

Wybrane problemy  
prawa krajowego  
i europejskiego

**PUBLIKACJE WYDZIAŁU PRAWA  
UNIwersYTETU W Białymstoku**

Wybrane problemy  
prawa krajowego  
i europejskiego

# Wybrane problemy

prawa krajowego i europejskiego



**Temida2**

Białystok 2007

## Rada programowa Wydawnictwa Temida 2:

Leonard Etel, Marian Grzybowski, Adam Jamróz, Dariusz Kijowski, Cezary Kosikowski, Adam Lityński, Emil Pływaczewski, Stanisław Prutis, Eugeniusz Ruśkowski, Walerian Sanetra, Halina Święczkowska, Bogdan Wierzbicki

### Recenzenci:

Teodor Szymanowski – art. 16 i 17

Andrzej Stelmachowski – art. 1, 2, 3, 4, 5, 6

### Opracowanie graficzne i typograficzne:

Jerzy Banasiuk, Katarzyna Frąckiewicz

Projekt okładki: Jerzy Banasiuk

Redakcja techniczna: Jerzy Banasiuk

Korekta: Bogumiła Mancewicz

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA  
im. Jerzego Giedroycia w Białymstoku



FUW0256933

ISBN 978-83-89620-24-8

Wydawca: **Temida 2**

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa  
Uniwersytetu w Białymstoku

© Copyright by Temida 2, Białystok 2007

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem – bez pisemnej zgody wydawcy.

## Spis treści

### I Studia krajowe

#### 1. Maciej Pannert

Synallagma jako pojęcie charakteryzujące umowę wzajemną ..... 11

#### 2. Katarzyna Pawlak

Uprawnienie do sprzeciwienia się zamierzonej przez drugiego małżonka czynności zarządu majątkiem wspólnym ..... 26

#### 3. Jerzy Bieluk

Stwierdzenie prawa do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanych przedsiębiorstw przez rolników i rybaków ..... 51

#### 4. Agnieszka Zemke-Górecka

Tworzenie, przekształcanie oraz likwidacja samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej ..... 63

#### 5. Katarzyna Bagan-Kurluta

Jurysdykcja krajowa i prawo właściwe w sprawach cywilnych o charakterze międzynarodowym dotyczących spraw rodzinnych ..... 96

#### 6. Arkadiusz Bieliński

Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Wybrane zagadnienia proceduralne ..... 116

#### 7. Wioletta Witoszko

Nagłość w pojęciu wypadku przy pracy ..... 122

#### 8. Joanna M. Salachna

Istota dyscypliny finansowej (budżetowej i finansów publicznych) w Polsce oraz determinanty istnienia prawnej odpowiedzialności za jej naruszenie ..... 141



9. *Anetta Breczko*  
Z problematyki eksperymentu medycznego na organizmie ludzkim  
(wybrane problemy prawne i etyczne)..... 171

10. *Grzegorz Kryszew*  
Zakres biernego prawa wyborczego w wyborach parlamentarnych . 193

11. *Marta Andruszkiewicz, Urszula Kosielińska,*  
Prawodawca w labiryncie definicji legalnej ..... 211

12. *Karol Kuźmich*  
Immanuel Kant w poglądach filozoficznoprawnych  
Antoniogo Peretiatkowicza..... 239

13. *Bartosz M. Iwanowski*  
Prawo a standardy zawodowe ..... 263

## II

### Studia europejskie

14. *Barbara Mikołajczyk*  
Zakaz tortur, niehumanitarnego traktowania lub poniżającego traktowania  
albo karania w sprawach z elementem arylowym  
przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka..... 277

15. *Bernard Kitous*  
L'entreprise europeenne et le defi American: Libre reflexion sur la  
„Societas Europaea et les IFRS” ..... 292

16. *Ewa Guzik-Makaruk*  
Wybrane problemy implementacji Europejskiego Nakazu  
Aresztowania w Polsce i w Niemczech w porównaniu ..... 322

17. *Katarzyna Laskowska*  
Walka z przestępczością zorganizowaną  
w świetle kodeksu karnego Ukrainy ..... 335

18. *Maciej Aleksandrowicz*  
Umowy międzynarodowe w szwajcarskim prawie federalnym..... 364

19. *Dominik Kościuk*  
Elementy kontroli i nadzoru nad rynkiem telekomunikacyjnym  
w Polsce w zakresie Dyrektyw Nowego Podejścia ..... 375

## III

### Glosy, polemiki i recenzje

20. *Mieczysława Zdanowicz*  
Recenzja książki Julii Elżbiety Kapelańskiej:  
Klonowanie człowieka i embrionalne komórki macierzyste  
w świetle prawa międzynarodowego i porównawczego ..... 391

21. *Wojciech Filipkowski,*  
Recenzja książki P. C. van Duyne, K. von Lampe, M. van Dijk,  
J. Newell (red.), Organised Crime Economy. Managing crime markets  
in Europe (Gospodarka przestępczości zorganizowanej. Zarządzanie  
przestępczymi rynkami w Europie), ..... 394

22. *Marek Zaremba*  
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej  
z dnia 24 czerwca 2005 r..... 404

I  
STUDIA KRAJOWE

## **Synallagma jako pojęcie charakteryzujące umowę wzajemną**

### **1. Uwagi ogólne**

Podstawowym instrumentem prawnym organizującym obrót gospodarczy, a przede wszystkim umożliwiającym wymianę dóbr i usług między jego uczestnikami, są umowy obligacyjne. Należy podkreślić, że w kodeksie cywilnym brak jest legalnej definicji pojęcia umowy. Opierając się jednak na całokształcie regulacji dotyczących jej zawarcia i wykonania, zajęto w doktrynie ogólnie akceptowane stanowisko, że przez umowę należy rozumieć czynność prawną, której koniecznymi elementami są; uczestnictwo co najmniej dwóch stron i złożenie przez nie zgodnych oświadczeń woli<sup>1</sup>. W zależności od przyjętego kryterium umowy można klasyfikować w różny sposób<sup>2</sup>, jednak z racji założonego w niniejszym artykule kierunku rozważań szerszego omówienia wymaga szczególny typ umów dwustronnie zobowiązujących, jakim są umowy wzajemne, mające zresztą najdonioślejsze znaczenie w zakresie tworzenia więzi obligacyjnych w obrocie gospodarczym. W nauce prawa cywilnego umowy te określa się także mianem kontraktów synallagmatycznych, co ma podkreślać specyficzną więź, jaka występuje między świadczeniami stron tych umów. Stwierdzenie bowiem, iż dana umowa wykazuje charakter wzajemny ma znaczenie nie tylko klasyfikacyjne, ale przede wszystkim pociąga za sobą zasadnicze skutki prawne związane ze szczególnym reżimem wykonywania zobowiązań, wynikających z tych umów. Określenie zatem kryteriów, które

---

1 Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 62; A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1968, s. 225.

2 M. Sośniak, *Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych*, Katowice 1990, s. 73 i nast.; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 129 i nast.

pozwalają ustalić wzajemny charakter umowy, jak również wskazanie związanych z tym skutków prawnych, jawi się jako problem o znacznej doniosłości tak teoretycznej jak i praktycznej. W nauce prawa cywilnego niniejsza tematyka doczekała się już bogatej literatury, jednak warto podjąć próbę usystematyzowania prezentowanych wypowiedzi, podając je ramowej analizie.

## 2. Istota i charakter umowy wzajemnej

Rozważania w przedmiotowym zakresie należy zacząć od stwierdzenia, że cechą charakterystyczną wszelkich umów dwustronnie zobowiązujących jest to, iż każda ze stron według treści umowy jest względem siebie uprawniona i zobowiązana zarazem do świadczenia. Inaczej zatem niż przy umowach jednostronnie zobowiązujących, każda ze stron jest tu zarówno wierzycielem, jak i dłużnikiem. W umowach wzajemnych natomiast między świadczeniami stron zachodzi szczególna relacja, która została przez ustawodawcę wyrażona w sformułowaniu, iż wynikające z umowy wzajemnej świadczenia mają stanowić dla siebie „odpowiednik” (art. 487 § 2 kc.).

W literaturze podkreślono, że ustalenie, czy świadczenie jednej strony stanowi odpowiednik świadczenia drugiej, należy oprzeć o tzw. teorię subiektywnej ekwiwalentności, zgodnie z którą decydujące znaczenie dla oceny równowagi świadczeń ma stanowisko stron. Odpowiednikami zatem są tylko takie świadczenia, które w wyobrażeniu stron mają równą wartość<sup>3</sup>. Odwoływanie się jednak do wartości świadczeń jako do kryterium pozwalającego na ustalenie zachodzącej między nimi ekwiwalentności nie może być precyzyjne, jeśli nie ustalimy, o jaką wartość chodzi. Możliwe są tu bowiem dwa warianty, a mianowicie subiektywna ekwiwalentność w wymiarze ekonomicznym czy wymiennym, jak również ekwiwalentność ujmowana od strony użyteczności świadczeń. W pierwszym przypadku strony traktują swe świadczenia jako równowartościowe w odniesieniu do ich obiek-

tywnej wartości ekonomicznej, choć w rzeczywistości wartość obiektywna może odbiegać od subiektywnej oceny stron. Decydująca jest więc świadomość stron co do równowartości<sup>4</sup>. Z drugiej jednak strony, może się tak zdarzyć, że strony są świadome dysproporcji, jaka występuje między ekonomiczną wartością świadczeń, natomiast istotne są dla nich inne aspekty związane ze świadczeniem (np. wejście na określony rynek, nawiązanie współpracy itp.). W takim przypadku należy przyjąć, że strony traktują swoje świadczenia jako ekwiwalentne, ale w zakresie ich wartości użytkowej. Komentując w doktrynie ten wariant równowartości świadczeń, podkreślono jednak, że strony decydują się na świadczenie dlatego, że w wymiarze właśnie ich użyteczności świadczenie przeciwne przedstawia dla strony większą wartość niż jej własne świadczenie. Jak bowiem stwierdzono, wartość użytkowa dóbr to ich zdolność do zaspokojenia określonych potrzeb. Jeżeli zatem strony w tym zakresie traktowałyby swe świadczenia jako równowartościowe, to odpadłby motyw korzyści i wymiana stałaby się nieracjonalna<sup>5</sup>.

Z powyższych rozważań wynika więc, iż nie da się precyzyjnie określić, na czym polega specyficzna relacja „odpowiedniości” między świadczeniami wynikającymi z umowy wzajemnej, jeśli kryterium analizy stanowić będzie ich równowartość. Jak zatem trafnie ów problem ujął Z. Radwański, zarówno obiektywna wartość świadczeń, jak i wyobrażenia żywione przez strony w tym względzie są najzupełniej obojętne dla stwierdzenia, czy umowa jakaś ma charakter umowy wzajemnej. Decyduje bowiem o tym wyłącznie oświadczenie woli stron. Jeżeli więc mówi się o ekwiwalentności świadczeń wzajemnych lub o tym, że jedno z nich „ma być odpowiednikiem” drugiego (art. 487 § 2 kc.), to chodzi tu o ekwiwalentność stanowioną przez same strony w tym sensie, że oba świadczenia z mocy oświadczeń woli zostały ze sobą funkcjonalnie sprzężone; jedno świadczenie ma więc nastąpić „za drugie”, co wyraża łacińska paremia *do ut des* – daję, byś dał<sup>6</sup>.

3 A. Ohanowicz, *Zobowiązania*, Część ogólna, Poznań 1958, s. 73; J. Wiszniewski, *Prawo cywilne*, wyd. 2, Warszawa 1959, s. 235; A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1980, s. 164; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 87; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 115.

4 W. Czachórski, *op. cit.*, s. 183; Z. Radwański, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 1981, s. 371.

5 S. Grobel, *Prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia w zobowiązaniach wynikających z umów wzajemnych*, Katowice 1991, s. 89.

6 Z. Radwański, *Zobowiązania... op. cit.*, s. 115.

W istocie zatem, strony mogą na podstawie zasady swobody umów ustanowić jako wzajemne dowolne świadczenia, byleby jeszcze umowa mieściła się w ramach odpłatnych czynności prawnych, do których zawsze należą umowy wzajemne. Choć i w zakresie definicji pojęcia odpłatności można spotkać w doktrynie różniące się poglądy, to jednak wspólnym ich mianownikiem jest uznawanie za odpłatne takich umów, w których każda ze stron uzyskuje korzyść majątkową<sup>7</sup>. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że wartość wzajemnych świadczeń nie jest do końca bez znaczenia, jeśli weźmie się pod uwagę treść art. 388 kc., który odnosi się do wyzysku. W rzeczywistości obrotu gospodarczego, kontrahenci podejmujący racjonalne decyzje rynkowe najczęściej zawierają jednak umowy, które prowadzą do wymiany między nimi dóbr o zbliżonej wartości ekonomicznej.

Podsumowując można zatem uznać, że świadczenia wzajemne mają równą wartość jedynie w sensie celu umowy, jaki strony zamierzają realizować poprzez jej zawarcie i realizację wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego<sup>8</sup>.

Pojęcie zaś celu umowy wzajemnej, choć może być różnie określane w zależności od przyjętego kryterium wyróżnienia, w przedstawionym powyżej kontekście należałoby raczej sprowadzić do istniejącej w sferze motywacyjnej przyczyny dokonania przez daną osobę konkretnej czynności prawnej<sup>9</sup>. Cel umowy jest tu zatem wyznaczany poprzez konkretne interesy stron, których zaspokojenie następuje z chwilą wykonania ciążącego na każdej z nich zobowiązania, co uogólniając – sprowadza się do otrzymania przez każdą z nich oznaczonego świadczenia o pewnej wartości majątkowej.

To natomiast, czy strony zaofiarowały swoje świadczenia w sposób prawidłowy, można będzie stwierdzić dopiero wtedy, gdy zachowają się one zgodnie z treścią zobowiązania, a rezultatem tego będzie odniesienie korzyści, czyniących zadość zasługującym na ochronę ich

interesom. Można zatem uznać, że interes stron stanowi tu zarówno uzasadnienie powstania, jak i podstawę dalszego istnienia, wynikającego z umowy wzajemnej stosunku zobowiązaniowego<sup>10</sup>.

Choć kryteria, w oparciu o które należy rozpatrywać wzajemny charakter świadczeń w umowach dwustronnie zobowiązujących, nie budzą obecnie wątpliwości, to jednak tak w doktrynie, jak i orzecnictwie występują już istotne kontrowersje co do uznania konkretnych umów za wzajemne.

Nie podejmując się próby rozstrzygnięcia w sposób wyczerpujący przedstawionej kwestii, wypada jednak podzielić stanowisko, zgodnie z którym dla uznania danej umowy za wzajemną nie jest istotne, czy mamy do czynienia z umową nazwaną czy nienazwaną, a jeśli z nazwaną, to czy odpłatność stanowi wedle ustawy jej cechę konstytutywną<sup>11</sup>. Podstawowe znaczenie klasyfikacyjne powinno mieć bowiem jedynie to, czy strony, konstruując treść danej umowy, traktują swoje świadczenia jako „odpowiedniki”. Stąd obok tak typowych umów wzajemnych, jak np.: sprzedaż, zamiana, dostawa, kontraktacja, o dzieło, o roboty budowlane, najem, dzierżawa, leasing, agencja, komis, przewóz, spedycja, skład i dożywocie, należy uznać za umowy wzajemne także zlecenie za wynagrodzeniem, odpłatne przechowanie czy odpłatną rentę<sup>12</sup>.

10 Por. T. Wiśniewski, (w:) G. Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania, t. I, Warszawa 2001, s. 11; S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 75.

11 J. Korzonek, I. Rosenbluth, Kodeks zobowiązań, Komentarz, wyd. 2, t. I, Kraków 1936, s. 118; M. Lemkowski, Oprocentowanie jako świadczenie wzajemne, PiP 2005, z. 1, s. 34; M. Kłaskała, Wykonanie zobowiązania z umowy deweloperskiej, Rejent 2003, nr 3, s. 82; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 1999, I PKN 180/99, OSNP 2000, nr 21, poz. 789, gdzie sąd uznał za wzajemną umowę, w której odpowiednikiem świadczenia pracodawcy w postaci pokrycia kosztów aplikacji radcowskiej oraz zapewnienia płatnego urlopu szkoleniowego jest zobowiązanie się pracownika do przepracowania u tego pracodawcy określonego okresu lub świadczenie pieniężne w wysokości wielokrotności wynagrodzenia za pracę, które pracownik zobowiązuje się spełnić w razie wcześniejszego wypowiedzenia przez siebie umowy o pracę albo rozwiązania umowy z przyczyn leżących po jego stronie; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 1999, I CKN 1135/97, OSNC 1999, nr 9, poz. 165, dotyczący uznania za umowę wzajemną umowy o budowę mieszkania spółdzielczego, zawartej przez spółdzielnię mieszkaniową z osobą nie będącą członkiem tejże spółdzielni.

12 J. Korzonek, I. Rosenbluth, *op. cit.*, s. 118; J. Szczerski, S. Rejman, (w:) Z. Resich, Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia – zobowiązania, t. II, Warszawa 1972, s. 1540, 1752; A. Klein, *op. cit.*, s. 168 i 172.

7 A. Klein, *op. cit.*, s. 139; B. Kosmus, G. Kuczyński, Kilka mitów z zakresu teorii umów, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, Tom VII, s. 318, A. Wolter, *op. cit.*, 269; Z. Radwański, Zobowiązania..., *op. cit.*, s. 115.

8 S. Grobel, *op. cit.*, s. 90.

9 S. Grzybowski, (w:) Z. Radwański, System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 1981, *op. cit.*, s. 47; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 51.

W tym miejscu warto jednak nieco więcej uwagi poświęcić umowom ubezpieczenia i oprocentowanej pożyczki, które mają istotne znaczenie dla obrotu gospodarczego, a co do ich wzajemności istnieje tak w doktrynie, jak i orzecznictwie zasadnicza różnica zapatrywań. Analiza przedmiotowego problemu pozwoli bowiem wykazać w dalszej części niniejszego artykułu, jak istotne z punktu widzenia ochrony interesów stron danej umowy jest stwierdzenie, iż jest ona umową wzajemną.

W przypadku umowy ubezpieczenia mamy do czynienia z umową dwustronnie zobowiązującą i odpłatną; ubezpieczający zobowiązuje się bowiem płacić składkę, a ubezpieczyciel spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku. Odmawiając wzajemnego charakteru tej umowie wskazuje się przede wszystkim na jej losowość. Obowiązek świadczenia po stronie ubezpieczyciela może powstać, ale nie musi, a zatem do momentu zaistnienia zdarzenia, z którym umowa wiąże odpowiedzialność ubezpieczyciela, nie jest on zobowiązany do żadnego świadczenia. Skoro więc w chwili zawarcia umowy tylko jedna ze stron jest zobowiązana do świadczenia, a obowiązek świadczenia drugiej strony nie istnieje i nie jest wiadome, czy w ogóle powstanie, to trudno jest mówić o wzajemności tych świadczeń<sup>13</sup>. Z drugiej jednak strony należy rozważyć, na czym właściwie polega świadczenie ubezpieczyciela, czy aktualizuje się ono tylko w chwili zaistnienia określonego zdarzenia, czy też mamy tu do czynienia z pewnym stałym zachowaniem, które można by określić mianem obowiązku pozostawania w stałej gotowości do podjęcia określonego działania<sup>14</sup>. Jak bowiem słusznie podniesiono w doktrynie, art. 805 par. 2 stwierdza, iż świadczenie ubezpieczyciela polega „w szczególności na zapłacie (...)”, co tym samym nie przesądza ostatecznie o treści tego świadczenia<sup>15</sup>. Rozpatrując natomiast treść przepisu art. 805 par. 2

kc. w kontekście art. 813 i 814 kc., można dojść do wniosku, iż świadczenie ubezpieczyciela polega w istocie na zapewnieniu ochrony ubezpieczeniowej<sup>16</sup>, na co wskazują takie zwroty, jak: „składka należy się za czas odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń” czy „odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń rozpoczyna się od dnia (...)”. Wypłata przez zakład ubezpieczeń kwoty odszkodowania byłaby jedynie przejawem tej ochrony, czyli jednym z elementów składających się na świadczenie ubezpieczyciela. Można by zatem uznać, iż świadczenie ubezpieczyciela w postaci zapewnienia ochrony ubezpieczeniowej, jest świadczeniem o charakterze ciągłym i niepodzielnym, polegającym na stałym zachowaniu się zobowiązanego.

Ekwiwalentność czy odpowiedniość świadczeń w umowie ubezpieczenia polegałaby więc na tym, że ubezpieczający zobowiązuje się do ponoszenia składek, w zamian za co ubezpieczyciel zapewnia mu wspomnianą ochronę ubezpieczeniową i ponosi ryzyko związane z powstaniem określonego w umowie zdarzenia. Oba świadczenia stanowią zatem dla siebie uzasadnienie i przyczynę powstania, każde zaspokaja interes strony do niego uprawnionej.

Istota umowy pożyczki sprowadza się zaś do tego, że dający pożyczkę zobowiązuje się do przeniesienia na biorącego oznaczonej kwoty pieniężnej lub rzeczy oznaczonych co do gatunku, a biorący pożyczkę zobowiązuje się do zwrotu tej samej kwoty pieniężnej lub tej samej ilości rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości. Mamy tu zatem do czynienia z umową dwustronnie zobowiązującą, na każdej ze stron ciąży bowiem określony obowiązek, ale z pewnością nie z umową wzajemną, gdyż świadczenie jednej ze stron nie stanowi odpłaty za świadczenie drugiej. Korzyść majątkową z takiej umowy może ewentualnie odnieść pożyczkobiorca, wykorzystując odpowiednio udostępnione mu środki pieniężne. Problematicznym jest natomiast kwalifikacja umowy pożyczki, jeśli do jej treści wprowadzono oprocentowanie. W doktrynie podniesiono, że mimo zastrzeżenia oprocentowania, nie zmienia to ostatecznie charakteru pożyczki jako umowy niewzajemnej. Oprocentowanie bowiem jest świadczeniem za umożliwienie korzystania

16 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 lutego 2003, I ACa 14/03, OSA 2003, nr 8, poz. 36; por. H. Ciepla, (w:) G. Bieniek, *op. cit.*, s. 435.

13 M. Lemkowski, *op. cit.*, s. 39; B. Kosmus, G. Kuczyński, *op. cit.*, 317; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 513; H. Ciepla, (w:) G. Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania, Warszawa 2001, s. 435; M. Nestorowicz, Glosa do uchwały SN z dnia 26 listopada 1991 r., III CZP 122/91, PS 1993, nr 7–8, s. 81.

14 Por. Z. Gawlik, (w:) S. Wójcik, Podstawy prawa cywilnego. Zobowiązania część ogólna, Warszawa 2003, s. 30; T. Zimna, Zawieranie umów na świadczenie medyczne, Warszawa 2004, s. 67.

15 A. Wąsiewicz, Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej, Bydgoszcz 1997, s. 110.

z przedmiotu pożyczki przez pewien czas, a nie za przeniesienie własności środków pieniężnych czy rzeczy, skoro mają być one zwrócone. Wedle tego poglądu nie mamy tu zatem do czynienia z relacją odpowiadających sobie czy ekwiwalentnych świadczeń. Z drugiej jednak strony, mając na uwadze przedstawione kryteria, w oparciu o które możliwe jest ustalenie wzajemności świadczeń w umowie, można postawić pytanie, czy właśnie zastrzeżenie oprocentowania nie stanowi przyczyny, dla której pożyczkodawca zobowiązuje się do przeniesienia własności oznaczonej ilości środków pieniężnych. Jak się wydaje, należy tu udzielić odpowiedzi twierdzącej. Słusznie zatem podniesiono w doktrynie, iż otrzymanie wyższego oprocentowania niż poziom oczekiwanej inflacji jest wymierną korzyścią pożyczkodawcy i stanowi zatem uzasadnienie i przyczynę jego świadczenia. Udzielając oprocentowanej pożyczki, pożyczkodawca liczy właśnie na określony zysk, co realizuje jego interes gospodarczy, wynikający z umowy i przesądza zarazem o wzajemności wynikających z tej umowy świadczeń stron<sup>17</sup>.

### 3. Istota więzi synallagmatycznych między świadczeniami w umowach wzajemnych

Opisana powyżej szczególna relacja między świadczeniami w umowie wzajemnej, gdzie jedno jest odpowiednikiem drugiego pociąga za sobą zasadnicze konsekwencje natury prawnej, które związane są przede wszystkim ze sposobem wykonywania tych świadczeń. W nauce prawa cywilnego – z uwagi na ów prawny aspekt sprzężenia świadczeń wzajemnych – nazywa się umowy wzajemne umowami synallagmatycznymi, od słowa synallagma, na którego znaczenie składają się dwa greckie wyrazy: *syn* – wzajemny i *allagi* wymiana<sup>18</sup>. Współcześnie natomiast, pojęcie synallagma oznacza szczególny stosunek między wynikającymi z umowy wzajemnej zobowiązaniami, przy czym jedno zobowiązanie stanowi uzasadnienie dla powstania drugie-

go zobowiązania. Zobowiązania zatem tworzą wzajemnie wobec siebie zarówno podstawę, cel jak i *causa*<sup>19</sup>.

Możliwie pełny opis znaczenia i funkcji zależności synallagmatycznych należy jednak oprzeć o trzy wyróżnione w literaturze rodzaje synallagma, a mianowicie: genetyczne, warunkujące i funkcjonalne. Dopiero bowiem ich łączne rozpatrywanie pozwala na precyzyjne określenie istniejącej między świadczeniami wzajemnymi swoistej więzi prawnej, która rzutuje na szczególny reżim ich wykonywania.

Zaczynając analizę zagadnienia od **synallagma genetycznego** należy stwierdzić, że dotyczy ono w zasadzie procesu tworzenia więzi obligacyjnej i oznacza, że źródłem zobowiązań obu stron jest ta sama czynność prawna, tj. umowa. Istota tego synallagma wyraża się zatem w tym, że istniejąca już na początku nieważność zobowiązania jednej ze stron obejmuje także zobowiązanie przeciwne<sup>20</sup>. Rozważania nad synallagma genetycznym można w zasadzie sprowadzić do ogólnie pojętego celu umowy wzajemnej, którym jest zobowiązanie się stron do świadczeń po to, by uzyskać świadczenie przeciwne. Jeżeli zatem z jakichkolwiek powodów jedno z zobowiązań będzie nieważne, to realizacja celu umowy stanie się niemożliwa i tym samym odpadnie przyczyna obowiązku świadczenia drugiej strony. Należy tu podkreślić, że rodzaj okoliczności prowadzących do nieważności zobowiązania jest nieistotny z punktu widzenia skutków, jakie za sobą pociąga dla zobowiązania drugiej strony, a zatem nie ma znaczenia, czy będzie to pierwotna niemożliwość świadczenia czy też np. brak zdolności do czynności prawnej. Sens zatem synallagma genetycznego wyczerpuje się w tym, że jeżeli z jakichkolwiek powodów jedno z zobowiązań nie dojdzie do skutku, to nie powstanie również drugie zobowiązanie i cała umowa będzie bezskuteczna. Zaprezentowany tu sens synallagma genetycznego można odnieść do treści art. 58 § 3 kc., który stwierdza, że jeśli nieważnością dotknięta jest tylko część czynności prawnej, to czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, że bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie została by dokonana. Wiążąc zatem przytoczoną treść art. 58 § 3 z zaprezen-

17 M. Lemkowski, *op. cit.*, s. 42; A. Klein, *op. cit.*, s. 172.

18 W. Buchegger, Zur Beendigung des Synallagmas in der Insolvenz, in Festschrift für Franz Matscher, Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht, Wien 1993, s. 49.

19 P. Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Wien 1982, s. 58.

20 K. Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., München 1967, s. 207.

towanym wcześniej aspektem celu umowy wzajemnej, należy dojść do wniosku, że nieważność zobowiązania jednej ze stron jest czynnikiem rzutującym bezpośrednio na skuteczność zobowiązania przeciwnego. Skutek prawny synallagma genetycznego polega więc na rozciągnięciu nieważności jednego zobowiązania do świadczeń na całą umowę. Należy zatem przychylić się do poglądu zaprezentowanego w doktrynie, że skoro podstawą teoretyczną uzasadniającą możliwość owego rozciągnięcia nieważności jest zależność przyczynowa uzgodnionych zobowiązań do świadczeń, to znaczenie synallagma genetycznego polega na tym, że stanowi ono faktycznie uzasadnienie zobowiązań obu stron<sup>21</sup>. Egzemplifikując – można zatem stwierdzić, że nikt nie zawarłby umowy wzajemnej, jeśli będąc zobowiązanym do świadczenia, nie miałby otrzymać świadczenia przeciwnego<sup>22</sup>.

**Synallagma warunkowe** z kolei wywodzi się, podobnie jak synallagma genetyczne z przyczynowej struktury umów wzajemnych i oznacza związek świadczeń, polegający na tym, iż wygaśnięcie jednego roszczenia powoduje wygaśnięcie roszczenia wzajemnego<sup>23</sup>. Inaczej jednak niż przy synallagma genetycznym, nie mamy tu do czynienia z pierwotną bezskutecznością jednego z zobowiązań. Dopiero więc późniejsza niemożliwość świadczenia powoduje tu odpadnięcie podstawy świadczenia przeciwnego<sup>24</sup>.

Synallagma warunkowe inaczej niż synallagma genetyczne odnosi się zatem do przebiegu wzajemnego stosunku obligacyjnego i jego rozwoju. W jego ramach więc należy rozpatrywać wpływ zdarzeń zewnętrznych oddziałujących na zobowiązanie wzajemne w takim zakresie, w jakim nie obejmuje go synallagma funkcjonalne<sup>25</sup>, o czym niżej.

Przez **synallagma funkcjonalne** należy natomiast rozumieć taki związek między świadczeniami wzajemnymi, w którym nieprawidłowości związane z wykonywaniem jednego z nich, mają bezpośredni wpływ na obowiązek wykonania świadczenia przeciwnego (art. 488–496 kc.). Charakter tej zależności dobrze oddaje przykład zwłó-

ki dłużnika, która rodzi po stronie wierzyciela, po wyznaczeniu przez niego dodatkowego terminu, uprawnienie do odstąpienia od umowy albo do żądania wykonania świadczenia i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (art. 491 § 1 kc.). Zaprezentowany przykład wyraźnie zatem ukazuje funkcjonalną zależność wzajemnych świadczeń, czego skutkiem jest przyznanie wierzycielowi w razie nierzetelności dłużnika szerokiej ochrony, włącznie z prawem odstąpienia od umowy<sup>26</sup>. W tym też zakresie warto nawiązać do opisanych wcześniej umów oprocentowanej pożyczki i ubezpieczenia, które w ramach prowadzonych tu rozważań zostały uznane za umowy wzajemne. Skutek synallagma funkcjonalnego przy umowie pożyczki przejawiłby się bowiem w przypadku, gdyby strony zastrzegły oprocentowanie płatne z upływem każdego miesiąca, a pożyczkobiorca popadłby w zwłokę z zapłatą wymagalnej kwoty odsetek. W takiej więc sytuacji wierzyciel mógłby skorzystać z przewidzianej w art. 491 kc. ochrony i na warunkach określonych tym przepisem od umowy odstąpić<sup>27</sup>. W przypadku gdyby pożyczkę oprocentowaną traktować jako umowę niewzajemną, tak szeroka ochrona już by mu nie przysługiwała. Należałoby bowiem stosować wtedy ogólne przepisy o zwłoce dłużnika (art. 481–482 kc.), które jednak nie pozwalają wierzycielowi na jednostronne rozwiązanie umowy.

Podobna sytuacja zachodzi przy umowie ubezpieczenia, jeśli ubezpieczający popadłby w zwłokę z zapłatą składki. Jeśliby więc nie traktować umowy ubezpieczenia jako wzajemnej, zakład ubezpieczeń w oparciu o przepisy kc. regulujące tę umowę, nie mógłby od niej odstąpić czy jej wypowiedzieć, za wyjątkiem przewidzianych w art. 814 okoliczności, kiedy to zakład ponosiłby odpowiedzialność jeszcze przed zaplaceniem składki<sup>28</sup>.

Z synallagma funkcjonalnego wypływa także zasada jednoczesności świadczeń i związane z nią prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia, aż do czasu zaofiarowania świadczenia przeciwno-

21 S. Grobel, *op. cit.*, s. 54.

22 P. Jabornegg, *op. cit.*, s. 77.

23 S. Grobel, *op. cit.*, s. 55.

24 K. Larenz, *op. cit.*, s. 207.

25 S. Grobel, *op. cit.*, s. 58.

26 A. Klein, *Ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej*, Wrocław 1964, s. 31 i nast.

27 Tak A. Klein *op. cit.*, 173.

28 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 marca 2003, I ACa 14/03, OSA 2003, nr 8, poz. 36.



go, czego odbiciem w polskim kodeksie cywilnym jest regulacja art. 488 § 1 i 2.

Zasada jednoczesności spełnienia świadczeń wzajemnych wpływa bowiem z samej istoty umowy wzajemnej jako instrumentu organizującego wymianę dóbr i usług w obrocie gospodarczym. Używając zaś wykształconej w praktyce obrotu gospodarczego nomenklatury, można przedmiotową zasadę sprowadzić do stwierdzenia, iż świadczenia wzajemne powinny być spełnione z „ręki do ręki”. Obowiązek świadczenia z „ręki do ręki” wskazuje więc na istniejącą relację między świadczeniami, gdzie spełnienie jednego następuje ze względu na drugie. Żadne z nich nie jest przy tym, jak stwierdzono, „celem samym w sobie”, lecz jest ukierunkowane na osiągnięcie określonego rezultatu. Jednoczesne spełnienie tych świadczeń jest więc najpewniejszym sposobem zabezpieczenia określonego celu umowy. Im szybciej każda ze stron spełni warunki do jednoczesnej wymiany świadczeń, tym szybciej będzie mogła osiągnąć rezultat stanowiący motyw zawarcia umowy. Takie rozwiązanie umożliwia zatem stronom zabezpieczenie ich interesu oraz stosunkowo szybkie osiągnięcie oczekiwanych celów<sup>29</sup>.

W literaturze podkreślono, że pojęcia jednoczesności nie można rozumieć dosłownie, a jedynie w kontekście bardzo bliskiego związku czasowego jaki istnieje pomiędzy – stanowiącymi względem siebie odpowiednik – świadczeniami. W rzeczywistości wystarczająca będzie tu sama gotowość świadczenia przez każdą ze stron. Wyjątek od prezentowanej zasady, zgodnie z treścią art. 488 § 1, może jednak wynikać z umowy, z ustawy (np. w odniesieniu do trwałych stosunków zobowiązaniowych, jak najem art. 659 § 1 i 669, sprzedaży na raty, art. 538 § 1 czy zapłata oprocentowania przy umowie pożyczki) albo z orzeczenia sądu (wydanego na podstawie art. 357<sup>1</sup> lub 358<sup>1</sup> § 3) lub decyzji innego właściwego organu<sup>30</sup>.

W bardzo ścisłym związku z zasadą jednoczesnego spełnienia świadczenia pozostaje prawo każdej strony do powstrzymania się ze spełnieniem swojego świadczenia dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia przeciwnego *ius retentionis* (art. 488 § 2 kc.). Istotą tego

uprawnienia jest więc zapobieganie powstawaniu sytuacji, kiedy jedna ze stron byłaby zobowiązana do świadczenia, mimo że druga strona uchylałaby się od jednoczesnego wykonania zobowiązania<sup>31</sup>. W tym miejscu wypada nadmienić, że prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia przysługuje również stronie umowy wzajemnej, która z racji okoliczności wskazanych w art. 488 § 2 jest zobowiązana do wcześniejszego świadczenia, jeżeli spełnienie świadczenia przez drugą stronę byłoby wątpliwe ze względu na jej zły stan majątkowy. Jak wynika jednak z treści art. 490 § 1, strona nie będzie mogła skorzystać z tego uprawnienia, jeśli strona przeciwna zaoferuje świadczenie lub da zabezpieczenie. Zatem funkcja prawa powstrzymania się w przypadku art. 490 jest nieco inna niż w przypadku art. 488 § 2. Oprócz skłonienia strony przeciwnej do świadczenia, celem tej regulacji jest także zabezpieczenie roszczenia o wykonanie świadczenia wzajemnego.

Podsumowując, można zatem stwierdzić, iż będące niejako emanacją synallagma funkcjonalnego prawo powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia stanowi podstawowy instrument zabezpieczający realizację obranego przez strony celu umowy.

Wypada tu jeszcze wspomnieć, iż tak w przypadku prawa odstąpienia od umowy wzajemnej, jak i w przypadku prawa powstrzymania się, funkcja synallagma funkcjonalnego jest nieco inna. Przy odstąpieniu od umowy, synallagma funkcjonalne usprawiedliwia jej uchylenie, natomiast przy prawie powstrzymania się ze spełnieniem świadczenia, wyjaśnia istotę norm, które wyznaczają czasowe ramy wykonywania świadczeń wzajemnych i tym samym zabezpiecza wykonywanie umowy we właściwym czasie<sup>32</sup>.

Z powyższych rozważań wynika więc, iż synallagma funkcjonalne należy wiązać przede wszystkim z celem, jaki strony chcą osiągnąć zawierając umowę wzajemną i zmierzając do realizacji wyznaczonego nią stosunku zobowiązaniowego. Cel ten, jak już wcześniej wspomniano, w równym stopniu nakierowany jest tak na zobowiązanie się jak i na spełnienie świadczenia strony przeciwnej. Umowa wzajemna natomiast, która kreuje ów stosunek zobowiązaniowy wyznaczając

29 S. Grobel, *op. cit.*, s. 93.

30 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 552; W. Popiołek, (w:) K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 994.

31 T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 553.

32 P. Jabornegg, *op. cit.*, s. 83.

jego treść, określa zarazem wzorzec zachowania się stron, stanowiąc przy tym kryterium dla oceny prawidłowości tego zachowania. Jedynie więc w przypadku, gdy strony postępują zgodnie z wyznaczonym przez umowę wzorcem, cel zobowiązania zostanie osiągnięty. Treścią zatem synallagma funkcjonalnego jest zabezpieczenie tego celu w procesie wykonywania zobowiązania wzajemnego<sup>33</sup>.

