

Andrzej Redelbach

Notariusz wobec prawa wspólnotowego¹

Perspektywa wejścia Polski do Unii Europejskiej wiąże się z rozszerzeniem spektrum i przewartościowaniem zainteresowań zawodu prawnika w naszym kraju². Konieczna stanie się znajomość prawa europejskiego i niezbędny udział jego implementacji w systemie prawa krajowego. *Novum* wiązać będzie się między innymi z tym, że porządek prawny UE wyrasta zarówno z bliskiej nam kultury prawa stanowionego, jak i kultury *common law*, znanej w Polsce bardziej z telewizji, filmu i literatury, dobrze jeżeli prawniczej. Można powiedzieć, że kultura prawna zostaje wzbogacona o takie elementy, jak angielskie zasady spornego i odformalizowanego procesu sądowego, przy jednoczesnej trwałości rozstrzygnięć dla kolejnych spraw czy nadanie szczególnego znaczenia dla pozasądowych sposobów rozstrzygania sporów, a w szczególności mediacji³.

Szczególnie interesujący jest akcent położony na mediację jako alternatywny sposób rozwiązywania sporów, odpowiadający współczesnej kulturze społeczeństwa policentrycznego, w którym dominacja jednych nad drugimi jest wypierana przez porozumiewanie się i poszukiwanie kompromisów. Policentryzm wiąże się z poszanowaniem różnorodnych interesów

¹ Artykuł został przedstawiony jako referat na sesji naukowej związanej z 10-leciem notariatu, w rocznicę reprivatyzacji notariatu polskiego, w Zakopanem w dniach 13-15 IX 2001 r.; por. także A. Redelbach, *Prawo o notariacie. Komentarz*, Toruń 2002.

² Por. A. Redelbach, *Zadania radców prawnych w perspektywie prawa wspólnotowego*, Radca Prawny 2001, nr 6, s. 65 i nast.

³ Por. szerzej R. Tokarczyk, *Kultura Prawa Europejskiego*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego. Wpływ integracji europejskiej na klasyczne dziedziny prawa krajowego*, red. C. Mik, Toruń 2000, s. 11 i nast.

i punktów widzenia, z poszukiwaniem tego co łączy i wzmacnia osoby fizyczne i prawne we wspólnym działaniu, a nie tego, co umacnia wzajemny dystans i dzieli. Równie złudne jest twierdzenie, że możemy posiadać zabsolutyzowaną zdolność do wykrycia dobra, jak i receptę na jednostronne rozstrzyganie sporów osób trzecich. „Dobro” rzeczywiste nie jest biegunem różniącym się od zła, a jest pewnym *optimum* na skali pomiędzy dobrem i złem. Znacznie lepsze wyniki dawać może wspólne poszukiwanie rozstrzygnięcia spornej kwestii niż „wymuszanie” na stronach posłuchu wobec dyrektywalnego rozstrzygnięcia spornego problemu. W warunkach polskich na rzecz poszukiwania rozwiązań w drodze mediacji świadczy wysoki koszt postępowania sądowego, jego zbiurokratyzowanie i przewlekłość. Bywa, że uzyskanym rezultatem pobytu w sądzie jest zaspokajający nasze ambicje wyrok, który ze względu na spowodowaną upływem czasu niewypłacalność dłużnika możemy gwoli radości wnuków powiesić nad kominkiem.

Samo pojęcie implementacji prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych zostało wyczerpująco poddane analizie w literaturze⁴ i oznacza wprowadzenie w życie:

- a) postanowienia traktatu założycielskiego przez prawo wspólnotowe (prawa pierwotnego przez tworzenie aktów prawa wtórnego),
- b) przepisu traktatu założycielskiego przez normy protokołu dodatkowego,
- c) w rozporządzeniach, a jeszcze bardziej w dyrektywach kojarzy się takie działanie z przyjmowaniem wykonawczych środków prawnych oraz administracyjnych, wspólnotowych rozporządzeń, dyrektyw i decyzji (nie mających charakteru ściśle prawnego rekomendacji i komunikatów/opinii), a także krajowych ustaw przepisów wykonawczych i administracyjnych⁵. Jeśli dla implementacji prawa wspólnotowego w krajowym porządku prawnych kluczowe znaczenie ma zasada efektywności podejmowanych działań, wyraźna i kompletna jest odpowiedzialność prawników w sferze tworzenia i stosowania prawa krajowego za przestrzeganie pierwszeństwa tego porządku wobec sprzecznych z nim norm krajowych.

⁴ Por. szerzej *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998.

⁵ Zdaniem C. Mika, możemy wyróżnić normy implementowane, w zasadzie normy prawa wspólnotowego i normy implementujące, wykonawcze normy wspólnotowe lub krajowe; *ibidem*, s. 21 i nast.

1. Prawa człowieka wprowadzeniem do prawa wspólnotowego

Prawnikom polskim bliski jest już wymiar porządku prawnego Europy w sferze ochrony praw człowieka. Wiąże nas Europejska Konwencja Praw Człowieka i dla osób zamieszkujących w Polsce dostępna jest skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz)⁶. Wejście do Unii Europejskiej przyniesie właściwość w sprawach polskich Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu (ETS)⁷. Chociaż trybunały te nie są związane swoimi wcześniejszymi decyzjami (w myśl maksymy stare *decisis et quita non movere*), pierwszą część uzasadnienia nowych rozstrzygnięć zajmuje zawsze przytoczenie wcześniejszych orzeczeń i w konsekwencji utrzymanie zajętego już stanowiska. Podkreślić też trzeba, że rozstrzygnięcia te wzorem francuskim najpierw zawierają uzasadnienie – opis stanu faktycznego i prawnego sprawy, a na końcu sentencję.

Pomiędzy ETPCz i ETS występują jednak różnice strukturalne i funkcjonalne, a pierwszy z nich bliższy jest Międzynarodowemu Trybunałowi Sprawiedliwości w Hadze. Jeśli ETS jest do pewnego stopnia sądem wyższej instancji w odniesieniu do sądów krajowych, mylą się osoby oczekujące odegrania tej samej roli przez ETPCz. Wielu Polaków sądzi, że ich sprawa będzie w Strasburgu ponownie rozpatrzona merytorycznie, oczekują, że tam dopiero znajdą sprawiedliwość i korzystne dla nich rozstrzygnięcie. Nic bardziej mylnego, bowiem przed ETPCz ocenia się tylko zgodność prawa i praktyki jego stosowania w danym kraju w świetle wymogu ochrony praw człowieka zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Trybunałom podobne są postanowienia regulujące wyłączenie sędziog, jednak w sprawie dotyczącej danego kraju przed ETS nie występuje tzw. „sędzia krajowy”. Wyrok ETS jest wynikiem *consensusu*, a w wyroku ETPCz możliwe jest zdanie odrębne sędziego⁸. Zdania odrębne publikowane wraz z orzecznictwem przynoszą znaczący ładunek intelek-

⁶ Por. szerzej A. Redelbach, *Strasbourg bliżej. Skargi indywidualne do Europejskiej Komisji Praw Człowieka*, Poznań 1996.

⁷ Por. szerzej *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, wyb. i red. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Warszawa 2001; *The Evolution of EU Law*, red. Paul Craig, Gráine De Búrca, Oxford 1999, s. 321 i nast.

⁸ Brak możliwości formułowania zdania odrębnego przy wyrokach ETS traktuje się jako mankament proceduralny osłabiający *meritum* wywodów prawnych wyroków.

tualny oponujących sędziów. Jeśli w trosce o poszanowanie przez państwo orzeczenia ETS można nałożyć na „nieposłuszne” państwo karę pieniężną lub ryczałt, wykonanie orzeczenia ETPCz jest jedynie nadzorowane politycznie w mechanizmie Komitetu Ministrów Rady Europy.

Odmienne do ETS, Trybunał w Strasburgu nie może przypisywać sobie aktywnej roli w prawotwórstwie, chociaż na wniosek Komitetu Ministrów może wydawać opinie doradcze w kwestiach prawnych dotyczących wykładni Konwencji i jej Protokołów. Inne są także przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, bowiem jeśli w Strasburgu poszkodowany musi być bezpośrednią lub pośrednią ofiarą naruszenia prawa określonego w Konwencji, a prawo do skargi nie jest nadużywane i skarga nie jest w oczywisty sposób nieuzasadniona, to w Luksemburgu obok istotnego naruszenia postanowienia prawa wspólnotowego przyznającego jednostce prawo, musi występować związek przyczynowy z powstałą szkodą.

Zważyć jednak trzeba, że dla stwierdzenia naruszenia przez dane państwo prawa Wspólnot nie jest wymagane orzeczenia ETS, bowiem, zdaniem Trybunału, zagrożona byłaby skuteczność prawa jednostki do odszkodowania; pełną jurysdykcję mają więc sądy krajowe⁹. Osobną kwestią jest obowiązek zwrotu otrzymanych środków finansowych na podstawie przepisów prawa krajowego, sprzecznych z prawem wspólnotowym, na skutek błędnej wykładni prawa wspólnotowego albo na podstawie nieważnych przepisów tego prawa, który dotyczy:

a) państwa pobierającego nienależne opłaty¹⁰,

b) podmiotów prywatnych otrzymujących środki od państwa (np. z programów pomocy publicznej, subwencji i dopłat z funduszy wspólnotowych)¹¹.

Ochrona praw jednostki należy jednak w obu systemach do prawa krajowego, a jednostka ma ograniczony dostęp bezpośredni do sądów prawa wspólnotowego, głównie sądu pierwszej instancji (legitymacja

⁹ Por. orzeczenie w sprawie *Brasserie du Pecheur* przeciwko Niemcy (46/93).

¹⁰ Sprawa *Express Dairy Foods* przeciwko *Intervention Board for Agricultural Produce* (ETS 130/79)

¹¹ Por. szerzej M. G ó r k a, *Obowiązek zwrotu nienależnych opłat jako skutek naruszenia prawa wspólnotowego*, [w:] *Implementacja prawa integracji...*, s. 169 i nast.

procesowa jest hamowana wymogiem, by rozporządzenie lub decyzja dotyczyły osoby fizycznej i prawnej bezpośrednio i indywidualnie). Do wystąpienia z zapytaniem wobec ETS uprawniona jest też nie jednostka – strona postępowania krajowego, a sąd rozstrzygający sprawę. Rekapitulując, można stwierdzić, że ETS może pełnić różnorodne funkcje: sądu międzynarodowego, sądu konstytucyjnego, sądu administracyjnego, sądu apelacyjnego i arbitrażowego¹².

