych oraz sądów polubownych w sprawach cywilnych zawartej 25 kwietnia 1968 r. pomiędzy Konfederacją Helwecką a Księstwem Liechtensteinu,
- dwustronnej umowy o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń sądów powszechnych oraz sądów polubownych, ugód i dokumentów urzędowych zawartej 5 lipca 1973 r. pomiędzy Republiką Austrii a Księstwem Liechtensteinu.

Z reguły w przypadku braku odpowiednich aktów prawnych uznawanie i wykonywanie orzeczeń obcych na terytorium

danego państwa następuje według przepisów kodeksu postępowania cywilnego tego państwa. Jednak w kodeksie postępowania cywilnego Księstwa Liechtensteinu w dziale 5 poddziale 8 uregulowano jedynie postępowanie przed sądem polubownym (arbitrażowym). Kwestie uznawania i wykonywania orzeczeń obcych na terenie Księstwa Liechtensteinu są natomiast uregulowane w ustawie o nazwie *Exekutionsordnung* (ustawa z 24 listopada 1971 r. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym). Art. 53 *Exekutionsordnung* stanowi, że zagraniczne orzeczenia mogą być uznawane i wykonywane na terytorium Księstwa Liechtensteinu, jeżeli:

- a) zgodnie z przepisami krajowymi Księstwa Liechtensteinu przewidziana jest właściwość sądu zagranicznego,
- b) orzeczenie zagraniczne jest prawomocne w państwie pochodzenia,
- c) orzeczenie nie narusza porządku publicznego Księstwa Liechtensteinu oraz
- d) istnieje wzajemność pomiędzy państwem wydania orzeczenia a Księstwem Liechtensteinu wynikająca z odpowiedniej umowy dwustronnej.

Oznacza to, że w praktyce uznawanie i wykonywanie polskich orzeczeń w Liechtensteinie nie jest możliwe, gdyż zgodnie z punktem d) artykułu 53 *Exekutionsordnung* nie ma wzajemności pomiędzy obydwooma państwami ze względu na brak odpowiedniej umowy dwustronnej. Obrót orzeczeniami pochodzącymi z państw obcych na terytorium Liechtensteinu jest możliwy jedynie w stosunkach ze Szwajcarią oraz Austrią, gdyż na mocy zawartych umów dwustronnych możliwe jest stwierdzenie istnienia wzajemności w stosunkach między wymienionymi państwami.

9.1.2. Zmiana prawa krajowego w celu poszanowania prawa międzynarodowego

W czasach globalizacji nawet takie małe państwo jak Liechtenstein nie może się skutecznie zamknąć przed orzeczeniami zagranicznymi. Kwestia prorogacji sądu zagranicznego, względnie kwestia derogacji sądu krajowego była przedmiotem badania w sprawie wytoczonej przez spółkę prawa Liechtensteinu pod firmą Granville Establishment z siedzibą w Vaduz przeciwko trzem obywatelom Republiki Federalnej Niemiec, tj. Volkerowi Anhaltowi, Melanie Anhalt oraz Jasmin Barbaro, z domu Anhalt, o zapłatę prowizji. Sprawa toczyła się przed Książęcym Sądem Krajowym w Vaduz (*Fürstliches Landgericht in Vaduz*). Powódka przedłożyła sądowi zapis na sąd właściwy dla siedziby powódki z datą 22 września 2009 r. Pozwani podnieśli jednak zarzut nieważności takiego zapisu ze względu na brak urzędowego poświadczenia dokumentu. Prawo Liechtensteinu wymaga, żeby derogacja na sąd obcy nastąpiła na piśmie w formie urzędowo poświadczonej, zatem – ze względu na wymóg równego traktowania – również prorogacja na sąd z siedzibą w Liechtensteinie powinna nastąpić w tej samej formie. Ponieważ spór toczył się pomiędzy osobą prawną z Księstwa Liechtensteinu a osobami fizycznymi pochodzącymi z państwa członkowskiego Unii Europejskiej, a zarówno Księstwo Liechtensteinu, jak i Unia Europejska są stronami Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) i tym samym są związane przepisami Porozumienia o utworzeniu EOG z 2 maja 1992 r., Książęcy Sąd Krajowy w Vaduz postanowieniem z 14 września 2011 r. zwrócił się do Trybunału EFTA¹¹²

¹¹² Trybunał EFTA (Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu) jest właściwy do wykładni prawa Europejskiego Obszaru Gospodarczego, które zostało przyjęte w państwach członkowskich EFTA. Takie prawo stosuje

z siedzibą w Luksemburgu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zgodnie z art. 34 Porozumienia EOG, dotyczącego wykładni art. 4 Porozumienia EOG (zakaz dyskryminacji) i art. 36 Porozumienia EOG (swoboda przepływu usług) w odniesieniu do § 53a *Jurisdiktionsnorm*.

9.1.3. *Orzeczenie Trybunału EFTA i jego wpływ na porządek prawny Liechtensteinu*
Trybunał EFTA badał ewentualne naruszenie przepisów Porozumienia EOG przez przepisy krajowe Księstwa Liechtensteinu i 25 kwietnia 2012 r. wydał wyrok w tej sprawie (E-13/11). Zgodnie z jego sentencją art. 36 Porozumienia EOG wyklucza istnienie przepisu prawa krajowego takiego jak § 53a ust. 1 *Jurisdiktionsnorm*, który przyznaje wyłącznie obywatelom Liechtensteinu prawo do uniknięcia bycia pozwanym za granicą na podstawie zapisu regulującego właściwość sądu, chyba że zapis ten został zawarty w formie urzędowo poświadczonej. Trybunał dalej wywodził, że za wykładnię i stosowanie właściwych przepisów prawa krajowego, na ile to możliwe, odpowiada sąd krajowy w taki sposób, aby możliwe było należyte usunięcie skutków naruszenia prawa EOG. W tym kontekście do sądu krajowego należy ustalenie, czy przepisy *Jurisdiktionsnorm* lub inne przepisy prawa krajowego można zastosować do celów wykładni zgodnie z prawem EOG.

W następstwie tego orzeczenia rząd Księstwa Liechtensteinu jeszcze w 2012 r. uchylił przepis § 53a *Jurisdiktionsnorm*. Oznacza to, że zapis derogacyjny dotyczący właściwości innego sądu niż sąd Księstwa Liechtensteinu, jak również zapis prorogacyjny

się bezpośrednio w tych państwach i jest ono nadrzędne w stosunku do prawa krajowego i obejmuje zasadę odpowiedzialności państwa.

dotyczący właściwości sądu w Liechtensteinie, wymaga w obu przypadkach tylko zwykłej formy pisemnej. Przykład ten wyraźnie pokazuje, że Księstwo Liechtensteinu wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z umów międzynarodowych i dąży do ciągłej harmonizacji prawa krajowego z wymogami prawa unijnego.

9.2. WYKONYWANIE ORZECZEŃ ZAGRANICZNYCH SĄDÓW POLUBOWNYCH W LIECHTENSTEINIE

Co się zaś tyczy uznawania i wykonywania orzeczeń polskich sądów polubownych, to są one uznawane i wykonywane we wszystkich państwach obszaru niemieckojęzycznego na podstawie przepisów Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku w dniu 10 czerwca 1958 r.

Polska jest stroną tej konwencji od 3 października 1961 r., Austria od 2 maja 1961 r., Niemcy od 30 czerwca 1961 r., Szwajcaria od 1 czerwca 1965 r., Belgia od 18 sierpnia 1975 r., a Luksemburg od 9 września 1983 r.

Liechtenstein przez długi czas nie mógł się zdecydować na przystąpienie do konwencji nowojorskiej, jednak doszedł do wniosku, że jako międzynarodowe centrum finansowe nie może się zamykać przed orzeczeniami obcymi, lecz musi kontynuować otwieranie się na Europę i świat.

9.2.1. *Otwarcie się Księstwa Liechtensteinu na sądownictwo polubowne*

W dniu 1 listopada 2010 r. w Liechtensteinie weszło w życie nowe prawo regulujące postępowanie przed sądami arbitrażowymi. Chodzi o nowe przepisy (§§ 594 i n. kodeksu postępowania cywilnego Księstwa Liechtensteinu), które bazują w istotnej mierze na austriackiej ustawie o zmianie

postępowania arbitrażowego (*Schiedsrechtsänderungsgesetz*) z 2006 r., która z kolei opiera się o ustawę modelową UNCITRAL o nazwie *Model Law on International Commercial Arbitration*.

Niemniej jednak ustawodawca Liechtensteinu wprowadził pewne swoiste szczególności do postępowania polubownego Księstwa Liechtensteinu w celu jego dalszego uatrakcyjnienia. Znacznie zredukowano na przykład przyczyny uchylenia przez właściwy sąd powszechny wyroku polubownego wydanego w Liechtensteinie – są one porównywalne z przyczynami wymienionymi w Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 r. Uchylić taki wyrok może jedynie Książęcy Sąd Apelacyjny (*Fürstliches Obergericht*) bez możliwości skierowania środka odwoławczego do sądu kolejnej instancji. Można skierować skargę do Trybunału Konstytucyjnego (*Staatsgerichtshof*) jedynie w razie naruszenia praw zagwarantowanych przez konstytucję Księstwa Liechtensteinu względnie przez europejską konwencję praw człowieka. Ten szczegół powoduje istotne przyspieszenie postępowania polubownego, gdyż skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego może zostać rozstrzygnięta w ciągu kilku miesięcy.

Kolejnym istotnym krokiem w kierunku usprawnienia sądownictwa polubownego było przystąpienie 7 lipca 2011 r. Księstwa Liechtensteinu do wspomnianej konwencji nowojorskiej, która przez Polskę została ratyfikowana już 19 lipca 1961 r. Od momentu przystąpienia do konwencji nowojorskiej uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych pochodzących ze wszystkich państw będących stroną tej

konwencji zapewnione jest na terenie Księstwa Liechtensteinu na zasadach w niej wymienionych. Oznacza to, że jeśli przegrana strona sporu ma swoją siedzibę i posiada majątek w Księstwie Liechtensteinu, strona wygrana może się z niego zaspokoić z pomocą komornika Księstwa Liechtensteinu. Warto zaznaczyć, że ustawą z 9 listopada 2018 r. o zmianie ustawy z 24 listopada 1971 r. o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym (*Gesetz über die Abänderung der Exekutionsordnung*) uprawnienia komornika liechtensteińskiego zostały rozszerzone w celu usprawnienia postępowania egzekucyjnego¹¹³.

9.2.2. Nowoczesny regulamin postępowania polubownego – *Liechtenstein Rules*

W świetle dynamicznego rozwoju prawa regulującego postępowanie polubowne w Liechtensteinie postanowiono stworzyć stosowny zbiór reguł. W maju 2012 r. miejscowa izba przemysłowo-handlowa *Liechtensteinische Industrie- und Handelskammer* (LIHK) przyjęła tak zwane *Liechtenstein Rules*, czyli regulamin postępowania przed sądami polubownymi w Księstwie Liechtensteinu¹¹⁴. Stworzyli go doświadczeni w procedurze arbitrażowej prawnicy zrzeszeni w Liechtensteińskim Stowarzyszeniu Arbitrażowym (*Liechtensteinischer Schiedsverein*). Regulamin ten mądrze uzupełnia kompletnie zrewidowane prawo postępowania polubownego w Księstwie Liechtensteinu, łącząc zalety innych sprawdzonych regulaminów, w szczególności globalnie uznanych *UNCITRAL Arbitration Rules* oraz *Swiss Rules*.

¹¹³ *Gesetz vom 9. November 2018 über die Abänderung der Exekutionsordnung* [ustawa z 9 listopada 2018 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym], LGBl-Nr. 2018.472, LR-Nr. 281.o.

¹¹⁴ <https://www.lis.li/en#liechtenstein-rules>

Regulamin *Liechtenstein Rules* z 2012 r. wyróżnia się precyzyjną, klarowną i jednoznacznie redakcją regulacji oraz wyrażnie wskazanym obowiązkiem zachowania poufności w postępowaniu polubownym. Jest on też krótszy niż inne regulaminy arbitrażowe – zawiera jedynie 32 artykuły (*UNCITRAL Arbitration Rules* – 43 artykuły, *ICC Rules of Arbitration* – 41 artykułów). Szczególny nacisk kładzie na płynność i pragmatyczność postępowania.

Obowiązek zachowania poufności w postępowaniu polubownym jest bardzo ważnym aspektem postępowania arbitrażowego, który nie został zadowalająco ujęty w innych regulaminach. W regulaminie *UNCITRAL Arbitration Rules* w ogóle nie ma mowy o takim obowiązku. Przewiduje on tylko, że rozprawy mają być przeprowadzane z wyłączeniem osób trzecich, a wyroki polubowne mogą być opublikowane jedynie pod pewnymi warunkami (*vide art. 28 ust. 3 oraz art. 34 ust. 5 UNCITRAL Arbitration Rules*). Z kolei *ICC Rules of Arbitration* przewidują możliwość złożenia przez strony wniosków o wydanie zarządzeń sądu polubownego w celu zachowania poufności postępowania polubownego (*vide art. 22 ust. 3 ICC Rules of Arbitration*).

Natomiast *Liechtenstein Rules* zawierają szczegółowe i obszerne postanowienia dotyczące ochrony poufności postępowania przed sądem polubownym. Ta ochrona zaczyna się już w momencie ustalenia przesłanek wybieralności arbitra do składu sądu polubownego. Wybierane mogą być tylko takie osoby, które podlegają ustawowym obowiązkom zachowania poufności oraz tajemnicy zawodowej zgodnie z ustawodawstwem Księstwa Liechtensteinu (*vide art. 6 ust. 1 Liechtenstein Rules*). Składanie pisemnych dowodów (oświadczeń) jest

uregulowane zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego Księstwa Liechtensteinu, czyli kształtuje się dość restrykcyjnie w porównywaniu z anglosaskimi tradycjami proceduralnymi (*vide art. 18 ust. 2 zd. 1 Liechtenstein Rules*). Ponadto sąd polubowny musi zarządzić na wniosek strony składającej dowód pisemny, że takie dokumenty nie będą przekazane do rąk drugiej strony, lecz mogą być oglądane jedynie w siedzibie sądu polubownego lub w innym stosownym miejscu, o ile strona wnioskująca uwiarygodni odpowiedni interes w zachowaniu poufności odnośnie do zawartości takich dowodów (*vide art. 18 ust. 2 zd. 2 Liechtenstein Rules*). W szczególności sąd polubowny może zarządzić, aby biegły rzeczoznawca, podlegający z kolei tajemnicy zawodowej, weryfikował pisemne dowody i składał relację co do ich treści, bez wymogu przekazania takich pisemnych dowodów sądowi polubownemu bądź stronie przeciwnej (*vide art. 18 ust. 2 zd. 4 Liechtenstein Rules*). Warto zaznaczyć, że wszyscy uczestnicy postępowania polubownego podlegają surowemu obowiązkowi zachowania poufności (*vide art. 29 ust. 1 i n. Liechtenstein Rules*), który może zostać zabezpieczony nawet karą umowną w wysokości 50 000 CHF (*vide art. 29 ust. 7 i 8 Liechtenstein Rules*). W żadnym innym regulaminie sądu polubownego nie ma tak ścisłej ochrony wymogu zachowania poufności. Z tego względu *Liechtenstein Rules* mają szczególny walor dla stron wymagających bardzo wysokiego stopnia dyskrecji odnośnie do udziału w postępowaniu przed sądem polubownym.

Możliwość prowadzenia na miejscu postępowań arbitrażowych może być bardzo istotna z punktu widzenia istniejącego w Księstwie Liechtensteinu centrum finansowego, mającego renomę twierdzy

finansowej w Alpac. Punktem zwrotnym była aktualizacja przepisów proceduralnych znajdujących się w kodeksie postępowania cywilnego Księstwa Liechtensteinu, a następnie przystąpienie do Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 r. Kluczowym momentem było jednak wypracowanie precyzyjnego regulaminu sądu polubownego, restrykcyjnego zwłaszcza pod kątem zachowania poufności. Dzięki *Liechtenstein Rules* postępowanie arbitrażowe w Księstwie Liechtensteinu stało się realną alternatywą dla innych sądów arbitrażowych, jako że uwzględnia specyfikę stanów faktycznych występujących w Księstwie Liechtensteinu, a także charakterystyczne dla niego struktury prawne, nieznane w innych jurysdykcjach.

10. Przystąpienie Liechtensteinu do konwencji CISG

30 kwietnia 2019 r. Księstwo Liechtensteinu zdecydowało się przystąpić do Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów sporządzonej w Wiedniu 11 kwietnia 1980 r. (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG). Dla małego państwa jest to znaczący krok w kierunku dalszego otwierania się na świat i rozszerzania współpracy gospodarczej z różnymi partnerami.

Konwencja CISG weszła w życie 1 stycznia 1988 r. – w pierwszym dniu miesiąca następującego po upływie dwunastu miesięcy od daty złożenia dziesiątego dokumentu ratyfikacyjnego. Obecnie jej przepisy obowiązują w 94 państwach, co oznacza, że sądy powszechne tych państw są zobowiązane stosować je z urzędu, o ile strony nie wyłączyły stosowania konwencji CISG.

W Księstwie Liechtensteinu konwencja CISG weszła w życie 1 maja 2020 r., a Liechtenstein jest jej 93. członkiem. Ostatnim państwem, które przystąpiło do konwencji, była Portugalia, gdzie konwencja weszła w życie 23 września 2020 r.

10.1. TREŚĆ REGULACJI KONWENCJI CISG
Konwencja jest aktem dość obszernym, gdyż – poza preambułą – składa się ze 101 artykułów i dzieli się na cztery części. Część pierwsza zawiera postanowienia o przesłankach i zakresie zastosowania przepisów konwencji oraz postanowienia ogólne. Część druga zawiera przepisy dotyczące samego zawarcia umowy. Część trzecia normuje prawo materialne (prawa i obowiązki stron), a część czwarta zawiera postanowienia końcowe.

Pierwsze trzy części konwencji znajdują bezpośrednie zastosowanie do umów sprzedaży, które mieszczą się w zakresie jej regulacji. Zakres ten jest uregulowany w szczególności w art. 1–5 oraz w niektórych postanowieniach końcowych. Powołanie się stron na konwencję nie jest potrzebne i nie ma znaczenia, czy strony umowy sprzedaży wiedziały, że ich państwa są stronami konwencji.

Na mocy art. 6 konwencji CISG strony mogą jednak wyłączyć jej zastosowanie w całości bądź w części albo nawet zmodyfikować stosowanie konwencji, uchylając lub zmieniając skutki któregośkolwiek z jej postanowień, z zastrzeżeniem wynikającym z art. 12 konwencji. Z tego przepisu wynika, że art. 11, art. 29 lub część druga konwencji, zezwalające, aby umowa sprzedaży, jej zmiana lub jej uzgodnione rozwiązanie albo oferta, przyjęcie oferty lub inne wyrażenie zamiaru mogły być dokonane w innej formie niż pisemna, nie będzie

miało zastosowania, jeżeli którakolwiek ze stron posiada swoją siedzibę handlową w umawiającym się państwie, które złożyło oświadczenie zgodnie z art. 96 konwencji. Księstwo Liechtensteinu takiego oświadczenia nie złożyło.

10.2. MOTYWACJA LIECHTENSTEINU DO PRZYSTĄPIENIA DO KONWENCJI CISG

Ze względu na niewielkie terytorium i nie liczną populację Księstwa Liechtensteinu podmioty gospodarcze z tego państwa zawierają wiele umów handlowych z podmiotami zagranicznymi. W tym kontekście nie rzadko powstaje pytanie, któremu prawu podlegają takie umowy w obecnym stanie prawnym, zgodnie z miejscowym prawem kolizyjnym Księstwa Liechtensteinu.

Z tego też względu liechtensteiński *Amt für Justiz* (Urząd ds. Prawnych – oddział Ministerstwa Sprawiedliwości Księstwa Liechtensteinu) przeprowadził badanie prawne, czy przystąpienie do konwencji CISG ułatwiłoby rozstrzygnięcie wyżej wymienionych kwestii. Urząd wypowiedział się pozytywnie i uznał, że przystąpienie do konwencji CISG pomogłoby rozwijać powiązania handlowe z zagranicą. Następnie sprawa została skonsultowana z Izbą Przemysłowo-Handlową Księstwa Liechtensteinu (*Liechtensteinische Industrie- und Handelskammer*), z Izbą Rozwoju Gospodarki (*Wirtschaftskammer Liechtenstein*) oraz z Izbą Adwokacką Księstwa Liechtensteinu (*Liechtensteinische Rechtsanwaltskammer*). Wszystkie trzy instytucje pozytywnie zaopiniowały przystąpienie Liechtensteinu do wymienionej konwencji, gdyż w ich ocenie ułatwiłoby to handel i rozstrzyganie ewentualnych sporów sądowych pomiędzy kontrahentami. Jako korzyści wskazywały też otwarcie na nowe rynki, bezpieczeństwo prawne,

rozszerzenie handlu zagranicznego, pozytywny wpływ na rozwój rynku krajowego oraz potencjał dla utworzenia sądu arbitrażowego mającego siedzibę w Liechtensteinie.

11. Podsumowanie

W pierwszej części niniejszego artykułu omówiliśmy powstanie Księstwa Liechtensteinu oraz jego własnego systemu prawnego, który można określać jako system mieszany wywodzący się z niemieckiej tradycji prawa.

Dalej przeanalizowaliśmy uczestnictwo tego małego państwa w organizacjach międzynarodowych, w szczególności w Europejskim Obszarze Gospodarczym, i wynikający z tej okoliczności wymóg harmonizacji prawa krajowego Liechtensteinu z prawem Unii Europejskiej.

Ponieważ jedynym językiem urzędowym Liechtensteinu jest język niemiecki, a ten język jest również jednym z języków urzędowych UE, przy harmonizacji prawa Księstwa Liechtensteinu można oszczędzić dużo czasu i środków pieniężnych, gdyż nie trzeba tłumaczyć aktów prawnych pochodzących z Unii Europejskiej, skoro istnieje już unijna wersja niemieckojęzyczna. Przynależność Liechtensteinu do kręgu państw niemieckojęzycznych powoduje, że proces harmonizacji prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej przebiega szybko i sprawnie, co przekłada się na ciągły rozwój własnego systemu prawnego małego państwa.

W części drugiej przeanalizujemy nowoczesność i innowacyjność prawa Liechtensteinu na przykładzie nowej ustawy liechtensteińskiej o zaufanych technologiach typu blockchain. Prześledzimy historię jej powstania i porównamy tę ustawę z pierwszymi podobnymi ustawami pochodzącymi z innych jurysdykcji. ■

Bibliografia

- Alber E., Zwilling C., *Continuity and change in South Tyrol's governance* [w:] L. Salat., S. Constantin, A. Osipov, I. G. Székely (red.), *Autonomy Arrangements around the World: A collection of well and lesser known cases*, Kluz-Napoka 2014.
- Baur G., *Andorra, Monaco and San Marino in the EU's Internal Market: the one-pillar system standard*, Benders 2020.
- Berger E., *Die Arbeiten der Liechtensteinischen Rechtsbuchkommission in den 1950er Jahren*, „Beiträge des Liechtenstein-Instituts” 2004 nr 20.
- Berger E., *Liechtenstein: Vom Quasi-Kronland zum Staat* [w:] W. Brauner, I. Szabó, *Die bundesstaatlichen Staatsorganisationen*, Budapest 2015.
- Blaxekjær L. Ø., Lanteigne M., Shi M., *The Polar Silk Road and the West Nordic Region* [w:] *Arctic Yearbook*, Akureyri 2018.
- Bruss E., *Die Zukunft des Kleinstaates in der europäischen Integration. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Fürstentums Liechtenstein*, Schaan 2011.
- Buřjäger P., Schiess Rütimann P. M., Wolf S., *Law, small state theory and the case of Liechtenstein*, „Small States & Territories” 2018 t. 1, nr 2.
- Djurhuus H. J. (i inni), *The Faroes and the EU – Possibilities and challenges in a future relationship*, The Ministry of Foreign Affairs in the Faroes, Tórshavn 2020.
- Duursma J., *Micro-States: the Principality of Liechtenstein* [w:] Ch. Ingebritsen, I. Neumann, S. Gstöhl, J. Beyer (red.), *Small States in International Relations*, University of Washington Press, Waszyngton 2006.
- Frick A. C.K., „200 Jahre ABGB” in *Liechtenstein*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1.
- Frommelt Ch., Gstöhl S., *Liechtenstein and the EEA: the Europeanization of a (very) small state* [w:] *Europautredningen*, raport nr 18, Oslo 2011.
- Jureczko A., Wac E., *Historia Liechtensteinu* [w:] J. Łaptos (red.), *Historia Małych Krajów Europy*, Wrocław 2002.
- Klauser P., *Der schweizerisch-liechtensteinische Währungsvertrag und die Reform des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts*, SNB Quartalsheft nr 2, Berno 1984.
- Kohn W. S.G., *The Sovereignty of Liechtenstein* [w:] *The American Journal of International Law*, t. 1, Waszyngton 1967.
- Kosicki A., *Problem podmiotowości europejskich „minipaństw” w świetle prawa międzynarodowego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002 z. 1.
- Kozłowski S. Cz., *Ewolucja stosunków między Konfederacją Szwajcarską i Unią Europejską; strategia bilateralizmu w impasie*, „Studia Europejskie” 2015 nr 3.
- Koźbiał K., *Europejskie mikropaństwa w procesie integracji europejskiej. Przykład Liechtensteinu*, [w:] *Hereditas Mercaturiae, księga pamiątkowa dedykowana świętej pamięci prof. Stanisławowi Miklaszewskiemu*, praca pod red. P. Czubika i Z. Macha, Kraków 2012.
- Koźbiał K., *Między Wiedniem a Bernem. Dylematy polityki zagranicznej Liechtensteinu po 1918 r.* [w:] A. Nowakowski, S. Drozd (red.), *Z tradycji prawa w Polsce. Uwarunkowania prawne w kulturze fizycznej*, Rzeszów 2010.
- Koźbiał K., *Ochrona praw człowieka we współczesnym Liechtensteinie. Zarys problematyki*, „Polityka i Społeczeństwo” 2018 nr 4.
- Kunz P. V., *Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz*, Recht z. 2, Berno 2006.

- Le May D., Tremblay, G., *Une grille d'analyse pour le droit du Québec*, Montreal 2009.
- Meier-Hayoz, A., *Berner Kommentar zum ZGB*, Berno 2001.
- Neschwara Ch., *Geltung und Ausstrahlung des österreichischen ABGB im CEE-Raum*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1.
- Ofner H., *Die grenzüberschreitende Bedeutung des ABGB*, „jus-alumni Magazin” 2011 nr 1.
- Pelkmans J., Böhler P., *The EEA Review and Liechtenstein's Integration Strategy*, Bruksela 2013.
- Raton P., *Liechtenstein. Staat und Geschichte*, Vaduz 1969.
- Sagan S., Serzhanova, V., Wapińska, D., *Charakterystyka aktów ustrojowych autonomii nordyckich*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014 nr 22.
- Savigny F. C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (przedruk wydania z 1814 r.), Goldbach nad Menem 1997.
- Schärer C., *Acquis communautaire suisse: Das für die Schweiz auf Grund der Bilateralen Abkommen vom 23. Juni 1999 relevante Gemeinschaftsrecht (Umfang und Zugang)*, „Aktuelle juristische Praxis”, 2004 z. 13.
- Scheer F., *Deutsch in Luxemburg. Positionen, Funktionen und Bewertungen der deutschen Sprache*, Tybinga 2017.
- Schiess Rütimann P. M., *Besondere Herausforderungen des Rechts und der rechtswissenschaftlichen Forschung im Kleinstaat – am Beispiel Liechtenstein* [w:] Parlament der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens, Schriftenreihe der Deutschsprachigen Gemeinschaft – Band 1 – „Small is beautiful”, Eupen 2015.
- Schiess Rütimann P. M., *Unparteilichkeit von Verfassungsrichtern und deren Ablehnung in großer Zahl wegen Besorgnis der Befangenheit* [w:] „Europäische Grundrechte-Zeitschrift” 2015 z. 19-21.
- Seiler H., *Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft” der Schweiz und Liechtensteins?)* [w:] XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008, Lipsk 2008.
- Staudigl-Ciechowicz K., *Civil Law in Forced Unions. The Austrian Civil Code and its Significance for the Development of Civil Law in Central Europe*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa”, 2020 nr 3.
- Stępkowski A., *Kształtowanie się mieszanego systemu szkockiego prawa prywatnego w XIX i XX wieku*, „Zeszyty Prawnicze” 2002 nr 2/1.
- Stappacher B., *Die EFTA-Staaten, der EWR und die Schweiz*, [w:] *Jahrbuch der Europäischen Integration*, Baden-Baden 2015.
- Tetley W., *Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)*, „Louisiana Law Review” 2000 t. 60.
- Thibaut A. F.J., *Über die Notwendigkeit eines allgemein bürgerlichen Rechts in Deutschland* (przedruk wydania z 1814 r.), Goldbach nad Menem 1997.
- Veenendaal W. P., *A Big Prince in a Tiny Realm: Smallness, Monarchy, and Political Legitimacy in the Principality of Liechtenstein*, „Swiss Political Science Review”, 2015 nr 2.
- Zahle H., Dijk P. van, Scholsem J.-C., *Opinion on the Amendments to the Constitution of Liechtenstein proposed by the Princely House of Liechtenstein*, European Commission for Democracy through Law, Wenecja 2002.



Harald Marschner

**ATTORNEY-AT-LAW (POLAND), RECHTSANWALT (GERMANY),
WARDYŃSKI & PARTNERS**

Liechtenstein: A small country, but up-to-date and significant in Europe

Part 1: Creation of a sovereign state, growth of its own legal system, and opening up to Europe and the world

Liechtenstein, a microstate in the Alps bordering on Austria and Switzerland, celebrated the 300th anniversary of its sovereignty in 2019. This country is known among other things as a booming financial centre of international rank. The process of acquiring this role, and the greater and greater opening up of Liechtenstein to Europe and the world, connected with the skilful development and expansion of its own jurisdiction with great weight in international commerce, has played out quite interestingly. Recently the Principality of Liechtenstein has featured in economics journals and the international press due to its adoption of a state-of-the-art blockchain act, which entered into force on 1 January 2020. Part one of this article focuses on the process of development of Liechtenstein's own legal system as a sovereign state and opening up to Europe and the world. Part two will be devoted to Liechtenstein's new Token and Trusted Technology Service Provider Act, the process of drafting the law, and a comparison with the first such laws from other jurisdictions.

**ARBITRATION • LEGAL HISTORY • COMMERCIAL LAW • CONSTITUTIONAL
LAW • PUBLIC INTERNATIONAL LAW • ENFORCEABILITY OF
JUDGMENTS • ENFORCEABILITY OF ARBITRATION AWARDS**





dr Adrianna Lewandowska

INSTYTUT BIZNESU RODZINNEGO



dr Miłosz Kłosowiak

WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI, UNIWERSYTET WARSZAWSKI



dr hab. Jacek Lipiec

PROF. SGH, KOLEGIUM NAUK O PRZEDSIĘBIORSTWIE, SZKOŁA GŁÓWNA HANDLOWA

Fundacja rodzinna. Aspekty ekonomiczne i prawno-podatkowe

Firmy rodzinne w literaturze często nazywane są „stabilizatorami gospodarek”. Właściciele firm najczęściej działają z perspektywą długookresową i są bardziej skłonni do „reinvestycji w siebie” w celu utrzymania, utrwalenia i pomnożenia majątku dla przyszłych pokoleń. Firma rodzinna jest zdolna do przeprowadzania długookresowych inwestycji i skutecznie opiera się presji osiągnięcia krótkookresowych korzyści. W Europie Środkowej, z racji gospodarczych transformacji, nadchodzi krytyczny moment działalności wielu z nich – po 30 latach działania wchodzi w fazę sukcesji. Zadaniem dojrzałych systemów prawnych jest tworzenie mechanizmów, które ułatwią właścicielom rodzinnych biznesów przeprowadzenie tej zmiany pokoleniowej. Jednym z narzędzi służących wielopokoleniowej działalności firmy rodzinnej są fundacje rodzinne.

Celem autorów jest zwrócenie uwagi na znaczenie oraz istotę fundacji w świetle planów wprowadzenia ustawy o fundacji rodzinnej.

FUNDACJA RODZINNA • ZARZĄDZANIE MAJĄTKIEM RODZINNYM • SUKCESJA
FIRMA RODZINNA • FILANTROPIA

Fundacje pełnią istotną rolę w gospodarce, a ich konstrukcja prawna może być różna w różnych krajach. Zazwyczaj realizują cele filantropijne (np. edukacyjne, naukowe, społeczne, humanitarne, ochrony środowiska i in.), a czasami komercyjne, które doprecyzowane są w odpowiednich ustawach krajowych. W każdym z tych przypadków mogą też realizować cele rodzinne rozumiane w kontekście socjologicznym (np. zaspokajanie określonych potrzeb członków rodziny), jak i ekonomicznym (zabezpieczenie aktywów rodzinnych dla przyszłych pokoleń). Fundacja może przybierać formę organizacji pozarządowej bądź fundacji prywatnej.

Początki fundacji prywatnych można znaleźć już w prawie rzymskim. Jak wskazuje M. Wójcik¹, fundacje prywatne wiązały się z wierzeniami Rzymian dotyczącymi życia pozagrobowego. W trosce o los duszy po śmierci Rzymianie przeznaczali część swoich dóbr, żeby uczcić pamięć zmarłego i nie dopuścić do tego, by o nim zapomniano. Ze środków fundacji organizowano np. uczyć w dzień urodzin fundatora². Wraz z rozwojem religii chrześcijańskiej i upadkiem tradycyjnych wierzeń rzymskich rozwój fundacji prywatnych znacznie zahamował³.

Dzieje polskich fundacji sięgają XII i XIII wieku, jednak były to fundacje realizujące cele publiczne⁴. Na zaistnienie fundacji prywatnych pozwoliły stosowane w II RP przepisy niemieckiego prawa cywilnego⁵. Przykładem fundacji prawa prywatnego

z okresu II RP była Fundacja „Zakład Narodowy imienia Ossolińskich”. Ustanowiono ją na podstawie aktu fundacyjnego jako fundację rodzinną, ale z uwagi na realizację celów publicznych uzyskała ona status fundacji publicznoprawnej. Jej dobra podlegały dziedziczeniu, zaś funkcję kuratora (najwyższego organu Fundacji) mogli sprawować wyłącznie członkowie rodu Ossolińskich, stąd też była to fundacja rodzinna⁶.

Idea omawianego rozwiązania prawnego polega na przekazaniu przez fundatora majątku na rzecz beneficjentów fundacji, którzy zobligowani są do dysponowania nim zgodnie z postanowieniami założyciela. Fundacja rodzinna stanowi szczególną odmianę fundacji prywatnej, której fundatorem jest rodzina (prowadząca działalność gospodarczą) przekazująca majątek dzieciom – sukcesorom. Podstawowym celem powoływania takiego podmiotu jest zabezpieczenie aktywów rodzinnych w przyszłych pokoleniach przez wyznaczonych sukcesorów – beneficjentów fundacji, a tym samym zwiększenie szansy firmy rodzinnej na dalszy rozwój, już po sukcesji. W Polsce dostrzeżono brak takiego rozwiązania i zwracano uwagę na jego zalety⁷.

Problemem badawczym części prawnej artykułu jest zasadność i atrakcyjność reżimu podatkowego projektowanej instytucji fundacji rodzinnej. Artykuł ma na celu ukazanie skutków podatkowych wprowadzenia do polskiego systemu prawa instytucji fundacji rodzinnej oraz

1 M. Wójcik, *Pojęcie i typy fundacji w prawie rzymskim*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2000, tom X, z. 1, s. 17.

2 Ibidem, s. 18–19.

3 Ibidem, s. 21.

4 J. Blicharz, *Fundacje. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 2016, s. 14.

5 Ibidem, s. 17.

6 Ibidem, s. 18.

7 M. Stradomski, M. Zając, *Perspektywy wykorzystania fundacji prywatnej przez firmy rodzinne w Polsce*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2017, t. 18, nr 6, cz. 1.

znaczenia zawartego w projekcie ustawy o fundacji rodzinnej zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez taką fundację. Metodą badawczą wykorzystaną w prawnej części artykułu jest metoda dogmatyczno-prawna, natomiast w części ekonomicznej – krytyczna analiza piśmiennictwa.

Kapitalizm kreowany przez rodziny właścicielskie

Firmy rodzinne reprezentują inny typ kapitalizmu, daleki od anonimowych firm publicznych. Cechują się też innym sposobem prowadzenia biznesu. Mimo że wszystkie firmy rodzinne chcą osiągnąć dobre wyniki finansowe, jest wiele innych aspektów, w których rodziny mierzą wydajność⁸. Dla rodzin biznesowych ważna jest perspektywa wzrostu wartości w dłuższym okresie.

Kapitalizm kreowany przez przedsiębiorcze rodziny postrzegany był jako efektywna forma organizacji już w erze industrialnej⁹. Dobrze zarządzana firma rodzinna jest urzeczywistnieniem odpowiedzialnego społecznie kapitalizmu i stanowi dobrą odpowiedź na społeczno-polityczne wyzwania naszych czasów. Typowa dla przedsiębiorstw rodzinnych triada, na którą składają się sukces ekonomiczny, odpowiedzialność społeczna oraz lokalny patriotyzm, sprawia, że rodzinny biznes ma niepowtarzalną kulturę organizacyjną o bardziej humanistycznym, opartym na wartościach wymiarze¹⁰.

Współcześnie przedsiębiorstwa rodzinne stanowią trzon wielu gospodarek. Szacuje się, że podmioty te wytwarzają od 70% do 90% globalnego produktu krajowego brutto¹¹. W Europie 60% firm ma charakter rodzinny¹². Według szacunków Instytutu Biznesu Rodzinnego 830 tys. podmiotów w Polsce można zidentyfikować jako rodzinne, a wytwarzają one 18% PKB¹³.

Cechą wyróżniającą podmioty rodzinne są wartości wyznawane przez ich założycieli, transponowane następnie na biznes. Wśród wartości tych dominują zaufanie, zaangażowanie i reputacja firmy¹⁴. Jednoznaczne opowiedzenie się w kwestiach biznesowych obowiązkowo musi być zgodne z katalogiem wartości i celów przedsiębiorstwa rodzinnego.