#### 4. Uwagi końcowe

Na podstawie zaprezentowanych typów więzi synallagmatycznych, które – co należy podkreślić – tylko rozpatrywane łącznie decydują o charakterze pojęcia synallagma, można powiedzieć, że jego znaczenie ujawnia się dopiero w przypadku nieprawidłowości związanych z wykonywaniem zobowiązań wzajemnych. Synallagmatyczna zależność między świadczeniami w umowie wzajemnej tworzy bowiem na tyle silne ich sprzężenie, że występujące po jednej ze stron okoliczności, które zakłócają proces realizacji jej świadczenia, oddziałują w sposób bezpośredni na proces realizacji świadczenia przeciwnego. W związku z tym obowiązek świadczenia przez drugą stronę może ogóle nie powstać (art. 58 § 3 kc.), bądź może ona nabyć przewidziane przepisami art. 488–497 kc. uprawnienia chroniące jej interes, wynikający z umowy. Synallagma rozpatrywane już jako pewna kategoria złożona, chroni interesy stron umowy wzajemnej, a także zabezpiecza realizację celu tej umowy, który wyznaczony jest zarówno jej treścią, jak i przepisami konstruującymi dany stosunek zobowiązaniowy.

Mając więc świadomość, jak silnej ochronie podlegają strony umowy wzajemnej w procesie realizacji wynikającego z niej stosunku zobowiązaniowego, należy przez wzgląd na interes uczestników obrotu gospodarczego opowiedzieć się za możliwie szerokim marginesem klasyfikacji umów dwustronnie zobowiązujących i odpłatnych jako umów wzajemnych. Z drugiej zaś strony, nawet jeśli przytoczone przepisy kc. dotyczące wykonywania zobowiązań wynikających z umów wzajemnych mogłyby w konkretnych przypadkach znaleźć jedynie ograniczone zastosowanie, to nie powinno mieć to istotnego wpływu na wynik

dokonywanych w przedmiotowym zakresie ustaleń. Decydujące bowiem znaczenie dla uznania konkretnej umowy za wzajemną, powinno mieć jedynie stwierdzenie, iż jej strony zobowiązują się nawzajem w taki sposób, że świadczenie jednej jest uzasadnieniem i przyczyną zobowiązania się drugiej, co w konsekwencji ma prowadzić do uzyskania przez każdą ze stron określonej korzyści majątkowej.

33 S. Grobel, *op. cit.*, s. 60.

## **Uprawnienie do sprzeciwienia się zamierzonej przez drugiego małżonka czynności zarządu majątkiem wspólnym**

### **1. Uwagi ogólne**

W dniu 20.01.2005 r. weszła w życie nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która zasadniczo zmieniła regulację w zakresie stosunków majątkowych małżeńskich. Jedną ze zmian było wprowadzenie nowych reguł zarządu majątkiem wspólnym. Na tle stanu prawnego sprzed 20.01.2005 r., każdy małżonek mógł samodzielnie wykonywać zarząd majątkiem wspólnym, jednakże do ważności czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana była zgoda drugiego małżonka. Nowa regulacja nie rozróżnia czynności zwykłego zarządu i czynności przekraczających zwykły zarząd. Każdy z małżonków może samodzielnie, bez udziału drugiego małżonka dokonać czynności zarządu majątkiem wspólnym. Zasada ta doznaje niewielu ograniczeń. Wyjątki od niej obejmują:

- 1) czynności dotyczące przedmiotów służących małżonkowi do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej, których może dokonać jedynie małżonek wykonujący zawód, odpowiednio prowadzący działalność zarobkową;
- 2) czynności enumeratywnie wymienione w art. 37 § 1 KRO, do dokonania których potrzebna jest zgoda drugiego małżonka, to jest darowiznę z majątku wspólnego, za wyjątkiem darowizny zwyczajowo przyjętych oraz wskazane w przepisie czynności odnoszące się do nieruchomości, użytkowania wieczystego, ograniczonych praw rzeczowych, których przedmiotem jest budynek lub lokal, przedsiębiorstwa lub gospodarstwa rolnego;

- 3) czynności, co do których drugi małżonek złożył skuteczny sprzeciw.

Ponadto bez zmian pozostało brzmienie art. 40 KRO, zgodnie z którym z ważnych powodów, na żądanie jednego z małżonków, sąd może pozbawić drugiego małżonka prawa samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym i prawa wyrażania zgody na dokonanie czynności wskazanych w art. 37 § 1 KRO.

Mając na uwadze wymienione ograniczenia w samodzielnym zarządzie majątkiem wspólnym przez każdego z małżonków, należy zauważyć, iż małżonek może swoim zachowaniem decydować o skuteczności czynności dokonywanych przez drugiego małżonka, wyrażając zgodę na ich dokonanie, wówczas gdy jest potrzebna, jak też sprzeciwiając się jej dokonaniu, o ile sprzeciw dopuszcza ustawodawca.

Instytucja zgody na dokonanie czynności, ograniczająca prawo małżonka do samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym, była znana poprzedniej regulacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zmienił się i został sprecyzowany głównie zakres czynności wymagających zgody drugiego małżonka. Ponadto, zgoda małżonka jako zgoda osoby trzeciej, stanowi konstrukcję znaną na gruncie systemu prawa cywilnego, uregulowaną w części ogólnej kodeksu cywilnego. Całkowicie nową instytucją w zakresie zarządu majątkiem wspólnym jest sprzeciw małżonka wobec czynności zarządu. Jest to nie tylko konstrukcja nowa w odniesieniu do regulacji zarządu majątkiem wspólnym, ale również instytucja nie znajdująca swoich podstaw w ogólnych przepisach o czynnościach prawnych.

### **2. Czynności objęte możliwością sprzeciwu małżonka**

Zgodnie z art. 36<sup>1</sup> KRO, sprzeciw może być wyrażony wobec czynności zarządu majątkiem wspólnym zamierzonej przez drugiego małżonka, za wyjątkiem czynności w bieżących sprawach życia codziennego lub zmierzających do zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny albo podejmowanych w ramach działalności zarobkowej. Ustawodawca nie ogranicza możliwości sprzeciwu do określonego rodzaju czynności zarządu majątkiem wspólnym, traktując prawo do sprzeciwu wobec każ-

dej czynności zarządu jako zasadę, od której wprowadza nieliczne wyjątki. Mając powyższe na uwadze, określając rodzaj czynności, co do których małżonek może złożyć sprzeciw, należy odwołać się do pojęcia czynności zarządu majątkiem wspólnym. Każda bowiem czynność, która zostanie uznana za czynność zarządu majątkiem wspólnym, co do zasady będzie objęta zakresem działania art. 36<sup>1</sup> KRO.

Na gruncie prawa prywatnego, pojęcie zarządu odnosi się do:

- zarządu pojedynczą rzeczą objętą współwłasnością,
- zarządu wyodrębnioną masą majątkową (majątkiem wspólnym małżonków, majątkiem spadkowym, majątkiem wspólników spółki cywilnej),
- zarządu całym majątkiem określonej osoby (np. majątkiem dziecka)<sup>1</sup>.

Pomimo tak szerokiego zastosowania wskazanego pojęcia, ustawodawca nie wprowadził jego generalnej definicji. W doktrynie utrwalony został pogląd, że zarząd oznacza podejmowanie wszelkich decyzji i dokonywanie wszelkiego rodzaju czynności dotyczących przedmiotu zarządu, koniecznych zarówno w toku jego normalnej eksploatacji, jak i w sytuacjach nietypowych, przy czym mogą to być zarówno czynności faktyczne, prawne, jak i czynności procesowe<sup>2</sup>. Podobnie pojęcie zarządu było ujmowane na gruncie prawa rodzinnego w odniesieniu do zarządu majątkiem wspólnym małżonków<sup>3</sup>. Na jego tle pojawiało się jednak szereg wątpliwości i sporów co do kwalifikowania określonej czynności jako czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków<sup>4</sup>.

1 M. Kłos, *Wspólność majątku spadkowego*, Warszawa 2004, s. 132–133.

2 J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1995, s. 130; E. Gniewek, (w:) *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. III, red. J. Ignatowicz, Warszawa 2003, s. 439; A. Doliwa, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2004, s. 114; A. Karnicka-Kawczyńska, J. Kawczyński, *Współwłasność jako szczególna forma własności*, Warszawa 2004, s. 37.

3 J. St. Piątkowski, (w:) *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. St. Piątkowski, Wrocław 1985, s. 406; S. K. Rzonca, *Pojęcie zarządu majątkiem wspólnym*, Warszawa 1982, s. 21; K. Pietrzykowski, *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2003, s. 376.

4 Pojęcie czynności zarządu majątkiem wspólnym małżonków było przedmiotem rozważań wielu autorów, którzy dokonywali jego całościowej analizy lub analizowali pod jego kątem poszczególne czynności małżonków, np: S.K. Rzonca, *op. cit.*, Warszawa 1982, s. 24–34, 41–48; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania cywilnoprawne małżonka*, Bydgoszcz 2005, s. 45–46; J. St. Piątkowski,

Nowelizacja kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 17 czerwca 2004 r. wprowadziła ustawową definicję pojęcia zarządu majątkiem wspólnym. Zgodnie z art. 36 § 2 KRO wykonywanie zarządu obejmuje czynności, które dotyczą przedmiotów majątkowych należących do tego majątku, w tym czynności zmierzające do jego zachowania. Wydawało się, że wprowadzanie ustawowej definicji czynności zarządu majątkiem wspólnym powinno usunąć wątpliwości pojawiające się w nauce w zakresie powyższego pojęcia. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że art. 36 § 2 KRO wyraźnie określa, jakie czynności są czynnościami zarządu majątkiem wspólnym, w szczególności z jego treści wynika, że czynnością zarządu majątkiem wspólnym nie jest poręczenie lub zaciągnięcie kredytu, bowiem czynności te nie dotyczą bezpośrednio przedmiotów majątkowych stanowiących majątek wspólny<sup>5</sup>. Jednak na tle nowej regulacji prawnej ponownie pojawił się spór czy czynnością zarządu majątkiem wspólnym jest zaciągnięcie zobowiązania pieniężnego. Ponadto powstała wątpliwość, czy czynnością zarządu majątkiem wspólnym jest nabycie prawa do tego majątku.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, że w pewnych sytuacjach zaciągnięcie zobowiązania pieniężnego jest związane z majątkiem wspólnym i stanowi czynność zarządu tym majątkiem, np. zaciąganie kredytu może być uznane za czynność zarządu majątkiem wspólnym, jeżeli kredyt ma być przeznaczony na remont wspólnego mieszkania<sup>6</sup>. P. Wójcik uważa za dyskusyjne powyższe twierdzenie, które wskazuje na możliwość powiązania czynności z składnikami majątku wspólnego poprzez ich cel<sup>7</sup>. Według T. Smyczyńskiego zaciągnięcie zobowiązania będzie stanowiło czynność zarządu majątkiem wspólnym, jeże-

*op. cit.*, s. 409; K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 376; A. Szpunar, *O zarządzie majątkiem wspólnym małżonków*, NP 1989, nr 10–12, s. 63–64; S. Breyer, S. Gross, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 189; Uchwała Siedmiu Sędziów SN z dnia 16 marca 1995 r., III CZP9/95, OSN 1995, nr 11, poz. 149; A. Dyoniak, Glosa do Uchwały Składu Siedmiu Sędziów SN z dnia 25 marca 1994 r., III CZP 181/93, MoP 1994, nr 9, s. 271.

5 J. Ignaczewski: *Małżeńskie ustroje majątkowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 74; M. Nazar w: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, LexisNexis 2005, s. 151; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 196; J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego*, Rejent 2004, nr 8–9, s. 153.

6 M. Nazar, *op. cit.*, s. 150.

7 P. Wójcik, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, MoP 2006, nr 1, s. 29.

li spełnienie świadczenia ma nastąpić z majątku wspólnego i pozostaje w związku z określonym składnikiem majątku np. dłużnik, za którego dług poręcza jedno z małżonków, zwalania go z długu związanego z remontem wspólnej nieruchomości<sup>8</sup>. Pozostali autorzy wskazują, że zobowiązanie musi bezpośrednio odnosić się do składnika majątku, wspólnego, nie precyzując, na czym ma polegać ów bezpośredni związek<sup>9</sup>.

Stosownie do przeważającego stanowiska doktryny, nabycie przedmiotów do majątku wspólnego nie jest czynnością zarządu tym majątkiem, bowiem czynności zarządu dotyczą wyłącznie składników, które już należą do majątku wspólnego<sup>10</sup>. Ewentualnie czynnością zarządu może być odpłatne nabycie do majątku wspólnego, połączone z wydatkowaniem środków pieniężnych z majątku wspólnego, z uwagi na pochodzenie środków na zapłatę<sup>11</sup> lub czynność zamiany przedmiotów pochodzących z majątku wspólnego<sup>12</sup>. Prezentowany jest również odmienny pogląd, wskazujący, że nabycie praw do majątku wspólnego jest czynnością zarządu tym majątkiem, niezależnie od tego, czy jest odpłatne, czy też nie<sup>13</sup>.

Mając na uwadze wypowiedzi przedstawicieli nauki, jak też analizując treść wprowadzonej definicji pojęcia zarządu majątkiem wspólnym, należy uznać, że ustawodawca nie zlikwidował wszystkich wątpliwości związanych z określeniem czynności zarządu majątkiem wspólnym. Definiując pojęcie zarządu majątkiem wspólnym, ustawodawca wskazał, iż czynności zarządu to czynności dotyczące przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego. Podobnie po-

jęcie zarządu majątkiem wspólnym rozumiano przed wprowadzeniem jego ustawowej definicji<sup>14</sup>. S. Grzybowski trafnie zauważył, że majątek jako całość może być przedmiotem tylko czynności pod tytułem ogólnym<sup>15</sup>. A zatem czynność zarządu ze swej istoty może dotyczyć tylko określonego składnika majątku wspólnego.

Zarówno przed nowelizacją, jak też obecnie nie budzi wątpliwości rodzaj czynności, które mogą być uznane za czynności zarządu majątkiem wspólnym. Jako czynności zarządu majątkiem wspólnym traktowane są wszelkie czynności faktyczne, czynności prawne i czynności dokonywane przed sądami oraz organami państwowymi<sup>16</sup>. Zasadniczym problemem było i nadal jest ustalenie co oznacza sformułowanie „dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego”. Przede wszystkim spornym jest jaki związek pomiędzy czynnością a składnikami majątku wspólnego pozwala uznać ją za czynność zarządu majątkiem wspólnym. Ponadto, w doktrynie występują rozbieżności w zakresie ustalenia, czy czynnością zarządu majątkiem wspólnym może być nabycie prawa do tego majątku.

Wprowadzenie definicji zarządu majątkiem wspólnym, pomimo że nie stanowiło zasadniczej zmiany w treści pojęcia, spowodowało określony kierunek jego interpretacji, która odpowiada nowemu charakterowi regulacji w zakresie stosunków majątkowych małżeńskich. Trafnie wypowiedzi prezentowane w nauce na tle nowego stanu prawnego wskazują, że czynności zarządu majątkiem wspólnym to czynności bezpośrednio związane z jego składnikami<sup>17</sup>. Związek pomiędzy czynnością a składnikami majątku wspólnego powinien polegać na bezpośrednim oddziaływaniu czynności na jego składniki poprzez objęcie ich skutkiem czynności. Czynnościami zarządu majątkiem wspólnym będą zatem wszelkie rozporządzenia składnikami majątku polegające na ich przeniesieniu, obciążeniu lub zmianie ich treści. Ponadto za

8 T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2005, s. 85.

9 K. Zawada, *Uwagi o zamierzonej nowelizacji majątkowego prawa małżeńskiego oraz niektórych innych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, KPP 2003, z. 4, s. 919; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 195.

10 J. Strzebińczyk, *Nowelizacja...*, Rejent 2004, nr 8–9, s. 155; K. Zawada, *op. cit.*, s. 919; M. Łączkowska, *Prowadzenie przedsiębiorstwa należącego do majątku wspólnego małżonków w świetle nowych przepisów KRO*, PPH 2005, nr 4, s. 8; A. Lutkiewicz–Rucińska, *Uwagi do projektu zmiany małżeńskiego prawa majątkowego*, KPP 2001, z. 1, s. 152.

11 J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 56; P. Wójcik, *op. cit.*, s. 29; T. Smoczyński, *Reforma małżeńskiego prawa majątkowego*, MoP 2004, nr 18, s. 829; M. Nazar, *op. cit.*, s. 150.

12 M. Nazar, *op. cit.*, s. 150.

13 E. Skowrońska–Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2005, s. 45; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 195; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2006, s. 72.

14 K. Rzonca, *op. cit.*, s. 21; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój małżeński majątkowy*, Wrocław 1985, s. 67; J. St. Piątkowski, *op. cit.*, s. 406.

15 S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław 1974, s. 457.

16 A. Karnicka–Kawczyńska, J. Kawczyński, *op. cit.*, s. 41; E. Skowrońska–Bocian, *op. cit.*, s. 45; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 196; T. Smoczyński, *Prawo...*, s. 84; J. St. Piątkowski, *op. cit.*, s. 406; S.K. Rzonca, *op. cit.*, s. 21–25; K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 376.

17 M. Nazar, *op. cit.*, s. 150; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 195; T. Smoczyński, *Reforma...*, s. 829.

czynności zarządu należy uznać czynności zobowiązujące do dokonania rozporządzeń składnikiem majątku wspólnego lub czynności skutkujące po stronie małżonków obowiązkiem działań lub zaniechań wykonywania praw objętych majątkiem wspólnym.

Bezpośrednim związkiem pomiędzy czynnością a składnikami majątku wspólnego nie jest związek oparty na odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zaciągnięte w ramach czynności zobowiązanie. Odpowiedzialność za zobowiązanie nie jest następstwem podjęcia decyzji co do składników majątku wspólnego, a jedynie wynikiem ukształtowanych przez ustawodawcę reguł odpowiedzialności za zobowiązanie. Wobec konieczności powiązania zamierzonego skutku danej czynności ze składnikami majątku wspólnego, czynność rodząca jedynie odpowiedzialność składnikami majątku wspólnego na mocy szczególnych przepisów, nie jest czynnością zarządu majątkiem wspólnym. A zatem, jeżeli nawet czynność powoduje odpowiedzialność majątkiem wspólnym bądź jedynie określonymi jego składnikami, nie może być z tego powodu uznana za czynność zarządu majątkiem wspólnym. Powyższe pozwala wykluczyć z zakresu czynności zarządu majątkiem wspólnym poręczenie i zaciągnięcie kredytu, które nie odnoszą się do określonych składników majątku wspólnego.

Na poparcie twierdzenia, że czynność zarządu majątkiem wspólnym musi być bezpośrednio związana z jego składnikami, można przytoczyć szereg argumentów. Z uwagi na ramy niniejszego opracowania, zostaną one jedynie zasygnalizowane.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że na bezpośredni związek czynności ze składnikami majątku wspólnego wskazuje ustawodawca w uzasadnieniu projektu nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 17 czerwca 2004<sup>18</sup>. Po drugie, w przypadku związku bezpośredniego czynności z majątkiem wspólnym łatwiej i znacznie precyzyjniej można określić jego zakres niż w przypadku związku o charakterze pośrednim. Związek bezpośredni można oprzeć na zamierzonych skutkach czynności, odnosząc je do składników majątku wspólnego. Związek pośredni może opierać się na różnych podstawach

o różnorodnym charakterze, które trudno uchwycić przy dokonywaniu czynności. Po trzecie, pośredni związek czynności ze składnikami majątku wspólnego znacznie poszerza krąg czynności zarządu majątkiem wspólnym, co nie pozostaje bez konsekwencji dla swobody działania małżonków. Ustawodawca wprowadza ograniczenia w zarządzie majątkiem wspólnym, a zatem szeroki krąg czynności zarządu majątkiem wspólnym mógłby znacznie ograniczać swobodę działania małżonka. Po czwarte, po nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odpadł koronny argument za rozszerzeniem zakresu czynności zarządu majątkiem wspólnym. Uprzednio konieczność szerokiego traktowania czynności zarządu majątkiem wspólnym upatrywano w szerokiej odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania. Jedynie przyjęcie, że dana czynność jest czynnością zarządu majątkiem wspólnym i na jej dokonanie potrzebna jest zgoda drugiego małżonka, łagodziła surowy rygor odpowiedzialności majątkiem wspólnym<sup>19</sup>. Można było bowiem uznać, że czynność powodująca znaczne zobowiązanie, a tym samym obciążenie majątku wspólnego, jest nieważna jako dokonana bez zgody drugiego małżonka i wierzyciel nie może poszukiwać zaspokojenia w majątku wspólnym. Po piąte, przyjęcie za wystarczający jedynie związku pośredniego pomiędzy czynnością a składnikami majątku wspólnego, oznaczałoby w konsekwencji możliwość obrony poglądu, że związek ten może opierać się na odpowiedzialności majątkiem wspólnym i czynnościami zarządu majątkiem wspólnym są czynności skutkujące odpowiedzialnością z tego majątku. Taka interpretacja powodowałaby, że w zasadzie każda czynność zobowiązująca małżonka byłaby czynnością zarządu majątkiem wspólnym. Jeżeli czynność została dokonana bez zgody małżonka, małżonkowie odpowiadają za jej wykonanie wynagrodzeniem za pracę i dochodami z działalności zarobkowej, jak też korzyściami uzyskanymi z praw wymienionych w art. 33 pkt 9 KRO. Tymi samymi przedmiotami majątkowymi wchodzącymi w skład majątku wspólnego małżonkowie odpowiadają za zobowiązania dotyczące majątku osobistego jednego z małżonków.

O ile trafny jest kierunek wypowiedzi doktryny w zakresie charakteru związku pomiędzy czynnością a składnikami majątku, o ty-

18 Projekt uzasadnienia do nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 17.06.2004 r., uzasadnienie art. 36 KRO, SP 2004, z. 3–4, s. 176.

19 J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 74; A. Lutkiewicz–Rucińska, *Odpowiedzialność...*, s. 47.

le należy podnieść wątpliwości dotyczące stanowiska, zgodnie z którym czynnością zarządu nie jest nabycie przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego, bowiem nabywany przedmiot wejdzie do majątku wspólnego dopiero w następstwie dokonanej czynności.

Czynność nabycia przedmiotów do majątku wspólnego można uznać za czynność dotyczącą przedmiotów należących do majątku wspólnego, bowiem przez przedmioty należące do majątku należy rozumieć nie tylko przedmioty, które należą już do majątku wspólnego, ale również te, które ze względu na skutek dokonania czynności staną się składnikami tego majątku<sup>20</sup>. Taka interpretacja jest uzasadniona ogromnym znaczeniem czynności, które zmieniają składniki majątku wspólnego niezależnie od tego, czy następuje ich uszczuplenie czy też zwiększenie. Nabycie określonych praw wiąże się z powstaniem szeregu obowiązków o charakterze prawnym i nie tylko, np. powstaje obowiązek zapłaty podatku, utrzymania rzeczy, zabezpieczenie jej<sup>21</sup>, przy czym czynność nabycia praw do majątku wspólnego powoduje skutki dla małżonków niezależnie od tego, czy jest odpłatna. Dlatego proponowane w doktrynie uzasadnienie zaliczenia jej do czynności zarządu z uwagi na jednoczesne wydatkowanie środków z majątku wspólnego<sup>22</sup>, nie jest wystarczającym rozwiązaniem. Ponadto, takie rozumowanie prowadzi do wniosku, że każda czynność połączona z wydatkowaniem środków z majątku wspólnego będzie stanowiła czynność zarządu tym majątkiem, również udzielnie poręczenia, jeżeli z jego treści wynika, iż zobowiązanie ma być zaspokojone z majątku wspólnego. A zatem znowu nastąpi powrót do interpretacji prezentowanej na gruncie poprzedniego stanu prawnego w kwestii zaciągania zobowiązań pieniężnych, wskazującej, iż zaciągnięcie zobowiązania, które ma być zaspokojone z majątku wspólnego, jest czynnością zarządu tym majątkiem<sup>23</sup>. Należy przy tym zauważyć, że na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, czynność nabycia przedmiotów do majątku wspólnego powszechnie była uznawana za czynność zarządu majątkiem wspól-

nym<sup>24</sup>, pomimo że czynności zarządu – tak jak obecnie – definiowano jako czynności dotyczące składników majątku wspólnego, a zatem przedmiotów, które do tego majątku należą<sup>25</sup>.

Mając powyższe na uwadze należy przyjąć, że małżonek może się sprzeciwić czynności zarządu majątkiem wspólnym rozumianej jako każda czynność prawna, faktyczna i procesowa, która obejmuje swoimi skutkami składniki majątku wspólnego, w tym czynności nabycia przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego.

### 3. Czynności zarządu majątkiem wspólnym, którym małżonek nie może się sprzeciwić

Zgodnie z art. 36<sup>1</sup> KRO, małżonek nie może sprzeciwić się czynności podejmowanej przez drugiego małżonka, jeżeli jest to czynność dotycząca bieżących spraw życia codziennego lub czynność zmierzająca do zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny albo podejmowana w ramach działalności zarobkowej.

Pojęcie czynności w bieżących sprawach życia codziennego jest pojęciem nowym, które wprowadzono do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nowelizacją z dnia 17 czerwca 2004 r. Pojęcie czynności zmierzających do zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny funkcjonowało i nadal funkcjonuje na gruncie art. 30 KRO, zgodnie z którym małżonkowie są odpowiedzialni za zaciągnięte przez jednego z nich zobowiązania w sprawach wynikających z zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny. Oba sformułowania, którymi posłużył się ustawodawca, należą do kategorii pojęć wymagających wykładni na tle konkretnej sytuacji, w ramach której jest dokonywana czynność, podobnie jak pojęcie czynności zwykłego zarządu. Według dominującego poglądu, uznanie czynności za czynność zwykłego zarządu wymagało rozpatrzenia konkretnej sytuacji i uwzględnienia szeregu okoliczności, które składały się na

20 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 195.

21 S.K. Rzonca, *op. cit.*, s. 47; T. Smoczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, KPP 1999, z. 2, s. 312.

22 P. Wójcik, *op. cit.*, s. 829.

23 M. Bączek, *Poręczenie bez zgody małżonka poręczyciela*, Pr. Bankowe 1994, nr 1, s. 88–89.

24 J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Zakamycze 2003, s. 149; A. Szpunar, *Wykonywanie przez małżonków czynności zarządu majątkiem wspólnym*, NP 1967, nr 2, s. 35; S.J. Piątkowski, *op. cit.*, s. 410; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 1995 r., III CZP 9/95, OSNIC 1995, z.11, poz. 149.

25 Patrz przypis 14.

nią, nie można było określić katalogu czynności zwykłego zarządu<sup>26</sup>. Decyzję w tym zakresie uzależniano od rozmiaru i charakteru majątku, społeczno-gospodarczego przeznaczenia majątku, celu dokonania czynności<sup>27</sup>. W analogiczny sposób należy ustalać, jaka czynność jest czynnością w bieżących sprawach życia codziennego. Dla jednej rodziny, o bardzo dobrym statusie materialnym, bieżącą sprawą życia codziennego będzie sprzedaż samochodu, dla drugiej – uboższej rodziny – czynność ta będzie miała charakter wyjątkowy. Ustalając, jaka czynność jest czynnością w bieżących sprawach życia codziennego, trzeba wziąć pod uwagę rozmiar i charakter majątku, jego przeznaczenie i cel czynności. W przypadku czynności wynikających z zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny, można posłużyć się orzecznictwem i wypowiedziami doktryny powstałymi na tle art. 30 KRO. Według przeważającego poglądu, zaspokajanie zwykłych potrzeb oznacza zaspokajanie normalnych, codziennych potrzeb, wymagających bezwzględnie zaspokojenia, bez potrzeby podejmowania przez małżonków specjalnych decyzji. Przy czym pojęcie zwykłych potrzeb zależy od sytuacji społecznej, w tym warunków życia, poziomu wykształcenia, zdrowia konkretnej rodziny oraz charakteru potrzeby w świetle ogólnej sytuacji, w jakiej znajduje się społeczeństwo<sup>28</sup>.

Ustalając pojęcie bieżących spraw życia codziennego, jak też pojęcie zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny, należy mieć na względzie, że zostały one użyte w celu wprowadzenia wyjątku od zasady, jaką jest możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec czynności zarządu majątkiem wspólnym, a zatem interpretacja ich znaczenia powinna mieć charakter zawężający.

Odrębną kategorią czynności, którym małżonek nie może sprzeciwić się są czynności podejmowane w ramach prowadzonej działalności zarobkowej.

Ustawodawca nie definiuje pojęcia działalności zarobkowej nie tylko na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ale również na gruncie innych przepisów. Niemniej jednak, pojęcie to było wykorzystywane do definiowania działalności gospodarczej i na tle tej definicji podjęto próbę ustalenia jego znaczenia, które obecnie można wykorzystać, dokonując wykładni art. 36 § 3 KRO.

Zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Na tle powyższego przepisu przyjęto, iż działalność zarobkowa jest jednym z niezbędnych elementów definicji działalności gospodarczej, obok konieczności jej wykonywania w sposób ciągły i zorganizowany. Za działalność zarobkową uznano działalność wykonywaną w celu osiągnięcia zysku, przy czym wskazano, iż zysk nie musi być osiągnięty, wystarczy, że czynność jest podejmowana w celu osiągnięcia zysku<sup>29</sup>. Mając na uwadze przyjęte w nauce znaczenie pojęcia działalności zarobkowej, należy uznać, iż sprzeciw nie może być złożony wobec czynności drugiego małżonka dokonywanej w ramach jego działalności zarobkowej rozumianej jako każda działalność podejmowana w celu osiągnięcia zysku lub powodująca osiągnięcie zysku, niezależnie od tego, czy ma charakter zorganizowany, ciągły i czy jest wykonywana we własnym imieniu.

Wyłączenie sprzeciwu wobec czynności podejmowanych przez małżonka w ramach działalności zarobkowej spowodowało wątpliwości co do jego zakresu w związku z użyciem przez ustawodawcę w art. 36 § 1 KRO, obok pojęcia czynności zarządu przedmiotami służącymi

26 S.K. Rzonca, *op. cit.*, s. 73–75; A. Dyoniak, *Odpowiedzialność majątkowa małżonków wobec osób trzecich*, Warszawa–Poznań 1980, s. 51–52; F. Zedler, *Dochodzenie roszczeń majątkowych od małżonków*, Warszawa 1976, s. 61–62; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1994 r., III CZP 182/93, OSN 1994, nr 7–8, poz. 146; K. Pietrzykowski, *op. cit.*, s. 381.

27 A. Kunicki, *Pojęcie zwykłego zarządu*, RPEiS 1968, z. 3, s. 120 i n; A. Dyoniak, *Odpowiedzialność...*, s. 51; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1994 r., III CZP 182/93, OSN 1994, nr 7–8, poz. 146.

28 A. Dyoniak, *Odpowiedzialność...*, s. 48; J. Ciszewski, *Obowiązek małżonków zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny*, NP 1977, nr 3, s. 349–350; E. Skowrońska–Bocian, *op. cit.*, s. 94; St. Piątkowski, *op. cit.*, s. 283.

29 C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 25; W. Popiołek, (w:) *Kodeks cywilny, t. I Komentarz do art. 1–449<sup>1</sup>*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 155; E. Bieniek–Koronkiewicz, J. Sieńczyło–Chlabicz, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, PPH 2000, nr 4, s. 15; M. Wyrwiński, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego (dotyczących formy i prokury) zmienionych ustawą z dnia 14 lutego 2003 o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw*, Lex el. 2003.



do prowadzenia działalności zarobkowej, również pojęcia czynności zarządu przedmiotami służącymi do wykonywania zawodu, co sugeruje, iż wykonywanie zawodu nie jest tożsame z prowadzeniem działalności zarobkowej. W istocie pojęcie wykonywania zawodu pojawia się w definicji przedsiębiorcy i działalności gospodarczej obok działalności zarobkowej i jest określane jako wykonywanie każdej działalności opartej na posiadanych umiejętnościach faktycznych lub wymaganych kwalifikacjach<sup>30</sup>. Pojęcie działalności zarobkowej i wykonywania zawodu nie pokrywają się. Wykonywanie zawodu nie musi mieć charakteru zarobkowego, choć w praktyce w większości przypadków wykonywanie zawodu będzie miało charakter zarobkowy. Może się jednak zdarzyć, iż określona osoba będzie wykonywała zawód bez wynagrodzenia, posiadając jednocześnie odrębne źródło utrzymania.

Ustawodawca wyraźnie wyłączył jedynie sprzeciw co do czynności podejmowanych w ramach prowadzenia działalności zarobkowej, a zatem powstaje pytanie czy współmałżonek może sprzeciwić się czynności podejmowanej przez drugiego małżonka w ramach wykonywania zawodu. Dotychczasowe wypowiedzi wskazują, że wyłączenie obejmuje również czynności zarządu w ramach wykonywania zawodu<sup>31</sup>. Stanowisko to nie znajduje uzasadnienia w przedstawionej interpretacji pojęcia działalności zarobkowej i wykonywania zawodu oraz przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w których ustawodawca wyraźnie odrębnie traktuje prowadzenie działalności zarobkowej i wykonywanie zawodu, skoro w art. 36 § 3 KRO wymienia je oddzielnie. Tylko wtedy współmałżonek nie może sprzeciwić się czynności, gdy jest podejmowana w ramach działalności zarobkowej. Jeżeli czynność jest podejmowana w ramach wykonywanego zawodu, którego wykonywanie nie jest związane z działalnością zarobkową, sprzeciw jest dopuszczalny. Można mieć wątpliwości co do zasadności takiego rozwiązania, jednak treść obowiązującej regulacji nie pozwala przyjąć odmiennej interpretacji. Wyłącznie stanowi wyjątek od zasady dopuszczalności sprzeciwu i powinno być interpretowane zawężająco.

30 C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 27; W. Popiołek, *op. cit.*, s. 157.

31 P. Wójcik, *op. cit.*, s. 33; J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 78.

#### 4. Pozbawienie małżonka prawa sprzeciwu przez sąd

Ustawodawca nie wprowadza regulacji, z której wynikałoby, że małżonek może zostać pozbawiony przez sąd prawa wyrażenia sprzeciwu wobec zamierzonej przez drugiego małżonka czynności. Zgodnie z art. 40 KRO, sąd może pozbawić drugiego małżonka samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym, jak też postanowić, że na dokonanie czynności wymienionych w art. 37 § 1 KRO będzie potrzebne, zamiast zgody drugiego małżonka, zezwolenie sądu. Treść zacytowanego wskazuje, że pozbawienie małżonka samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym nie oznacza, iż zostaje on pozbawiony prawa do wyrażania zgody na dokonanie czynności wymienionych w art. 37 § KRO, bowiem pozbawienie go tego prawa wymaga odrębnego postanowienia. Powyższe pozwala stwierdzić, że pozbawienie małżonka prawa samodzielnego zarządu nie oznacza przyznania tym samym drugiemu małżonkowi nieograniczonego władztwa na składnikami majątku wspólnego. Drugi małżonek wykonuje zarząd, ale ze wszystkimi ograniczeniami wynikającymi z przepisów ustawy, czyli musi uzyskać zgodę małżonka pozbawionego zarządu na dokonanie czynności wymienionych w art. 37 § 1 KRO, jak też małżonek pozbawiony zarządu ma możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec dokonywanych czynności zarządu.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym pozbawienie małżonka samodzielnego zarządu jest równoznaczne z pozbawieniem go prawa wyrażania sprzeciwu w zakresie czynności dokonywanych przez drugiego małżonka<sup>32</sup>. Wobec braku szczegółowego uzasadnienia powyższego twierdzenia, trudno ocenić jego trafność. Jednakże wydaje się, że treść regulacji prawnej nie pozwala na jego poparcie. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, że pozbawienie małżonka innych uprawnień poza prawem samodzielnego wykonywania zarządu, czyli dokonywaniem we własnym imieniu czynności ze skutkiem wobec składników majątku wspólnego, wymaga odrębnej decyzji sądu. Wyrażenie zgody na dokonanie czynności, jak też wyrażenie sprzeciwu wobec jej dokonania, mają podobny charakter. Obie czynności nie stanowią realizacji uprawnienia w ramach samodzielnego zarządu, ale są wyrazem ograniczenia powyżej samodzielności. Dlatego ustawodaw-

32 M. Nazar, *op. cit.*, s. 155.

ca wymienia pozbawienie małżonka prawa wyrażenia zgody na dokonanie czynności obok pozbawienia małżonka prawa samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym.

Uznanie, iż pozbawienie małżonka samodzielnego zarządu nie powoduje utraty przez niego prawa do sprzeciwienia się czynności podejmowanej przez drugiego małżonka skutkuje powstaniem kolejnego problemu, a mianowicie koniecznością odpowiedzi na pytanie czy sąd może pozbawić małżonka prawa sprzeciwu wobec czynności dokonywanych przez drugiego małżonka. Ustawodawca przewiduje jedynie możliwość pozbawienia małżonka prawa udzielenia zgody na dokonanie czynności, milczy w zakresie sprzeciwu. W nauce prezentowane jest stanowisko, iż pozbawienie małżonka prawa wyrażania zgody na dokonanie czynności skutkuje jednocześnie pozbawieniem go prawa wyrażania sprzeciwu wobec czynności zarządu. Uzasadnieniem powyższego poglądu ma być wykładania funkcjonalna, która nie pozwala przyjąć, że małżonek, który nie może wyrazić zgody na dokonanie czynności, jest uprawniony do sprzeciwienia się jej dokonaniu<sup>33</sup>. Trudno zaakceptować przedstawioną argumentację; jej autor sam przyznaje, że kwestia ta powinna być rozwiązana przez ustawodawcę. Dopóki ustawodawca nie zmieni regulacji w tym zakresie, należy uznać, że małżonek nie może być pozbawiony przez sąd prawa sprzeciwu wobec czynności zarządu majątkiem wspólnym.