Walorem orzeczeń trybunałów jest operacjonalizacja ogólniejszych reguł prawnych poprzez szczegóły dokonanych egzemplifikacji. Przykładowo, w Strasburgu, artykułując standardy postępowania w sferze ochrony praw człowieka, można głębiej i bardziej szczegółowo niż w przepisach prawa i traktatów chronić samą substancję człowieka (poprzez prawo do życia), jego godność (poprzez zakaz tortur oraz traktowania nieludzkiego i poniżającego, a także pracy niewolniczej i przymusowej, prawo do mienia), wolność (poprzez prawo do nietykalności i bezpieczeństwa osobistego), wyważyć elementy prywatne i publiczne w jego życiu¹³ (poprzez prawo do prywatności¹⁴ i do informacji, swobodę sumienia i wyznania, prawo do zrzeszeń i zgromadzeń) oraz pogodzić właściwe człowiekowi dążenia z jednej strony do coraz większej ochrony prywatności, a z drugiej strony roszczenie do znajomości szerokiego spektrum spraw publicznych¹⁵. Wypada też zaznaczyć, że zdaniem ETS należy się w tej sytuacji pełne wynagrodzenie szkody (szkoda rzeczywista i utracony zysk), a możliwa jest retroakcja w implementacji dyrektywy korzystnej dla poszkodowanego w prawie krajowym¹⁶.

Europejskie standardy ochrony praw człowieka przynoszą ujednocznienie charakteru prawnego poszczególnych praw człowieka, które mogą niekiedy zaliczać się jedynie do miękkiego prawa (*soft law* – prawa nie obowiązującego, a w określonych warunkach praktycznie skutecz-

¹² Por. szerzej D. L a s o k, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, s. 120-121.

¹³ Por. szerzej A. R e d e l b a c h, *Tajemnica zawodowa notariusza w świetle poszanowania życia prywatnego*, Rejent 1999, nr 6-7.

¹⁴ Por. A. R e d e l b a c h, *Ochrona tajemnicy zawodowej notariusza w świetle ustawy o ochronie danych osobowych*, Rejent 2001, nr 5, s. 159 i nast.

¹⁵ Por. szerzej A. R e d e l b a c h, *Natura praw człowieka, Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 211 i nast.

¹⁶ Sprawa Danila Bonifaci i inni przeciwko Istituto Nazionale Della Previdenza Sociale <INPS> (94/95).

nego). Nazwa ta odpowiada kategorii „refleksów prawa podmiotowego”, które, jak pisał A. Peretiatkowicz, polegają na możliwości ogólnego domagania się realizacji korzystnych dla jednostki przepisów prawnych, np. poprzez usługi szpitala czy też biblioteki publicznej¹⁷. Konwencja w związku z powyższym jedynie „dotyka” praw drugiej generacji, jak np. prawo do nauki. W Unii Europejskiej charakter „miękkiego prawa” przyznaje się uprawnieniom płynącym z Traktatu w Maastricht, jak prawo do zrównoważonego rozwoju gospodarczego czy też prawo do stabilnej wartości pieniądza¹⁸.

Ważną rolę odgrywają orzeczenia ETPCz w rozwiązywaniu sytuacji obywateli państw trzecich w krajach Unii Europejskiej¹⁹. Równego traktowania obywateli różnych państw nie zabezpiecza tu bowiem polityka społeczna Unii²⁰. Przykładowo, rozstrzygnięcia zapadłe w Strasburgu utorowały drogę do konieczności objęcia tego rodzaju zatrudnionego i członków jego rodziny obowiązkiem ubezpieczenia społecznego w krajach UE. Respektowanie przez Polskę strasburskich standardów w dziedzinie ochrony zdrowia i życia oraz wolnego od dyskryminacji dostępu do sądu i organów administracji krajowych i zagranicznych osób fizycznych i prawnych przynosi wypełnienie wymogów art. 69 i 111 Układu Europejskiego, ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a wspólnotami europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony.

Orzeczenia ETPCz torują drogę dla znacznie bardziej rozwiniętych form współpracy transgranicznej i jednolitości porządków prawnych krajów Unii Europejskiej. Na przykład, doprowadzono do ujednoczenia w Europie zasad postępowania policji i sił bezpieczeństwa w sytuacji, gdy dopuszczalne jest pozbawienie życia w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia

¹⁷ Tenże, *Podstawowe pojęcia prawa administracyjnego*, Poznań 1947, s. 98.

¹⁸ Jak dotąd sąd I instancji i ETS rozpatrywały takie postacie „miękkiego prawa”, jak instrukcje wewnętrzne, kodeksy postępowania, komunikaty, schematy wewnętrzne, statuty i wytyczne pochodzące od Komisji Europejskiej; por. szerzej A. Nowak-Fair, *Konstytucyjne „refleksy” prawodawstwa o stabilnej sile nabywczej pieniądza a Unii Gospodarczej*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego...*, s. 85 i nast.

¹⁹ Por. także J. Plaňavová-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000.

²⁰ Por. szerzej A.M. Świątkowski, *Polityka społeczna Unii Europejskiej w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego...*, s. 341 i nast.

siły względnie gdy do podejrzanej śmierci doszło w warunkach zatrzymania i tymczasowego aresztowania. Poszczególne państwa i organy władzy publicznej rozumiały, że choć z zasady nie są zobowiązane do podejmowania pozytywnych działań w ochronie życia osób przebywających na ich obszarze, to jednak są obowiązane reagować na informacje o występującym zagrożeniu, a także podejmować wszelkie działania zapobiegające obiektywnym zagrożeniom.

Z czasem wzbogacana jest także treść i zakres ochrony praw człowieka, jak np. w odniesieniu do zakazu dyskryminacji (w aspekcie formalnym jako nakazu jednakowego traktowania wszystkich podmiotów prawa oraz w aspekcie materialnym jako nakazu równego podziału uprawnień, korzyści i obowiązków w społeczeństwie) i wyważenia poszanowania różnicowań ze względu na kulturę, religię i język²¹. Treść Konwencji odczytywana jest zgodnie z narastającym indywidualizmem prawnym o charakterze roszczeniowym, a wspierającym się o prawa człowieka²². Doktryna praw człowieka rozbudziła poczucie „obywatelskie” wśród ludzi, niekiedy jednak dostrzega się wyłącznie własne prawa, ze szkodą dla rozumienia dobra wspólnego i własnych obowiązków wobec innych.

U podstaw relacji pomiędzy Europejską Konwencją Praw Człowieka a prawem krajowym leży zasada harmonizacji, mająca prowadzić do zlikwidowania rażących różnic w regulacji zagadnień w prawie Konwencji i prawie krajowym, a w rezultacie do zniesienia dysonansów w regulacji praw człowieka w poszczególnych porządkach prawnych Rady Europy (np. w odniesieniu do sytuacji uchodźców). Działanie Trybunału ma w tej mierze znaczenie subsydiarne, bowiem kolizje pomiędzy wskazaniem Konwencji a prawem krajowym powinni przede wszystkim rozwiązywać sędziowie krajowi, którzy są pierwszoplanowymi postaciami już wczesnej fazy procesu integracji europejskiej²³. Jako uzasadnienie można wskazać zasadę prokonwencyjnej wykładni prawa krajowego, czyli poszukiwania

²¹ Por. szerzej A. Redelbach, *Prawa naturalne – Prawa człowieka – Wymiar Sprawiedliwości. Polacy wobec Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Toruń 2000, s. 130 i nast.

²² Odwoływanie się do rozlicznych praw człowieka daje podstawę dla potwierdzenia legalności prawa krajowego; por. szerzej R. Tokarczyk, *Kultura prawa europejskiego*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego*, s. 22 i nast.

²³ Wyższego etapu dotyczą słowa O. Jacot-Guillarmod, który, mówiąc o roli sędziów krajowych w realizacji porządku prawnego Unii Europejskiej, stwierdza, że są oni

takiej treści normy prawnej, która byłaby zgodna z ujęciem praw człowieka w konwencji, oczywiście nie przekraczając granicy wykładni *contra legem*.

Na początku integracji europejskiej stosuje się prawo krajowe, uwzględniając treść EKPCz i innych traktatów, a w drugim okresie prawo wspólnotowe UE stopniowo wypiera prawo krajowe. Trybunał Sprawiedliwości UE traktuje prawa człowieka jako część składową ogólnych zasad prawa, które wiążą przy interpretacji prawa²⁴. W sferze europejskiego prawa sądowego takie znaczenie odgrywa uszczegółowione w orzeczeniach strasburskich prawo dostępu do sądu, a w tym zasada niezawisłości i bezstronności sędziów, prawo do rozsądnego terminu rozpatrzenia sprawy, zasada procesu publicznego, prawo do informacji i tłumacza, prawo do obrony w sensie materialnym i formalnym (włącznie z domniemaniem niewinności i wolnością od retroakcji), zasada „równości broni” i prawo do skutecznych środków odwoławczych.

System ochrony praw człowieka kształtowany w Strasburgu stwarza więc podstawy dla finalnego zaadoptowania przez systemy prawa krajowego, prawa europejskiego. Choćby zwrócić uwagę na zasadę solidarności skierowaną przeciwko państwom łamiącym swoje zobowiązania w ochronie praw człowieka. Standardom tym przyświeca integralizm w traktowaniu człowieka, a racjonalizm w rozstrzyganiu o jego konkretnych sprawach; człowiek jest zatem umiejętnie umiejscowiony w realiach świata, a w ocenie roli państwa i prawa krajowego wobec spraw człowieka przejawia się zasada subsydiarności (pomocniczości).