Długowieczność jako cel strategii właścicielskiej firm rodzinnych

Właściciele przedsiębiorstw rodzinnych stawiają na ciągłość, wybór następców, rozkładają plany na wiele lat i dlatego są bardziej skłonni do reinwestycji. Ich motywacje do takiego działania wynikają zarówno z konieczności utrzymywania rodzin, zależnych od dobrobytu przedsiębiorstwa, jak i z chęci utrzymania, utrwalenia czy też pomnożenia majątku dla przyszłych pokoleń¹⁵. Z tego względu strategię firm rodzinnych są w głównej mierze nastawione na wzrost wartości przedsiębiorstwa i skutecznie opierają się presji realizowania

¹¹ Family Firm Institute 2012.

¹² European Commission 2009.

¹³ Instytut Biznesu Rodzinnego, Poznań 2016, *Raport: Firma Rodzinna to marka*; <https://www.ibrpolska.pl/baza-wiedzy/firma-rodzinna-to-marka/> (dostęp: 31.04.2021).

¹⁴ E. Ferda, *Family business reputation: A literature review and some research questions*, 2010, s. 133–146.

¹⁵ J. Jeżak, W. Popczyk, A. Winnicka-Popczyk, *Przedsiębiorstwo rodzinne. Funkcjonowanie i rozwój*, Warszawa 2004, s. 42.

⁸ P. May, A. Lewandowska, *Strategie właścicielskie. Skuteczne rodziny biznesowe*, Poznań 2019, s. 38.

⁹ A. Colli, *The history of family business, 1850–2000*, Cambridge 2003, s. 8.

¹⁰ P. May, A. Lewandowska, *Strategie właścicielskie. Skuteczne rodziny biznesowe*, Poznań 2019, s. 42.

krótkookresowych korzyści¹⁶. Ze względu na tę długoterminową orientację właściciele firm są gotowi podejmować ryzyko i robić rzeczy, które mogą wydawać się sprzeczne z dotychczasową wiedzą o zarządzaniu. Ten sposób myślenia wpływa na sposób prowadzenia firmy, który jest inny niż w przedsiębiorstwach nierodzinnych.

Spółki publiczne funkcjonują według zasad dyktowanych przez rynek kapitałowy – zależy im na szybkim wzroście wyników finansowych. Ta sama zasada obowiązuje w przedsiębiorstwach kontrolowanych przez inwestorów zewnętrznych. Fundusze private equity czy hedgingowe, mając na uwadze interesy swoich inwestorów, oczekują wysokich zysków z zainwestowanego kapitału i to w możliwie krótkim czasie. Podmioty te tworzą kulturę organizacji, ład korporacyjny czy strategię finansowe w taki sposób, aby osiągnąć cele. Tym samym kierują się także przy wyborze kadry zarządzającej. Przedsiębiorcy rodzinnemu zależy natomiast przede wszystkim na długoterminowym zabezpieczeniu interesów firmy i rodziny, a nie krótkookresowych wynikach finansowych.

O długowieczności i chęci trwania przedsiębiorstw rodzinnych pisał Stafford¹⁷, który swoje rozważania opracował w formie Modelu ciągłości zarządzania firmą rodzinną (SFB)¹⁸. Model SFB bazuje na ciągłej wymianie zasobów i usług pomiędzy rodziną a biznesem. Model ten rozwijany był m.in. przez Olsona i in.¹⁹, który zwiększył jego

wartość użytkową, konkretyzując formy zasobów, a także określając oznaki stabilności, ale też potencjalnych ograniczeń tak w rodzinie, jak i w firmie. Autorzy podkreślili również, że sukces firmy rodzinnej jest silnie skorelowany z procesami wewnętrznymi przebiegającymi w rodzinie właścicielskiej. Jest to jeden z mało rozważanych aspektów w polskim dyskursie publicznym na temat firm rodzinnych. Mianowicie długowieczne firmy rodzinne starają się nieustannie realizować cel związany z rozwojem powiązany z konkretną misją. Firmy rodzinne w sposób naturalny dążące do ciągłości szukają tej równowagi w celach finansowych i pozafinansowych²⁰.

Analogiczne podejście reprezentują Naman i Slevin²¹, którzy sugerują, że w firmach rodzinnych musi istnieć równowaga w realizacji celów biznesowych i rodzinnych. Oznacza to, że firma musi dążyć do zachowania równowagi pomiędzy kreowaniem wartości dla rodziny a kreowaniem wartości dla biznesu. Przedsiębiorstwa rodzinne, które nadmiernie podkreślają cele biznesowe kosztem aspiracji i wizji rodziny, często zniechęcają część członków rodziny do angażowania się w działalność firmy, a nawet skłaniają ich do konkurowania z rodzinnym biznesem. Konieczne jest jasne uzgodnienie celów biznesowych, aby skoncentrować energię i zaangażowanie rodziny. Gdy cele są niejasne lub rozbieżne, mogą stanowić źródło konfliktu zarówno

16 A. Lewandowska, *Strategiczna logika firm rodzinnych. Model BELIEFS*, Warszawa 2020, s. 121.

17 K. Stafford, K. A. Duncan, S. Dane, M. Winter, *A Research Model of Sustainable Family Businesses*, „Family Business Review” 1999, 12(3), s. 197–208.

18 Sustainable Family Business Model – SFB.

19 P. D. Olson, V. S. Zuiker, S. M. Danes, K. Stafford, R. K. Z Heck, K. A. Duncan, *The impact of the family and*

the business on family business sustainability, „Journal of Business Venturing” 2003, Vol. 18, nr 5, s. 639–666.

20 T. Zellweger, *Toward a paradox perspective of family firms: The moderating role of collective mindfulness of controlling families* [w:] L. Melin, M. Nordqvist, P. Sharma, *The SAGE handbook of family business*, SAGE Publications 2013, s. 648–655.

21 J. L. Naman, D. P. Slevin, *Entrepreneurship and the Concept of Fit: A Model and Empirical Tests*, „Strategic Management Journal” 1993, Vol. 14, nr 2, s. 137–153.

w rodzinie, jak i w biznesie. Ignorowanie niektórych celów rodziny, bez względu na przyczynę, nieuchronnie osłabia zaangażowanie rodziny w prowadzenie biznesu.

Jak podkreślają Carlock i Ward²², wiele z celów niefinansowych może być trudne do oceny w sposób przejrzysty. Mierzenie zysków jest dosyć proste, ale jak ustalić i zmierzyć cele społeczne rodziny? Jak wyrazić kompromis między celami społecznymi i ekonomicznymi rodziny – nawet zakładając, że w rodzinie jest jasny konsensus co do priorytetu? Konflikt może mieć miejsce, gdy członkowie rodziny nie wiedzą, jakie cele są realizowane, albo gdy różnice w priorytetach nie są komunikowane jako część procesów planowania i zarządzania w rodzinie.

Gdy grono właścicieli z czasem się rozrasta, cele rodzinne i ich względne znaczenie zmieniają się nieuchronnie. Założyciel-przedsiębiorca może nadal koncentrować się przede wszystkim na rozwoju firmy, nieustannie popychając biznes na nowe poziomy, ale przedstawiciele następnego pokolenia mogą być bardziej zainteresowani możliwościami kariery, dostępnością kapitału lub ochroną majątku, czy też w ogóle planować swoje zawodowe życie poza firmą rodzinną. Ten moment w rozwoju każdej firmy rodzinnej, moment zwiększającego się grona udziałowców, a ostatecznie też zmiany pokoleniowej staje się krytyczny dla jej dalszego trwania. Sukcesja bowiem jak w soczewce skupia wszystkie wyzwania trudne tak dla rodziny, jak i przetrwania biznesu.

²² R. Carlock, J. Ward, *When Family Business Are Best: The Parallel Planning Process for Family Harmony and Business Success*, 2010, s. 12–14.

Sukcesja jako krytyczny moment działania firm rodzinnych

Wyzwaniem, przed którym stoją firmy rodzinne – nie tylko w Polsce – jest sukcesja. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny (EKES) zwracał wielokrotnie uwagę na to wyzwanie, wskazując, że należy promować sukcesję firm rodzinnych²³. Z badań EKES wynika, że około 1/3 europejskich przedsiębiorców to właściciele firm rodzinnych, którzy odejdą z nich w ciągu najbliższych 10 lat. Oznacza to, że prawie 690 tys. przedsiębiorstw, w których znajduje zatrudnienie 2,8 mln osób, znajdzie się w procesie transformacji międzypokoleniowej²⁴. EKES uznał, że przejmowanie firmy jest cenną alternatywą wobec zakładania zupełnie nowej firmy. Zwrócił też uwagę na szczególną rolę firm rodzinnych. Aby podkreślić i zbadać rolę firm rodzinnych, EKES powołał grupę (INT/765), której prace doprowadziły do powstania opinii nt. firm rodzinnych²⁵. EKES zaznaczył, że kompleksowe planowanie sukcesji stanowi ważne działanie na rzecz firm rodzinnych, zważywszy na fakt, że w wyniku niepowodzenia tego procesu zamyka się rocznie ok. 150 tys. firm, wskutek czego rynek traci 600 tys. miejsc pracy²⁶.

Często temat sukcesji sprowadzany jest do przekazania własności. Owszem, jest to jeden z kluczowych elementów procesu,

²³ J. Klimek, J. Lipiec, *Firmy rodzinne w perspektywie unijnej*, „Unia Europejska.pl” 2015 nr 3, s. 33.

²⁴ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie potencjału przedsiębiorstw, zwłaszcza małych i średnich (strategia lizbońska) (2007/C 256/03).

²⁵ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie przedsiębiorstw rodzinnych w Europie jako źródła ponownego wzrostu gospodarczego i lepszych miejsc pracy (opinia z inicjatywy własnej) (2016/C 013/03), Sprawozdawca: Jan Klimek.

²⁶ Ibidem. Dane na podstawie badań przeprowadzonych w Europie oraz Turcji w okresie listopad 2009 – październik 2010.

ale nie jedyny. To, kto i w jakim zakresie odziedziczy firmę, zależy od wielu czynników, które wymagają regulacji. Czy podział będzie dotyczył całego „drzewa genealogicznego”, czy tylko jednej z gałęzi? Czy będzie obejmował osoby wyłącznie z rodziny? A może też osoby, które do niej dołączyły poprzez związki małżeńskie? To wszystko stanowi obszar dyskusji, pracy oraz ustaleń.

Zresztą przekazanie własności to ostatni element procesu sukcesyjnego²⁷. Według definicji sukcesja to dynamiczny proces zachodzący między dwiema generacjami, którego celem jest transfer do młodszego pokolenia wiedzy, władzy i własności z zachowaniem indywidualnych dla danego biznesu i rodziny wartości, ważnych dla obu stron procesu, które wspólnie wypracowują nową, międzygeneracyjną wizję przyszłości²⁸. Wynika z tego, że proces sukcesji powinien być rozpatrywany w kontekście własnościowym (pasywnym) i zarządczym (aktywnym), co decyduje o tym, czy przedsiębiorstwo (nie tylko rodzinne) będzie dalej prowadziło z sukcesem działalność gospodarczą. Zadanie to nie jest łatwe, co dawno temu zauważył guru zarządzania Peter Drucker: *Ludzie przywiązują niewielką wagę do procesu sukcesji, który jest w rzeczywistości ostaczącym sprawdzianem dobrego zarządzania*²⁹. Drucker podkreślał istotę aktywnego zarządzania, co nie oznacza, że pasywne

nie jest również ważne. Niestety, właśnie o majątek sukcesorów nierzadko przynoszą kres świetności firmy³⁰. Jeśli spojrzymy na ten proces zarówno w kontekście intencji, jak i skuteczności, to dane nie napawają optymizmem. Sukcesja stanowi potencjalnie kryzys jedności rodziny i jedności firmy. To właśnie transfer własności oraz podział majątku rodzinnego stanowią największe zagrożenie dla przetrwania firmy w procesie sukcesyjnym.

Okazuje się, że w Polsce zaledwie 8,1% potencjalnych następców byłoby skłonnych przejąć stery w firmie stworzonej przez rodziców³¹. Amerykański badacz John Ward szacował, że 30% firm rodzinnych uda się z powodzeniem przekazać drugiemu pokoleniu, o połowę mniej przejdzie w ręce trzeciego pokolenia, a w ręce czwartego trafi zaledwie 3% z nich³². Joe Astrachan, kolejny amerykański badacz tej tematyki, jest bardziej krytyczny: według niego z chwilą śmierci założyciela firma zazwyczaj zostaje sprzedana lub zlikwidowana, a zaledwie 5% z nich jest w stanie kontynuować działalność³³. Zatem należy mieć na uwadze, że aktywna sukcesja rzadko kończy się sukcesem i dla utrzymania firmy w kolejnych pokoleniach należy w znacznej mierze skoncentrować się na sukcesji pasywnej, która może przyjmować różne formy.

Przemiany własnościowe w firmie rodzinnej skorelowane są ze zmianą międzypo-

27 A. Lewandowska, M. Stradomski, P. Andrzejczak, *Narodziny firmy rodzinnej. Jak mądrze zaplanować sukcesję i przekazać biznes następcom*, Instytut Biznesu Rodzinnego, Poznań 2017, s. 46.

28 A. Lewandowska, *Model diamentu. Sukcesja w praktyce*, Poznań 2021, s. 31.

29 P. F. Drucker, *Management's New Paradigms*, „Forbes” 10.05.1988, <https://www.forbes.com/forbes/1998/1005/6207152a.html?sh=987aaa031eed> (dostęp: 10.04.2021).

30 *The surprising role of family feuds in German business*, „The Economist” 30 stycznia 2021.

31 Instytut Biznesu Rodzinnego, Poznań 2018, raport *Barometr sukcesyjny*, <https://www.ibrpolska.pl/baza-wiedzy/barometr-sukcesyjny/> (dostęp: 30.04.2021).

32 J. L. Ward, *Keeping the family business healthy*, San Francisco 1987, s. 50.

33 *Passing on the crown*, „The Economist”, 4 listopada 2004.

koleniową³⁴. Pierwszy, założycielski etap funkcjonowania firmy rodzinnej charakteryzuje się dużym wpływem kontroli właścicielskiej. Na tym etapie decyzje podejmowane są zazwyczaj jednoosobowo przez założyciela lub przez założycieli jednomyślnie. W drugim etapie, gdy firmę rodzinną przejmuje rodzeństwo, zachowane zostają silne relacje emocjonalne, ale decyzje muszą zapadać w drodze konsensusu. W trzecim etapie, gdy do zarządzania firmą włączają się kuzyni, decyzje podejmowane są w demokratyczny sposób, własność zaczyna się rozpraszać, a kwestie majątkowe mogą stanowić zagrożenie dla dalszego funkcjonowania firmy, jeśli nie zostaną odpowiednio uregulowane.

Należy podkreślić, że od trzeciego pokolenia siła więzów rodzinnych maleje, a zwiększa się ryzyko roszczeń majątkowych, które mogą stwarzać zagrożenie dla dalszego funkcjonowania firmy rodzinnej. Wśród tak różnorodnych udziałowców z rodziny znajdują się tacy, dla których najważniejszym celem będzie otrzymywanie hojnych dywidend i wysoka płynność finansowa. Mogą się oni cechować wysoką skłonnością do ryzyka i postrzegać firmę w krótkim horyzoncie czasowym. Oczywiście znajdują się i tacy, którzy cenić będą zrównoważony rozwój firmy, przedkładając długowieczność biznesu rodzinnego nad doraźne osobiste bogactwo.

Tak różnorodne cele są przyczyną oczywistych konfliktów interesów wśród akcjonariatu rodzinnego. Do tego dochodzą starcia pomiędzy udziałowcami mniejszościowymi i większościowymi oraz tymi, którzy mają prawo głosu, i tymi, którzy go nie

mają. Mogą one doprowadzić do nieodwracalnego podziału i rozdrobnienia majątku firmy, skłócenia rodziny, a w konsekwencji do likwidacji firmy rodzinnej³⁵.

Sukcesja pasywna (majątkowa) jest więc nie mniej ważna niż aktywna (zarządcza), gdyż decyduje, w jakim kraju pozostanie majątek i w jaki sposób będzie on pracował dla gospodarki. Rodzina, dla której wartości są istotne i która jest związana ze swoją ojczyzną, będzie mniej skłonna do wyprawiania majątku w celu optymalizacji podatkowej. Z punktu widzenia ekonomicznego niezwykle więc istotne jest, by stworzyć mechanizmy zwiększające szanse na i tak nieproste zadanie sukcesyjne.

Fundacja rodzinna w wymiarze ekonomicznym

Organizacja przedsiębiorczości rodzinnej może przyjmować różne formy, począwszy od aktywnego zaangażowania rodziny w zarządzanie firmą, poprzez kontrolę właścicielską, zarządzanie inwestycjami (*family office*) czy też założenie fundacji rodzinnej.

Zainteresowanie tą ostatnią formą, która nie tylko może być sposobem na zarządzanie firmą rodzinną, ale również umożliwiać prowadzenie działalności filantropijnej, widoczne jest od wielu lat. Rozwiązanie takie bowiem wprowadzono w wielu ustawodawstwach – głównie w postaci fundacji prywatnych. Źródłem finansowania takiego podmiotu są osoby prywatne, w tym rodziny, co często widoczne jest w ich nazwach, np. Bill & Melinda Gates Foundation, David and Lucile Packard Foundation, Gordon

³⁴ D. Kenyon-Rouvinez, J. L. Ward, *Family business key issues*, 2005, s. 64.

³⁵ M. Widz [w:] A. Lewandowska, M. Stradomski, P. Andrzejczak, *Narodziny firmy rodzinnej*, Instytut Biznesu Rodzinnego, Poznań 2017, s. 371.

and Betty Moore Foundation, Knut och Alice Wallenbergs Stiftelse, Fundacja Rodziny Staraków, Kulczyk Foundation – to tylko wybrane przykłady największych fundacji rodzinnych.

Fundacje (rodzinne) pełnią ważną rolę w gospodarce, w szczególności gdy zarządzają przedsiębiorstwami. Jednak należy zaznaczyć, że ustawodawstwo tylko niektórych krajów umożliwia fundacjom prowadzenie działalności gospodarczej. Całkowitą zasobność fundacji w takich krajach jak Francja, Holandia, Niemcy, Szwajcaria, Szwecja czy Wielka Brytania można liczyć w miliardach euro. Wiele znanych firm zarządzanych jest właśnie przez fundacje, jak chociażby producent luksusowych zegarków Rolex, który zarządzany jest przez Hans Wilsdorf Foundation, czy producent zabawek Lego zarządzany przez holding Kirkbi oraz LEGO Foundation (oba podmioty należą do rodziny założyciela Kirka Kristiansena). W Danii istnieje też inne duże przedsiębiorstwo zarządzane przez fundację – Carlsberg. Jacob Christian Jacobsen – założyciel browaru Carlsberg – przekazał go Królewskiej Duńskiej Akademii Nauk w 1876 r. i od tego momentu Carlsberg zarządzany jest przez fundację.

Już tych kilka przykładów uświadamia, że fundacja może stanowić rozwiązanie, które umożliwi prowadzenie działalności w kolejnych latach – czy wręcz pokoleniach – zgodnie z wolą darczyńcy. Warto podkreślić, że głównym zadaniem fundacji rodzinnej i trustu nie powinna być optymalizacja podatkowa, lecz uchronienie majątku przed nieuzasadnionymi i nieuprawnionymi roszczeniami, takimi jak ekstrawaganckie rozporządzenie majątkiem przez członków rodziny, konflikty i wojny rodzinne prowadzące do nadmiernych wypłat, porwania

członków rodziny dla okupu i szantażu wymierzone w członków rodziny, egzekwowanie rzekomych roszczeń przez „przypuszczalnych” wierzycieli lub inne formy konfiskaty majątku³⁶.

Z perspektywy ekonomicznej fundacja pełni rolę stabilizatora kapitału, który powierzony jest określonym beneficjentom, zapobiegając tym samym rozproszeniu (zmarnotrawieniu) majątku (niezbywalność praw). Przed takimi przypadkami można się ustrzec, przenosząc majątek przedsiębiorstwa do fundacji i przekazując go określonym beneficjentom. Właściciele mogą przyjąć różne strategie – od zawężenia grona beneficjentów do rodziny nuklearnej po rozszerzenie go o członków dalszej rodziny czy też osoby spoza rodziny.

Kolejną zaletą fundacji rodzinnej jest zapobieganie rozproszeniu zysków. W fundacjach prywatnych (rodzinnych) stosuje się zazwyczaj zwolnienia podatkowe, gdy zyski generowane przez fundację są reinwestowane. Reinwestowanie zysków z przeznaczeniem na dalszy rozwój charakteryzuje firmy rodzinne, gdyż preferują one rozwój organiczny w oparciu o kapitał powiększany przez reinwestowane zyski niż za pomocą nadmiernego korzystania z kapitału dłużnego³⁷. Takie podejście do biznesu przyczynia się do długotrwałego akumulowania kapitału, bez konieczności zaspokajania roszczeń finansowych ze strony udziałowców / akcjonariuszy. Fundacja – poza zabezpieczeniem majątku – odgrywa również istotną rolę we

³⁶ M. Wład [w:] A. Lewandowska, M. Stradomski, P. Andrzejczak, *Narodziny firmy rodzinnej*, Instytut Biznesu Rodzinnego, Poznań 2017, s. 372.

³⁷ N. Kachaner, G. Stalk, A. Bloch, *Czego możemy się nauczyć od firm rodzinnych*, „Harvard Business Review Polska” 2013, s. 91.

wspieraniu ładu rodzinnego, co najczęściej formalizowane jest w postaci konstytucji rodzinnej³⁸. Narzędzie to m.in. ułatwia przekazywanie i utrwalanie wartości założycieli kolejnym pokoleniom, a także kształtowanie i kształcenie członków rodziny do pełnienia odpowiednich ról w biznesie. Do tego celu można też wykorzystać inne narzędzie ładu rodzinnego, a mianowicie spotkania rodziny³⁹.

Obecnie firmy rodzinne stają przed wyzwaniem sukcesyjnym, które jest wynikiem m.in. dokonującej się zmiany pokoleniowej. Z badania Instytutu Biznesu Rodzinnego wynika, że 57% firm rodzinnych w Polsce planuje przeprowadzenie sukcesji w ciągu 5 lat. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że proces ten przyspieszy ze względu na trwającą pandemię, która wymusza zmianę modeli biznesowych w kierunku większego wykorzystania internetu. Zatem przekazanie sterów w firmach rodzinnych następnemu pokoleniu, często określanemu jako Ne(x)tGen, będzie musiało dokonać się szybciej. Z pewnością pokoleniu Ne(x)tGen będzie łatwiej funkcjonować w nowym modelu, co w połączeniu z doświadczeniem poprzedniego pokolenia może być receptą na sukces w sukcesji.

Jako że młodsze pokolenie nie zawsze jest predysponowane do przejścia sterów, rozwiązaniem może być pasywne zarządzanie majątkiem z wykorzystaniem fundacji prywatnej (rodzinnej). Rozwiązanie takie istnieje w wielu krajach, a w Polsce jest obecnie na etapie prac legislacyjnych. Przyjmując, że ustawa o fundacji rodzinnej wejdzie w życie, a regulacje w niej zawarte

nie będą znacząco odbiegały od regulacji w innych krajach (czyli nie będzie powodu, by zakładać fundację z wykorzystaniem legislacji zagranicznej), można się pokusić o oszacowanie zainteresowania takim rozwiązaniem w Polsce.

Zainteresowanie firm rodzinnych ustawą o fundacji rodzinnej można szacować w oparciu o dane GUS o fundacjach⁴⁰ oraz doświadczenia wybranych krajów europejskich. Liczebność fundacji prywatnych (w tym rodzinnych) w krajach europejskich jest bardzo zróżnicowana. Najmniej tych podmiotów zarejestrowanych jest w Belgii (1,1 tys.) oraz Danii (1,3 tys.), najwięcej zaś w Niemczech (prawie 25 tys.), Szwecji (18 tys.), Szwajcarii (17,1 tys.), Hiszpanii (14,1 tys.) oraz Wielkiej Brytanii (12,4 tys.)⁴¹. Z badania GUS wynika, że w 2014 r. istniało w Polsce 10,7 tys. fundacji, zaś w 2018 r. – 14,5 tys. (roczny wzrost o 10,66%). Odsetek fundacji rodzinnych w stosunku do ogółu fundacji wynosi 12,4% – 20%⁴². Zatem na podstawie powyższego wskaźnika można zakładać, że po wejściu ustawy w życie powstałoby 2,9 tys. tych podmiotów w Polsce z roczną dynamiką wzrostu ok. 190 podmiotów, przyjmując 2014 rok jako bazy. Nie można też wykluczać wariantu, że podobnie jak w Niemczech zainteresowanie tą formą działalności może być wyższe i prowadzić do zakładania nawet 550 podmiotów rocznie (dane w oparciu o 2016 r.). Należy podkreślić, że szacunki te trzeba

³⁸ A. Lewandowska, J. Lipiec, *Konstytucje firm rodzinnych: w kierunku długowieczności*, Warszawa 2015, s. 187.

³⁹ *IFC Family Business Governance Handbook*, Washington DC 2008, s. 29.

⁴⁰ Główny Urząd Statystyczny, *Stowarzyszenia, fundacje i społeczne podmioty wyznaniowe w 2008 r.*, Warszawa 2010; Główny Urząd Statystyczny, *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2018 r. – wyniki wstępne*, Warszawa 2019.

⁴¹ A. Jevakhoff, D. Cavailloles, *Le rôle économique des fondations*, 2017, s. 14.

⁴² EFC, 2008; *Les Fondations en Belgique*, 2017.

przyjmować z ostrożnością, ponieważ nie można wykluczać, że ostateczny kształt ustawy o fundacji rodzinnej będzie bardziej przyjazny niż w legislacjach zagranicznych i firmy rodzinne będą bardziej skłonne zakładać je w Polsce, a nawet będą przenosiły się z innych legislacji do naszego kraju (nie należy też oczywiście wykluczać wariantu przeciwnego).

Aspekty prawne z perspektywy projektu ustawy o fundacji rodzinnej

W polskim systemie prawnym nie przewidziano osobnej formy prawnej dla fundacji rodzinnych. Obecnie możliwe jest utworzenie fundacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach⁴³. Fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych⁴⁴.

W ocenie A. Kidyby warunek zgodności celu fundacji z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej wyklucza tworzenie fundacji prywatnych⁴⁵. Pogląd ten podziela B. Niemirka, stwierdzając, że cel społecznie lub gospodarczo użyteczny realizowany przez fundację nie może leżeć w interesie samego fundatora lub osób z nim związanych, lecz musi mieć charakter publiczny⁴⁶.

Warto wskazać, że oprócz fundacji powołanych w oparciu o powołaną ustawę w polskim porządku prawnym funkcjonują fundacje utworzone na drodze ustawodawczej, których działalność reguluje ustawa. Są to: Zakład Narodowy im. Ossolińskich⁴⁷, Centrum Badań Opinii Społecznej⁴⁸ oraz Zakłady Kórnickie⁴⁹. Polska ustawa o fundacjach nie dopuszcza tworzenia fundacji ze środków publicznych⁵⁰. Zakaz ten jednak nie dotyczy przekazywania środków publicznych do fundacji już istniejących⁵¹.

Ponieważ fundacje rodzinne stanowią kategorię fundacji prywatnych, polski system prawny nie przewiduje możliwości powołania fundacji, które zapewniałyby sukcesję pokoleniową firmy rodzinnej. Brak tego rodzaju regulacji spowodował zainteresowanie zagranicznymi fundacjami prywatnymi, w szczególności zakładanymi w Liechtensteinie, Austrii oraz na Malcie⁵². Przynależności otrzymane od fundacji prywatnych nie korzystają z preferencyjnych zasad opodatkowania w Polsce, stąd fundacje prywatne nie stanowią pożądanego modelu sukcesji polskich firm rodzinnych.

Należy mieć także na uwadze, że polski ustawodawca rozpoznaje zagraniczne fundacje prywatne jako jedne z konstrukcji prawnych służących tworzeniu schematów

43 Dz.U. 2020 poz. 2167 ze zm.; dalej jako: u.f.

44 W myśl art. 1 u.f., celami takimi w szczególności mogą być: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami.

45 A. Kidyba, *Komentarz do ustawy o fundacjach i stowarzyszeniach*, 1997, el/LEX; odmienne stanowisko przedstawia J. Dominowska, która stwierdza, że nie jest jasne, dlaczego samo istnienie fundacji użyteczności prywatnej miałoby być sprzeczne z interesami RP (zob. J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, 2017, el/LEX).

46 B. Niemirka, *Statut fundacji*, Warszawa 1995, s. 46.

47 Ustawa z dnia 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich (Dz.U. 2017 poz. 1881).

48 Ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o fundacji – Centrum Badań Opinii Społecznej (Dz.U. 2007 nr 82 poz. 560).

49 Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o fundacji – Zakłady Kórnickie (Dz.U. 2020 poz. 1705).

50 Art. 45 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz.U. 2021 poz. 305).

51 M. Ofiarska [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, Warszawa 2019, s. 333.

52 A. Mariański, A. Żądło, *Opodatkowanie fundacji prywatnych*, „Przegląd Podatkowy” 2018 nr 8, s. 22–24.

unikania opodatkowania⁵³. Ponieważ w polskim systemie prawnym istnieją instrumenty służące przeciwdziałaniu unikaniu opodatkowania, przede wszystkim ogólna klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania, funkcjonowanie w formie prawnej fundacji prywatnej założonej w innym państwie rodzi znaczne ryzyko prawne dla podatnika⁵⁴.

Należy także zauważyć, że zarówno fundacje zagraniczne, jak i trusty mogły służyć uniknięciu zastosowania przepisów o kontrolowanych jednostkach zagranicznych. Stanowisko to potwierdzały interpretacje indywidualne przepisów prawa podatkowego⁵⁵ oraz orzeczenia sądów⁵⁶. Podjęte zostały jednak próby rozszerzenia zakresu podmiotowego przepisów o kontrolowanych jednostkach zagranicznych, tak aby objąć te podmioty⁵⁷.

W odpowiedzi na potrzeby zgłaszane przez firmy rodzinne ustawodawca przedstawił projekt ustawy o fundacji rodzinnej⁵⁸. Projekt powstał w oparciu o doświadczenia innych państw oraz uwagi zgłoszone na

etapie przygotowywania założeń projektu⁵⁹. Należy także zauważyć, że problem ten nie został rozwiązany na szczeblu Unii Europejskiej. Inicjatywy przygotowywane na poziomie Unii dotyczyły fundacji europejskiej, mającej ułatwić fundacjom realizującym cele pożytku publicznego funkcjonowanie w więcej niż jednym państwie UE⁶⁰.

Planowane jest, aby projektowana ustawa o fundacji rodzinnej weszła w życie od 1 stycznia 2022 r.⁶¹ Projekt określa cel fundacji rodzinnej, stanowiąc, że celem tym jest zarządzanie posiadanym majątkiem i zapewnianie jego ochrony oraz spełnianie świadczeń na rzecz wskazanego przez fundatora beneficjenta⁶².

Polityka fiskalna projektowana dla fundacji rodzinnej

Zgodnie z projektem utworzenie fundacji rodzinnej możliwe jest zarówno w testamencie, jak i za życia fundatora⁶³. Fundator ma obowiązek wnieść do fundacji mienie o wartości co najmniej 100 000 zł⁶⁴. Fundator ustala statut fundacji, w którym określa m.in. cele fundacji, beneficjentów lub sposób ich określenia, zasady powoływania, odwoływania, oraz uprawnienia i obowiązki członka zarządu, a także zasady reprezentacji fundacji rodzinnej przez zarząd⁶⁵.

53 A. Mariański, *Opodatkowanie fundacji rodzinnych, czyli dokąd zmierza tzw. uszczelnienie systemu podatkowego*, „Przeгляд Podatkowy” 2020 nr 4, s. 33.

54 O pojęciu unikania opodatkowania zob. R. Nawrot, *Międzynarodowe unikanie opodatkowania dochodu*, Warszawa 2015, s. 33–39; J. Jankowski, *Optimalizacja podatkowa w podatkach dochodowych – dopuszczalność i prawne granice*, Warszawa 2019, s. 10–18.

55 B. Kuźniacki, *Opodatkowanie zagranicznych spółek kontrolowanych (CFC)*, Warszawa 2017, s. 68; interpretacja indywidualna Ministra Finansów IPPB2/4511-168/16-3/MK.

56 Wyrok WSA w Warszawie z 18 czerwca 2019 r. (III SA/Wa 2534/18) dotyczący tego, czy uzyskiwanie świadczeń z fundacji prywatnej w Austrii wiąże się z podleganiem przepisom o kontrolowanych spółkach zagranicznych.

57 Art. 24a ust. 2 u.p.d.o.p.

58 Projekt ustawy o fundacji rodzinnej z dnia 22 marca 2021 r.,; dalej: projekt ustawy; <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12344906/12774282/12774283/dokument495478.pdf> (dostęp: 5.04.2021).

59 *Raport z konsultacji Zielonej księgi fundacji rodzinnej* (<https://www.gov.pl/attachment/f3aea4fb-f835-44f1-a00c-db50f243163d>); (dostęp: 5.04.2021).

60 Wniosek Rozporządzenie Rady w sprawie statutu fundacji europejskiej (FE) z dnia 8 lutego 2012 r., COM(2012) 35 final.

61 Art. 80 projektu ustawy.

62 Art. 3 ust. 1 projektu ustawy.

63 Art. 9–10 projektu ustawy.

64 Art. 14 projektu ustawy.

65 Art. 22 projektu ustawy.

Beneficjentem może być osoba fizyczna lub organizacja pożytku publicznego⁶⁶. Beneficjent będący osobą fizyczną może nie być spokrewniony z fundatorem, jednak wówczas nie będzie korzystał z preferencyjnych zasad opodatkowania. Beneficjentem może być także sam fundator.

W myśl projektu wkład wnoszony przez fundatora do fundacji rodzinnej nie będzie podlegać opodatkowaniu, stąd konieczna jest nowelizacja ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁶⁷. Zmiana dotyczy poszerzenia katalogu przychodów, które nie są uznawane za przychody podatkowe⁶⁸.

Fundacja rodzinna, która uzyskuje dochody w trakcie swojego funkcjonowania, podlega opodatkowaniu stawką podatku wynoszącą 19%⁶⁹ (projektodawca wykluczył możliwość zastosowania stawki 9% podatku⁷⁰, a także możliwość zastosowania zwolnienia z opodatkowania dochodów przeznaczonych na cele szczególne, jak np. działalność naukowa, naukowo-techniczna, oświatowa, kulturalna⁷¹).

Beneficjent będący osobą fizyczną, który otrzymuje świadczenia z fundacji rodzinnej, będzie opodatkowany podatkiem od

spadków i darowizn⁷², zaś jeśli beneficjentem jest organizacja pożytku publicznego, wówczas uzyskany przychód będzie wchodził w zakres zastosowania ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych⁷³. Jeśli beneficjentem jest osoba fizyczna, dla określenia wysokości podatku istotne są powiązania rodzinne z fundatorem. Jak stanowi projektowany przepis, zwalnia się od podatku nabycie świadczenia fundacji rodzinnej przez małżonka, zstępnych, wstępnych, pasierbą, rodzeństwo, ojczyma i macochę fundatora oraz przez fundatora, jeżeli przedmiotem świadczenia jest mienie wniesione do fundacji przez tego fundatora⁷⁴. Kategorie osób zwolnionych przedstawione w projektowanym art. 4c u.p.s.d. są tożsame z kategoriami określonymi w funkcjonującym art. 4a u.p.s.d. Ponieważ przepisy te spełniają tożsame cele, jest to realizacja społecznych celów opodatkowania związanych z osobistym stosunkiem obdarowanego do darczyńcy⁷⁵.

Ustawa określa również, jak należy rozumieć mienie: za mienie uważa się mienie wniesione przez fundatora fundacji rodzinnej oraz dochody z niego, a także wszelkie nabyte lub uzyskane przez fundację w zamian za nie mienie i dochody oraz fundusz operacyjny⁷⁶. Biorąc pod uwagę, że projektowany przepis stanowi o zwolnieniu z opodatkowania świadczeń będących mieniem wniesionym do fundacji

66 Art. 26 projektu ustawy. Status organizacji pożytku publicznego regulowany jest ustawą z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. 2020 poz. 1057).

67 Dz.U. 2020 poz. 1406 ze zm.; dalej jako u.p.d.o.p.

68 Zgodnie z projektowanym przepisem art. 12 ust. 4 pkt 4b u.p.d.o.p. do przychodów nie zalicza się przychodów otrzymanych przez fundację rodzinną od fundatora przeznaczonych na realizację celów tej fundacji oraz fundusz operacyjny.

69 Art. 19 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.p.

70 Projektowany art. 19 ust. 1b u.p.d.o.p.

71 Projektowany art. 17 ust. 1c pkt 4 u.p.d.o.p.

72 Projektowany art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. 2019 poz. 1813 ze zm.); dalej jako u.p.s.d.

73 Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.p.s.d. przepisy tej ustawy stosuje się wyłącznie do osób fizycznych. Do innych kategorii podmiotów zastosowanie znajdzie art. 7 ust. 1 u.p.d.o.p.

74 Projektowany art. 4c ust. 1 u.p.s.d.

75 P. Borszowski, K. J. Musiał, A. Nita, K. Stelmaszczyk, J. Wantoch-Rekowski, *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 129.

76 Projektowany art. 4c ust. 2 u.p.s.d.

przez fundatora, z preferencyjnych zasad opodatkowania nie będą korzystać beneficjenci, kiedy ich świadczenia nie będą pochodzić z mienia przekazanego przez spokrewnionego z nimi fundatora ani z dochodów fundacji z tego mienia. Takie rozwiązanie, choć logiczne i sprawiedliwe, może powodować trudności związane z klasyfikowaniem źródła świadczenia beneficjenta. Jeżeli fundację będzie tworzyć kilku fundatorów, trzeba będzie określać pochodzenie majątku, który składa się na świadczenie dla beneficjenta, aby określić prawo do zwolnienia z opodatkowania.

Obszary wymagające dalszej dyskusji

W myśl art. 6 projektu ustawy fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców⁷⁷. Projektodawca, przedstawiając uzasadnienie tej regulacji, podkreśla, że fundacja rodzinna nie będzie mogła prowadzić działalności gospodarczej z uwagi na związane z tym ryzyko gospodarcze. Zaś odnosząc się do cech działalności gospodarczej, projektodawca zauważa, że o zarobkowym charakterze działalności decyduje dążenie do osiągnięcia zarobku uwzględniające reguły opłacalności i zysku lub zasadę racjonalnego gospodarowania.