## 5. Charakter i skutki sprzeciwu

Działanie, któremu ustawodawca przypisuje znaczenie prawne powinno być rozpatrywane na gruncie zdarzeń prawnych. Zdarzenia prawne są to fakty, z którymi hipotezy norm prawnych wiążą określone konsekwencje prawne. Wyróżnia się następujące typy zdarzeń prawnych:

- czynności prawne,
- działania prawne zbliżone do czynności prawnych (oświadczenia wiedzy lub przejawy uczuć),

33 P. Wójcik, *op. cit.*, s. 33.

- orzeczenia sądowe oraz decyzje administracyjne,
- niewykonanie uprawnień w określonym czasie<sup>34</sup>.

Czynność prawna jest stanem faktycznym, którego istotną (niezbędną) częścią składową jest co najmniej jedno oświadczenie woli, wywołujące skutki prawne z tej przyczyny, że były one zamierzone i wyrażone w oświadczeniu woli. Podstawowy element czynności prawnej, jakim jest oświadczenie woli, jest definiowany jako zewnętrzny przejaw wewnętrznej decyzji (czyli powzięcia woli) wywołania skutków prawnych<sup>35</sup>.

Czynność prawna oprócz, oświadczenia woli, w celu wywołania zamierzonych skutków prawnych musi niekiedy zawierać również inne elementy stanu faktycznego, jakie przewidują przepisy prawa. Stosunek oświadczenia woli do czynności prawnej jest zatem taki, że oświadczenie woli jest tylko jednym z elementów czynności prawnej, obok którego dojście czynności prawnej do skutków może wymagać spełnienia również innych stanów faktycznych i prawnych<sup>36</sup>.

Sprzeciw małżonka jest zachowaniem osoby fizycznej, stanowiącym przejaw jej wewnętrznej woli, którego celem jest wywołanie określonych skutków. Powstaje jednak pytanie, jakie są to skutki i czy mają charakter skutków prawnych, a w dalszej kolejności pytanie, czy skutki te są samodzielnymi skutkami sprzeciwu, czy też powstają w ramach czynności, wobec której został złożony. W przypadku ustalenia, że celem sprzeciwu jest wywołanie skutków prawnych, zachowanie małżonka należy kwalifikować jako oświadczenie woli w rozumieniu prawa cywilnego. Odpowiedź na kolejne pytanie pozwoli ustalić, czy sprzeciw jest elementem czynności, wobec której zostaje złożony, czy też stanowi odrębną czynność prawną. Jeżeli skutki sprzeciwu można rozpatrywać w oderwaniu od czynności, wobec której został złożony, wówczas sprzeciw stanowi odrębną czynność prawną. Jeżeli natomiast sprzeciw wpływa jedynie na skutki czynności, wobec której został złożony, może być rozważany jedynie jako jej dodatkowy element.

34 Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 212.

35 St. Grzybowski, *op. cit.* s. 473.

36 *Ibidem*, *op. cit.* s. 472; Z. Radwański, *op. cit.* s. 214.

Ustawodawca nie wskazuje wprost skutków sprzeciwu małżonka. W nauce przyjmuje się, że prawidłowe złożenie sprzeciwu powoduje nieważność<sup>37</sup> ewentualnie bezskuteczność<sup>38</sup> czynności, wobec której go złożono, co do zasady bez szczegółowego uzasadnienia poglądu w tym zakresie. M. Sychowicz, wskazując podstawy swego twierdzenia, podniósł, że brak sprzeciwu jest wynikającym z ustawy warunkiem dokonania czynności zarządu majątkiem wspólnym przez drugiego z małżonków i czynność prawna, dokonana przez małżonka pomimo sprzeciwu, jest czynnością sprzeczną z ustawą, co może przemawiać za uznaniem jej za czynność nieważną w oparciu o art. 58 KC<sup>39</sup>. Trafność powyższego poglądu budzi wątpliwości. Ustawodawca nie wprowadza w regulacji szczególnej ani w przepisach ogólnych zapisu, z którego wynikałoby, że brak sprzeciwu jest warunkiem dokonania czynności prawnej, którego niespełnienie mogłoby skutkować nieważnością czynności na podstawie art. 58 KC. Ponadto, jak zauważa M. Sychowicz, przy takim rozumowaniu powstaje kwestia oceny sytuacji, gdy sprzeciw został skutecznie wyrażony wobec drugiego małżonka, który dokonał czynności, ale nie był skuteczny wobec drugiej strony czynności. Wówczas, jego zdaniem, czynność nie powinna być uznana za nieważną<sup>40</sup>.

W kodeksie cywilnym ani w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie została przewidziana ogólna instytucja sprzeciwu wobec dokonywania czynności, w tym czynności prawnych, którą można by stosować w przypadku braku uregulowań szczególnych w tym zakresie. Ustawodawca w przepisach ogólnych o czynnościach prawnych przewidział udział osoby trzeciej w dokonywaniu czynności jedynie w formie zgody na dokonanie czynności. Instytucja sprzeciwu pojawia się natomiast w przepisach kodeksu cywilnego i kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w ramach różnych konkretnych czynności. Rozważając skutki złożenia sprzeciwu przez małżonka, wobec braku wyraźnej regulacji ustawo-

37 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204; M. Nazar, *op. cit.*, s. 154; P. Wójcik, *op. cit.*, s. 32; J. Gieracki, *Nowa regulacja małżeńskich ustrojów majątkowych*, Bielsko-Biała 2005, s. 28.

38 T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, *op. cit.*, s. 87; Smoczyński, *Reforma...*, *op. cit.*, s. 831.

39 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204.

40 *Ibidem*

wej, można sięgnąć do ich treści i tam poszukiwać wskazówki pozwalającej ustalić następstwa sprzeciwu.

Analiza regulacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz kodeksu cywilnego w tym zakresie prowadzi do wniosku, że ustawodawca, wprowadzając instytucję sprzeciwu, co do zasady określa wyraźnie skutki jego złożenia (art. 68<sup>1</sup>, 77<sup>1</sup>, 151, 381, 647<sup>1</sup>, 811, 865 KC, art. 29 KRO). Przykładowo można przytoczyć treść art. 381 § 2 KC, zgodnie z którym w razie sprzeciwu chociażby jednego z wierzycieli, dłużnik obowiązany jest świadczyć wszystkim wierzycielom łącznie albo złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego. W tym przypadku sprzeciw pozbawia dłużnika uprawnienia do świadczenia dowolnemu dłużnikowi ze skutkiem wobec pozostałych. W świetle art. 865 § 2 KC, każdy wspólnik może bez uprzedniej uchwały wspólników prowadzić sprawę, które nie przekraczają zakresu zwykłych czynności spółki, jeżeli jednak przed zakończeniem takiej sprawy chociażby jeden z pozostałych wspólników sprzeciwi się jej prowadzeniu, potrzebna jest uchwała wspólników. W tym przykładzie sprzeciw powoduje, iż dalsze prowadzenie sprawy przez wspólnika wymaga uprzedniej uchwały pozostałych wspólników. Zgodnie z art. 29 KRO, w razie przemijającej przeszkody, która dotyczy jednego z małżonków pozostających we wspólnym pożyciu, drugi małżonek może za niego działać w sprawach zwykłego zarządu, chyba że sprzeciwia się temu drugi małżonek. Przepis ten umocowuje małżonka do reprezentowania drugiego małżonka w zakresie zarządu jego majątkiem osobistym, a sprzeciw pozbawia go tego uprawnienia<sup>41</sup>.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że nie ma jednego ustalonego przez ustawodawcę skutku złożenia sprzeciwu wobec dokonywanej czynności. Skutki te mogą być różne w zależności od przepisu, który wprowadza sprzeciw i powinny być ustalane odrębnie na gruncie regulacji, w ramach której funkcjonuje.

Instytucja sprzeciwu, o której mowa w art. 36<sup>1</sup> KRO, stanowi regulację w sferze uprawnień małżonka do wykonywania zarządu majątkiem wspólnym. Sprzeciw małżonka ma być narzędziem, które pozwa-

41 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 141; J. Winiarz, *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, red. K. Piasecki, Warszawa 2003, s. 300.

la mu ograniczyć prawo drugiego małżonka do samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym. Z uzasadnienia projektu nowelizacji, jak również wypowiedzi przedstawicieli doktryny wynika, że sprzeciw ma uniemożliwić małżonkowi samodzielne dokonanie czynności objętej sprzeciwem<sup>42</sup>. Przy czym uniemożliwienie dokonywania czynności ma dotyczyć wszelkiego rodzaju czynności zarządu majątkiem wspólnym, a nie tylko czynności prawnych poprzez uniemożliwienie powstania ich skutków. Z uwagi na powyższy wyraźnie widoczny cel sprzeciwu wynikający z charakteru regulacji, na bazie której został wprowadzony, można przyjąć, że skutkiem sprzeciwu powinno być pozbawienie małżonka prawa do samodzielnego dokonania czynności objętej sprzeciwem. Sprzeciwić się czynności oznaczałoby w tym kontekście pozbawienie małżonka przyznanego mu uprawnienia do samodzielnego dokonania czynności zarządu majątkiem wspólnym. Takie stanowisko zdaje się prezentować T. Sokołowski<sup>43</sup>.

Za wskazaną interpretacją przemawia treść art. 36<sup>1</sup> KRO, z której wynika, że ustawodawca odróżnia skutki sprzeciwu w stosunku do osoby trzeciej i w stosunku wewnętrznym pomiędzy małżonkami. Takie rozróżnienie łatwiej uzasadnić, zakładając, że skutkiem sprzeciwu jest pozbawienie małżonka prawa samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym w odniesieniu do czynności, wobec której został złożony. Małżonek może być bowiem pozbawiony prawa samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym jedynie ze skutkiem wobec drugiego małżonka, mogąc dokonywać czynności ze skutkiem wobec osób trzecich. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku reprezentacji osób prawnych. Zgodnie z art. KSH, nie można ograniczyć sposobu reprezentacji ze skutkiem wobec osób trzecich, jednak takie ograniczenie jest skuteczne wewnątrz spółki i działanie pomimo ograniczenia rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą w stosunkach wewnętrznych<sup>44</sup>.

Kolejny argument uzasadniający prezentowane stanowisko pojawia się przy analizie skutków sprzeciwu na gruncie czynności fak-

tycznych. Należy podkreślić, iż sprzeciw wprowadzony art. 36<sup>1</sup> KRO może dotyczyć nie tylko czynności prawnych, ale też czynności faktycznych. Czynność faktyczna dokonana pomimo sprzeciwu, wywołuje skutki faktyczne, bowiem odbywa się ona na płaszczyźnie faktów, które powstają niezależnie od unormowań wynikających z przepisów prawa<sup>45</sup>. A zatem twierdzenie, że brak sprzeciwu jest warunkiem skutecznego dokonania czynności, nie znajduje uzasadnienia. Inaczej jest w przypadku przyjęcia, że małżonek w związku ze sprzeciwem nie miał uprawnienia do dokonania czynności objętej sprzeciwem. Wówczas sprzeciw wobec czynności faktycznej wywołuje skutki w postaci pozbawienia małżonka prawa samodzielnego zarządu, a małżonek, dokonując czynności pomimo sprzeciwu, może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą za działanie bez uprawnienia.

O zasadności prezentowanego stanowiska może świadczyć również odesłanie do odpowiedniego stosowania art. 39 KRO, które jest interpretowane jako możliwość zwrócenia się do sądu o zezwolenie na dokonanie czynności<sup>46</sup>. Konieczność uzyskania zezwolenia na dokonanie czynności wskazuje, że w przypadku sprzeciwu małżonek jest pozbawiony uprawnienia do samodzielnego dokonania czynności.

Pomimo przytoczonych argumentów przyznać należy, iż mogą pojawić się wątpliwości co do słuszności wskazanego powyżej poglądu. Powstał on w oparciu o wykładnię celowościową, gdy tymczasem skutek sprzeciwu powinien wynikać z wyraźnego brzmienia przepisu. Dlatego też należy postulować określenie skutków sprzeciwu przez ustawodawcę, podobnie jak to ma miejsce w ramach instytucji sprzeciwu pojawiającej się w innych przepisach.

Przyjęty powyżej skutek sprzeciwu stanowi skutek o charakterze prawnym, a zatem zachowanie małżonka będące przejawem jego woli wewnętrznej, jest oświadczeniem woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Przedmiotowe oświadczenie woli wywołuje skutki z chwilą jego złożenia, odrębnie od skutków czynności, wobec której został złożony. Nie stanowi ono elementu dokonywanej czynności, a jedynie poprzez własne skutki wpływa na skutki dokonywanej czynności. Jeżeli

42 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 203; A. Koziół, *Ustroje majątkowe małżeńskie po nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, cz. I*, Mo P 2005, nr 15, s. 743; P. Wójcik, *op. cit.*, s. 32.

43 T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*. Poznań 2005, s. 61.

44 S. Sołtyśński, *Kodeks spółek handlowych, T. I*, Warszawa 2006, s. 389 i nast.

45 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204.

46 *Ibidem*; M. Nazar, *op. cit.*, s. 154; T. Sokołowski, *Prawo...*, s. 62.

małżonek wyrazi sprzeciw wobec czynności zamierzonej przez drugiego małżonka, nastąpi skutek w postaci pozbawienia małżonka uprawnienia do samodzielnego dokonania czynności. W przypadku gdy pomimo powyższego małżonek dokona czynności, będzie to czynność dokonana przez osobę nieuprawnioną, co wpłynie na jej skuteczność. Mając świadomość sprzeciwu, małżonek może zrezygnować z dokonania zamierzonej czynności, wówczas sprzeciw nie znajdzie odbicia w czynności, wobec której został wyrażony, bowiem nie zostanie ona dokonana, a jednak powstaną jego skutki w postaci pozbawienia małżonka uprawnienia do dokonania czynności. Zważywszy na powyższe należy uznać, że sprzeciw nie stanowi elementu czynności, wobec której został złożony, ale jest niezależną czynnością prawną, której celem jest pozbawienia małżonka prawa do dokonania czynności. Zasadniczym elementem omawianej czynności prawnej jest oświadczenie woli stanowiące wyraz zamiaru pozbawienia współmałżonka uprawnienia do samodzielnego dokonania czynności w ramach zarządu majątkiem wspólnym.

Skutki czynności dokonanej przez małżonka, który w związku ze złożonym sprzeciwem utracił uprawnienie do jej samodzielnego dokonania, należy rozpatrzyć przy wykorzystaniu dorobku doktryny i orzecznictwa powstałego na tle art. 40 KRO, zgodnie z którym małżonek może być pozbawiony prawa samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym przez sąd. Zakładając, że prawidłowo złożony sprzeciw skutkuje pozbawieniem małżonka prawa do samodzielnego zarządu, jego skutki w zakresie dokonywanej czynnością powinny być takie same jak skutki czynności dokonanej przez małżonka pozbawionego tego zarządu na podstawie art. 40 KRO. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem nauki, czynność dokonana przez małżonka pozbawionego zarządu majątkiem wspólnym jest czynnością nieważną, z zastrzeżeniem przepisów chroniących osoby trzecie działające w dobrej wierze<sup>47</sup>. Odmienne stanowisko prezentuje S.K. Rzonca, który twierdzi, że pozbawienie małżonka prawa zarządu majątkiem wspólnym powoduje

utrata jego zdolności do czynności prawnych i nieważności czynności, która uniemożliwia ochronę osób trzecich<sup>48</sup>.

Podsumowując należy uznać, że sprzeciw małżonka wobec czynności zarządu majątkiem wspólnym stanowi czynność prawną, której dokonanie powoduje utratę przez drugiego małżonka prawa do samodzielnego dokonania czynności objętej sprzeciwem.

## 6. Zakres i sposób wyrażenia sprzeciwu

Ustawodawca nie określa, jakie elementy powinien zawierać sprzeciw, wskazuje jedynie, że małżonek może sprzeciwić się czynności zamierzonej przez drugiego małżonka. Według słownika języka polskiego zamierzenie to snucie planów, planowanie, zamyślanie<sup>49</sup>. Pojawienie się w regulacji ustawowej pojęcia zamierzonej czynności oznacza zatem, że sprzeciw powinien dotyczyć czynności, która istnieje już w zamyśle osoby zamierzającej dokonać czynności; jest czynnością planowaną.

Z treści przepisów nie wynika, aby małżonek był zobowiązany do wskazania wszystkich elementów czynności, wobec której składa sprzeciw. Sprzeciw stanowi oświadczenie woli, zgodnie zaś z definicją oświadczenia woli, ma ono stanowić przejaw woli wewnętrznej zmierzający do wywołania określonych skutków prawnych. Mając na uwadze powyższą definicję, należy uznać, że minimalną treścią sprzeciwu jest treść, która pozwala określić jego zamierzone skutki prawne. Skutkiem sprzeciwu ma być pozbawienie małżonka prawa dokonania konkretnej zamierzonej czynności. Wystarczy zatem, a jednocześnie jest konieczne, aby sprzeciw określał czynność, której dotyczy tak, aby możliwe było jej zindywidualizowanie jako czynności zamierzonej. Nie można złożyć sprzeciwu wobec wszystkich czynności bądź wobec określonego ich rodzaju. Jednak sprzeciw nie musi być złożony wobec każdej czynności. Można złożyć sprzeciw obejmujący kilka czynności, ale muszą to być konkretne czynności<sup>50</sup>.

47 J. St. Piątkowski, *op. cit.*, s. 424; M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 218; F. Zedler, *op. cit.*, s. 69; J. Ignaczewski, *op. cit.*, s. 100.

48 St. Rzonca, *op. cit.*, s. 108–111.

49 Słownik języka polskiego t. III, red. M. Szymczak, Warszawa 1985.

50 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204.

Podobne poglądy były wypowiedziane na gruncie regulacji dotyczącej zgody małżonka na dokonanie czynności. Pomimo szeregu wątpliwości przeważał pogląd, iż zgoda musi dotyczyć konkretnej czynności i nie może mieć charakteru blankietowego<sup>51</sup>. Wprawdzie wymienione instytucje są uregulowane odmiennie, ale obie stanowią oświadczenia woli o podobnym charakterze, dotyczą bowiem akceptacji lub sprzeciwu wobec dokonywanych czynności.

W kodeksie rodzinnym i opiekuńczym brak określenia formy, w jakiej powinien być złożony sprzeciw. Należy uznać, że do sprzeciwu jako oświadczenia woli ma zastosowanie art. 60 KC, zgodnie z którym wola osoby dokonywującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. A zatem, sprzeciw może być wyrażony poprzez każde zachowanie małżonka wskazujące na wolę pozbawienia drugiego małżonka prawa dokonania czynności, w tym w formie dorozumianej, ustnej lub pisemnej<sup>52</sup>.

Wprowadzona regulacja prawna nie określa wyraźnie terminu złożenia sprzeciwu, jednak treść art. 36<sup>1</sup> KRO dostarcza szeregu wskazówek w tym zakresie. Sprzeciw może dotyczyć jedynie czynności zamierzonej, a zatem czynności, która nie została jeszcze dokonana. W art. 36<sup>1</sup> § 2 KRO czytamy, że sprzeciw jest skuteczny wobec osoby trzeciej, jeżeli mogła się z nim zapoznać przed dokonaniem czynności. Jeżeli osoba trzecia powinna mieć możliwość zapoznania się ze sprzeciwem przed dokonaniem czynności, to najpóźniej przed dokonaniem czynności sprzeciw musi być złożony. Tym samym należy uznać, iż została wyznaczona wyraźna granica czasowa sprzeciwienia się czynności, jaką jest data jej dokonania. Po dokonaniu czynności małżonek nie może się jej sprzeciwić. Pogląd taki jest jednolicie prezentowany w doktrynie<sup>53</sup>.

Kolejną kwestią jest ustalenie, wobec kogo powinien być złożony sprzeciw. Pojawia się pytanie, czy sprzeciw musi być złożony wobec

obu stron czynności, wobec drugiego małżonka, czy też wobec osoby trzeciej.

Sprzeciw jest oświadczeniem woli, a zatem zgodnie z art. 61 KC należy uznać, że został złożony, jeżeli doszedł on do adresata w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią<sup>54</sup>. Trudniej odpowiedzieć na pytanie kto powinien być adresatem sprzeciwu. Wskazówką w tym zakresie może być wymieniony powyżej art. 36<sup>1</sup> § 2 KRO, z którego wynika, że sprzeciw jest skuteczny wobec osoby trzeciej, jeżeli mogła się z nim zapoznać przed dokonaniem czynności. A zatem wystarczy, że osoba trzecia poweźmie wiadomość o sprzeciwie, nie jest konieczne, aby został wobec niej złożony. Mając powyższe na względzie, należy uznać, iż sprzeciw może być złożony wobec każdej ze stron czynności. Jednakże to, wobec kogo zostanie złożony, może mieć pośrednio wpływ na jego skuteczność. Sprzeciw wobec choćby jednej ze stron czynności wywołuje skutki wobec małżonka dokonującego czynności. Natomiast wobec osoby trzeciej sprzeciw wywołuje skutki jedynie wówczas, gdy miała ona możliwość zapoznania się z nim przed dokonaniem czynności<sup>55</sup>. Jeżeli zatem sprzeciw zostanie złożony wobec osoby trzeciej, naturalną tego konsekwencją będzie przyjęcie, że mogła ona zapoznać się z jego treścią i wywoła on wobec niej skutki. W przypadku gdy sprzeciw zostanie złożony małżonkowi, konieczne będzie zadbanie o to, aby osoba trzecia mogła się z nim zapoznać, w przeciwnym razie będzie wobec niej bezskuteczny. W praktyce takie uregulowanie powoduje, iż bezpieczniej jest złożyć sprzeciw wobec osoby trzeciej.

Ostatnim warunkiem pełnej skuteczności sprzeciwu jest umożliwienie osobie trzeciej zapoznania się ze sprzeciwem przed dokonaniem czynności. Osoba trzecia nie musi faktycznie zapoznać się ze sprzeciwem, wystarczy, że będzie miała taką możliwość. Możliwość musi być jednak realna. Osoba trzecia w zwykłym toku czynności, nie podejmując szczególnych środków, powinna mieć możliwość zapoznania się ze sprzeciwem. Jest to regulacja słabiej chroniąca interesy osób trzecich w porównaniu do treści art. 29 KRO, który skuteczność sprzeciwu małżonka uzależnia od wiedzy osoby trzeciej o tym sprzeciwie, a nie

51 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 207.

52 *Ibidem*; M. Nazar, *op. cit.* s. 154; P. Wójcik, *op. cit.*, s. 32.

53 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204; P. Wójcik, *op. cit.*, s. 32.

54 M. Sychowicz, *op. cit.*, s. 204.

55 *Ibidem*

od możliwości zapoznania się z nim<sup>56</sup>. J. Strzebińczyk wskazuje, iż art. 36<sup>1</sup> KRO nakłada na osobę trzecią obowiązek należytej staranności<sup>57</sup>. Należy w pełni zgodzić się z tym stwierdzeniem.

## 7. Podsumowanie

Wprowadzona przez ustawodawcę instytucja sprzeciwu małżonka wobec zamierzonej przez drugiego małżonka czynności zarządu majątkiem wspólnym jest instytucją nową, która obowiązuje od 20.01.2005 r. Trudno ocenić czy i w jakim zakresie będzie stosowana w praktyce. Obecnie jej rola jest raczej nieznaczną. Być może jest to wynikiem braku informacji o jej istnieniu, trudności w ustaleniu zasad jej stosowania lub też jej niewielką przydatnością w praktyce. Prawo małżeńskie jest tą dziedziną prawa, która jest stosowana w życiu codziennym, często bez uprzednich konsultacji prawniczych, a zatem informacja o możliwości stosowania sprzeciwu musi dotrzeć do społeczeństwa i zakorzenić się w jego świadomości, co wymaga czasu. Niestety, wątpliwości związane ze stosowaniem sprzeciwu mogą stanowić przeszkodę w upowszechnieniu powyższej instytucji. Jednakże kwestią, być może najważniejszą jest przydatność sprzeciwu w praktyce, która w dużej mierze uzależniona będzie od interpretacji przepisów regulujących sprzeciw. Podsumowując, należy stwierdzić, iż to, w jaki sposób nauka wyjaśni wszelkie wątpliwości związane ze stosowaniem sprzeciwu, może stać się jednym z czynników decydujących o upowszechnieniu omawianej instytucji.

Jerzy Bieluk

## Stwierdzenie prawa do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanych przedsiębiorstw przez rolników i rybaków

Proces prywatyzacji w Polsce wyszedł już z fazy intensywnej jednak nadal procesy prywatyzacyjne trwają i mogą wywoływać szereg problemów prawnych<sup>1</sup>. Niniejszy artykuł dotyczy szczególnej grupy uprawnionych, mianowicie rolników i rybaków, którzy w specyficznych, przewidzianych przepisami prawa sytuacjach, mogą być beneficjentami prywatyzacji.

Zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji<sup>2</sup>, rolnikom lub rybakom przysługuje prawo do nieodpłatnego nabycia do 15% akcji objętych przez Skarb Państwa w dniu wpisania spółki do rejestru. Liczba akcji przypadających na jednego rolnika lub rybaka nie może przekroczyć najwyższej liczby akcji przypadających na jednego uprawnionego pracownika. Każdemu rolnikowi i rybakowi przysługuje prawo nabycia akcji w równej liczbie. Rolnicy i rybacy mają prawo do nabycia akcji nie więcej niż w dwóch spółkach. Przepis ten statuuje delegację dla ministra właściwego do spraw rolnictwa, do określenia w drodze rozporządzenia sposobu wykazania przez uprawnionych rolników i rybaków okoliczności, uprawniających ich do nabycia akcji oraz szczegółowy tryb nabywania przez nich akcji<sup>3</sup>.

- 1 Na temat problemów prawnych związanych z prywatyzacją por. m.in. J. Jacyszyn, Wokół ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Rejent, 1997 nr 2; J. Jacyszyn, Wdrażanie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, J. Kostecka, Charakter prawny komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego, *Studia Prawnicze* 2002, z. 2.
- 2 Tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397 z późn. zm.
- 3 Na temat uprawnień do nabycia akcji patrz J. Grabowski, Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. Komentarz, Warszawa 1998, s. 136 i n.; por. też C. Kosikowski, M. Śniegucki, Komercjalizacja i prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych. Komentarz, Warszawa 1997.

56 T. Sokołowski, *op. cit.*, s. 61.

57 J. Strzebińczyk, *Nowelizacja...*, s. 154.

Zgodnie z ustawą o komercjalizacji i prywatyzacji (art. 2 pkt 6) przez rolników lub rybaków rozumie się osoby fizyczne prowadzące gospodarstwo rolne lub rybackie, z którego w okresie pięciu lat przed wykreśleniem przedsiębiorstwa państwowego z rejestru przedsiębiorstw państwowych, dostarczono bezpośrednio lub pośrednio do tego przedsiębiorstwa surowce o wartości co najmniej 100 q żyta według cen przyjmowanych do obliczania podatku rolnego w ostatnim roku przed wykreśleniem przedsiębiorstwa państwowego z rejestru przedsiębiorstw państwowych.

Zgodnie z przytoczonymi powyżej regulacjami, zasadniczą kwestią dla ustalenia, jakie warunki muszą spełnić rolnicy i rybacy, by mieć prawo do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanych przedsiębiorstw, jest interpretacja regulacji zawartych w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 24 kwietnia 1997 r. w sprawie sposobu wykazania przez uprawnionych rolników i rybaków okoliczności umożliwiających im nabycie akcji spółek Skarbu Państwa oraz szczegółowego trybu nabywania przez nich akcji (powoływane dalej jako rozporządzenie)<sup>4</sup>.

Zgodnie z powyższym rozporządzeniem, do pisemnego oświadczenia o zamiarze nieodpłatnego nabycia akcji należy dołączyć:

- 1) zaświadczenie z urzędu gminy o prowadzeniu gospodarstwa rolnego lub rybackiego,
- 2) dokumenty lub oświadczenie o dostarczeniu bezpośrednio lub pośrednio do przedsiębiorstwa państwowego przekształconego w spółkę surowców pochodzących z gospodarstwa rolnego lub rybackiego, o którym mowa w pkt 1, w okresie 5 lat przed wykreśleniem tego przedsiębiorstwa z rejestru przedsiębiorstw państwowych,
- 3) dokumenty lub oświadczenie, że wartość surowców, o których mowa w pkt 2, stanowiła co najmniej 100 q żyta według cen przyjmowanych do obliczania podatku rolnego w ostatnim roku przed wykreśleniem przedsiębiorstwa państwowego z rejestru przedsiębiorstw państwowych.

Dokonując zatem weryfikacji uprawnień rolników i rybaków do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanego przedsiębiorstwa, należy znaleźć odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy dana osoba prowadziła gospodarstwo rolne?
- 2) Czy dostarczyła z prowadzonego przez siebie gospodarstwa surowce do prywatyzowanego przedsiębiorstwa?
- 3) Czy wartość dostarczonych przez nią surowców w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wykreślenia przedsiębiorstwa z rejestru przekraczała równowartość 100 q żyta (według cen z roku poprzedzającego wykreślenie)?

Są to również pytania o zawartość określeń użytych w rozporządzeniu i ustawie. Regulacja ustawowa, jak i treść rozporządzenia są bardzo nieprecyzyjne w tym zakresie. Żaden z wymienionych aktów prawnych nie zawiera w swojej treści ani definicji pojęć istotnych przy dokonywaniu weryfikacji omawianych uprawnień rolników lub rybaków, ani żadnych wskazań, jakimi ewentualnie definicjami można się posłużyć przy interpretacji tych pojęć. Należy więc dokonać interpretacji pojęć: gospodarstwo rolne, prowadzenie gospodarstwa rolnego, dostarczenie surowców z gospodarstwa rolnego prowadzonego przez rolnika, które są kluczowymi pojęciami w rozporządzeniu, pozwalającymi stwierdzić prawo do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanego przedsiębiorstwa.

## 1. Definicja gospodarstwa rolnego

Polski system prawny zna kilka definicji gospodarstwa rolnego. Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji nie definiuje pojęcia gospodarstwa rolnego, nie daje również wskazania, jaką definicją należy się posłużyć. Wobec powyższego, wchodzi w grę dwie możliwości:

- 1) Definicja z ustawy o podatku rolnym<sup>5</sup>. Zgodnie z art. 2 ustawy o podatku rolnym, *za gospodarstwo rolne dla celów podatku rolnego uważa się obszar gruntów sklasyfikowanych w ewidencji gruntów i budynków jako użytki rolne lub jako grunty za-*

<sup>4</sup> Ustawa z 15 listopada 1994 r. o podatku rolnym, tekst jedn. Dz.U. z 1993 r., Nr 94, poz. 431 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 44, poz. 280.



*drzewione lub zakrzewione na użytkach rolnych, z wyjątkiem gruntów zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej innej niż działalność rolnicza o łącznej powierzchni przekraczającej 1 ha lub 1 ha przeliczeniowy, stanowiących własność lub znajdujących się w posiadaniu osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej, w tym spółki nieposiadającej osobowości prawnej.*

- 2) Definicja z kodeksu cywilnego – zgodnie z art. 55<sup>3</sup> kodeksu cywilnego, *gospodarstwo rolne to grunty rolne wraz z gruntami leśnymi, budynkami lub ich częściami, urządzeniami i inwentarzem, jeżeli stanowią lub mogą stanowić zorganizowaną całość gospodarczą oraz prawami związanymi z prowadzeniem gospodarstwa rolnego.*

Posiadanie gospodarstwa rolnego w rozumieniu ustawy o podatku rolnym to posiadanie gruntów o powierzchni przekraczającej normatyw ustawowy (1 ha gruntów rolnych lub 1 ha przeliczeniowy). Posiadanie gospodarstwa rolnego w rozumieniu kodeksu cywilnego to władztwo nad określonym zespołem praw, w tym gruntami, budynkami itd. Oprócz gruntów<sup>6</sup>, które uznawane są przez większość przedstawicieli doktryny, jak i przez orzecznictwo za składnik konieczny do istnienia gospodarstwa w rozumieniu tejże definicji, w skład gospodarstwa – w rozumieniu cywilnoprawnym – wchodzi również m.in. prawa obligacyjne<sup>7</sup>.

Specyficznym rodzajem działalności rolnej jest prowadzenie działów specjalnych produkcji rolnej<sup>8</sup>. Szereg rozwiązań prawnych włącza specjalistyczną produkcję rolną określoną jako działy specjalne w ramy produkcji rolniczej. Mieszczą się one w ramach definicji gospodarstwa rolnego według kodeksu cywilnego. Wobec braku minimum obszarowego działy specjalne, prowadzone nawet na minimalnej powierzchni, są gospodarstwami rolnymi w rozumieniu art. 55<sup>3</sup> kc.

Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji opiera istotę uprawnień rolników i rybaków na produkcji i dostarczaniu surowców do przedsiębiorstwa. Gospodarstwo rolne ma znaczenie ekonomiczne, jest podmiotem współpracującym z przedsiębiorstwem, związanym więzami produkcyjnymi. W związku z tym należy uznać, iż ustawodawcy chodziło o funkcjonalne pojęcie gospodarstwa rolnego jako jednostki produkcyjnej, istniejącej jako całość gospodarcza, co odpowiada na gruncie prawnym definicji z kodeksu cywilnego.

## 2. Prowadzenie gospodarstwa rolnego

Na pojęcie *prowadzenie gospodarstwa rolnego*<sup>9</sup> można również spojrzeć przez pryzmat definicji gospodarstwa rolnego, użytej w ustawie o podatku rolnym. Zgodnie z powyższym, rolnik powinien więc

---

gruncie do niego nienależącym, wywozi ule na pożytki itd. W przypadku działalności pszczelarskiej stosuje się nawet kilkutygodniowe wywożenie uli na pożytki, częste jest też organizowanie pasieki w różnych, oddalonych o kilka, nawet kilkadziesiąt kilometrów miejscach, z uwagi na możliwe nadmierne zagęszczenie pszczół. W takim wypadku o tym, czy jest to jedno gospodarstwo rolne, decyduje związek funkcjonalny między poszczególnymi składnikami gospodarstwa.

- 8 Por. art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 14 poz. 176 z późn. zm.): *Działami specjalnymi produkcji rolnej są: uprawy w szklarniach i ogrzewanych tunelach foliowych, uprawy grzybów i ich grzywni, uprawy roślin „in vitro”, fermowa hodowla i chów drobiu rzeźnego i nieśnego, wylęgarnie drobiu, hodowla i chów zwierząt futerkowych i laboratoryjnych, hodowla dżdżownic, hodowla entomofagów, hodowla jedwabników, prowadzenie pasiek oraz hodowla i chów innych zwierząt poza gospodarstwem rolnym. Analogiczna definicja występuje w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych.*

- 9 Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 24 maja 1994 r. podjęty na podstawie ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników – *Prowadzenie gospodarstwa rolnego to wykonywanie czynności zarządzających dla osiągnięcia określonego celu w zakresie produkcji rolniczej.* Podobnie szeroko należy pojęcie to rozumieć na gruncie ustawy o podatku rolnym.

6 Należy przychylić się do poglądu Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażonego w wyroku z dnia 20 września 1991 r., iż brak któregokolwiek ze składników gospodarstwa rolnego (na przykład inwentarza żywego, narzędzi, budynków itp.), wymienionych w art. 55(3) kodeksu cywilnego, nie świadczy o tym, że pozostałe składniki (na przykład grunty) nie stanowią gospodarstwa rolnego. Teza ta znalazła potwierdzenie w innych orzeczeniach, na przykład w postanowieniu Sądu Najwyższego z 7 lipca 1997 r., którego teza w sposób wyraźny pozwala uznać za gospodarstwo rolne również grunt niezabudowany – *Najistotniejszym składnikiem gospodarstwa rolnego – w sensie przedmiotowym – jest grunt rolny. Bez niego nie może istnieć gospodarstwo rolne. Występowanie pozostałych składników tego gospodarstwa, wymienionych w art. 55(3) kc nie jest konieczne dla bytu samego gospodarstwa.*

7 Por. na przykład sytuację, w której ule pszczele nie znajdują się na gruncie będącym własnością rolnika, a pobiera on z nich pożytki na podstawie stosunku cywilnoprawnego – umowy dzierżawy, użyczenia, itd., Prawo takie wchodzi w skład gospodarstwa rolnego. W związku z tym miód uzyskany w ten sposób jest miodem uzyskanym z danego gospodarstwa rolnego. Ma to zastosowanie również w sytuacji, gdy rolnik stawia ule na

być osobą prowadzącą gospodarstwo rolne – to jest właścicielem lub posiadaczem gruntów *sklasyfikowanych w ewidencji gruntów i budynków jako użytki rolne lub jako grunty zadrzewione lub zakrzewione na użytkach rolnych, z wyjątkiem gruntów zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej innej niż działalność rolnicza o łącznej powierzchni przekraczającej 1 ha lub 1 ha przeliczeniowy*. Jednak skutki tak rozumianego pojęcia *prowadzenie gospodarstwa rolnego* miałyby się z celem przepisu art. 37 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Przyjęcie powyższej definicji wyłączałoby bowiem z kręgu potencjalnych nabywców akcji prywatyzowanego przedsiębiorstwa osoby, które faktycznie prowadziły dane gospodarstwo rolne, mimo iż nie były jego właścicielem lub posiadaczem. Na przykład syn rolnika, prowadzący gospodarstwo rolne – to jest podejmujący decyzje gospodarcze w ramach tego gospodarstwa, zarządzający nim, nie jest właścicielem ani posiadaczem tegoż gospodarstwa rolnego, zaś jak najbardziej jest osobą prowadzącą gospodarstwo rolne. W związku z powyższym, mając na uwadze cel omawianej regulacji prawnej, należy uznać, iż chodzi tu o pojęcie osoby prowadzącej gospodarstwo rolne, obejmujące również inne, niż posiadacz lub właściciel gospodarstwa, osoby. Osobą prowadzącą gospodarstwo rolne w rozumieniu ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji oraz w rozumieniu rozporządzenia będzie osoba, która decyduje (co najmniej współdecyduje) o kształcie gospodarstwa, o jego profilu produkcji. Należy więc odejść od własnościowego pojęcia osoby prowadzącej gospodarstwo rolne (właściciel lub posiadacz) na rzecz pojęcia funkcjonalnego – osoba zarządzająca gospodarstwem rolnym, rozumianym jako zespół składników majątkowych służących produkcji rolnej.