Dla mechanizmu międzynarodowej ochrony praw człowieka ukształtowanego na podstawie EKPCz charakterystyczny jest bezpośredni skutek norm traktatowych, bowiem artykułowanym zobowiązaniom państwa towarzyszą uprawnienia ich obywateli i osób wobec nich zależnych²⁵. W rezultacie jednostka ludzka może dochodzić na arenie międzynarodowej

nieznany animatorami procesu integracji europejskiej, [w:] *Le juge national face au droit européen – Perspectives suisse et communautaire*, Paryż 1996, s. 25. Sędzia krajowy jest jednocześnie sędzią wspólnotowym; por. szerzej: J. R i d e a u, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paryż 1996, s.746

²⁴ Np. orzeczenie w sprawie 4/73, J. N o l d, *Kohlen- und Baustoffgrosshandlung v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Z. Orz. 1974, s. 491.

²⁵ Por. szerzej A. R e d e l b a c h, *Europejska Konwencja Praw Człowieka w polskim wymiarze sprawiedliwości*, Poznań 1997, s. 14 i nast.

wej realizacji przez państwo jego obowiązku, jednak dopiero w odniesieniu do porządku prawnego Unii Europejskiej można mówić w pełni o bezpośrednim obowiązywaniu oraz stosowaniu norm wspólnotowych, które można bez dodatkowych zabiegów wykonywać w krajowym porządku prawnym.

Implementacja²⁶ EKPCz przez poszczególne państwa związana jest z tworzeniem prawa, prawa człowieka znajdują wtedy swój ustawowy wyraz w krajowym porządku prawnym oraz stosowaniem prawa, gdy przykładowo, jak w Polsce, w razie kolizji postanowień, prymat nad ustawami w sferze ochrony praw człowieka mają normy Konwencji. U podstaw wprowadzenia Konwencji w życie leży wymóg efektywności działania państwa w sferze ochrony praw człowieka, wspierający się o różnorodne jej postanowienia (środki implementacji), jak wymóg określoności prawa i przewidywalności zachowań w porządku krajowym, zagwarantowanie prawa dostępu do sądu i skutecznych środków odwoławczych, kazuistyczne określenie warunków możliwego ograniczania przez państwo praw i wolności, możliwość zażądania przez Sekretarza Generalnego Rady Europy od każdego państwa wyjaśnień w sprawie sposobu, w jaki prawo krajowe zapewnia skuteczne stosowanie wszystkich postanowień Konwencji, okresowe badanie zastrzeżeń poczynionych przez państwa przy jej ratyfikacji oraz mechanizm skargi indywidualnej.

2. Transformacja porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej

Zasadnicze przekształcenia krajowego systemu prawa rozpoczęły się na początku lat dziewięćdziesiątych i zakończą się z pełną recepcją prawa wspólnotowego. Dłużej potrwa przebudowa świadomości prawnej silnie zabarwionej pozytywizmem prawniczym oraz świadomości politycznej zdominowanej przez „bolszewickie poczucie prawa” (prawo jawi się wtedy jako marginalny środek realizacji polityki). Obecnie na nowo dostrzega się znaczenie prawa natury i klasycznego świata wartości humanistycznych. W jeszcze dalszej perspektywie prawo wspólnotowe stanie się częścią prawa polskiego. Współwystępowanie prawa „starego” i „nowe-

²⁶ O metodologii i problemach teoretycznoprawnych implementacji europejskiego prawa wspólnotowego pisze szerzej C. M i k, *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 21 i nast.

go” przesądza o konieczności ustalania struktury głębokiej stanu prawnego sprawy, a wykładnia teleologiczna i systemowa przepisów prawnych powinna zapewniać ich zgodność z zasadami gałęzi i systemu prawa krajowego i wspólnotowego oraz ogólnymi zasadami prawa uznanymi przez narody cywilizowane. Bez wątplenia sygnalizowane zasady ogólne nie są tylko źródłem prawa międzynarodowego, ale dają także podstawę dla szeroko pojmowanej odpowiedzialności za zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Przesłanka ta zaważyła na odpowiedzialności polityków i wojskowych za zbrodnie dokonane na Bałkanach (procesy haskie), jak i uzasadnia wdrożenia w życie porozumienia wspólnoty międzynarodowej o powołaniu Międzynarodowego Sądu Karnego.

W nowoczesnej Europie sądy nie tyle stosują prawo, ile zajmują się wymiarem sprawiedliwości²⁷ pojętym szerzej niż tylko bierne i mechaniczne wymierzanie każdemu, co mu się należy według prawa (jedynie treść prawa decyduje wtedy o tym, czy dana decyzja jest sprawiedliwa)²⁸. Sędzia nie może w takiej sytuacji „umywać rąk” od merytorycznej zawartości swoich orzeczeń, zrzucając odpowiedzialność na prawodawców. Sędzia wymierzając sprawiedliwość, dotyka niekiedy granicy koniecznego posłuszeństwa niesprawiedliwemu prawu. Pozostaje wtedy jedynie, zgodnie ze słowami Z. Ziemińskiego²⁹, deklaracja *non possumus*, pomimo zagrożenia dalszej kariery i różnorodnych represji. Analogiczna jest sytuacja innych grup prawników, których kodeksy etyki zawodowej powinny wymuszać należyte postępowanie. Ubolewać trzeba, że jak dotąd miejsce kodeksu etyki zawodowej prokuratura i sędziego zajmuje w Polsce jedynie pragmatyka służbowa.

W opracowaniu tym koncentruję się na zadaniach notariuszy w określaniu stanu prawnego sprawy w perspektywie obecności prawa wspólnotowego, co wiąże się z udzieleniem odpowiedzi na pytanie, jaka jest

²⁷ Oczywiście zadania sądów są szersze niż tylko wymierzanie sprawiedliwości, obejmują bowiem także nadzór nad postępowaniem przygotowawczym i postępowaniem wykonawczym. Realną sytuację wymiaru sprawiedliwości w różnych krajach świata przedstawiają raporty Międzynarodowej Komisji Prawników; por. szerzej *Attacks on justice. The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers*, red. M. Rishmawi, Genewa 1999.

²⁸ Por. szerzej J. G a s t l e r, *Wymiar sprawiedliwości: konotacje supranacjonalne i zasady kreujące*, [w:] *Wymiar Sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, red. C. Mika, Toruń 2001, s. 13 i nast.

²⁹ Z. Z i e m i ń s k i, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 126 i nast.

treść przepisów prawnych dotyczących analizowanego przypadku. Poszukiwania prowadzi się stosownie do reguł walidacyjnych w systemie źródeł prawa. Najważniejszym aktem prawodawczym w Rzeczypospolitej Polskiej jest Konstytucja z dnia 2 kwietnia 1997 r., gdyż jest statutem państwa jako organizacji społecznej, a inne akty prawodawcze powinny się opierać na jej postanowieniach. Zawiera ona regulacje bezpośrednio poprzez normy merytoryczne i pośrednio poprzez normy kompetencji prawodawczej. Najwyższa moc prawa Konstytucji oznacza, że wszystkie inne akty prawodawcze powinny być z nią zgodne³⁰. Zapis, że sędziowie są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji i ustawom (art. 178) spowodował, że Konstytucja RP staje się bądź podstawą rozstrzygnięcia (w wyniku jej bezpośredniego stosowania), bądź elementem kontroli konstytucyjności ustaw zwykłych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia spraw (gdy sędziowie są zmuszeni wychodzić poza przepisy ustaw)³¹.

Drugim co do mocy prawnej aktem jest ustawa zwykła, a materię ustawową, a więc sprawy, które mogą być regulowane wyłącznie za pomocą ustaw, tworzą w szczególności: sytuacja prawna obywateli (ich wolności, prawa i obowiązki), sytuacja niepaństwowych osób prawnych, tworzenie, kompetencje i tryb działania organów państwowych, kompleksowe regulowanie stosunków społecznych, budżet państwa i inne.

Źródłem prawa powszechnie obowiązującego w Polsce są umowy międzynarodowe, bezpośrednio stosowane, chyba że ich stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Konstytucja RP deklaruje w art. 9 przestrzeganie obowiązującego Polskę prawa międzynarodowego, a więc także norm pozatraktatowych. Jeżeli jest wymagana zgoda na ratyfikację umowy międzynarodowej w postaci uprzedniej ustawy, warunkiem jej stosowania jest ogłoszenie w trybie wymaganym dla ustaw. Umowy takie mając moc ustawy, stają się częścią krajowego porządku prawnego, a w razie

³⁰ W konstytucji państwa formułuje się podstawowe wartości porządku prawnego w postaci naczelných zasad; por. szerzej Z. Ziembicki, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993.

³¹ Por. szerzej S. Kazimierz, *Sankcja Konstytucji jako zagadnienie metodologiczne*; A. Bator, *Prawo w Konstytucji czy Konstytucja prawa – w związku z art. 8 Konstytucji RP*; W. Gromski, *Niektóre filozoficzno-teoretyczne podstawy konstytucyjnej koncepcji źródeł prawa*; A. Kozak, *Konstytucja jako podstawa decyzji stosowania prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa, Konstytucja*, red. A. Bator, Wrocław 1999, s. 13 i nast.

wzajemnej kolizji mają przewagę nad ustawą (art. 91 Konstytucji RP). Umowy międzynarodowe zajmują niższe miejsce niż Konstytucja i muszą być z nią zgodne. Jak z powyższego wynika, Polska przyjęła model monistyczny w rozwiązywaniu wzajemnego stosunku prawa międzynarodowego i krajowego. Zadeklarowała także gotowość stosowania w kraju prawa organizacji międzynarodowych, które ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami. Zdaniem P. Winczorka, obowiązek ten obejmuje także prawo zwyczajowe, konsensualne i *case law*. Organy krajowe tracą wtedy stosowne kompetencje prawodawcze, które zostaną przeniesione na organy Wspólnoty. W miarę krystalizowania się Unii Europejskiej jako federacji państw Europy, prawo wspólnotowe zacznie funkcjonować w charakterze równorzędnego porządku prawnego wobec prawa krajowego³².

Aktem organów władzy wykonawczej, stanowiącym źródło prawa powszechnie obowiązującego, są rozporządzenia, a jako akt ściśle związany z ustawą wydawane są przez organy wskazane w Konstytucji na podstawie szczegółowego upoważnienia ustawowego. Rozporządzenia może wydawać Prezydent RP, Rada Ministrów, Prezes Rady Ministrów, minister kierujący działem administracji rządowej, przewodniczący komitetu powołanego w składzie Rady Ministrów oraz Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Konstytucja RP wprowadza zakaz subdelegacji uprawnień w tej mierze (art. 92).