Dążenie fundacji rodzinnej do osiągania zarobku wyróżnia fakt, że zarobek ten jest przeznaczany na potrzeby beneficjentów i nie służy celom gospodarczym, które są istotą bytu przedsiębiorcy⁷⁸. Z powyższego można wnioskować, że fundacja rodzinna z uwagi na przekazywanie uzyskanego

dochodu na rzecz beneficjentów nie spełnia cechy zarobkowości. Jak wskazuje M. Sieradzka, zarobkowy charakter działalności gospodarczej oznacza, że zamiarem jej podjęcia jest osiągnięcie zysku⁷⁹. Podobnie definiowana jest zarobkowość w orzecznictwie⁸⁰. Pojawia się jednak pytanie, jak należy rozumieć zakaz wykonywania działalności gospodarczej przez fundację rodzinną.

Analizując przesłankę zarobkowości, można przyjąć, że fundacja rodzinna nie działa dla zarobku, lecz uzyskuje dochody wyłącznie w celu realizacji zadań statutowych, czyli przekazania świadczeń beneficjentom. Tym samym prowadzi de facto działalność gospodarczą, jednak nie jest to działalność gospodarcza w rozumieniu przepisów ustawy Prawo przedsiębiorców. Ku takiemu rozumieniu zdaje się skłaniać projektodawca, przedstawiając w uzasadnieniu sposób rozumienia pojęcia „zarobkowość”.

Możliwe jest także przyjęcie szerszego znaczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, co oznaczałoby, że fundacja rodzinna może być wyłącznie inwestorem uzyskującym dochody pasywne bądź też czerpać dochody ze sprzedaży posiadanego majątku czy też jego wynajmu. Ten sposób rozumienia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej wydaje się bardziej racjonalny z punktu widzenia jego celu, jakim jest ograniczanie ryzyka przy funkcjonowaniu fundacji rodzinnej. Za takim rozumieniem zakazu prowadzenia

⁷⁷ Dz. U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.

⁷⁸ Uzasadnienie, s. 11–12, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12344906/12774282/12774283/dokument495480.pdf> (dostęp: 5.04.2021).

⁷⁹ M. Sieradzka [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. M. Sieradzka. M. Zdyb, 2013, eI/LEX.

⁸⁰ Zob. np. wyrok NSA z 28 września 2017 r. (II FSK 2362/15), w którym sąd stwierdził, że zarobkowy charakter musi być nastawiony na zysk, który powinien co najmniej pokryć koszty założenia i prowadzenia przedsięwzięcia.

działalności gospodarczej przemawia również regulacja art. 5 ust. 5 u.f., wprost dopuszczająca prowadzenie działalności gospodarczej⁸¹.

Brak możliwości prowadzenia działalności gospodarczej wiąże się z warunkami amortyzacji środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych⁸². W myśl art. 16a ust. 1 i 16b ust. 1 u.p.d.o.p. amortyzacji podlegają wyłącznie składniki majątku wykorzystywane przez podatnika na potrzeby związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą lub oddane do używania na podstawie umowy najmu, dzierżawy lub leasingu⁸³. Projektowana ustawa nowelizuje art. 16g u.p.d.o.p., uszczegóławiając zasady amortyzacji na potrzeby fundacji rodzinnych w zakresie ustalania wartości początkowej przedmiotu amortyzacji wniesionego przez fundatora. Nowelizacji podlega również art. 16h u.p.d.o.p. poprzez określenie zasad kontynuacji metody amortyzacji przyjętej przez fundatora. Nowelizowane przepisy dotyczą wyłącznie wniesienia składników majątku przez fundatora. Jeśli składniki majątku wniesie inna osoba, zastosowanie na potrzeby określenia wartości początkowej znajdzie art. 16g ust. 1 pkt 3 u.p.d.o.p.

Z uwagi na brak możliwości wykonywania działalności gospodarczej przez fundację

⁸¹ Fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celów (zob. szerzej – Komentarz do art. 5, A. Rzeteka-Gil, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, 2019, el/LEX).

⁸² Amortyzacja jest konstrukcją prawną służącą rozliczaniu w czasie kosztów pośrednich, jeśli dotyczą one środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych o przewidywanym okresie używania wynoszącym powyżej 12 miesięcy (J. Godyń [w:] *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, red. A. Obońska, A. Waclawczyk, A. Walter, Warszawa 2014, s. 624–625).

⁸³ H. Litwińczuk [w:] *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2017, s. 179.

możliwość amortyzacji przez fundację środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych będzie dopuszczona wyłącznie wówczas, gdy zostaną one oddane do używania innemu podmiotowi na mocy umowy najmu, dzierżawy lub leasingu. We wskazanych przypadkach amortyzacji dokonywałaby fundacja rodzinna jako właściciel środków trwałych lub wartości niematerialnych i prawnych⁸⁴.

Wątpliwości budzi rozwiązanie dopuszczające, aby beneficjentem mógł być także sam fundator. Konstrukcja taka może prowadzić do obniżenia ciężarów podatkowych fundatora np. poprzez wniesienie posiadanych udziałów/akcji do fundacji rodzinnej oraz pobieranie dywidend za pośrednictwem fundacji. Fundacja, uzyskując dywidendy, będzie płacić podatek w wysokości 19%⁸⁵, zaś fundator od otrzymanej kwoty nie zapłaci podatku z uwagi na zwolnienie w podatku od spadków i darowizn. Gdyby fundator uzyskiwał dywidendę od posiadanych udziałów lub akcji, byłby opodatkowany stawką 19%⁸⁶. Gdyby fundator prowadził pozarolniczą działalność gospodarczą⁸⁷ lub był współnikiem spółki osobowej⁸⁸,

⁸⁴ E. Klimek, J. Kordal [w:] *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, red. W. Nykiel, A. Mariański, Gdańsk 2014, s. 640–641. Wyjątek może wystąpić przy umowie leasingu, jeśli umowa będzie spełniać ustawowe wymogi i strony ustala, że odpisów amortyzacyjnych dokonuje korzystający.

⁸⁵ Art. 22 ust. 1 u.p.d.o.p.

⁸⁶ Art. 30a ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 2020 poz. 1426 ze zm.; dalej jako: u.p.d.o.f.).

⁸⁷ Pozarolnicza działalność gospodarcza opodatkowana jest zgodnie z art. 27 u.p.d.o.f. stawką 17% oraz po przekroczeniu progu dochodowego 85 528 zł stawką 32% albo na podstawie art. 30c u.p.d.o.f. stawką 19%. Ponadto bez względu na wybrany wariant opodatkowania dochody z tej działalności uwzględnia się przy wyliczeniu kwoty daniny solidarnościowej (art. 30h u.p.d.o.f.).

⁸⁸ Zgodnie z art. 5b ust. 2 u.p.d.o.f. zasady opodatkowania są takie same jak przy prowadzeniu pozarolniczej działalności gospodarczej przez osobę fizyczną.

a następnie przedsiębiorstwo podatnika lub przedsiębiorstwo spółki osobowej zostałyby wniesione do fundacji rodzinnej, fundator mógłby pobierać świadczenia z fundacji związane z działalnością tego przedsiębiorstwa, jednak u podatnika nie wystąpiłoby opodatkowanie z uwagi na zwolnienie przewidziane w podatku od spadków i darowizn. Należy zauważyć, że jeżeli podatnik uzyskuje dochody z pozarolniczej działalności gospodarczej, dochód ten uwzględniany jest przy obliczeniu daniny solidarnościowej⁸⁹.

Podniesione zostały wątpliwości co do ustalania kosztów uzyskania przychodów⁹⁰ po stronie fundacji rodzinnej w przypadku zbywania przez nią majątku⁹¹. Ponieważ fundacja uzyskuje majątek pod tytułem darmym, nabywając majątek nie ponosi żadnych kosztów podatkowych. W konsekwencji, jeśli fundacja rodzinna będzie zbywać majątek, może to oznaczać, że nie będzie można zidentyfikować kosztów uzyskania przychodów i opodatkowany zostanie cały przychód z danej transakcji. Jednak rozwiązanie takie może przeciwdziałać wykorzystywaniu konstrukcji fundacji rodzinnej niezgodnie z jej celem⁹².

Analizując konstrukcję opodatkowania fundacji rodzinnej, można rozważyć odmienne rozłożenie ciężarów podatkowych niż uczynił to projektodawca. Kierując się zasadami opodatkowania fundacji rodzinnej w innych państwach⁹³, opodatkowanie może być uregulowane w taki sposób, że fundacja rodzinna nie ponosi ciężaru podatkowego od uzyskiwanych dochodów⁹⁴. Wówczas ciężar opodatkowania dochodów uzyskiwanych przez fundację rodzinną zostałyby nałożony na beneficjentów. Uzyskiwane przez beneficjentów dochody nie byłyby klasyfikowane jako darowizny, lecz znajdowałyby się w zakresie opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych. Po stronie beneficjentów można by dochody te zaklasyfikować jako kapitały pieniężne⁹⁵ i następnie opodatkować je stawką 19%⁹⁶. Alternatywnie dochody te mogłyby zostać zaklasyfikowane u beneficjentów jako dochody z działalności gospodarczej, analogicznie jak klasyfikuje się dochody osób fizycznych będących wspólnikami spółek osobowych⁹⁷. Rozwiązanie takie powinno uniemożliwić przedstawione powyżej konstrukcje wykorzystujące korzyści podatkowe, jakie mogą wiązać się z możliwością przyznania fundatorowi statusu beneficjenta.

89 Art. 30 h ust. 1 u.p.d.o.f.

90 W zakresie definicji kosztów uzyskania przychodów zob. W. Dmoch, *Rozliczanie w czasie kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, Warszawa 2018, s. 72–74.

91 <https://www.prawo.pl/podatki/korzysci-podatkowe-dla-fundacji-rodzinnych-w-projekcie-ustawy,507387.html> (dostęp: 5.04.2021).

92 Gdyby fundacja rodzinna mogła np. rozpoznać koszty poniesione przez fundatora, zbywając wniesione przez niego udziały/akcje, znacznie zwiększyłoby to korzyści podatkowe płynące z rozwiązania polegającego na wniesieniu majątku do fundacji rodzinnej, zbyciu majątku przez fundację, a następnie przekazaniu świadczenia fundatorowi, który uzyskałby świadczenie, mając status beneficjenta.

93 *Zielona księga o fundacji rodzinnej*, <https://www.gov.pl/attachment/89f79d22-ac93-4a09-a657-b733c2083a65> (dostęp: 5.04.2021).

94 Mogłaby zostać objęta zwolnieniem od podatku dochodowego od osób prawnych w zakresie dochodów przeznaczanych na cele statutowe (art. 17 ust. 1 pkt 4 u.o.d.o.p.) analogicznie jak organizacje pożytku publicznego.

95 Art. 17 u.p.d.o.f.

96 Art. 30b u.p.d.o.f.

97 Art. 5b ust. 2 u.p.d.o.f.

Podsumowanie

Obecnie przedsiębiorstwa rodzinne stają w obliczu sukcesji, która nie zawsze się udaje i prowadzi do strat ekonomicznych wskazanych w opinii EKES. Przedsiębiorcy rodzinni powinni mieć zatem odpowiednie narzędzia zarządcze (np. w postaci ładu rodzinnego) oraz ustawy, które wesprą ich w tym procesie. Naprzeciw tym potrzebom wychodzi ustawodawca z projektem ustawy o fundacji rodzinnej.

Ustanowienie fundacji rodzinnej i powierzenie jej majątku firmy to zaawansowany mechanizm ładu rodzinnego, który w swoim zamyśle jest źródłem stabilności zarówno dla rodziny biznesowej, jak i dla firmy. Utworzenie struktury pośredniczącej pomiędzy rodziną a majątkiem, takiej jak fundacja rodzinna, może być skuteczną gwarancją niepodzielności majątku oraz sposobem na zarządzanie nim, tak by w długim okresie rodzina jako beneficjent była wspierana finansowo na zasadach określonych w statucie fundacji.

Oceniając konstrukcję prawną fundacji rodzinnej, należy zauważyć, że mechanizm

pozwalający na przenoszenie majątku w formie fundacji w swoim założeniu odpowiada potrzebom firm rodzinnych. Może też skłonić przedsiębiorców do powoływania fundacji w Polsce, bez odwoływania się do ustawodawstwa zagranicznego. Należy ponownie rozważyć, czy wprowadzenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną jest niezbędne dla zagwarantowania jej prawidłowego funkcjonowania i ochrony majątku fundatora. Ograniczenie możliwości działania fundacji rodzinnej wyłącznie do roli pasywnego inwestora może zmniejszyć zainteresowanie tą formą prawną i nie w pełni zrealizować cel ustawodawcy zakładający zaoferowanie firmom rodzinnym skutecznego narzędzia sukcesji międzypokoleniowej.

Projekt jest na etapie konsultacji, które zbierane są szeroko od przedsiębiorców i właścicieli firm rodzinnych. Jesteśmy przekonani, że głosy w dyskusji przyczynią się do powstania dobrego i użytecznego zapisu legislacyjnego, który umożliwi wielu polskim firmom rodzinnym korzystanie z tej formy zarządzania majątkiem. ■

Bibliografia

- Blicharz J., *Fundacje. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 2016.
- Borszowski P., Musiał K. J., Nita A., Stelmaszczyk K., Wantoch-Rekowski J., *Ustawa o podatku od spadków i darowizn. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Carlock R., Ward J., *When Family Business Are Best: The Parallel Planning Process for Family Harmony and Business Success*, Palgrave Macmillan 2010.
- Colli A., *The history of family business, 1850–2000*, The Economic Society, Cambridge University Press 2006.
- Dominowska J., *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Warszawa 2017, e/LEX.
- Dmoch W., *Rozliczanie w czasie kosztów uzyskania przychodów w podatku dochodowym od osób prawnych*, Warszawa 2018.
- Ferda E. (2010), *Family business reputation: A literature review and some research questions*, „Electronic Journal of Family Business Studies” 2010 nr 4.
- EFC (2008), *Foundations in the European Union*.
- European Commission (2009), *Overview family-business-relevant issues: research, network, policy measures and existing studies*.
- Główny Urząd Statystyczny (2010), *Stowarzyszenia, fundacje i społeczne podmioty wyznaniowe w 2008 r.*
- Główny Urząd Statystyczny (2019), *Działalność stowarzyszeń i podobnych organizacji społecznych, fundacji, społecznych podmiotów wyznaniowych oraz samorządu gospodarczego i zawodowego w 2018 r. – wyniki wstępne*.
- Godyń J., [w:] Obońska A., Waclawczyk A., Walter A. *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2014.
- IFC Family Business Governance Handbook* (2008), International Finance Corporation, World Bank Group.
- Instytut Biznesu Rodzinnego, *Statystyka firm rodzinnych*, Poznań 2016.
- Jevakhoff A., Cavaillolès D., *Le rôle économique des fondations*, Inspection Générale des Finances 2017.
- Jeżak J., Popczyk W., Winnicka-Popczyk A., *Przedsiębiorstwo rodzinne. Funkcjonowanie i rozwój*, Warszawa 2004.
- Kachaner N., Stalk G., Bloch A., *Czego możemy się nauczyć od firm rodzinnych*, Warszawa 2013.
- Kenyon-Rouvinez D., Ward J. L., *Family business key issues*, Palgrave Macmillan 2005.
- Kidyba A., *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o fundacjach* [w:] *Komentarz do ustaw o fundacjach i o stowarzyszeniach*, Warszawa 1997, e/LEX.
- Klimek E., Kordal J. [w:] Nykiel W., Mariański A. (red.) *Komentarz do ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, Gdańsk 2014.
- Klimek J., Lipiec J., *Firmy rodzinne w perspektywie unijnej*, „Unia Europejska.pl” 2015 nr 3.
- Kuźniacki B., *Opodatkowanie zagranicznych spółek kontrolowanych (CFC)*, Warszawa 2017.
- Lewandowska A., *Strategiczna logika firm rodzinnych. Model BELIEFS*, Warszawa 2020.

- Lewandowska A., Stradomski M., Andrzejczak P., *Narodziny firmy rodzinnej. Jak mądrze zaplanować sukcesję i przekazać biznes następcom*, Poznań 2017.
- Lewandowska A., *Model diamentu. Sukcesja w praktyce*, Poznań 2021.
- Lewandowska A., Lipiec J., *Konstytucje firm rodzinnych: w kierunku długowieczności*, Warszawa 2015.
- Litwińczuk H. [w:] Litwińczuk H. (red.), *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, Warszawa 2017
- Mariański A., *Opodatkowanie fundacji rodzinnych, czyli dokąd zmierza tzw. uszczelnienie systemu podatkowego*, „Przegląd Podatkowy” 2020 nr 4.
- Mariański A., Żądło A., *Opodatkowanie fundacji prywatnych*, „Przegląd Podatkowy” 2018 nr 8.
- May P., Lewandowska A., *Strategie właścicielskie. Skuteczne rodziny biznesowe*, Poznań 2019.
- Naman J. L., Slevin D. P., *Entrepreneurship and the Concept of Fit: A Model and Empirical Tests*, „Strategic Management Journal” 1993, Vol. 14, nr 2.
- Niemirka B., *Statut fundacji*, Warszawa 1995.
- Ofiarska M. [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, Warszawa 2019.
- Olson P. D., Zuiker, V. S., Danes S. M., Stafford K., Heck R. K. Z., Duncan K. A., *The impact of the family and the business on family business sustainability*, „Journal of Business Venturing” 2003, Vol. 18, nr 5.
- Rzetecka-Gil A., *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2018, el/LEX.
- Nawrot R., *Międzynarodowe unikanie opodatkowania dochodu*, Warszawa 2015.
- Sieradzka M. [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. M. Sieradzka, M. Zdyb, Warszawa 2013, el/LEX.
- Stafford K., Duncan K. A., Dane S., Winter M., *A Research Model of Sustainable Family Businesses*, „Family Business Review” 1999, 12(3).
- Stradomski M., Zając M., *Perspektywy wykorzystania fundacji prywatnej przez firmy rodzinne w Polsce*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2017, t. 18, nr 6, cz. 1.
- Ward J. L., *Keeping the family business healthy*, San Francisco 1987.
- Widz M. [w:] Lewandowska A., Stradomski M., Andrzejczak P., *Narodziny firmy rodzinnej*, Poznań 2017.
- Wójcik M., *Pojęcie i typy fundacji w prawie rzymskim*, „Roczniki Nauk Prawnych KUL” 2000, tom X, z. 1.
- Zellweger T., *Toward a paradox perspective of family firms: The moderating role of collective mindfulness of controlling families* [w:] Melin L., Nordqvist M., Sharma P., *The SAGE handbook of family business*, SAGE Publications 2013.



Dr Adrianna Lewandowska

FAMILY BUSINESS INSTITUTE



Dr Miłosz Kłosowiak

FACULTY OF LAW AND ADMINISTRATION, UNIVERSITY OF WARSAW



Dr hab. Jacek Lipiec

PROFESSOR OF THE WARSAW SCHOOL OF ECONOMICS, COLLEGIUM OF BUSINESS ADMINISTRATION, WARSAW SCHOOL OF ECONOMICS

The family foundation: Economic and tax aspects

In the literature, family firms are often referred to as “economic stabilizers.” This is because their owners most often operate with a long-term perspective and are therefore much more likely to “reinvest in themselves” in order to maintain, consolidate and multiply their wealth for future generations. A family firm is capable of investing for the long term and successfully resisting the pressure to achieve short-term benefits. In Central Europe, due to economic transformations, a critical moment in the operation of family firms is approaching: after 30 years of operation, they face the succession phase. Advanced legal systems aim to build mechanisms making it easier for family firm owners to carry out this generational transformation. One of the tools for the multigenerational activity of family firms is the family foundation.

The aim of this article is to draw attention to the nature and importance of foundations from the point of view of the intention to introduce a Family Foundations Act in Poland.

**FAMILY FOUNDATION • FAMILY WEALTH MANAGEMENT • SUCCESSION
FAMILY FIRM • PHILANTHROPY**





dr Aleksandra Czajka

ABOGADA (ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE BARCELONA), RADCA PRAWNY

Fundacja prawa prywatnego jako instytucja zamawiająca?

Glosa (w ujęciu praktycznym) do wyroku TSUE z 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19, *Federazione Italiana Giuoco Calcio*

Opracowanie stanowi praktyczny komentarz do wyroku TSUE z 3 lutego 2021 r., w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19, *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (FIGC), *Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl.*, w którym sąd po raz kolejny porusza problematykę zakresu podmiotowego stosowania dyrektywy 2014/24. Glosa omawia kwestię przesłanek uznania konkretnej jednostki za instytucję zamawiającą, analizując temat z perspektywy wypracowanej przez Trybunał nowej definicji kryterium „nadzoru” nad kontrolowanym podmiotem oraz okoliczności warunkujących jego spełnienie. Opracowanie przybliży także wpływ analizowanego rozstrzygnięcia na praktykę stosowania zamówień publicznych w Hiszpanii, a konkretnie na możliwość kwalifikowania fundacji prawa prywatnego jako instytucji zamawiających w oparciu o kryterium nadzoru administracyjnego.

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH • ZAKRES PODMIOTOWY DYREKTYWY 2014/24 • KONTROLA ZARZĄDCZA WŁADZ PUBLICZNYCH • FUNDACJE PRAWA PRYWATNEGO

Wstęp

Wyrok TSUE w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 odpowiada na pytanie, czy w świetle włoskich regulacji prawnych federacja sportowa może być uznana za podmiot prawa publicznego na gruncie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r.¹, biorąc pod uwagę cechy federacji oraz zakres i charakter wykonywanych zadań.

Podstawą wydania wyroku było pytanie prejudycjalne skierowane do Trybunału przez włoską Radę Stanu, która zwróciła się z prośbą o wyjaśnienie, czy krajowa federacja piłki nożnej („FIGC”) spełnia warunki uznania jej za podmiot prawa publicznego, skoro:

- posiada osobowość prawną,
- została utworzona w celu wykonywania zadań w interesie ogólnym,
- podlega nadzorowi innego podmiotu prawa publicznego, a konkretnie centralnego komitetu olimpijskiego.

U podłoża sprawy leżało zamówienie na usługi transportowe. Spółka De Vellis Servizi Globali została zaproszona do udziału w postępowaniu w trybie zapytania o cenę, zorganizowanym przez FIGC w celu udzielenia zamówienia na usługi transportu sprzętu narodowych drużyn sportowych przez okres trzech lat. W postępowaniu tym za najlepszą uznano ofertę złożoną przez Consorzio Ge.Se.Av. S.c. arl. Spółka De Vellis Servizi Globali zaskarżyła udzielenie zamówienia do właściwego sądu, argumentując, że FIGC należy uznać za podmiot prawa publicznego w rozumieniu włoskiego prawa zamówień publicznych.

¹ Dz.Urz. UE L z 2014 r. Nr 94, s. 65 ze zm.; dalej: „dyrektywa 2014/24”.

Skarga De Vellis Servizi Globali została uwzględniona, a sąd stwierdził nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia. Zarówno FIGC, jak i Consorzio zaskarżyły przedmiotowe rozstrzygnięcie do Rady Stanu.

Centralnym problemem pytania prejudycjalnego była kwestia możliwości uznania FIGC za „podmiot prawa publicznego” w rozumieniu włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych, która implementuje postanowienia dyrektywy 2014/24 w tym zakresie do prawa wewnętrznego.

Już z pobieżnej analizy zreferowanego stanu faktycznego płynie wniosek, że wyrok z 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 to kolejne z licznych rozstrzygnięć TSUE dotyczących warunków uznania konkretnej jednostki za instytucję zamawiającą. Jest to kluczowa kwestia z punktu widzenia przepisów dyrektywy 2014/24 oraz unormowań prawnych państw członkowskich w dziedzinie zamówień publicznych. W przedmiotowym rozstrzygnięciu zasadniczy problem sprowadzał się do weryfikacji, czy FIGC spełnia przesłankę „nadzoru”.

Warto wspomnieć, że dyrektywa 2014/24 operuje szerokim i funkcjonalnym pojęciem „instytucji zamawiającej”, obejmującym państwa, władze regionalne lub lokalne oraz podmioty prawa publicznego².

W myśl art. 2 ust. 1 pkt 4 lit. c dyrektywy 2014/24 podmiotem prawa publicznego, a zarazem instytucją zamawiającą, jest taki organizm, który ma wszystkie poniższe cechy:

² Szerzej na ten temat C. Clarke, *Public procurement and contracting authorities* [w:] *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (red. C. Bovis), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing 2016.

- został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- posiada osobowość prawną,
- jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Należy mieć na uwadze, że dyrektywa 2014/24 (tak jak akty prawne ją poprzedzające) operuje pojęciem „nadzoru” na równi z instytucją „kontroli”, rozumianej jako możliwość wywierania przez państwo, władze regionalne bądź lokalne lub inne podmioty prawa publicznego istotnego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby.

Ogólnikowy i pojemny charakter pojęcia nadzoru oraz brak jasnych i precyzyjnych reguł interpretacyjnych powoduje wiele wyzwań i trudności przy ocenie, czy w badanej sprawie rzeczywiście mamy do czynienia z takim rodzajem kontroli zarządczej, który zgodnie z dyrektywą pozwala zaliczyć dany podmiot do kategorii instytucji zamawiających. To sprawia, że wielu strukturom kontrolnym przypisuje się nieuzasadnienie charakteru zarządcy, co przesądza o obowiązku stosowania publicznych procedur udzielania zamówień.

Analizy tej nie ułatwia również dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, gdyż sąd ten, na gruncie analizy

wymogów decydujących o włączeniu określonej jednostki do grona „podmiotów prawa publicznego”, preferuje podejście kazuistyczne, oceniając w każdym przypadku, czy dany typ nadzoru może być uznany za przejaw kontroli zarządczej w perspektywie uregulowań prawnych funkcjonujących w danym państwie.

W tym kontekście najnowszy wyrok TSUE stanowi zaskakujący przełom w ekspansywnej tendencji do obejmowania reżimem zamówień publicznych różnorodnych podmiotów prywatnych działających w interesie ogółu oraz hamulec wobec rozszerzającej wykładni pojęcia kontroli zarządczej, o której mowa w dyrektywach.

Zanim jednak przeanalizuję wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r., wydany w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19, omówię podejście do kryterium nadzoru w dotychczasowym orzecznictwie tego sądu.

W ostatniej części pracy zaś przeanalizuję wpływ tego rozstrzygnięcia na praktykę stosowania zamówień publicznych w Hiszpanii, gdzie wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r. w sposób istotny wpływa na interpretację kryterium nadzoru sprawowanego nad fundacjami prawa prywatnego przez organy administracji publicznej.

Pojęcie nadzoru w dotychczasowym orzecznictwie TSUE

Wspólnotowe przepisy dążą do objęcia reżimem publicznych procedur zawierania umów tych wszystkich jednostek, które łącznie spełniają trzy przesłanki:

- zostały utworzone w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym o charakterze nieprzemysłowym,
- posiadają osobowość prawną,

- są finansowane przez podmioty publiczne bądź ich zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów lub też podmioty te mianują ponad połowę członków ich najważniejszych organów.

Jak widać, ostatnia, kumulatywna przesłanka dotycząca istnienia nadzoru zostaje spełniona, jeśli – alternatywnie – wystąpi choć jeden z typów kontroli określonych w tym punkcie, a mianowicie: kontrola finansowa, kontrola zarządcza lub kontrola organiczna. O ile pierwszy i ostatni typ kontroli podlegają bezspornej weryfikacji na podstawie obiektywnych ustaleń, o tyle w przypadku kontroli zarządczej mamy do czynienia z pojęciem niedookreślonym, wymagającym skonfrontowania z konkretnym stanem faktycznym, w celu ustalenia, od którego momentu ingerencja w zarząd jednostki przeradza się kontrolę nadzorczą nad organizacją w rozumieniu wspólnotowych dyrektyw.

Do najistotniejszych rozstrzygnięć europejskiego Trybunału, stanowiących próbę usystematyzowania przesłanek definiujących omawiane tu pojęcie nadzoru, należą (w kolejności chronologicznej) wyroki:

- z 15 lutego 1998 r. w sprawie C-44/96 *Mannesmann*,
- z 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-353/96, *Komisja przeciwko Irlandii*,
- z 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99, *Komisja przeciwko Francji*,
- z 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00, *Adolf Truley*³.

³ Istotnego przeglądu w tym zakresie dokonuje C. Clark, *The Meaning and Requirements of the Term 'Contracting Authority' Under EU Public Procurement Law*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2012 nr 1, s. 57–64.

W pierwszym z rozstrzygnięć, w sprawie C-44/96, dotyczącym kwalifikacji prawnej austriackiej drukarni państwowej Österreichische Staatsdruckerei (öS), posiadającej osobowość prawną i zaspokajającej potrzeby o charakterze powszechnym, Trybunał uznał, że spółkę tę należy postrzegać jako instytucję prawa publicznego, a więc jako podmiot zamawiający. TSUE wskazał, że elementem rozstrzygającym o istnieniu nadzoru jest powoływanie dyrektora generalnego öS przez członków 12-osobowej Rady Ekonomicznej, mianowanych przez Kancelarię Federalną lub różne ministerstwa oraz przez zarząd samej spółki. Zdaniem TSUE tego typu uprawnienia kreują relację bliskiej zależności między podmiotami, pozwalającą jednostce kontrolującej wywierać istotny wpływ na ważne decyzje osoby kontrolowanej, a zatem nadzorować jej zarząd w rozumieniu wspólnotowych unormowań.

Kolejny wyrok, w sprawie C-353/96, również rozstrzygnął o istnieniu nadzoru odpowiadającego rodzajowi kontroli, o której mowa w dyrektywie przy ustanawianiu kryteriów charakteryzujących podmioty zamawiające. Sprawa dotyczyła irlandzkiej spółki akcyjnej prawa prywatnego Coillte Teoranta, powołanej do życia w celu prowadzenia działalności w dziedzinie leśnictwa i związanych z tym przedsięwzięć na zasadach komercyjnych oraz zgodnie z zasadami gospodarki leśnej.

W omawianym wyroku za punkt wyjścia do dalszych rozważań przyjęto regułę mówiącą o tym, że *by realizować w pełni zasadę swobodnego przepływu, termin „podmiot zamawiający” należy interpretować funkcjonalnie*. W związku z tym do przekonania, że państwo może kontrolować działalność spółki, doprowadziły Trybunał elementy tak ogólne jak to, że:

- to państwo utworzyło Coillte Teoranta i powierzyło jej określone zadania, polegające przede wszystkim na zarządzaniu państwowymi lasami i przemyśle leśnym,
- państwo może również powoływać jej najważniejsze organy (prezesa i pozostałych członków zarządu),
- minister do spraw energii może wydawać spółce polecenia, zwłaszcza wymagać zapewniania lub utrzymywania określonych usług lub obiektów,
- minister do spraw energii oraz minister finansów mają uprawnienia w kwestiach dotyczących finansów spółki.

I choć, jak zauważył Trybunał: *nie ma przepisu, który stanowiłby wprost, że kontrola wykonywana przez państwo obejmuje w szczególności udzielanie przez Coillte Teoranta zamówień publicznych na dostawy, państwo może wykonywać taką kontrolę, co najmniej pośrednio.*

Warto podkreślić, że w analizowanym tu wyroku TSUE nie podzielił argumentów rządu Irlandii, który przekonywał, że spółka Coillte Teoranta jako podmiot prawa handlowego ma prywatną naturę, a uprawnienia do powoływania członków jej organu i określania jej ogólnych zasad działania nie wykraczają poza standardową treść umów spółek handlowych i statutów akcyjnych spółek prywatnych.

Trybunał nie przychylił się również do opinii Rzecznika Generalnego S. Albera, sporządzonej w 16 lipca 1998 r., którego zdaniem oczywisty brak elementu kontroli państwa nad Coillte Teoranta wynikał z braku regulacji prawnych zezwalających ministrom i urzędnikom państwowym na wydawanie spółce lub jej zarządowi

wiązących instrukcji w zakresie zawieranych przez nią umów. Spółka, jak podkreślał Rzecznik, zobowiązana jest do prowadzenia działalności według kryteriów ekonomicznych, tak by ponosić jak najmniejsze koszty, a członkowie zarządu wykonują swoje uprawnienia zgodnie z obowiązkiem lojalności wobec spółki i niezależnie od swoich osobistych interesów. Jego zdaniem dla rozstrzygnięcia sprawy nie miał znaczenia również wiążący spółkę ustawowy nakaz przestrzegania podstawowych zasad polityki lasów państwowych, gdyż dotyczy on wszystkich posiadaczy gospodarstw leśnych w Irlandii.

Rzecznik przekonywał również, że choć zarząd ma obowiązek przedkładać publicznym podmiotom kontrolującym roczny plan w zakresie rozwoju działalności spółki i jej majątku, w tym nabycia i sprzedaży gruntów, akcji zalesiania oraz przewidywanych zysków, to jednak obowiązujące przepisy nie upoważniają władz publicznych do interwencji w bieżące sprawy firmy ani do stosowania jakichkolwiek metod regulacji jej działalności. Dlatego też, według opinii S. Albera: *choćby przytoczone kryteria pozwalają stwierdzić istnienie ogólnego wpływu państwa na spółkę, jego zakres nie jest wystarczający, by zgodnie z obowiązującymi przepisami można było mówić o istnieniu „kontroli nad zarządem” w rozumieniu przepisów wspólnotowych.*

Kolejny przytoczony wyrok TSUE, z 1 lutego 2001 r., wydany w sprawie C-237/99, a także jednomyślna z nim opinia Rzecznika Generalnego J. Mischo sporządzona 19 października 2000 r. wniosły istotny wkład w doprecyzowanie typu oraz zakresu kontroli pozwalającej zgodnie z unijnymi przepisami zakwalifikować daną jednostkę do grona podmiotów zamawiających.

Rozstrzygnięcie sporu między Komisją a Francją wymagało od europejskiego sądu określenia momentu, od którego ingerencja w zarząd jednostki kwalifikuje się jako „kontrola zarządcza nad organizacją” w rozumieniu wspólnotowych dyrektyw, w kontekście uprawnień francuskiego ministra finansów i ministra do spraw budownictwa nad spółkami budownictwa społecznego z wyłącznym udziałem kapitału prywatnego.

W myśl obowiązującego w sprawie stanu prawnego podmioty budownictwa społecznego podlegały kontroli sprawowanej przez wymienione organy administracji publicznej, obejmującej w głównej mierze:

- dostęp do wszelkiego rodzaju dokumentów związanych z prowadzonymi inwestycjami budowlanymi,
- możliwość zarządzenia rozwiązania spółki i powołania likwidatora w przypadku poważnych nieprawidłowości, uchybień lub zaniechań w zarządzaniu sprawami spółki przez jej organy, z jednoczesnym oddaniem podmiotu w zarząd tymczasowy niezbędny do ukończenia bieżących spraw firmy,
- uprawnienie do zarządzenia rozwiązania spółki i powołania likwidatora w przypadku niewywiązania się z ustawowego obowiązku oddania do użytku minimum 500 mieszkań w określonych granicach czasowych,
- udział w komisji międzyresortowej, kontrolującej, poprzez badanie dokumentów i inspekcje *in situ*, projekty budownictwa społecznego współfinansowane przez państwo lub korzystające ze szczególnych ulg podatkowych.

Jak słusznie zauważył Rzecznik Generalny, analizując okoliczności sprawy, jej

rozstrzygnięcie wymagało nie tylko ustalenia, co należy rozumieć pod pojęciem „kontroli”, ale również zastanowienia się, jaki sens należy przypisać pojęciu „zarządu”, w kontekście omawianej tu kontroli nad zarządem danej jednostki.

Na podstawie egzegezy obu pojęć w oparciu o kilka języków autentycznych Wspólnoty Rzecznik ustalił w pierwszej kolejności, że kontrola, która nie ma na celu ingerencji w ten obszar działalności, w którym organy zarządzające danego organizmu kierują jego działaniami i sprawami, nie odpowiada cechom kontroli zarządczej⁴.

Jeśli zaś chodzi o wymagany zakres i intensywność kontroli nad zarządem, Rzecznik wskazał, że przesłanka nadzoru jest spełniona, jeżeli kontrola zarządcza oznacza taką relację zależności organizmu od władz publicznych, która byłaby równa w skutkach z powiązaniem towarzyszącym pozostałym typom kontroli (wspominanej wcześniej kontroli finansowej lub organicznej), których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje danego podmiotu.

Odnosząc powyższe rozważania do oceny charakteru uprawnień francuskiej administracji nad przedmiotową spółką, w opinii z 19 października 2000 r. Rzecznik Generalny stwierdził, że tego typu nadzór nad sposobem, w jaki dany podmiot kieruje swoimi sprawami i funkcjonuje w zakresie swojej działalności, mimo że nie obejmuje

⁴ Stąd też, zdaniem J. Mischo, system choćby najbardziej szczegółowej kontroli nad przestrzeganiem obowiązujących norm prawnych, obwarowany sankcjami i sprawowany przez niezależne sądy i trybunały, nie jest tym rodzajem kontroli władz publicznych nad danym podmiotem, który przesądzałyby o kwalifikacji jednostki jako instytucji zamawiającej i uaktywniał stosowanie procedur zamówień publicznych.

bezpośredniej ingerencji w sferę jej administracji, to jednak szeroko wykracza poza ramy klasycznej kontroli zgodności działań z prawem. Taka kontrola wpisuje się tym samym w rodzaj gestii o charakterze zarządczym, o jakim mowa w dyrektywach, a który w przedmiotowej sprawie *uprawnienia ministra do narzucenia sposobu prowadzenia spraw spółki lub przynajmniej sterowania dynamiką jej aktywności*.

Aprobuując wszystkie wnioski i spostrzeżenia zawarte w opinii Rzecznika, Trybunał w wyroku z 1 lutego 2001 r. dodał jedynie, że nadzwyczajny charakter i rzadkie w praktyce okoliczności rażącej nieprawidłowości, uchybień lub zaniechań w działaniach spółki, które uprawniają organy władzy do skorzystania z ustawowo im przypisanych prerogatyw ingerencji w działanie podmiotu, nie wpływają na zmianę kwalifikacji danej jednostki jako instytucji zamawiającej. Zdaniem sądu ich wyjątkowy charakter świadczy wręcz o istnieniu stałej, permanentnej kontroli publicznej, której skutkiem może być właśnie ujawnienie tego typu poważnych zaniedbań. Ta z kolei bliska zależność między podmiotami i stosunek podległości kontrolowanego w stosunku do instytucji kontrolującej przesądza o istnieniu nadzoru nad zarządem w rozumieniu wspólnotowych unormowań.

Wreszcie ostatni z przywołanych tu wyroków, z 27 lutego 2003 r., w sprawie C-373/00, ma swoje źródło w zapytaniu prejudycjalnym austriackiego sądu w sprawie kwalifikacji prawnej spółki miejskiej należącej w całości do Miasta Wiednia, której działalność podlegała wielopłaszczyznowej weryfikacji sprawowanej przez municipalne służby kontroli finansowej (Kontrollamt).