Właściwe więc będzie przyjęcie definicji gospodarstwa rolnego z kodeksu cywilnego i szerokiego rozumienia pojęcia *prowadzenie gospodarstwa rolnego*.

### **3. Zaświadczenie z urzędu gminy o prowadzeniu gospodarstwa rolnego lub rybackiego**

Rozporządzenie przewiduje wydanie przez urząd gminy zaświadczenia o prowadzeniu gospodarstwa rolnego lub rybackiego. Jednak urząd gminy nie ma możliwości wydania takiego zaświadczenia, brak jest bowiem danych, na podstawie których można byłoby stwierdzić faktyczne zaangażowanie w prowadzenie gospodarstwa rolnego przez daną osobę. Wójt (burmistrz) realizując pośrednio nakaz ustawy, może wydać zaświadczenie o tym, że dana osoba jest płatnikiem podatku rolnego, może też stwierdzić, iż z danych ewidencji gruntów i budynków wynika, iż dana osoba jest właścicielem gruntów rolnych o określonej powierzchni. Przewidywana w ustawie o komercjalizacji i prywatyzacji możliwość wydawania przez gminę (miasto) zaświadczeń o prowadzeniu gospodarstwa rolnego opierać się może ewentualnie na osobistej wiedzy wójta (burmistrza) na temat działalności prowadzonej przez daną osobę. Brak jest jednak podstawy do wydawania tego rodzaju zaświadczeń.

W przypadku działów specjalnych produkcji rolnej, wskazaniem na prowadzenie gospodarstwa przez daną osobę może być opłacanie przez nią podatku dochodowego z tytułu prowadzenia działów specjalnych produkcji rolnej. Należy uznać, iż stosowne zaświadczenie z urzędu skarbowego, iż dana osoba jest płatnikiem podatku dochodowego w zakresie działów specjalnych produkcji rolnej, świadczy o tym, iż dana osoba prowadzi gospodarstwo rolne.

### **4. Dostarczenie surowca z prowadzonego gospodarstwa rolnego**

Do weryfikacji powyższej przesłanki służyć mogą, zgodnie z rozporządzeniem, stosowne zaświadczenia z urzędu gminy (miasta) świadczące o tym, iż dana osoba zajmuje się działalnością rolniczą. Jednak wobec braku podstaw prawnych do wydania tego rodzaju zaświadczenia przez gminę – urząd gminy ewentualnie może zaświadczyć o tym, iż dana osoba jest płatnikiem podatku rolnego. Przepisy wyraźnie wskazują, iż rolnicy winni przedstawić dokumenty lub oświadczenie w ce-

lu udokumentowania dostarczenia surowca z prowadzonego gospodarstwa rolnego. Rolnicy lub rybacy mogą zatem dostarczyć oświadczenie o dostarczeniu do przedsiębiorstwa przekształconego w spółkę surowców bez dodatkowego dokumentowania tego faktu. Oczywiście zainteresowani mogą przedstawić np. rachunki uproszczone wystawione na ich nazwisko, wskazujące, iż zakupiono od nich produkty o określonej wartości lub dowody dostawy (wz) z określeniem ilości dostarczonych produktów, wreszcie polecenia przelewu lub dowody wypłat kwot za dostarczone produkty. Ustawa nie stawia tu żadnych barier przed dokumentowaniem faktu dostarczenia surowców do przedsiębiorstwa. Jednak brak jest prawnych możliwości udokumentowania, iż dany surowiec pochodzi właśnie z określonego, prowadzonego przez rolnika gospodarstwa rolnego. Stwierdzenie tego wymagałoby prowadzenia postępowania dowodowego, np. przesłuchiwania świadków, natomiast rozporządzenie w żaden sposób spółki nie upoważnia do tego.

## 5. Wartość dostarczonego surowca

Wartość dostarczonego surowca winna wynosić równowartość 100 q żyta przyjmowanej do celów podatku rolnego Równowartość 100 q żyta to odpowiednio:

ROK	Komunikat Prezesa GUS	Średnia cena skupu żyta II kwartał IV kwartał	
1989	12.01.1990 r. M.P. Nr 2, p.19		2,73 zł
1990	07.07.1990 r. M.P. Nr 27, p.219 07.01.1991 r. M.P. Nr 1, p.10	5.84 zł	5,78 zł
1991	08.07.1991 r. M.P. Nr 23, p.164 10.01.1992 r. M.P. Nr 2, p. 15	5.72 zł	4,68 zł
1992	13.07.1992 r. M.P. Nr 23, p.174 11.01.1993 r. M.P. Nr 2, p.8	6.69 zł	15,23 zł
1993	09.07.1993 r. M.P. Nr 36, p.375 10.01.1994 r. M.P. Nr 3, p.17	21.79 zł	17,18 zł
1994	11.07.1994 r. M.P. Nr 39, p.500 10.01.1995 r. M.P. Nr 2, p.34	18.42 zł	18,92 zł

1995	10.07.1995 r. M.P. Nr 32, p.426 09.01.1996 r. M.P. Nr 3, p.37	23,79 zł	23,86 zł
1996	09.07.1996 r. M.P. Nr 43, p.424	38,17 zł	
1996	16.10.1996 r. M.P. Nr 64, p.595	34,88 zł	
1997	15.10.1997 r. M.P. Nr 79, p.774	37,65 zł	
1998	14.10.1998 r. M.P. Nr 36, p. 512	33,14 zł	
1999	20.10.1999 r. M.P. Nr 34, p. 530	29,11 zł	
2000	20.10.2000 r. M.P. Nr 34, p. 708	35,82 zł	
2001	12.10.2001 r. M.P. Nr 53, p. 573	37,19 zł	
2002	30.10.2002 r. M.P. Nr 51, p. 733	33,45 zł	
2003	17.10.2003 r. M. P. Nr 49, p. 771	34,57 zł	
2004	15.10.2004 r. M.P. Nr 43, p. 765	37,67 zł	
2005	17.10.2005 r. M.P. Nr 62, p. 867	27,88 zł	

Od roku 1996 średnia cena skupu żyta określana jest za okres pierwszych trzech kwartałów danego roku.

Zauważyć należy, iż ustawodawca nie wymaga dostarczania surowca w jakikolwiek usystematyzowany sposób, wystarczy jednorazowa dostawa surowca o wartości przekraczającej kwotę wymienioną powyżej.

## 6. Tryb postępowania przy badaniu dokumentacji

Uznać należy, iż na podstawie powyższego rozporządzenia spółka ma obowiązek badać, czy określone w § 1 rozporządzenia dokumenty zostały dostarczone. Spółka winna ograniczyć się do badania, czy dokumenty te odpowiadają wymogom określonym w rozporządzeniu. Zgodnie z § 2 rozporządzenia, *na podstawie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 1 oraz dokumentów będących w posiadaniu spółki, spółka w terminie trzech miesięcy od dnia upływu terminu do składania pisemnych oświadczeń o zamiarze nabycia akcji sporządza listę uprawnionych rolników lub rybaków, zwaną dalej „listą”*. Podkreślić należy, iż rozporządzenie nie przewiduje żadnego postępowania

nia dowodowego, żadnego trybu weryfikacji dokumentów przedstawionych przez rolników. Spółka może stwierdzić, czy odpowiadają one dyspozycji § 1 rozporządzenia, czy nie. Jeżeli tak, to spółka ma obowiązek umieścić daną osobę na liście. Spółka ma obowiązek użyć również dokumentów będących w jej posiadaniu, a świadczących o zasadności lub niezasadności roszczeń rolnika i rybaka.

Należy uznać, iż w przypadku sfalszowania dokumentów lub oświadczenia nieprawdy, możemy mieć do czynienia z próbą wyłudzenia majątku Skarbu Państwa. W takim wypadku dopuścić należy odpowiedzialność karną.

W przypadku dostarczenia dokumentów sfalszowanych lub świadczących o tym, iż rolnik nie spełnia kryteriów określonych w ustawie (np. dostarczenie zbyt małej ilości surowca), a także w przypadku gdy dokumentacja nie odpowiada wymogom przewidzianym w rozporządzeniu (np. niepodpisane oświadczenie), spółka ma prawo nie wpisać danej osoby na listę. Zadaniem spółki jest sporządzenie listy na zasadach określonych w rozporządzeniu, jednak zakres badania dokumentów przez spółkę jest znacznie ograniczony.

W przypadku nieumieszczenia danych osób na liście mają one możliwość składania reklamacji. Zgodnie z rozporządzeniem (§ 4) reklamację rozpatruje powołana przez spółkę komisja, w skład której wchodzi: przedstawiciel spółki, członek rady nadzorczej spółki wybrany przez rolników lub rybaków oraz przedstawiciel terenowo właściwej izby rolniczej.

Tryb reklamacyjny może być okazją do żądania przez spółkę dodatkowych wyjaśnień, dokumentów, jednocześnie rolnicy mogą uzupełniać przedstawioną dokumentację. Jednak komisja w toku postępowania reklamacyjnego nie ma prawa do żądania dodatkowych dokumentów, innych niż wymienione w rozporządzeniu.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia, po rozpatrzeniu reklamacji spółka przekazuje listę Ministrowi Skarbu Państwa. Minister Skarbu Państwa zawiera w imieniu Skarbu Państwa z uprawnionym rolnikiem umowę nieodpłatnego zbycia akcji. Wobec powyższego uznać należy, iż Minister Skarbu Państwa ma prawo do weryfikacji uprawnień rybaków i rolników do nieodpłatnego nabycia akcji. Skarb Państwa (*stacio fisci*

Minister Skarbu Państwa) jest również stroną w ewentualnym postępowaniu sądowym dotyczącym nieujęcia rolnika na liście uprawnionych, postępowania o zawarcie umowy nieodpłatnego nabycia akcji<sup>10</sup>. Umowa o nieodpłatne nabycie akcji ma charakter cywilnoprawny, dlatego też Skarb Państwa w chwili jej zawierania ma uprawnienia do badania przesłanek, na podstawie których umowa taka jest zawierana. Ma więc uprawnienia do weryfikacji dokumentacji, na podstawie której sporządzono listę osób uprawnionych do nieodpłatnego otrzymania akcji. Ma również prawo do żądania dodatkowych dokumentów, uzasadniających fakt spełniania przesłanek ustawowych do nieodpłatnego otrzymania akcji.

## 7. Podsumowanie

Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji w sposób nieprecyzyjny określa procedurę weryfikacji uprawnień do nieodpłatnego uzyskania akcji przez rolników lub rybaków. Przewiduje szereg rozwiązań takich jak zaświadczenie z urzędu gminy o prowadzeniu gospodarstwa rolnego, niemających żadnego oparcia w obowiązującym prawie. Nie definiuje też w sposób precyzyjny używanych pojęć – np. pojęcia gospodarstwa rolnego. Z nieodpłatnych akcji mieli w założeniach skorzystać rolnicy i rybacy, trwale związani z przedsiębiorstwem. Określenie wysokości wartości dostarczanych surowców na niskim poziomie oraz rozwiązanie pozwalające na wyczerpanie limitu na skutek jednorazowej, incydentalnej dostawy, jeżeli tylko miała ona miejsce w okresie 5 lat przed wykreśleniem przedsiębiorstwa z rejestru, zbyt szeroko określiło krąg osób uprawnionych. Procedura weryfikacji dokumentacji przez spółkę jest procedurą formalną, która winna ograniczać się do weryfikacji faktu przedstawienia określonych w rozporządzeniu dokumentów i oświadczeń. Nieumieszczenie na liście osób uprawnionych

<sup>10</sup> Por. wyrok SN z dn. 24 czerwca 1998 r., I PKN 198/98 i glosa J. Broła, OSP 2000, nr 1, poz. 13. Na temat sądowego dochodzenia roszczeń por. W. Sanetra, Prawo pracy wobec komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, Prawo Pracy 1997, nr 2; M. Rościszewski, Dochodzenie roszczeń z tytułu prawa do nieodpłatnego nabycia akcji prywatyzowanej spółki Skarbu Państwa, Prawo Spółek, 1999 nr 7–8; Z. Niedbała, Sytuacja prawna pracowników komercjalizowanych i prywatyzowanych przedsiębiorstw państwowych, RPEiS 1996, z. 4.

do nieodpłatnego otrzymania akcji danej osoby daje jej prawo do dochodzenia roszczeń na drodze sądowej. W przypadku wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń, weryfikacja uprawnień winna być dokonywana przez Ministra Skarbu Państwa przed podpisaniem umowy o nieodpłatne nabycie akcji.

Agnieszka Zemke–Górecka

## **Tworzenie, przekształcenie oraz likwidacja samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej**

Wejście w życie dnia 1 stycznia 1999 roku nowego systemu finansowania świadczeń zdrowotnych wiąże się ze zmianą statusu prawnego zakładów opieki zdrowotnej, albowiem zgodnie z treścią przepisu art. 166 ustawy o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym<sup>1</sup>, do dnia 1 stycznia 1999 roku organy, które utworzyły i utrzymywały publiczne zakłady opieki zdrowotnej, przekształciły je w samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (spzoz) w drodze zarządzenia właściwego organu administracji rządowej albo w drodze uchwały właściwego organu jednostki samorządu terytorialnego oraz rejestracji sądowej. Zakłady opieki zdrowotnej uzyskały osobowość prawną i zdolność do tego, aby stać się samodzielnym podmiotem praw i obowiązków majątkowych. Ustawodawca w tym samym czasie zmienił ich organizacyjne usytuowanie, bowiem w myśl przepisu art. 47 ust. 1 ustawy<sup>2</sup>, od 1 stycznia 1999 roku jednostki samorządu terytorialnego przejęły uprawnienia organu administracji rządowej, który utworzył zakład. Natomiast od 2001 roku publiczne uczelnie medyczne lub publiczne uczelnie, prowadzące działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, stały się organami założycielskimi dla zakładów klinicznych, dotychczas prowadzonych przez ministra zdrowia<sup>3</sup>. Reasumując, założycielami publicznych zakładów opieki zdrowotnej może być ściśle określony krąg podmiotów, do których zgodnie z art. 8 pkt 1–3b ustawy o zakładach opieki zdrowotnej<sup>4</sup> (dalej nazywa-

1 Ustawa z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym, Dz.U. Nr 28, poz. 483.

2 Ustawa z dnia 13 października 1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną, Dz.U. z 1998 r., Nr 133, poz. 872.

3 Dz.U. z 2001 r., Nr 111, poz. 1193.

4 Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 9, poz. 408 ze zm.

ną ustawą o zoz) zaliczamy ministra lub centralny organ administracji rządowej, wojewodę, jednostkę samorządu terytorialnego oraz publiczną uczelnię medyczną lub publiczną uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego.

## 1. Utworzenie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej

Utworzenie osoby prawnej, także w przypadku spzoz, wymaga ciągu działań prawnych, to jest czynności prawnych i faktycznych o znaczeniu prawnym, prowadzących do utworzenia organizacji oraz uznania jej podmiotowości przez system prawny<sup>5</sup>. W procesie tym możemy wskazać dwa etapy: administracyjnoprawny i sądowy. Pierwszy z nich poprzedzony jest działaniami organizatorskimi, po których następuje wydanie aktu prawnego o utworzeniu zakładu połączone z wydzieleniem środków osobowych i rzeczowych na jego rzecz oraz powołaniem jego organów. Uwieńczeniem tego procesu jest wpis w rejestrze prowadzonym przez wojewodę bądź ministra zdrowia w zależności od tego, jaki podmiot administracji publicznej tworzy spzoz. Drugi etap związany jest z nabyciem osobowości prawnej wskutek wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym.

W ramach uprawnień organizatorskich podmioty administracji publicznej dokonują oceny potrzeb społeczeństwa. Etap ten ma na celu przede wszystkim prawidłowe opisanie stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji. Organy administracji publicznej powinny zasięgnąć opinii zainteresowanych podmiotów ewentualnym utworzeniem zakładu publicznego oraz zbadać oczekiwania społeczne w zakresie ochrony zdrowia w taki sposób, aby uruchomić wszelkie działania w sensie organizacyjnym i normatywnym. Według J. Zieleniewskiego<sup>6</sup>, cel powinien być możliwie ściśle określony przed jego realizacją, tak by można było z kolei sposób działania przystosować do niego i do przewidywanych warunków.

Zgodnie z przepisem art. 36 ustawy o zoz – tworzenie, przekształcenie i likwidacja publicznego zakładu opieki zdrowotnej następuje w drodze rozporządzenia właściwego organu administracji rządowej<sup>7</sup> albo uchwały właściwego organu jednostki samorządu terytorialnego lub w przypadku zakładów klinicznych – uchwały senatu właściwej publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych (art. 36a ust. 1 ustawy o zoz). Są to akty normatywne o charakterze jednostronnym, które nie wskazują konkretnego kręgu osób, których przedmiotowy akt dotyczy. Powinny odpowiadać zasadom techniki prawodawczej<sup>8</sup>, mają bowiem charakter aktów stanowiących, konstytucyjnych<sup>9</sup>.

Minister lub centralny organ administracji rządowej tworzy spzoz w drodze rozporządzenia, które podlega publikacji w „Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>10</sup>. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy o zoz, jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć zakłady opieki zdrowotnej na podstawie uchwał<sup>11</sup>. Zasady i tryb ich uchwalenia określają poszczególne ustawy samorządowe<sup>12</sup>. Są one

- 7 Zarządzenie jako akt tworzenia, przekształcania i likwidacji zakładów opieki zdrowotnej stanowiło wyjątek od reguły dotyczący zakładów opieki zdrowotnej nadzorowanych przez ministra spraw wewnętrznych i administracji oraz ministra sprawiedliwości.
- 8 Dział 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908). Elementami formalnie istotnymi rozporządzenia, oprócz wskazania organu wydającego, jest jego oznaczenie, data, określenie przedmiotu oraz podanie podstawy prawnej aktu.
- 9 Wyrok NSA z dnia 3 listopada 1999 r. II SA/ Łd 1115/99, OSS 2000, nr 2, poz. 51.
- 10 Art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. Nr 62, poz. 718).
- 11 A. Szewc T. Szewc, *op. cit.*, s. 67. Akt ten powinien zawierać tytuł (z oznaczeniem daty i ogólnym określeniem przedmiotu aktu), przepisy merytoryczne określające zakres przedmiotowy i podmiotowy stosunków regulowanych uchwałą oraz przepisy o wejściu uchwały w życie. Powinna ona być podpisana przez przewodniczącego (rady, sejmiku). Organ stanowiący administracji samorządowej podejmuje uchwałę, która jest formą oświadczenia woli dostępną jedynie dla organu kolegiального.
- 12 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.); ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. 2001 r., Nr 142, poz. 1592); ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592). Uregulowania dotyczące tej sfery zawarte są w art. 85–102 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, w art. 76–90 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, w art. 78–88 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa.

5 W. Wąsowicz, *Powstawanie osoby prawnej. Praktyka uzyskiwania osobowości prawnej*, Warszawa 2002, s. 73.

6 J. Zieleniewski, *Organizacja i zarządzanie*, Warszawa 1981, s. 207.

aktami prawa miejscowego, a warunkiem wejścia ich w życie jest ogłoszenie dokonane zgodnie z przepisem art. 13 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych<sup>13</sup>. Działalność uchwałodawcza organów samorządu terytorialnego podlega nadzorowi właściwych organów administracji publicznej w ramach nadzoru nad działalnością samorządu.

Przepis art. 38 ust. 1 ustawy o zoz określa niezbędne wymogi formalne co do treści aktu normatywnego o utworzeniu zakładu opieki zdrowotnej, do których zaliczyć należy: nazwę zakładu, siedzibę, formę prowadzenia gospodarki finansowej, podstawowe kierunki działalności, obszar działania, określenie organu sprawującego nadzór nad zakładem. Zgodnie z przepisem art. 2 ust. 4 ustawy o zoz, nazwa zakładu powinna odpowiadać zakresowi świadczeń udzielanych przez ten zakład. Rozdział drugi oraz trzeci ustawy o zoz przybliża normatywnie treść nazw, które powinien wykorzystać założyciel, wskazując, że szpital jest przeznaczony dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych, natomiast przychodnia, ośrodek zdrowia i poradnia, które udzielają świadczeń zdrowotnych obejmujących swoim zakresem świadczenia podstawowej i specjalistycznej opieki zdrowotnej, w warunkach ambulatoryjnych lub domowych, w miejscu zamieszkania lub pobytu osoby potrzebującej tych świadczeń. Innym rodzajem zakładu opieki zdrowotnej jest pogotowie ratunkowe, które udziela pomocy w razie wypadku, urazu, porodu, nagłego zachorowania lub nagłego pogorszenia stanu zdrowia powodującego zagrożenie życia. Ustawodawca wyróżnia również pracownie: diagnostyczną oraz protetyki stomatologicznej i ortodoncji. Pierwsza z nich udziela świadczeń zdrowotnych objętych zakresem badań diagnostycznych, w tym analizy wykonywane w celu rozpoznania stanu zdrowia i ustalenia dalszego postępowania leczniczego, natomiast druga wykonuje i naprawia protezy i inne przedmioty protetyczne oraz ortodontyczne. Wśród zakładów opiekuńczych ustawodawca wskazuje na ich dwa rodzaje: zakład opiekuńczo–leczniczy, który udziela całodobowych świadczeń zdrowotnych obejmujących swoim zakresem pielęgnację i rehabilitację osób niewymagających hospitalizacji, zapewnia-

jący im środki farmaceutyczne i materiały medyczne, pomieszczenie i wyżywienie odpowiednie do stanu zdrowia, a także opiekę w czasie organizowanych zajęć kulturalno–rekreacyjnych oraz zakład pielęgnacyjno–opiekuńczy, który udziela całodobowych świadczeń zdrowotnych obejmujących swoim zakresem pielęgnację, opiekę i rehabilitację osób niewymagających hospitalizacji. Zapewnia on również kontynuację leczenia farmakologicznego, pomieszczenie i wyżywienie odpowiednie do stanu zdrowia, a także prowadzi edukację zdrowotną tych osób i członków ich rodzin. Samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej może być również zakład rehabilitacji leczniczej, który udziela świadczeń zdrowotnych, polegających na interdyscyplinarnych, kompleksowych działaniach usprawniających, służących zachowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia czy też hospicjum przeznaczone dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych lub całodziennych świadczeń w odpowiednim, stałym pomieszczeniu. Myślę, że zasadnym byłoby przyjmowanie w pełnej nazwie spzoz nazewnictwa wskazanego powyżej, ponieważ przybliża ono potencjalnemu pacjentowi rodzaj placówki, w której chce uzyskać świadczenie zdrowotne.

Następnym etapem w procesie tworzenia spzoz jest powołanie organów, bez których niemożliwe jest przeprowadzenie jego rejestracji, a co za tym idzie, prowadzenia działalności przez zakład publiczny. Podkreślić należy, że zarówno kierownik zakładu, jak i rada społeczna odgrywają konstruktywną rolę w procesie tworzenia prawa ustrojowego spzoz. Błędnie przyjmują niektórzy w doktrynie, iż statut każdego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej jest nadawany przez założyciela<sup>14</sup>. Przeczy to treści przepisu art. 11 ust. 3 ustawy o zoz, który należy czytać łącznie z przepisem art. 39 ust. 2, zgodnie z którym rada społeczna uchwała statut i przedkłada go do zatwierdzenia orga-

13 Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, Dz.U. Nr 62, poz. 718.

14 Por. J.P. Naworski pisząc, iż powstawanie spzoz jest – tak jak i innych osób prawnych [...] – złożonym procesem, który kończy się konstytutywnym wpisem do rejestru sądowego. Proces ten rozpoczyna utworzenie publicznego zoz. przez organy wymienione w art. 8 ust. 1 pkt 1–3 ustawy o zoz, które nadają mu statut określający ustrój oraz inne sprawy dotyczące jego funkcjonowania, nieuregulowane w ustawie, zob. *Wpis do rejestru sądowego jako przestanka nabycia osobowości prawnej*, Glosa 2000 nr 5; tak też U. Drodowska, *Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej*, PiM 2002, nr 11, s. 113.

nowi, który utworzył zakład. Jedynie w przypadku spoz tworzonych przez publiczną uczelnię medyczną lub publiczną uczelnię prowadzącą działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, statut nadawany jest przez założyciela. Organ założycielski zatwierdza statut i wszelkie zmiany w nim dokonane za pośrednictwem swoich organów. Ani praktyka, ani też orzecznictwo nie wskazują rozbieżności, iż jest to w przypadku gminy i powiatu rada. Natomiast kontrowersje co do zakresu kompetencji w tej materii budzi samorząd województwa. Praktyka dowodzi, iż w wielu województwach samorządowych to sejmik zatwierdza statut i wszelkie jego zmiany. Linia orzecznicza w tym zakresie jest odmienna i moim zdaniem, słuszna<sup>15</sup>. Zgodnie z orzeczeniem NSA z dnia 3 listopada 1999 roku II SA/Łd 1115/9<sup>16</sup> „przepis art. 41 ustawy o samorządzie województwa, odmiennie niż ustawa o samorządzie gminnym i ustawa o samorządzie powiatowym, generalną klauzulę właściwości rady gminy z art. 18 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym i brak takiej w ustawie o samorządzie powiatowym, zastąpił klauzulą odnoszącą się do zarządu województwa, wprowadzając domniemanie właściwości zarządu województwa we wszystkich sprawach należących do samorządu województwa, niezastrzeżonych na rzecz sejmiku województwa i wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych”.

Wśród niezbędnych dokumentów, które winny być przedłożone do rejestracji w przypadku każdego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, jest regulamin udzielania świadczeń zdrowotnych opracowywany przez kierownika zakładu i zatwierdzany przez radę społeczną. Jest on wyrazem samodzielności organizacyjnej zakładu oraz władztwa administracyjnego zakładu.

Spoz może rozpocząć działalność dopiero po uzyskaniu wpisu do rejestru prowadzonego przez wojewodę albo ministra zdrowia (w zależności od podmiotu, który go utworzył). Każdy zakład opieki zdro-

wotnej oznaczony jest w nim numerem identyfikacyjnym charakteryzującym osobną księgę zawierającą pięć działów. Rejestr prowadzony jest w sposób z informatyzowany.

Wniosek o wpis do rejestru składa kierownik zakładu. Organ prowadzący rejestr bada, czy wniosek i dołączone do niego dokumenty są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Złożenie wniosku zobowiązuje organ rejestrowy do wnikliwego i starannego wyjaśnienia, czy wnioskodawca spełnia wymagania przewidziane w przepisach art. 9–11 ustawy o zoz. W interesie publicznym jest, aby udzielanie świadczeń znajdowało się w rękach osób posiadających odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia oraz dokonywało się w zakładach opieki zdrowotnej spełniających wymagania, np. sanitarne. W razie stwierdzenia w toku postępowania wyjaśniającego, że wnioskodawca nie spełnia nałożonych prawem wymagań, organ administracji publicznej jest obowiązany odmówić dokonania wpisu w drodze decyzji administracyjnej. Jest to jednoznaczne z odmową wydania zezwolenia na prowadzenie działalności wskazanej w zgłoszeniu. Rozpoznanie wniosku następuje w formie decyzji o wpisie do rejestru bądź jego odmowie; przysługuje odwołanie do ministra zdrowia. W razie jego nieuwzględnienia uprawniony podmiot może złożyć skargę do sądu administracyjnego.

Wpis w rejestrze ma charakter konstytutywny<sup>17</sup>, ponieważ uzależnia prawo do udzielania świadczeń zdrowotnych. Z chwilą pomyślnego zakończenia rejestracji administracyjnej, zakład może rozpocząć starania o uzyskanie osobowości prawnej. Dyrektor spoz powinien złożyć wniosek o wpis, do którego należy dołączyć w szczególności akt o utworzeniu zakładu i akt o powołaniu kierownika spoz oraz decyzję o wpisaniu zakładu do rejestru zakładów opieki zdrowotnej mających siedzibę na obszarze danego województwa. Kontrola sądu rejestrowego ma charakter formalny. Celem jej jest sprawdzenie, czy założyciele nowo powstałej osoby prawnej posiadają kwalifikacje wymagane do jej utworzenia i zarządzania oraz czy wyposażyli ją w składniki mienia i powołali jej organy<sup>18</sup>. Brak organów uprawnionych do występowania w imieniu spoz powoduje, zgodnie z przepisem art. 38 kc., nie-

15 Wyrok NSA z dnia 3 listopada 1999 r. w sprawie II SA/Łd 1115/99, OSS 2000, nr 2, poz. 51.

16 Wyrok NSA z dnia 3 listopada 1999 r. w sprawie II SA/Łd 1115/99, OSS 2000, nr 2, poz. 51. Tak też: R. Raszecka-Skałeczka, *Kontrola statutu zakładu administracyjnego z punktu widzenia zgodności z prawem*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji, 2004, nr 2562, s. 233.

17 T. Stawecki, *Rejestry publiczne, Funkcje instytucji*, Warszawa 2005, s. 91.

18 W. Wąsowicz, *op. cit.*, s. 46.



możność działania w obrocie cywilnoprawnym<sup>19</sup>. Sąd rejestrowy bada postanowienia statutu pod kątem ich zgodności z prawem. Spzoz podlega wpisowi w Krajowym Rejestrze Sądowym – w rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Zgodnie z przepisem art. 53 ustawy o KRS, przy rejestracji publicznych zakładów opieki wpisuje się oznaczenie podmiotu, który utworzył publiczny zakład opieki zdrowotnej, jak też nazwisko i imiona kierownika tego zakładu i jego kwalifikacje oraz skład rady społecznej<sup>20</sup>. Jak słusznie zauważa J.P. Naworski<sup>21</sup>, w procesie powstawania osoby prawnej wpis w rejestrze stanowi uwieńczenie całego złożonego procesu założycielskiego, a podobnie przy unicestwieniu osoby prawnej wpisanej do rejestru, jej wykreślenie po przeprowadzeniu likwidacji kończy byt tego podmiotu.

## 2. Likwidacja samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej

W przypadku samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, moim zdaniem, możemy mówić o likwidacji *sensu stricto* i *sensu largo*. Źródła takiego rozróżnienia upatruję w kryterium samostanności prawnej publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

Likwidacja *sensu stricto* polega na całkowitym zaprzestaniu udzielania świadczeń zdrowotnych przez zakład oraz zadysponowanie przez organ założycielski jego mieniem, między innymi w celu zaspokojenia wierzycieli. W likwidacji *sensu largo* mamy do czynienia jedynie z unicestwieniem osoby prawnej, która dzięki zmianie formy gospodarki finansowej na zakład budżetowy albo jednostkę budżetową w dalszym ciągu istnieje jako zakład administracyjny, bez atrybutu samoistności udzielając świadczeń zdrowotnych.

Likwidacja *sensu largo* związana jest, jak wskazywałam wcześniej, ze zmianą formy finansowej zakładu. W sytuacji, w której spzoz nie jest w stanie samodzielnie pokryć ujemnego wyniku finansowego,

organ założycielski może zdecydować o jego likwidacji. Niemniej jednak ustawodawca nie zezwala w tym przypadku na automatyzm ekonomiczny. W świetle orzeczenia NSA z dnia 13 marca 2002 roku I SA/Lu 23/02<sup>22</sup>, nie istnieje możliwość zaprzestania działalności spzoz wówczas, gdy istnieje ujemny wynik finansowy, którego zakład sam nie jest w stanie spłacić, ponieważ samo istnienie ujemnego wyniku finansowego nie może *a priori* przesądzać o likwidacji spzoz, ponieważ likwidacja jest ustawowo ograniczona. W świetle przepisu art. 60 ust. 2 ustawy o zoz, dalsze istnienie zakładu może być uzasadnione celami i zadaniami, do których realizacji został on utworzony, a których nie może przejąć inny zakład w sposób zapewniający nieprzerwane sprawowanie opieki zdrowotnej nad ludnością. Ochrona zdrowia i życia obywateli jest jedną z najważniejszych wartości konstytucyjnych i z pewnością odstępianie od jej realizacji nie można usprawiedliwić wyłącznie korzyściami gospodarczymi, zwłaszcza, gdyby miało okazać się, że dla istnienia samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej nie ma znaczenia dobro publiczne, ze względu na które zostały one utworzone. Ponadto, jak podnosi się w orzeczeniu TK z dnia 27 czerwca 2000 r. K. 20/99<sup>23</sup>, „czasowe zadłużenie tego rodzaju podmiotów i ujemny wynik finansowy może być tylko stanem przejściowym a z działalnością samodzielnych, posiadających osobowość prawną zakładów opieki zdrowotnej wiązać się może stan permanentnego zadłużenia zakładu, związanego nie tyle z ich złą kondycją finansową, co sposobem egzekwowania należności finansowych i zobowiązań związanych ze świadczeniem usług”.

Z uwagi na to, że likwidacja zakładów jest ustawowo ograniczona, ustawodawca wskazał alternatywę, która pozwala na kontynuację udzielania świadczeń zdrowotnych przez publiczny zakład opieki zdrowotnej bez statusu samodzielności. Wówczas organ, który utworzył spzoz, wydaje rozporządzenie albo podejmuje uchwałę o zmianie formy gospodarki finansowej zakładu i sam pokrywa ujemny wynik finansowy zakładu ze środków publicznych oraz określa formę dalszego finansowania zakładu na zasadach określonych w art. 35c ustawy o zoz. Wskutek takiego działania następuje likwidacja osoby prawnej,

19 Tak też w orzeczeniu SN z dnia 28 października 2003 r., I CK 190/02, Legalis.

20 Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 17, poz. 209).

21 J.P. Naworski, *op. cit.*, s. 5.

22 Wyrok NSA z 13 marca 2002 r. I SA/Lu 23/02, FK 2003, nr 1, poz. 69.

23 Wyrok TK z dnia 27 czerwca 2000 r. K. 20/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 140.

natomiast pozostaje zakład administracyjny prowadzony w formie zakładu budżetowego<sup>24</sup> albo jednostki budżetowej<sup>25</sup>. Gospodarka finansowa opiera się wtedy na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych poza jednym wyjątkiem, bowiem zgodnie z przepisem art. 50 ust. 2 ustawy o zoz, publiczny zakład opieki zdrowotnej pozostawia w swojej dyspozycji 70% środków budżetowych niewykorzystanych w danym roku, jeżeli jest prowadzony w formie jednostki budżetowej albo 70% wpłaty przeznaczonej dla budżetu, jeżeli jest prowadzony w formie zakładu budżetowego. Spzoz zostaje wykreślony z KRS, natomiast w rejestrze administracyjnym nanosi się stosowne zmiany, lecz zakład w dalszym ciągu udziela świadczeń zdrowotnych.

Likwidacja *sensu stricto* obejmuje wszystkie czynności prowadzące do prawnego unicestwienia spzoz od chwili podjęcia decyzji przez założyciela aż do wykreślenia zakładu z rejestrów administracyjnego i sądowego. W procesie tym czynny udział w świetle prawa bierze nie tylko podmiot, który utworzył zakład. Organ założycielski zobowiązany jest do uzyskania opinii organów zakładu oraz administracji publicznej, które reprezentują użytkowników zakładu korzystającego z jego usług<sup>26</sup>. Ponadto, rada społeczna zakładu, zgodnie z przepisem art. 46 pkt 1 lit. c), opiniuje w sprawach związanych z likwidacją lub przekształceniem zakładu. Wskazać należy, iż co do zasady ma ona charakter niewiązący, podobnie jak dokonywana konsultacja z woje-

wodą i jednostkami samorządu terytorialnego. Jedynie minister zdrowia może unicestwić zamiar likwidacji spzoz przy zaistnieniu ustawowo określonych przesłanek (art. 36b ustawy o zoz).

Podstawową przyczyną podjęcia niepopularnej społecznie decyzji o likwidacji spzoz jest ujemny wynik finansowy, którego zakład nie jest w stanie samodzielnie zniwelować. Organ założycielski dokonuje jego ustalenia, tzn. bada, zgodnie z przepisem art. 42 ustawy o rachunkowości<sup>27</sup>, w księgach rachunkowych wynik działalności operacyjnej (w tym na operacjach finansowych) oraz na operacjach nadzwyczajnych, jak też obowiązkowe obciążenia wyniku finansowego z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych lub osób fizycznych i płatności z nim zrównanych na podstawie odrębnych przepisów. Czynności te wymagają wiedzy fachowej we wskazanym zakresie. Dopiero formalnie stwierdzony wynik finansowy i ustalenie, że dany zakład nie posiada środków na jego pokrycie, jest podstawą do działań odnoszących się do jego dalszego funkcjonowania, podejmowanych przez organ założycielski. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2004 roku, V CK 160/2003<sup>28</sup>, wówczas gdy ujemny wynik finansowy samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej nie może być pokryty przez sam zakład, organ założycielski wydaje rozporządzenie albo podejmuje uchwałę o zmianie formy gospodarki finansowej zakładu lub o jego likwidacji. Jednakże, jak czytamy w orzeczeniu, kategoryczne sformułowanie przepisu art. 60 ust. 3 wskazuje na obowiązek podjęcia takich kroków przez organ założycielski, jednak nie może być odczytywane jako obowiązek powstający automatycznie z chwilą wystąpienia czy nawet utrzymywania się od pewnego czasu ujemnego wyniku finansowego samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej, lecz jako powinność będąca konsekwencją stwierdzenia, że ujemny wynik finansowy nie może być pokryty przez sam zakład, co wymaga analizy przyczyn po-

24 Zakładami budżetowymi są takie jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych, które odpłatnie wykonują wyodrębnione zadania, pokrywają koszty swojej działalności z przychodów własnych, z zastrzeżeniem możliwości otrzymania z budżetu dotacji przedmiotowej oraz dotacji podmiotowej lub dotacji celowej na dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji. Podstawą gospodarki jest roczny plan finansowy, obejmujący przychody i wydatki stanowiące koszty działalności oraz stan środków obrotowych i rozliczenia z budżetem.

25 Jednostkami budżetowymi są takie jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Ponadto prowadzą one gospodarkę finansową według zasad określonych w ustawie o finansach publicznych, a podstawą ich gospodarki finansowej jest plan dochodów i wydatków, zwany dalej „planem finansowym”.