Mniejszą moc w sferze prawa powszechnie obowiązującego mają akty prawa miejscowego – obowiązują na terenie działania organu, który je ustanowił. Kompetencję prawodawczą przyznano organom samorządu terytorialnego oraz terenowym organom administracji rządowej. Aktem prawa powszechnie obowiązującego są wydawane w specyficznych okolicznościach, np. w czasie stanu wojennego, rozporządzenia Prezydenta z mocą ustawy. Niejednorodny charakter prawny mają uchwały

³² Por. szerzej opracowania zamieszczone [w:] *Implementacja prawa i integracji...*; J. Łętowski, *Polski sędzia wobec prawa europejskiego*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej w wewnętrznym porządku prawnym państwa*, Biuletyn Ośrodka Informacji i Dokumentacji Rady Europy, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego 1998, 3-4, s. 9 i nast.; P. Daranowski, *Zagadnienie bezpośredniej skuteczności Układu Europejskiego w krajowym systemie prawnym*, Państwo i Prawo 1996, nr 4-5, s. 59 i nast.

Sejmu i Senatu, gdyż część z nich nie ma charakteru normatywnego (np. o wyborze sędziów Trybunału Konstytucyjnego). W formie uchwały stanowiący jest regulamin Sejmu i Senatu, który do pewnego stopnia ma charakter prawa powszechnie obowiązującego. Źródłem wewnętrznego prawa konsensualnego (w przyszłości być może prawa powszechnie obowiązującego) są układy zbiorowe pracy oraz umowy zawierane przez Radę Ministrów z Kościołami innymi niż katolicki oraz związkami wyznaniowymi. Konstytucja RP wyraźnie oddziela akty prawa wewnętrznego, czyli przepisy obowiązujące wyłącznie jednostki organizacyjne podległe organowi tworzącemu prawo. Aktami tymi są uchwały Rady Ministrów oraz rozporządzenia Prezydenta RP, Prezesa Rady Ministrów i ministrów.

Dla regulacji konstytucyjnych charakterystyczne jest założenie, że akt taki musi się opierać na określonym sposobie pojmowania prawa, zasadach jego tworzenia, obowiązywania, stosowania i przestrzegania. Koniecznym elementem – jak pisze M. Szyszkowska – każdego systemu prawnego są reguły prawa ponadustawowego, wpływające na rozumienie pojęć konstytucyjnych, co uwidoczniło orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w postaci „dynamicznego standardu konstytucyjnego” czy koncepcji „powiększonej pojemności” pojęć konstytucyjnych w odniesieniu do pojęcia własności³³.

Dotykamy tu istoty znaczącego wpływu prawa wspólnotowego w polskim porządku prawnym już obecnie, tj. w procesie harmonizacji. Pewnemu zachwianiu uległa tradycyjna siatka pojęciowa polskiego prawoznawstwa. Wcześniej przyjmowano, że jedynie suwerenne państwo jest kompetentne do tworzenia prawa, które w sensie przedmiotowym oznacza zespół norm zarazem generalnych i abstrakcyjnych, chronionych przymusem państwowym. Prawodawstwo spajano z państwem jako instytucją polityczną, a stąd dominowało uzasadnienie tetyczne obowiązywania normy prawnej, która została ustanowiona i nie jest uchylona. Akcentowano różnicę gatunkową prawa wewnętrznego i prawa międzynarodowego publicznego. Silnie rozdzielano tworzenie prawa (norm generalnych i abstrakcyjnych) w wyniku działania prawodawcy oraz stanowienie norm indywidualnych i konkretnych przez organy stosujące

³³ Por. M. Szyszkowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1993, s. 8 oraz A. Kozak, [w:] *Z zagadnień filozofii i teorii prawa. Konstytucja*, s. 119.

prawo w postaci decyzji administracyjnych i wyroków sądowych. Sankcje jako dolegliwość za nieprzestrzeganie prawa wiążano wyłącznie z państwem i działaniem jego agend. U podstaw stosowania prawa leżało władztwo i dominacja, a nie kompromis i porozumienie³⁴.

Wejście Polski do Unii Europejskiej potwierdza zasadność stanowiska, w myśl którego w nauce prawa nie powinniśmy dążyć do skrajnej kategoryzacji rzeczywistości, wypracowywania idealnych wzorców, praw niezmiennych i niepodważalnych w świątyniach nauki. W myśl prawa nieoznaczoności³⁵, wyniki poznania prezentują bardziej nasz osobisty czy grupowy pogląd niż to, co we wszechświecie zabsolutyzowane i bezwzględne. Jeśli dotąd poszukiwano wzorców, wspólnych praw łączących przeszłość i przyszłość, obecnie uwagą zwraca się na zjawiska bardziej skomplikowane, ich różnorodność i zmienność, asymetrię i nieregularność³⁶. Stąd niezbędne i konieczne jest przewartościowanie wielu pojęć, założeń i prawniczych reguł myślenia w praktyce stosowania prawa w naszym kraju. Proces ten powinien zachodzić równoległe z realizacją zadań związanych z harmonizacją prawa polskiego z prawem wspólnotowym, np. art. 69 Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską z jednej strony a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony wskazuje na konieczność zbliżenia przepisów prawnych w takich dziedzinach, jak prawo celne, prawo bankowe, rachunkowość przedsiębiorstw, podatki, usługi finansowe, prawo o spółkach, własność intelektualna, zasady konkurencji i ochrony konsumenta, ochrona pracownika w miejscu pracy oraz szerzej zdrowia i życia ludzi, normy i przepisy techniczne, transport i środowisko naturalne.

Obraz harmonizacji prawa znajdujemy w wykazie ustaw uchwalonych przez Sejm III kadencji w latach 2000-2001 (do dnia 28 sierpnia), a wniesionych z inicjatywy Rady Ministrów, zawierających przepisy dostososo-

³⁴ A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa. Podstawowe pojęcia nauk o władzy, państwie i prawie w perspektywie Unii Europejskiej*, Toruń 2000.

³⁵ W myśl zasady nieoznaczoności Heisenberga, istnieje skończone prawdopodobieństwo tego, że zdarzą się zgoła nieprawdopodobne sytuacje.

³⁶ J. Barrow, *Wszechświat a sztuka. Fizyczne, astronomiczne i biologiczne źródła estetyki*, Warszawa 1998, s. 325.

wujące prawo polskie do prawa Unii Europejskiej³⁷. W miarę upływu czasu znalazły się tam ustawy o ratyfikacji Konwencji o praniu brudnych pieniędzy, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa, o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców, prawo własności przemysłowej, prawo telekomunikacyjne, prawo o przeciwdziałaniu wprowadzania do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, prawo o ochronie konkurencji i konsumentów, o listach zastawnych i bankach hipotecznych, o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych³⁸, prawo o ochronie środowiska, prawo o miarach, o cenach, prawo wodne, o rybołówstwie morskim, o kredycie konsumenckim, o podpisie elektronicznym, prawo farmaceutyczne, o działalności ubezpieczeniowej, o pośrednictwie ubezpieczeniowym, o ochronie przed przywozem na polski obszar celny towarów po cenach dumpingowych, prawo lotnicze.

W tym czasie dokonywano kolejnych i czasami powtarzających się zmian ustaw, między innymi ustawy: kodeks celny, kodeks postępowania cywilnego, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o prawie autorskim i prawach pokrewnych, o obligacjach, o funduszach inwestycyjnych, o postępowaniu administracyjnym w administracji, o podatkach i opłatach lokalnych, o dopłatach do oprocentowania niektórych kredytów bankowych, ordynacja podatkowa, o finansach publicznych, o podatku dochodowym od osób prawnych, prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw, o szkolnictwie wyższym, o wyższych szkołach zawodowych, o transporcie kolejowym, o usługach turystycznych, prawo o ustroju sądów powszechnych, o działach administracji rządowej, o cudzoziemcach.

Kompleksowe dostosowanie prawa o spółkach do wymogów UE nastąpiło poprzez wprowadzenie w życie ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Kra-

³⁷ Wykaz dostępny jest na stronie internetowej Sejmu RP: <http://ks.sejm.gov.pl:8009/proc3/wykazy/ust.060e.htm>

³⁸ W Sejmie oczekuje na rozpatrzenie ustawa o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do podejmowania lub wykonywania niektórych działalności.

jowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej. Jednoznaczne są inspiracje płynące z prawa niemieckiego, bowiem wyraźne jest podobieństwo sąsiedzkich systemów prawa prywatnego. Z. Radwański stwierdza też, że polski system prawa prywatnego opiera się na zasadzie monistycznej i stąd występuje jedynie kodeks cywilny, a nie ma ogólnej kodyfikacji prawa handlowego³⁹.

W literaturze wskazuje się na znaczące dokonania w dziedzinie harmonizacji prawa, które powodują, że w niektórych dziedzinach, jak prawo antymonopolowe, prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rachunkowość, prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, proces ten został zakończony⁴⁰. Kolejne nowelizacje polskich przepisów dotyczących zobowiązań, a w szczególności umów, przybliżyły znacznie rodzime prawo do wymogów prawa wspólnotowego, ograniczono tak pełną swobodę stron w kształtowaniu umów, umożliwiono też unieważnienie zawartej umowy wobec naruszenia zasady konkurencji lub ochrony interesów klienta. Prawo polskie w tych dziedzinach rozwijało się równoległe z rozwojem prawa wspólnotowego⁴¹.

Zarówno w procesie harmonizacji, jak i stosowania prawa krajowego może wystąpić sytuacja, w której nie znajdziemy w prawie wspólnotowym, jak i orzecznictwie ETS, odniesienia dla interesującego nas przedmiotu regulacji. Przykładowo, w sferze prawa normującego działalność gospodarczą można jedynie odwołać się do 11 Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich, regulującej problematykę ogłaszania danych o oddziałach utworzonych w państwie członkowskim przez pewne typy spółek podlegających prawu innego państwa. W prawie polskim obowiązek taki dotyczy oddziałów i przedstawicielstw przedsiębiorstw zagranicznych działających w postaci spółek akcyjnych, komandytowo-akcyjnych i spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

³⁹ *Polski kodeks spółek handlowych*. Tekst dwujęzyczny polsko-angielski, tł. K. Michałowska, Warszawa 2001, s. VI i nast.