Podstawową funkcją Kontrollamt było badanie rocznych sprawozdań finansowych spółki. Sąd uznał, że ten typ kontroli – dokonywanej *a posteriori* względem podjętych działań – nie odpowiada przesłankom wynikającym z dyrektyw, jako że ze swej natury nie pozwala wywierać żadnego wpływu na decyzje kontrolowanej osoby w momencie ich podejmowania. Niemniej jednak, oceniając pozostałe uprawnienia służb finansowych, Trybunał doszedł do przekonania, że wpisują się one w pojęcie nadzoru nad zarządem w zakresie, w jakim pozwalają na ocenę bieżących działań spółki pod kątem legalności, gospodarności, skuteczności i celowości ponoszonych wydatków oraz na inspekcje *in situ* w siedzibie spółki i przekazanie wyników kontroli wspólnikom spółki, radzie miasta i innym uprawionym organom.

Z przytoczonych rozstrzygnięć TSUE wyłania się nieostry obraz pojęcia nadzoru nad organem zarządzającym danego podmiotu, wskazujący, że klasyczny nadzór administracyjny, czy też ogólna kontrola zgodności działań z prawem, nie stanowią tego rodzaju nadzoru o charakterze zarządczym, o jakim mowa w dyrektywach. W szczególności przesłanki nadzoru nie spełnia kontrola dokonywana *a posteriori* względem podjętych działań, czyli taka, która ogranicza się do przyjęcia do wiadomości informacji o dokonanych czynnościach, lecz nie warunkuje podjęcia ani wdrożenia konkretnych decyzji kontrolowanego podmiotu. Kontrola, o jakiej mowa w unijnych przepisach i orzecznictwie, polega na wywieraniu istotnego wpływu na działalność podmiotu. Nie chodzi przy tym o bezpośrednią ingerencję w sferę administrowania daną jednostką, lecz o taki charakter i zakres uprawnień kontrolującego podmiotu, które są w stanie narzucić sposób, w jaki

dany podmiot zarządza swoimi sprawami, lub przynajmniej wytyczać kierunki jego działalności.

Ułomnością dotychczasowej doktryny TSUE jest niewątpliwie brak jednolitych i wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Unii kryteriów kwalifikowania rozmaitych struktur nadzorczych jako „kontrolni zarządczej”. Nawet zbliżone typy uprawnień kontrolnych podlegają rozbieżnym kwalifikacjom Trybunału co do występującego w nich elementu nadzoru zarządczego w zestawieniu z konkretnym stanem prawnym i faktycznymi okolicznościami towarzyszącymi działalności danego podmiotu. Spełnienie warunku kontroli zarządczej jest, w myśl tej doktryny, ściśle zależne od tego, czy zmienne regulacje prawnogospodarcze państw członkowskich pozostawiają kontrolowanej jednostce szeroki zakres swobody odnoszący się do całokształtu jej działalności, czy też rygorystycznie determinują obszar i kierunki jej aktywności.

Analiza wyroku TSUE z 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19

Jak już nadmieniałam, najnowszy wyrok TSUE rzuca nowe światło na pojęcie kontroli, którym operuje dyrektywa 2014/2014, i dzięki spojrzeniu na analizowany problem z nowej perspektywy nadaje instytucji nadzoru ściślejsze ramy, będąc przeciwwagą wobec dotychczasowej, rozszerzającej wykładni pojęcia kontroli zarządczej.

W sprawie tej szczególną uwagę zwraca drobiazgowa polemika Trybunału z Rzecznikiem Generalnym M. Camposem Sánchezem-Bordoną, który w swej opinii z 1 października 2020 r., analizując uprawnienia kontrolne komitetu olimpijskiego nad krajowymi federacjami sportowymi w zakresie

organizacji zawodów i działalności sportowej, jednoznacznie sugeruje, że włoska administracja wywiera rzeczywisty i istotny wpływ na sferę decyzyjną stowarzyszeń, pomimo przysługującej federacjom szerokiej *autonomii technicznej, organizacyjnej i administracyjnej*. Tym samym przedmiotowa opinia pozostawia niewiele miejsca krajowemu organowi odsyłającemu na własną i ostateczną ocenę charakteru nadzoru między wspomnianymi podmiotami.

Dla naszych potrzeb warto w pierwszej kolejności przyrzeć się wnikliwej analizie dokonanej przez Rzecznika, dotyczącej szeregu uprawnień komitetu olimpijskiego, na podstawie których sugeruje on istnienie nadzoru nad federacjami sportowymi. Do uprawnień tych należy:

- zatwierdzanie budżetu, programów związanych z działalnością i bilansem rocznym,
- sprawowanie kontroli w zakresie powierzonych federacjom zadań publicznych w odniesieniu do regularnej organizacji zawodów oraz wykorzystywania przyznanej pomocy finansowej,
- zatwierdzanie statutów, regulaminów wykonawczych do statutów, regulaminów dyscyplinarnych i regulaminów antydopingowych i proponowanie niezbędnych zmian tych tekstów,
- mianowanie audytorów zobowiązanych do reprezentowania komitetu przy czynnościach kontrolnych obejmujących stowarzyszenia,
- możliwość objęcia federacji nadzorem komisarycznym w przypadku poważnych nieprawidłowości w zarządzaniu lub poważnych naruszeń prawa sportowego przez jej organy zarządzające,
- formułowanie wytycznych dotyczących prowadzenia działalności sportowej.

W oparciu o powyższe opiniujący kieruje sugestywne wskazówki do krajowego podmiotu występującego z zapytaniem prejudycjalnym co do elementów i okoliczności, które powinien on rozważyć w procesie subsumpcji okoliczności sprawy pod treść unijnych przepisów o podmiotach zobowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych. Rzecznik sugeruje w szczególności konieczność rozstrzygnięcia, czy niezbędne do powstania federacji „uznanie” ze strony komitetu, że organizacja została powołana dla celów sportowych, ma charakter czysto formalny, czy też, jak się wydaje, charakter materialny, ponieważ jest związane z badaniem jej statutów.

Rzecznik zwraca również uwagę, że po pierwsze komitet, zatwierdzając statut federacji, ocenia jego zgodność nie tylko z prawem, ale także ze statutem samego komitetu, a po drugie może odmówić jego zatwierdzenia, w którym to przypadku zwraca federacji przedłożony statut w celu dokonania stosownych i, co istotne, obowiązkowych zmian.

M. Campos Sánchez-Bordona wskazuje także, że jeśli to właśnie zadania publiczne powierzone stowarzyszeniom uzasadniają podejmowanie rozmaitych interwencji przez komitet po to, by nowo powstające federacje sportowe zostały uznane za takowe, to *interwencja ta odzwierciedla już wpływ tego podmiotu prawa publicznego na pierwszym etapie istnienia federacji*. Również w zakresie przyznanej federacjom autonomii o charakterze technicznym, organizacyjnym oraz zarządczym apeluje on, by nie lekceważyć okoliczności, że federacje korzystają z przyznanej im autonomii pod nadzorem komitetu, a w ramach prowadzonej działalności o charakterze publicznym muszą przestrzegać wytycznych jednostki kontrolującej.

Za kluczowe dla analizowanej sprawy Rzecznik uznaje także ustalenie, czy w zakresie uprawnień komitetu olimpijskiego mieści się także wydawanie federacjom wiążących poleceń, których prawidłowe wykonywanie może być odpowiednio egzekwowane. *Jeśli tak rzeczywiście jest, wydaje się, że interwencja organów w stosunku do federacji nie kończy się wraz z przyjęciem przepisów ustawowych lub wykonawczych, do przestrzegania których stowarzyszenia są zobowiązane, ponieważ komitet może wyznaczać główne kierunki ich działalności w drodze wytycznych lub innego rodzaju aktów.*

W tym względzie Rzecznik wymownie podkreśla wpływ komitetu na rozmaite decyzje kontrolowanych jednostek, dotyczące m.in. wyboru oferentów przy udzielaniu zamówień publicznych.

W kolejnym punkcie opinia uwypukla kwestię uprawnień komitetu do objęcia federacji nadzorem publicznym, jeśli dojdzie do poważnych nieprawidłowości w zakresie zarządzania organizacją lub poważnych naruszeń prawa sportowego oraz gdy nie jest zagwarantowane prawidłowe rozpoczęcie zawodów sportowych lub ich przebieg. W tych przypadkach możliwe jest również ustanowienie zarządu komisarycznego. Rzecznik wskazuje przy tym na jednoznaczność analogię pomiędzy tymi prerogatywami a rozstrzygnięciem Trybunału w przywołanej wcześniej sprawie C-237/99 (*Komisja przeciwko Francji*), w którym o istnieniu kontroli organów władzy publicznej w rozumieniu dyrektyw przesądziła okoliczność, że organy te mogły nakazać rozwiązanie podmiotu, powołać likwidatora lub podjąć decyzję o zawieszeniu organów kierowniczych w przypadku poważnych nieprawidłowości. Zdaniem M. Camposa

Sánchez-Bordony z analogii tej płynnie wnioskuje, że w przypadku federacji musi mieć miejsce stała i systematyczna kontrola ich działalności sprawowana przez komitet, bez której organ kontrolny byłby pozbawiony możliwości wykrycia owych poważnych nieprawidłowości.

Jak sugeruje Rzecznik, o występowaniu stałego nadzoru publicznego nad federacjami świadczy również uprawnienie komitetu do zastąpienia stowarzyszenia w jego działaniach, na wypadek gdyby procedura kontrolna okazała się niewystarczająca do zagwarantowania prawidłowego przebiegu zawodów sportowych. Argumentuje przy tym, że *tego rodzaju środek w postaci zastąpienia dotyczy istoty działalności federacji, ponieważ to na nich spoczywa właśnie obowiązki organizowania zawodów piłkarskich*, rekapitulując sugestywnie, że *w oparciu o powyższe elementy oceny sąd odsyłający będzie mógł wyciągnąć własne wnioski co do zakresu nadzoru, jaki komitet sprawuje nad federacjami*.

Mimo to Trybunał, dokonując własnej oceny okoliczności analizowanej sprawy, w zaskakujący i nieoczekiwany sposób zajął stanowisko rozbieżne od wywodów Rzecznika Generalnego, popartych, co istotne, dotychczasowymi i, jakby się mogło wydawać, ugruntowanymi poglądami Trybunału w omawianej tu kwestii.

Wskazując na podstawowe funkcje komitetu w ramach działań na rzecz upowszechniania idei olimpijskiej, działalności niezbędnej do przygotowań do igrzysk olimpijskich oraz regulowania i koordynowania krajowej działalności sportowej, Trybunał uznał, że komitet pełni zasadniczo funkcję reglamentacyjną i koordynującą, której przewodnim celem jest kierowanie

do krajowych federacji sportowych wspólnych reguł sportowych, etycznych, zgodnych z normami międzynarodowymi, w szczególności w ramach zawodów i przygotowania do igrzysk olimpijskich. Z okoliczności tych nie wynika natomiast, zdaniem Trybunału, aby organ ten miał za zadanie regulować szczegóły codziennego uprawiania sportu lub ingerować w konkretne zarządzanie federacjami sportowymi oraz w stosunki i zobowiązania umowne, jakie nawiązują one z innymi podmiotami. Ogół rozwiązań przyjętych w tym zakresie w prawie włoskim pozwolił Trybunałowi wyciągnąć wniosek, że administracja publiczna, której zadaniem jest stanowienie norm w dziedzinie sportu i kontrola ich właściwego stosowania oraz interweniowanie wyłącznie na poziomie organizacji zawodów i przygotowania olimpijskiego, nieobjęte regulowania organizacji i codziennej praktyki poszczególnych dyscyplin sportowych, nie może być uznana za organ sprawujący „kontrolę nad zarządzeniem” federacji i kierujący jej działaniami.

Za słuszością tezy Trybunału przemawiają niewątpliwie szczególne okoliczności przedmiotowego sporu, dotyczące korzystania przez federacje z szeroko określonej autonomii w zarządzaniu swoimi sprawami. Warto jednak podkreślić, że Trybunał formułuje swoje wnioski dość ostrożnie. TSUE nie wyklucza bowiem, że domniemanie braku rzeczywistej kontroli nad zarządzeniem stowarzyszeń może zostać obalone w przyszłym postępowaniu przed sądem krajowym, poprzez wykazanie, że poszczególne uprawnienia przysługujące komitetowi wobec federacji skutkują powstaniem podległości tej federacji względem jej organu kontrolującego do tego stopnia, że może on wywierać decydujący wpływ na decyzje wspomnianej federacji,

w tym na jej działania w dziedzinie zamówień publicznych.

Warto jednak podkreślić, że choć Trybunał nie rozstrzyga istoty sprawy, to kończy swój wywód przełomowym spostrzeżeniem, w myśl którego badanie istnienia nadzoru nad określonym podmiotem nie może się odbywać w oderwaniu od szczególnych celów, dla których został on powołany do życia, oraz funkcji, jakie pełni instytucja kontrolująca w zakresie gwarancji urzeczywistniania tych celów. W odniesieniu do przedmiotowych spraw C155/19 i C-156/19 postulat ten przekłada się na przekonanie Trybunału, że:

„duch zawodów sportowych, których konkretna organizacja i zarządzanie należą do federacji sportowych, wymaga, aby nie pojmować owych poszczególnych uprawnień komisji w sposób zbyt techniczny, lecz nadać im wykładnię bardziej materialną niż formalną.

Płynie z tego ostateczny wniosek, że o kontroli zarządczej mowa jest tylko wtedy, gdy z analizy wszystkich uprawnień, jakimi dysponuje organ nadzorczy wobec danej jednostki, wynika, że istnieje kontrola zarządzania w pełnym tego słowa znaczeniu, która *de facto* podważa i redukuje autonomię kontrolowanego podmiotu.

W najnowszym wyroku TSUE badanie występowania przesłanki kontroli dla zakwalifikowania danego podmiotu do grona zamawiających zyskuje nową perspektywę. Badanie to odbywa się bowiem z punktu widzenia rezultatu działań nadzorczych, a zatem niezależnie od stanu prawnego, okoliczności towarzyszących działalności danego podmiotu czy regulacji prawnego-spodarczych danego kraju i przewidzianych

w nich limitów swobody działań jednostek, czyli tych okoliczności, które zdawały się kluczowe w dotychczasowej doktrynie Trybunału w kwestii kontroli zarządczej.

W myśli nowej linii orzecniczej TSUE kryterium kontroli nie jest spełnione, jeśli w rezultacie działań nadzorczych autonomia podmiotu nie ustępuje miejsca interwencji instytucji kontrolującej. Innymi słowy, autonomia ta nie zostaje podważona czy udaremniona, a jedynie skorygowana w zakresie niezbędnym do przywrócenia stanu zgodności działań z prawem.

Wpływ analizowanego wyroku na interpretację kryterium nadzoru nad hiszpańskimi fundacjami prawa prywatnego

Jak już wspomniałam, wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r. istotnie wpływa na praktykę stosowania hiszpańskiego prawa zamówień publicznych, a konkretnie na możliwość uznawania fundacji prawa prywatnego za instytucje zamawiające na gruncie krajowych i unijnych regulacji prawnych, w oparciu o kryterium nadzoru administracyjnego⁵.

Warto nadmienić, że hiszpański ustawodawca, w ślad za legislatorem unijnym i regulacjami art. 2 dyrektywy 2014/24, operuje szerokim i funkcjonalnym pojęciem „instytucji zamawiającej”, obejmującym państwo, władze wspólnot autonomicznych i jednostek lokalnych oraz liczne inne podmioty wymienione w art. 3 ustawy 9/2017 z 8 listopada 2017 r. o umowach sektora

⁵ Zbliżoną problematykę omawia A. Usai, *A Professional Association as a “Body Governed by Public Law” within the Meaning of Directive 2004/18/EC*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2014 nr 1, s. 70–76.

publicznego⁶. Wśród jednostek zobowiązanych do stosowania jej przepisów przy zawieraniu umów na dostawy, usługi lub roboty budowlane znajduje się także kategoria rezydualna – podmiotów innych niż wszystkie pozostałe wymienione w tym przepisie, spełniających kumulatywnie trzy następujące przesłanki (art. 3 ust. 3 lit. d):

- posiadają osobowość prawną,
- zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie powszechnym i nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego,
- jeden lub więcej podmiotów zaliczanych do kategorii „instytucji zamawiających” finansuje w przeważającej części ich działalność lub kontroluje ich zarząd, bądź też powołuje więcej niż połowę członków ich organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego.

Przywołany art. 3 ustawy 9/2017 implementuje do prawa hiszpańskiego instytucję „podmiotu prawa publicznego”, o której mowa w art. 2 ust.1 pkt 4 lit. c dyrektywy 2014/24. W kontekście tego przepisu, na przestrzeni ostatnich lat, wzmożona aktywność hiszpańskich fundacji w zakresie pozyskiwania i wydatkowania środków z funduszy unijnych i programów pomocowych dała asumpt instytucjom audytowym badającym prawidłowość realizacji projektów dofinansowywanych przez UE do analizy krajowych regulacji prawnych określających system nadzoru nad fundacjami.

⁶ *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, opublikowana w hiszpańskim Dzienniku Ustaw: *Boletín Oficial del Estado* nr 272, z 9 listopada 2017 r., ze zm.; dalej jako „ustawa 9/2017”.

W jej wyniku w licznych raportach pokontrolnych coraz częściej można spotkać się z opinią europejskich audytorów stawiających kontrowersyjną tezę, że fundacje podlegają nadzorowi sprawowanemu ze strony organów administracji publicznej w sposób wypełniający warunek „kontroli nad zarządem” w rozumieniu art. 3 ustawy 9/2017 i art. 2 dyrektywy 2014/24 oraz w świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE (poprzedzającego wyrok z 3 lutego 2021 r.).

Zostawiając na boku problematykę fundacji prawa publicznego, które *ex lege*, z mocy art. 3 ust. 3 lit. b ustawy 9/2017 uzupełniają katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, wskazać należy, że zaliczenie fundacji prawa prywatnego do kręgu „zamawiających” jedynie na podstawie przesłanki ustawowego nadzoru państwowego oznaczałoby, że każdą bez wyjątku fundację, niezależnie nawet od źródeł jej finansowania, obowiązuje bezwzględny nakaz stosowania prawa o umowach sektora publicznego. Utrwalenie powyższej tezy pociągałoby za sobą bardzo donośne skutki w praktyce funkcjonowania fundacji, a efekty tego procesu bez wątpienia nie ograniczyłyby się do hiszpańskiego systemu prawnego, lecz zmusiłyby pozostałe państwa członkowskie do rewizji krajowych rozwiązań prawnych w tym zakresie.

Działalność hiszpańskich fundacji prawa prywatnego reguluje ustawa nr 50/2002 z 26 grudnia 2002 r. o fundacjach⁷, która definiuje te podmioty jako organizacje posiadające osobowość prawną, niemające

⁷ *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*, opublikowana w hiszpańskim Dzienniku Ustaw – *Boletín Oficial del Estado* nr 310, z 27 grudnia 2002 r., ze zm.; dalej jako „ustawa 50/2002”.

celu zarobkowego i wykonujące zadania użyteczności publicznej zgodnie z wolą ich fundatorów (art. 2 i 4).

Zasadniczym organem fundacji, którego powołanie ma charakter obowiązkowy, jest Patronat (*el Patronato*), sprawujący zarząd nad fundacją, kierujący jej działalnością oraz reprezentujący organizację na zewnątrz (art. 14). Członkami Patronatu mogą być osoby fizyczne i prawne, pełniące rolę patronów.

Kontrolę nad fundacjami sprawuje Protektorat (*el Protectorado*), do którego szeroko zakrojonych zadań należy piecza nad właściwym stosowaniem prawa o fundacjach oraz kontrola zgodności z prawem powoływania do życia i działalności fundacji (art. 34). W stosunku do fundacji prowadzących aktywność na obszarze całego kraju funkcje Protektoratu sprawuje minister do spraw nauki, kultury i sportu, a na obszarze wspólnot autonomicznych wyznaczone w tym celu organy.

Należy wspomnieć przy tym, że w myśl Dekretu Królewskiego nr 1337/2005 z 11 listopada 2005 r.⁸, aktu o charakterze wykonawczym w stosunku do wspomnianej ustawy:

protektorat sprawowany jest z poszanowaniem autonomii funkcjonowania fundacji i w wyłącznym celu zapewnienia poszanowania prawa i realizacji misji fundacji w zgodzie z wolą fundatorów.

Wśród licznych uprawnień organów nadzorczych wiążących się ze sprawowaniem

⁸ *Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal*, opublikowany w hiszpańskim Dzienniku Ustaw – *Boletín Oficial del Estado* nr 279, z 22 listopada 2005 r., ze zm.

protektoratu do najistotniejszych zaliczyć można następujące kompetencje:

- wydawanie wiążącej opinii uzależniającej wpis fundacji do odpowiednich rejestrów, dotyczącej adekwatności przewidzianych w statucie celów oraz środków finansowych fundacji do realizacji ustawowo określonych zadań,
- świadczenie pomocy w kwestiach dotyczących obowiązującego prawa oraz w sprawach zagadnień ekonomicznych, finansowych, budżetowych i wszelkich innych kwestiach związanych z prowadzoną przez nie działalnością przy wykonywaniu przypisanych im zadań,
- nadzór nad efektywnym wypełnieniem celów fundacji zgodnie z wolą fundatorów i dla zaspokojenia potrzeb pożytku publicznego,
- nadzór nad właściwym gospodarowaniem środkami finansowymi z punktu widzenia celów fundacji, wiążący się z prawem zasięgania informacji od patronów i możliwości domagania się weryfikacji uzyskanych danych przez niezależnych biegłych,
- sprawowanie funkcji tymczasowego organu zarządu fundacji, jeśli z jakiegokolwiek powodu zabraknie patronów powołanych do jego składu,
- odwołanie dotychczasowych patronów i powołanie nowych osób do zarządu fundacji wówczas, gdy osoby pierwotnie wyznaczone do składu Patronatu nie podjęły czynności związanych z wpisem fundacji do odpowiednich rejestrów w terminie 6 miesięcy od momentu ustanowienia fundacji w akcie notarialnym,
- obowiązek każdorazowego zawiadomienia Protektoratu o powołaniu nowych patronów,

- wydawanie uprzedniej zgody na zawieranie umów pomiędzy patronami a fundacją o świadczenie usług wykraczających poza zakres typowych funkcji członka Patronatu⁹,
- wyrażanie uprzedniej zgody na odpłatne lub nieodpłatne wyzbycie się majątku z funduszu założycielskiego fundacji,
- prawo sądowego dochodzenia roszczeń majątkowych przeciwko patronom, odpowiadającym solidarnie za czynności dokonywane przez Patronat ze szkodą dla fundacji,
- obowiązek każdorazowego zawiadomienia Protektoratu o przystąpieniu fundacji do spółki prawa handlowego,
- zatwierdzanie rocznych sprawozdań majątkowych fundacji,
- możliwość wystąpienia do sądu o wymaganą ustawą zmianę statutu fundacji w przypadku beczynności Patronatu w tym zakresie¹⁰,
- obowiązek zawiadomiania Protektoratu o zmianie statutu; Protektorat może wstrzymać wykonanie uchwały Patronatu o zmianie statutu fundacji, gdy uzna, że jest ona niezgodna z prawem,
- obowiązek zawiadomiania Protektoratu o dokonaniu fuzji dwóch lub więcej fundacji; fuzja może być zablokowana przez Protektorat w razie stwierdzenia jej niezgodności z prawem,
- możliwość nałożenia obowiązku dokonania fuzji dwóch lub więcej fundacji

o zbliżonych celach, gdy jedna z nich nie jest w stanie prowadzić właściwej działalności, a pozostałe wyraziły przed Protektoratem zgodę na jej przejęcie,

- sprawowanie kontroli nad procesem likwidacji fundacji,
- zatwierdzanie uchwały o rozwiązaniu fundacji, gdy jej likwidacja następuje z powodu osiągnięcia założonych celów jak i niemożności osiągnięcia tychże celów lub z innych przyczyn określonych w statucie,
- uprawnienie do żądania usunięcia poważnych uchybień w zarządzaniu finansami fundacji, zagrażających jej istnieniu, oraz wyeliminowania poważnych rozbieżności między prowadzoną działalnością a celami fundacji; w razie beczynności Patronatu w tym zakresie organ nadzoru może wystąpić do sądu o ustanowienie tymczasowego zarządu przymusowego nad fundacją, sprawowanego przez Protektorat.

Z szerokiego spektrum funkcji wynikających ze sprawowania protektoratu nad fundacjami prawa prywatnego na wszystkich etapach ich istnienia płynnie wniosek, że choć ustawa szczegółowo określa kompetencje hiszpańskich organów nadzoru, to kontrola ta dotyczy w przeważającej mierze oceny prawidłowości działania fundacji pod względem zgodności z prawem, a jej granice nie sięgają możliwości koordynowania czy kierowania bieżącą działalnością organizacji. Tak scharakteryzowany nadzór dokonuje się zatem – zgodnie z nakazem hiszpańskiego legislatora – z poszanowaniem niezależności fundacji przy prowadzeniu właściwej sobie aktywności, pod warunkiem że spełnia ona wymogi prawa i nie niweczy celów wyznaczonych przez fundatorów. Co do zasady Protektorat

⁹ Funkcje związane z wypełnianiem zadań członka Patronatu patroni wykonują nieodpłatnie i z racji pełnionej roli.

¹⁰ Wspomniany ustawowy obowiązek dotyczy sytuacji, gdy w następstwie zmiany okoliczności towarzyszących powstaniu fundacji organizacja nie jest w stanie prowadzić właściwej sobie działalności, zgodnej z celami wyrażonymi w aktach założycielskich, z wyjątkiem sytuacji, w których statut nakazuje rozwiązanie fundacji.

nie może wywierać istotnego wpływu na decyzje osoby kontrolowanej, a poważna interwencja w konkretne działania fundacji wymaga zwrócenia się do sądu, z uwagi na brak bezpośrednich kompetencji organu nadzorczego w tym zakresie.

Również w hiszpańskiej doktrynie i piśmiennictwie przeważa pogląd, że funkcje Protektoratu nie wpisują się w ramy kontroli o charakterze zarządczym, o jakim mowa w dyrektywach. Innymi słowy, typ uprawnień, jaki hiszpański system nadzoru nad fundacjami przewidział dla organów nadzorczych, nie spełnia przesłanki określonej w art. 3 ustawy 9/2017 i art. 2 dyrektywy 2014/24, niezbędnej do uznania fundacji za instytucje zamawiające¹¹.

Niemniej jednak spotkać się można również z poglądem, w myśl którego warunek kontroli, o którym mowa w unijnych przepisach, nie zostaje spełniony jedynie wówczas, gdy fundacja działa w zgodzie z literą prawa i postawionymi sobie celami. To oznacza, że gdy mają miejsce nadzwyczajne sytuacje, które uprawniają Protektorat do interwencji – choćby tymczasowej i wyłącznie za zgodą sądu – w sprawy zarządu organizacji (na przykład przymusowe administrowanie fundacją w celu naprawy rażących uchybień spowodowanych działaniami jej organów), wówczas autonomia organizmu ustępuje miejsca relacji podległości i ścisłej zależności takiego organizmu od władz publicznych. Zdaniem niektórych autorów na czas trwania tych wyjątkowych okoliczności sposób zarządu nad fundacją będzie odpowiadał cechom

¹¹ Szczegółowego przeglądu rozważań doktrynalnych na ten temat dokonuje A. Arroyo Díez w *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio*, ESADE – Facultad de Derecho, Barcelona 2013 r., s. 476–485.

szerokiego i funkcjonalnego pojęcia „nadzoru” wymaganego do zakwalifikowania danego podmiotu jako instytucji zamawiającej i przesądzał tym samym o obowiązku odpowiedniego, choć ograniczonego w czasie, stosowania procedur udzielania zamówień publicznych¹².

W efekcie niedookreślone pojęcie instytucji nadzoru nad organem zarządzającym jednostki i jego płynne granice naszkicowane w dotychczasowym orzecznictwie TSUE, a także bezdyskusyjne występowanie w hiszpańskim porządku prawnym szczególnych uprawnień administracji publicznej, polegających na możliwości narzucenia sposobu prowadzenia spraw fundacji w określonych sytuacjach, nie pozwalały dotychczas zanegować *a limine* słuszności postulatu płynącego z wniosków europejskich instytucji audytujących wydatkowanie funduszy unijnych przez hiszpańskie fundacje prawa prywatnego – o kwalifikacji tych ostatnich jako instytucji zamawiających.

W tych okolicznościach spostrzeżenia Rzecznika Generalnego w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19, opowiadającego się za występowaniem kontroli zarządczej komitetu olimpijskiego nad federacjami sportowymi, niewątpliwie znalazłyby zastosowanie do tego typu kontroli, jaki hiszpański system nadzoru nad fundacjami przypisuje organom władzy publicznej. Nie ulega wątpliwości, że zasadniczo kontroli tej dokonuje się pod kątem zgodności działania fundacji z prawem, a większość czynności nadzorczych ma charakter *ex post* wobec ocenianych działań, niemniej jednak nie podlega dyskusji występowanie w hiszpańskim porządku

¹² Tamże, s. 479–480.

prawnym szczególnych uprawnień podmiotów nadrzędnych, otwierających drogę do bezpośredniej ingerencji w sposób prowadzenia spraw fundacji. Nawet przy założeniu nadzwyczajnego charakteru tych uprawnień i ograniczonych w czasie ich skutkach, odpowiadają one w pełni cechom kontroli w rozumieniu unijnych dyrektyw, scharakteryzowanej przez Rzecznika w analizowanej opinii. Rozstrzygające zdanie Trybunału w tej kwestii mogło zatem całkowicie odmienić panoramę zakresu podmiotowego stosowania procedur zamówień publicznych przez fundacje prawa prywatnego.

Co istotne, najnowsze ustalenia TSUE w kwestii przesłanek warunkujących podleganie nadzorowi ze strony władz publicznych na gruncie wyroku w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 dezaktualizują kontrowersyjną tezę europejskich audytorów o podleganiu fundacji prawa prywatnego reżimowi publicznych procedur zawierania umów. Jeśli bowiem przyjrzeć się systemowi kontroli nad hiszpańskimi fundacjami z perspektywy nadanej przez TSUE w analizowanym wyroku, tj. z punktu widzenia rezultatu działań kontrolnych, to wyraźnie widać, że nie może tu być mowy o istnieniu kontroli zarządczej, czyli takiej, która zastępuje bądź istotnie redukuje autonomię kontrolowanego podmiotu. Kontrola sprawowana przez Protektorat pełni bowiem funkcję koordynującą i pomocniczą. Jej rezultatem nie jest zatem zastąpienie fundacji w prowadzeniu właściwej dla niej działalności, a jedynie skorygowanie jej aktywności w zakresie niezbędnym do przywrócenia stanu zgodności działań z prawem.

Podsumowanie

Wyrok TSUE z 3 lutego 2021 r. w sprawach połączonych C-155/19 i C-156/19 rzuca nowe

światło na problematykę zakresu podmiotowego stosowania publicznych procedur zawierania umów w oparciu o kryterium występowania kontroli zarządczej nad organem decyzyjnym danej jednostki. O ile wcześniejsze rozstrzygnięcia Trybunału w kwestii omawianej tu problematyki charakteryzuje niedookreśloność i brak precyzji w definiowaniu typu kontroli odpowiadającej warunkom ustanowionym w art. 2 dyrektywy 2014/24, wymagającej każdorazowo kazuistycznej konfrontacji z całokształtem okoliczności analizowanej sprawy, o tyle najnowszy wyrok w tej materii jasno określa granicę, po przekroczeniu której ingerencja w zarząd jednostki przegradza się w kontrolę nadzorczą nad organizacją – w rozumieniu unijnych przepisów. Tę granicę determinuje moment, w którym swoboda i autonomia jednostki w zakresie prowadzenia właściwej sobie działalności zostaje podważona i unicestwiona przez podmiot nadrzędny, a jej miejsce zastępuje władcze działanie instytucji kontrolnej w ramach przyznanych jej ustawowo prerogatyw.

Cechom tym nie odpowiada zakres ani tym bardziej cel kontroli sprawowanej przez Protektorat nad hiszpańskimi fundacjami prawa prywatnego, który zasadniczo pełni funkcję reglamentacyjną, koordynującą i pomocniczą. W tym ujęciu przewodnim motywem nadzoru Protektoratu jest „dostrajanie” działalności organizacji do obowiązujących przepisów, woli fundatora i misji, którą powierzył on fundacji w myśl nadanych statutów oraz stosownie do potrzeb pożytku publicznego. Działalność organu kontrolnego nie jest zatem zaprojektowana z myślą o narzuceniu fundacjom szczegółowych i daleko idących zasad zarządzania. Zgodnie zaś z nowymi wytycznymi TSUE tego typu

interweniowanie – wyłącznie na poziomie harmonizowania kontrolowanej aktywności z celami wyznaczonymi przez ustawę i akty założycielskie, *bez regulowania organizacji i codziennej praktyki przedsięwzięć* realizowanych przez dany podmiot – nie może być uznane za równoważne kontrolowaniu zarządzania jednostką ani sterowaniu tym zarządzaniem.

W konsekwencji, w obliczu nowych ustaleń Trybunału, bezsprzecznie upada teza europejskich audytorów, że fundacje podlegają nadzorowi sprawowanemu przez organy administracji publicznej w sposób

wypełniający warunek „kontroli nad zarządem” – w rozumieniu art. 3 ustawy 9/2017 i art. 2 dyrektywy 2014/24. Opinia ta w pewnym zakresie mogła znajdować oparcie w doktrynie ustanowionej przez TSUE w rozstrzygnięciach poprzedzających wyrok z 3 lutego 2021 r., choć i wówczas miała charakter kontrowersyjny. Teraz jednak będzie musiała zostać poddana nieodzownej rewizji, w oparciu o element szerokiego zakresu autonomii fundacji w zakresie ich własnego zarządu, której nie eliminują korekcyjne metody nadzoru sprawowanego przez organy władzy publicznej. ■

Bibliografia

- Arroyo Díez A., *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio*, ESADE – Facultad de Derecho, Barcelona 2013.
- Clarke C., *Public procurement and contracting authorities* [w:] *Research Handbook on EU Public Procurement Law* (red. C. Bovis), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing 2016.
- Clarke C., *The Meaning and Requirements of the Term ‘Contracting Authority’ Under EU Public Procurement Law*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2012 nr 1.
- Usai A., *A Professional Association as a “Body Governed by Public Law” within the Meaning of Directive 2004/18/EC*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2014 nr 1.



Dr Aleksandra Czajka

ABOGADA (ILUSTRE COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE BARCELONA),
ATTORNEY-AT-LAW (POLAND)

A private foundation as a contracting authority?

A (practical) commentary on the judgment of the Court of Justice of 3 February 2021 in Joined Cases C-155/19 and C-156/19, *Federazione Italiana Giuoco Calcio*

This is a practical commentary on the judgment of the Court of Justice of 3 February 2021 in Joined Cases C-155/19 and C-156/19, *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (FIGC) and *Conorzio Ge.Se.Av. S. c. arl.*, in which the court once more addressed the issue of the entities covered by Directive 2014/24/EU on public procurement. The comment discusses the grounds for regarding an entity as a contracting authority, analysing the issue from the perspective of the new definition developed by the court of the criterion of “supervision” over a controlled entity and the circumstances for fulfilment of that criterion. The comment also examines the impact of the ruling on the application of public procurement law in Spain, and in particular the possibility of regarding a private foundation as a contracting authority based on the criterion of administrative supervision.

**PUBLIC PROCUREMENT LAW • ENTITIES SUBJECT TO DIRECTIVE 2014/24/
EU ON PUBLIC PROCUREMENT • ADMINISTRATIVE SUPERVISION BY PUBLIC
AUTHORITIES • PRIVATE FOUNDATIONS**





Maciej Zych

ADWOKAT, KANCELARIA WARDYŃSKI I WSPÓLNICY

Świadczenie *in natura* jako forma naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 25 września 2014 r., II CSK 795/13

Przedmiotem glosy jest wyrok Sądu Najwyższego z 25 września 2014 r., II CSK 795/13, którego centralna teza głosi, że art. 363 § 1 k.c. generalnie dopuszcza żądanie naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania poprzez świadczenie *in natura* zgodne z treścią pierwotnego zobowiązania, które może polegać także na usunięciu wad fizycznych rzeczy. Teza ta została poddana krytyce z uwagi na niezasadnione odstępstwo od wykładni literalnej art. 363 § 1 k.c., ale przede wszystkim ze względu na sprzeczności systemowe oraz niedające się zaakceptować skutki funkcjonalne, do jakich jej zastosowanie by prowadziło. W ramach przeprowadzonej analizy zbadano m.in. wpływ tezy podjętej w wyroku na systemową spójność układu zobowiązań pierwotnych oraz wtórnych, a także reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej oraz reżimu rękojmi.

**RESTITUCJA NATURALNA • RESTITUTIO IN INTEGRUM • NAPRAWIENIE SZKODY PRZYWRÓCENIE STANU POPRZEDNIEGO • WADA FIZYCZNA
ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA • ODPOWIEDZIALNOŚĆ KONTRAKTOWA
ODPOWIEDZIALNOŚĆ EX CONTRACTU • RĘKOJMIA • USUNIĘCIE WADY**

Usytuowanie art. 363 § 1 k.c. w części ogólnej zobowiązań wskazuje, że przepis ten dotyczy również kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Dopuszcza on zatem generalnie naprawienie w drodze restytucji naturalnej szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Przedmiot glosy

Przedmiotem glosy jest wyrok Sądu Najwyższego z 25 września 2014 r., II CSK 795/13, którego centralna teza – zacytowana wyżej – sprowadza się do konkluzji, że art. 363 § 1 k.c. mógł stanowić podstawę dla żądania naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania poprzez świadczenie konsekwentnie nazywane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu „restytucją naturalną”, choć w zasadzie będące świadczeniem *in natura*.

Oczywiście mam świadomość, że zakreślony temat nie jest nowy. Wypowiedzi orzecznictwa i doktryny w tym przedmiocie – co ciekawe, zasadniczo przeciwstawne co do konkluzji – pojawiają się co najmniej od lat 90. XX w. Zagadnienie to było rozważane zresztą już na gruncie Kodeksu zobowiązań, m.in. przez A. Ohanowicza¹. Sam Sąd Najwyższy wypowiedział się w tym przedmiocie m.in. w uzasadnieniu wyroku składu siedmiu sędziów z 12 lutego 1991 r. (III CRN 500/90), w uzasadnieniu uchwały z 23 września 2004 r. (III CZP 48/04)²,

¹ A. Ohanowicz, *Rekrojmia przy sprzedaży a odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962 nr 24(2), s. 19–26.