26 W. Śmiecikowski, *Charakter prawny uchwały jednostki samorządu terytorialnego o likwidacji samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej*, ST 2003, nr 1–2, s. 103. Z literalnego brzmienia art. 43 ust. 2 ustawy o zoz wynika, że jeżeli (...) zakład opieki zdrowotnej świadczy usługi tylko na terenie gminy, to zbędne wydaje się uzyskanie takiej opinii innych jednostek samorządu terytorialnego.

27 Dz.U. Nr 121, poz. 591.

28 Rzeczpospolita 2004, nr 23. Co więcej, w wyroku SN z dnia 11 sierpnia 2005 r., V CK 69/2005 wskazano, że zarzut stawiany organowi założycielskiemu szpitala, że nie podjął działań zmierzających do uzdrowienia w nim sytuacji finansowej, nie może być skuteczny, jeśli działania takie rozpoczęto, ale nie przyniosły one jeszcze spodziewanego rezultatu, bo było na to zbyt mało czasu. Przepisy nic nie mówią o terminie, w jakim należy je podjąć, dlatego stanowisko sądu apelacyjnego, że powinno to nastąpić niezwłocznie po stwierdzeniu ujemnego wyniku finansowego, jest błędne. *Gazeta Prawna* 2005, nr 17, s. 17.

wstania ujemnego wyniku oraz możliwości podjęcia skutecznych działań naprawczych w gospodarce zakładu. Wiedza podmiotu, który zakład utworzył, o jego stanie wydolności finansowej stanowi bowiem wystarczający argument na korzyść stanowiska, że organ ten powinien podjąć działania z urzędu, zwłaszcza iż ustawa nie wymaga złożenia wniosku w tym przedmiocie przez zakład. Nie jest też uzasadnione stanowisko, że organ założycielski jest zwolniony od bieżącej kontroli stanu sprawności do samodzielnego działania utworzonego zakładu opieki medycznej, wykonuje bowiem funkcje publiczne, a w ich katalogu mieści się także podejmowanie, bez zbędnej zwłoki, czynności zmierzających do usunięcia zagrożeń w zakresie funkcjonowania zakładów leczniczych. Zaniedbanie tego obowiązku wskazuje na bezprawność zaniechania. Jeżeli w myśl przepisu art. 60 ust. 2 ustawy o zoz, ujemny wynik finansowy nie może być podstawą zaprzestania działalności zakładu, to tym bardziej organ założycielski, któremu taki ujemny wynik finansowy już jest znany, nie może odsuwać w czasie niezbędnych działań w tym zakresie.

Zgodnie z przepisem art. 36 ustawy o zoz, likwidacja szpitala, podobnie jak jego utworzenie i przekształcenie, następuje w drodze rozporządzenia organu administracji rządowej, uchwały właściwego organu jednostki samorządu terytorialnego albo uchwały senatu właściwej publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Jeszcze przed reformą przeprowadzoną w 1999 roku, jak podnosił S. Prutis<sup>29</sup>, sprawy uregulowane w art. 36 ustawy o zoz należą niewątpliwie do materii stanowiącej, a zatem w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego pełni funkcję organu założycielskiego, kwestie te zastrzeżone są dla jej organów stanowiących.

Wówczas, gdy organem założycielskim jest publiczna uczelnia medyczna lub publiczna uczelnia prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, likwidacja następuje w drodze uchwały senatu właściwej państwowej uczelni medycznej lub państwowej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą

w dziedzinie nauk medycznych za zgodą ministra zdrowia, a w przypadku uczelni nadzorowanych przez ministra obrony narodowej za jego zgodą. Oświadczenie podmiotów tych wyrażane jest w formie decyzji administracyjnej.

W przypadku, gdy rolę organów założycielskich pełnią organy administracji rządowej, samorządowej proces likwidacji obejmuje obowiązki przygotowania projektu aktu prawnego o zniesieniu zakładu zgodnie z wymogami przepisu art. 43 ust. 1 ustawy o zoz. Powinien on wskazywać sposób i formę zapewnienia osobom korzystającym z oznaczonych rodzajowo świadczeń zdrowotnych likwidowanego zakładu dalsze, nieprzerwane udzielanie takich świadczeń, bez istotnego ograniczenia ich dostępności, warunków ich udzielania i jakości oraz termin zakończenia działalności zakładu (określony na datę nie wcześniejszą niż 3 miesiące od daty wydania rozporządzenia lub podjęcia uchwały o likwidacji<sup>30</sup>). Ponadto w przypadku, w którym decyzja o likwidacji zakładu zapada w formie uchwały, powinna ona w myśl przepisu art. 60 ust. 4b<sup>31</sup> zawierać oznaczenie zakładu podlegającego likwidacji z określeniem dnia otwarcia i zamknięcia oraz sposobu i trybu zadysponowania składnikami materialnymi i niematerialnymi, jak też winna wskazać podmiot, który przejmie prawa i obowiązki likwidowanego zakładu wraz z określeniem zakresu tych praw i zobowiązań.

Organ założycielski zobowiązany jest do przedstawienia projektu aktu o likwidacji do zaopiniowania wojewodzie oraz właściwym organom gminy i powiatu, których ludność korzysta ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez zakład, a także sejmikowi województwa, jeśli zasięg działania zakładu obejmuje województwo lub jego znaczną część (art. 43 ust. 2 ustawy o zoz). Obowiązek konsultacji, o którym mowa, nie istnieje w przypadku likwidacji zakładu, dla którego organem założycielskim jest publiczna uczelnia medyczna lub publiczna uczelnia prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Wydanie opinii wymaga podjęcia uchwały

30 Zgodnie z przepisem art. 36a ustawy o zoz, art. 43 nie stosujemy do zakładów, które utworzyła publiczna uczelnia medyczna lub publiczna uczelnia prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych.

31 Przepis art. 60 ust. 4b ustawy o zoz przesądza jedynie o treści merytorycznej uchwały, nie odnosi się natomiast do rozporządzenia.

29 S. Prutis, *Glosa do wyroku NSA z dnia 25.05.1994 r., SA/Ka 2377/93, ST 1995, nr 7-8, s. 131.*

organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, która nie ma charakteru aktu prawa miejscowego, a opinia wojewody winna być wydana w formie pisemnej.

Przepis art. 43 ust. 2 dotyczący konsultacji nie wymienia ministra zdrowia jako podmiotu opiniującego, bowiem ustawodawca przypisał mu znacznie ważniejszą rolę, gdyż przysługuje mu prawo zgłoszenia weta wobec projektu aktu o likwidacji spoz. Nie ma ono jednak charakteru uznaniowego, a co więcej, powoduje negatywne skutki finansowe dla Skarbu Państwa, bowiem staje się on dodatkowym płatnikiem dla spoz. Opisująca sytuacja ma miejsce wówczas, gdy zamiar likwidacji dotyczy spoz udzielającego jako jedynego w województwie określonych świadczeń, a po jego likwidacji nie byłoby możliwe dalsze ich udzielanie w innym zakładzie opieki zdrowotnej. Wówczas, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 36b ustawy o zoz, minister zdrowia może odmówić zgody na likwidację lub przekształcenie spoz, w wyniku którego ma nastąpić istotne ograniczenie poszczególnych rodzajów działalności zakładu i udzielanych świadczeń zdrowotnych. Należy zatem przyjąć, że w opisywanym przypadku organ założycielski jest uzależniony od decyzji ministra, który może zniwelować projekt likwidacyjny. Jednak wtedy następuje zmiana podmiotu odpowiedzialnego za zobowiązania spoz powstałe po wydaniu przedmiotowej decyzji, którym od tej chwili jest Skarb Państwa.

Organ założycielski po wykonaniu obowiązku konsultacji podejmuje normatywną decyzję o likwidacji zakładu, która stanowi rzeczywisty początek końca spoz. Wszystkie obowiązki związane z likwidacją obciążają organ założycielski, który może w tym celu wykorzystać swoje zaplecze osobowe, jak też korzystać z usług osób trzecich, np. likwidatorów wyłonionych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych<sup>32</sup>. Z uwagi na brak w obowiązujących przepisach wyraźnych rozstrzygnięć w tym przedmiocie, np. w aspekcie praw i obowiązków likwidatora, można, moim zdaniem, zastosować przepisy dotyczące likwidacji przedsiębiorstw państwowych i spółdzielni.

Organ założycielski zobowiązany jest powiadomić NFZ o terminie zakończenia świadczenia usług zdrowotnych w celu ewentualnego

rozwiązania umowy oraz wystąpić do organu rejestrowego (wojewody albo ministra zdrowia) z wnioskiem o wykreślenie z rejestru zakładów opieki zdrowotnej. Likwidator powinien sporządzić bilans otwarcia zakładu, w którym ujęte zostaną wszystkie jego aktywa i pasywa. Do jego obowiązków należy rozwiązanie stosunków pracy z pracownikami spoz zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zadysponowanie mieniem likwidowanego spoz (mając na uwadze zaspokojenie wierzycieli spoz). Po zakończeniu likwidacji powinien on sporządzić bilans zamknięcia oraz przekazać organowi założycielskiemu pozostałe po likwidacji składniki majątku wraz z listami nieuregulowanych zobowiązań. Wówczas organ założycielski lub osoba przez niego upoważniona zobowiązana jest do złożenia wniosku o wykreślenie spoz z KRS.

Zobowiązania i należności samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej po jego likwidacji stają się zobowiązaniami i należnościami organu założycielskiego (art. 60 ust. 6 ustawy o zoz), a jego majątek, po zaspokojeniu wierzycieli, staje się własnością założyciela i to on decyduje o jego przeznaczeniu (art. 53 a ust. 2 ustawy o zoz). Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2005 r. III CZP 34/2005<sup>33</sup>, zobowiązania i należności postawionego w stan likwidacji samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej stają się zobowiązaniami i należnościami jego organu założycielskiego z dniem zakończenia czynności likwidacyjnych, określonych w uchwale o likwidacji (art. 60 ust. 6 w związku z art. 60 ust. 4b pkt 5 ustawy o zoz).

### 3. Przekształcenia organizacyjno–prawne zakładu

Organ założycielski może być inicjatorem przeprowadzenia zmian organizacyjno – prawnych podlegających mu jednostek ochrony zdrowia w celu dostosowywania ich struktury podmiotowej i przedmiotowej do rzeczywistych potrzeb i możliwości opieki zdrowotnej społeczeństwa. Celem zmian jest przede wszystkim niepowielanie świadczenia tożsamyh usług zdrowotnych przez różne podmioty<sup>34</sup>, a często rów-

<sup>33</sup> Uchwała SN z dnia 14 lipca 2005 r. III CZP 34/2005, Rzeczpospolita 2005, nr 165.

<sup>34</sup> Tytułem przykładu można wskazać połączenie, które miało miejsce w Białymstoku w 2002 roku. Otóż wskutek reformy przeprowadzonej w 1999 roku, samorząd województwa podlaskiego stał się organem założycielskim dla SPZOZ – pogotowie ratunkowe

niez uzasadnia to rachunek ekonomiczny. Zgodnie z uchwałą SN z dnia 22 lipca 2005 roku III CZP 54/2005<sup>35</sup>, połączenie samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej jest dopuszczalne także wtedy, gdy wykazują one ujemny wynik finansowy.

Zgodnie z przepisem art. 53a ust. 1 ustawy o zoz, „Podmiot, który utworzył publiczny zakład opieki zdrowotnej, może pozbawić zakład składników przydzielonego lub nabytego mienia w przypadku połączenia lub podziału albo przekształcenia zakładu, przeprowadzanych na zasadach określonych w ustawie”. Ustawa o zoz stanowi jedynie o warunkach połączenia zakładów. W związku z tym chcę zaproponować możliwe rozwiązania prawne dotyczące podziału zakładu.

Zdaniem J. Frąckowiaka<sup>36</sup>, przekształcenia obejmują proces, w którym osoba prawna zachowuje swoje istnienie, zmienia się strukturę np. nazwę, jednostki organizacyjne. Zważyć jednak należy, że organ założycielski nie jest uprawniony do dokonywania zmian statutowych, albowiem z uwagi na atrybut osobowości prawnej, kwestie struktury organizacyjno–prawnej, jej przekształcenia regulowane są przez organy spoz. Organ założycielski uprawniony jest tylko do zatwierdzania zmian statutowych. Rada społeczna, która jest „łącznikiem” spoz oraz założyciela może inicjować i uczestniczyć w procesie przekształceniowym.

Ustawodawca wskazał dwie koncepcje połączenia się samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, które nie stanowią likwidacji zakładu przejmowanego albo łączących się zakładów. Pierwsza metoda zakłada przeniesienie całego mienia z co najmniej jednego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (przejmowanego) na inny samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej (przejmujący), natomiast druga polega na utworzeniu nowego samodzielnego

publicznego zakładu opieki zdrowotnej powstałego z co najmniej dwóch łączących się samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca umożliwił dokonywanie połączenia zakładów, które podporządkowane są różnym organom założycielskim. W takim przypadku niezbędne jest zawarcie porozumienia, w którym wskazuje się podmiot, który przejmuje uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył zakład. Zgodnie z przepisem art. 43j ustawy o zoz, w przypadku jednostek samorządu terytorialnego, faktycznie wykonujących uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, odpowiedzialność za jego zobowiązania ponoszą te jednostki w częściach ułamkowych odpowiadających wysokości zobowiązań powstałych w okresach, w których wykonywały one uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył zakład, natomiast należności i mienie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej stają się należnościami i mieniem podmiotu, który przejął uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył zakład. Jednostki samorządu terytorialnego, które faktycznie wykonywały uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, mogą w inny sposób, niż wskazany powyżej, określić: odpowiedzialność za zobowiązania oraz zasady przejęcia należności i mienia zakładu, w stosunku do którego wykonywały uprawnienia i obowiązki podmiotu, który utworzył zakład. Do pracowników zakładu przejmowanego oraz do pracowników zakładów łączących się stosuje się art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy<sup>37</sup>. Nie straciły na aktualności orzeczenie SN V CK 622/2004<sup>38</sup>, w świetle którego nowa placówka lecznicza, utworzona z przekształcenia dwóch innych szpitali działających jako samodzielne zakłady opieki zdrowotnej, odpowiada za ich długi, jeśli tak zdecydował organ założycielski w prawidłowo podjętej uchwale. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 16 grudnia 2004 roku VCK 287/04<sup>39</sup>, przepis art. 60 ust. 4b ustawy o zoz nie ma

oraz Kolumny Transportu Sanitarnego. Obydwa podmioty świadczyły tożsame usługi. Nie istniała, z ekonomicznego punktu widzenia, konieczność utrzymywania aparatu administracyjnego obsługującego je. Celowym było połączenie tych podmiotów, w związku z tym pogotowie ratunkowe przejęło zadania kolumn transportu sanitarnego, co nie wpływało na ograniczenie świadczonych na rzecz pacjentów usług.

35 Uchwała SN z dnia 22 lipca 2005 roku III CZP 54/2005, Biuletyn Sądu Najwyższego 2005, nr 7.

36 J. Frąckowiak, *Łączenie lub podział samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej*, Rejent 2005, nr 9, s. 54.

37 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94, z późn. zm.

38 Wyrok SN V CK 622/2004, GP 2005, nr 107.

39 Wyrok SN z dnia 16 grudnia 2004 r. V CK 287/2004, Biuletyn Sądu Najwyższego 2005, nr 4.

zastosowania w razie łączenia dwóch samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej przez przejęcie jednego z nich. W takim wypadku odpowiedzialność za zobowiązania zakładu przejmowanego ponosi zakład przejmujący. Warto zwrócić uwagę także na orzeczenie SN z dnia 25 lipca 2003 roku III PZP 6/2003<sup>40</sup>, które określa relacje i skutki prawne wynikające z wydania przepisów prawa miejscowego w sprawie likwidacji czy też połączenia, podziału. Zgodnie ze wskazanym wyrokiem, przepis art. 60 ust. 6 ustawy o zoz ma bezpośrednie zastosowanie w przypadkach całkowitej likwidacji samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a zatem nie jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 23<sup>1</sup> kp., zatem właściwy organ samorządu terytorialnego przejmuje odpowiedzialność za zobowiązania i należności wynikające ze stosunków pracy realizowanych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej także wówczas, gdy wynika to z czynności prawnych związanych z przekształceniem tych zakładów w niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej i nie podważa pracowniczych gwarancji określonych w art. 23<sup>1</sup> kp.

Podmioty, które utworzyły samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, mogą dokonać połączenia tych zakładów w drodze rozporządzenia, zarządzenia albo uchwały – w przypadku zakładów utworzonych przez ten sam podmiot. Jeżeli w wyniku połączenia może nastąpić istotne ograniczenie dostępności, warunków udzielania i jakości oznaczonych rodzajowo świadczeń zdrowotnych przejmowanego zakładu albo łączących się zakładów, akt o połączeniu zawiera także postanowienia o sposobie i formie zapewnienia osobom korzystającym ze świadczeń zdrowotnych tych zakładów, dalszego nieprzerwanego ich udzielania bez istotnego ograniczenia dostępności, warunków udzielania i jakości.

Projekt aktu o połączeniu wymaga opinii wojewody właściwego ze względu na siedzibę każdego z samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej podlegających połączeniu. Wojewoda zobowiązany jest do wydania w terminie 30 dni od dnia otrzymania projektu aktu o połączeniu. Niewydanie opinii w tym terminie jest równoznacz-

ne z wydaniem opinii pozytywnej. Wówczas wojewoda, który jest podmiotem, który utworzył zakład, zamierzającym dokonać połączenia zakładu stosując pierwszą lub drugą metodę, nie stosuje trybu opiniodawczego.

Akt o połączeniu zawiera w szczególności postanowienia o nazwie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej powstałego w wyniku połączenia, jak też przejęciu mienia zakładu przejmowanego albo zakładów łączących się oraz o zasadach odpowiedzialności za zobowiązania zakładu przejmowanego albo zakładów łączących się. Ponadto treść wskazywanego aktu powinna określać nazwę i siedzibę zakładu przejmowanego (w przypadku pierwszej metody) albo nazwy i siedziby zakładów łączących (w przypadku drugiej metody). Niezbędne jest także wskazanie terminu, w którym kierownik zakładu przejmującego albo kierownik samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej powstałego w wyniku połączenia składa wniosek o: wykreślenie zakładu przejmowanego z rejestru administracyjnego oraz z Krajowego Rejestru Sądowego – w przypadku połączenia według pierwszej koncepcji albo dokonanie wpisu w rejestrze administracyjnym, a następnie do Krajowego Rejestru Sądowego – w przypadku połączenia wedle drugiej koncepcji. Termin złożenia wniosku nie może być wcześniejszy niż trzy miesiące od dnia wydania lub przyjęcia aktu o połączeniu.

Z dniem wykreślenia zakładu przejmowanego z Krajowego Rejestru Sądowego, zakład przejmujący wstępuje we wszystkie stosunki prawne, których podmiotem był zakład przejmowany, bez względu na charakter prawny tych stosunków. W przypadku utworzenia nowego zakładu poprzez połączenie dotychczas istniejących (druga koncepcja), z chwilą jego wpisania do rejestru administracyjnego oraz Krajowego Rejestru Sądowego, następuje z urzędu wykreślenie łączących się zakładów z tychże rejestrów. Z chwilą wpisania zakładu do rejestru sądowego, nowo utworzony samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotny wstępuje we wszystkie stosunki prawne, których podmiotem były łączące się zakłady, bez względu na charakter prawny tych stosunków.

Podział spzoz, moim zdaniem, następuje w drodze tożsamyh aktów, które tworzą lub likwidują zakład. Jednakże z tym zastrzeżeniem, że organ założycielski nie przeprowadza żadnych czynności o charakterze likwidacyjnym, np. nie podejmuje uchwały, o której mowa w art. 60

40 Uchwała SN z dnia 25 lipca 2003 r. III PZP 6/2003, OSNP 2003, nr 24, poz. 587, glosowane: A. Pisarczyk, OSP 2003, nr 6, s. 353.

ust. 4b wówczas, gdy w wyniku podziału nie dojdzie do likwidacji lub ograniczenia dotychczas udzielanych świadczeń przez spzoz.

W przypadku, gdy organem założycielskim jest publiczna uczelnia medyczna lub publiczna uczelnia prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, zmiany organizacyjne następują w drodze uchwały senatu właściwej publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Jeżeli wskutek podjętej uchwały w sprawie podziału spzoz ma nastąpić istotne ograniczenie poszczególnych rodzajów działalności zakładu i udzielanych świadczeń zdrowotnych, wówczas proces ten uzależniony jest od zgody ministra zdrowia, a w przypadku uczelni nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej – od jego zgody. Podobnie jak w przypadku likwidacji, zgoda wyrażona jest w formie decyzji. Zarówno w przypadku likwidacji zakładu, jak i każdej formy zmian organizacyjno-prawnych spzoz, w wyniku której ma nastąpić istotne ograniczenie poszczególnych rodzajów działalności zakładu i udzielanych świadczeń zdrowotnych oraz wówczas, gdy zakład udziela określonych świadczeń zdrowotnych jako jedyny w województwie i nie jest możliwe dalsze ich udzielanie w innym zakładzie opieki zdrowotnej, minister zdrowia może odmówić zgody na wskazywane czynności. W decyzji odmawiającej wyrażenia zgody, minister zdrowia przyznaje samodzielnemu publicznemu zakładowi opieki zdrowotnej środki publiczne niezbędne do dalszego funkcjonowania zakładu w zakresie gwarantującym realizację świadczeń zdrowotnych na dotychczasowym poziomie. Ponadto Skarb Państwa przejmuje odpowiedzialność za zobowiązania publicznego zakładu opieki zdrowotnej powstałe po odmowie zgody na zmiany organizacyjno-prawne.

Analogicznie w przypadku opisywanych procesów, wskazane jest również stosowanie dyspozycji przepisu art. 43 ustawy o zoz. W związku z tym, jeżeli w wyniku podziału ma nastąpić likwidacja lub istotne ograniczenie poszczególnych rodzajów działalności zakładu i udzielanych świadczeń zdrowotnych, rozporządzenie właściwego organu administracji rządowej lub uchwała<sup>41</sup> powinny określać sposób i formę

zapewnienia osobom korzystającym z oznaczonych rodzajowo świadczeń zdrowotnych przekształcanego zakładu dalsze, nieprzerwane udzielanie takich świadczeń, bez istotnego ograniczenia ich dostępności, warunków udzielania i jakości. Projekt rozporządzenia lub uchwały jednostki samorządu wymaga opinii wojewody oraz właściwych organów gminy i powiatu, których ludności zakład udziela świadczeń zdrowotnych, a także sejmiku województwa, jeśli zasięg działania zakładu obejmuje województwo lub jego znaczną część.

Akt w sprawie zmian organizacyjno-prawnych, oprócz elementów określonych w przepisie art. 38 ust. 1 ustawy o zoz, takich jak: nazwa zakładu, siedziba, forma gospodarki finansowej, opis podstawowej działalności, obszar działania zakładu oraz organ sprawujący nadzór nad zakładem, powinien zawierać regulacje odnoszące się do spraw majątkowych i pracowniczych dzielonych jednostek.

Wolą organu założycielskiego może być również podział zakładu. Biorąc pod uwagę kryterium, jakim jest likwidacja zadań, możemy mówić o podziale w wąskim oraz szerokim ujęciu. W pierwszym przypadku na bazie materialnej i organizacyjnej jednego zakładu powstają co najmniej dwa samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, które ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania podzielonego zakładu. Podział w szerszym ujęciu może polegać albo na utworzeniu na bazie jednego zakładu co najmniej dwóch samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, przy założeniu że jeden z zakładów ulegnie likwidacji w dalszym etapie przekształceń, a nowo utworzone podmioty zostaną proporcjonalnie obciążone zobowiązaniami podzielonego zakładu, czyli z podziałem zakładu z opcją pośredniej częściowej likwidacji albo na utworzeniu na części jego bazy materialnej i organizacyjnej jednego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej przy ograniczeniu zakresu działalności, czyli podziałem zakładu z opcją bezpośredniej częściowej likwidacji zadań.

Jeżeli decyzja o podziale nie jest związana z likwidacją wykonywanych świadczeń zdrowotnych, procedura działania jest niezwykle prosta. Polega ona na opracowaniu aktu prawnego, na podstawie którego powstanie nowy zakład, którego fundusz założycielski stanowić będzie między innymi majątek zakładu istniejącego, podlegający podziałowi. Podmiot, który utworzył samodzielny publiczny zakład opie-

41 W przypadku spzoz, dla których organem założycielskim jest publiczna uczelnia medyczna lub publiczna uczelnia prowadząca działalność dydaktyczną i badawczą nie istnieje obowiązek, o którym tu mowa (art. 36a w związku z art. 43 ustawy o zoz).

ki zdrowotnej, może pozbawić zakład składników przydzielonego lub nabytego mienia w przypadku jego przekształcenia. Organ założycielski powołuje radę społeczną nowo powstałego zakładu, do której zadań należy przede wszystkim uchwalenie statutu zgodnie z dyspozycją przepisu art. 39 ust. 2 ustawy o zoz i przedłożenie go do zatwierdzenia podmiotowi, który zakład utworzył. Po zatwierdzeniu statutu następuje powołanie kierownika zakładu, zgodnie z przepisem art. 44 ust. 4 ustawy o zoz. Jego obowiązkiem jest przygotowanie i przedłożenie dokumentów wraz z wnioskiem do organu prowadzącego rejestr administracyjny oraz do KRS. Posiadanie bazy w zakresie pomieszczeń, sprzętu i aparatury oraz potencjału ludzkiego daje nowemu podmiotowi możliwość rejestracji, a tym samym rozpoczęcia działalności.

#### 4. Prywatyzacja samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej

Prywatyzacja jest jednym z najważniejszych elementów transformacji systemowej. Ochrona zdrowia, jako jeden z niewielu sektorów, nie doczekała się odrębnych uregulowań w zakresie prywatyzacji. Jednakże zmiany gospodarcze i systemowe wymuszają na organach założycielskich szpоз podejmowanie działań, mających na celu doprowadzenie do transformacji własności publicznej we własność prywatną. Celem działań prywatyzacyjnych, oprócz urynkowienia zakładów, jest upatrywanie w prywatyzacji rozwiązania zapewniającego efektywny rozwój sektora opieki zdrowotnej poprzez dopływ kapitału zewnętrznego skutecznie wspomagającego ten sektor. W kontekście zaangażowania dodatkowego kapitału pozwalającego na „dopływ” środków finansowych do publicznej służby zdrowia, należy rozstrzygnąć, jaki rodzaj inwestora daje największą gwarancję pobudzenia przeprowadzonej operacji.

Wobec braku wypracowanych koncepcji prywatyzacji samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a także odrębnych uregulowań prawnych dotyczących prywatyzacji tych szczególnych podmiotów prawa publicznego, lokalnie podejmowane inicjatywy prywatyzacyjne nie mają raczej charakteru docelowego i cechują się różnorodnością rozwiązań. Mając na uwadze powyższe, obecny stan prywatyzacji należy określić jako początkowy i przejściowy. W związku z tym, dokonu-

jąc przekształceń własnościowych, w każdym przypadku należy mieć na względzie specyfikę danego zakładu i systemu ochrony zdrowia na danym terenie. Nie podzielam zdania J. Profaski, iż to tylko mentalność niektórych grup społecznych wpływa na niemożność sprywatyzowania szpоз ze względu na szczególny charakter świadczeń zdrowotnych<sup>42</sup>. Uważam, iż świadczenia zdrowotne nie mogą być reglamentowane zasadami ekonomii; ukierunkowanie ich na zysk zaprzeczy istocie zakładów użyteczności publicznej, takich jak szpital. Doświadczenie pokazuje, iż wykonywanie badań diagnostycznych jest limitowane przez niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej, ponieważ wpływa na wysokość zysku i straty „przedsiębiorcy” udzielającego świadczeń medycznych.

Obecnie każdy proces zmian organizacyjno-prawnych umożliwiających przekształcenie szpоз w niepubliczny zakład opieki zdrowotnej (nzoz) zależny jest od decyzji organu założycielskiego. Nietrudno dostrzec tutaj pewnej analogii do prawa spółek, gdzie organ właścicielski decyduje o przekształceniu spółki, jej podziale czy też likwidacji. Organ założycielski decyduje również o metodzie prywatyzacyjnej szpоз, a ponadto z należytą starannością powinien opracować strategię poszczególnych etapów zmian organizacyjno-własnościowych zakładu celem opracowania planów dotyczących rozwiązań instytucjonalnych i strukturalnych w kontekście prywatyzacji.

Termin „prywatyzacja” nie występuje w przepisach dotyczących zakładów opieki zdrowotnej. K. Tymowska<sup>43</sup> prywatyzację w ochronie zdrowia pojmuje zarówno jako zwiększenie roli sektora własności prywatnej w systemie opieki zdrowotnej, po stronie dostawców świadczeń zdrowotnych, jak i wśród instytucji dysponujących środkami na pokrycie świadczeń. Autorka<sup>44</sup> przyjmuje, iż jest to przeniesienie uprawnień władczych od podmiotu publicznego do podmiotu prywatnego. W. Mu-

42 J. Profaska, *Prywatyzacja samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej jako decydujący element przekształceń własnościowych w ochronie zdrowia*. Przewodnik menedżera zdrowia.

43 K. Tymowska, *Sektor prywatny w systemie opieki zdrowotnej*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 1999, s. 15.

44 K. Tymowska, *Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i w praktyce*, PiM 200, nr 5, s. 138.



siński<sup>45</sup> uważa, iż prywatyzacja polega na rozporządzeniu wszystkimi lub częścią materialnych i niematerialnych składników mienia spzoz w celu przejęcia jego zadań oraz mienia przez niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, utworzony zgodnie z obowiązującymi przepisami. Z punktu widzenia menadżerów sektora zdrowotnego, prywatyzację można rozumieć jako dążenie do realizowania indywidualnych i grupowych, zawodowych aspiracji profesjonalistów medycznych, jak najbardziej niezależnie od służb publicznych i prawodawstwa regulującego funkcjonowanie placówek publicznych, ale w celu osiągnięcia określonego celu – poprawy jakości i dostępności usług zdrowotnych<sup>46</sup>. Zdaniem L. Zacharko, prywatyzacja oznacza twórczy proces wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne, który odbywa się w formach i metodach prawa prywatnego<sup>47</sup>

Uważam, iż należy przyjąć za T. Mróz<sup>48</sup>, iż nie jest możliwe ani celowe budowanie jednej uniwersalnej definicji zjawiska społeczno-ekonomicznego, jakim jest prywatyzacja, ponieważ w ujęciu ogólnym termin „prywatyzacja” bywa używany na określenie różnych zmian stosunków między rządem a prywatnym sektorem.

Myszę, że postulatem determinującym proces prywatyzacyjny spzoz jest konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym. Z uwagi na to, proponowałabym przyjęcie jednej z dwóch form prywatyzacyjnych: kapitałowej lub likwidacyjnej, o ile z woli ustawodawcy samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej nie zostaną przekształcone *ex lege* w spółki kapitałowe użyteczności publicznej.

W przypadku prywatyzacji kapitałowej, wolą organu założycielskiego jest przekształcenie własności publicznej w prywatną, ale z zachowaniem wpływu organu założycielskiego na jakość wykonywanych usług oraz sposób wykorzystania wniesionego do powstającej spółki majątku. Prywatyzacja likwidacyjna prowadzi do przejęcia za-

45 W. Musiński, *Lokalne prawo komercjalizacji samodzielnych zakładów opieki zdrowotnej*, Materiały szkoleniowe „Zarządzanie opieką zdrowotną”, Białystok 2001.

46 M. Wójtowicz, *Materiały z konferencji Instytutu Przedsiębiorczości i Samorządności*, Poznań 2002.

47 Podają za A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Wrocław 2003, s. 66.

48 T. Mróz, *Funkcje spółek kapitałowych w procesie prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, Białystok 1999, s. 32.

równy zadań, jak i składników mienia spzoz przez podmiot prywatny, np. nzo. W wyniku przeprowadzenia prywatyzacji likwidacyjnej – w odróżnieniu od kapitałowej – podmioty administracji publicznej w żaden sposób nie uczestniczą w zarządzaniu podmiotem, który w ramach prywatyzacji przejął zadania i składniki mienia zlikwidowanego spzoz. Prywatyzacja likwidacyjna sprowadza się w zasadzie do sprzedaży bądź przekazania go do korzystania czy to w oparciu o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego (użytkowanie), czy też stosunku zobowiązaniowego (np. najem, dzierżawa, leasing). W każdym przypadku należy dokonać oszacowania wartości składników mienia spzoz, przy użyciu wybranej metody<sup>49</sup>.

M. Dercz oraz H. Izdebski<sup>50</sup>, z uwagi na brak przepisów ustawowych dotyczących komercjalizacji i prywatyzacji spzoz, wskazują możliwości prywatyzacyjne w świetle obowiązujących przepisów prawa. Prywatyzacja spzoz w rozumieniu odpowiadającym przepisom o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, może być obecnie dokonywana wyłącznie w ramach podziału, przekształcenia i likwidacji spzoz, na zasadach określonych w przepisach ustawy o zakładach opieki zdrowotnej. Zdaniem M. Dercza i H. Izdebskiego<sup>51</sup> prywatyzacja może przyjąć dwie formy: prywatyzację pełną oraz prywatyzację usług, która może przybrać postać: subkontraktowania lub outsourcing.

49 A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 301–633 ksh.*, Kraków 2002, s. 1099–1100. W piśmiennictwie dotyczącym wyceny składników mienia przedsiębiorstwa wskazuje się na następujące metody: wartości rynkowej, wartości księgowej, wartości generalnej siły nabywczej pieniądza, wartości bieżącej w podejściu dochodowym, wartości bieżącej opartej na wycenie składników majątku przy wykorzystaniu metody kosztów odtworzenia lub metody upłynnienia netto. Wyceną w potocznym znaczeniu nazywa się określenie ceny, czyli wyznaczenie stosunku pomiędzy jednostkami pieniężnymi waluty krajowej a jednostkami naturalnymi szeroko pojętych rzeczy i zjawisk gospodarczych.

50 M. Dercz, H. Izdebski, *Jak prywatyzować samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej w świetle obowiązujących przepisów*, Materiały Ministerstwa Zdrowia, Warszawa 2001.

51 Tamże; Przywołują oni również pojęcie prywatyzacji funkcjonalnej, która oznacza przejęcie wykonywania określonych zadań spzoz-ów z ewentualnym wykorzystaniem jego majątku przez niepubliczne zoz bądź osoby fizyczne uprawnione do udzielania świadczeń zdrowotnych.

Prywatyzacja pełna<sup>52</sup> polega na przejęciu działalności, majątku i – na zasadzie 23<sup>1</sup> kp. – pracowników zlikwidowanego w tym celu spzoz przez niepubliczny zoz, utworzony przez podmiot, który nabył od organu założycielskiego mienie spzoz. Może mieć charakter zupełny albo częściowy<sup>53</sup> (w zależności od zakresu przejmowanych zadań). Prywatyzacja pełna spzoz ma charakter prywatyzacji likwidacyjnej, zatem należy przeprowadzić procedurę likwidacyjną w trybie ustawy o zoz, a po jej zakończeniu, bądź w trakcie jej wykonywania, następuje przejęcie majątku publicznego przez podmioty prywatne. Założeniem podmiotów administracji publicznej powinno być zapewnienie ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych.

Prywatyzacja usług medycznych może być połączona ze zbyciem przez spzoz lub jedynie przekazaniem do korzystania określonych składników majątku, na podstawie umowy najmu bądź dzierżawy z jednoczesnym przejęciem pracowników spzoz przez już istniejący albo nowo utworzony niepubliczny zoz. Rolą organu założycielskiego jest odpowiednie zadysponowanie majątkiem. Najemca czy dzierżawca musi bowiem mieć pewność, iż dokonując inwestycji będzie miał możliwość korzystania z nabytych praw w odpowiednio długim czasie<sup>54</sup>. Uważam, iż umowy najmu czy też dzierżawy powinny być zawierane bezpośrednio przez organ, który utworzył jednostkę, a nie za pośrednictwem jednostek organizacyjnych posiadających zarząd mieniem, którego właścicielem jest organ założycielski, bo tylko wtedy możemy mówić o trwałości wykonywania praw z najmu i dzierżawy.

W przypadku tzw. subkontraktów spzoz zawiera umowy na wykonywanie świadczeń medycznych w trybie przepisu art. 35 i 35a w związku z art. 53 ust. 2 ustawy o zoz, z niepublicznym zoz, osobą wykonującą zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej, czy też pielęgniarskiej,

grupowej praktyki lekarskiej i grupowej praktyki pielęgniarek, położnych<sup>55</sup>. Umowa o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne jest umową nazwaną, określoną przepisami art. 35, 35a ustawy o zoz. Rozporządzenie ministra zdrowia i opieki społecznej z dnia 13 lipca 1998 r. w sprawie umowy o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne<sup>56</sup> określiło jej treść oraz sposób jej zawarcia. Kontrakt ten cechuje specyficzna szczegółowa regulacja określona w ustawie o zoz. Wymogi stawiane przez ustawę co do *essentialia negotii* przedmiotowej umowy nie eliminują swobody i wolności w kształtowaniu jej treści.

Prywatyzacja usług o charakterze niemedyceznym, tzw. outsourcing, następuje w trybie przepisu art. 53 ust. 2 ustawy o zoz i daje możliwość prywatyzacji usług pomocniczych. Odbywa się poprzez zawieranie umów z podmiotami zewnętrznymi (np. przedsiębiorstwa zajmującego się sprzątniem), które przejmują wykonywanie określonych usług pomocniczych na podstawie umów cywilnoprawnych. Jednocześnie przedsiębiorstwo takie przejmując pracowników spzoz zgodnie z art. 23<sup>1</sup> kp.

W literaturze przedmiotu wskazano kilka modeli prywatyzacyjnych. Każdy bierze swe źródło w likwidacji spzoz w części bądź całości, chociaż zdaniem niektórych znawców przedmiotu, tak nie jest.