⁴⁰ C. K o s i k o w s k i, *Wybrane problemy implementacji prawa integracji w polskim prawie finansowym i gospodarczym*, [w:] *Implementacja prawa integracji...*, s. 199.

⁴¹ Jak pisze P. S u k i e n n i k, w opracowaniu *Prawo wspólnotowe a umowy, zakazane jest naruszenie stronie słabszej nadmiernie nieuzasadnionych ograniczeń (klauzule abuzywne); t e n ż e*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego...*, s. 174.

Obecność Polski w Unii Europejskiej przyniesie obowiązywanie pierwotnego i wtórnego prawo wspólnotowego⁴². Aktualna stanie się też sformułowana na podstawie orzecznictwa ETS zasada „zajętego pola”, w myśl której w momencie podjęcia przez UE działalności legislacyjnej na danym obszarze dla realizacji celów określonych w Traktacie Unii (respektującej każdorazowo kanon subsydiarności⁴³) kończy się krajowa kompetencja prawodawcza⁴⁴. W tej mierze nie będzie już można poszukiwać rozstrzygnięcia sprawy w krajowym porządku prawnym.

Trafne jest stanowisko, że obok harmonizacji istotnym elementem zacieśniania związków Polski z UE jest wspólne działania w sferze III filara, a więc w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, polityce wizowej i zasadach przekraczania granic oraz poruszania się obywateli państw trzecich, łączenia rodzin i prawa do zatrudnienia, walki z nielegalną imigracją i pracą, z narkomanią, oszustwami w skali międzynarodowej, we współpracy policyjnej i celnej⁴⁵. Szczególne zaniepokojenia organów UE budzi w tej mierze rozmiar korupcji i zły stan sądownictwa w Polsce.

Zważyć trzeba, że protokół załączony do Traktatu amsterdamskiego wprowadził do *acquis communautaire* układy z Schengen, które, jak zauważa W. Czaplński, są odbierane w naszym kraju w uproszczonym znaczeniu,

⁴² Znaczne nakłady intelektualne i finansowe towarzyszyć będą tłumaczeniu stosownych aktów normatywnych na język polski. Jak dotąd jedynie częściowe są wyniki działań w tej materii. Jako ekwiwalentne prawu wspólnotowemu można uznać przykładowo polskie rozwiązania proceduralne w sferze zamówień publicznych; por. przykładowo *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane. Urząd Zamówień Publicznych*, Warszawa 1999.

⁴³ W myśl odpowiedzi na pytanie prawne sądu apelacyjnego w Lille w sprawie Union royale belge des sociétés de football association ASBL przeciwko J.-M. Bosmanowi, ETS stwierdził, że zasada subsydiarności prawa wspólnotowego nie może jednak paraliżować działań w ochronie praw jednostek naruszanych przez prywatne stowarzyszenia, w takiej mierze jak swoboda przemieszczania się pracowników (C-415/93).

⁴⁴ W corocznych raportach Rady Europy od 1996 r. akcentuje się konieczność „odchudzenia” stanu prawnego Wspólnoty i zbliżenia obywatela UE do aktów prawnych, co działa na rzecz prawa krajowego. Zdarza się też przywracanie kompetencji organom krajowym np. w zakresie zwalczania praktyk monopolistycznych i ochrony konkurencji; E. P o l a w s k a, *Zasada pomocniczości (subsidiarności) jako zasada konstytucyjna Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego...*, s. 78.

⁴⁵ J. M e n k e s, *Zbliżenie prawa polskiego do prawa wspólnotowego a Traktat Amsterdamski*, [w:] *Implementacja prawa europejskiego...*, s. 91.

jako zniesienie dla obywateli polskich wiz wjazdowych przez poszczególne państwa⁴⁶. Regulacje te obejmują ponad 60 stron druku i umożliwiają nawiązanie w nagłych przypadkach bezpośredniej współpracy policyjnej w zwalczaniu zabójstw, gwałtów, rozbojów, fałszerstwa dokumentów, rabunku broni, przemytu osób i narkotyków, ułatwiają współpracę w sprawach podatkowych i celnych. Szczególne znaczenie dla rodzimego wymiaru sprawiedliwości w Polsce mają zasady bezpośredniego przesyłania dokumentów rzeczoznawcom i świadkom, udzielania pomocy przez organy wymiaru sprawiedliwości poza kanałami dyplomatycznymi.

W perspektywie implementacji prawa wspólnotowego mieści się także kwestia Karty Praw Podstawowych, którą przyjęto w czasie szczytu UE w Nicei w 2000 r. Karta ujmuje, precyzuje i rozszerza prawa regulowane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (jej protokołach dodatkowych). Określone są w niej następujące prawa obywateli: prawo do głosowania i kandydowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego, prawo do głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych, prawo do dobrej administracji, prawo dostępu do dokumentów, prawo do składania petycji, zapewnia się wolność poruszania i zamieszkania, opiekę dyplomatyczną i konsularną, przewiduje się powołanie urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich Unii. W dziedzinie wymiaru sprawiedliwości przyjmuje się prawo do skutecznego środka odwoławczego, rzetelnego procesu sądowego, domniemanie niewinności i prawo do obrony, zasady legalności i proporcjonalności czynów zagrożonych karą i kary, zakaz ponownego sądzenia lub karania w sprawach karnych dotyczących tego samego czynu. Wyróżniono następujące prawa każdego obywatela UE: wolność wyboru zawodu i prawo do podejmowania pracy, wolność prowadzenia działalności gospodarczej, prawo do azylu, ochrona w przypadku usunięcia, wydalenia lub ekstradycji, prawo pracowników do informacji i konsultacji w ramach przedsiębiorstw, prawo do działań i rokowań zbiorowych, prawo dostępu do służb pośrednictwa pracy, ochrona w przypadku nieuzasadnionego zwolnienia z pracy, należyte i odpowiednie warunki pracy, zakaz pracy dzieci i ochrona młodocianych w pracy, życie rodzinne i zawodowe, ubezpieczenie społeczne i pomoc społeczna, ochrona zdro-

⁴⁶ W. Czaplinski, *Acquis communautaire* w zakresie III filara Unii Europejskiej z perspektywy polskiego prawa wewnętrznego, *ibidem*, s. 99

wia, dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ochrona środowiska, ochrona konsumentów. Perspektywą może być współegzystowanie w Europie dwóch standardów ochrony praw człowieka – niższego w działaniu Rady Europy i wyższego w działaniu Unii Europejskiej.

Rada Doradcza do spraw Praw Człowieka przy Ministrze Spraw Zagranicznych RP zasadnie stwierdziła, że sposób regulacji prawnej przyjęty w Karcie jest zróżnicowany i występują prawa podmiotowe, które mogą być bezpośrednio stosowane i dochodzone przed sądem, jak i deklaracje prowadzenia przez państwa określonej polityki, na przykład art. 37: „Wysoki poziom ochrony środowiska i poprawa jego jakości muszą być zintegrowane z polityką Unii i zapewnione zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju.”. Ewentualnym trudnościom interpretacyjnym zapobiega art. 52 Karty, wskazujący, że w zakresie, w jakim Karta zawiera prawa odpowiadające prawom gwarantowanym przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ich znaczenie i zakres są zgodne z nadanymi przez ten akt zasadami prawa międzynarodowego, z wyjątkiem sytuacji, gdy Unia ustanowiła szerszy zakres ochrony. Autorzy powołanego stanowiska krytycznie oceniają także sytuację, w której w Karcie, pomimo że dokument jest deklaracją („prawo miękkie”), a nie traktatem, brak jest określenia środków ochrony sformułowanych w niej praw i wolności⁴⁷.

Przyjęcie Karty Praw Podstawowych przez Radę, Komisję i Parlament Europejski w formie uroczystej deklaracji powoduje, że jest ona dokumentem wiążącym politycznie i wpływa na kształtowanie standardów prawnych Unii i prawa krajowego. W prototypie agendy przyszłej konferencji międzyrządowej w 2004 r. mieści się postulat uproszczenia traktatów i przybliżenia ich do obywateli Unii. Jeśli Karta Praw Podstawowych nabierze w pełni treści normatywnej, znajdzie się bezwzględnie w przepisach konstytuujących UE i przybliży Unię jako strukturę, z którą obywatel państwa członkowskiego będzie mógł się głębiej identyfikować⁴⁸.

⁴⁷ W. Bartoszewski, *Karta Praw podstawowych Unii Europejskiej. Wprowadzenie*, Warszawa 2001, s. 63-64.

⁴⁸ K. Michałowska-Gorywoda, *Uproszczenie treści traktatów europejskich*, [w:] *Przyszłość Unii Europejskiej. Polski punkt widzenia*, red. J. Barcz i K. Żukrowska, Warszawa 2001, s. 44.

Kolejną fazą implementacji prawa wspólnotowego jest ustalanie stanu prawnego danego przypadku, czyli wykładnia, a więc interpretacja tekstu prawnego i odtworzenie na podstawie egzegezy zawartych w nim norm prawnych. Celem wykładni jest ustalenie treści normy generalnej i abstrakcyjnej, właściwej do rozstrzygnięcia danej sprawy, na podstawie której określi się konsekwencje prawne ustalonego stanu faktycznego. Polecenie określonego zachowania się ujmuje się takimi słowami, jak „musi”, „powinien”, „jest mu nakazane”, „jest mu zakazane” itp. W toku wykładni prawa może być konieczne syntaktyczne uzupełnienie normy prawnej, gdyż poszczególne jej elementy bywają zawarte w różnych przepisach; w jednym przepisie charakteryzuje się adresata, w innym okoliczności, a zdarzyć się może, że jeszcze w innym przedstawia się zachowanie adresata normy.

Szczególne jest sytuacja, kiedy system prawa jest rozchwiany i opierać się trzeba na przepisach z różnych epok tworzenia prawa. Tym trudniejsze jest to zadanie dla prawników, jeżeli z jednej strony w imię nowoczesności i dostosowania modyfikuje się system prawa, a z drugiej strony wprowadza się w jego obręb zamknięty system prawa wspólny krajom o jednolitych tradycjach, wraz z całą nadbudową pojęciową, aksjologiczną i teleologiczną. Podstawowe znaczenie ma wtedy wykładnia dynamiczna, w której zakłada się jak najgłębsze dostosowanie treści przepisu prawnego do nowej sytuacji, współczesnych poglądów i aspiracji obywateli danego państwa. Dylemat ten rozwiązuje się poprzez wykładnię adaptacyjną, która, zdaniem M. Zielińskiego, w myśl reguł adaptacyjnej interpretacji humanistycznej zmierza do dostosowania prawa jako tworu kulturowego do panujących warunków kulturowych; decyduje wola, preferencje i zamierzenia aktualnego w danym czasie prawodawcy⁴⁹. A więc do pewnego stopnia prawodawcy krajowego, a w pewnej mierze wspólnotowego.