² Z głosem krytyczną M. Adamczyk, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005 nr 3, s. 41–50. Krytyka przedstawiona w tej głosie opiera się głównie na analizie rozdziału reżimu rękojmi od reżimu odszkodowawczego.

a także, pośrednio, w uzasadnieniu wyroku z 3 października 2000 r. (I CKN 301/00).

Mimo to w mojej ocenie dotychczasowa dyskusja nie wyczerpała wszystkich istotnych aspektów zagadnienia. Wręcz przeciwnie, można zasadnie jej zarzucić ograniczenie sfery rozważań interpretacyjnych do konkretnego przypadku restytucji naturalnej polegającej na usunięciu wad rzeczy (zwykle budynku), z pominięciem, a przynajmniej zbyt pobieżnym potraktowaniem szerszego kontekstu systemowego, który jest kluczowy dla oceny tak daleko idącej tezy. Teza ta – literalnie rzecz ujmując – dopuszcza bowiem restytucję naturalną jako formę odszkodowania za potencjalnie **każde** naruszenie **dowolnego** zobowiązania, *lege non distinguente*.

W szczególności ani Sąd Najwyższy w przedmiotowym orzeczeniu (czy też w poprzednich orzeczeniach na ten temat), ani też przedstawiciele doktryny nie próbowali eksplorować skrajnych logicznych konsekwencji omawianego zapatrywania, które nie dają się zaakceptować zwłaszcza w odniesieniu do odszkodowania za niewykonanie zobowiązania oraz w przypadkach odstąpienia od umowy z winy drugiej strony.

Choć więc bezpośrednim przyczynkiem do zabrania głosu w tej dyskusji jest wyrok Sądu Najwyższego z 25 września 2014 r., został on wybrany tylko dlatego, że zawiera ostatnią umotywowaną wypowiedź Sądu Najwyższego w tym przedmiocie i jest powoływany w aktualnym orzecznictwie sądów powszechnych (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 grudnia 2019 r., VII AGA 1481/18), jak i samego Sądu Najwyższego (zob. wyrok z 8 marca 2019 r., III CSK 106/17) jako najbardziej aktualny przykład omawianej tezy interpretacyjnej. Głosowany

wyrok zawiera też najbardziej aktualne i prawdopodobnie najpełniejsze zestawienie i omówienie argumentów przedstawianych w dyskursie dotyczącym przedmiotowego zagadnienia w doktrynie i wcześniejszym orzecznictwie, co stanowiło dodatkowy motyw, aby podjąć się jego krytyki.

Kontekst zapadłego wyroku

Analizowany wyrok zapadł w procesie wytoczonym przez nabywców lokali użytkowych jako powodów występujących przeciwko następcy prawnemu sprzedającego te lokale jako pozwanemu. Z uzasadnienia nie wynika, jaki dokładnie był charakter prawny umowy łączącej powodów z pozwanymi, jednak biorąc pod uwagę terminy, jakimi zostały określone strony, w grę wchodzi jedynie umowa sprzedaży lub umowa deweloperska.

Powództwo obejmowało żądanie przywrócenia do stanu poprzedniego poprzez usunięcie na własny koszt określonych wad fizycznych wskazanych lokali użytkowych. Jak wynika z opisu postępowania w sprawie, powództwo zostało w I instancji uwzględnione przez sąd okręgowy, natomiast sąd apelacyjny, orzekając w drugiej instancji, zmienił wyrok i powództwo oddalił.

Uzasadniając zmianę wyroku, sąd apelacyjny wskazał, że wprawdzie lokale miały liczne wady, wymagające usunięcia, jednak zdaniem sądu nie jest dopuszczalne naprawienie w drodze restytucji naturalnej szkody wynikającej z niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania. Sąd w uzasadnieniu stwierdził, że z art. 363 k.c. wynika, iż restytucja polega na przywróceniu stanu istniejącego przed wystąpieniem zdarzenia wywołującego szkodę, podczas gdy w wypadku sprzedaży lokalu z wadami stan zgodny z umową nigdy nie istniał.

Na skutek skargi kasacyjnej powodów sprawę do rozpoznania przyjął Sąd Najwyższy i głosowanym wyrokiem orzekł o uchyleniu wyroku II instancji, wprost odrzucając stanowisko sądu apelacyjnego o niedopuszczalności żądania restytucji jako formy naprawienia szkody polegającej na wadach nabytego lokalu użytkowego.

Motywy rozstrzygnięcia

Nim przejdę do omówienia centralnych dla tej analizy aspektów zagadnienia, których Sąd Najwyższy nie wziął pod uwagę, dla porządku odniosę się do tych argumentów, które sąd uwzględnił w swoich pisemnych motywach. Co znamienne, pomimo szeroko zakreślonej podstawowej tezy wyroku, analiza przeprowadzona przez Sąd Najwyższy ograniczona była w zasadzie tylko do przypadku restytucji polegającej na usunięciu wad rzeczy i skupiała się na wzajemnych powiązaniach pomiędzy reżimem odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej a reżimem rękojmi.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazała na pięć głównych argumentów podnoszonych przeciwko dopuszczalności roszczenia restytucyjnego w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej:

1. literalna wykładnia art. 363 k.c., który mówi o przywróceniu do „stanu poprzedniego”, podczas gdy w wypadku świadczenia wadliwego stan zgodny z umową nigdy nie istniał, a więc żądanie doprowadzenia do niego nie jest przywróceniem stanu poprzedniego,
2. niekorzystne konsekwencje dla odbiorcy rzeczy, bowiem żądanie restytucji wyklucza żądanie odszkodowania pieniężnego,
3. problemy interpretacyjne w oznaczeniu terminu na zadośćuczynienie żądaniu odbiorcy przez dłużnika oraz

skutki opóźnienia czy zaniechania w tym zakresie,

4. w przypadku umowy sprzedaży zacieranie różnic między odpowiedzialnością odszkodowawczą a reżimem rękojmi,
5. wykładnia systemowa uwzględniająca art. 566 § 1 i 2 k.c., których brzmienie – jak się wskazuje w doktrynie krytycznej wobec linii zaprezentowanej przez SN w głosowanym wyroku – nie pozostawia wątpliwości, że w przypadku roszczeń odszkodowawczych dotyczących wad podlegających jednocześnie reżimowi rękojmi odszkodowanie takie polegać ma, w domyśle, na zapłacie sumy pieniężnej.

Większości ww. argumentów Sąd Najwyższy nie poświęcił wiele uwagi. Wyjątkiem jest argument z wykładni literalnej, który został omówiony w uzasadnieniu nieco szerzej.

Odnosząc się do twierdzenia o ograniczeniu prawa do odszkodowania pieniężnego poprzez dopuszczenie roszczenia restytucyjnego (pkt 2), sąd wskazał, że do ograniczenia takiego w istocie nie dochodzi, bowiem art. 363 k.c. nie zabrania dochodzenia uzupełniającego odszkodowania pieniężnego w zakresie, w którym nie doszło do restytucji. W rzeczywistości więc, zdaniem sądu, proponowana wykładnia art. 363 k.c. działa w oczywisty sposób na korzyść wierzyciela, poszerzając zakres możliwych sposobów kompensacji.

Zarzuty dotyczące trudności w oznaczeniu terminu spełnienia żądania i konsekwencji jego niespełnienia (pkt 3) Sąd Najwyższy uznał za oczywiście niezasadne, bowiem materia ta podlega ogólnym zasadom prawa zobowiązań.

Z tymi twierdzeniami Sądu Najwyższego zasadniczo się zgadzam i kwestie te moim zdaniem nie wymagają komentarza szerszego ponad to, co rzekł już sąd. Inaczej jest w przypadku pozostałych argumentów, dotyczących relacji między reżimem odpowiedzialności kontraktowej a rękojmią oraz znaczenia wykładni literalnej i systemowej art. 363 k.c.

Odrzucając zarzuty dotyczące zacierania się różnic między odpowiedzialnością odszkodowawczą a uprawnieniami z rękojmi, Sąd Najwyższy ograniczył się do stwierdzenia, że „polegają one na nieporozumieniu”, bowiem są to dwa odrębne od siebie i niezależne reżimy prawne, a dopuszczenie restytucji jako formy kompensacji nie uszczupla prawa do żądania usunięcia wady w ramach rękojmi. Odnosząc się do zarzutów opartych o literalną wykładnię art. 566 § 1 i 2 k.c., sąd wskazał dodatkowo, że nie stoi ona na przeszkodzie akceptacji restytucji, ponieważ *szkoda poniesiona wskutek wady to także szkoda polegająca na zmniejszeniu wartości rzeczy. Można z nią „powiązać” także § 2 art. 566 k.c., gdyż nawet w przypadku żądania naprawienia rzeczy nadal pozostaje aktualne żądanie odszkodowania wynikającego ze szkód następujących w stosunku do wady.*

Odnosząc się natomiast do wykładni art. 363 k.c. jako takiego, Sąd Najwyższy dał pierwszeństwo dyrektywom interpretacji systemowej oraz funkcjonalnej – a raczej konkretnym rezultatom takiej wykładni, do których sąd doszedł – przed wykładnią literalną przepisu, która, jak sąd przyznał, nie uprawnia wniosku, że restytucja naturalna może być formą kompensacji za naruszenie zobowiązania. Kluczowa teza sądu w tym zakresie została ujęta bardzo szeroko:

Usytuowanie art. 363 § 1 k.c. w części ogólnej zobowiązań wskazuje, że przepis ten dotyczy również kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Dopuszcza on zatem generalnie naprawienie w drodze restytucji naturalnej szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Trudno, poza samym brzmieniem art. 363 § 1 k.c., wyjaśnić dlaczego reguła ta miałaby być nieaktualna w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania w postaci wadliwości rzeczy.

Ostatecznie więc koronnym argumentem, który przeważał zdaniem sądu o tym, że art. 363 § 1 k.c. należy wykładać *contra legem*, było w zasadzie samo jego umiejscowienie w Kodeksie. Analiza zawarta w uzasadnieniu wyroku nie obejmowała bowiem żadnych argumentów za wykładnią sprzeczną z dosłownym brzmieniem przepisu, a jedynie odrzucała argumenty przeciwko takiemu podejściu.

Co istotne, innych argumentów za wykładnią *contra legem* art. 363 § 1 k.c. nie zawierają również poprzednie orzeczenia Sądu Najwyższego, na które powołano się w głosowanym wyroku, tj. wyrok z 12 lutego 1991 r. (III CRN 500/90), wyrok z 3 października 2000 r. (I CKN 301/00) ani uchwała z 23 września 2004 r. (III CZP 48/04), która dodatkowo wspomina tylko o dorobku orzecznictwa arbitrażowego (w ramach Państwowego Arbitrażu Gospodarczego), nie cytując jednak motywów, jakimi się w nim kierowano.

Polemika

W mojej ocenie pogląd prezentowany przez Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku, jak i w poprzednich orzeczeniach podążających tą linią, jest całkowicie błędny i to przede wszystkim właśnie ze względów

systemowych, jednak nie tych, do których sąd się odniósł. Nie negując, że w **niektórych** przypadkach naruszenia zobowiązania możliwe jest naprawienie szkody poprzez przywrócenie stanu poprzedniego (choćby przy zobowiązaniach polegających na ochronie, zabezpieczeniu czy konserwacji rzeczy), tak szeroko zakreślona teza jest nieprawidłowa. Niezasadne było też dopuszczenie restytucji naturalnej w konkretnej sprawie, na gruncie której zapadł wyrok, tj. jako odszkodowanie polegające na usunięciu wad fizycznych rzeczy.

BRAK POWODÓW DLA ODSTĄPIENIA OD WYKŁADNI LITERALNEJ

Zgodnie z kanonem zasad interpretacji tekstu prawnego podstawą interpretacji przepisu zawsze winna być jego wykładnia literalna. Wprawdzie zasadę *clara non sunt interpretanda* w teorii prawa coraz rzadziej bierze się dosłownie (wszak każdy tekst, nawet nieskomplikowany, podlega aktowi interpretacji), a i realia jakości legisłacyjnej nie pozwalają na rygorystyczne przestrzeganie tej zasady, to jednak wyraża ona wciąż aktualne spostrzeżenie, że rola sądu – modelowo – nie ma charakteru prawotwórczego, co zresztą znajduje oczywiste i fundamentalne zarazem uzasadnienie konstytucyjne. Choć erozja primatu wykładni literalnej dostrzegalna we współczesnym orzecznictwie jest po części uzasadniona, a przynajmniej zrozumiała, to jednak w porządkach prawa pisanego wykładnia ta musi stanowić punkt wyjścia dla dalszej interpretacji i może być przełamana wykładnią *contra legem* tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Przypomnienie tych dość rudymenarnych teoretycznych podstaw zasad wykładni tekstu prawnego jest uzasadnione tym, że głosowany wyrok podchodzi do nich dość

lekką, traktując je w istocie jako drugorzędne wskazówki interpretacyjne, o czym świadczy dobitnie przytoczony wyżej fragment uzasadnienia: *[t]rudno, poza samym brzmieniem art. 363 § 1 k.c., wyjaśnić dlaczego reguła ta miałaby być nieaktualna w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania w postaci wadliwości rzeczy.*

Jednocześnie w uzasadnieniu głosowanego wyroku wskazano tylko na jeden argument z wykładni systemowej, który miałby uzasadnić wykładnię przepisu *contra legem* (omówię go niżej), zaś cała pozostała część dyskursu SN skupia się na kontrargumentach wobec wybranych zarzutów doktryny, zmierzając tylko do wyjaśnienia, dlaczego wykładnia przyjęta przez sąd miałaby nie stwarzać zarzucanych jej w doktrynie problemów. Jest to jednak odwrócenie prawidłowej sekwencji wykładni tekstu prawniczego. Najpierw bowiem należy uzasadnić, dlaczego odstąpienie od wykładni literalnej jest w ogóle konieczne czy chociażby uzasadnione, a dopiero później – wspomagająco – wykazać, że wykładnia taka nie spowoduje istotnych problemów.

Co więcej, jedyny argument użyty przez SN dla wyłożenia art. 363 § 1 k.c. wbrew jego literalnemu znaczeniu wywołuje bardzo poważne wątpliwości. Dla przypomnienia, Sąd Najwyższy wywodzi prawo do żądania naprawienia szkody poprzez (swoiście rozumianą) restytucję naturalną w przypadku odpowiedzialności kontraktowej z samego faktu umiejscowienia art. 363 § 1 k.c. w części ogólnej prawa zobowiązań Kodeksu cywilnego. Jednak wynikanie takie (implikacja) na poziomie logicznym nie zachodzi, a zaprezentowanemu rozumowaniu można zarzucić błąd o znamionach *petitio principii*.

Błąd popełniony w omawianej kwestii polega na tym, że Sąd Najwyższy wyszedł z apriorycznego, milczącego założenia, że w wypadku odpowiedzialności kontraktowej jest dopuszczalna – przynajmniej co do zasady – jakaś forma kompensacji w formie niepieniężnej. Sedno argumentu użytego przez sąd zasadza się więc na konkluzji, że z przepisu art. 363 § 1 k.c. wynika w rzeczywistości norma mówiąca, że dłużnik może żądać naprawienia szkody przez świadczenie pieniężne lub poprzez świadczenie w naturze, ponieważ art. 363 k.c., z uwagi na swoje miejsce w Kodeksie, stosuje się nie tylko do odpowiedzialności deliktowej, ale też do odpowiedzialności kontraktowej (a także, o czym SN już nie wspomina, choć ma to znaczenie interpretacyjne, do odpowiedzialności gwarancyjnej). Skoro restytucja naturalna w ścisłym znaczeniu nie może nastąpić w razie pierwotnej wady świadczenia (ponieważ nigdy nie istniał stan „pierwotny” zgodny z treścią zobowiązania), która jest jedną z możliwych form naruszenia zobowiązania, to – zdaniem sądu – ustawodawca musiał mieć na myśli w art. 363 § 1 k.c. świadczenie w naturze w ogóle, a nie restytucję naturalną *sensu stricto*.

Posługując się takim argumentem systemowym, Sąd Najwyższy wpada poniekąd w błędne koło, ponieważ normę ogólną art. 363 § 1 k.c. w zakresie dopuszczalnych form kompensacji próbuje dekodować z norm szczegółowych dotyczących odpowiedzialności kontraktowej, które jednak same nie regulują form odszkodowania, odsyłając w tym zakresie do normy ogólnej zawartej właśnie w art. 363 § 1 k.c. Tym samym sposób wnioskowania przez SN obarczony jest błędem *petitio principii*.

Rozumowanie takie dotknięte jest, skądinąd, także przez inny błąd interpretacyjny,

polegający na nierespektowaniu, a wręcz odwróceniu, zasady *lex specialis derogat legi generali*. Nawet bowiem jeśli z art. 363 § 1 k.c. rzeczywiście wynikałaby **zasada ogólna**, że naprawienie szkody może przybrać formę pieniężnego odszkodowania lub świadczenia *in natura*, nie oznaczałoby to jeszcze, że tak rozumiany przepis stosowałby się *lege non distinguente* do odpowiedzialności odszkodowawczej opartej o każdą możliwą podstawę prawną. Taki sposób myślenia ignoruje możliwość, że w wypadku odpowiedzialności *ex contractu* niepieniężne formy kompensacji, zwłaszcza zbieżne co do treści z naruszonym zobowiązaniem, byłyby wyłączone przez – odpowiednio wyłożone – przepisy dotyczące odpowiedzialności kontraktowej, choćby ze względu na sprzeczności systemowe i konsekwencje, do jakich to prowadzi.

Wątek owych sprzeczności i skrajnych rezultatów proponowanej przez sąd wykładni zostanie rozwinięty dalej. W tym miejscu jednak warto zauważyć, że sam art. 363 § 1 k.c. w zdaniu drugim wprost wskazuje, że roszczenie o naprawienie szkody w postaci niepieniężnej (abstrahując w tym miejscu od tego, czy chodzi o restytucję naturalną, czy o każde świadczenie *in natura*) nie przysługuje bezwzględnie, odmiennie od prawa do kompensacji pieniężnej. Przywołany przepis zastrzega wprost, że w przypadkach, w których przywrócenie stanu poprzedniego byłoby „niemożliwe”, a nawet tylko „nadmiernie utrudnione”, odszkodowanie ogranicza się do postaci świadczenia pieniężnego. Już samo to ustawowe zastrzeżenie powinno wykluczać rozszerzające, a tym bardziej absolutyzujące rozumienie prawa do kompensacji niepieniężnej, wskazując wyraźnie intencje ustawodawcy w tym zakresie.

Co więcej, przy takim brzmieniu przepisu, znacznie silniejsze oparcie od tezy głosowanego wyroku znajdowałyby wykładnia, zgodnie z którą „przywrócenie stanu poprzedniego” jest wyłączone w przypadku odpowiedzialności kontraktowej przez sam art. 363 § 1 zd. 2 k.c. – przynajmniej tam, gdzie szkoda polega na wadach świadczenia lub jego niewykonaniu, ponieważ w takich wypadkach bezprzedmiotowe jest dążenie do stanu sprzed naruszenia, w tym sensie, że stan ten *de facto* istnieje nadal bez zmian po naruszeniu zobowiązania. Żądanie „przywrócenia” stanu, który dalej istnieje, jest więc „niemożliwe” do spełnienia, ponieważ – zależnie od sposobu postrzegania sytuacji – bądź jest to niewykonalne z powodu logicznej sprzeczności takiego żądania (*impossibilium nulla obligatio est*), bądź też żądanie takie musi podlegać oddaleniu przez sąd jako bezprzedmiotowe, ponieważ stan „poprzedni” wciąż istnieje.

Dla porządku należy dodać – choć nie powołał się na to sąd – że we współczesnej nauce odchodzi się od nazbyt dosłownego rozumienia pojęcia „stanu poprzedniego” na gruncie art. 363 k.c., wychodząc ze spostrzeżenia, że ściśle rzecz ujmując przywrócenie dokładnie takiego stanu, jaki istniał w określonym momencie w przeszłości, nigdy nie jest możliwe, a sama szkoda ma charakter płynny w czasie i dla oceny jej wielkości znaczenie ma moment orzekania. Zbyt dosłowne rozumienie „stanu poprzedniego” nie jest więc zgodne z obowiązującą w polskim prawie metodą dyferencyjną ustalenia rozmiarów szkody, która określa szkodę jako różnicę między stanem aktualnym (na moment orzekania), a stanem hipotetycznym, który istniałby, gdyby do zdarzenia szkodzącego nie doszło. Jak podsumowuje M. Kaliński: *Dlatego przywrócenie stanu poprzedniego,*

określane również mianem restytucji, musi być pojmowane funkcjonalnie, jako stworzenie stanu gospodarczego, który by istniał w braku zdarzenia szkodzącego³.

Choć rozumowanie to odchodzi od dosłownego brzmienia art. 363 k.c., trudno zarzucić mu wykładnię *contra legem*, bo wiem – w istocie – dąży do pełniejszej realizacji skutków, które miałyby miejsce, gdyby „stan poprzedni”, tj. poprzedzający wyrządzenie szkody bezprawnej, nie uległ **zakłóceniu (przerwaniu)**. W takim ujęciu „stan poprzedni” należy w zasadzie rozumieć jako stan poprzedzający czyn bezprawny czy też inne wydarzenie powodujące szkodę relewantną prawnie (przy odpowiedzialności gwarancyjnej wydarzenie to nie musi być czynem ani mieć charakteru bezprawnego). Odszkodowanie polega więc na próbie odwzorowania biegu wydarzeń, który miałby miejsce, gdyby nie został zakłócony (przerwany) przez zdarzenie powodujące szkodę.

Nie negując poprawności tego wyводу, trzeba zaznaczyć, że w zasadzie nie wpływa on na sposób rozumienia pojęcia „przywrócenia stanu poprzedniego” w przypadku odpowiedzialności kontraktowej. Jest tak, ponieważ w wypadku odpowiedzialności *ex contractu* wydarzeniem powodującym szkodę jest naruszenie zobowiązania do doprowadzenia do określonego stanu (względnie podjęcia starań w tym kierunku), a więc jeśli zobowiązanie to nie zostało należycie wykonane, to nigdy nie miał miejsca stan zgodny z treścią zobowiązania, a więc stan poprzedni. Przed datą naruszenia zobowiązania (np. poprzez świadczenie wadliwej rzeczy lub jej niedostarczenie w ogóle) było ono tak samo

niezrealizowane jak i po tej dacie, a więc nie sposób twierdzić, że szkoda wystąpiła na skutek zakłócenia istniejącego stanu (pierwotnego). Wręcz przeciwnie, szkoda była skutkiem tego, że stan pierwotny **nie uległ** pożądanej zmianie, a więc – nawet liberalnie traktując językowe znaczenie pojęcia „stanu poprzedniego” z przyczyn funkcjonalnych – nie sposób twierdzić, że wykonanie naruszonego zobowiązania może stanowić „przywrócenie stanu poprzedniego”. Takie twierdzenie w sposób nieunikniony sprzeciwia się literalnemu, językowemu znaczeniu art. 363 k.c.

ZACIERANIE RÓŻNICY MIĘDZY ZOBOWIĄZANIEM PIERWOTNYM A WTÓRNYM

O ile powyższe uwagi wskazują, że brak jest uzasadnionych podstaw, by w ogóle odstąpić od wykładni literalnej art. 363 § 1 k.c. co do sposobu rozumienia roszczenia o „przywrócenie stanu poprzedniego”, o tyle znacznie donioślejsze są poważne problemy systemowe, jakie takie ewentualne odstępstwo powoduje. Głosowany wyrok, podobnie jak wcześniejsze orzecznictwo w tym przedmiocie, skupiało się na zwalczaniu argumentu o zacieraniu różnicy pomiędzy odpowiedzialnością odszkodowawczą a reżimem rękojmi, nie dostrzegając, że o wiele bardziej fundamentalne znaczenie ma rozmycie granicy między zobowiązaniami pierwotnymi – a więc wynikającymi z samej treści podjętego lub wynikającego z ustawy zobowiązania – a tzw. zobowiązaniami wtórnymi, które powstają w miejsce pierwotnych, w razie ich niewykonania lub nienależytego wykonania⁴.

3 M. Kaliński (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego – Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 178, nb. 158.

4 Zob. np. F. Zoll (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego – Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 3, Warszawa 2018, s. 1143 i nast., nb. 129 i nast.

Podział na te dwie kategorie zobowiązań – i korespondujących z nimi roszczeń – został do polskiego porządku prawnego zapożyczony z tradycji germańskiej⁵. Stanowi podstawową konstrukcję prawniczą wyjaśniającą zasady wykonywania oraz konsekwencje niewykonania zobowiązań. I choć przepisy ustawy nie posługują się wprost pojęciem zobowiązania pierwotnego i wtórnego, to podział taki wynika jednoznacznie z brzmienia poszczególnych przepisów regulujących tę materię oraz ich wzajemnej relacji.

To, że polskie prawo, odmiennie od np. porządków *common law*, dopuszcza żądanie świadczenia *in natura* w przypadku zobowiązania pierwotnego, wynika w zasadzie bezpośrednio z art. 353 § 1 k.c., a także z innych przepisów, jak art. 477 § 1 k.c. Dopóki zobowiązanie pierwotne istnieje, nie ulega więc wątpliwości, że można żądać jego wykonania w naturze.

Brak jest natomiast przepisu albo względów funkcjonalnych czy systemowych, które wskazywałyby, że zobowiązanie wtórne również opiewać może na świadczenie *in natura*, a zwłaszcza na świadczenie o treści tożsamej z zobowiązaniem pierwotnym. Samo odesłanie do „zasad ogólnych” odszkodowania, które pojawia się m.in. w art. 471 § 1 k.c., nie może stanowić takiej podstawy, ponieważ wnioskowanie takie ignorowałoby literalne brzmienie art. 363 § 1 k.c. i ostatecznie ocierałoby się o zarzut błędu *petitio principii*, o czym była mowa już wyżej.

Co jeszcze istotniejsze, wykładnia proponowana w glosowanym wyroku, zgodnie z którą ustawa dopuszcza odszkodowanie

„na zasadach ogólnych” w przypadkach, w których naprawienie szkody polega w istocie na świadczeniu *in natura* zgodnym z treścią zobowiązania pierwotnego, prowadziłoby do niedających się zaakceptować, czy wręcz absurdalnych rezultatów.

Jaskrawo to widać na przykładzie art. 494 § 1 k.c., który wprost wskazuje, że w przypadku odstąpienia od umowy wzajemnej *strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania*. Jest zgoła oczywiste, że w tym przypadku owe „zasady ogólne”, czyli m.in. art. 363 § 1 k.c., nie mogą przewidywać naprawienia szkody polegającego na wykonaniu świadczenia wynikającego z umowy, od której właśnie odstąpiono⁶. Byłoby to sprzeczne z założeniami systemowymi i funkcjonalnymi instytucji odstąpienia i prowadziłoby do absurdalnych oraz rażąco niesprawiedliwych skutków, pozwalając stronie odstępującej na żądanie zwrotu wszystkiego, co sama świadczyła, a jednocześnie na żądanie świadczenia o treści identycznej, jak przewidywało pierwotne zobowiązanie wzajemne.

Wydaje się nie do pomyślenia, żeby Sąd Najwyższy, stojąc przed takim problemem interpretacyjnym, stwierdził, jak w glosowanym wyroku, że art. 363 k.c. „dopuszcza generalnie” naprawienie w drodze restytucji naturalnej szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jednak aby rozstrzygnąć inaczej, musiałyby popaść w sprzeczność

5 F. Zoll, op.cit., s. 1145, nb. 133.

6 F. Zoll, op.cit., s. 1148, nb. 138, a także powołujący się na niego W. Borysiak (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 28., Warszawa 2021, kom. do art. 471, t. 103.

z linią orzeczniczą prezentowaną m.in. przez głosowany wyrok. W mojej ocenie sprzeczności takiej nie dałoby się uzasadnić odmiennością okoliczności faktycznych.

Choć podany przykład jest skrajny, to systemowe problemy związane z zatarciem granicy między zobowiązaniem pierwotnym a wtórnym widoczne są również w innych przypadkach odpowiedzialności kontraktowej. Niezależnie bowiem od tego, czy naruszenie zobowiązania przybiera formę jego niewykonania w ogóle czy też wykonania nienależytego, twierdzenie, że wierzycielowi przysługuje roszczenie o „przywrócenie stanu poprzedniego” rozumiane jak w głosowanym wyroku, prowadzi do skutków takich, jak gdyby zobowiązanie pierwotne nigdy nie wygasło, dopóki nie zostanie spełnione w pełni należycie. Rozumowanie takie rodzi szereg problemów.

Po pierwsze, umniejsza ono znaczenie zdarzeń prawnych, które zasadniczo prowadzą do wygaśnięcia zobowiązania, takich jak odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie, czy odbiór świadczenia przez wierzyciela. Z systematyki przepisów regulujących zobowiązania jest jasne, że zajście takich zdarzeń powinno uwalniać strony (ewentualnie stronę) od obowiązku spełnienia świadczenia wynikającego z wygasłego zobowiązania. Przykładowo w przypadku odstąpienia od umowy wzajemnej skutek taki potwierdza jednoznacznie obowiązek zwrotu wzajemnych świadczeń przez strony umowy, zgodnie z art. 494 § 1 k.c. Jeśli roszczenie odszkodowawcze powstające z chwilą wygaśnięcia pierwotnego zobowiązania miałyby jednakową jak ona treść, prowadziłyby to do skutków sprzecznych z intencją takich

uregulowań, a w przypadku umów wzajemnych dodatkowo dysproporcjonalnie faworyzowałyby wierzyciela, który byłby zwolniony z własnego zobowiązania wzajemnego.

Po drugie, może prowadzić to do niesprawiedliwego mitygowania skutków przedawnienia roszczenia, również z korzyścią dla wierzyciela. Skoro bowiem zobowiązanie wtórne przybierałoby treść zasadniczo taką samą jak zobowiązanie pierwotne, a jednocześnie terminy przedawnienia dla zobowiązania wtórnego często zaczynałyby swój bieg później, wierzyciel w efekcie zyskiwałby możliwość dłuższego dochodzenia roszczeń zmierzających do osiągnięcia skutków zgodnych z treścią zobowiązania pierwotnego. Sytuacja taka oczywiście nie zachodziłaby w każdym wypadku i zależałaby od szeregu zmiennych (zwłaszcza od sposobu i okoliczności wygaśnięcia zobowiązania pierwotnego), jednak nie byłaby wcale rzadka.

Przykładowo w przypadku realizacji umowy o roboty budowlane z opóźnieniem, gdzie doszło do odbioru obiektu budowlanego po umownym terminie, pomimo jego wad (np. ukrytych), bieg przedawnienia roszczenia o ich usunięcie w ramach art. 471 k.c. rozpoczynałby się zasadniczo od momentu faktycznego odbioru, niezależnie od umownych terminów realizacji. Jednocześnie termin przedawnienia zobowiązania pierwotnego do wykonania obiektu zgodnie z umową biegłby zasadniczo od dnia wskazanego w umowie jako termin realizacji. W konsekwencji, gdyby do odbioru wadliwego obiektu doszło 3 lata po umownym terminie, w praktyce wierzyciel miałby o 3 lata dłuższy termin na sądowe dochodzenie wykonania obiektu zgodnie z umową.

Podobne, jeśli nie bardziej problematyczne konsekwencje rodzi okoliczność, że także naruszenie zobowiązania o charakterze odszkodowawczym, czyli wynikającego z art. 471 k.c. lub art. 415 k.c., generuje odpowiedzialność odszkodowawczą (na podstawie art. 471 k.c.). Jeżeliby więc dopuścić w sposób generalny, aby naprawienie szkody z nienależytego wykonania czy niewykonania zobowiązania polegać mogło na „restytucji naturalnej” rozumianej praktycznie jako świadczenie *in natura*, to termin na jego przedawnienie mógłby zaczynać bieg na nowo w zasadzie nieograniczoną liczbę razy, wraz z naruszeniem kolejnych zobowiązań restytucyjnych układających się w swoisty łańcuch.

Oczywiście, ściśle rzecz biorąc, za każdym razem byłoby to formalnie inne roszczenie wynikające z niewykonania innego zobowiązania, jednak końcowym rezultatem takiego rozumowania byłaby możliwość żądania doprowadzenia do stanu zgodnego z pierwotnym zobowiązaniem na drodze sądowej bez ograniczeń czasowych, a w każdym razie wiele lat po wygaśnięciu bądź przedawnieniu zobowiązania pierwotnego. Taka konstrukcja, choć formalnie spójna, wydaje się fundamentalnie sprzeczna z założeniami polskiego prawa cywilnego, w tym zakazu zobowiązań wieczystych oraz dążenia do stabilizacji stosunków za pomocą instytucji dawności w prawie cywilnym, takich jak m.in. przedawnienie. Na sprzeczność takiej konstrukcji z intencjami ustawodawcy wskazuje dodatkowo sposób uregulowania reżimów rękojmi i gwarancji, które – choć fakultatywne – mają w założeniu poprawiać sytuację wierzyciela, a mimo to możliwość żądania usunięcia wad w tych reżimach jest ściśle ograniczona czasowo i to za pomocą terminów zawitych.

SPÓJNOŚĆ SYSTEMOWA REŻIMU ODSZKODOWAWCZEGO Z REŻIMEM RĘKOJMI

Zrozumienie szerokiego systemowego aspektu krytykowanego poglądu pozwala na właściwe przedstawienie sprawy w kontekście reżimu rękojmi. Choć wątek ten został omówiony przez sąd w glosowanym wyroku (oraz w innych orzeczeniach) bodaj najszerzej spośród wspomnianych argumentów interpretacyjnych, poprowadzony przez sąd dyskurs wychodzi z niewłaściwych założeń i stąd ostatecznie nie dotyka sedna problemu.

Rzecz nie zasadza się bowiem na tym, czy dopuszczenie restytucji naturalnej (zwłaszcza szeroko pojmowanej) jako formy odszkodowania doprowadzi do „zatarcia granic” pomiędzy reżimem odszkodowawczym a reżimem rękojmi, lecz na tym, że samo istnienie reżimu rękojmi – przynajmniej tak jak został on ukształtowany w polskim prawie – wskazuje na to, że między uprawnieniami z rękojmi a roszczeniami odszkodowawczymi brak jest styczności.

Wydaje się bowiem, że kluczowym uzasadnieniem dla ustanowienia odrębnego systemu rękojmi jest właśnie ta okoliczność, że uzupełnia on zasadniczo pieniężne roszczenia odszkodowawcze dostępne nabywcy o stypizowane roszczenia niepieniężne (oraz żądanie obniżenia ceny) odpowiadające na potrzeby wynikające z najczęstszych nieprawidłowości świadczenia w postaci wad fizycznych lub prawnych. System taki jest celowy właśnie z tego powodu, że roszczenie o spełnienie świadczenia zgodnego z umową *in natura* wygasa najpóźniej z chwilą wykonania zobowiązania – choćby w sposób nienależyty, gdy przedmiot świadczenia ma wady. Tak wskazywał wprost jeszcze na gruncie

Kodeksu zobowiązań Ohanowicz⁷ i brak jest podstaw, by sądzić, że zastąpienie tej regulacji Kodeksem cywilnym (będącej zasadniczo kontynuacją k.z.) samo w sobie zmieniło podstawowe motywy, dla których ustawodawca powołał reżim rękojmi.

Uzupełniającej funkcji reżimu rękojmi nie uchybia w żadnym stopniu jej fakultatywny charakter (poza stosunkami konsumenckimi) ani fakt, że dotyczy ona tylko niektórych stosunków umownych. Wręcz przeciwnie – wskazuje to, że w zamyśle ustawodawcy uprawnienia tego rodzaju są w pewnym sensie wyjątkiem. Ten tok rozumowania potwierdza szereg warunków ustawowych ograniczających możliwość korzystania z rękojmi, które nie występują przy odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym akty staranności, krótkie terminy, a także prawo dłużnika (sprzedawcy) do odmowy usunięcia wady lub wymiany rzeczy, gdy koszty tego są niewspółmierne (art. 561 § 3 k.c., 561¹ § 2 k.c.).

Szeroka dopuszczalność żądania świadczenia *in natura* zmierzającego do usunięcia wady lub wymiany rzeczy na pozbawioną wad na podstawie art. 471 k.c. podważa (przynajmniej w tym zakresie) sens reżimu rękojmi, zwłaszcza w jego obecnej formie, skoro takich samych żądań powód może dochodzić w praktyce łatwiej na zasadach ogólnych. Z punktu widzenia wierzyciela jedyną potencjalną przewagą ogólnego reżimu rękojmi (pomijam tu szczególne ułatwienia przyznane konsumentom, jako wynikające zasadniczo z przepisów unijnych i niereprezentatywne dla ogólnego modelu rękojmi) mogłoby być uniezależnienie odpowiedzialności od winy, jednak

nie jest to aż tak istotna różnica, jak mogłoby się wydawać.

Od strony formalnej art. 471 k.c. i tak przewiduje domniemanie winy naruszcyciela, a więc ciężar dowodu w zakresie winy jest dla wierzyciela taki sam w wypadku odpowiedzialności odszkodowawczej i z rękojmi. W praktyce sprzedawcy (lub wykonawcy) zwykle bardzo trudno jest uwolnić się od winy za wady fizyczne lub prawne przedmiotu świadczenia, bowiem to on do chwili spełnienia świadczenia kontroluje jego przedmiot, a więc może zbadać jego cechy, zadbać o odpowiednie przechowywanie i sposób transportu, a jeśli jest producentem towaru (lub wykonawcą dzieła czy robót budowlanych), to *de facto* samodzielnie kształtuje cechy przedmiotu. W realiach procesowych najczęstszą obroną przed roszczeniami wywodzonymi z wad przedmiotu świadczenia stanowiącego rzecz są zarzuty dotyczące nieprawidłowego obchodzenia się z rzeczą lub ingerencji osób trzecich już po przejściu ryzyka na osobę nabywcy, względnie twierdzenia o normalnym zużyciu rzeczy. Dopuszczalność zarzutów tego rodzaju, ciężar dowodu i szanse na powodzenie kształtują się niemal identycznie w przypadku odpowiedzialności z rękojmi oraz z art. 471 k.c., z irrelevantnymi dla tej oceny wyjątkami dotyczącymi sprzedaży konsumenckiej (zob. art. 556² k.c.). W każdym wypadku kwestie te zwykle nie dotyczą winy *per se*, a raczej wykazania, czy w ogóle doszło do naruszenia zobowiązania umownego przez sprzedawcę (lub wykonawcę), czy też cechy rzeczy zostały zaburzone przez wydarzenia późniejsze chronologicznie.