W. Musiński<sup>57</sup> rozróżnia prywatyzację wyłączeniową, częściową, którą dzieli na pośrednią i bezpośrednią, prywatyzację wyłączeniową, całościową, pośrednią z opcją likwidacyjną oraz prywatyzację polikwidacyjną. Przyjęta przez tego autora prywatyzacja wyłączeniowa, częściowa, pośrednia jest realizowana w trakcie bieżącego funkcjonowania spzoz. Charakter pośredni polega na tym, iż prywatyzacja realizowana jest poprzez wniesienie części mienia spzoz do spółki kapitałowej, a potem następuje sprzedaż akcji lub udziałów tej spółki należących do spzoz. Jak łatwo domyślić się, użycie określnika częściowa wskazuje na fakt, że proces ten dotyczy części mienia. Zdaniem wskazywane-

52 Nazywana również całościową zob. w W. Masłowski, *System powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego – pakiet samokształceniowy*, Warszawa 2002, s. 29.

53 *Ibidem*, s. 14.

54 W przypadku okresu dłuższego niż trzy lata organ założycielski zobowiązany jest do stosowania zasad wydzierżawiania lub najmu nieruchomości na okres dłuższy niż dwa lata, określonych przez organ stanowiący gminy (art. 18 ust. 1 pkt 18 ustawy o samorządzie gminnym), powiatu (art. 12 pkt 8 lit. a ustawy o samorządzie powiatowym), województwa (art. 18 ust. 1 lit. b ustawy o samorządzie województwa).

55 Zgodnie z art. 50a ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o wykonywaniu zawodu lekarza (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 21, poz. 204 ze zm.), grupowa praktyka lekarska nie może być wykonywana w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej na podstawie umowy cywilnoprawnej o udzielanie świadczeń zdrowotnych.

56 Dz.U. z 1998 r., Nr 93, poz. 592.

57 W. Musiński, *op. cit.*, s. 32.

go autora, nie prowadzi do likwidacji spzoz. Twierdzenie to nie w pełni jest prawdziwe, bowiem następuje częściowa likwidacja spzoz. W przypadku rezygnacji z wykonywania zadań, np. z zakresu świadczeń medycznych specjalistycznych, należy przeprowadzić pełną procedurę likwidacyjną w tym zakresie. Oczywiście rzeczą jest, że z uwagi na to, że sektor prywatny przejmuje prawo do wykonywania określonych świadczeń zdrowotnych, musi jednocześnie nastąpić częściowa likwidacja pionów organizacyjnych dotychczas wykonujących je w ramach spzoz. Prywatyzacja wyłączeniowa, częściowa, bezpośrednia różni się tym od poprzedniej, iż realizowana jest poprzez sprzedaż lub oddanie do odpłatnego korzystania z opcją przejścia własności części mienia spzoz przez spółkę kapitałową. Przedstawiona przez W. Musińskiego<sup>58</sup> prywatyzacja wyłączeniowa, całościowa, pośrednia z opcją likwidacyjną dokonywana jest poprzez wniesienie całości mienia spzoz do spółki kapitałowej, po czym następuje sprzedaż akcji lub udziałów tej spółki. Prywatyzacja likwidacyjna realizowana jest w trakcie procesu likwidacji spzoz. Polega ona na zadysponowaniu wszystkimi składnikami mienia likwidowanego spzoz w celu przejścia jego zadań oraz mienia przez nzo. Prywatyzacja polikwidacyjna opiera się na sprzedaży przez organ założycielski wszystkich składników mienia po zlikwidowanym spzoz.

W. Musiński<sup>59</sup>, podając przykłady modeli prywatyzacyjnych nie odnosi się do tzw. okresów przejściowych, czyli czasu, w którym następuje wygaszanie wykonywania świadczenia usług zdrowotnych przez spzoz, zanim rozpocznie ich wykonywanie nzo. Otóż problem polega na tym, że aby zarejestrować nzo (przejmujący zadania prywatyzowanego spzoz) na dzień rejestracji musi on posiadać zarówno personel medyczny, jak i odpowiedni sprzęt medyczny oraz pomieszczenia, w których udzielane będą świadczenia medyczne. W. Musiński<sup>60</sup> przewiduje tworzenie spółki kapitałowej i przeniesienie majątku, nie odnosząc się do problemu wykonywania usług medycznych. Przyjmuje również karłowatą konstrukcję (np. przy prywatyzacji wyłączeniowej, częściowej, pośredniej), zgodnie z którą spzoz samodzielnie lub wspólnie z in-

westorem strategicznym tworzy spółkę, do której wnoszony jest aport. Następnie spzoz obejmuje udziały bądź akcje, po czym spółka zobowiązana jest do utworzenia i rejestracji nzo. Należy mieć na uwadze, że wniesienie aportem majątku do spółki kapitałowej jest równoznaczne z przeniesieniem własności składników majątku spzoz na spółkę. Jest to o tyle istotne, że z mocy art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy, spółka staje się pracodawcą dla pracowników spzoz, który wniósł swój majątek aportem. Skutkiem powyższego jest zaistnienie stanu, w którym spzoz nie jest zdolny do świadczenia usług zdrowotnych, ponieważ w świetle prawa nie posiada ani majątku do ich wykonywania, ani – co ważniejsze – zasobów ludzkich uprawnionych do świadczenia usług medycznych. W tym samym czasie świadczeń takich nie może wykonywać spółka prowadząca powstający nzo, ponieważ nie został on jeszcze zarejestrowany w rejestrze administracyjnym.

K. Tymowska<sup>61</sup>, opisuje trzy modele prywatyzacyjne. Pierwszy z nich polega na przejęciu zadań zlikwidowanego spzoz przez spółkę pracowniczą lub kilka spółek albo indywidualnych praktyk, które wynajmują od organu założycielskiego pomieszczenia i wyposażenie. Drugi sposób związany jest z wniesieniem majątku zlikwidowanego spzoz aportem do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, utworzonej wspólnie z pracownikami. Trzeci model polega na wynajęciu pomieszczeń spzoz przez dyrektora, za zgodą organu założycielskiego, podmiotom prywatnym przejmującym opiekę nad pacjentami, pozostawiając w części pomieszczeń zakład publiczny, który nie ulega w początkowej fazie likwidacji<sup>62</sup>.

Zgodnie z przepisem art. 9 i nast. ustawy o gospodarce komunalnej<sup>63</sup>, organ założycielski, będący jednostką samorządu terytorialnego, może samodzielnie lub z inwestorem strategicznym powołać do życia spółkę prawa handlowego, której zadaniem będzie utworzenie nzo. Podmiot administracji publicznej powinien zapewnić sobie pozycję dominującą w powstałej spółce. Jakkolwiek nawet nzo, będący przedmiotem wyłącznie własności prywatnej, podlega przepisom o zakła-

58 *Ibidem*

59 *Ibidem*

60 *Ibidem*

61 K. Tymowska, *Prywatyzacja opieki zdrowotnej – kolejny mit czy szansa*, PUSiG 1999, nr 12, s. 19–20.

62 *Ibidem*, s. 19–20.

63 Dz.U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43 ze zm.

dach administracyjnych, a zatem ma na celu należyłą realizację zadań publicznych, to za zasadnością zapewnienia sobie przez organ założycielski pozycji dominującej we wspomnianej powyżej spółce przemawiają poniższe argumenty. Po pierwsze, działanie prowadzonego przez spółkę nzoz będzie opierało się na majątku pochodzenia publicznego. Po drugie, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której wspólnik „prywatny”, posiadający wystarczającą większość głosów na zgromadzeniu wspólników czy na walnym zgromadzeniu, przeforsuje uchwałę o likwidacji spółki, a następnie uchwałę w przedmiocie wyznaczenia wskazanych przez siebie likwidatorów, co stworzy sytuację idealną do „wyprowadzenia” majątku spółki (pochodzenia publicznego). Wreszcie, w przypadku nzoz będącego przedmiotem wyłącznie własności prywatnej, celem jego działania jest przynoszenie zysku dla osób, czy podmiotów, które doprowadziły do jego stworzenia oraz osób, które go prowadzą. Tymczasem celem podmiotów administracji publicznej jest zapewnienie udzielenia ubezpieczonym świadczeń zdrowotnych i nie tyle osiągnięcie przy tym zysku, ile niewygenerowanie straty. To subtelna różnica, ale może determinować sposób prowadzenia zakładu opieki zdrowotnej. Przyznanie pozycji dominującej wspólnikowi „prywatnemu” może uniemożliwić Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego właściwe realizowanie zadań nałożonych przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Zapewnienie pozycji dominującej może odbyć się albo poprzez zapewnienie odpowiedniego udziału w kapitale zakładowym, albo wprowadzenie uprzywilejowania co do głosów.

Utworzony zgodnie z powyższymi uwagami niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, na podstawie umów cywilnoprawnych zawartych z spzoz, nabędzie prawo do korzystania z majątku spzoz, a na bazie subkontraktów przejmie wykonywanie usług medycznych. W przypadku powodzenia tego przedsięwzięcia będzie możliwe płynne przechodzenie od udzielania świadczeń zdrowotnych wyłącznie przez spzoz do udzielania ich wyłącznie przez nzoz. Pozwoli to na przeprowadzenie procedury likwidacyjnej spzoz, po której zakończeniu organ założy-

cielski może wnieść składniki majątku<sup>64</sup> zlikwidowanego spzoz do prowadzącej nzoz spółki prawa handlowego. W praktyce może to odbyć się przez zwiększenie kapitału zakładowego tejże spółki i objęcie przez podmiot administracji publicznej udziałów lub akcji w podwyższonym kapitale i umożliwi organowi założycielskiemu, tj. Skarbowi Państwa lub jednostce samorządu terytorialnego wpływanie na kluczowe decyzje związane z funkcjonowaniem nzoz. W konstrukcji tej można też przyjąć, iż część udziałów lub akcji zostanie przekazana bądź sprzedana z prawem pierwszeństwa byłym pracownikom. Należy pamiętać, że organ założycielski przejmuje odpowiedzialność za zobowiązania i należności wynikające ze stosunków pracy realizowanych w spzoz także wówczas, gdy wynika to z czynności prawnych związanych z przekształceniem tych zakładów w niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej i nie podważa pracowniczych gwarancji określonych w art. 23<sup>1</sup> kp.

Zważywszy, iż podmiot administracji publicznej odpowiada za długi zlikwidowanego spzoz, można przyjąć dwie konstrukcje zmierzające do przejęcia składników majątku zlikwidowanego spzoz. Otóż podmiot administracji publicznej w trybie przepisu art. 518 § 1 pkt 3 kc. może spłacić wierzycieli spzoz i wstąpić w ich prawa, przez co przejmie majątek dłużnika jako spełnienie świadczenia na poczet długu. Można przyjąć też inną konstrukcję prawną, na podstawie której podmiot administracji publicznej wykupi majątek spzoz. Nabyte w jeden z powyższych sposobów składniki majątku mogą być wniesione aportem do spółki prowadzącej nzoz. W praktyce potrzeba przeprowadzenia zabiegu przejęcia majątku spzoz przez podmiot administracji publicznej (dokonujący prywatyzacji spzoz) może wynikać z faktu, że sama prywatyzacja, a tym samym i likwidacja spzoz, prowadzona jest zwykle z powodu znacznego zadłużenia. Oznacza to szereg egzekucji komorniczych prowadzonych do majątku spzoz. W wyniku ich skutecznego przeprowadzenia, podmiot administracji publicznej może nie posiadać majątku niezbędnego do prowadzenia utworzonego nzoz. Z uwagi na

64 Składniki majątku spzoz nie mogą być traktowane jako zorganizowana całość w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> kc. W rozumieniu 43 ustawy o zoz istnieje możliwość prywatyzacji ograniczonej polegającej na likwidacji jednostki z równoczesną jej prywatyzacją. Powoduje to prywatyzację mienia w formie bezpośredniej.

fakt, że podmiot administracji publicznej odpowiada za długi likwidowanego spzoz, zasadne jest rozważenie spłacenia wierzycieli poprzez przeniesienia na nich „własności” udziałów lub akcji. Działanie takie może być oczywiście trudne, zważywszy na interesy majątkowe wierzycieli. Jest ono jednak wykonalne, ponieważ wierzycielami spzoz są głównie podmioty z szeroko rozumianej dziedziny usług medycznych. W ich interesie może więc leżeć „posiadanie głosu” w organie ewentualnego kontrahenta. Stosowanie tego trybu powinno jednak uwzględniać postulat zachowania w spółce pozycji dominującej przez podmiot administracji publicznej.

Słabość nadzoru właścicielskiego podmiotów administracji publicznej, jak też konieczność pozyskania kapitału prywatnego oraz potrzeba wprowadzenia profesjonalnego zarządzania instytucjami zdrowotnymi, przemawiają za celowością procesów prywatyzacyjnych. Prywatyzacja nie powinna być celem samym w sobie, lecz narzędziem umożliwiającym osiągnięcie zakładanych celów społecznych. Organ założycielski spzoz powinien zadbać o zapewnienie dostępności świadczeń zdrowotnych. W dobie limitów świadczeń zdrowotnych i zakazu pobierania opłat od pacjentów przez spzoz prywatyzacja jest uzasadniona społecznie, o ile organy założycielskie będą współodpowiedzialne za prowadzenie zakładów opieki zdrowotnej. Prywatyzacja powinna być oparta na racjonalnych przesłankach, bardzo dokładnej analizie możliwości zaistnienia zakładu w nowej formule organizacyjno – prawnej. Organy założycielskie powinny stymulować kadrę zarządzającą zakładem, jak też samych pracowników zakładu do podejmowania czynności prywatyzacyjnych, gdyż prywatyzacja spzoz na szczeblu powiatu i gminy wydaje się być nieuniknioną konsekwencją transformacji systemowych w Polsce.

Rolą organu założycielskiego jest restrukturyzacja zakładów opieki zdrowotnej dokonywana w obszarze restrukturyzacji szpitali i podstawowej opieki zdrowotnej, ratownictwa medycznego i specjalistycznego leczenia ambulatoryjnego poprzez np. zmniejszenie liczby oddziałów w szpitalach, zmiany w dotychczasowym systemie usług, likwidację jednostek organizacyjnych świadczących usługi na które nie ma zapotrzebowania. Konsekwencją tego jest wzrost znaczenia niepublicznych

zakładów opieki zdrowotnej, które mogą świadczyć usługi medyczne finansowane ze środków publicznych, jak i osób prywatnych. Przewiduje się, że niepubliczne podmioty służby zdrowia – bardziej mobilne i podatne na zmiany rynkowe oraz szybszą reakcją na zmiany w polityce państwa – będą świadczyły większość usług medycznych.

## Jurysdykcja krajowa i prawo właściwe w sprawach cywilnych o charakterze międzynarodowym dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej

Normy prawne o charakterze jurysdykcyjnym znajdują się w części czwartej kodeksu postępowania cywilnego dotyczącej międzynarodowego postępowania cywilnego i odnoszą się do spraw cywilnych o charakterze międzynarodowym. Ustawowa definicja sprawy cywilnej, stworzona w oparciu o dwa kryteria (materialnoprawne i formalne)<sup>1</sup> znajduje się w art. 1 kpc.: są to sprawy ze stosunków z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, jak również sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz inne sprawy, do których z mocy ustaw szczególnych stosuje się przepisy kpc.<sup>2</sup> Wystąpienie w stanie faktycznym tzw. elementu zagranicznego (obcego, eksterytorialnego) powoduje, że sprawa cywilna nabiera charakteru międzynarodowego i – w konsekwencji – może również być przedmiotem rozstrzygnięcia na podstawie norm z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego<sup>3</sup>.

Wystąpienie elementu zagranicznego może więc spowodować dwojakie skutki związane ze stosowaniem prawa. Pierwszym skutkiem będzie konieczność wskazania, czy istnieje jurysdykcja krajowa z punktu widzenia kpc., drugim – konieczność wskazania prawa właściwego, na podstawie przepisów ppm<sup>4</sup>. Istota wyodrębnienia elementu zagra-

1 Za J. Bodio, (w:) A. Jakubecki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz, Zakamycze, Kraków 2005, s. 30.

2 Kodeks postępowania cywilnego z 1964 r., Dz. U z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.

3 Na przykład zawartych w Ustawie z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290; zm.: Dz.U. z 1995 r., Nr 83, poz. 417, Dz.U. z 1999 r., Nr 52, poz. 532, zwanej dalej ppm.

4 W rozważaniach zawartych w opracowaniu pominięte zostały kwestie dotyczące dopuszczalności drogi sądowej, a więc badania, czy sprawa może być przedmiotem rozstrzygnięcia, z racji istnienia lub braku odpowiednich norm kolizyjnych wchodzących w skład prawa obowiązującego w forum oraz stosowania kwalifikacji i innych instytucji ogólnej

nicznego sprowadza się do przyjęcia, że w konkretnym stanie faktycznym występują okoliczności, które wiążą ten stan z więcej niż jednym obszarem prawnym. W założeniu, dotyczy to sytuacji wystąpienia okoliczności świadczących o istnieniu realnego związku stanu faktycznego z obszarem prawnym państwa, w którym sprawa jest rozstrzygana oraz o obecności pewnych okoliczności, stanowiących elementy stanu faktycznego, które wiążą ten stan faktyczny z innym lub innymi obszarami prawnymi. Okoliczności takie mogą wystąpić po stronie podmiotowej, wówczas element zagraniczny będzie pewną cechą osoby, która występuje w stanie faktycznym (a w konsekwencji – będzie stroną w sprawie cywilnej) lub faktem, który wiąże tę osobę z jakimś państwem. Mogą one dotyczyć również przedmiotu przyszłego postępowania, na przykład przedmiotu sporu.<sup>5</sup> Wystąpienie takich okoliczności po stronie podmiotowej wiązać może sprawę z określonym obszarem prawnym, bez względu na jej związek przedmiotowy z tym obszarem<sup>6</sup>. W grupie okoliczności występujących po stronie podmiotu wystąpić mogą w odniesieniu do osób fizycznych: obce obywatelstwo, miejsce zamieszkania lub pobyt w innym państwie, a w przypadku osób prawnych: siedziba lub miejsce założenia (rejestracji). W drugiej grupie okoliczności, dotyczących przedmiotu przyszłego postępowania, znajdują się natomiast: położenie przedmiotu sporu na terytorium jakiegoś państwa, zawarcie lub wykonanie umowy za granicą, powstanie zobowiązania pozaumownego na skutek zdarzenia, które miało miejsce poza granicami państwa forum.

Te okoliczności, inaczej mówiąc – powiązania, mogą mieć znaczenie decydujące w kwestii stwierdzenia istnienia jurysdykcji<sup>7</sup> i wskazania prawa właściwego i z tej racji mogą być traktowane jako łączniki. Taką rolę wyznacza im ustawodawca i to on decyduje, które z elementów, mogących potencjalnie wystąpić w abstrakcyjnym stanie faktycznym będą miały znaczenie decydujące o dalszym rozstrzygnięciu.

części prawa prywatnego międzynarodowego. Poza opracowaniem pozostawiono również różne koncepcje jurysdykcji.

5 Por. M.P. Wójcik, (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz, Kraków 2005, s. 1569.

6 Por. uwagi dotyczące jurysdykcji, (w:) A. Bartoszewicz, Jurysdykcja krajowa w sprawach o uznanie za zmarłego, „Państwo i Prawo” 2006, z. 5, s. 77–86.

7 Mogą stanowić podstawy jej istnienia.

W kpc, w kwestiach stwierdzenia istnienia jurysdykcji krajowej, położony został nacisk na określenie powiązania z polskim obszarem prawnym i łącznikami takimi są: obywatelstwo (art. 1100 § 1, 1101 § 1, 1103 pkt 1, 1106 § 1, 1107 § 1, 1108, 1110), miejsce zamieszkania (art. 1100, 1101, 1103 pkt. 1, 1106 § 1, 2, pkt 1, 2, 1107, 1108 § 1, 1110), pobyt osoby fizycznej na terytorium Rzeczypospolitej (art. 1103 pkt 1), siedziba osoby prawnej w Polsce (art. 1103 § 1, 1110), ale również położenie nieruchomości (art. 1102), majątku w Polsce (art. 1107 § 3, 1103 pkt 2) lub za granicą (art. 1107 § 2), mienia w Polsce (art. 1106 § 2 pkt 2), lub przysługiwanie praw majątkowych z majątku położonego w Polsce (art. 1103 pkt 2), położenie przedmiotu sporu w Polsce, otwarcie spadku w Polsce, powstanie lub wykonanie w Polsce zobowiązania (art. 1103), zgon w Polsce (art. 1106 § 2 pkt 3, 1108 § 2). Wynika stąd, że wystąpienie określonych w kpc. okoliczności powoduje poddanie sprawy rozstrzygnięciu polskiego sądu, nawet jeśli wszystkie pozostałe okoliczności stanu faktycznego wiążą go z innym państwem i jego prawem. W wiążącej Polskę konwencji lugańskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 1988 r. nieco odmiennie potraktowano kwestie podstaw jurysdykcji. Konwencja ma zastosowanie w sprawach cywilnych i handlowych, niezależnie od rodzaju sądu. Jej postanowienia nie są stosowane w szczególności do spraw podatkowych, celnych i administracyjnych oraz do spraw dotyczących:

- a) stanu cywilnego, zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, jak również ustawowego przedstawicielstwa osób fizycznych, stosunków majątkowych wynikających z małżeństwa, prawa spadkowego włącznie z testamentami;
- b) upadłości, układow i innych podobnych postępowań;
- c) ubezpieczeń społecznych oraz do spraw rozstrzyganych przez sądy polubowne (art. 1).

Na podstawie art. 2 konwencji, poza wyjątkami wynikającymi z jej dalszych postanowień, osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium któregośkolwiek państwa-strony mogą być, niezależnie od ich obywatelstwa, pozywane przed sądy tego państwa. Do osób, któ-

re nie są obywatelami tego państwa, w którym mają miejsce zamieszkania, stosuje się przepisy jurysdykcyjne właściwe dla obywateli tego państwa. Jeżeli pozwany nie ma miejsca zamieszkania na terytorium jednego z państw-stron, jurysdykcję sądów każdego państwa-strony, oprócz wyjątków na rzecz jurysdykcji wyłącznej, wskazanych w art. 16 konwencji, określa prawo tego państwa. Przeciwnie pozwanemu, który nie ma miejsca zamieszkania na terytorium jednego z państw-stron konwencji, każda osoba mająca miejsce zamieszkania na terytorium jednego z takich państw, niezależnie od posiadanego obywatelstwa, może powoływać się w tym państwie na obowiązujące tam przepisy jurysdykcyjne, jak obywatele tego państwa (art. 4).<sup>8</sup> W art. 5 określone zostały wyjątki od tych ogólnych reguł jurysdykcyjnych, na rzecz jurysdykcji szczególnej. Istnieje ona w odniesieniu do wymienionych spraw, w których osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium jednego z państw-stron, może być pozwana w innym państwie-stro-

8 W szczególności te, które są wymienione w artykule 3 ustęp 2 konwencji: w Belgii: artykuł 15 kodeksu cywilnego (Code civil – Burgerlijk Wetboek) oraz artykuł 638 kodeksu postępowania cywilnego (Code judiciaire – Gerechtelijk Wetboek); w Danii: artykuł 246 ustępy 2 i 3 kodeksu postępowania cywilnego (Lov om rettens pleje); w Republice Federalnej Niemiec: § 23 kodeksu postępowania cywilnego (Zivilprozessordnung); w Grecji: artykuł 40 kodeksu postępowania cywilnego; we Francji: artykuły 14 i 15 kodeksu cywilnego (Code civil); w Irlandii: przepisy ustalające jurysdykcję na podstawie doręczenia pisma wszczynającego postępowanie pozwanemu podczas jego czasowej obecności w Irlandii; w Islandii: artykuł 77 kodeksu postępowania cywilnego; we Włoszech: artykuł 2 i artykuł 4 punkt 1 i 2 kodeksu postępowania cywilnego (Codice di procedura civile); w Luksemburgu: artykuły 14 i 15 kodeksu cywilnego (Code civil); w Holandii: artykuł 126 ustęp 3 i artykuł 127 kodeksu postępowania cywilnego (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering); w Norwegii: § 32 kodeksu postępowania cywilnego (tvistemalsloven); w Austrii: § 99 ustawy o jurysdykcji sądu (Jurisdiktionsnorm); w Portugalii: artykuł 65 ustęp 1 litera c, artykuł 65 ustęp 2 i artykuł 65a litera c kodeksu postępowania cywilnego (Código de Processo Civil) oraz artykuł 11 kodeksu postępowania w sprawach pracy (Código de Processo de Trabalho); w Szwajcarii: sąd właściwy dla miejsca zajęcia/der Gerichtsstand des Arrestortes/for du lieu du sequestre/foro del luogo del sequestro/ w rozumieniu artykułu 4 ustawy federalnej o prawie prywatnym międzynarodowym/das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht/loi fédérale sur le droit international privé/legge federale sul diritto internazionale privato; w Finlandii: rozdział 10 § 1 zdanie drugie, trzecie i czwarte kodeksu postępowania sądowego (oikeudenkäymiskaari/rättegångsbalken); w Szwecji: rozdział 10 artykuł 3 zdanie pierwsze kodeksu postępowania sądowego (Rättegångsbalken); w Zjednoczonym Królestwie: przepisy ustalające jurysdykcję na podstawie: a) doręczenia pisma wszczynającego postępowanie pozwanemu podczas jego czasowej obecności w Zjednoczonym Królestwie; b) istnienia wartości majątkowych pozwanego w Zjednoczonym Królestwie lub c) zajęcia przez powoda majątku w Zjednoczonym Królestwie.

nie<sup>9</sup>. Ponadto, osoba mająca miejsce zamieszkania na terytorium jednego z państw–stron, może być również pozwana:

- a) jeżeli pozywa się łącznie kilka osób – przed sąd, w którego okręgu ma miejsce zamieszkania jeden z pozwanych;
- b) w sprawach dotyczących powództwa z tytułu rękojmi i gwarancji lub powództwa interwencyjnego – przed sąd, przed którym toczy się główne postępowanie, chyba że powództwo to zostało wytoczone jedynie w celu wyłączenia tej osoby spod jurysdykcji sądu dla niej właściwego;
- c) w sprawach dotyczących powództwa wzajemnego, które opiera się na tej samej umowie lub na tym samym stanie faktycznym, na których zostało oparte powództwo główne – przed sąd, w którym zawisło powództwo główne;

<sup>9</sup> 1. jeżeli przedmiotem postępowania jest umowa lub roszczenia wynikające z umowy – przed sąd miejsca, gdzie zobowiązanie zostało wykonane albo miało być wykonane; jeżeli przedmiotem postępowania jest indywidualna umowa o pracę albo roszczenia wynikające z indywidualnej umowy o pracę – przed sąd miejsca, gdzie pracownik zazwyczaj świadczy pracę; jeżeli pracownik zazwyczaj nie świadczy pracy w jednym i tym samym państwie – przed sąd miejsca, gdzie znajduje się oddział jednostki, która go zatrudniła; 2. w sprawach alimentacyjnych – przed sąd miejsca, gdzie uprawniony do alimentów ma miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu albo w wypadku, gdy sprawa alimentacyjna jest rozpoznawana łącznie ze sprawą dotyczącą statusu osoby – przed sąd, który ma jurysdykcję do rozpoznania tej sprawy, według własnego prawa, chyba że jurysdykcja ta opiera się jedynie na obywatelstwie jednej ze stron; 3. jeżeli przedmiotem postępowania jest czyn niedozwolony lub czyn podobny do czynu niedozwolonego albo roszczenia wynikające z takiego czynu – przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę; 4. w sprawach roszczeń o odszkodowanie lub przywrócenie stanu poprzedniego, które wynikają z czynu zagrożonego karą – przed sąd karny, do którego wniesiono akt oskarżenia, o ile sąd ten może według swojego prawa rozpoznawać roszczenia cywilnoprawne; 5. w sprawach dotyczących sporów wynikających z działalności filii, agencji lub innego oddziału – przed sąd miejsca, gdzie znajduje się filia, agencja lub inny oddział; 6. w sprawach, w których występuje w charakterze założyciela „trustee” lub uposażonego z tytułu „trustu” utworzonego na podstawie ustawy lub czynności prawnej dokonanej w formie pisemnej albo poświadczonej na piśmie – przed sądy Umawiającego się Państwa, na którego terytorium „trust” ma swoją siedzibę; 7. w sprawach dotyczących sporu o zapłatę wynagrodzenia za ratownictwo lub udzielenie pomocy dla ładunku lub frachtu, które żądane jest z tytułu działań związanych z ratownictwem lub udzieleniem pomocy – przed sąd, na którego obszarze ten ładunek lub fracht: a) został zajęty w celu zabezpieczenia zapłaty lub b) mógł zostać zajęty, lecz złożone zostało poręczenie lub inne zabezpieczenie; przepis ten ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy twierdzi się, że pozwany ma prawa do ładunku lub frachtu albo że takie prawa miał w czasie działań ratowniczych lub udzielenia pomocy.

- d) jeżeli przedmiotem postępowania jest umowa lub roszczenia wynikające z umowy i powództwo może zostać połączone z powództwem przeciwko temu samemu pozwanemu o prawa rzeczowe na nieruchomościach – przed sąd państwa–strony, w którym położona jest nieruchomość (art. 6).
- e) jeżeli na podstawie konwencji sąd państwa–strony ma jurysdykcję w sprawach dotyczących odpowiedzialności z tytułu używania lub eksploatacji statku, to również w sprawach dotyczących ograniczenia tej odpowiedzialności rozstrzyga ten lub inny sąd właściwy według prawa tego państwa (art. 6a). Osobnymi postanowieniami konwencyjnymi uregulowano jurysdykcję w sprawach dotyczących ubezpieczenia (art. 7–12a) oraz w sprawach dotyczących konsumentów (art. 13–15). W obu przypadkach, mimo licznych wyjątków, główną rolę dla określenia jurysdykcji krajowej odgrywa łącznik miejsca zamieszkania. Jurysdykcję wyłączną, w przypadkach określonych art. 16 konwencji, mają sądy: w sprawach, których przedmiotem są prawa rzeczowe na nieruchomościach oraz najem lub dzierżawa nieruchomości – państwa–strony, w którym nieruchomość jest położona:
  - a) w sprawach dotyczących najmu lub dzierżawy nieruchomości zawartych na czasowy użytek prywatny, nie przekraczający sześciu kolejnych miesięcy – również państwa–strony, w którym pozwany ma miejsce zamieszkania, jeżeli najemca lub dzierżawca jest osobą fizyczną, a żadna ze stron nie ma miejsca zamieszkania w państwie–stronie, w którym nieruchomość jest położona,
  - b) w sprawach, których przedmiotem jest ważność, nieważność lub rozwiązanie spółki lub osoby prawnej albo decyzji ich organów – państwa–strony, na którego terytorium spółka lub osoba prawna ma swoją siedzibę,
  - c) w sprawach, których przedmiotem jest ważność wpisów do rejestrów publicznych – państwa–strony, na którego terytorium rejestry są prowadzone,



d) w sprawach, których przedmiotem jest rejestracja lub ważność patentów, znaków towarowych, wzorów użytkowych i modeli, jak również podobnych praw wymagających zgłoszenia lub zarejestrowania – państwa–strony, na którego terytorium wystąpiono ze zgłoszeniem lub o rejestrację albo nastąpiło zgłoszenie lub rejestracja albo na podstawie umowy międzynarodowej uznaje się, że zgłoszenie lub rejestracja nastąpiły,

e) w postępowaniach, których przedmiotem jest zezwolenie na wykonanie orzeczeń – państwa–strony, na którego terytorium wykonanie powinno nastąpić lub nastąpiło. W tych wypadkach, istnienie jurysdykcji krajowej nie zależy od powiązania którejkolwiek ze stron z obszarem prawnym państwa, przez łącznik miejsca zamieszkania.

Na mocy art. 17 możliwe jest zawarcie przez strony umowy o jurysdykcję. Umowa taka może być zawarta, jeśli przynajmniej jedna ze stron ma miejsce zamieszkania na terytorium jednego z państw–stron konwencji. Przedmiotem umowy jest uzgodnienie, że sąd lub sądy państwa–strony powinny rozstrzygać spór już wynikły albo mogący wynikać z określonego stosunku prawnego, wówczas sąd ten lub sądy takie mają jurysdykcję wyłączną.<sup>10</sup> Jeżeli taka umowa została zawarta przez strony, z których obie nie mają miejsca zamieszkania na terytorium jednego państwa–strony, to sądy innych państw–stron nie mogą orzekać, chyba że uzgodniony przez strony sąd lub sądy prawomocnie stwierdziły brak swej jurysdykcji. Osobna regulacja dotyczy jurysdykcji określonej w warunkach powołania trustu oraz w sprawach dotyczących indywidualnych umów o pracę. Jednak, jeżeli umowa dotycząca jurysdykcji została zawarta na korzyść tylko jednej ze stron, to strona ta zachowuje prawo do wystąpienia do każdego innego sądu mającego jurysdykcję na podstawie konwencji. Ponadto, na mocy art. 18, jeżeli sąd państwa–strony nie ma jurysdykcji na podstawie przepisów

konwencji, uzyskuje on jurysdykcję, jeżeli pozwany przed tym sądem wda się w spór. Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli pozwany wda się w spór tylko w tym celu, aby podnieść zarzut braku jurysdykcji lub, jeżeli inny sąd ma na podstawie artykułu 16 konwencji jurysdykcję wyłączną.

Na gruncie ppm przyjęto równoważność wszystkich systemów prawnych, stąd w niewielu przepisach znajduje się odniesienie do polskiego prawa i akcentowanie jego roli (art. 10, 11 § 2, 17 § 3, 18). Posłużenie się łącznikami umożliwiło natomiast realizację funkcji norm kolizyjnych, w tym głównej – wskazania prawa właściwego do rozstrzygnięcia sprawy. Łączniki zostały podzielone na trzy grupy. Łączniki personalne (właściwe dla rozstrzygnięcia stosunku jest prawo personalne – *lex personalis*), wskazujące na powiązanie osoby fizycznej lub prawnej z obszarem prawnym jakiegoś państwa są stosowane do spraw osobowych, rodzinnych i spadkowych. Prawo personalne osoby fizycznej jest wskazywane za pośrednictwem łączników: obywatelstwa (art. 9 § 1, 11 § 1, 14, 15 § 2, 16, 17 § 1, 2, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 31 § 2, 3, 33 § 1, 34, 35) domicylu/miejsca zamieszkania (art. 17 § 3, 18, 26, 27 § 1, 31 § 2, 3, 33 § 1), pobytu zwykłego<sup>11</sup>. Z kolei o statucie personalnym osoby prawnej rozstrzyga łącznik jej siedziby (art. 9 § 2, 26, 27 § 1, siedziby przedsiębiorstwa – art. 9 § 3, 27 § 3, 33 § 1, siedziby giełdy, targu publicznego – art. 28). Polskie prawo prywatne międzynarodowe przewiduje także inne, poza personalnymi, łączniki. Są one nazywane łącznikami lokalnymi lub przedmiotowymi i należą do nich łączniki: miejsca położenia rzeczy (*situs rei*) – stosowany do praw rzeczowych na rzeczach ruchomych i nieruchomych, do zobowiązań dotyczących nieruchomości – wskazuje właściwość *lex rei sitae* (art. 24, 25 § 2), miejsca, w którym nastąpiło zdarzenie rodzące zobowiązanie (w odniesieniu do czynów niedozwolonych wskazuje właściwość *lex loci delicti commissi*), do zobowiązań niewynikających z czynności prawnych (art. 31 § 1,3), miejsca dokonania czynności (wskazuje właściwość *lex loci actus*, w odniesieniu do umów – *lex loci contractus*), dla czynności prawnych a szczególnie w kwestiach dotyczących formy czynności (art.

<sup>10</sup> Taka umowa dotycząca jurysdykcji musi być zawarta: a) w formie pisemnej lub ustnej potwierdzonej na piśmie lub b) w formie, która odpowiada praktyce przyjętej między stronami lub c) w handlu międzynarodowym, w formie odpowiadającej zwyczajowi handlowemu, który strony znały lub musiały znać i który strony umów tego rodzaju w określonej dziedzinie handlu powszechnie znają i stale przestrzegają.

<sup>11</sup> Łącznik ten nie występuje w ustawie, jednak stosowany jest na przykład na podstawie art. 1 Konwencji haskiej dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych z 1961 r., Dz.U. z 1969 r., Nr 34, poz. 284.

12, 15 § 1, 27 § 2, 29, 30, 35), organu decydującego (wskazuje właściwość *lex fori*), stosowany dla wskazania prawa obowiązującego w siedzibie sądu orzekającego w sprawie (art. 11 § 2), prawa właściwego dla jakiegoś aspektu stosunku prawnego (wskazuje właściwość *lex causae*), na przykład forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności (tzn. dla jej meritum, treści – a więc innego niż forma aspektu) (art. 12). Następną grupę stanowią łączniki wyboru prawa, inaczej zwane łącznikami woluntatywnymi. Wskazują one właściwość reżimu prawnego wybranego przez osoby dokonujące czynności prawnej (*lex voluntatis*). Stosowanie łączników woluntatywnych jest więc konsekwencją pozostawienia stronom prawa wyboru prawa do czynności przez nie dokonywanych. Łącznik woluntatywny występuje w przepisach z dziedziny zobowiązań z czynności prawnych i stosunków pracy, możliwość dokonania ograniczonego związkiem z zobowiązaniem lub stosunkiem pracy wyboru prawa przez strony przewidziano w art. 25 § 1 i 32.<sup>12</sup> Wybór prawa przewidują również: art. 11 § 1 kodeksu morskiego z 2001 r.<sup>13</sup> i art. 12 prawa lotniczego z 2002 r.<sup>14</sup> Na gruncie konwencji lugańskiej, funkcję łącznika wyboru prawa pełni wskazana już możliwość zawarcia przez strony umowy o jurysdykcję. Na gruncie kpc. możliwość zawarcia umowy o jurysdykcję (tylko sądów polskich) istnieje w odniesieniu do spraw rozstrzyganych w postępowaniu procesowym (art. 1104, 1105) – w odniesieniu do spraw majątkowych wynikających z oznaczonego stosunku prawnego, sądów obcego państwa, w zakresie zobowiązań z umów podmiotów gospodarczych oraz zagranicznych sądów polubownych – w odniesieniu do sporów o prawa majątkowe, z wyjątkiem sporów o alimenty i ze stosunku pracy. Oznacza to, jednak, że modyfikowanie podstaw jurysdykcji wolą stron zostało ograniczone jedynie do spraw rozstrzyganych w postępowaniu procesowym,

a zatem wykluczone zostało w odniesieniu do spraw rozstrzyganych w postępowaniu nieprocesowym.