Dyrektywy interpretacyjne wspomagające proces ustalania stanu prawnego sprawy kształtowały się wraz z rozwojem kultury prawnej Europy, nie były też i nie są obce nauczaniu prawa w Polsce, choć trzeba dostrzec, że mogą być zapominane w praktyce odbiegającej od refleksji filozoficzno-prawnej. W perspektywie obowiązywania i skuteczności prawa wspólnotowego tym bardziej wynik wykładni językowej może się wiązać

⁴⁹ Por. szerzej M. Zieliński, *Współczesne problemy wykładni prawa*, Państwo i Prawo 1996, nr 8-9; tenże, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002.

z wątpliwościami konstrukcyjnymi. Odwołać się wtedy można do funkcjonalnych reguł wykładni związanych z założeniem racjonalności prawodawcy, a więc przyjęciem, że prawodawca jest doskonały ze względu na posiadaną wiedzę językową i merytoryczną w danej dziedzinie oraz dysponuje uporządkowanym i rozwiniętym systemem wartości. Jeśli jest to proces myślowy wysoce wysublimowany już w odniesieniu do prawodawcy krajowego, to co dopiero mówić o prawodawcy wspólnotowym.

Orzecznictwo ETS, wspierając się o art. 5 TWE (nakazujący zapewnić pełną efektywność prawa wspólnotowego), wskazuje na konieczność przeprowadzania przez sądy i organy administracji takiej wykładni prawa krajowego, której wynik byłby zgodny z prawem wspólnotowym⁵⁰. Granicą jej jest wymóg wcześniejszego wprowadzenia elementu prawa wspólnotowego oddziałującego negatywnie na sytuację prawną jednostki w krajowym systemie prawa – takie jest bowiem wskazanie ogólnych zasad prawa, jak pewność sytuacji prawnej i niedziałanie prawa wstecz⁵¹. Niekiedy, dokonując ustalenia stanu prawnego, zważyć trzeba będzie na okoliczność, że intencją postanowienia prawa wspólnotowego nie jest zapewnienie pełnej harmonizacji prawa i stąd dozwolone będzie odmienne rozstrzygnięcie kwestii w prawie krajowym⁵². Inne wskazania w dokonywaniu wykładni dotyczą aktów prawa wspólnotowego nie mających na uwadze wywołania wiążącego skutku (np. zalecenia), jeśli organ wspólnot nie ma kompetencji do wydania aktu wiążącego bądź nie dąży do wywołania takiego skutku⁵³. Można powiedzieć, że jeśli wiążące normy prawa wspólnotowego mają skutek bezpośredni w sposobie ustalania stanu

⁵⁰ Przykładowo, stanowisko takie zajął trybunał w sprawie von Colson i Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen (14/83), w której odpowiadał w trybie art. 177 traktatu na pytanie sądu niemieckiego, czy odmowa zatrudnienia w więzieniu kobiet o wyższych kwalifikacjach niż przyjęci mężczyźni oznacza dyskryminację ze względu na płeć.

⁵¹ Sprawa Criminal proceeding przeciwko Kolpinghuis (80/86), w której ukarany miał być właściciel kawiarni za sprzedaż napoju określanego jako woda mineralna, a będącego wodą z kranu z dodatkiem dwutlenku węgla, czyli za czyn sprzeczny z dyrektywą nr 80/777, którą Holandia wprowadziła z opóźnieniem

⁵² Takie rozstrzygnięcie ETS zapadło w sprawie Criminal proceedings przeciwko Nijman (125/88), w której oskarżonemu postawiono zarzut sprzedaży i magazynowania środków chemicznych bez zezwolenia.

⁵³ Sprawa Grimaldi przeciwko Fonds des maladies professionnelles (ETS 322/88), w której schorzenie, którym dotknięty był powód, nie znajdowało się na wykazie chorób zawodowych w Belgii, a zawarto je w załączniku do zalecenia wspólnotowego.

faktycznego, przepisy niewiążące mogą jedynie „rzucić światło” (*cast the light*) na sposób interpretacji prawa krajowego.

Pójść można takim tropem, że w Konstytucji współwystępują normy wyższego rzędu (najwyższe prawo – art. 8 ust. 1) i normy merytoryczne. Normy wyższego rzędu ustalają struktury organizacyjne i procedury oraz kryteria określania obowiązków i kompetencji przez inne podmioty prawa, które uzyskują upoważnienie do tworzenia i stosowania prawa. Normy merytoryczne po części wytyczają kierunki tworzenia i stosowania (interpretacji) prawa, a w pewnej mierze ustalają bezpośrednio wzorce właściwego postępowania.

Użyte w art. 8 Konstytucji wyrażenie „najwyższe prawo” powoduje, że prymat dotyczy nie tylko tekstu Konstytucji *in extenso*, ale także norm mających u swojego źródła zwyczaj (konwenans) oraz prawomocne orzecznictwo władzy sądowniczej (jak Trybunał Konstytucyjny)⁵⁴. Konstytucja obowiązuje więc nie w sensie formalnym (stanowisko pozytywistyczne), lecz takie materialnym (pozytywizm wzbogacony o refleksję nad sprawiedliwością), a główną rolę w kontroli konstytucyjności prawa przyznaje nie prawodawcy (legalizm), lecz Trybunałowi Konstytucyjnemu (konstytucjonalizm)⁵⁵ i szerzej – sądom powszechnym.

Jeśli przepisy ustawy i Konstytucji dotyczą tej samej materii i charakteryzują się tym samym stopniem konkretności (symetria treściowa), powstaje „sprzeczność” nakazująca przyznać prymat przepisowi Konstytucji (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 1999 r. SK 19/99 OTK ZU 1999, s. 849). Różne są poglądy dotyczące rozwiązania rozbieżności. W myśl pierwszego stanowiska, w tych okolicznościach akt subsumpcji i wydania orzeczenia musi być poprzedzony postawieniem pytania i decyzją Trybunału Konstytucyjnego⁵⁶. W rezultacie oprócz

⁵⁴ Stanowisko takie zajmuje P. Winczorek, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*, s. 27.

⁵⁵ O legalizmie i konstytucjonalizmie por. szerzej R. Dreier, *Konstitutionalismus und Legalismus*, [w:] *Konstitutionalismus versus Legalismus, Geltungsgrundlagen des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 40, s. 85 i nast.

⁵⁶ Por. M. Kępiński i S. Szczepaniak, *O bezpośrednim stosowaniu art. 77 ust. 1. Konstytucji (polemika)*, Państwo i Prawo 2000, nr 3, s. 79 i cyt. tam literatura; por. także A. Maćczyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, Państwo i Prawo 2000, nr 5, s. 3 i nast.

przesłanki podmiotowej i przedmiotowej pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego musi wystąpić przesłanka funkcjonalna i konieczne jest wykazanie, że od oceny przez Trybunał konkretnego przepisu (aktu prawodawczego) zależy rozstrzygnięcie konkretnej sprawy przez dany sąd (wyr. z dnia 6 lipca 1999 r. P. 2/99)⁵⁷. Sąd powszechny nie może też odmówić stosowania przepisu uznanego przez Trybunał Konstytucyjny za zgodny z ustawą zasadniczą. Jednak w sytuacji, gdy Trybunał Konstytucyjny jest związany granicami wniosku, nie można, zdaniem Sądu Najwyższego, wykluczyć konieczności ustalenia zgodności danego przepisu z innymi postanowieniami Konstytucji, które nie były badane przez Trybunał Konstytucyjny.

W myśl drugiego stanowiska, sąd powszechny może w takich okolicznościach bądź samodzielnie ocenić sytuację prawną i odmówić zastosowania przepisu, bądź zwrócić się z pytaniem do Trybunału Konstytucyjnego (uchwała SN z dnia 4 lipca 2001 r. III ZP 12/00). Skład sądu formułuje zakres i treść pytania prawnego w postaci postanowienia z uzasadnieniem (jest to dokument procesowy dostępny stronom postępowania). Przedstawiciel składu orzekającego, uczestniczący w rozprawie przed Trybunałem, może szczegółowo objaśnić problem konstytucyjny zawarty w pytaniu, może zadawać pytania i polemizować, nie może jednak wycofać pytania czy też zmodyfikować jego treść.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 29 sierpnia 2001 r. Sąd Najwyższy, potwierdzając zasadność wcześniejszego wyroku NSA, uszczegółowił swoje stanowisko w odniesieniu do roli sądów i wskazał, że jeśli sąd uzna, że ustawa jest niezgodna z Konstytucją, nie jest konkurencją dla Trybunału Konstytucyjnego, a ocenia wyłącznie fakty i nie musi przy wydawaniu wyroku zastosować przepisu, którego treść jest z Konstytucją sprzeczna.

Inna była jednak podstawa uchylecia wzmiankowanego wyroku, bowiem odsyłano w nim podatnika do fachowej literatury, pomijając to, co z niej merytorycznie wynika. Sądzić można, że wskazane orzeczenie sygnalizuje w perspektywie dalsze niebezpieczeństwo wydawania przez sądy polskie wyroków zasadzających się na ocenie zgodności prawa krajowego

⁵⁷ Por. szerzej A. Wasilewski, *Przedstawianie pytań prawnych Trybunałowi Konstytucyjnemu przez sądy (art. 193 Konstytucji RP)*, Państwo i Prawo 1999, nr 8, s. 25 i nast.; J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 820 i nast.

wego z prawem wspólnotowym. Niewystarczające będzie odwołanie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia do konkretnej normy prawa wspólnotowego (szczególnie, gdy norma będzie jedynie skuteczna), a trzeba będzie umiejętnie poddać analizie skutki jej obecności w krajowym porządku prawnym.