7 A. Ohanowicz, *op.cit.*, s. 19–20.

Podsumowanie

Reasumując wątek relacji reżimu odszkodowawczego i reżimu rękojmi, trzeba podkreślić, że przeprowadzona krytyka nie sprowadza się w żadnej mierze do twierdzenia, jakoby istnienie instytucji rękojmi miało zawęzić prawa wierzycieli wynikające z odpowiedzialności odszkodowawczej. Tymczasem z takim to – w istocie niepodnoszonym przez krytyków – argumentem rozprawia się w głosowanym orzeczeniu SN, jakby nie dostrzegając głównego źródła krytyki poglądu forsowanego w głosowanym orzeczeniu. Krytyka ta wychodzi zaś z założenia racjonalności ustawodawcy, które nakazuje doszukiwać się w ustanowionym prawie spójności i komplementarności poszczególnych przepisów. W racjonalność legislatora należałoby raczej powątpiewać, gdyby roszczenie o usunięcie wad (względnie wymianę) rzeczy stanowiącej przedmiot świadczenia umownego mogło być wywodzone z dwóch systemów odpowiedzialności, których zakresy zastosowania w znacznej mierze się pokrywają, przy czym **mniej korzystny** spośród nich jest ten fakultatywny (rękojmia), i to pomimo że orzecznictwo i doktryna niemal jednolicie twierdzą, że właśnie ów fakultatywny reżim ma w założeniu poprawiać pozycję wierzyciela w stosunku do zasad ogólnych.

Ostatecznie jednak argumenty wywodzone z wzajemnej relacji reżimów odpowiedzialności odszkodowawczej i rękojmi mają drugorzędne znaczenie, a teza głosowanego wyroku byłaby równie nietrafna, gdyby w polskim prawie instytucji rękojmi w ogóle nie było. Fundamentalnym błędem, w jaki popadł sąd, jest bowiem praktyczne zrównanie zakresu roszczenia odszkodowawczego *ex contractu*, a więc pochodnej zakresu zobowiązania wtórnego, z zakresem roszczenia, które wynika z samego zobowiązania pierwotnego. Nie można uznać za prawidłowy poglądu, którego rozwinięcie mogłoby prowadzić do przyjęcia, że wygaśnięcie zobowiązania – zwłaszcza na skutek wykonania lub odstąpienia od umowy – skutkuje tylko zmianą podstawy prawnej dla roszczeń wierzyciela, ale już nie przedmiotu tych roszczeń, pozwalając wierzycielowi domagać się świadczenia, jak gdyby zobowiązanie wciąż istniało.

Z powodów opisanych w niniejszej glosie zarówno głosowany wyrok, jak i całą linię orzecniczą, którą wyrok ten reprezentuje, należy uznać za głęboko nieprawidłowe. Pozostaje mieć nadzieję, że linia ta nie będzie kontynuowana w przyszłym orzecznictwie Sądu Najwyższego. ■



Maciej Zych

ADWOKAT, WARDYŃSKI & PARTNERS

Specific performance as a form of redress of injury from breach of contract

Comment on the Supreme Court of Poland judgment of 25 September 2014 (case no. II CSK 795/13)

The subject of this comment is the Supreme Court of Poland judgment of 25 September 2014 (case no. II CSK 795/13), the central holding of which is that Art. 363 §1 of the Civil Code generally allows the claimant to seek redress of injury arising out of non-performance or improper performance of an obligation through specific performance (*in natura*), in compliance with the substance of the original obligation, which may also consist of curing physical defects in an object. This holding has been criticised as an unjustified departure from the literal interpretation of Civil Code Art. 363 §1, but primarily because of its alleged systemic incoherence and unacceptable functional consequences that would follow from applying it. The analysis examines, among other issues, the impact of the holding on the systemic consistency of the allocation of primary and secondary obligations, the damages regime, and the warranty regime.

**SPECIFIC PERFORMANCE • RESTITUTIO IN INTEGRUM • REDRESS OF INJURY
RESTORATION OF STATUS QUO ANTE • PHYSICAL DEFECTS • LIABILITY IN
DAMAGES • CONTRACTUAL LIABILITY • LIABILITY EX CONTRACTU
WARRANTY • CURING OF DEFECTS**







Michał R. Nerwiński

**RADCA MINISTRA, KIERUJĄCY ZESPOŁEM JEDNOLITOŚCI PRAWA PODATKOWEGO
W DEPARTAMENCIE SYSTEMU PODATKOWEGO W MINISTERSTWIE FINANSÓW**



Jagoda Jankowska

**STARSZY SPECJALISTA W ZESPOLE JEDNOLITOŚCI PRAWA PODATKOWEGO
W MINISTERSTWIE FINANSÓW**

Ratio legis według woli ustawodawcy czy według woli sądu?

Glosa do wyroku WSA w Warszawie (III SA/Wa 469/19) na temat ulgi mieszkaniowej w podatku dochodowym od osób fizycznych*

Glosa dotyczy tzw. ulgi mieszkaniowej z art. 21 ust. 1 pkt 131 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych i wykładni kluczowego w konstrukcji tej ulgi pojęcia „własne cele mieszkaniowe”. Glosatorzy komentują korzystny dla podatników wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 7 lutego 2020 r., a na jego tle – zasadniczo jednolite i niekorzystne dla podatników stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) i podobnie niekorzystne dominujące stanowisko wojewódzkich sądów administracyjnych. Glosatorzy aprobują komentowany wyrok jako próbę przeciwstawienia się dominującemu stanowisku poprzez racjonalną wszechstronną wykładnię pojęcia własnych celów mieszkaniowych i objęcie nim spornych wydatków na spłatę kredytu. Jednocześnie wskazują na słabości w uzasadnieniu komentowanego wyroku, które mogą być wykorzystane przez NSA do jego względnie łatwego uchylecia.

**ULGA MIESZKANIOWA • WŁASNE CELE MIESZKANIOWE • SPŁATA
KREDYTU • WYDATKI NA NABYCIE**

* Niniejszy tekst stanowi prywatną opinię autorów i nie jest jednoznaczny z oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Finansów.

Niniejsza glosa dotyczy nieprawomocnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 7 lutego 2020 r. (III SA/Wa 469/19)¹, a na jego tle – niejednolitego orzecznictwa sądowego w sprawie rozumienia pojęcia „własne cele mieszkaniowe” i zakresu preferowanych wydatków na spłatę kredytu (pożyczki) w obowiązującej od 2009 r. konstrukcji tzw. ulgi mieszkaniowej na gruncie art. 21 ust. 1 pkt 131 w związku z ust. 25 pkt 2 lit. a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej: u.p.d.o.f.)².

Komentowany wyrok został wydany w sprawie dotyczącej określenia wysokości dochodu i podatku należnego za 2013 rok z tytułu odpłatnego zbycia zabudowanej nieruchomości, którą skarżący nabył razem z małżonką jako niezabudowaną w 2011 r. W sprawie jest kilka wątków, ale nas interesuje tylko kluczowy wątek spornej kwalifikacji poniesionych przez skarżącego wydatków na spłatę kredytu hipotecznego i pożyczki hipotecznej, zaciągniętych na budowę budynku mieszkalnego. Organy podatkowe obu instancji nie uznały tych wydatków za poniesione na własne cele mieszkaniowe w rozumieniu art. 21 ust. 1 pkt 131 w związku z ust. 25 pkt 2 lit. a u.p.d.o.f. i wyłączyły je z rachunku dochodu wolnego od podatku. Natomiast skarżący uważał, że ma w tym zakresie prawo do zwolnienia z art. 21 ust. 1 pkt 131 i wniósł skargę do WSA w Warszawie.

¹ Komentowany wyrok pozostaje nieprawomocny ze względu na wniesienie skargi kasacyjnej. Sprawa znajduje się w Naczelny Sądzie Administracyjnym pod sygnaturą II FSK 2743/20.

² Zob. ustawę z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1426 ze zmianami).

Zdaniem Sądu, organ nie ma racji odmawiając prawa do zwolnienia dochodu, o którym mowa w art. 21 ust. 1 pkt 131 [u.p.d.o.f.] w zw. z art. 21 ust. 25 pkt 2 lit. a [u.p.d.o.f.], uzasadniając swoje stanowisko w ten sposób, że przedmiotowe zwolnienie odnoszące się do wydatków na spłatę kredytu [pożyczki] może dotyczyć jedynie kredytów [pożyczek] zaciągniętych na nabycie nowych [finnych] nieruchomości, a nie nieruchomości zbywanych – czytamy w uzasadnieniu komentowanego wyroku.

Glosatorzy wyrażają aprobatę dla tego poglądu WSA w Warszawie, ale krytycznie odnoszą się do struktury i jakości argumentów podniesionych w dalszej części uzasadnienia, czyli w istocie osnowy tego poglądu.

W naszej ocenie WSA w Warszawie nie sięgnął po kluczowy i rozstrzygający argument w tej materii, redukując tym samym szansę na obronę swojego poglądu w zbliżającej się rozprawie przed Naczelny Sąd Administracyjny. Dodajmy: szansę na przełom w stanowisku judykatury co do tego wieloletniego problemu o dużej wadze społecznej i dużym znaczeniu dla ustalenia roli sądownictwa w demokratycznym państwie prawnym.

Zwolnienie nazywane powszechnie ulgą mieszkaniową znajduje się w u.p.d.o.f. od początku obowiązywania tej ustawy (tj. od 1992 r.), nie wliczając krótkiej przerwy w latach 2007–2008, gdy zostało zastąpione tzw. ulgą meldunkową. Początkowo ulga mieszkaniowa była uregulowana w art. 21 ust. 1 pkt 32, który aż do końca 2002 r. nie odnosił się wprost do wydatków na spłatę kredytów lub pożyczek zaciągniętych na preferowane cele. Sytuacja ta uległa zmianie od 1 stycznia 2003 r., gdy w pkt. 32

dodano literę e, wprost przesądając o tym, że wydatki na spłatę takich kredytów lub pożyczek są traktowane tak samo jak wydatki na nabycie nieruchomości³.

To rozwiązanie powróciło od 1 stycznia 2009 r. i obowiązuje do dzisiaj na zasadzie związku przepisów art. 21 ust. 1 pkt 131 i ust. 25 pkt 2 u.p.d.o.f. Jednak art. 21 ust. 1 pkt 32 – w przeciwieństwie do obowiązującego obecnie art. 21 ust. 25 pkt 2 – obejmował nie tylko takie kredyty i pożyczki, które zostały zaciągnięte przed dniem uzyskania przychodu ze sprzedaży nieruchomości, ale i po tym dniu⁴. Natomiast podobnie nie rozstrzygał o tym, czy chodzi o kredyty i pożyczki zaciągnięte na nabycie nieruchomości „starej” (tj. zbytej), czy nowej. Na tym tle między organami podatkowymi i podatnikami dochodziło i dochodzi do

sporów, które najczęściej kończą się dopiero na wokandzie NSA⁵.

O ile orzecznictwo sądów administracyjnych pozostaje w tej materii niejednolite w tym sensie, że – jak widać na przykładzie komentowanego wyroku – wojewódzkie sądy administracyjne często orzekają na korzyść podatników⁶, o tyle orzecznictwo NSA jest zasadniczo jednolite i dla podatników niekorzystne⁷. Nie jest ono natomiast jednolite co do podstawy i zakresu tego kierunku. W praktyce wyroki NSA są w różnym stopniu niekorzystne dla podatników, co w konkretnych sprawach oznacza całkowitą albo częściową korektę *in minus* potencjalnego albo użytego zwolnienia.

NSA powołuje się na jedną lub dwie przesłanki, aby krytyczne wydatki na spłatę

3 Zob. art. 1 pkt 14 lit. a *tiret* 10 w związku z art. 8 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2002 r., nr 141, poz. 1182). Dodany przepis art. 21 ust. 1 pkt 32 lit. e u.p.d.o.f. miał następujące brzmienie: *Wolne od podatku dochodowego są przychody w części wydatkowanej na spłatę kredytu lub pożyczki zaciągniętych na cele, o których mowa w lit. a) w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w tym również na spłatę kredytu lub pożyczki zaciągniętych przed dniem uzyskania tych przychodów, nie wcześniej jednak niż 24 miesiące przed tym dniem.* Warto zauważyć, że zwolnienie wynikające z tego przepisu jest wciąż stosowane względem tych nieruchomości, które zostały nabyte lub wybudowane przed końcem 2006 r. – zob. przejściowy przepis art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2006 r., nr 217, poz. 1588).

4 Zob. m.in. J. Sekita, *Opodatkowanie dochodów osób fizycznych z inwestowania i lokacji majątku*, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369230033/253389/sekita-jaroslav-opodatkowanie-dochodow-osob-fizycznych-z-inwestowania-i-lokacji-majtku?cm=URELATIONS> (dostęp 19.04.2021).

5 Zob. wyroki NSA z 6 kwietnia 2007 r. (II FSK 509/06), 4 listopada 2008 r. (II FSK 1057/07), 5 listopada 2009 r. (II FSK 863/08), 18 sierpnia 2010 r. (II FSK 526/09), 26 czerwca 2012 r. (II FSK 2567/10), 26 czerwca 2012 r. (II FSK 2566-2567/10), 30 października 2012 r. (II FSK 564/11), 12 września 2013 r. (II FSK 2546/11), 30 stycznia 2015 r. (II FSK 3211/12), 6 października 2015 r. (II FSK 2143/13), 5 maja 2017 r. (II FSK 446/17), 5 grudnia 2017 r. (II FSK 3148/15), 5 kwietnia 2018 r. (II FSK 966/16) i 5 marca 2019 r. (II FSK 862/17).

6 Zob. m.in. prawomocny wyrok WSA w Warszawie z 27 sierpnia 2019 r. (III SA/Wa 3117/18) oraz nieprawomocne wyroki tego sądu z 7 listopada 2019 r. (III SA/Wa 3118/18), 4 marca 2020 r. (III SA/Wa 1162/19), 29 czerwca 2020 r. (III SA/Wa 2009-2010/19) i 29 września 2020 r. (III SA/Wa 133/20).

7 W tej materii zidentyfikowaliśmy tylko jedną odmienną wypowiedź NSA i to jeszcze na gruncie przepisu art. 21 ust. 1 pkt 32 lit. e u.p.d.o.f. Chodzi o wyrok NSA z 6 kwietnia 2007 r. (II FSK 509/06), w którego uzasadnieniu czytamy: *U podstaw omawianego zwolnienia legło założenie, że nie powinny być opodatkowane środki wydane bezpośrednio na realizację nowego – szeroko rozumianego – celu mieszkaniowego. Chodziło zatem o wsparcie budownictwa mieszkaniowego. Od 1 stycznia 2003 r. ulga obejmuje również środki związane z pośrednim /kredyty i pożyczki/ finansowaniem tego celu. Co więcej – nie musi to być zakup nowego prawa, ale i spłata zadłużenia z tytułu kredytu lub pożyczki zaciągniętych na nabycie prawa, którego sprzedaż stanowiła źródło przychodu [...]”* [wytl. aut.].

kredytu nie zostały uwzględnione w uldze mieszkaniowej.

Pierwszą przesłanką jest brak związku między tymi wydatkami i własnymi celami mieszkaniowymi. Chodzi o to, że wydatki poniesione po zbyciu nieruchomości z tytułu kredytu zaciągniętego na nabycie tej nieruchomości – w ocenie NSA – nie służą zaspokojeniu teraźniejszej lub przyszłej potrzeby mieszkaniowej. Z czysto prawnego punktu widzenia to oznacza, że takie wydatki – chociaż mieszczą się w zakresie przedmiotowym przepisu art. 21 ust. 25 pkt 2 lit. a – nie spełniają warunku własnego celu mieszkaniowego z przepisu art. 21 ust. 1 pkt 131. W niektórych wyrokach NSA powołuje się dodatkowo na warunek wydatkowania przychodu ze zbycia nieruchomości w terminie dwóch lat od roku jej zbycia i mającą stąd wynikać konieczność osiągnięcia własnego celu mieszkaniowego w tym terminie, a nie w przeszłości (czyli przed zbyciem). NSA powołuje się także na ogólny związek własnego celu mieszkaniowego z przychodem ze zbycia nieruchomości i mający stąd wynikać przyszły charakter celu.

Drugą przesłanką jest niedopuszczalność uwzględnienia w uldze mieszkaniowej jako uldze podatkowej wydatku, który wcześniej został uwzględniony w rachunku dochodu ze zbycia nieruchomości poprzez potrącenie go w koszty uzyskania przychodów. W niektórych wyrokach NSA powołuje się na zakaz podwójnej użycia krytycznych wydatków: naprzód jako kosztów uzyskania, a następnie jako elementu zwolnienia. Tutaj podstawą prawną ma być przepis art. 21 ust. 30 u.p.d.o.f., który stanowi:

Przepis ust. 1 pkt 131 nie ma zastosowania do tej części wydatków, o których mowa

w ust. 25 pkt 2 [...], którymi sfinansowane zostały wydatki określone w ust. 25 pkt 1, uwzględnione przez podatnika korzystającego z ulg podatkowych, w rozumieniu Ordynacji podatkowej, przy opodatkowaniu podatkiem dochodowym⁸.

Z naszego badania orzecznictwa sądowego wynika, że w większości spornych spraw sądy powołują się na pierwszą przesłankę i na tej zasadzie orzekają na niekorzyść podatników. Druga przesłanka ma raczej charakter pomocniczy i rzadko jest samodzielną podstawą orzeczenia.

Wróćmy do analizowanego wyroku wsa w Warszawie. Na czym ten sąd oparł swoje rozstrzygnięcie i aprobowany przez nas pogląd? W jaki sposób próbuje obalić tezy zasadniczo jednolitego orzecznictwa NSA?

Po pierwsze, wsa przypomina cel ulgi mieszkaniowej i z tej perspektywy weryfikuje kluczową tezę NSA, że z warunku zawarcia umowy kredytu przed dniem zbycia starej nieruchomości (*zaciągniętego przez podatnika przed dniem uzyskania przychodu z odpłatnego zbycia* w art. 25 ust. 25 pkt 2 lit. a u.p.d.o.f.) ma wynikać związanie celu

⁸ Nie ma wątpliwości, że z tego przepisu wynika ograniczenie w kwalifikacji wydatków na spłatę kredytu do celów ulgi mieszkaniowej, ale nie jest jasny i pewny zakres tego ograniczenia. Powstaje wątpliwość, czy to ograniczenie dotyczy tylko wydatków poniesionych do zbycia nieruchomości (czyli uwzględnionych w rachunku dochodu ze zbycia), czy także po zbyciu (w granicach terminu dwóch albo trzech lat). Powstaje także wątpliwość, czy to ograniczenie dotyczy wydatków w zakresie granicy kwotowej zwolnienia (iloczyn dochodu i udziału wydatków w przychodzie), czy warunku wydatkowania w terminie dwóch albo trzech lat. Powstaje wreszcie wątpliwość, czy rzeczywiście wydatki podlegają tutaj podwójnej użyciu, skoro – raz – mają tylko pośredni wpływ na efektywną kwotę zwolnienia (poprzez iloczyn i warunek), i dwa – potrącenie w koszty uzyskania przychodów nie jest ulgą podatkową, tylko elementem konstrukcji podatku dochodowego.

ulgi tylko z nabyciem nowej nieruchomości. W tej części WSA argumentuje, że moment zawarcia („zaciągnięcia”) umowy kredytu jest irrelevantny z punktu widzenia ograniczenia celu ulgi do nabycia nowej nieruchomości:

Taki warunek [...] nie miałby bowiem żadnego znaczenia jako element konstrukcyjny zwolnienia od podatku, bowiem w takim samym stopniu służy sfinansowaniu takiego zakupu zobowiązanie zaciągnięte zarówno przed jak i po uzyskaniu przychodu z odpłatnego zbycia [...]. Wymaganie to byłoby zatem zbędne.

Można podsumować ten wątek tak: NSA stoi na stanowisku, że warunek momentu zawarcia umowy kredytu z art. 21 ust. 25 pkt 2 lit. a wskazuje na „przyszły” charakter celu ulgi mieszkaniowej, natomiast WSA w Warszawie uważa, że z tego warunku nie wynika jakiegokolwiek ograniczenie czasowe.

Po drugie, WSA próbuje wykazać brak ekonomicznego sensu w afirmowanym przez NSA rozumieniu warunku momentu zawarcia umowy kredytu: *...jest wewnątrznie sprzeczne, skoro po zbyciu składnika majątkowego [...] zwiększa się zdolność kredytowa i wiarygodność do zaciągnięcia ewentualnego zobowiązania.* W naszej ocenie ten bardzo istotny argument, dotyczący w istocie społeczno-gospodarczej funkcji ulgi mieszkaniowej, nie został dostatecznie jasno i mocno wyrażony i wykorzystany przez WSA. Trzeba bowiem zauważyć, że stanowisko NSA prowadzi do zniekształcenia ulgi mieszkaniowej, która miała być możliwie powszechnym narzędziem wsparcia budownictwa mieszkaniowego i zaspokajania potrzeb mieszkaniowych w Polsce. Efektywne działanie ulgi zostaje jednak ograniczone przez NSA do wąskiego kręgu podatników nabywających nieruchomości

za gotówkę albo mających taką zdolność kredytową, która pozwala na zawarcie nowej umowy kredytu jeszcze przed zbyciem lokalu mieszkalnego, którego nabycie zostało sfinansowane w całości lub w części z wcześniejszej umowy kredytu. Takie rozumienie ulgi mieszkaniowej wydaje się dysfunkcyjne i może prowadzić do społecznego poczucia niesprawiedliwości⁹.

Po trzecie, WSA próbuje argumentować, sięgając po wykładnię historyczną i porównując się na podobną konstrukcję ulgi mieszkaniowej z lat 2003–2006 oraz korzystną dla podatników praktykę interpretacyjną administracji podatkowej, w tym na treść informacji upublicznionej na stronie internetowej Ministerstwa Finansów (co wydaje się zawoalowaną wskazówką dla podatników co do możliwości powołania się na zasadę zaufania). W tej części WSA powołuje się także na jeden wyrok NSA¹⁰ i dwa wyroki innych wojewódzkich sądów administracyjnych z lat 2007–2009, które wspierają aprobowany przez nas pogląd WSA w Warszawie¹¹. Następnie WSA wskazuje na większą liczbę odmiennych wyroków NSA i różnych wojewódzkich sądów administracyjnych z lat 2008–2015¹², aż wreszcie przechodzi do serii kilku orzeczeń NSA wydanych w poszerzonym składzie w latach

⁹ Warto zauważyć wniesienie jeszcze w 2019 r. petycji do Ministra Finansów na ten temat – zob. petycję z 25 września 2019 r. w witrynie Ministerstwa Finansów: <https://www.gov.pl/web/finanse/wrzesien-2019-r> (dostęp 19.04.2021).

¹⁰ Zob. wyrok NSA z 6 kwietnia 2007 r. (II FSK 509/06) cytowany w przypisie nr 7. Zwracamy uwagę, że w uzasadnieniu wyroku WSA w Warszawie jest błąd w adresie powołanego wyroku NSA: jest 2009 zamiast 2007.

¹¹ Zob. prawomocne wyroki WSA w Gliwicach z 10 lutego 2009 r. (I SA/Gl 921/08) i WSA w Łodzi z 6 marca 2009 r. (I SA/Łd 1247/08).

¹² Zob. wyroki NSA z: 4 listopada 2008 r. (II FSK 1057/07), 5 listopada 2009 r. (II FSK 863/08), 18 sierpnia 2010 r. (II FSK 526/09), 26 czerwca 2012 r. (II FSK 2566-2567/10) i 30 stycznia 2015 r. (II FSK 3211/12), oraz prawomocne

1996–2012¹³, a nawet jednego wyroku Sądu Najwyższego. W podsumowaniu tej historycznej wykładni WSA stwierdza, że:

wskazane wyżej orzeczenia wskazują na istnienie rozbieżności w zakresie interpretacji przepisu, którego treścią jest uzależnienie zwolnienia dochodu od jego przeznaczenia na spłatę kredytu zaciągniętego na zakup nieruchomości, co determinuje, że należy jej dokonywać w sposób korzystny dla podatnika.

W ten sposób WSA konkluduje, że podstawą do rozstrzygnięcia sprawy jest zasada *in dubio pro tributario* zawarta w art. 2a Ordynacji podatkowej¹⁴.

Naszym zdaniem ta historyczna część uzasadnienia i zawarta w niej konkluzja o zastosowaniu art. 2a Ordynacji podatkowej jest największą słabością komentowanego wyroku, który mimo to uważamy za zasadny i słuszny co do kierunku rozstrzygnięcia. Klucz do rozwiązania opisanego problemu interpretacyjnego w konstrukcji ulgi mieszkaniowej leży bowiem właśnie w obszarze wykładni historycznej, ale nie został w ogóle zauważony i podniesiony w analizowanym wyroku WSA w Warszawie. Tym kluczem jest wyrażona *expressis verbis* w procesie legislacyjnym w 2008 r. wola ustawodawcy: wydatki na spłatę kredytu zaciągniętego na nabycie zbytej nieruchomości stanowią własny cel mieszkaniowy w rozumieniu art. 21 ust. 25 pkt 2

wyroki WSA: w Gliwicach z 17 listopada 2009 r. (I SA/Gl 396/09), w Łodzi z 13 sierpnia 2010 r. (I SA/Łd 273/10), w Kielcach z 23 października 2013 r. (I SA/Ke 487/14) i w Krakowie z 6 maja 2015 r. (I SA/Kr 136/15).

¹³ Zob. m.in. uchwały NSA w składzie siedmiu sędziów z 25 listopada 1996 r. (FPS 5/96), 23 czerwca 2003 r. (FPS 1/03) i 4 grudnia 2012 r. (II FPS 3/12).

¹⁴ Zob. ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (jednolity tekst: Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 ze zmianami).

lit. a u.p.d.o.f. i mogą być uwzględnione w ustaleniu dochodu wolnego od podatku na podstawie art. 21 ust. 1 pkt 131 u.p.d.o.f.

Analiza procesu legislacyjnego w 2008 r. prowadzi do oczywistego wniosku, że dominująca w orzecznictwie sądowym wykładnia art. 21 ust. 1 pkt 131 w związku z ust. 25 pkt 2 u.p.d.o.f. jest niezgodna z zamiarem ustawodawcy, który został wyrażony w treści odpowiednio rządowego projektu ustawy z 2 października 2008 r.¹⁵, ustawy z 23 października 2008 r.¹⁶ i uchwały Senatu z 30 października 2008 r.¹⁷, a dodatkowo potwierdzony faktem przyjęcia poprawek Senatu przez Sejm w ustawie uchwalonej 6 listopada 2008 r.¹⁸ Sądy administracyjne wydają się nie dostrzegać wyrażonego przez ustawodawcę celu i sensu zmiany polegającej na dodaniu – ze skutkiem od 1 stycznia 2009 r. – ulgi mieszkaniowej w miejsce tzw. ulgi mel-dunkowej, a w tym kontekście – sposobu ukształtowania w procesie legislacyjnym pojęcia „własne cele mieszkaniowe”.

W rządowym projekcie z 2 października 2008 r. przyszedł przepis art. 21 ust. 1 pkt 131 miał następującą treść:

¹⁵ Zob. rządowy projekt (z 2 października 2008 r.) ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 1075 w Sejmie VI kadencji).

¹⁶ Zob. ustawę z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 333 w Senacie VII kadencji).

¹⁷ Zob. uchwałę Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 października 2008 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1232 w Sejmie VI kadencji).

¹⁸ Zob. ustawę z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., nr 209, poz. 1316).

...dochody z odpłatnego zbycia nieruchomości i praw majątkowych, o których mowa w art. 30e, w wysokości, która odpowiada iloczynowi tego dochodu i udziału wydatków poniesionych na cele mieszkaniowe w przychodzie z odpłatnego zbycia nieruchomości i praw majątkowych, **jeżeli począwszy od dnia odpłatnego zbycia, nie później niż w okresie dwóch lat od końca roku podatkowego, w którym nastąpiło odpłatne zbycie, przychód uzyskany ze zbycia tej nieruchomości lub tego prawa majątkowego został wydatkowany na własne cele mieszkaniowe**; udokumentowane wydatki poniesione na te cele uwzględnia się do wysokości przychodu z odpłatnego zbycia nieruchomości i praw majątkowych [wytł. aut.].

Powiązany przepis art. 21 ust. 25 pkt 2 miał wówczas następujący kształt:

Za wydatki poniesione na cele, o których mowa w ust. 1 pkt 131, uważa się wydatki poniesione na spłatę kredytu lub pożyczki, a także odsetek od kredytu lub pożyczki zaciągniętych na nabycie lub wybudowanie zbywanej nieruchomości lub prawa majątkowego w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, mających siedzibę w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego albo w Konfederacji Szwajcarskiej, z wyjątkiem odsetek od kredytu lub pożyczki, które zostały odliczone od podstawy opodatkowania [wytł. aut.].

W uzasadnieniu projektu czytamy, że przepisy art. 21 ust. 25–28 definiują wydatki poniesione na cele mieszkaniowe. W dniu 23 października 2008 r., w trzecim czytaniu, Sejm uchwalił ustawę o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych

oraz niektórych innych ustaw zawierającą powyższe przepisy w cytowanym kształcie. Ustawa została przekazana do Senatu.

W uchwale z 30 października 2008 r. Senat nie wniósł poprawek do art. 21 ust. 1 pkt 131, natomiast poprawił treść art. 21 ust. 25 pkt 2 lit. a w taki sposób:

Za wydatki poniesione na cele, o których mowa w ust. 1 pkt 131, uważa się wydatki, poniesione na spłatę kredytu (pożyczki) oraz odsetek od tego kredytu (pożyczki) zaciągniętego przez podatnika przed dniem uzyskania przychodu z odpłatnego zbycia, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 8 lit. a–c, na cele określone w pkt 1 – w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, mających siedzibę w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub w innym państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego albo w Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem ust. 30 i 31 [wytł. aut.].

Senat dodał także następujący przepis art. 21 ust. 31:

Przepis ust. 1 pkt 131 nie ma zastosowania do tej części wydatków, o których mowa w ust. 25 pkt 2, które podatnik uwzględnił korzystając z ulg podatkowych, w rozumieniu Ordynacji podatkowej, przy opodatkowaniu podatkiem dochodowym oraz do tej części wydatków, o których mowa w ust. 25 pkt 2, którymi sfinansowane zostały wydatki określone w ust. 25 pkt 1, uwzględnione przez podatnika korzystającego z ulg podatkowych, w rozumieniu Ordynacji podatkowej, przy opodatkowaniu podatkiem dochodowym.

W uzasadnieniu uchwały Senatu czytamy o powyższych zmianach (zawartych w poprawce nr 2):

Poprawka nr 2 rozszerza możliwość korzystania ze zwolnienia od podatku poprzez objęcie wydatków przeznaczonych na spłatę kredytów innych niż zbywana nieruchomości. Ponadto, zdaniem Senatu, z uwagi na istniejące na rynku finansowym elastyczne formy kredytowania, zwolnieniem należało objąć również kredyty refinansowe oraz konsolidacyjne [wytł. aut.].

Jak widać, Senat zamierzał rozszerzyć zwolnienie poprzez rozszerzenie zakresu pojęcia wydatków na spłatę kredytu (pożyczki) i odsetek, i objęcie nim nie tylko kredytów i pożyczek dotyczących zbytej nieruchomości (zbytego prawa majątkowego), ale także kredytów i pożyczek dotyczących innej nieruchomości (prawa majątkowego) oraz innych kredytów i pożyczek. Nie może być **żadnych** wątpliwości, że nie chodziło o wyłączenie wydatków na spłatę kredytu (pożyczki) i odsetek dotyczących zbytej nieruchomości (zbytego prawa majątkowego). Tym bardziej że w ustawie z 6 listopada 2008 r. Sejm przyjął poprawkę Senatu *in extenso* i uwzględnił powyższe zmiany. Krytyczne przepisy weszły w życie 1 stycznia 2009 r.

Na tle opisanego procesu legislacyjnego widać, że dominujące niekorzystne dla podatników stanowisko judykatury (przede wszystkim NSA) wynika z ustalenia *ratio legis* art. 21 ust. 1 pkt 131 w związku z ust. 25 pkt 2 lit. a u.p.d.o.f. w zupełnym oderwaniu od wyrażonej w 2008 r. woli ustawodawcy¹⁹. To zaś oznacza – w naszym

¹⁹ W tym miejscu trzeba zauważyć wyrok NSA z 9 grudnia 2016 r. (II FSK 3218/14) – jedyny, w którego uzasadnieniu został zauważony proces legislacyjny w 2008 r. Autor skargi kasacyjnej powołał się na rządowy projekt ustawy z 2 października i uchwałę Senatu z 30 października 2008 r. I dlatego NSA odniósł się do tego argumentu, relatywizując jednak jego znaczenie: *Cel ustawodawcy jest celem ex ante, sytuacją która miała miejsce w określonym*

przekonaniu – przekroczenie granicy między sferą wykładni prawa a sferą jego kreacji, czyli przekroczenie konstytucyjnej granicy kognicji sądu administracyjnego. Co więcej i paradoksalnie ten sam błąd jest popełniany przez te składy orzekające wojewódzkich sądów administracyjnych, które próbują (z reguły nieskutecznie) przeciwstawić się dominującemu stanowisku.

To jest kluczową przyczyną naszej zróżnicowanej i w znacznym stopniu krytycznej oceny wyroku WSA w Warszawie, którego wątpliwą czy po prostu niezasadną osnovą jest zasada *in dubio pro tributario* z art. 2a Ordynacji podatkowej. Nie wchodząc w tym miejscu w szczegółową analizę tej zasady i poważnych wątpliwości wokół niej²⁰, pragniemy zauważyć, że jej użycie logicznie wskazuje na niepewność WSA w Warszawie co do wyniku własnej wykładni przepisów dotyczących rozstrzyganego sporu, a tym samym relatywizuje moc wyroku i wiarygodność innych argumentów podniesionych w jego uzasadnieniu. W tej sytuacji wystarczy bowiem, że NSA po raz kolejny podważy zasadność powołania

momencie w przeszłości. Sięganie do tego celu jako usprawiedliwienia rozstrzygnięcia interpretacyjnego może okazać się bezużyteczne jeżeli z treści aktu prawnego wynika, że jego instytucje nastawiane są w rzeczywistości na realizację innych celów niż deklarowane w trakcie procesu legislacyjnego. W istocie NSA nie wyjaśnił, czy i w jaki sposób treść krytycznych przepisów art. 21 u.p.d.o.f. zaprzecza wyrażonej w procesie legislacyjnym woli ustawodawcy.

²⁰ Tutaj odsyłamy do już dość bogatej literatury przedmiotu – zob. m.in. A. Bielska-Brodziak, M. Suska, *Węzeł gordyjski, czyli o in dubio pro tributario na tle klasyfikacji dyrektyw wykładni oraz pojęcia momentu interpretacyjnego*, „Państwo i Prawo” nr 8 z 2020 r., oraz R. Mastalski, *Rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść podatnika, konstytucyjne i unijne podstawy opodatkowania, racjonalne tworzenie prawa, szerokie pole interpretacji prawa. Glosa do wyroku NSA z dnia 29 listopada 2017 r., II FSK 3280/15*, <https://sip.lex.pl/#/publication/386214431/mastalski-ryszard-rozstrzygnięcie-wątpliwości-na-korzyść-podatnika-konstytucyjne-i-unijne-podstawy...?cm=URELATIONS> (dostęp 19.04.2021).

się na zasadę z art. 2a Ordynacji podatkowej, nie widząc spełnienia obligatoryjnych przesłanek jej zastosowania, przede wszystkim zaś przesłanki niemożliwości usunięcia wątpliwości w drodze wykładni²¹. Niemal zupełnie jednolite orzecznictwo NSA na temat ulgi mieszkaniowej zaprzecza przecież istnieniu tej przesłanki, stanowiąc w praktyce łatwy i wygodny kontrargument dla skarżącego organu podatkowego i NSA jako sądu kasacyjnego.

²¹ Zob. m.in. wyroki NSA z 4 lipca 2017 r. (II FSK 1626/15) i 28 maja 2019 r. (II FSK 1778-1779/17).

Dlatego ośmielamy się oceniać komentowany wyrok WSA w Warszawie jako niewykorzystaną szansę na przełom w sądowej wykładni przepisów art. 21 ust. 1 pkt 131 w związku z ust. 25 pkt 2 lit. a u.p.d.o.f., a w konsekwencji na korzystny dla podatników i zgodny z wyrażoną *expressis verbis* wolą ustawodawcy przełom w praktyce stosowania ulgi mieszkaniowej. Można podsumować, że WSA w Warszawie powołał się na zasadę *in dubio pro tributario*, a mógł i powinien był powołać się na zasadę – parafrazując tę pierwszą – *in dubio pro ratio legis*. ■



Michał R. Nerwiński

ADVISER TO THE MINISTER, HEAD OF THE TAX LAW UNIFICATION TEAM, TAX SYSTEM DEPARTMENT, MINISTRY OF FINANCE



Jagoda Jankowska

SENIOR SPECIALIST, TAX LAW UNIFICATION TEAM, MINISTRY OF FINANCE

Legislative intent according to the parliament or the court?

Commentary on the judgment of the Province Administrative Court in Warsaw (case no. III SA/Wa 469/19) on residential relief from personal income tax*

This comment concerns the “residential relief” under Art. 21(1)(131) of the Personal Income Tax Act and interpretation of the notion of the taxpayer’s “own residential purposes” which is key to the construction of this relief. The authors comment on the judgment in favour of taxpayers by the Province Administrative Court in Warsaw of 7 February 2020 and, in light of that ruling, the essentially uniform position unfavourable to taxpayers taken by the Supreme Administrative Court and the similarly unfavourable prevailing position of the province administrative courts. The authors praise the judgment in question as an attempt to combat the dominant position through a rational, thorough interpretation of the notion of the taxpayer’s “own residential purposes” and inclusion in that notion of the disputed expenditures for repayment of credit. They also draw attention to the weaknesses in the judgment, which could be used by the Supreme Administrative Court to overrule the judgment quite easily.

RESIDENTIAL RELIEF • TAXPAYER’S OWN RESIDENTIAL PURPOSES • REPAYMENT OF CREDIT • ACQUISITION EXPENDITURES

* This article constitutes the private opinion of the authors and does not represent an official position of the Ministry of Finance.