W sprawach z zakresu stosunków między rodzicami i dziećmi stosowane są w kpc. łączniki obywatelstwa i miejsca zamieszkania, w ppm – łącznik obywatelstwa. Na podstawie art. 1101 kpc., jurysdykcja krajowa polskich sądów istnieje wówczas, jeśli choćby jedna ze stron ma obywatelstwo polskie lub – nie posiadając żadnego obywatelstwa – ma miejsce zamieszkania w Polsce (§ 1). Jurysdykcja jest wyłączna, jeśli obie strony mają miejsce zamieszkania w Polsce (§ 2). Jurysdykcja krajowa istnieje również w odniesieniu do cudzoziemców mających miejsce zamieszkania w Polsce (§ 3). Z kolei na mocy art. 19 § 1, stosunki między rodzicami i dziećmi podlegają prawu ojczystemu dziecka. Normy jurysdykcyjne znajdują się również w obowiązującej Polskę Konwencji o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich z 1961 r.,<sup>15</sup> która zastąpiła Konwencję haską dotyczącą uregulowania opieki nad małoletnimi z 1902 r.<sup>16</sup> Przewidziano w niej jurysdykcję organów państwa stałego pobytu dziecka (art. 1), z wyjątkami na rzecz jurysdykcji organów państwa obywatelstwa dziecka (art. 3, 4 i 5 pkt. 3) oraz w nagłych przypadkach – państwa, na terytorium którego znajduje się dziecko lub jego majątek (art. 9). Na mocy art. 2 konwencji, organy takie podejmują środki uregulowane własnym prawem wewnętrznym, a więc w konsekwencji stosują własne prawo. Łączniki wyznaczające jurysdykcję, określają zatem i prawo właściwe dla spraw objętych zakresem konwencji. Ponadto, w chwili obecnej najważniejsze znaczenie, z racji pierwszeństwa w stosowaniu przed aktami prawa wewnętrznego i międzynarodowego oraz obowiązowania w państwach Unii Europejskiej<sup>17</sup>, ma Rozporządzenie Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego Roz-

12 K. Bagan–Kurluta, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2006, s. 85–86.

13 Dz.U. z 2001 r., Nr 138, poz. 1545 ze zm.: Strony mogą w umowie określić prawo właściwe dla ich stosunku prawnego związanego z żeglugą morską.

14 Dz.U. z 2002 r., Nr 130, poz. 1112 ze zm.: Do umów o przewóz lotniczy i inne usługi lotnicze oraz do roszczeń z tytułu szkód, powstałych w związku z wykonywaniem tych umów, stosuje się prawo polskie, jeżeli umowa została zawarta lub podlega wykonaniu w Polsce albo ma być wykonana przez polską osobę prawną lub przez polskiego obywatela albo przy użyciu polskiego statku powietrznego, chyba że strony skorzystały z możliwości wyboru innego prawa (wybór nieograniczony).

15 Dz.U. z 1995 r., Nr 106, poz. 519.

16 Dz.U. z 1929 r., Nr 80, poz. 596.

17 Oprócz Danii, której regulacja ta nie wiąże.

porządzenie (WE) Nr 1347/2000<sup>18</sup>. Obowiązuje ono od 1 marca 2005 r. w odniesieniu do stosunków pomiędzy państwami członkowskimi.

Odpowiedzialność rodzicielska została zdefiniowana w art. 2 pkt 7 rozporządzenia jako: wszystkie prawa i obowiązki odnoszące się do osoby i majątku dziecka przysługujące osobie fizycznej lub prawnej na mocy orzeczenia sądowego, z mocy prawa lub umowy mającej skutek prawny. Określenie to obejmuje prawo do opieki (obejmuje prawa i obowiązki odnoszące się do opieki nad osobą dziecka, w szczególności prawo do określenia miejsca pobytu dziecka<sup>19</sup>) i prawo do kontaktów z dzieckiem/osobistej styczności z dzieckiem (obejmuje w szczególności prawo do zabrania dziecka na ograniczony czas do innego miejsca niż miejsce zwyczajnego pobytu dziecka<sup>20</sup>). Rozporządzenie stosuje się, niezależnie od rodzaju sądu lub trybunału, w sprawach cywilnych odnoszących się do: rozvodu, separacji lub unieważnienia małżeństwa oraz przyznawania, wykonywania, delegacji, ograniczenia lub pozbawienia odpowiedzialności rodzicielskiej. Sprawy związane z odpowiedzialnością rodzicielską mogą w szczególności dotyczyć: prawa do opieki i prawa do kontaktów z dzieckiem, kurateli i instytucji podobnych, wyznaczenia i działań osoby lub instytucji, do której należy opieka nad dzieckiem lub jego mieniem, reprezentującej dziecko lub pomagającej mu, umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczej, środków ochrony dziecka odnoszących się do zarządzania, zachowania lub dysponowania majątkiem dziecka. Rozporządzenie nie ma natomiast zastosowania do: ustalenia lub podważenia relacji rodzic – dziecko (ustalania i zaprzeczania rodzicielstwa), decyzji w sprawie adopcji, środków przygotowujących do adopcji, unieważnienia lub cofnięcia adopcji, nazwiska i imion dziecka, stwierdzenia pełnoletności, obowiązku zapewnienia utrzymania (obowiązków alimen-

tacyjnych), powiernictwa i dziedziczenia oraz środków podejmowanych w wyniku przestępstw popełnionych przez dzieci (art. 1).

Na podstawie art. 8 rozporządzenia, jurysdykcja ogólna do orzekania w sprawach odnoszących się do odpowiedzialności rodzicielskiej za dziecko należy do sądów państwa członkowskiego, w którym dziecko ma zwyczajny pobyt, w czasie, gdy zostało wytoczone powództwo. Wyjątkami od tej ogólnej reguły są przepisy zawarte w trzech następujących artykułach – 9 (nieprzerwana właściwość poprzedniego miejsca stałego pobytu dziecka), 10 (właściwość w przypadku zabrania dziecka) i 12 (przedłużenie jurysdykcji). Jeżeli dziecko przemieszcza się zgodnie z prawem z jednego Państwa Członkowskiego do innego i w państwie tym uzyskuje zwyczajny pobyt, sądy pierwszego państwa, na zasadzie wyjątku od art. 8, utrzymują właściwość na okres trzech miesięcy od zmiany miejsca zwyczajnego pobytu przez dziecko – do celów zmiany orzeczenia w sprawie prawa do kontaktów z dzieckiem wydanego w tym państwie przed zmianą miejsca zwyczajnego pobytu dziecka, o ile osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem w wyniku orzeczenia tego prawa dotyczącego nadal zwyczajnie przebywa w państwie poprzedniego miejsca zwyczajnego pobytu dziecka. Przepisu tego nie stosuje się, jeżeli wskazana w nim osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem zaakceptowała właściwość sądów państwa nowego miejsca zwyczajnego pobytu dziecka poprzez uczestnictwo w postępowaniu sądowym przed tymi sądami bez podniesienia zarzutu ich niewłaściwości (art. 9). W przypadku bezprawnego zabrania (uprowadzenia) lub zatrzymania dziecka, sądy państwa, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabránieniem (uprowadzeniem) lub zatrzymaniem utrzymują swoją właściwość do momentu, w którym dziecko nie uzyska zwykłego pobytu w państwie, do którego zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane oraz gdy każda osoba, instytucja lub inna organizacja uprawniona do opieki nad nim zaaprobuje zabranie (uprowadzenie) albo zatrzymanie, bądź gdy dziecko będzie przebywało w tym państwie przez co najmniej rok po tym, jak osoba, instytucja czy inna organizacja uprawniona do opieki nad nim dowiedziała się lub mogła się dowiedzieć o miejscu jego pobytu, a dziecko zaadaptowało się do nowych warunków i ponadto spełniony jest co najmniej jeden z następujących warunków:

18 Dziennik Urzędowy L 338, 23/12/2003 P. 0001 – 0029, polskie tłumaczenie tekstu dostępne na oficjalnych stronach unijnych zawiera, z punktu widzenia prawnika, szereg błędów w określeniu pojęć i instytucji. Na przykład, *habitual residence* błędnie tłumaczone jest jako miejsce zamieszkania i w konsekwencji – zmienia sens regulacji przyjętej w rozporządzeniu. Odmienne i zdecydowanie odzwierciedlające istotę rozstrzygnięć zawartych w angielskim tekście rozporządzenia jego tłumaczenie na język polski znajduje się (w:) J. Ciszewski, *Europejskie prawo małżeńskie i dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej*. Komentarz, Warszawa 2004, s. 173–219.

19 Place of residence, na podstawie art. 2, pkt 9 rozporządzenia.

20 Habitual residence, por. art. 2, pkt 10 rozporządzenia.

- a) w ciągu roku od momentu, w którym osoba uprawniona do opieki dowiedziała się lub mogła się dowiedzieć o miejscu pobytu dziecka, nie wniesiono o powrót dziecka przed właściwe organy państwa, do którego dziecko zabrano lub w którym dziecko zatrzymano,
- b) wniosek o powrót dziecka wniesiony przez osobę uprawnioną do opieki nad nim został wycofany i w terminie określonym w poprzednim punkcie nie wniesiono nowego wniosku,
- c) na podstawie art. 11 ust. 7 zamknięto sprawę przed sądem Państwa Członkowskiego, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabránieniem (uprowadzeniem) lub zatrzymaniem,
- d) sąd Państwa Członkowskiego, w którym dziecko zwykle miało zwyczajny pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabránieniem lub zatrzymaniem, wydał orzeczenie w sprawie o ustalenie prawa do opieki nad dzieckiem, które nie pociąga za sobą powrotu dziecka (art. 10).

Sądy Państwa Członkowskiego właściwe, na podstawie art. 3<sup>21</sup> rozporządzenia, do rozpatrzenia powództwa o rozwód, separację lub unieważnienie małżeństwa, są również właściwe do orzekania w każdej sprawie odnoszącej się do odpowiedzialności rodzicielskiej związanej z tym powództwem, jeżeli: podmiotem odpowiedzialności rodzicielskiej w stosunku do dziecka jest co najmniej jeden z małżonków oraz małżonkowie i osoby będące podmiotami odpowiedzialności ro-

21 Jurysdykcja ogólna w tych sprawach należy do państwa członkowskiego, jeżeli wystąpi któraś z wymienionych okoliczności wiążących sprawę z terytorium tego państwa: a) oboje małżonkowie mają tam zwyczajny pobyt, b) mieli zwyczajny pobyt, o ile jedno z nich nadal ma tam zwyczajny pobyt, c) strona przeciwna ma tam zwyczajny pobyt, d) przy wspólnym wniosku małżonków – jedno z nich ma tam zwyczajny pobyt, e) wnioskodawca ma zwyczajny pobyt, jeżeli przebywał tam od przynajmniej roku bezpośrednio przed złożeniem wniosku, f) wnioskodawca ma zwyczajny pobyt, jeżeli przebywał tam od przynajmniej sześciu miesięcy bezpośrednio przed złożeniem wniosku i jest obywatelem tego państwa (w przypadku Wielkiej Brytanii i Irlandii, ma tam swój domicyl). W drugiej kolejności jurysdykcja ogólna państwa członkowskiego istnieje, gdy oboje małżonkowie mają jego obywatelstwo lub w przypadku Wielkiej Brytanii i Irlandii – domicyl, treść pojęcia którego określa prawo brytyjskie i irlandzkie. Jurysdykcja taka jest wyłączna, na mocy art. 6 rozporządzenia, w sprawach przeciwko małżonkowi, który ma zwyczajny pobyt na terytorium tego państwa lub jest jego obywatelem (albo ma w nim domicyl, jeśli dotyczy to Wielkiej Brytanii lub Irlandii).

dzicielskiej wyraźnie lub w inny bezsprzeczny sposób zaakceptowały w chwili wniesienia powództwa właściwość sądów i leży to w najlepszym interesie dziecka. Właściwość ta ustaje z chwilą, gdy:

- a) uprawomocniło się orzeczenie zezwalające na powództwo o rozwód, separację lub unieważnienie małżeństwa lub odmawiające go,
- b) w sytuacji, kiedy postępowanie sądowe w odniesieniu do odpowiedzialności rodzicielskiej jeszcze się nie zakończyło z datą określoną w poprzednim punkcie, a orzeczenie w tym postępowaniu sądowym stało się prawomocne lub
- c) postępowanie sądowe określone w pierwszych dwóch punktach zostało zakończone z innych przyczyn. Sądy te są również właściwe do rozstrzygnięcia w związku z odpowiedzialnością rodzicielską w postępowaniu sądowym innym niż określone powyżej, jeśli: dziecko ma istotne związki z tym państwem, zwłaszcza z tego tytułu, że jedna z osób, będących podmiotami odpowiedzialności rodzicielskiej ma zwykły pobyt w tym państwie lub dziecko jest obywatelem tego państwa oraz wszystkie strony postępowania sądowego wyraźnie lub w inny bezsprzeczny sposób zaakceptowały właściwość sądów w chwili wniesienia powództwa i leży to w najlepszym interesie dziecka. Jeżeli dziecko ma zwyczajny pobyt na terytorium państwa trzeciego, które nie jest stroną Konwencji haskiej z 19 października 1996 r. w sprawie jurysdykcji, właściwego prawa, uznawania, wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dziecka<sup>22</sup>, przyjmuje się, że właściwość wynikająca z tego artykułu jest w interesie dziecka, zwłaszcza jeżeli niemożliwe jest przeprowadzenie postępowania sądowego w tym państwie trzecim (art. 12).

22 Polska, jak dotąd, nie jest stroną tej konwencji, została ona podpisana 22 listopada 2000 r., nie została ratyfikowana. Na podstawie jej postanowień, jurysdykcja wyznaczana jest głównie w oparciu o łącznik zwyczajnego pobytu dziecka, z wyjątkami, między innymi na rzecz państwa obywatelstwa dziecka, jednak stosowanymi w imię realizacji najlepszego interesu dziecka.

Ponadto przepis art. 11 (powrót dziecka), stosowany jest w przypadku złożenia przez osobę, instytucję lub inną organizację uprawnioną do opieki nad dzieckiem wniosku do właściwych organów Państwa Członkowskiego o wydanie orzeczenia na podstawie Konwencji haskiej z dnia 25 października 1980 r. o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę<sup>23</sup> w celu uzyskania powrotu dziecka bezprawnie zabranego do innego Państwa Członkowskiego lub zatrzymanego w innym Państwie Członkowskim niż to Państwo Członkowskie, w którym dziecko miało zwyczajny pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabraniem lub zatrzymaniem. Przy stosowaniu art. 12 i 13 Konwencji haskiej z 1980 r. należy umożliwić wysłuchanie dziecka podczas postępowania sądowego, chyba że uznaje się to za niewłaściwe ze względu na jego wiek lub poziom dojrzałości. Sąd, do którego wniesiono taki wniosek o powrót dziecka, działa bez zbędnej zwłoki w postępowaniu sądowym jego dotyczącym, przy użyciu najszybszych procedur dostępnych w prawie krajowym. Trzymając się tej reguły, sąd wydaje orzeczenie nie później niż w ciągu sześciu tygodni od wniesienia wniosku, z wyjątkiem sytuacji, w których szczególne okoliczności uniemożliwiają dotrzymanie tego terminu. Sąd nie może odmówić powrotu dziecka na podstawie art. 13b Konwencji haskiej z 1980 r., jeżeli ustalono, że zostały poczynione odpowiednie ustalenia w celu zabezpieczenia ochrony dziecka po jego powrocie, nie może również odmówić powrotu dziecka, jeżeli osoba wnioskująca o powrót nie została wysłuchana. Jeżeli sąd wydał nakaz odmawiający powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji haskiej z 1980 r.,<sup>24</sup> sąd musi niezwłocznie, bezpośrednio lub poprzez organ centralny, przekazać kopię nakazu sądowego oraz

23 Dz.U. z 1995 r., Nr 108, poz. 528.

24 Art. 13: Bez względu na postanowienia artykułu poprzedzającego, władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego nie jest obowiązana zarządzić wydanie dziecka, jeżeli osoba, instytucja lub organizacja sprzeciwiająca się wydaniu dziecka wykaże, że: a) osoba, instytucja lub organizacja opiekująca się dzieckiem faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie; lub b) istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w niekorzystnej sytuacji. Władza sądowa lub administracyjna może również odmówić zarządzenia powrotu dziecka, jeżeli stwierdzi, że dziecko sprzeciwia się powrotowi oraz że osiągnęło wiek i stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii. Przy ocenie okoliczności określonych w niniejszym artykule, władza sądowa lub administracyjna powinna brać pod uwagę informacje dotyczące

odnośnych dokumentów, w szczególności odpis przesłuchań przed sądem, sądowi właściwemu lub organom centralnym w Państwie Członkowskim, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabraniem lub zatrzymaniem, jak ustalono w prawie krajowym. Właściwy sąd otrzyma wszystkie wspomniane dokumenty w ciągu miesiąca od dnia wydania nakazu odmawiającego powrotu dziecka. Jeżeli jedna ze stron nie wniosła pozwu do sądu w Państwie Członkowskim, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym zabraniem lub zatrzymaniem, sąd lub organ centralny, otrzymując wskazane informacje, powiadamiają strony i zapraszają je do złożenia zgodnie z prawem krajowym wniosków do sądu, w terminie trzech miesięcy od daty powiadomienia, tak aby sąd mógł zbadać kwestię opieki nad dzieckiem. Bez uszczerbku dla zasad dotyczących jurysdykcji zawartych w rozporządzeniu, sąd zamyka sprawę, jeżeli nie otrzyma w terminie żadnych wniosków. Bez względu na orzeczenie o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji haskiej z 1980 r., każde następne orzeczenie wymagające powrotu dziecka wydane przez sąd właściwy na podstawie rozporządzenia podlega wykonaniu, na podstawie sekcji 4, rozdziału III rozporządzenia – w celu zabezpieczenia powrotu dziecka. Jeżeli nie można ustalić miejsca zwyczajnego pobytu dziecka i nie można ustalić właściwości na podstawie art. 12 rozporządzenia, właściwe do orzekania są sądy Państwa Członkowskiego, w którym dziecko znajduje się. Przepis ten znajduje zastosowanie również do dziecka będącego uchodźcą lub dziecka wysiedlonego z powodu zamieszek mających miejsce w jego kraju (art. 13 – jurysdykcja w oparciu o obecność dziecka). W świetle art. 14, dotyczącego pozostałej jurysdykcji, jeżeli żaden sąd Państwa Członkowskiego nie jest właściwy na podstawie powyżej przedstawionych artykułów, jest ona ustalana w każdym Państwie Członkowskim, według przepisów prawa w nim obowiązujących. Ponadto, w myśl art. 15 (przekazanie do sądu lepiej umiejscowionego do rozpatrzenia sprawy), na zasadzie wyjątku, sądy Państwa Członkowskiego właściwe do rozstrzygnięcia w sprawie głównej, jeżeli uznają, że sąd innego Państwa Członkowskiego, z którym dziecko posiada szczególny związek, będzie

sytuacji społecznej dziecka, dostarczone przez organ centralny lub inną właściwą władzę państwa miejsca stałego pobytu dziecka.

lepiej umiejscowiony do rozpatrzenia sprawy lub jej szczególnej części oraz jeżeli leży to w najlepszym interesie dziecka, mogą zawiesić sprawę lub jej część i zaprosić strony do złożenia wniosku przed sądem innego Państwa Członkowskiego lub zażądać od sądu innego Państwa Członkowskiego przejęcia właściwości. Sądy te postępują na wniosek strony lub z urzędu albo na wniosek sądu innego Państwa Członkowskiego, z którym dziecko posiada szczególniey związek. Przekazanie dokonane z urzędu lub na wniosek sądu innego Państwa Członkowskiego musi zostać zaakceptowane przez co najmniej jedną ze stron. Uważa się, że dziecko posiada szczególniey związek z Państwem Członkowskim, jeżeli to Państwo Członkowskie: stało się miejscem zwyczajnego pobytu dziecka po wniesieniu powództwa przed sąd właściwy do rozstrzygnięcia w sprawie głównej lub jest poprzednim miejscem zwyczajnego pobytu dziecka albo dziecko jest obywatelem tego państwa lub państwo to jest miejscem zwyczajnego pobytu podmiotu odpowiedzialności rodzicielskiej lub państwo to jest miejscem, gdzie znajduje się majątek dziecka, a sprawa dotyczy środków ochrony dziecka odnoszących się do zarządu, utrzymania i rozporządzenia tym majątkiem. Sąd Państwa Członkowskiego właściwy do rozstrzygnięcia w sprawie głównej ustala termin wytoczenia powództwa przed sądem innego Państwa Członkowskiego. Jeżeli powództwo nie zostanie wytoczone w wyznaczonym terminie, sąd, przed którym wytoczono powództwo, jest nadal właściwy do orzekania. Sądy innego Państwa Członkowskiego mogą, jeżeli w związku ze szczególnieymi okolicznościami sprawy, leży to w najlepszym interesie dziecka, zaakceptować właściwość w ciągu sześciu tygodni od daty wytoczenia powództwa. W tym przypadku sąd, przed którym najpierw wytoczono powództwo, odmawia właściwości. Jeżeli sądy innego Państwa Członkowskiego nie zaakceptują właściwości, sąd, przed którym najpierw wytoczono powództwo, jest nadal właściwy do orzekania. Dla realizacji przepisu tego artykułu, sądy współpracują ze sobą bezpośrednio lub poprzez organy centralne, wyznaczone na podstawie art. 53 rozporządzenia.

Reasumując, treścią pojęcia jurysdykcji krajowej jest wystąpienie ogółu warunków, jakie w stosunkach z zagranicą muszą być spełnione, aby sprawa była rozstrzygnięta przez sąd (szerzej – lub inny organ krajowy lub by ten organ mógł podjąć inną czynność w postępowaniu

cywilnym).<sup>25</sup> Innymi słowy, istnienie tej jurysdykcji oznacza istnienie właściwości władz krajowych w sprawie oraz posiadanie przez te władze, w świetle aktów prawa międzynarodowego, władzy jurysdykcyjnej do załatwienia sprawy.<sup>26</sup>

Podstawą jurysdykcji krajowej jest założenie istnienia określonego związku między terytorium danego państwa a sprawą.<sup>27</sup> Podstawa ta określona jest w prawie wewnętrznym danego państwa, ewentualnie w aktach prawa międzynarodowego lub wspólnotowego, które stanowią źródła prawa krajowego.

Podstawy określone w kpc. dla spraw dotyczących stosunków między rodzicami a dziećmi różnią się od powiązań przyjętych jako zasadnicze dla istnienia jurysdykcji w omówionych konwencjach oraz w Rozporządzeniu 2201/2003.

Przy założeniu realnego powiązania sprawy z terytorium danego państwa, przyjęcie łącznika obywatelstwa jako decydującego o istnieniu jurysdykcji, a w konsekwencji również o właściwości prawa, wydaje się zabiegiem z jednej strony umożliwiającym rozstrzygnięcie zbyt dużej ilości spraw, z drugiej, paradoksalnie, zbyt małej. Przy zastosowaniu tego łącznika, władza sądowa ma możliwość, ale również w pewnym sensie obowiązek, zapewnienia ochrony prawnej osobom, które z terytorium państwa łączy jedynie okoliczność nabycia obywatelstwa. Takim sposobem możliwe staje się rozstrzygnięcie spraw, których strony od dawna nie mieszkają w Polsce, jednak mają polskie obywatelstwo. Tak istnienie jurysdykcji krajowej w stosunku do spraw ich dotyczących, jak i właściwość polskiego prawa, jako konsekwencja wskazania go normą kolizyjną, wydają się być skutkami braku wystąpienia realnego związku między sprawą a terytorium państwa. Z drugiej strony, taki związek może istnieć w przypadku osób zamieszkujących na terytorium Polski, jednak bez polskiego obywatelstwa. Trudno jest odmówić ochrony prawnej własnym obywatelom, trudno też zamknąć im drogę sądową, jednak wydaje się, że jeżeli przyjąć konieczność wyznaczenia okoliczności, które faktycznie wiążą sytuację z państwem, to dopiero

<sup>25</sup> K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa, 2005, s. 80.

<sup>26</sup> *Ibidem*

<sup>27</sup> K. Weitz, *O jurysdykcji krajowej w postępowaniu zabezpieczającym w świetle konwencji lugańskiej i prawa wspólnotowego*, *Przegląd Sądowy* 2003, nr 10, s. 11.

kumulacja dwóch powiązań, w postaci domicylu (lub pobytu zwykłego) i obywatelstwa, daje w pełni gwarancję wystąpienia takiego związku. Jednak nawet wówczas brak obywatelstwa nie powinien uniemożliwić rozstrzygnięcia sprawy w państwie domicylu (pobytu zwykłego).

W Rozporządzeniu 2201/2003 podniesiono konieczność realizacji najlepszych interesów dziecka, co możliwe jest poprzez przyjęcie jako czynnika decydującego o podstawie jurysdykcji kryterium bliskości. Wyraźnie zostało to zaakcentowane w preambule do rozporządzenia, w której stwierdzono, że podstawy jurysdykcji w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej ustanowione w rozporządzeniu, ukształtowane zostały w świetle najlepszych interesów dziecka, w szczególności na podstawie kryterium bliskości. Oznacza to, że jurysdykcję sprawuje w pierwszym rzędzie Państwo Członkowskie miejsca stałego pobytu dziecka, z wyjątkiem niektórych przypadków zmiany miejsca pobytu dziecka w zastosowaniu porozumienia między osobami – podmiotami odpowiedzialności rodzicielskiej. W interesie dziecka rozporządzenie zezwala, na zasadzie wyjątku i pod pewnymi warunkami, aby sąd właściwy przekazał sprawę sądowi innego Państwa Członkowskiego, jeżeli lokalizacja tego sądu pozwala mu lepiej rozpatrzyć sprawę. Jednakże w tym przypadku drugi sąd nie powinien mieć możliwości przekazania sprawy trzeciemu sądowi<sup>28</sup>. Ponadto we wstępie do poprzedniego, uchylonego tym aktem prawnym, rozporządzenia wskazano, że: podstawy jurysdykcyjne oparte są na zasadzie, zgodnie z którą pomiędzy uczestnikiem postępowania a Państwem Członkowskim wykonującym jurysdykcję, musi zachodzić rzeczywisty związek. Motywem wyboru tych podstaw jest to, że istnieją one w porządkach prawnych państw członkowskich i są przez te państwa uznawane<sup>29</sup>.

Realizację najlepszego interesu dziecka umożliwia również przekazanie sprawy do sądu lepiej umiejscowionego do jej rozpatrzenia,

28 Pkt 12 i 13.

29 Pkt 12 wstępu do Rozporządzenia Rady (WE) Nr 1347/2000 z dnia 29 maja 2000 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za wspólne dzieci obojga małżonków, Dziennik Urzędowy WE L 160/2000, s. 19 (weszło w życie 1 marca 2001 r. i obowiązywało do uchylenia go Rozporządzeniem 2201/2003, które weszło w życie 1 marca 2005 r.).

który w świetle przepisów Rozporządzenia 2201/2003 nie ma jurysdykcji – na podstawie jego art. 15. Pojawia się w nim pojęcie państwa, z którym dziecko posiada szczególny związek, przy ustaleniu którego znów pierwszoplanowe znaczenie ma łącznik zwykłego pobytu.

Rozporządzenie 2201/2003 umożliwia, przy braku jurysdykcji na podstawie jego przepisów, ustalenie jej na podstawie przepisów prawa krajowego, a więc w odniesieniu do Polski – kpc. Działanie norm jurysdykcyjnych w nim zawartych będzie zatem pomocnicze wobec norm zawartych w rozporządzeniu. Zastanowić się należy, czy w ogóle stosowanie łącznika obywatelstwa jako podstawy jurysdykcji, a również wskazania prawa właściwego do rozstrzygnięcia sprawy na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego, nie powinno mieć charakteru subsydiarnego wobec innych, mniej trwałych, lecz realniejszych powiązań.

Priorytet stosowania łącznika obywatelstwa (z wyjątkami na rzecz stosowania łącznika domicylu) został przyjęty w dwóch aktach prawa wewnętrznego, które mają największe znaczenie z punktu widzenia rozstrzygania spraw z elementem zagranicznym. Są to, oczywiście, kpc. i ustawa o ppm. To tradycyjne podejście do kwestii określania jurysdykcji i wskazywania prawa właściwego, akcentujące szacunek dla państwa – ojczyzny osoby i trwałość powiązania, wydaje się, że powoli musi ulec zmianie w związku z zachodzącymi na świecie przemianami społecznymi, większą mobilnością ludzi i przyjmowaniem w konwencjach i aktach prawa wspólnotowego odmiennych rozwiązań.

## Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Wybrane zagadnienia proceduralne

Niniejsze opracowanie stanowi próbę przedstawienia instytucji skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia uregulowanej w Kodeksie postępowania cywilnego.<sup>1</sup> Mimo stosunkowo krótkiego czasu, jaki upłynął od jej wprowadzenia w życie, uwytkły się już zasadnicze problemy, jakie napotyka judykatura przy jej stosowaniu. Świadczyć o tym może orzecznictwo Sądu Najwyższego, którego część zostanie wykorzystana w niniejszym opracowaniu.

Jest to nowa<sup>2</sup> instytucja w postępowaniu cywilnym.<sup>3</sup> Jej wprowadzenie stało się konieczne z uwagi na brzmienie art. 417<sup>1</sup> § 2 kc.,<sup>4</sup> uzależniającego możliwość naprawienia szkody wyrządzonej m.in. prawomocnym orzeczeniem, od przeprowadzenia postępowania stwierdzającego jego niezgodność z prawem. Do jej rozpoznania właściwy jest Sąd Najwyższy.

Zasadniczo, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia przysługuje od prawomocnego orzeczenia sądu drugiej instancji kończącego postępowanie w sprawie, gdy przez jego wydanie stronie została wyrządzona szkoda, a zmiana lub uchylenie tego orzeczenia w drodze przysługujących stronie środków prawnych nie było i nie jest możliwe (art. 424<sup>1</sup> § 1 kpc.). Pojawia się jednak pytanie, czy instytucja ta ma zastosowanie do orzeczeń, które uprawomoc-

- 1 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r., Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 ze zm.
- 2 Należy jednak zaznaczyć, iż poprzednio istniała w procedurze cywilnej instytucja rewizji nadzwyczajnej o podobnej funkcji.
- 3 Wprowadziła ją Ustawa z dnia 22 grudnia 2004 r. O zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2005 r., Nr 13, poz. 98.
- 4 Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. O zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2004 r., Nr 162, poz. 1692.

niły się przed dniem wejścia w życie odpowiednich nowelizacji, tak kpc., jak i kc.? SN w postanowieniu z dnia 12 lipca 2005 r.<sup>5</sup> stwierdził, iż skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia sądowego wydanego przed dniem 1 września 2004 r. jest niedopuszczalna i podlega odrzuceniu. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd Najwyższy wskazał, iż ustawa z 22 grudnia 2004 r., która weszła w życie z dniem 6 lutego 2005 r., nie zawiera przepisu, który dawałby odpowiedź na pytanie, czy instytucję skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia stosuje się do orzeczeń sądowych wydanych przed wejściem jej w życie. Inaczej jest natomiast w odniesieniu do ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. nowelizującej kc., która zawiera stosowny przepis intertemporalny (art. 5). Biorąc pod uwagę założenia i cele wprowadzenia do kpc. instytucji skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, a także fakt, że przepisy procesowe z nią związane stanowią wraz z art. 417<sup>1</sup> § 2 kc. normatywną całość, nie można przyjąć, iż ten szczególny środek zażalenia odnosi się również do orzeczeń sprzed 1 września 2004 r.<sup>6</sup>

W wyjątkowych wypadkach, gdy niezgodność z prawem wynika z naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego lub konstytucyjnych wolności albo praw człowieka i obywatela, skarga przysługuje także od prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie wydanego przez sąd pierwszej lub drugiej instancji, jeżeli strony nie skorzystały z przysługujących im środków prawnych, chyba że jest możliwa zmiana lub uchylenie orzeczenia w drodze innych przysługujących stronie środków prawnych (art. 424<sup>1</sup> § 2 kpc.).

Na kanwie sformułowania „orzeczenie kończące postępowanie w sprawie” wyłonił się kolejny problem, czy wszystkie prawomocne orzeczenia sądu II instancji mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem. Przykładowo, SN w postanowieniu z dnia 11 sierpnia 2005 r.<sup>7</sup> stwierdził, iż od postanowienia w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu powyższa skarga nie przysługuje. Użycie przez ustawodawcę dopełnienia „w sprawie” świadczy wyraźnie o zamiarze zawężenia omawianego pojęcia

- 5 I CNP 1/05, OSNC 2006, nr 1, poz. 15.
- 6 *Ibidem*, s. 113–114.
- 7 III CNP 4/05, OSNC 2006, nr 1, poz. 16.



tylko do orzeczeń kończących postępowanie jako całość poddaną pod osąd, z wyłączeniem orzeczeń incydentalnych, ubocznych. Z tych przyczyn trzeba odrzucić wykładnię zmierzającą do uznania za kończące postępowanie w sprawie takich orzeczeń, które zamykają jakiś fragment sprawy lub jej boczny nurt, rozstrzygają kwestię wпадkową albo finalizują postępowanie pomocnicze bądź czynności przygotowawcze. Zważywszy, że nadanie klauzuli wykonalności następuje w postępowaniu pomocniczym, toczącym się poza ramami sprawy głównej i tylko w celu jej uzupełnienia, należy przyjąć, iż postanowienie w tym przedmiocie (nadające klauzulę lub odmawiające jej nadania) nie jest orzeczeniem kończącym postępowanie w sprawie<sup>8</sup>.

Podobnymi motywami kierował się SN w postanowieniu z dnia 13 stycznia 2006 r.,<sup>9</sup> wskazując, iż od postanowienia sądu drugiej instancji oddalającego zażalenie na zarządzenie o zwrocie pozwu, skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem nie przysługuje.

Od orzeczeń sądu drugiej instancji, od których wniesiono skargę kasacyjną oraz od orzeczeń Sądu Najwyższego skarga nie przysługuje. W takich wypadkach orzeczenie Sądu Najwyższego traktuje się jak orzeczenie wydane w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi (art. 424<sup>1</sup> § 3 kpc.).

Skargę, oprócz strony, może złożyć także Prokurator Generalny, jeżeli niezgodność orzeczenia z prawem wynika z naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego oraz Rzecznik Praw Obywatelskich jeżeli niezgodność orzeczenia z prawem wynika z naruszenia konstytucyjnych wolności albo praw człowieka i obywatela (art. 424<sup>2</sup> kpc.).

Tutaj również pojawiło się pytanie, czy Skarb Państwa – prezes właściwego sądu jest stroną w postępowaniu ze skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia? Na tak postawio-

ne pytanie SN w uchwale 7 sędziów z dnia 23 listopada 2005 r.,<sup>10</sup> mającej moc zasady prawnej, udzielił odpowiedzi przeczącej. Ukształtowanie skargi jako szczególnego nadzwyczajnego środka zaskarżenia od prawomocnego orzeczenia sądu oznacza, że postępowanie wywołane skargą toczy się z udziałem tylko stron procesu lub uczestników postępowania nieprocesowego, w którym wydane zostało zaskarżone orzeczenie i jest kontynuacją tego postępowania. Nie ma w nim miejsca dla Skarbu Państwa, reprezentowanego przez prezesa sądu, w którym zapadło prawomocne orzeczenie<sup>11</sup>.

Od tego samego orzeczenia strona może wnieść tylko jedną skargę (art. 424<sup>3</sup> kpc.).

Podstawę skargi może stanowić naruszenie przepisów prawa materialnego i/lub procesowego, jeżeli spowodowały niezgodność orzeczenia z prawem, gdy przez jego wydanie stronie została wyrządzona szkoda. Podstawą skargi nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów (art. 424<sup>4</sup> kpc.).

Skarga powinna zawierać:

- 1) oznaczenie orzeczenia, od którego jest wniesiona, ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości lub w części,
- 2) przytoczenie jej podstaw oraz ich uzasadnienie,
- 3) wskazanie przepisu prawa, z którym zaskarżone orzeczenie jest niezgodne,
- 4) uprawdopodobnienie wyrządzenia szkody, spowodowanej przez wydanie orzeczenia, którego skarga dotyczy,
- 5) wykazanie, że wzruszenie zaskarżonego orzeczenia w drodze innych środków prawnych nie było i nie jest możliwe, a ponadto – gdy skargę wniesiono stosując art. 424<sup>1</sup> § 2 – że występuje wyjątkowy wypadek uzasadniający wniesienie skargi (w odniesieniu do tego wymogu SN w postanowieniu z dnia 17 sierpnia 2005 r.<sup>12</sup> stwierdził, iż wymaganie to nie jest spełnione, je-

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 116–117 (por. także orzeczenia Sądu Najwyższego tam przytoczone).

<sup>9</sup> II CNP 31/05, OSNC 2006, nr 4, poz. 77. Zarządzenie o zwrocie pozwu jest rozstrzygnięciem szczególnym, gdyż pozbawia pismo procesowe, które zostało zwrócone, wszelkich skutków prawnych (zarówno materialnych, jak i procesowych). Stwierdzenie, że prawomocne orzeczenie jest niezgodne z prawem, otwiera drogę do dochodzenia od państwa odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez jego wydanie i ewentualne wykonanie, lecz nie skutkuje uchYLENIEM lub zmianą tego orzeczenia; nie traci ono przymiotu prawomocności i skuteczności, pozostając w obrocie prawnym – *ibidem*, s. 102.