Znacznie łatwiej jest też postrzegać Konstytucję i ograniczać jej rolę do pionowego przekroju systemu prawa, w którym jest prawem najwyższym, zawiera idee przewodnie systemu, wartości i normy-wzorce. Akt ten formułuje wtedy preferencje dla organów tworzących i stosujących prawo (włącznie z pozostawianiem luzów decyzyjnych). Praktyka konstytucyjna poprzez uzgadnianie treści przepisów przedkonstytucyjnych i postanowień Konstytucji spaja system prawa więzami kompetencyjnymi i treściowymi⁵⁸.

Sytuacja się komplikuje, gdy trybunały konstytucyjne jako stróże prawa krajowego muszą ustąpić miejsca prawu wspólnotowemu. Tytułem przykładu można wskazać sprawę Tanji Kreil przeciwko Republice Federalnej Niemiec (C-258/98), w której sąd administracyjny w Hanowerze sformułował, w trybie art. 177 (obecnie 234) traktatu ustanawiającego UE, wobec ETS w Luksemburgu pytanie dotyczące wykładni dyrektywy Rady nr 76/207/EWG z dnia 9.02.1976 r. o urzeczywistnianiu zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w dostępie do zatrudnienia, kształcenia zawodowego i do zawodowego rozwoju, a także równych warunków pracy. Tanja Kreil zamierzała odbywać służbę wojskową w jednostce zajmującej się naprawą sprzętu, a Bundesfera, odwołując się do ówczesnego art. 12a ust. 4 ustawy zasadniczej, stanowiącego, że kobiety nie mogą pełnić służby z bronią w rękę, zezwalała jedynie na jej pracę w formacjach zajmujących się muzyką lub pomocą medyczną. Trybunał Konstytucyjny w Karlsruhe, nie zamierzając odpowiadać na kłopotliwe pytanie w tej mierze, uznał je za niedopuszczalne ze względów formalnych. ETS w wyroku z dnia 1.01.2000 r. orzekł, że normy prawa europejskiego nie dopuszczają do stosowania normy prawa krajowego, która w sposób generalny nie dopuszcza do służby kobiet z bronią. Wyrok ten doprowadził do zmiany przepisu w Konstytucji Niemiec (zabroniono przymuszania kobiet do służby z bronią w rękę), a jednocześnie unacznił nie rozwiązana do końca relację

⁵⁸ Por. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *O aspekcie normatywnym ustawy zasadniczej PRL*, Państwo i Prawo 1988, nr 7, s. 38; por. także S. Wronkowska, *Spójność systemu prawa*, [w:] *Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 59-74.

pomiędzy ETS i trybunałami konstytucyjnymi, które muszą ustępować pierwszeństwa zarówno w kwestiach prawa wspólnotowego, jak i krajowego.

Miejsce Konstytucji w przekroju horyzontalnym systemu prawa jest trudniej uchwytnie, bowiem wtedy jej przepisy mają bądź samodzielnie rozstrzygać zindywidualizowane sytuacje prawne, bądź równolegle z przepisami ustaw. Odpowiada temu sformułowanie art. 8 ust. 2 o bezpośrednim stosowaniu przepisów Konstytucji. Nadmierna ogólnikowość wskazań może uniemożliwić wtedy zamknięcie hipotezy (odpowiadającej na pytanie: kto i kiedy) i dyspozycji normy (odpowiadającej na pytanie: jak należy postąpić) oraz rozstrzygnięcie stanu prawnego sprawy⁵⁹.

Trzeba też dostrzec, że niedoskonałość obecnej techniki prawodawczej w Polsce, która w związku z mankamentami regulacji intertemporalnych utrudnia ustalanie aktualnego stanu prawnego sprawy, powoduje nieproporcjonalny wzrost znaczenia kultury prawnej sędziów jako wyznacznika porządku prawnego⁶⁰. Zagadnienie to jest tym bardziej złożone, że np. w doktrynie prawa cywilnego nie wypracowano jednolitych rozstrzygnięć kwestii intertemporalnych. Faktyczna rola orzecznictwa sądowego wzrasta, gdyż Sąd Najwyższy z końcem lat osiemdziesiątych odciął się od przeprowadzania powszechnie obowiązującej wykładni rozumienia

⁵⁹ Jako przykład bezpośredniego stosowania przepisu Konstytucji można podać działanie jej art. 45, formułującego zasadę rzetelności postępowania, gdyż każda osoba fizyczna i prawna może domagać się w swojej sprawie zagwarantowania sprawiedliwości, dostępu do sądu, rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W rezultacie normy o związaniu sądów postanowieniami Konstytucji nie sposób traktować jako pustego blankietu, a w praktyce stosowania prawa musi być porzucony jakże często wygodny – według E. Łętowskiej – „tekstocentryzm” w myśleniu o prawie. W wyniku takiego sposobu myślenia ukształtował się obraz sędziego sięgającego do kodeksu, by odczytać rozstrzygnięcie sprawy, a także przeświadczenie o nieuchronnej rozbieżności prawa pozytywnego i rzeczywistości prawnej; E. Łętowska, *Barieri naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, Państwo i Prawo, 1996, nr 4-5, s. 44 i nast.; por. także M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, [w:] *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1997, s. 48 i nast.; L. G a r l i c k i, *Konstytucja a ustawy przedkonstytucyjne*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998, s. 29-65.

⁶⁰ Por. szerzej J. M i k o ł a j e w i c z, *Prawo intertemporalne. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, Poznań 2000, s. 113 i nast.; o realnym wymiarze prawa por. A. R e d e l b a c h, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2000, s. 223 i nast.

w sądach przepisów prawa sądowego⁶¹. W perspektywie obecności w Polsce prawa europejskiego sytuacja może się komplikować i konieczny będzie wybór pomiędzy dwiema normami: prawa krajowego i normą prawa wspólnotowego.

Otwarta pozostaje kwestia znaczenia i możliwości występowania precedensu w krajach *civil law* w Europie. Jeśli przyjąć, że precedensem jest decyzja sądu, która wiąże w podejmowaniu decyzji w innej sprawie, to precedens jest właściwy kulturze prawnej krajów *common law*. Dla Europy kontynentalnej charakterystyczny jest jedynie precedens interpretacyjny. Z drugiej jednak strony i w krajach *common law* o tradycji brytyjskiej precedens nie jest elementem prawotwórstwa, gdyż sędzia jedynie stwierdza autorytatywnie treść prawa istniejącego wcześniej. Odrębnie przedstawia się znaczenie orzecznictwa ETS, bowiem Trybunał współtworzy prawo, korzystając z reguł pozatekstowych i wykładni teleologicznej⁶².

Sprawa nie budzi wątpliwości, jeżeli przeprowadzona wykładnia ma jedynie charakter deklaratoryjny i obowiązując wstecz, jedynie odtwarza sens przepisów prawnych. Jednak wykładnia w wielu przypadkach dotyczy pojęć języka prawniczego, których nieokreśloność bądź nieprecyzyjność wymaga twórczej interpretacji prawa. W rezultacie, zdaniem L. Morawskiego, należy uchylić całkowicie nierealistyczny zakaz stanowienia prawa

⁶¹ Charakterystyczne są też słowa pierwszego prezesa Sądu Najwyższego prof. A. Strzembosza, które padły w czasie obrad Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w dniu 18 czerwca 1996 r. „(...) gdy po latach patrzy się na orzecznictwo sądowe, to bardzo często to nie Sąd Najwyższy miał rację w interpretowaniu przepisów, nie tylko zgodnie z ich brzmieniem i zasadami wykładni, ale zwłaszcza z punktu widzenia celów i potrzeb społecznych. Co bowiem moglibyśmy zrobić ze starym prawem, gdybyśmy teraz nie mogli wyklądać go na nowo. Jest to problem niezwykle istotny. (...) Uważam, że jest zaletą obecnego sądownictwa, że tak poważnie traktuje konstytucję i odnosi się do niej jak do normy wiążącej sądy nie poprzez ustawy”; por. Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego 1997, nr 37, s. 14; por. także W. S a n e t r a, *W sprawie związania sądów powszechnie obowiązującą wykładnią ustaw*, Przegląd Sądowy 1996, nr 9, s. 3 i nast.

⁶² Np. odwołania w sprawach: Costa przeciwko ENEL do ducha TUE (the spirit of the Treaty – 6/64.), *Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (ETS 11/70) do tradycji konstytucyjnej wspólnej krajom członkowskim; J. N o l d, *Kohlen- und Baustoffgrosshandlung przeciwko Komisja Wspólnot Europejskich* (ETS 4/73) do ogólnych zasad prawa; por. K. K u k u r y k, *Kilka uwag na temat sądowej wykładni prawa*, [w:] *Europeizacja prawa krajowego...*, s. 31 i nast.

przez sądy⁶³. Sygnalizowane tu zagadnienie jest istotne w implementacji prawa wspólnotowego w Polsce.

W perspektywie polskiej złożona jest ocena prawidłowości występowania klauzul generalnych w przepisach prawnych. Umożliwiają one nasycenie wskazań prawa wartościami aksjologicznymi i przynoszą należyte miejsce zasadzie słuszności. Wynaturzony socjalistyczny pozytywizm prawniczy kładł tamę realnym klauzulom generalnym, pozostawiając jedynie miejsce dla socjalistycznych zasad współżycia społecznego, które były furtką dla politycznej instrumentalizacji prawa. Znaczenie klauzul generalnych powróciło w III Rzeczypospolitej Polskiej jako droga dla zagwarantowania godności człowieka i jego niezbywalnych praw. Nie jest to jednak tak jednoznaczne w sferze zobowiązań, gdzie, jak pisze E. Łętowska, klauzule takie chronią interesy silniejszej ze stron (w szczególności państwa), a stąd przy niskiej jeszcze znajomości przez polskich sędziów konceptualizacji prawa wspólnotowego niezbędna jest kazuistyczna technika legislacyjna w tej dziedzinie⁶⁴.

Inne jest spojrzenie na „luzy decyzyjne” w stosowaniu prawa, które rodzą obowiązki organów administracji i sądów do wyboru takiego rozstrzygnięcia, które zapewnia efektywność prawu wspólnotowemu. Słusznie stąd stwierdza się w literaturze, że zasada taka oznacza jakościową zmianę zasad interpretacji prawniczej, określenia zakresu i treści normowania, a nawet ustalania desygnatów pojęć prawnych. Rodzić to może wielkie problemy dla praktyki prawniczej, szczególnie, jeśli pytania prawne w danej materii wobec ETS może formułować dopiero sąd odwoławczy.