Jeremiasz Kalus

DOKTORANT NA UNIWERSYTECIE ŚLĄSKIM W KATOWICACH,
APLIKANT ADWOKACKI W KANCELARII ADWOKACKIEJ ADWOKATA ŁUKASZA
KUSIA W KATOWICACH, PRACOWNIK DEPARTAMENTU SYSTEMU PODATKOWEGO
W MINISTERSTWIE FINANSÓW

Schematy podatkowe jako przedmiot interpretacji indywidualnej

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 stycznia 2021 r., I FSK 1703/20*

Raportowanie schematów podatkowych jest instytucją wdrożoną do polskiego systemu prawnego w drodze implementacji przepisów dyrektywy Rady 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. Od początku obowiązywania przepisy te powodowały wiele problemów interpretacyjnych z uwagi na swój skomplikowany i nieprecyzyjny charakter, jak również niewielki dorobek orzecznicy sądów i organów administracji skarbowej w tym zakresie. Dodatkowym utrudnieniem dla podatników był dotychczasowy brak możliwości ubiegania się o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej, co stanowiło przedmiot wielu zażaleń na interpretacje podatkowe. Glosowany wyrok NSA przełamuje impas wynikający z braku jednolitości orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych w granicach zakreślonego problemu. Teza wyroku przychyliła się do prawidłowości linii orzeczniczej korzystnej dla podatników, przypisując przepisom o MDR charakter norm materialnoprawnych, a tym samym umożliwiając składanie wniosków w przedmiocie indywidualnych interpretacji podatkowych.

INTERPRETACJE INDYWIDUALNE • SCHEMATY PODATKOWE • MATERIALNE PRAWO PODATKOWE • FUNKCJA INFORMACYJNA • FUNKCJA GWARANCYJNA

* Niniejszy tekst stanowi prywatną opinię autora i nie jest jednoznaczny z oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Finansów.

Implementacja dyrektywy Rady 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r.¹ od początku budziła wiele kontrowersji zarówno w kontekście zasadności przyjętych rozwiązań na gruncie prawa UE, jak i zgodności z polskim prawem wewnętrznym. Poziom złożoności przyjętych przepisów, wielość możliwości interpretacyjnych oraz wysokość kar finansowych skłaniały podatników do składania w zakresie schematów podatkowych wniosków o indywidualne interpretacje w celu rozwiania powstałych wątpliwości.

Od samego początku podatnicy oraz profesjonalni pełnomocnicy pozostawali w sporze z organami skarbowymi, bowiem zgodnie ze stanowiskiem Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (dalej także: Dyrektor KIS) przepisy o MDR-ach² nie należą do zakresu materialnego prawa podatkowego, w związku z czym interpretacje w tej materii nie powinny być wydawane³. Zwrócić należy uwagę, że na poziomie wojewódzkich sądów administracyjnych nie wykształciła się jednolita linia orzecznicza, wskutek czego wskazany wyrok NSA przełamuje impas między pozytywnymi a negatywnymi orzeczeniami, stanowiąc jednocześnie jasną wskazówkę dla sądów administracyjnych:

Obowiązki prawno-podatkowe wynikające z działu III rozdziału 11a Ordynacji podatkowej⁴, tj. związane z tzw. obowiązkiem

raportowania schematów podatkowych, objęte są zakresem postępowania interpretacyjnego na podstawie art. 14b i nast. Ordynacji podatkowej.

Komentowany wyrok

Komentowany wyrok dotyka materii wywołującej dotychczas wiele kontrowersji zarówno wśród przedstawicieli administracji skarbowej, jak i podatników oraz przedstawicieli doktryny prawa podatkowego. Przedmiotem rozważań Naczelnego Sądu Administracyjnego były trzy zagadnienia prawne:

- czy organy skarbowe mogą wydać interpretację indywidualną z zakresu całego prawa podatkowego,
- czy sformułowanie pytania, które dotyczy regulacji nieobjętych zakresem informacji udzielanej w formie interpretacji indywidualnej, może stanowić przedmiot interpretacji indywidualnej,
- czy charakter obowiązków podatnika wynikających z działu III rozdziału 11a Ordynacji podatkowej, tj. związanych z tzw. raportowaniem schematów podatkowych, może być objęty zakresem interpretacji indywidualnej.

Sąd wobec wszystkich przedstawionych wątpliwości przyjął stanowisko korzystne dla podatników, negując tym samym uzasadnienia wskazywane przez Krajową Administrację Skarbową i przełamując znaczną część orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych.

Stan faktyczny

Wnioskodawca (dalej także: spółka polska, skarżąca) jest spółką z branży chemicznej posiadającą nieograniczony obowiązek podatkowy w Polsce (polski rezydent podatkowy). Wnioskodawca zawarł umowę

¹ Dyrektywa Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych (Dz. Urz. UE L 39 z 05.06.2018).

² Mandatory Disclosure Rules (ang.).

³ Wyrok WSA w Krakowie z 28 maja 2020 r., I SA/Kr 1419/19, Lex nr 3085096.

⁴ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325 z późn. zm.).

przewozu ze spółką z siedzibą na Cyprze (dalej: spółka cypryjska). Zgodnie ze wskazaną umową spółka cypryjska świadczy na rzecz wnioskodawcy usługi w zakresie przewozu morskiego nawozów, stanowiących towary handlowe i będących własnością wnioskodawcy. Jako ekwiwalent świadczonych usług spółka polska płaci spółce cypryjskiej określone umową wynagrodzenie. Kontrahenci nie są podmiotami powiązаныmi w rozumieniu przepisów polskich ani cypryjskich. Spółka cypryjska jest tamtejszym rezydentem podatkowym (posiada certyfikat rezydencji wydany przez odpowiedni urząd cypryjski).

Mając na uwadze obowiązki podatkowe związane z tzw. „podatkiem u źródła”⁵ w odniesieniu do ładunków i pasażerów przyjętych do przewozu w portach polskich przez zagraniczne przedsiębiorstwa morskiej żeglugi handlowej oraz zastosowania w tym zakresie zwolnień przewidzianych we właściwej umowie międzynarodowej⁶, spółka polska skorzystała z możliwości nieodprowadzenia wskazanego podatku, pozyskując certyfikat rezydencji podatkowej. W rezultacie zaistniała wątpliwość, czy czynność ta może być uznana za schemat podatkowy i czy po stronie spółki polskiej powstał tym samym obowiązek jego zarportowania.

W konsekwencji spółka polska skierowała do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej wnioski o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego w zakresie

rozstrzygnięcia, czy opisany stan faktyczny rodzi obowiązki raportowe na gruncie przepisów o schematach podatkowych, a jeśli tak, to na jakim formularzu należy dopełnić tych obowiązków.

Stanowisko Dyrektora KIS

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej wydał postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania, nie uwzględniając tym samym wniosku o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej. W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że organ podatkowy nie jest uprawniony do wydania interpretacji przedłożonych przepisów prawa podatkowego, bowiem jest to sprzeczne z przepisem art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej. Zdaniem Dyrektora KIS zagadnienie przedstawione we wniosku o wydanie interpretacji nie dotyczy przepisów prawa materialnego.

Z przedstawioną argumentacją nie zgodził się wnioskodawca, składając zażalenie na powyższe postanowienie. Podniósł w nim przede wszystkim naruszenie przez organ przepisów Ordynacji podatkowej poprzez uznanie, że indywidualne interpretacje podatkowe mogą być wydawane wyłącznie w zakresie przepisów materialnoprawnych. Zanegował także pogląd mówiący o przypisaniu przepisom o schematach podatkowych wyłącznie roli norm proceduralnych, jak również podważył przyjęte przez Dyrektora KIS stanowisko zakładające brak spełnienia funkcji ochronnej interpretacji indywidualnej.

Dyrektor KIS nie podzielił podniesionych zarzutów, utrzymując w mocy postanowienie. W uzasadnieniu organ podtrzymał argumentację zawartą w pierwotnym postanowieniu, wskazując po raz kolejny, że pytania zawarte we wniosku o wydanie

⁵ Art. 21 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 z późn. zm.).

⁶ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Cypru w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku, sporządzona w Warszawie dnia 4 czerwca 1992 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 117, poz. 523 z późn. zm.).

interpretacji indywidualnej nie dawały możliwości rozpatrzenia wskazanego pisma, gdyż wykraczały poza zakres procedury regulującej wydawanie interpretacji indywidualnych. Spółka polska skierowała bowiem wniosek o interpretację przepisów regulujących obowiązek informowania o schematach podatkowych określonych w rozdziale 11a Ordynacji podatkowej, które to przepisy nie dotyczą bezpośrednio zagadnień związanych z powstaniem i wysokością zobowiązania podatkowego, lecz mają charakter ściśle proceduralny (związany z obowiązkami informacyjnymi). Zgodnie z dalszym uzasadnieniem akt taki nie spełniałby więc funkcji gwarancyjnej (stanowiącej warunek wydania interpretacji indywidualnej), gdyż wydanie i zastosowanie się przez wnioskodawcę do takiego rozstrzygnięcia nie wywołałoby żadnych skutków ochronnych. W konsekwencji nie mógłby on w przypadku sporu z organem podatkowym skutecznie powołać się na taki akt, ponieważ nie potwierdza on żadnych faktycznych uprawnień i obowiązków ze sfery prawa podatkowego.

Stanowisko skarżącej

W skardze do WSA spółka polska, oprócz argumentów wskazanych w odwołaniu od postanowienia Dyrektora KIS, podniosła również argument dotyczący błędnego uznania przez organ podatkowy, że nie ma przesłanek umożliwiających wydanie indywidualnej interpretacji, tj. wniosku w zakresie materialnego prawa podatkowego oraz wystąpienia funkcji ochronnej. Uzasadnienie swojego stanowiska skarżąca oparła o przepisy art. 3 pkt 1 i 2 Ordynacji podatkowej, określające katalog aktów prawnych uznawanych za prawo podatkowe (w rozumieniu przepisu art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej), w którym mieszczą się zarówno ustawy podatkowe, jak

i postanowienia ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Pod pojęciem „ustawy podatkowe” rozumie się natomiast ustawy dotyczące podatków, opłat oraz niepodatkowych należności budżetowych określające podmiot, przedmiot opodatkowania, powstanie obowiązku podatkowego, podstawę opodatkowania, stawki podatkowe oraz regulujące prawa i obowiązki organów podatkowych, podatników, płatników i inkasentów, a także ich następców prawnych oraz osób trzecich.

Zdaniem skarżącej stanowisko organu zakładające rozszerzającą interpretację wskazanych przepisów nie jest możliwe do zastosowania w stanie faktycznym stanowiącym przedmiot niniejszej sprawy. Taka wykładnia pozwalałaby bowiem organom podatkowym skutecznie ograniczać merytoryczne rozpatrywanie wniosków, a tym samym prawidłowe i wyczerpujące rozpatrywanie spraw.

Ponadto w ocenie skarżącej organ podatkowy niezasadnie powołał jako podstawę odmowy wszczęcia postępowania (a w postępowaniu odwoławczym – jako podstawę utrzymania postanowienia w mocy) przepis art. 165a § 1 Ordynacji podatkowej, bowiem przeszkody wskazane w jego treści dotyczą jedynie sytuacji uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie sprawy, gdy sprzeciwiają się temu przepisy prawa procesowego lub materialnego; wątpliwości organu co do kwestii prawnych lub faktycznych nie mogą jednak stanowić uzasadnienia dla zastosowania wskazanego przepisu.

Istotny w niniejszej sprawie jest również fakt, że jedna z powiązanych ze skarżącą spółek zwracała się dwukrotnie do

Ministerstwa Finansów z zapytaniem o możliwość skierowania w opisywanej sprawie wniosku o interpretację indywidualną, na które to zapytanie otrzymała dwukrotnie odpowiedź twierdzącą. Ponadto spółka polska podniosła trafny argument dotyczący istnienia funkcji ochronnej interpretacji podatkowej przejawiającej się w wyjaśnieniu przepisów nieostrych, zwłaszcza gdy niedopełnienie obowiązków z nich wynikających obłożone jest tak dotkliwymi sankcjami jak w przypadku przepisów o obowiązku raportowania schematów podatkowych.

Skarżąca przedstawiła również argument oparty o art. 121 § 1 Ordynacji podatkowej dotyczący postulatu prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych, m.in. poprzez rozstrzyganie niedających się usunąć wątpliwości na korzyść podatnika. Prawidłowo zatem stwierdzono, że w istocie powstałe w toku postępowania wątpliwości organu nie dotyczą okoliczności stanu faktycznego (do których uzupełnienia byłby wezwany podatnik), lecz stanu prawnego.

Stanowisko wsa w Krakowie

W ocenie sądu zaskarżone postanowienie nie naruszyło prawa w sposób powodujący konieczność jego wyeliminowania z obrotu prawnego. Sąd w uzasadnieniu wyroku podzielił niemalże w całości argumentację organu podatkowego. Pierwszą i główną tezę, na której oparte zostało stanowisko organu orzekającego, była zasadność zastosowania art. 165a Ordynacji podatkowej poprzez uznanie, że interpretacje indywidualne mogą być wydawane jedynie w zakresie materialnego prawa podatkowego, a w konsekwencji odmowę przyznania tego przymiotu przepisom o obowiązku raportowania schematów podatkowych.

Sąd stanął więc na stanowisku, że samo istnienie bądź nieistnienie obowiązku raportowego na gruncie przepisów o MDR nie wpływa bezpośrednio na powstanie (albo wysokość) zobowiązania podatkowego, a w konsekwencji nie może być samodzielłą przyczyną wydania interpretacji indywidualnej. Sąd przychylił się tym samym do drugiej linii orzeczniczej funkcjonującej w opisywanym zakresie, odwołując się do wyroków wsa w Opolu⁷ oraz wsa w Poznaniu⁸.

W dalszej kolejności sąd przedstawił pogląd o kluczowej roli funkcji ochronnej i gwarancyjnej indywidualnej interpretacji podatkowej, która determinuje możliwość wydania tego aktu, i o braku możliwości powołania się podatnika na skutek ochronny interpretacji we wniosku skierowanym przez skarżącą. Sąd uzasadniał słuszność wyprowadzonych przez siebie wniosków posłużeniem się przez ustawodawcę w art. 14b Ordynacji podatkowej zwrotami: „zaistniały stan faktyczny” oraz „zdarzenie przyszłe”, które odnoszą się do oceny stosowania prawa materialnego, a nie rozstrzygania sytuacji prawnopodatkowej podatnika składającego wniosek.

W ocenie sądu nie zasługuje więc na uwzględnienie argumentacja prezentowana w linii orzeczniczej wsa, która przyznaje przepisom rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej charakter prawa materialnego⁹. Sąd nie podzielił zatem poglądu, zgodnie z którym sam fakt umieszczenia przepisów prawnych w ustawie podatkowej pozwala

⁷ Wyrok wsa w Opolu z 12 lutego 2020 r., I SA/Op 528/19, Lex nr 2848044.

⁸ Wyrok wsa w Poznaniu z 5 grudnia 2019 r., I SA/Po 825/19, Lex nr 2765231.

⁹ Por. wyrok wsa w Gorzowie Wielkopolskim z 8 kwietnia 2020 r., I SA/Go 61/20, Lex nr 2956696 (dalej: wyrok wsa w Gorzowie Wielkopolskim).

na wydawanie względem nich interpretacji podatkowych. Dodatkowo podkreślił, że:

Ordynacja podatkowa w znacznej części stanowi zbiór regulacji procesowych, a zatem sama okoliczność, że regulacje dotyczące schematów podatkowych zostały zawarte w tej ustawie, nie nadaje im charakteru materialnych przepisów prawa podatkowego.

W ocenie sądu przytoczona argumentacja wystarczyła do zastosowania uprawnienia wynikającego z art. 165a § 1 Ordynacji podatkowej w postaci odmowy wszczęcia postępowania przez organ podatkowy, a w konsekwencji rozstrzygnięcie to nie sprzeciwiało się zasadzie prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych (art. 121 § 1 Ordynacji podatkowej).

Stanowisko i argumentacja NSA

Naczelny Sąd Administracyjny przychylił się do skargi kasacyjnej wniesionej przez spółkę polską, uchylając tym samym wyrok WSA w Krakowie oraz poprzedzające je postanowienia Dyrektora KIS.

Sąd stwierdził, że obowiązki podatników wynikające z rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej mieszczą się w zakresie postępowania interpretacyjnego, a samym przepisom dotyczącym obowiązków związanych z raportowaniem schematów podatkowych przyznany został przymiot prawnomaterialnych norm podatkowych¹⁰ zgodnie z literalną wykładnią przepisów Ordynacji podatkowej. W konsekwencji

¹⁰ Podobny pogląd wyraził W. Podsiadło w publikacji pt.: *Przepisy dotyczące schematów podatkowych a możliwość wydania indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego. Głosa wyroku WSA z dnia 5 grudnia 2019 r., I SA/Po 825/19 oraz do wyroku WSA z dnia 12 lutego 2020 r., I SA/Op 528/19, „Przeгляд Podatkowy” 2020 nr 10, s. 42–46.*

za niewłaściwe uznane zostało zastosowanie art. 165a § 1 Ordynacji podatkowej jako podstawy odmowy wszczęcia postępowania przez organ podatkowy w omawianej sprawie.

Niniejsze orzeczenie stanowi niewątpliwy precedens w nieznanym jak dotąd rozstrzygnięciu sporze pomiędzy podatnikami a organami administracji skarbowej dotyczącym wydawania indywidualnych interpretacji wobec przepisów MDR. Wyrok przełamuje impas wydanych dotychczas orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych, których zarówno liczba, jak i argumentacja nie pozwalały na wyciągnięcie jednolitych wniosków. Omawiany wyrok przesuwa więc rację na rzecz podatników i pozwala na znaczne zmniejszenie dolegliwości nader wysokich sankcji przewidzianych za niedochowanie wymogów związanych z obowiązkiem raportowania schematów podatkowych.

Interpretacja indywidualna a normy materialnopodatkowe

Jedną z głównych osi opisywanego sporu było pytanie, czy indywidualne interpretacje podatkowe mogą być wydawane wyłącznie w odniesieniu do norm prawnych o charakterze materialnym, a jeżeli tak, to czy przepisy rozdziału 11a działu III Ordynacji podatkowej należą do tej kategorii.

Przed wszystkim zwrócić należy uwagę, że na gruncie art. 3 pkt 2 w zw. z art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej ustawodawca nie wyróżnia norm, które mogą stanowić podstawę indywidualnej interpretacji podatkowej. Mając na względzie prymat wykładni językowej w prawie podatkowym¹¹ oraz

¹¹ Por. uchwała Składu Siedmiu Sędziów NSA w Warszawie z 20 marca 2000 r., FPS 14/99, ONSA 2000 nr 3, poz. 92.

dyrektywę zakazu wykładni homonimicznej¹², przypisanie powyższym przepisom innego znaczenia niż nadaje im sama ustawa (definiująca poszczególne wyrażenia) prowadzi do przełamania zasady *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*^{13,14}, a w konsekwencji sprzeciwia się zasadzie przewidywalności prawa¹⁵ oraz zaufania do organów państwa¹⁶, jak również samym przepisom podatkowym (wyżej wspomnianemu już art. 121 § 1 Ordynacji podatkowej¹⁷).

Z powyższych założeń wynika zatem bezsporny wniosek, że wyjątki należy interpretować ściśle, a nie w sposób rozszerzający¹⁸. Jeżeli więc zasadą jest, że interpretacje indywidualne są co do zasady wydawane, to jako wyjątki traktować należy katalog wyłączeń wskazany w art. 14b Ordynacji podatkowej. Uznając natomiast możliwość uzyskania interpretacji indywidualnej za swego rodzaju przywilej i odstępstwo od przeciętnego trybu wykładni prawa podatkowego, to zgodnie z wyrokiem SN z 7 maja 1997 r.: *zasadą jest ścisła interpretacja przepisów wprowadzających przywileje*

*podatkowe*¹⁹. Zasady te ugruntowane zostały również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który wielokrotnie zaznaczał konieczność ścisłej wykładni językowej w odniesieniu do wyjątków²⁰. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że od momentu przystąpienia Polski do UE prymat wykładni językowej zmniejszył się na rzecz wykładni systemowej (często sama wykładnia językowa bywała niewystarczająca)²¹, bowiem interpretacja musiała zostać dostosowana do nowego systemu prawnego (wzbożonego o dorobek prawny UE).

Oczywiście odstąpienie od rezultatu wykładni językowej na rzecz wykładni metodami pozajęzykowymi jest dopuszczalne, ale w takiej sytuacji konieczne jest spełnienie dodatkowych przesłanek; w szczególności operacja taka nie może nieść ze sobą negatywnych skutków dla podatników, niedozwolone jest także kreowanie odmiennego rozumienia określonego pojęcia (definicji legalnej). Zgodnie ze stanowiskiem przedstawicieli nauki prawa podatkowego łączne wystąpienie przywołanych przeszkód nakazuje uznać, że przełamanie znaczenia literalnego nie powinno mieć miejsca²².

Wyrazem trafności wskazanej argumentacji jest powielenie jej w uzasadnieniu jednego z wyroków WSA w sprawie możliwości wydawania interpretacji indywidualnych

¹² Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 września 2001 r., SK 11/00, OTK ZU 2001 nr 6, poz. 166.

¹³ Gdy ustawa nie rozróżnia, nie do nas należy rozróżnianie (łac.).

¹⁴ Por. wyrok NSA z 21 lutego 2017 r., II FSK 178/15, Lex nr 2270005.

¹⁵ Tak: R. Mastalski, Założenia wykładni prawa [w:] Stosowanie prawa podatkowego, Warszawa 2008, we fragmencie: *Przewidywalność prawa jest bardzo mocno eksponowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wielu orzeczeniach przyjęło on, iż obywatel ma prawo ochrony swoich przewidywań opartych na obowiązującym prawie, jako zasadniczej przesłance jego zaufania do systemu prawa.*

¹⁶ Por. art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

¹⁷ Poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych.

¹⁸ Tak m.in.: wyrok NSA z 2 sierpnia 2019 r., II FSK 2614/17, Lex nr 2752078.

¹⁹ Wyrok SN z 7 maja 1997 r., III RN 22/97, OSNP 1998 nr 5, poz. 142.

²⁰ I. Andrzejewska-Czernek, 6.8. Podsumowanie [w:] *Wykładnia prawa podatkowego w Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.

²¹ Tak: D. Antonów, *Wykładnia systemowa prawa podatkowego w realiach członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, „Przegląd Podatkowy” 2008 nr 2, s. 15–20.

²² Por. B. Brzeziński, *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013, s. 49.

w zakresie obowiązku raportowania schematów podatkowych²³. Wzmocnieniem powyższego poglądu jest również brak w art. 14b § 2a Ordynacji podatkowej wyraźnego wskazania, które z przepisów podatkowych nie mogą być przedmiotem indywidualnej interpretacji; zatem skoro nie zawarto w tym katalogu omawianych przepisów (ani w sposób bezpośredni, ani pośredni), to niezasadne jest stosowanie w tym zakresie wykładni rozszerzającej²⁴.

W uzasadnieniu wyroku sąd słusznie zatem wskazuje, że przepisy, których dotyczył wniosek, uznać należy za normy materialnoprawne przede wszystkim z uwagi na fakt, że konstytuują określone obowiązki o charakterze analitycznym i informacyjnym, tak więc są formą zbliżone do informacji składanych w formie zeznań i deklaracji podatkowych²⁵. W ocenie sądu fakt, że przepisy dotyczące schematów podatkowych nie wpływają bezpośrednio na istnienie lub wysokość zobowiązania podatkowego, nie oznacza, że nie są one normami materialnoprawnymi. Sąd w powyższym zakresie wyprowadza bowiem prawidłowy wniosek, że normy te niejako

współtworzą regulacje zawarte w szczególności w materialnych ustawach podatkowych (...)»²⁶ poprzez (...) wybór między poszczególnymi wariantami opodatkowania wynikającymi z przepisów podatkowych (...)»²⁷, a w konsekwencji mają one immanentny wpływ na istnienie zobowiązania podatkowego. Z powyższego argumentu wynika więc wprost, że pośredni wpływ tzw. instrumentalnych powinności podatkowych, które służą prawidłowemu wykonaniu zobowiązania podatkowego, zawiera się w definicji norm prawa materialnego. Ponadto, jak słusznie zauważa W. Podsiadło: *Obowiązek przekazania informacji o schematach podatkowych powstaje przed wszczęciem postępowania podatkowego, więc nie sposób uznać, że ma on charakter proceduralny*²⁸.

Rekapitułując powyższy pogląd sądu, uznać należy, że charakter przepisów o MDR i wydawanych w ich zakresie interpretacji indywidualnych prowadzi pośrednio (poprzez określenie sposobu działania podatnika) do powstania zobowiązania podatkowego lub do określenia jego wysokości, a co za tym idzie – należy przypisać im charakter norm o charakterze materialnym. Na marginesie jedynie zaznaczyć należy argument natury systematycznej (*a rubrica*) w postaci umieszczenia omawianych przepisów w dziale III Ordynacji podatkowej poświęconym zobowiązaniom podatkowym. W konsekwencji w ocenie autora glosy interpretacja odmawiająca przyznania przepisom dotyczącym raportowania schematów podatkowych przymiotu norm o charakterze materialnoprawnym sprzeciwia się dyrektywie wykładni systemowej

²³ Por. wyrok wsa w Gorzowie Wielkopolskim.

²⁴ Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmuje w tym zakresie zasadę: (...) *prawa podstawowe powinny być interpretowane rozszerzająco, a wyjątki od praw podstawowych – zawężająco*, tak m.in. D. Antonów, *Wykładnia językowa prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej [w:] Wykładnia prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.

²⁵ Podobny problem zaistniał niegdyś w zakresie możliwości wydawania interpretacji indywidualnych wobec przepisów dotyczących JPK. Podnoszono wówczas analogiczne argumenty w przedmiocie braku możliwości wydawania interpretacji indywidualnych w zakresie przepisów nie dotyczących bezpośrednio zobowiązania podatkowego albo jego wysokości. Finalnie sąd stwierdził jednak, że: *Skoro wydawane są interpretacje odnośnie obowiązków podatnika innych niż sama płatność podatku, to brak jest przesłanek do odmowy wydania interpretacji dotyczącej JPK* – por. np. wyrok wsa w Gliwicach z 20 marca 2019 r., III SA/Gl 1275/18, Lex nr 2645476.

²⁶ Uzasadnienie wyroku NSA z 28 stycznia 2021 r., I FSK 1703/20, Lex nr 3115421.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ W. Podsiadło, op.cit.

i celowościowej, jak również postulatowi racjonalności ustawodawcy.

Funkcja ochronna i informacyjna interpretacji indywidualnej

Jednym z koronnych argumentów przywoływanych w orzeczeniach objętych skargą w niniejszej sprawie był brak funkcji gwarancyjnej (ochronnej) interpretacji wydanej wskutek wniosku złożonego przez skarżącą, wynikający z rzekomego braku pytania dotyczącego zobowiązania podatkowego.

Pogląd ten został przez NSA słusznie obalony; sąd wskazał, że ochrona podatnika przejawia się w możliwości uniknięcia sankcji karno-skarbowej wynikającej z niewykonania obowiązku zaraportowania rozwiązania, które może stanowić schemat podatkowy. Taką konsekwencję przewiduje wprost art. 14k § 3 Ordynacji podatkowej, który uniemożliwia wszczęcie postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe.

W ocenie sądu funkcja ochronna przejawia się także na gruncie bezpieczeństwa prawnego w ramach skomplikowanego systemu prawa podatkowego. Jeżeli bowiem przepisy prawne wyrażają daleko idący brak konkretyzacji (np. w przedmiocie obiektywnego stwierdzenia, czy dane rozwiązanie jest schematem podatkowym), to wówczas powstaje stan niepewności wobec prawa, który sam w sobie stanowi niebezpieczeństwo dla podatnika związane z możliwością dowolnego uznania przez organy, że w danej sytuacji występuje schemat podatkowy. Interpretacja indywidualna gwarantuje w tym wymiarze podatnikowi ochronę przed dynamicznie zmieniającym się stanowiskiem organów podatkowych. Pogląd przyjmujący takie rozumienie funkcji ochronnej (traktujący

wskazanie w art. 14k jako wyliczenie przykładowe) nie jest odosobniony²⁹ i wywodzony jest z zasady pewności prawa, jak również zasady zaufania obywateli (podatników) do państwa.

Przekładając te poglądy na niniejszy stan faktyczny, należy uznać, że jest to właściwie najważniejsza przyczyna, dla której wnioskodawca zwrócił się o wydanie interpretacji indywidualnej. Spółka polska chciała uzyskać od organów podatkowych informację, czy w danych okolicznościach istnieje schemat podatkowy, a tym samym obowiązek jego zaraportowania. Gdyby organ stwierdził, że schemat podatkowy nie istnieje w opisanym we wniosku stanie faktycznym, podatnik uzyskałby skuteczną ochronę w postaci zabezpieczenia przed ewentualnym zarzutem ze strony organu (mogącym się pojawić np. w toku kontroli podatkowej), że nie dopełnił obowiązku raportowego w stosowanych schematach podatkowych, a tym samym mógłby uniknąć nałożenia sankcji finansowej. Z kolei gdyby organ stwierdził, że schemat podatkowy istnieje, byłoby to wyraźnym znakiem dla podatnika, że taki schemat należy zaraportować.

Za zasadnością takiego rozwiązania z praktycznego punktu widzenia przemawia również powtarzająca się w ostatnim czasie, a wynikająca ze względów ostrożnościowych praktyka masowego zgłaszania wszelkich rozwiązań mogących stanowić schematy podatkowe w celu uniknięcia ewentualnych dolegliwych kar z tego tytułu. Zjawisko to wpływa negatywnie na

²⁹ Por. H. Filipczyk, *Indywidualne interpretacje prawa podatkowego – prawo i praktyka*, Warszawa 2011, s. 132. oraz H. Filipczyk, *Czy przepisy MDR mogą być przedmiotem interpretacji indywidualnej?*, „Monitor Podatkowy” 2020 nr 3, s. 15.

terminowość rozpatrywania wniosków o nadanie numeru schematu podatkowego (NSP), a tym samym powoduje opóźnienia w działalności Krajowej Administracji Skarbowej. W ocenie autora wydawanie indywidualnych oraz ogólnych interpretacji podatkowych w zakresie „typowych” rozwiązań mogących stanowić schematy podatkowe wpłynie z pewnością pozytywnie na funkcjonowanie przepisów o MDR w polskim porządku prawnym, ze względu na konkretyzację instytucji schematu podatkowego.

W wątpliwość podać należy również pogląd, zgodnie z którym wystąpienie zarówno przesłanki gwarancyjnej, jak i informacyjnej w interpretacji indywidualnej jest konieczne w każdym stanie faktycznym. W ocenie autora funkcja ochronna (gwarancyjna) ma jedynie charakter wtórny wobec funkcji informacyjnej. Pogląd ten wynika ze specyfiki prawa podatkowego oraz istotnej roli organów podatkowych, które w istocie nadają finalne znaczenie przepisom prawnym właśnie poprzez interpretacje indywidualne. W wielu sytuacjach podatnicy nie są zainteresowani korzystaniem z ochrony, którą przyznaje im interpretacja indywidualna; jedynym motywem ich działania jest bowiem utwierdzenie się w prawidłowości zamierzonego postępowania bądź jej zaprzeczenie. Podatnik zatem może oczekiwać jedynie informacji związanej z tym, czy prawidłowo interpretuje przepisy prawne, nie chcąc z niej właściwie w żadnym zakresie skorzystać.

Funkcja ochronna interpretacji zdaje się nie istnieć także w sytuacji, gdy podatnik otrzymuje negatywną odpowiedź na swój wniosek o potwierdzenie prawidłowości przyjętego przez niego rozumowania. Wówczas interpretacja indywidualna

spełnia jedynie funkcję informacyjną, jako że rozsądnie postępujący podatnik nie będzie działał zgodnie ze strategią, która w ocenie organu jest nieprawidłowa.

Osobną kwestią, którą należy zaznaczyć na marginesie, jest potrzeba uzyskiwania interpretacji indywidualnych np. do celów naukowo-badawczych; również w takim wypadku funkcja ochronna nie pełni żadnej istotnej roli, a prymat otrzymuje funkcja informacyjna. Należy więc zauważyć, że wspólnym celem podatników i organów skarbowych jest realizacja prawa w największym możliwym stopniu. Warunkiem spełnienia tego postulatu jest jak najpełniejszy dostęp do wiedzy o prawie, przez który należy rozumieć nie tylko możliwość zapoznania się z przepisami w systemie informatycznym, ale także realną możliwość uzyskania prawidłowej interpretacji od organów podatkowych³⁰.

Zasadność odmowy wszczęcia postępowania

Wcześniejsze rozważania miały na celu rozstrzygnięcie najważniejszej wątpliwości towarzyszącej omawianemu stanowi faktycznemu, czyli możliwości odmowy wszczęcia postępowania w sprawie przez organ podatkowy na podstawie art. 165a Ordynacji podatkowej. Sąd przyjął tu słuszne stanowisko, stwierdzając, że skoro obowiązki informacyjne dotyczące schematów podatkowych stanowią normy o charakterze materialnym (podlegające interpretacji) na podstawie art. 14b § 1 i n. Ordynacji podatkowej, to skutkiem takiego stanu rzeczy jest podzielenie zarzutu co do nieprawidłowego zastosowania art. 165a § 1 w zw. z art. 14h Ordynacji podatkowej.

³⁰ H. Filipczyk, *Czy przepisy MDR...*, „Monitor Podatkowy” 2020 nr 3, s. 14.

Pogląd taki należy uznać za prawidłowy przede wszystkim z powodu przyjęcia na poprzednich etapach postępowania, że przepisy o raportowaniu schematów podatkowych są przepisami prawa o charakterze materialnym. Pomijając jednak fakt przypisania omawianych norm do wskazanego katalogu przepisów, sąd zasadnie podniósł argument, zgodnie z którym w orzecznictwie oraz w doktrynie nie wypracowano dotychczas jednolitego stanowiska dotyczącego granic instytucji interpretacji indywidualnych, zwłaszcza w zakresie przepisów proceduralnych (z uwzględnieniem wyłączenia wynikającego z art. 14b § 2a Ordynacji podatkowej).

Można bowiem wskazać przepisy, które nie mieszczą się ani w ścisłej kategorii przepisów materialnych, ani też proceduralnych lub ustrojowych. Mimo to podatnik może być zainteresowany uzyskaniem indywidualnej interpretacji w celu potwierdzenia ich prawidłowej wykładni. Przykładem takich przepisów mogą być niektóre przepisy o charakterze definicyjnym zawarte w Ordynacji podatkowej, które są związane z raportowaniem schematów podatkowych i dotyczą posiadania statusu promotora, korzystającego albo wspomagającego³¹. Jest to sytuacja odmienna od wniosku o interpretację wniesionego w celu uzyskania informacji w przedmiocie istnienia schematu podatkowego, ponieważ samo przypisanie statusu promotora nie musi wywoływać obowiązków raportowych. Niemniej na przykład profesjonalny pełnomocnik może być zainteresowany dokładnym określeniem swojej funkcji w sytuacji związanej z konkretnym stanem faktycznym.

³¹ Por. np. art. 86a § 1 pkt 8 Ordynacji podatkowej.

Uwagi końcowe

W końcowej części uzasadnienia wyroku sąd podnosi dodatkowy, skądinąd zasadny argument, że ani organy podatkowe, ani sąd pierwszej instancji nie zastosowały ogólnej dyrektywy wskazanej w art. 2a Ordynacji podatkowej, tj. zasady *in dubio pro tributario* nakazującej rozstrzygnięcie niedających się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika³². W niniejszej sytuacji dyrektywa ta ma bezsprzecznie zastosowanie z uwagi na wątpliwości, czy przepisy o raportowaniu schematów podatkowych kwalifikują się do norm materialnych. Zgodnie bowiem z utrwaloną linią orzecniczą naruszenie opisywanej zasady polega na wyprowadzeniu kilku hipotez interpretacyjnych w wyniku procesu wykładni, z których żadna nie jest przekonująca, a mimo to sąd wybiera opcję niekorzystną dla podatnika w sytuacji, gdy istnieją hipotezy dla niego korzystniejsze³³. Skoro więc wykładnia językowa (literalna) przepisów art. 14b § 1 w zw. z art. 3 pkt 2 Ordynacji podatkowej dała wynik korzystny dla podatnika, to niezasadne było w tym zakresie sięganie przez sąd do dyrektyw wykładni systemowej i celowościowej.

Argumentem, który podziela autor opracowania, a który nie pojawił się w uzasadnieniu wyroku NSA, jest pogląd podniesiony przez dr hab. Hannę Filipczyk³⁴, która słusznie zaznacza, że skoro zgodnie z art. 14n § 4 pkt 1 Ordynacji podatkowej do objaśnień podatkowych stosuje się reżim

³² Por. A. Bielska-Brodziak, M. Suska, *Węzeł gordyjski, czyli o in dubio pro tributario na tle klasyfikacji dyrektyw wykładni oraz pojęcia momentu interpretacyjnego*, „Państwo i Prawo” 2020 nr 8, s. 69–80.

³³ Por. wyrok NSA z 4 czerwca 2020 r., II FSK 504/20, Lex nr 3052023.

³⁴ H. Filipczyk, *Czy przepisy MDR...*, s. 15.

ochrony właściwy dla interpretacji indywidualnych, to można z tego faktu wywieść wnioski, że argumentacja Dyrektora KIS i WSA przeciwko możliwości wydawania interpretacji indywidualnych dotyczących przepisów MDR odnosi się również do nich. W konsekwencji uznać należy, że albo Dyrektor KIS powinien uznać swoją kompetencję do wydawania interpretacji indywidualnych w przedmiocie przepisów MDR, albo Minister Finansów wydał objaśnienia podatkowe bez podstawy prawnej.

Podsumowanie

Przełomowy charakter wyroku przejawia się przede wszystkim w jednoznacznej i ostatecznej klasyfikacji przepisów o schematach podatkowych MDR jako przepisów prawa materialnego. Konsekwencją tego faktu jest możliwość ubiegania się przez podatników o interpretacje indywidualne w oparciu o powołane przepisy. Uwydatniony tym samym został postulat zawężającej wykładni wyjątków przy jednoczesnej możliwości rozszerzającego rozumienia prawa podstawowego. Podkreślono również istnienie funkcji gwarancyjnej w przypadku interpretacji indywidualnych składanych w oparciu o przepisy MDR oraz niezasadność odmowy wszczęcia postępowania na zasadzie art. 165a § 1 Ordynacji podatkowej.

Jako uwagę podsumowującą wskazać ponadto należy, że zjawisko coraz częstszej

odmowy wydawania indywidualnych interpretacji podatkowych w sprawach dotyczących skomplikowanych instytucji prawnych przez organy podatkowe wpisuje się w widoczną tendencję ograniczania liczby, zakresu i mocy ochronnej wydawanych interpretacji, z których chętnie korzystają podatnicy ze względu na fakt, że są one szeroko dostępnymi i tanimi narzędziami umożliwiającymi uzyskanie konkretnej interpretacji przepisów charakteryzujących się często sporną i niewyjaśnioną dotychczas wykładnią.

Za zasadne należy uznać twierdzenie, że opisywany wyrok NSA poprzez swój precedensowy charakter ujednotoci linię orzeczniczą wojewódzkich sądów administracyjnych, a jego treść wyjaśni spory interpretacyjne między stronami stosunków podatkowych. W ten sposób podatnicy uzyskają niezbędną pomoc w stosowaniu niejasnych przepisów w przedmiocie raportowania schematów podatkowych. Należy zatem przewidywać, że wskazana argumentacja jako przekonująca zostanie podzielona również przez wojewódzkie sądy administracyjne i organy KAS, co pozwoli na ustalenie jednolitej linii orzeczniczej w tym zakresie, a tym samym zapewni pewność wykładni prawa, co z kolei przełoży się na bezpieczeństwo prawne podatników i urzeczywistnienie zasady zaufania obywateli do państwa. ■

Bibliografia

- Andrzejewska-Czernek I., *Podsumowanie [w:] Wykładnia prawa podatkowego w Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Antonów D., *Wykładnia językowa prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej [w:] Wykładnia prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Antonów D., *Wykładnia systemowa prawa podatkowego w realiach członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, „Przegląd Podatkowy” 2008 nr 2.
- Bielska-Brodziak A., Suska M., *Węzeł gordyjski, czyli o in dubio pro tributario na tle klasyfikacji dyrektyw wykładni oraz pojęcia momentu interpretacyjnego*, „Państwo i Prawo” 2020 nr 8.
- Brzeziński B., *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013.
- Filipczyk H., *Indywidualne interpretacje prawa podatkowego – prawo i praktyka*, Warszawa 2011.
- Filipczyk H., *Czy przepisy MDR mogą być przedmiotem interpretacji indywidualnej?*, „Monitor Podatkowy” 2020 nr 3.
- Mastalski R., *Założenia wykładni prawa [w:] Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008.
- Podsiadło W., *Przepisy dotyczące schematów podatkowych a możliwość wydania indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego. Glosa wyroku WSA z dnia 5 grudnia 2019 r., I SA/Po 825/19 oraz do wyroku WSA z dnia 12 lutego 2020 r., I SA/Op 528/19*, „Przegląd Podatkowy” 2020 nr 10.



Jeremiasz Kalus

DOCTORAL STUDENT AT THE UNIVERSITY OF SILESIA IN KATOWICE,
ADWOKAT TRAINEE AT KANCELARIA ADWOKACKA ADWOKATA LUKASZA KUSIA,
KATOWICE, EMPLOYEE OF THE TAX SYSTEM DEPARTMENT, MINISTRY OF FINANCE

Tax schemes as the subject of individual tax interpretations

Commentary to the judgment of the Supreme Administrative Court of 28 January 2021 (case no. I FSK 1703/20)*

Reporting of tax schemes is an institution implemented into the Polish legal system via DAC 6 (Council Directive 2018/822 of 25 May 2018). Since the beginning of their implementation, these provisions have caused many interpretation problems due to their complicated and imprecise nature and the small body of decisions from the courts and tax authorities. An additional difficulty for taxpayers was the previous inability to apply for an individual tax interpretation, which was the subject of many appeals. The cited Supreme Administrative Court ruling breaks the impasse in the lack of uniformity of rulings by province administrative courts in this area. The holding in the judgment supports the correctness of the line of decisions favourable for taxpayers by treating the Mandatory Disclosure Rules as substantive legal norms, thereby enabling taxpayers to request individual tax interpretations on MDR.

INDIVIDUAL INTERPRETATIONS • TAX SCHEMES • SUBSTANTIVE TAX LAW • INFORMATIVE FUNCTION • GUARANTEE FUNCTION

* This article constitutes the private opinion of the author and does not represent an official position of the Ministry of Finance.







Rozmowa z Jarosławem Gwizdakiem

CZŁONEK ZARZĄDU PRAWNICZEGO THINK-TANKU INPRIS, DZIAŁACZ SPOŁECZNY,
BYŁY SĘDZIA, PROPAGATOR SPRAWNYCH, PRZYJAZNYCH I OBYWATELSKICH
INSTYTUCJI ŻYCIA PUBLICZNEGO, MEDIACJI ORAZ INNOWACJI SPOŁECZNYCH

O komunikacji prawniczej, podróży przez sąd i potrzebie pozytywnej opowieści

Redakcja: Zaprosiliśmy Pana do rozmowy o komunikacji prawniczej, bo jest pan znany jako sędzia, który mówi o prawie ludzkim językiem i działa na rzecz instytucji przyjaznych obywatelowi. My na naszym małym podwórku też staramy się pisać prostym językiem, a przynajmniej nie utrudniać zrozumienia skomplikowanych treści. Czy myśli Pan, że takie punktowe działania mają szansę przynieść zauważalny efekt?

Jarosław Gwizdak: Na początek dwa zastrzeżenia. Po pierwsze już nie jestem sędzią. Jestem byłym sędzią. A po drugie ja z problemami wymiaru sprawiedliwości też mierzyłem się na małą skalę, bo działałem w sądzie rejonowym, i to bardzo zwykłym. Takim sądowym odpowiedniku taniej linii lotniczej, której pasażerowie prawdopodobnie lecieliby na stojąco.

Zawsze twierdziłem, i zdania nie zmienię, że do sądu przychodzą ludzie nieszcześliwi. I nie mam tu na myśli pełnomocników, chociaż ich to pewnie też czasem dotyczy. Ale w sprawach rozpoznawanych

w pierwszej instancji zwykle jedna ze stron przynajmniej twierdzi, że doznała jakiejś krzywdy. W naszym sądzie zajmowaliśmy się eksmisjami, zadośćuczynieniami, do tego dochodziły sprawy karne i sprawy z zakresu prawa pracy, gdzie ktoś tę pracę stracił albo był ofiarą mobbingu. I ja w którymś momencie ośmieliłem się postawić tezę, że sąd świadczy usługi dla ludności, i zacząłem się zastanawiać, jak tę usługę najlepiej zaprojektować.

Mniej więcej w 2013 roku, jak zostałem prezesem sądu, postanowiłem się w tym kierunku doksztalić. Wymagało to zresztą pokonania pewnego tabu. To było w pewnym sensie prowokacyjne, że miałem czelność nazwać sprawowanie wymiaru sprawiedliwości usługą. No bo to przecież jest władza. Spotkałem się nawet z krytyką na konferencji w Sądzie Najwyższym, kiedy jeden z byłych co prawda członków Krajowej Rady Sądownictwa powiedział, że takie sformułowanie jest niedopuszczalne. Bo czy powiemy, że parlament, który uchwała ustawę, też jakiejś usługi dla ludności świadczy? Takie było podejście i taki był

opór decydentów w wymiarze sprawiedliwości, dlatego postanowiłem się skupić na swoim lokalnym podwórku.

A to był 2012 czy 2013 rok, kiedy nie było jeszcze widać takiego rozczarowania funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości jak parę lat później. To był dobry czas, żeby wyjść do ludzi i spróbować zmienić sposób komunikacji, czy też – mówiąc uczenie – paradygmat komunikacyjny polegający na tym, że sąd się wypowiada w wyrokach i uzasadnieniach, a rzecznik prasowy sądu jest najszcześniejszy, jeśli dziennikarz też jest prawnikiem.

Tylko że dziennikarz wcale nie musi być prawnikiem, zwłaszcza jeśli jego odbiorca nie jest prawnikiem. Zresztą prawnik sobie dotrze do orzeczenia, czy nawet przyjdzie na jego ogłoszenie, i będzie wiedział, dlaczego sąd zdecydował tak a nie inaczej. A co ma zrobić obywatel, który nie zna prawa, a w mediach jest bombardowany artykułami, które nie mają wiele wspólnego z rzetelną wiedzą o prawie? Powszechne jest łamanie domniemania niewinności, te lincze prasowe, gdzie wystarczy, że ktoś jest podejrzany, zatrzymany, a już nie daj Boże został przeciwko niemu skierowany akt oskarżenia – on już jest winny i ma „iść siedzieć”.

Z drugiej strony polskie prawo nie jest szczególnie proste, przyjazne ani intuicyjne. Widać to zwłaszcza, jak się rozmawia z licealistami. Taki polski licealista już nabył zdolność deliktową, równocześnie jest nieletni, ale za część przestępstw może już odpowiadać jak dorosły. No ale taka jest rzeczywistość. I dlatego ta usługa, ten dizajn prawa przystępnego dla obywatela, jest rzeczą bardzo skomplikowaną. Ale sądy powinny przynajmniej próbować

tłumaczyć swoje działania w przystępny sposób. Oczywiście tłumaczyć w sensie objaśniania, a nie „tłumaczenia się”, czego żądała kiedyś ode mnie pani redaktor z telewizji po jakiejś kontrowersyjnej decyzji naszego sądu.

Jeśli chodzi o projektowanie, wiele się nauczyłem, chodząc na konferencje organizowane czy to przez Akademię Sztuk Pięknych, czy to przez różne instytucje dizajnowe. Jeździłem czasem do Holandii na Dutch Design Week, gdzie nie projektuje się wyłącznie mebli, tylko odpowiedzialny przystanek komunikacji miejskiej, który jest jednocześnie ładowarką komórek, maszynką do zbierania śmieci, komunikuje się z ludźmi... Ja bardzo lubię to oglądać. Ale ja też wciąż lubię się bawić klockami Lego. Może jestem niespełnionym architektem, czy choćby projektantem. Gdybym umiał rysować, może moje życie inaczej by się potoczyło.

A co Pan projektował i jak Pan to wdrażał?

Zaczął się od szkół. Pewnego dnia mój syn wrócił ze szkoły cały szczęśliwy, bo mieli wycieczkę do oczyszczalni ścieków. I to go niesamowicie zainteresowało, że wpływa brudne, a wypływa czyste. I jeszcze każdy dostał jakiś gadżet typu ołówek. I ja sobie pomyślałem, że skoro oni z taką pasją opowiadają o oczyszczalni ścieków, to może by przyszli na wycieczkę do sądu. Sąd może nie jest aż tak atrakcyjny jak oczyszczalnia, ale metaforycznie jest co najmniej oczyszczalnią ścieków. I postanowiliśmy spróbować.

Okazało się, że jest w naszym sądzie gro-
no entuzjastów, ludzi, którym się chcia-
ło. Mieliśmy fantastyczną panią kurator,
która robiła dzieciakom żabociki z bibułki,

żeby mogły się przebrać za adwokata czy prokuratora. To się dzieciakom bardzo podobalo. Mogły zobaczyć izbę zatrzymań, stuknąć młotkiem na sali rozpraw, obejrzeć radiowóz, bo udało nam się nawiązać współpracę z Policją. Wiadomo, że przy każdym działaniu i zmianie trzeba mieć różnych sprzymierzeńców, a jednocześnie interesariuszy. Pierwszym punktem była więc szkoła.

Druga rzecz: skoro sąd świadczy usługę, to zrobimy audyt tej usługi. Zastanówmy się, czego my w tym sądzie nie widzimy. Zaczynając od wyglądu stron internetowych, które są czytelne tylko dla prawników. Bo prawnik wie, że jeżeli chce znaleźć jakiegoś sędziego, to ma szukać w „strukturze sądu”, a pod „władze sądu” dowie się, kto jest prezesem. Ale znacznie trudniej jest znaleźć coś naprawdę potrzebnego, jak numery kont czy sposób wnoszenia opłat sądowych.

Nie widzimy też, jak uciążliwe jest to, że w sądzie nie ma bankomatu – jest tylko w dwóch czy trzech sądach w Polsce. I to, że w sądzie nie można sobie legalnie i odpłatnie zrobić ksero, a nie każdy przynosi pismo w odpisach.

Ja bardzo chciałem zobaczyć ten sąd cudzimi oczyma i udało mi się właśnie we współpracy z ludźmi od projektowania usług. Trzykrotnie byłem sponsorem grup studentów studiów podyplomowych z projektowania usług Uniwersytetu w SWPS pod wodzą Zuzanny Skalskiej i Rafała Kołodzieja.

Pierwsza grupa zajęła się właśnie podróżą użytkownika – *customer journey* przez sąd. I powiem szczerze, że dla mnie to było niesłychane. Ci ludzie byli zupełnie

niespaczeni, nie było wśród nich żadnego prawnika ani nikogo, kto miał kiedyś sprawę w sądzie. I ta grupa zrobiła audyt sądu. Wtedy zobaczyłem, jak my piszemy do ludzi. Te wszystkie kartki na drzwiach, „Proszę nie wchodzić”, jaki to jest język. Jak to jest okrutnie zrobione. Możemy wręcz mówić o przemocy, nie tylko symbolicznej. A wcale tak nie trzeba. Przeprowadzili fantastyczne badania, w których ankietowali naszych gości. Dowiedziałem się, że jedno z podstawowych pytań brzmi „gdzie jest toaleta”. Sędziemu – z całym szacunkiem dla jego wykształcenia czy umysłowości – nie przychodzi to do głowy. I to był wstrząs, lekcja.

Ogromną zaletą tego audytu były też wywiady przeprowadzone z pracownikami, sekretarzami w sądzie czy nawet niektórymi sędziami, którym się chciało... Bo przeciętny polski sędzia powie: ja mam tysiąc spraw w szafie, a tym zajmować się nie chcę, bo od tej całej infrastruktury to może jest prezes, a może jest dyrektor, bo on zamawia okładki, zszywki i tonery i to jest jego problem. Natomiast ja nie uważałem, że to jest cudzy problem, i tak rozumiałem bycie prezesem sądu, żeby ten sąd otwierać.

Pierwszą rzeczą była więc podróż przed sąd. Bo sąd jest jak lotnisko: dokądś lecimy, raczej dolecimy, ale się boimy. I dobrze, jakby ktoś się nami zaopiekował, wyjaśnił, że teraz będzie odprawa, a potem nadasz bagaż, czyli teraz nadasz pismo, a za jakiś czas będziesz mieć rozprawę. Mnie bardzo poruszały te analogie, bo dzięki nim wiele rozwiązań staje się oczywistych.

Zaprosiłem też do naszego sądu Tomasz Koniora, światowej sławy architekta, autora budynku Narodowej Orkiestry

Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach, i zrobiliśmy warsztat „zaprojektujmy sąd marzeń”. Zaprośiliśmy jak najszersze grono ludzi – studentów, pracowników, obywateli – i zrobiliśmy burzę mózgów: gdybyśmy nie mieli ograniczeń finansowych, to jak ten sąd powinien wyglądać, działać i oddziaływać na strony. Bo jest coś, co ja nazywam architekturą porozumienia, i to jej brakuje w polskich sądach.

W trakcie wizyty w niemieckim sądzie zobaczyłem na przykład salę z okrągłym stołem, czy salę rozpraw, gdzie wszyscy siedzą na jednym poziomie. Przestrzeń też jest elementem komunikacji. I znaczące jest to, że na wejściu nie widzimy tego sędziego, który siedzi wyżej i jest „wysokim sądem” nie tylko językowo, ale też przestrzennie. Więc też staraliśmy się zaprojektować taką salę rozpraw. Ale z tym był problem, bo jak zachwycony pokazałem zdjęcia swojemu zwierzchnikowi, to usłyszałem, że ta niemiecka sala rozpraw jest brzydka. I tyle.

Ale czy chociaż oznakowania toalet udało się wdrożyć?

Nie tylko. Na nowo zorganizowaliśmy punkt obsługi interesanta. Zrobiliśmy kącik dla dzieci i umebłowaliśmy go w sposób nieprzemocowy i niesmutny. Zawsze wspominam, że jak zobaczyłem te panie z naszego sądu, które pracowały nad wystrojem i narysowały taki parasol, pod którym siedzą dwie rozmawiające osoby, i napisały „Szanujemy Twoją prywatność, prosimy wchodzić pojedynczo”, to sobie pomyślałem „No!”. To jest taka jedna rzecz, którą udało się zrobić. I że nie wszystek umrę. Że można do obywatela mówić w inny sposób. To nic nie kosztuje, a może wiele zmienić.

Opracowali też Państwo zrozumiałe wezwania dla świadka.

Tak, we współpracy z prof. Tomaszem Piotkiem. Dostęp do wymiaru sprawiedliwości polega też na tym, że my rozumiemy, czego ten wymiar sprawiedliwości od nas chce, i on się z nami porozumiewa, a nie działa w sposób nakazowy, wyłącznie władczy, bo od działań władczych jest administracja, a sąd jest mimo wszystko od rozwiązywania naszych problemów.

Szukaliśmy jakiegoś punktu, w którym możemy bezkarnie działać – czyli coś zrobić bez większych problemów i bez konieczności tłumaczenia się przed prezesami czy ministerstwem. I dostrzegliśmy minimalny margines swobody w tym, że wezwania do świadków sąd sam sobie zamawia i drukuje, i może je sformułować tak jak chce, bo przepis mówi tylko tyle, że w wezwaniu ma być „zwięzła osnowa przepisu”.

Wcześniej wysyłaliśmy do świadka wezwanie na trzy strony. Na pierwszej było, że się pana wzywa, po czym następowały dwie strony drobnym druczkiem, co ten świadek ma zrobić i oczywiście co mu grozi. I postanowiliśmy się z tym zmierzyć, chociażby z tego powodu, że skrócenie tego pisma przekładało się na realne oszczędności.

To była bardzo fajna inicjatywa. Odpaliliśmy ją na Twitterze, żeby wszyscy mędrzy mogli się wypowiedzieć. I przez 2–3 miesiące w otwartym pliku w Google Docs pojawiały się uwagi i komentarze. Ktoś proponował sformułowanie „zapraszamy świadka”, ktoś inny skreślał, bo jak można świadka zapraszać, świadka się wzywa. Uzbierało się tych komentarzy ze dwieście. Co ciekawe ten dokument wciąż

żyje i średnio raz na kwartał dostaję powiadomienie, że ktoś tam jeszcze coś wyedytował.

W każdym razie wezwanie stało się opowieścią: co masz zrobić przed rozprawą, co na rozprawie, a po rozprawie jak rozliczyć wydatki. To jedno z podstawowych pytań. A przepisów nie cytowaliśmy, tylko daliśmy na dole, jako przypis.

Wdrożenie tych wezwań zbiegło się z momentem mojego rozstania z sądem, ale przez pewien czas obserwowałem – choć może po prostu chciałem to widzieć – że ci świadkowie przychodzili do sądu zdecydowanie spokojniejsi, mieli mniej pytań. Nie zdążyliśmy tego przebadać, czyli do części świadków wysłać stare wezwanie, a do części nowe. Ale myślę, że to jest coś istotnego. Dlatego niesamowicie ubolewam nad tym, że nie doszło do uproszczenia pouczeń. Najpierw w ramach procedury cywilnej pojawił się przepis, że pouczenia mają być prostym językiem – co ciekawe ministerstwo dało sobie rok na ich opracowanie. A potem, jak się pojawiły tarcze antykryzysowe i można było pozmienić wszystkie przepisy, to się z tego wycofali, bo po co to komu. Pisałem o tym w felietonach.

Jak Pan myśli, dlaczego w ogóle jest problem z komunikacją prawniczą? Znam wielu prawników, którzy na warstwę językową zwracają dużą uwagę. Mówią „musimy pisać tak, żeby ludzie nas rozumieli”. Wszyscy się z tym zgadzają. A jednak tak nie jest. Dlaczego skoro jest tak dobrze, to jest tak źle?

Mam na to kilka odpowiedzi i kilka teorii. Jedną z nich jest niedostateczne wyposażenie nowych sędziów w rozmaite kompetencje. To są znakomici prawnicy. To

są ludzie, którzy fantastycznie rozwiązują testy i na egzaminie zdobywają 310 punktów na 300 możliwych. Ale tak się zapamiętali w tej nauce i w tym twardym prawie, że nie wyobrażają sobie odejścia od języka wypełnionego „judykatami”, „dyrektywami”, „hipotezami przepisów” i „prawnie relewantnymi kwestiami”. Taki język wydaje im się równoznaczny z przynależnością do jakiejś elity, więc pakują takie wyrażenia jak bakalie do ciasta. Ale keks złożony z samych bakalii przestaje być keksem.

Druga sprawa to kwestia relacji sędziego i stron. Gdy byłem na wymianie w Niemczech, usłyszałem, jak sędzia zaczyna rozprawę zwrotem „Spotkaliście się tu, żeby dyskutować”. To zmieniało całą optykę. Dla mnie, sędziego z kilkunastoletnim już wtedy doświadczeniem, to było coś niesłychanego. Nigdy ani sam tego nie zastosowałem, ani od nikogo tego nie słyszałem. Nikt mnie tego nie nauczył na aplikacji. A to niesamowicie zmienia tę relację. Jeżeli wychodzimy z założenia, że mamy problem do rozwiązania, to nawet jeśli interesy stron są przeciwstawne, możemy nie skupiać się na okolicznościach niespornych, tylko przeprowadzać dowody na pozostałe okoliczności. Takie wprowadzenie do rozpoznawania sprawy może bardzo wiele dać. To prosta metoda, żeby pokazać, że jesteśmy w tym razem.

Bo to nie jest tak, że sędzia jest najmądrzejszy i dlatego spada na niego ciężar rozstrzygnięcia. Kiedyś napisałem, że niezawisłość to jest przede wszystkim samotność, bo my zostajemy z tymi decyzjami. I myślę, że jednym z mechanizmów psychologicznych jest opancerzenie się przed tym, co trudne. Poza sędziowską togą przywdziewamy też drugą togę – językową. I myślimy, że jak

coś powiemy tak bardzo mądrze, to to już będzie mądre. A to nie zawsze idzie w parze.

A poza tym – choć nie chcę oczywiście tu przerzucać odpowiedzialności – pełnomocnicy też nie są bez winy. Czasem im się wydaje, że im więcej, tym mądrzej. I z tym też jest problem, bo jak sędzia dostanie 100 stron pozwu i 150 stron odpowiedzi na pozew, to może się obawiać, że uzasadnienie na trzy strony będzie za krótkie. A może byłoby właśnie w sam raz. Ale istnieje presja ilości.

Zresztą zatrzymajmy się na moment przy tych uzasadnieniach. Pytanie, komu my ten wyrok uzasadniamy. Nikt sobie tego pytania oczywiście nie zadaje, ale my to uzasadnienie piszemy dla sądu drugiej instancji, bo tak jesteśmy nauczeni. I nas naprawdę nie interesuje tak zwany odbiorca pośredni, bo odbiorcą docelowym w naszym rozumieniu jest sąd odwoławczy. I to on ma się nad tym pochylić i zobaczyć, jacy jesteśmy mądrzy i jak fantastycznie umiemy metodą „kopiuj – wklej” przywołać pięć stron orzecznictwa Sądu Najwyższego, kilkanaście poglądów, kilka artykułów. Zdarzały się już uzasadnienia z przypisami. A ja kiedyś zrobiłem tabelkę w uzasadnieniu. I też oczywiście zastanawiałem się, czy tak można.

A jaka była reakcja?

O dziwo przeszło i o dziwo apelacja została oddalona. To była chyba sprawa o rentę i aż się prosiło, żeby przedstawić ją w ten sposób. Obowiązujący sposób przedstawiania argumentacji sądowej w czasach szybkości przekazu jest totalnym anachronizmem. Ja nie mówię, żeby uzasadnienie było memem, choć właściwie czemu nie. Ale są inne sposoby przekazywania treści – podcasty, filmiki, komiksy...

Cała nowa dziedzina zwana legal designem.

A gdzie są sądy? Nadal na etapie kamienia łupanego, w piśmienności. Na studiach podyplomowych, gdzie mieliśmy zajęcia z języka, jedna z pań profesor powiedziała, że żyjemy w czasach wtórnej przedsiębiorczości – wyrażamy się przez skrót, emotikony. A sądy się okopały w piśmienności jako takiej i nie dostrzegają tego wszystkiego, co można by zrobić inaczej.

No właśnie, ja poszedłem na studia podyplomowe z języka i z PR-u. Ale one były przewidziane dla rzeczników prasowych i prezesów sądów, czyli tych, którzy reprezentują sądy na zewnątrz. Trzeba oddać honor, że ktoś o tych studiach pomyślał. Ale w ramach tej diagnozy potrzeb szkoleniowych uznano, że komunikowanie się jest potrzebne tylko tym sędziom, którzy pokazują się na zewnątrz, a nie każdemu sędziemu. To też pokazuje pułapkę myślową, w której tkwi wymiar sprawiedliwości.

A czy zetknął się Pan z tym, żeby pełnomocnik użył tej przykładowej tabelki w swoim piśmie, czy w pismach są tylko słowa?

Jest bardzo różnie. Gdy zaczynałem aplikację, zdarzały się jeszcze pisma napisane na maszynie, co siłą rzeczy wymuszało zwięzłość, bo tam z usuwaniem błędów było znacznie trudniej. Bardzo sobie zresztą ceniłem te pisane „na przebitkę” dwie czy trzy kartki, które pisał taki „stary mecnas”, bo tam był sam konkret. Zresztą jak się spojrzy do starych akt, takich pożółkłych, z lat osiemdziesiątych, to widać, że uzasadnienia wyglądają tak samo. Są napisane na jedną stroniczkę. W trzech akapitach co było w pozwie, co było

w odpowiedzi, ewentualnie kto rozszerzył czy cofnął żądanie. Potem stan faktyczny pięć do sześciu zdań, część zważeniowa, czyli dlaczego sąd orzekł, jak orzekł, jaka podstawa prawna – koniec, kropka. I nikomu to nie przeszkadzało.

Pełnomocnicy czasem testują różne techniki. Zdarzają się i pisma ze spisem treści, i bibliografie orzecznictwa. Teraz jest czas procesów frankowych, gdzie faktycznie tego materiału jest mnóstwo, bo bank przesyła regulaminy i powiedzmy 17 orzeczeń, a pełnomocnik umowę, analizę przypadków, wypisy z rozmaitych rejestrów i do tego następnych 17 orzeczeń. Ale są pełnomocnicy, którzy potrafią pisać zwięźle.

W każdym razie z tym założeniem, że im więcej, tym mądrzej, albo „im mądrzej, tym mądrzej”, trzeba przynajmniej polemizować. Niedawno przypominałem sobie zasady etyki sędziów, których paragraf 11 głosi, że sędzia powinien prezentować motywy swojego rozstrzygnięcia w sposób zrozumiały dla stron. A jeśli coś jest „relewantne”, jeśli zwracają na to uwagę „judykaty”, jeśli jest mowa o „egzoneracji” czy „ekskulpacji”, to jak ten biedny człowiek ma to rozumieć?

Chociaż, patrząc na to z jeszcze innej strony, nie ma chyba bardziej zaniedbanej edukacji na poziomie szkół podstawowych i liceów niż edukacja obywatelska. Jest oczywiście WOS, ale on polega na wykuciu, kiedy który traktat o Unii Europejskiej wszedł w życie albo jak się udziela wotum nieufności albo wotum zaufania. A dlaczego te dzieciaki nie poświęcą wypełniania formularzy związanych z zakładaniem działalności gospodarczej? Albo pisania pozwów w prostej sprawie?

Jak byłem w niemieckim sądzie w wydziale pracy, korytarz był pełen młodzieży. Na

każdą rozprawę przychodziły dzieciaki ze szkoły, wtedy akurat z technikum gastro-nomicznego. Akurat tak się fajnie złożyło, że najpierw była rozprawa dotycząca jakiegoś baru, a potem zwolnionego barmana. I młodzież na przykładach z życia dowiadywała się, że pracownik kuchni ma takie a takie obowiązki, a barman nie może pod-pijać drinków, bo może zostać zwolniony.

Minęło pół roku i gościliśmy sędziów z Hanoweru. Przeszli korytarzami sądu, ja im parę rzeczy pokazałem, a oni mówią „a czemu tu jest tak pusto?”. Ja na to: jak to pusto, tu siedzi pani mecenas, ci państwo czekają rozprawę, jest pan policjant, pani szatniarka, pan ochroniarz. A oni swoje: „Tu jest pusto. Gdzie szkoły, gdzie jest publiczność?”. Bo to publiczne rozpoznawanie spraw jest po coś. Między innymi po to, żeby podnosić świadomość prawną. Wiem zresztą, że na kursie języka niemieckiego dla obcokrajowców – nie wiem, czy we wszystkich landach – są w programie dwie wizyty w sądzie.

Miewałem taki koszmarny sen – że stanę przed sądem w kraju, którego języka nie rozumiem. I nawet jak się pojawi tłumacz, to też będzie miał problem z powiedzeniem mi, o co chodzi. W Niemczech miałem takie wrażenie, uczestnicząc w rozprawie. Tłumacz wkładał największy trud, ale bardzo trudno mu było tłumaczyć pewne instytucje prawne i mówić o ich konsekwencjach. Nawet jak ktoś znał trochę niemieckiego języka prawniczego, to w głowie mu się momentalnie pojawiały instytucje z polskiego prawa. A tu jest kolejny problem, że u nas czasem byłby potrzebny tłumacz z polskiego na polski.

Bo ten Pana sen to jest rzeczywistość przeciętnego obywatela w kontakcie

z sądem. On zupełnie nie wie, co sąd do niego mówi i jak on się ma w tym momencie zachować. Ale jakie jest rozwiązanie? Niektórzy prawnicy mówią, że należy wykształcić obywateli, niech oni rozumieją, co to jest ten prejudykat, i wtedy będziemy mogli mówić tak, jak lubimy. Inni z kolei mówią – i przyznam, że jestem w tym gronie – zmuszmy tych prawników, niech oni piszą krótkimi zdaniami, z czasownikami zamiast rzeczowników i bez imiesłowów i będzie dobrze.

Jest mi bardzo blisko do drugiego rozwiązania i między innymi dlatego robię to, co robię. Choć też się momentami łapię na tym, że jeszcze jest we mnie dużo tego prawniczenia. Ale ja jestem prawnikiem nieprawniczącym – tak jak są alkoholicy niepijący – raptem dwa lata, więc mam jeszcze trochę czasu, żeby sobie z tym poradzić.

Uważam, że komunikatywność jest obowiązkiem prawnika, a to wymaga zmiany języka, niestety. Zwłaszcza że prawnikowi jest łatwiej. Bo prawnik jest człowiekiem, który pracuje w języku. Dla klasycznych ścisłowców – ludzi, którzy przez całe życie zajmują się wyprowadzaniem wzorów czy poszukiwaniem szczepionki – język może być trochę drugorzędny. Tak mi się przynajmniej wydaje jako laikowi. Ale prawnik pracuje na normach, na tekstach. Więc jak już się zastanowi nad tym, jaki przepis należy zastosować i jaka jest jego wykładnia, czyli zastanowi się nad tym, co w danej sytuacji jest dobre i słuszne, to czeka go jeszcze drugi etap tego zadania, czyli zastanowić się, jak to opowiedzieć, przełożyć, zrobić jakąś miniaturową syntezę.

Miałem kiedyś taki postulat, żeby były dwie wersje uzasadnień. Żeby to uzasadnienie

sądowe najpierw napisać na jeden akapit, taką zwięzłą osnovę dla ludzi, a osobno dać 2–3 strony, czy nawet pięć stron, jeśli potrzeba, rozważań stricte prawnych. Bo uzasadnienie piszemy też dla człowieka, dla obywatela, który nie ma obowiązku być prawnikiem ani korzystać z pomocy prawnej.

Dlatego z radością widzę metafory w mówieniu o prawie. Jak prof. Wróbel mówi, że wymachuje się siekierą prawa karnego, a należałoby działać skalpelem i igłą, to takie porównanie reformy wymiaru sprawiedliwości do pacjenta i operacji jest moim zdaniem bardzo dobre. Prof. Łętowska mówiła o instytucjach zombie, którymi stały się pewne instytucje prawnicze, i to też mi się bardzo spodobało, bo to działa na wyobraźnię.

My z kolei pracujemy z przyjaciółmi z ASP nad projektem konstytucji przedstawionej po ludzku. To jest niesłychane wyzwanie.

No właśnie, miałam o to spytać. Czy ona ma być napisana prostym językiem i ilustrowana, czy w całości rysunkowa?

Szukamy odpowiedniej formuły, zwłaszcza że mamy kilka inspiracji. Słowacy wydali konstytucję z ilustracjami, ale nasi południowi sąsiedzi – zarówno Słowacy, jak i Czesi – słyną z troszkę większego dystansu do samych siebie i swojego państwa. My się boimy, że nas zabiją, jak damy parę obrazków, a Słowacy wykorzystali grę słów. Po słowacku „rozdział” to hlava (głowa), więc poszczególne rozdziały są ilustrowane np. rysunkiem głowy sędziego, jeśli jest mowa o władzy sądowniczej. Były obawy, że u nas to nie przejdzie. Powaga naszej konstytucji i nasz prawniczy świat mogą na to nie pozwolić.

Jest też fantastyczne komiksowe wydanie konstytucji amerykańskiej, w której rysownik oddał hołd najsłynniejszym postaciom komiksowym, więc są Simpsonowie, Dilbert i superbohaterowie. Niedawno wpadłem w internecie na Sticky Tricky Law, czyli wyjaśnianie prawa na żółtych samoprzylepnych karteczkach. Cały opis jakiejś instytucji prawnej mieści się na jednym post-icie. To też jest sprytnie rozwiązanie.

Jesteśmy w fazie koncepcyjnej i myślimy, jak to zrobić. Nie wykluczamy, że podzielimy konstytucję na części tematyczne i najpierw spróbujemy zilustrować prawa i wolności obywatelskie, a potem się zajmimy państwem. Pojawiła się też koncepcja, żeby publikować diagramy czy infografiki o poszczególnych instytucjach, takich jak zakaz zgromadzeń czy poszczególne stany wyjątkowe – czyli taki ilustrowany konstytucyjny komentarz do spraw bieżących. Praca jest wyczerpująca, wyzwania jest mnóstwo, bo już sama preambuła ma prawie 200 wyrazów, więc zilustrowanie czy nawet złamanie tego nie jest proste. Jesteśmy na etapie opracowywania koncepcji i projektu (w tym ilustracji, infografik, składu), no i zbierania środków na rzutka.pl

Już same reakcje na ten pomysł, odsądzanie nas od czci i wiary, pokazują, w jakim jesteśmy miejscu. Można nad tym ubolewać, ale można to też traktować jako przejaw szacunku dla konstytucji i państwa. Ale chcemy wykonać to ćwiczenie na akcie, który powinien być najważniejszy, który powinien budzić dobre emocje i skojarzenia i który po prostu warto znać. A żeby go poznać, można by sięgnąć po wersję ilustrowaną.

Legal design zresztą to nie tylko obrazki, tylko zupełnie inny sposób przekazywania

treści. Dziś liczy się opowieść. Wszędzie jest *storytelling*. Jak kupujemy telefon, to też nie kupujemy urządzenia, tylko opowieść. Powinniśmy umieć wykorzystać tę świadomość.

Uważam, że te 20 lat w wymiarze sprawiedliwości upoważnia mnie do tego, żeby raz na jakiś czas coś na ten temat powiedzieć. Pytają mnie czasem, jak mnie przedstawić. Jako byłego sędziego, nauczyciela akademickiego, mediatora, aktywistę, radnego dzielnicy? A ja się śmieję, że zostałem krytykiem sądownictwa – takim jak krytycy literaccy czy kulinarni. Mogę być takim Makłowiczem Temidy. Bardzo bym chciał, biorąc pod uwagę jego wpływ. Ale serio uważam, że małymi krokami można zmienić bardzo dużo, zapraszając do współpracy ludzi z zewnątrz, czy od prostego języka, czy od projektowania.

Bo tu mamy znowu przykład, że sektor prywatny jako taki niesamowicie wyprzedził ten publiczny. Oczywiście sektor publiczny jest też różny, bo widzę z dużą radością, że jest i deklaracja prostego języka, i komunikacja frontem do klienta. Ale czasem jak coś przeczytam...

Akurat w trakcie naszej rozmowy jestem w kwarantannie, więc sobie poczytałem wytyczne związane z kwarantanną. To naprawdę można by inaczej, bardziej normalnie, przyjaźnie to opisać. Przecież mieliśmy na to rok. Ta sytuacja i wirusowa, i kwarantanna jest przede wszystkim wielkim dyskomfortem dla człowieka, który źle się w niej czuje. I do człowieka, który czuje się źle, można by inaczej pisać. A tu widać, że państwo najbardziej umie w opresję, a nie umie w rzeczy miękkie. A można by wziąć przykład z londyńskich parków, gdzie na trawnikach jest napisane

„pomóż mi rosnąć, nie depcz mnie” zamiast „zakaz deptania trawników pod karą grzywny”.

Nie wiem, czy to jest kwestia ludowej rzeczpospolitej, czy naszego folwarku, przeczytałem jeszcze za mało i nie czuję się kompetentny w szerszych analizach socjologicznych, ale troszeńkę przyglądałem się temu, jak się opowiada w Polsce o sądzie, o procesach czy o prawie. To jest zawsze walka: „zniszczyć kogoś przed sądem”, „druzgoczące argumenty”. My czekamy na to, żeby jeden drugiego zmiażdżył. I jesteśmy bardzo daleko od dyskusji, o której usłyszałem w Niemczech, podczas tej podróży, która mnie zmieniła. A można przecież powiedzieć, że znaleźliśmy się w sytuacji trudnej, niekomfortowej, mamy do wyjaśnienia problem, do rozstrzygnięcia spór, więc nie utrudniamy sobie tego i znajdziemy kilka platform wspólnych.

Czytam o porozumieniu bez przemocy, o modelowaniu języka, i myślę, że to jest bardzo pokoleniowa kwestia. Jeszcze 10, 20, 30 lat i może coś w Polsce się zmieni. Choć z drugiej strony jesteśmy na krawędzi jakiejś eksplozji niestety, i to widać też w języku. Nam się coś kończy średnio raz na kwartał. Skończyła się demokracja, skończyła się praworządność. Ja próbuję o tym pisać, używając popkultury. Odwołując się do Pulp Fiction albo Asteriksa, jak wtedy, gdy pisałem, że niby cała Galia jest podbita, ale ta jedna maleńka wioska, czyli biuro RPO, wciąż stawia opór. Wymyślmy sobie tych sędziów jako superbohaterów, ale z przymrużeniem oka. Pokażmy, że oni bronią jakichś wartości, bo w takiej opowieści chodzi o wartości. I tego moim zdaniem brakuje. Nie jest nam potrzebna martyrologia, tylko pozytywna opowieść.

rozmawiała Justyna Zandberg-Malec