3. Zakończenie

Nie sposób w niniejszym opracowaniu pominąć problematyki wykonywania zawodu prawnika w świetle prawa wspólnotowego. Zawód sędziego i prokuratora jest wyłączony z tego prawa, bowiem wiąże się

⁶³ Argumentując na rzecz takiego stanowisko L. Morawski pisze, że związek terminów prawniczych z faktami nie może być ustalony na zasadzie obserwacji, lecz opiera się na konwencjonalnej decyzji interpretatora. Nie da się też na zasadzie falsyfikowania orzekać o zasadności takiego czy innego rozumienia zasady praw nabytych w różnych krajach. Charakter twórczy ma także wykładnia rozszerzająca i zwężająca; L. M o r a w s k i, *Precedens a wykładnia*, Państwo i Prawo 1996, nr 10, s. 9 i nast.

⁶⁴ E. Łę t o w s k a, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. LVII.

z wykonywaniem władzy publicznej (art. 55 i art. 66 TUE). Analogiczna jest sytuacja notariusza, jeżeli zważyć, że w myśl rodzimego prawa karnego traktowany jest on jako funkcjonariusz publiczny, a czynność notarialna mieści się w wykonywaniu władzy publicznej, szczególnie wtedy, gdy akt notarialny staje się, jak wyrok sądowy, tytułem wykonawczym, a notariusz pobiera opłaty sądowe i podatki. Dodatkowym argumentem na rzecz takiego stanowiska jest pełna zasadność odciążenia sądów polskich od prowadzenia spraw spadkowych, w sytuacji gdy występuje pełna zgodność stron. W okolicznościach takich zamiast prowadzić sądowe postępowanie nieprocesowe możliwe byłoby sporządzenie protokołu stwierdzenia nabycia spadku w postaci aktu notarialnego. Protokół byłby też podstawą przekazania sprawy do sądu w przypadku niedościa do porozumienia stron. Wydaje się, że zasadność takiego stanowiska potwierdza przeniesienie pobierania opłat w sprawach wieczystoksięgowych z sądów na kancelarie notarialne.

Zasada niedyskryminacji wymaga w krajach Unii Europejskiej umożliwienia prawnikom zagranicznym świadczenia pomocy prawnej na terenie poszczególnych państw w postaci usług transgranicznych (jednorazowa lub mająca charakter przejściowy czynność z zakresu pomocy prawnej) i stałej pomocy prawnej (stałe i systematyczne świadczenie pomocy prawnej). Polskie rozwiązania obciążone są jak dotąd wyraźnymi niekonsekwencjami, bowiem polscy adwokaci i radcowie utracili prawo świadczenia pomocy prawnej w postaci spółek prawa handlowego, a uprawnienie takie jako prawo nabyte zachowały zagraniczne firmy prawnicze. Nie mniejsze uwagi krytyczne budzi przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekt ustawy o świadczeniu w Polsce pomocy prawnej prawników nie tylko z krajów Unii Europejskiej, ale także Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju oraz Światowej Organizacji Handlu, który zachowuje zasadę poszanowania praw nabytych, a więc utrzyma krytykowany stan rzeczy. Jedywym wymogiem jest uzyskanie w ciągu 6 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy wpisu na listę prawników zagranicznych przez każdego współnika lub akcjonariusza.

Zważyć trzeba, że Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu w sprawie 2/74 *Reyners* (wyrok z dnia 21 VI 1974 r.) orzekł, że działalność adwokacka nie jest objęta wyjątkiem od zasady swobody przedsiębiorczości w art. 45 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (działalność stale lub

przejściowo wiążąca się z wykonywaniem władzy państwowej). Skutecznego korzystania przez prawników ze swobody wykonywania usług oraz prowadzenia praktyki prawnej w państwie innym niż kraj uzyskania kwalifikacji i tytułu zawodowego dotyczą kolejne dyrektywy Unii Europejskiej: 77/249/EWG z 1977 r. i 98/5/WE z 1988 r. W drugiej z nich przyjęto, że stała praktyka może być prowadzona przy użyciu macierzystego tytułu zawodowego, po wpisaniu na listę prawników Unii, albo przy użyciu tytułu zawodowego państwa przyjmującego, po uzyskaniu wpisu na listę prawników danego państwa. Postanowienia te znalazły swoje odzwierciedlenie w projekcie ustawy, który recypował, między innymi, ograniczenie polegające na obowiązku współdziałania prawnika zagranicznego z adwokatem i radcą prawnym z Polski przy reprezentacji mandanta w postępowaniu, w którym istnieje przymus adwokacki.

W stanowisku negocjacyjnym na obszarze „Swobodny przepływ pracowników” Polska uznała, że w obrębie wymienionych dyrektyw mieści się zawód adwokata i radcy prawnego. W dostosowaniu polskich przepisów do prawa wspólnotowego zasadna jest unifikacja zawodu adwokata i radcy prawnego oraz oparcie ich działania o jednolitą regulację prawną.

Prawnik Unii, który zamierza wykonywać zawód w Polsce, winien mieć obywatelstwo jednego z krajów Unii oraz tytuł zawodowy wymieniony w katalogu stanowiącym załącznik do projektu ustawy. Minister Sprawiedliwości ustali w rozporządzeniu, jakie tytuły zezwalają na działanie w Polsce prawnika z kraju spoza Unii. Ustawa nakłada na prawnika zagranicznego obowiązek przestrzegania norm macierzystej etyki zawodowej i norm dotyczących polskich adwokatów i radców prawnych. Pomoc transgraniczna będzie możliwa tylko wtedy, gdy wynikać to będzie z przepisu szczególnego bądź umowy międzynarodowej. Listy adwokatów i radców zagranicznych prowadzić będą organy samorządu zawodowego na poziomie okręgu, z podziałem na prawników unijnych i spoza Unii. Pierwsi z nich mogą wykonywać stałą praktykę w kancelarii indywidualnej, zespole adwokackim, spółce jawnej, cywilnej, komandytowej lub partnerskiej, a drudzy na podstawie stosunku pracy. Prawnicy spoza Unii będą mogli występować przed sądami i innymi organami władzy publicznej wyłącznie na podstawie przepisu szczególnego bądź umowy międzynarodowej. Dla ostatnich dostępne będą dwie spółki: jawna lub komandytowa.

Otwarta jest możliwość wykonywania zawodu dla prawników z krajów Unii, którzy nie posiadają wymaganego tytułu, a uzyskali odpowiednie kwalifikacje. Konieczne jest wtedy bądź zdanie testu umiejętności, bądź wykazanie się trzyletnią aktywną i nieprzerwaną, stałą praktyką w zakresie prawa polskiego i prawa Unii. Ubiegający się o wpis na listę polskiej korporacji adwokatów bądź radców prawnych musi posługiwać się językiem polskim, korzystać z pełni praw politycznych i spełniać wymogi etyczne.

Kończąc rozważania nad znaczeniem implementacji prawa wspólnotowego dla zawodu notariusza powrócić można do początku przeprowadzonych analiz. W myśl obowiązującego prawa o notariacie nie ma żadnych przeszkód, by mediacja mogła przybrać formy czynności notarialnej, do której notariusz jest powołany w myśl art. 1 prawa o notariacie. Notariusz jako osoba związana z wykonywaniem władzy publicznej jest ustrojowo predysponowany do odegrania roli mediatora w konfliktach stron. Tym bardziej, jeśli konflikt stron wiąże się z realizacją aktu notarialnego sporządzonego wcześniej w danej kancelarii notarialnej. Notariusz poznał strony, a wcześniej pomagał im już artykułować stanowiska i przezwyciężać rozbieżne punkty widzenia przy opracowaniu i podpisaniu umowy. Wszystkie te okoliczności wpływają na powagę, głębokość i szybkość notarialnej mediacji.

Wymagane będzie opracowanie przepisu wykonawczego do art. 5 prawa o notariacie, obejmującego tabelę stawek za prowadzenie mediacji, z jednoczesnym określeniem wysokości tymczasowego wpisu za mediację. Nie budzi wątpliwości, że będą to kwoty znacznie mniejsze niż wpisy i opłaty sądowe czy też opłaty pobierane przez sądy polubowne (izby arbitrażowe), które muszą się z nich utrzymać. Przyjąć powinno się zasadę, że jeśli po wpłaceniu przez wnioskodawcę mediacyjnego wpisu tymczasowego druga strona odmówi udziału w mediacji, wpis ten winien być zwracany.

Pełne zastosowanie w odniesieniu do mediacji powinien znaleźć art. 6 prawa o notariacie, bowiem mediacja prowadzi do odciążenia nadmiernie zatłoczonych sądów (wystarczy zważyć na obecną sytuację, którą pogorszy jeszcze przejście wykroczeń do sądów), a Skarb Państwa **zyskalby** znaczne oszczędności budżetowe. Odrębnego uregulowania

wymagałyby przewidziane art. 7 prawa o notariacie, a pobierane przez notariusza podatki od **protokołu** określającego warunki zawartej ugody.

Wdrożenie w notariacie mediacji wymagałoby przeprowadzenia w myśl wymogów art. 17 prawa o notariacie kompleksowego szkolenia notariuszy w tej mierze. Szkolenie takie można złączyć bądź z nieuniknionym obecnie cyklem szkolenia notariuszy w zakresie prawa europejskiego, bądź uczynić je przedmiotem powszechnych studiów podyplomowych dla notariuszy.

Mediacja powinna zacząć się od przyjęcia oświadczenia stron, że wszelkie ich propozycje oraz wyjaśnienia faktów czynione są wyłącznie na użytek mediacji i nie mogą być wykorzystywane przez strony w innych postępowaniach. W toku mediacji notariusz organizowałby konsultacje zmierzające do ostatecznego wyartykułowania stanowisk stron, a następnie w toku posiedzenia pojednawczego opracowałby protokół określający warunki i treść zawartej ugody względnie stwierdzający niemożność dojścia do niej. Stosowny akt notarialny zawierałby klauzule z art. 777 pkt 4 k.p.c. o poddaniu się przez dłużnika egzekucji.