<sup>10</sup> III BZP 2/05, OSNC 2006, nr 3, poz. 41.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>12</sup> I CNP 5/05, OSNC 2006, nr 1, poz. 17. Skarżącego obciąża nie tylko obowiązek wykazania, że wzruszenie zaskarżonego orzeczenia w drodze innych środków prawnych nie było możliwe, ale także wykazanie, że nie jest możliwe.

żeli skarżący bez przeprowadzenia analizy prawnej w zakresie możliwości wzruszenia zaskarżonego orzeczenia w drodze innych środków prawnych ogranicza tę część skargi do stwierdzenia, że od zaskarżonego orzeczenia nie przysługuje skarga kasacyjna),

6) wniosek o stwierdzenie niezgodności orzeczenia z prawem (art. 424<sup>5</sup> § 1 kpc.).

Ponadto skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego (art. 126 kpc.). Do skargi – oprócz jej opisów dla doręczenia ich uczestniczącym w sprawie osobom – dołącza się dwa odpisy przeznaczone do akt Sądu Najwyższego (art. 424<sup>5</sup> § 2 kpc.).

Termin na wniesienie skargi wynosi dwa lata od dnia uprawomocnienia się orzeczenia. Wnosi się ją do sądu, który wydał zaskarżone orzeczenie (art. 424<sup>6</sup> § 1 kpc.).

W razie stwierdzenia niezachowania warunków formalnych określonych w art. 424<sup>5</sup> § 2, przewodniczący wzywa o poprawienie lub uzupełnienie skargi (art. 424<sup>6</sup> § 2 kpc.).

Skargę nieopłaconą oraz skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie, sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym (art. 424<sup>6</sup> § 3 k p c.).

Po doręczeniu skargi stronie przeciwnej, a gdy skargę wniósł Prokurator Generalny lub Rzecznik Praw Obywatelskich – obydwu stronom, sąd przedstawia niezwłocznie akta sprawy Sądowi Najwyższemu (art. 424<sup>7</sup> kpc.).

Po wpłynięciu akt do Sądu Najwyższego, przeprowadza on postępowanie wstępne. Sąd Najwyższy odrzuca na posiedzeniu niejawnym skargę, jeżeli ulegała ona odrzuceniu przez sąd niższej instancji, skargę wniesioną po upływie terminu, skargę niespełniającą wymagań określonych w art. 424<sup>5</sup> § 1, jak również skargę z innych przyczyn niedopuszczalną (art. 424<sup>8</sup> § 1 kpc.). Skarga podlega także odrzuceniu, jeżeli zmiana zaskarżonego orzeczenia w drodze innych środków prawnych była lub jest możliwa albo jeżeli nie zachodzi wyjątek, o którym mowa w art. 424<sup>1</sup> § 2 (art. 424<sup>8</sup> § 2 kpc.).

Zasadniczo skarga jest rozpoznawana na posiedzeniu niejawnym, chyba że ważne względy przemawiają za wyznaczeniem rozprawy. Sąd

Najwyższy rozpoznaje skargę w granicach zaskarżenia oraz w granicach podstaw (art. 424<sup>10</sup> kpc.).

Do postępowania wywołanego wniesieniem skargi, w zakresie nieuregulowanym w dziale VIII, stosuje się odpowiednio przepisy o skardze kasacyjnej (art. 424<sup>12</sup> kpc.).

Sąd Najwyższy odmawia przyjęcia skargi do rozpoznania, jeżeli jest oczywiście bezzasadna (art. 424<sup>9</sup> kpc.).

Po rozpoznaniu skargi Sąd Najwyższy może:

- 1) oddalić skargę w razie braku podstawy do stwierdzenia, że zaskarżone orzeczenie jest niezgodne z prawem (art. 424<sup>11</sup> § 1 kpc.),
- 2) uwzględnić skargę i stwierdzić, że orzeczenie jest w zaskarżonym zakresie niezgodne z prawem (art. 424<sup>11</sup> § 2 kpc.),
- 3) stwierdzić niezgodność z prawem, uchylić zaskarżone orzeczenie oraz orzeczenie sądu pierwszej instancji i odrzucić pozew albo umorzyć postępowanie, jeżeli sprawa ze względu na osobę lub przedmiot nie podlegała orzecznictwu sądów w chwili orzekania (art. 424<sup>11</sup> § 3 kpc.).

Z powyższego wynika, iż skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia jest instytucją specyficzną. Fakt, iż – jak się wydaje – będzie wykorzystywana niezbyt często ze względu na specyfikę okoliczności jej zastosowania, nie zwalnia jednak z obowiązku wskazania na to nowe rozwiązanie funkcjonujące w polskiej procedurze cywilnej.

## Nagłość w pojęciu wypadku przy pracy

### 1. Uwagi wstępne

Jedną z cech, która charakteryzuje pojęcie wypadku przy pracy jest nagłość. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 30.10.2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych<sup>1</sup>, wypadkiem przy pracy jest nagłe zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną, powodujące uraz lub śmierć, które nastąpiło w związku z pracą. Za swoistą cechę wypadku losowego uznaje się nagłość, która charakteryzuje przebieg tego zdarzenia<sup>2</sup>, co oznacza że zdarzenie to powinno nastąpić w sposób gwałtowny, niespodziewany, nagły<sup>3</sup>. Synonimami określenia nagłości jest więc nieoczekiwany, niezwykły, zaskakujący, szybki<sup>4</sup>. W związku z tym wskazane cechy powinny także charakteryzować wypadek przy pracy. Z literalnego brzmienia definicji wypadku przy pracy wynika, że nagłość odnosi się do określenia zdarzenia, którym jest wypadek, nieszczęśliwe wydarzenie. Wobec tego pojawia się pytanie, czy nagłość powinna charakteryzować także pozostałe elementy definicji wypadku przy pracy, jak przyczynę zewnętrzną, szkodę na osobie. Inną niezwykle istotną kwestią jest także ustalenie, jakie kryteria należy stosować przy określaniu cechy nagłości,

1 Dz.U. Nr 199, poz. 1673, dalej zwana ustawą wypadkową.

2 Zwraca na to uwagę także J. Loga, Wypadek przy pracy. Pojęcie prawne, Warszawa 1981, s. 71.

3 I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne. Ubezpieczenie chorobowe. Ubezpieczenie wypadkowe, t. III, Warszawa 2003, s. 163. Tak też T. Zieliński, który stwierdził, że w praktyce życia codziennego przez nagłe zdarzenie rozumie się fakty mające przebieg chwilowy, występujące błyskawicznie. T. Zieliński, Prawo pracy. Zarys systemu, część III, Kraków 1986, s. 26. J. Loga zauważa, iż potocznie nagłość jest rozumiana jako działanie momentalne, jednorazowe, J. Loga, Wypadek przy pracy. Pojęcie prawne, Warszawa 1975, s. 53. Zob. też definicję wypadku, (w:) M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, t. III, Warszawa 1981, s. 827.

4 Por. pojęcie nagłości (w:) M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, t. II..., s. 259.

bowiem ustawa ich nie wskazuje. Czy w tej sytuacji możliwe jest stosowanie granicy czasowej? Wielokrotnie przyjmuje się pogląd, że nagłe zdarzenie, które wystąpiło w czasie jednego dnia pracy, tzw. dniówki roboczej, jest wypadkiem przy pracy. Nagłość nie ma normatywnych kryteriów, dlatego też była ona kształtowana przez orzecznictwo sądowe, lekarskie oraz doktrynę<sup>5</sup>. W tej mierze bogaty dorobek judykatury i doktryny w znacznej części zachowuje aktualność. Na wstępie należy podkreślić, iż były różne koncepcje co do ustalenia, który z elementów pojęcia wypadku przy pracy charakteryzuje się nagłością. Cecha ta była odnoszona do przebiegu zdarzenia, oddziaływania przyczyny zewnętrznej lub powstania skutków wypadku przy pracy. W związku z rozbieżnymi poglądami w tej kwestii, jak i wprowadzeniem do definicji wypadku przy pracy elementu szkody na osobie, nowego spojrzenia wymaga ustalenie, który ze składników pojęcia wypadku przy pracy: zdarzenie, przyczyna zewnętrzna, uraz lub śmierć, powinien charakteryzować się nagłością. Najpierw należy zwrócić uwagę, jak kształtowało się pojęcie nagłości w poglądach doktryny i judykatury.

Należy stwierdzić, że w znacznej części wypadków nagłość jest zauważalna od razu np. w razie upadku, skaleczenia, uderzenia itp., kiedy moment zajścia zdarzenia jest dokładnie określony w czasie. Natomiast wypadki, których przyczyną jest szkodliwe oddziaływanie czynników chemicznych lub klimatycznych, jak np. zaccadzenie, odmrożenie z natury rzeczy trwa przez dłuższy czas, co sprawia trudności w ocenie ich nagłości. W związku z taką różnorodnością stanów faktycznych, cecha nagłości w definicji wypadku przy pracy nie była interpretowana dosłownie, jak słusznie zauważył W. Szubert „wymykała się ona spod ścisłych określeń”<sup>6</sup>. W nauce i orzecznictwie pojawiły się tendencje do szerokiego interpretowania kryterium nagłości<sup>7</sup>. Podejmowano próby określenia ram czasowych, w których dane zdarzenie powinno nastąpić, aby uznać je za wypadek przy pracy. W orzecznictwie lekarskim dotyczącym spraw wypadkowych jako następstwa wypadku kwalifiko-

5 Tak też stwierdził SN w uzasadnieniu do uchwały siedmiu sędziów z 11.2.1963 r., OSPiKA 1964, nr 2, poz. 23, s. 57–58.

6 W. Szubert, Ubezpieczenie od wypadków przy pracy w perspektywie rozwojowej, Państwo i Prawo 1950, z. 10, s. 83.

7 J. Loga, Wypadek przy pracy..., Warszawa 1981, s. 53.

wano nie tylko uszkodzenia ciała, które powstały nagle lub w bardzo krótkim czasie, ale także gdy wystąpiły w ciągu jednego dnia pracy pod wpływem szkodliwego czynnika działającego przez kilka godzin<sup>8</sup>. W orzecznictwie sądowym także sformułowano taki sam sposób interpretowania cechy nagłości, którą charakteryzowało się nie tylko jednorazowe działanie przyczyny zewnętrznej, ale również powtarzające się i trwające przez niezbyt długi okres, lecz nieprzekraczające dniówki roboczej<sup>9</sup>. W niektórych orzeczeniach sąd traktował określenie dniówki roboczej dosyć rygorystycznie. W jednym z wyroków<sup>10</sup> nie uznano za wypadek przy pracy zdarzenia, którego następstwa chorobowe ujawniły się dopiero po dniówce roboczej. Taki pogląd znalazł akceptację w poglądach przedstawicieli nauki wyrażonych na temat ujęcia nagłości<sup>11</sup>. J. Loga zauważył także, że nie ma uzasadnienia do tego, by rozszerzać okres ponad jeden dzień roboczy, w którym wystąpienie zdarzenia cechowałaby nagłość. Po przekroczeniu takiego terminu nie można byłoby wskazać już żadnej innej granicy, dającej się racjonalnie uzasadnić<sup>12</sup>. Jednakże w doktrynie opowiadano się także za ostrożnym

8 J. Jasiński, *Orzecznictwo lekarskie wypadkowe*, Warszawa 1947, s. 22. W. Dżułyński, *Orzecznictwo w chorobach wewnętrznych*, Lwów, s. 15; tenże, glosa do uchwały SN z 11.2.1963 r., *OSPİKA* 1964, nr 2, poz. 59, w której stwierdził, że przy ocenie kryterium nagłości nie jest konieczne jednorazowe, momentalne działanie. Może być ono wielokrotne lub trwać przez moment np. porażenie prądem lub dłużej, do upływu jednej dniówki roboczej.

9 Wyrok TUS z 19.9.1958 r., TR 149/58, *OSPİKA* 1960, nr 3, poz. 64, powtórzony w wyroku SN z 30.6.1999 r., II UKN 24/99, *OSNAPIUS* 2000, nr 18, poz. 697. Okres jednego dnia roboczego został zaczerpnięty z ustawodawstwa niemieckiego, Urząd Ubezpieczeniowy (RVA) ustalił kryterium pojęcia nagłości, jakim był czas jednej dniówki roboczej. Por. J. Loga, *Wypadek przy pracy...*, 1981, s. 50.

10 Wyrok SN z 18.3.1999 r., II UKN 523/98, *OSNP* 2000, nr 10, poz. 396.

11 T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu...*, s. 27, stwierdził, że to umowne kryterium pozwala na włączenie w zakres pojęcia wypadku przy pracy nie tylko zdarzenia o przebiegu gwałtownym w dosłownym tego słowa znaczeniu, lecz także zdarzenia wywołujące obrażenia cielesne w czasie dłuższym niż chwila. Tak rozumiane kryterium nagłości odpowiada względem słuszności i jest także zgodne z przekonaniem opartym na tzw. „intuicji zbiorowej”, że uraz doznany przez pracownika w danym dniu jest wypadkiem, a nie chorobą.

12 J. Loga, *Wypadek przy pracy...*, 1981, s. 49, 55, który dodał, że ustalenie dokładnej granicy końcowej okresu, w ciągu którego trwać może zdarzenie losowe, nie tracąc cechy nagłości, ma istotne znaczenie z punktu widzenia pewności porządku prawnego. Zauważyła także J. Skoczyński, (w:) Z. Salwa (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa 2004, s. 711, stwierdzając, że okres dniówki roboczej jest to najdłuższy okres, jaki mógłby zostać racjonalnie przyjęty w celu bliższego określenia nagłości zdarzenia.

stosowaniem takiego ograniczenia. W. Szubert podnosił, że rozstrzygnięcie, jaką miarę przyjąć za odpowiadającą kryterium nagłości ma charakter dowolny, bowiem nie ma ścisłych granic między pojęciem nagłości a powolnością, stopniowalnością<sup>13</sup>. Ponadto J. Loga wyraził pogląd, że w ubezpieczeniu wypadkowym okres, w jakim powinien zamknąć się przebieg nagłego, losowego zdarzenia, aby nie straciło ono cechy wypadku losowego, ma charakter umowny<sup>14</sup>. Dlatego też granica czasowa jednej dniówki roboczej nie może być stosowana w sposób sztywny, gdyż ocena nagłości powinna być dokonywana z uwzględnieniem konkretnych okoliczności wypadku<sup>15</sup>.

Z uwagi na to, że jest to ograniczenie ustalone w sposób dowolny, gdyż nie ma normatywnej podstawy, to w niektórych przypadkach może powodować niesprawiedliwe rozstrzygnięcia. Od tego, jak będzie rozumiana przesłanka nagłości, będzie zależało, czy dane zdarzenie zostanie zakwalifikowane jako wypadek przy pracy. Jeżeli zdarzenie nie powstanie w sposób nagły, to nie może być wypadkiem przy pracy. Z kolei takie zdarzenie, jeśli spowodowało wystąpienie zmian w stanie zdrowia ubezpieczonego, wskutek działania czynników szkodliwych dla zdrowia występujących w środowisku pracy lub sposobu wykonywania pracy, może zostać uznane za chorobę zawodową, o ile stwierdzona choroba jest wymieniona w wykazie chorób zawodowych (art. 4 ustawy wypadkowej). Są to więc takie zdarzenia, które nie powstają w sposób nagły, ale wskutek długotrwałego oddziaływania szkodliwych czynników, przekraczającego okres jednej dniówki roboczej. Uznanie zdarzenia za wypadek przy pracy lub chorobę zawodową jest istotne z punktu widzenia ubezpieczonego, który – w razie spełnienia jeszcze innych ustawowych przesłanek – ma prawo do świadczeń z ubezpieczenia wypadkowego (art. 6 ustawy wypadkowej). Przyznanie i ustalenie wysokości świadczeń ubezpieczeniowych nie jest zależ-

13 W. Szubert, *Ubezpieczenie od wypadków...*, s. 83.

14 J. Loga, *Wypadek przy pracy...*, 1981, s. 49. Na tle obecnego stanu prawnego takie stanowisko wyrazili także W. Zarychta, T. Szymanek, *Wypadki przy pracy i dochodzenie roszczeń*, Warszawa 2004, s. 43, stwierdzając, że pojęcie nagłości zdarzenia ma charakter umowny i funkcjonuje w orzecznictwie SN jako orientacyjne granice czasowe, w zasadzie nieprzekraczające dniówki roboczej. I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenie społeczne...*, t. III, s. 164.

15 K. Zakrzewska-Szczeptańska, M. Kurowska, *Postępowanie i świadczenia w sprawach wypadków przy pracy i chorób zawodowych*, Służba Pracownicza 1992, nr 11, s. 3.

ne od takich okoliczności, jak przyczynienie się ubezpieczonego do powstania lub zwiększenia szkody<sup>16</sup> lub miarkowanie odszkodowania ze względu na stan majątkowy ubezpieczonego lub osoby odpowiedzialnej za szkodę. Zatem w niektórych sytuacjach są one świadczeniami korzystniejszymi dla ubezpieczonego od roszczeń cywilnoprawnych. Jeżeli dane zdarzenie nie mogłoby być uznane za wypadek przy pracy z powodu braku cechy nagłości bądź zakwalifikowane jako choroba zawodowa z uwagi na brak jej w wykazie chorób zawodowych, to takie zdarzenie należałoby określić jako tzw. chorobę pracowniczą. Stwierdzenie choroby pracowniczej nie uprawnia także do świadczeń z ustawy wypadkowej, dlatego też pracownik może wystąpić z roszczeniami przewidzianymi w kc., a zwłaszcza z roszczeniami regulowanymi przepisami dotyczącymi czynów niedozwolonych.

Powyższe uwagi pozwalają zauważyć, że nagłość w pojęciu wypadku przy pracy nie jest określana bezwzględnie ścisłymi kryteriami, gdyż nie jest rozumiana dosłownie, a raczej jest interpretowana rozszerzająco. Z jednej strony pozwala to na uznawanie za wypadek przy pracy także takich zdarzeń, w których działania przyczyny zewnętrznej nie można zauważyć natychmiast, gdyż skutek jej oddziaływania pojawia się po jakimś czasie. Z drugiej strony cecha nagłości podlega także ograniczeniu, gdyż długotrwałość oddziaływania przyczyny zewnętrznej jest traktowana jako cecha odróżniająca wypadek przy pracy od choroby zawodowej, charakteryzującej się stopniowym nasileniem objawów chorobowych<sup>17</sup>. Zwracano uwagę, że kryteria oceny nagłości

powinny być stosowane w sposób racjonalny, a więc zgodny z celem przepisów warunkujących uzyskanie świadczeń wypadkowych, aby nie były one przyznawane w przypadkach nieprzewidzianych w ustawie w razie stosowania zbyt rozszerzającej wykładni tej cechy<sup>18</sup>. Powstaje więc pytanie o to, jakie znaczenie ma pojęcie nagłości w obecnej definicji wypadku przy pracy. W dotychczasowym dorobku piśmiennictwa i judykatury brak też jest jednoznacznego określenia do którego elementu pojęcia wypadku przy pracy nagłość ma się odnosić. Rozstrzygnięcia wymaga także kwestia, czy dotychczasowe kryterium czasowe, jakim jest dniówka robocza powinno charakteryzować „nagłość”<sup>19</sup>. Obecnie pojęcie dniówki roboczej w przypadku pracownika należy zastąpić dobą pracowniczą, którą są 24 kolejne godziny od momentu rozpoczęcia pracy (art. 128 § 3 pkt 1 kp.).

W dalszej części zostanie omówiona cecha nagłości w odniesieniu do poszczególnych elementów pojęcia wypadku przy pracy, także w oparciu o poglądy doktryny i judykatury, które w tej mierze przedstawiały różne ujęcia *differentia specifica* wypadku przy pracy. W tym celu zasadne było wyodrębnienie wyrażonych stanowisk i usystematyzowanie ich według kolejno wymienionych w definicji wypadku przy pracy składników, do których cecha nagłości mogłaby się odnosić.

## 2. Nagłość zdarzenia

Z literalnego brzmienia pojęcia wypadku przy pracy w art. 3 ust. 1 ustawy wypadkowej wynika, że nagłość określa zdarzenie spowodowane przyczyną zewnętrzną, powodujące uraz lub śmierć i pozostające w związku z pracą. Oznacza to, że nagłość charakteryzuje przebieg

też J. Skoczyński, (w:) Z. Salwa (red.), Kodeks pracy. Komentarz..., s. 711. Odmienne stanowisko wyraziła I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne..., t. III, s. 165–6, stwierdzając że kryterium różnicującym oba pojęcia nie jest czas działania przyczyny zewnętrznej, ale charakter jej powiązania z pracą (przy wypadku przy pracy przyczyną zewnętrzną jest zakłócenie procesu pracy, przyczyną zewnętrzną choroby zawodowej jest praca jako taka, jej rodzaj, charakter).

18 J. Pasternak, Głosa do uchwały SN z 11.2.1963 r., OSPiKA 1964, nr 2, poz. 59, s. 61.

19 I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne. Ubezpieczenie chorobowe. Ubezpieczenie wypadkowe, t. III, Warszawa 2002, s. 62, która skrytykowała odnoszenie cechy nagłości do przyczyny zewnętrznej lub ujmowanie jej jako ustalenie granic czasowych między zadziałaniem przyczyny zewnętrznej a ujawnieniem się skutku jako nieodpowiadające realiom „produkcji techniki”.

16 Dopiero znaczne przyczynienie się do spowodowania wypadku lub gdy wyłączną przyczyną wypadku jest umyślne lub rażąco niedbałe naruszenie przepisów dotyczących ochrony życia i zdrowia przez ubezpieczonego, spowoduje pozbawienie go świadczeń z ubezpieczenia wypadkowego (art. 21 ustawy wypadkowej).

17 J. Loga, Wypadek przy pracy..., 1981, s. 49, 55–56, który podkreśla, że w sytuacji, kiedy ubezpieczenie od wypadków przy pracy obejmuje ochroną osobno dwa ryzyka: wypadek przy pracy i chorobę zawodową, cecha nagłości jest istotnym znamieniem pozwalającym na wytyczenie granicy między wypadkiem przy pracy i chorobą zawodową. Taki pogląd jest także utrzymywany obecnie np: T. Zieliński, (w:) L. Florek, T. Zeliński, Prawo pracy, Warszawa 2004, s. 249; tenże, Prawo pracy. Zarys systemu..., s. 27, wyraził pogląd, że ścisłe określenie czasowej granicy nagłości zdarzenia jest przydatne do odróżnienia wypadków przy pracy od chorób zawodowych; J. Kuźniar, Kodeks pracy, Warszawa 2004, s. 791, stwierdził, że nagłość zdarzenia stanowi zaprzeczenie powolnego rozwoju lub kumulowania się objawów charakterystycznych dla chorób zawodowych lub pracowniczych. W. Zarychta, T. Szymanek, Wypadki przy pracy..., s. 42, wyrazili pogląd, że cecha nagłości może być traktowana jako wyróżnik oddzielający wypadek przy pracy od innego niebezpiecznego zdarzenia pozostającego w związku przyczynowym z pracą. Tak

zdarzenia, na powstanie którego składają się wymienione elementy definicji wypadku przy pracy. W związku z tym pojawia się pytanie, czy ustalenie nagłego zdarzenia powinno wiązać się z określeniem, że także przyczyna zewnętrzna lub szkoda na osobie ma wystąpić w sposób nagły. W tej kwestii występują zróżnicowane poglądy.

Określając pojęcie nagłości, należy odwołać się do reguł wykładni prawa. Nagłość w języku potocznym oznacza coś momentalnego, chwilowego, niespodziewanego. W doktrynie i orzecznictwie ustalono, że przyjęcie takiego rozumienia nagłości na gruncie definicji wypadku przy pracy byłoby zabiegiem ograniczającym uznawanie poszczególnych zdarzeń za wypadek przy pracy, szczególnie powstałych na skutek działania czynników szkodliwych, które dla swoich skutków wymagają dłuższego czasu oddziaływania. Dlatego też zdecydowanie odrzucono stosowanie interpretacji nagłości zgodnej z jej znaczeniem w języku potocznym. Dopiero wykładnia funkcjonalna może przybliżyć nam rozumienie nagłości, gdyż należy ustalić, jaki cel ma realizować definicja wypadku przy pracy. Mianowicie, powinna ona obejmować jak największą liczbę nieszczęśliwych zdarzeń związanych z wykonywaniem pracy, których wykrywanie oraz związane z tym konsekwencje mają służyć staraniom o zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ochrony prawnej osobom poszkodowanym. Z takich względów nagłość powinna być interpretowana jak najszerzej. Przemawia za tym także dyrektywa słuszności, która nakazywałaby stosowanie interpretacji korzystniejszej dla poszkodowanych z powodu zapewnienia im szerokiej ochrony w zakresie zdolności do pracy. Przykładem są poglądy wyrażone przez orzecznictwo i doktrynę, według których za zdarzenie nagłe uznaje się nie tylko zdarzenie jednorazowe, jak upadek i uderzenie<sup>20</sup>, ale także zagrożenie epidemiologiczne pracownika chorobą wścieklizny, wywołane narażeniem się na styczność z zakażonym zwierzęciem<sup>21</sup>.

20 Zob. wyrok z 2.2.1977 r., III PRN 50/76, PiZS 1978, nr 6, s. 63; A.M. Świątkowski, Komentarz do kodeksu pracy, t. II, Kraków 2002, s. 176.

21 Wyrok SN z 10.2.1984 r., III UZP 21/83, OSP 1985, nr 1, poz. 20, A.M. Świątkowski, Komentarz do kodeksu pracy..., s. 178. J. Kuźniar, Prawo pracy..., s. 792, podkreślił, że samo narażenie na chorobę wścieklizny nie może być traktowane jako uraz, którym byłby jednak uraz związany z koniecznością zaszczepienia się przeciwko takiej chorobie.

Niektórzy autorzy przy określaniu przesłanki nagłego zdarzenia nie przyjmują granic czasowych, w jakich miałyby wystąpić wypadek przy pracy. Według I. Jędrasik-Jankowskiej, wypadek przy pracy jest zdarzeniem losowym, podobnie jak choroba, kalectwo, śmierć i nie chodzi tu o nagłe ujawnienie się skutków działania przyczyny zewnętrznej. W ocenie autorki „nagły” nie znaczy „natychmiastowy” w znaczeniu czasowym, ale nieoczekiwany, niespodziewany. Dlatego też np. choroba będzie nagłym zdarzeniem, jeżeli z powodów biologicznych będzie niespodziewana. Oznacza to, że zmiany w stanie zdrowia nie muszą wystąpić natychmiast po zadziałaniu na organizm przyczyny zewnętrznej, ale także mogą ujawnić się w późniejszym okresie. Taka sytuacja może wystąpić w przypadku śmierci, która nastąpiła po kilku miesiącach od napromieniowania. Zdaniem I. Jędrasik-Jankowskiej, nagłość zdarzenia, którym jest wypadek przy pracy, może być rozpatrywana tylko w kategoriach biologicznych, gdyż oznacza nadzwyczajność, nieoczekiwaność danego zdarzenia. Dlatego też nagłość szkody na osobie nie wiąże się z ustalaniem czasowych powiązań między przyczyną zewnętrzną a skutkiem. Autorka prezentuje więc pogląd, iż nagłym zdarzeniem jest nieoczekiwane doznanie urazu lub wystąpienie śmierci, bez względu na to, czy pojawiły się one bezpośrednio po działaniu przyczyny zewnętrznej, czy później<sup>22</sup>. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w art. 3 ust. 4 ustawy wypadkowej, w którym za śmiertelny wypadek przy pracy uznaje się także zdarzenie, w wyniku którego nastąpiła śmierć w okresie nie przekraczającym sześciu miesięcy od dnia wypadku. Oznacza to, że za skutki wypadku przy pracy uważa się

22 I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne..., t. III, s. 164–166. Jednakże autorka ujęła tę kwestię odmiennie, twierdząc: „nagle zdarzenie” występuje wówczas, gdy to zdarzenie zajdzie w pewnym, ograniczonym przedziale czasowym, tak, Ubezpieczenie społeczne (chorobowe, rentowe i emerytalne). Zarys części ogólnej, Warszawa 1987, s. 92; Tak też T. Zieliński, (w:) L. Florek, T. Zieliński, Prawo pracy..., s. 249, który dodał, że nagłym zdarzeniem nie jest zaskakujące powstanie samej przyczyny urazu, ale niespodziewane doznanie urazu cielesnego. Ustawa wypadkowa obejmuje również takie wypadki, których przebieg jest nagły, a skutki rozwijają się w czasie, np. ofiara nagłego urazu umiera po kilku tygodniach lub jej stan zdrowia pogarsza się z dnia na dzień. Zatem autorzy ci podkreślają, że nagłością nie musi charakteryzować się przyczyna zewnętrzna, jak i skutek wypadku w postaci śmierci lub uszczerbku na zdrowiu. Według nich, określenie nagłości zdarzenia łączy się z niespodziewanym, nieoczekiwanym wystąpieniem zdarzenia.

nie tylko takie, które pojawiły się nagle, ale także te, które wystąpiły w dosyć odległym czasie od zadziałania przyczyny zewnętrznej.

Inne stanowisko zaprezentował Z. Salwa. Jego zdaniem, „nagłość zdarzenia” to czas działania przyczyny zewnętrznej i oznacza czas przebiegu tego zdarzenia<sup>23</sup>. Uznaje się, że dla oceny „nagłości zdarzenia” miarodajny jest czas trwania zdarzenia wywołującego określony skutek. „Nagłość zdarzenia” jest więc określeniem momentu jego trwania, dlatego nagłością charakteryzują się ściśle związane ze zdarzeniem okoliczności towarzyszące wystąpieniu tego zdarzenia<sup>24</sup>. Oznacza to, że wypadek musi być nagły, co wiąże się nie tylko z gwałtownym działaniem przyczyny zewnętrznej. Nagłość zdarzenia jest także oceniana w kontekście pojawienia się przyczyny i ujawnienia się skutku tej przyczyny<sup>25</sup>. Nie musi być to zdarzenie powstałe momentalnie, ale trwające stosunkowo przez krótki czas<sup>26</sup>, nieprzekraczający jednego dnia pracy. Nagłość zdarzenia oznacza, że nie może ono przybierać powolnego rozwoju<sup>27</sup>.

Biorąc pod uwagę przedstawione stanowiska należy stwierdzić, że nagłość przy ocenie zdarzenia jest rozumiana wielorako. Raz odnosi się do samego wypadku, który powinien wystąpić niespodziewanie, gdyż tym charakteryzuje się zdarzenie losowe. Innym razem nagłe zdarzenie postrzegane jest w ujęciu czasowym, co rodzi kilka koncepcji. Nagłość jest odnoszona przede wszystkim do przyczyny zewnętrznej, jej czas oddziaływania determinuje czas przebiegu zdarzenia, które powinno być krótkotrwałe. Nagłość może być także odnoszona do czasu powstania następstw zdarzenia, czyli urazu, śmierci od momentu działania przyczyny zewnętrznej. Z kolei, gdy się przyjmie, że nagłość

zdarzenia oznacza, iż powinno ono wystąpić w pewnych ramach czasowych, powstają wątpliwości ze stosowaniem tych ograniczeń do pozostałych elementów definicji wypadku przy pracy, jak przyczyna zewnętrzna, szkoda na osobie. W tym celu należy przeanalizować kolejne elementy definicji wypadku przy pracy, które mogą charakteryzować się nagłością.

### 3. Nagłość a przyczyna zewnętrzna

Cecha nagłości przypisywana jest także działaniu przyczyny zewnętrznej, która powinna pojawić się niespodziewanie, a czynnik szkodliwy powinien działać krótko<sup>28</sup>. W ścisłym znaczeniu przesłanka nagłości oznacza krótkie, momentalne, jednorazowe działanie przyczyny zewnętrznej<sup>29</sup>. Wyjątkowo takie oddziaływanie nie stanowi jednego momentu, lecz trwa przez jakiś czas<sup>30</sup> (np. przy odmrożeniach, udarze słonecznym). Nagłe zdarzenie może wystąpić wówczas, gdy działanie przyczyny zewnętrznej jest wielokrotne, ale nie trwa dłużej niż dniówka robocza<sup>31</sup>. Jej nie jednorazowe oddziaływanie nie odbiera cechy nagłości danemu zdarzeniu<sup>32</sup>. Znamiennej wykładni w tej mierze dokonał TUS w wyroku z 19.9.1958 r., w którym wskazał granicę czasową dla ustalenia nagłości w pojęciu wypadku przy pracy. Trybunał stwierdził, że zdarzenie jest nagłe wówczas, gdy działanie zewnętrznego czynnika wywołującego negatywną reakcję organizmu przebiegało krótko, nie dłużej niż czas trwania dnia pracy. Zatem Trybunał scharakteryzował przesłankę nagłości jako czas oddziaływania przyczyny zewnętrznej

28 J. Kuźniar, *Prawo pracy...*, s. 791.

29 Wyrok SN z 8.12.1998 r., II UKN 349/98, OSNAPiUS 2000, nr 2, poz. 78; K. Michaluk, *Roszczenia z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych...*, s. 47.

30 W. Muszalski, *Ubezpieczenie społeczne*, Warszawa 2004, s. 123.

31 W. Dżułyński, *Orzecznictwo lekarskie w uszkodzeniach narządu ruchu*, Warszawa 1960, s. 30; R. Korolec (red.), *Encyklopedia podręczna. Prawo na co dzień. Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 1975, hasło: wypadek przy pracy, s. 113. Wyrok SN z 30.6.1999 r., II UKN 24/99, OSNP 2000, nr 18, poz. 697. Podobnie wyrok SN z 18.3.1999 r., II UKN 523/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 396.

32 Wyrok TUS z 19.9.1958 r., TR III 149/58, OSPiKA 1960, nr 3, poz. 63; wyrok SN z 30.6.1999 r., w którym zdarzenie nagłe jest określone jako działanie czynnika zewnętrznego. W wyroku SN z 25.3.1963 r., II PU 27/63, (w:) W. Tomyn, *Wypadki: przy pracy, w drodze do pracy lub z pracy, w szczególnych okolicznościach...*, s. 41, stwierdzono, iż działanie przyczyny zewnętrznej może być także działaniem powtarzającym się.

23 Z. Salwa, *Pojęcie wypadku przy pracy*, PiZS 2003, nr 3, s. 18.

24 K. Zakrzewska-Szczepańska, M. Kurowska, *Postępowanie i świadczenia w sprawach wypadków przy pracy...*, s. 3; też w wyroku (III PR 27/81) SN stwierdził, że nagłość zdarzenia jest momentem jego trwania, (w:) K. Michaluk, *Roszczenia z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w praktyce okręgowych sądów pracy i ubezpieczeń społecznych*, PiZS 1984, nr 1, s. 47.

25 W. Tomyn, *Wypadki: przy pracy, w drodze do pracy lub z pracy, w szczególnych okolicznościach, w gospodarstwach rolnych. Choroby zawodowe*, Warszawa 1993, s. 40; tak też SN w wyroku z 3.7.2001 r., II UKN 465/00, OSNP 2003, nr 7, poz. 185, stwierdził iż przyczyna i skutek powinny wystąpić nagle.

26 Tak też T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2004, s. 386.

27 Wyrok SN z 16.2.2000 r., II UKN 425/99, OSNAPiUS 2001, nr 16, poz. 521.

nej. Nagłość rozumiana jest także jako natychmiastowe ujawnienie się przyczyny zewnętrznej powodującej skutki<sup>33</sup>.

Reasumując powyższe poglądy należy stwierdzić, że cecha nagłości łączona jest z czasem działania przyczyny zewnętrznej, której oddziaływanie może trwać nie dłużej niż dobę pracowniczą. W związku z tym, przyczyna zewnętrzna nie może być długotrwałym oddziaływaniem szkodliwych czynników na organizm człowieka, które doprowadza do nagłego ujawnienia się zmian w stanie zdrowia. Taki pogląd został wyrażony w wyroku z 8.12.1998 r., w którym SN orzekł o braku przesłanek do ustalenia wypadku przy pracy w podanych okolicznościach. Ponadto SN stwierdził, że nieuprawnione jest ograniczanie cechy nagłości tylko do wystąpienia samego zdarzenia jako nagłego skutku oddziaływania czynników zewnętrznych. Pojęcie nagłości zdarzenia jest przeciwieństwem powolnego rozwoju, kumulowania się objawów charakterystycznych dla chorób. W związku z tym, za nagłe zdarzenie uważa się takie, które powstało wskutek działania przyczyny zewnętrznej przez krótki czas<sup>34</sup>. Odmienne stanowisko zostało wyrażone w literaturze. Według J. Kurcyusza, wiązanie warunku nagłości tylko z przyczyną, a nie ze zdarzeniem może doprowadzić do sytuacji, w której wystąpienie uszkodzenia ciała nie zostanie zaliczone do następstw wypadku przy pracy<sup>35</sup>, gdyż jego przyczyna miała postać dłuższego oddziaływania na organizm człowieka. Do takich czynników zaliczamy przyczyny o charakterze ciągłym, np. odmrożenia, udary.

Przedstawione stanowiska doktryny i judykatury pozwalają zauważyć, że ocena nagłego zdarzenia jest związana także z odnośnictwem tej cechy do oddziaływania przyczyny zewnętrznej. Przesłanka nagłości przy określaniu przyczyny zewnętrznej również nie jest stosowana dosłownie, lecz znacznie szerzej jako momentalne, błyskawiczne jej działanie. Ścisła interpretacja tej cechy prowadziłaby do znacznego ograniczenia uwzględniania zdarzeń, które powstałyby w wyniku działania przyczyny zewnętrznej przez dłuższy czas, np. wpływu niskiej

temperatury<sup>36</sup>. Działanie przyczyny zewnętrznej może być kilkakrotne i trwać przez pewien czas, a więc nie musi wystąpić jednorazowe jej działanie. Jednakże nie może być ono długotrwałe, gdyż przyczyna zewnętrzna powinna wywołać nagle zdarzenie, którego powstanie nie może być wynikiem powolnego rozwoju objawów chorobowych<sup>37</sup>. Odmienne poglądy w tej kwestii przedstawił W. Szubert, który stwierdził, że nieracjonalna jest sytuacja, w której odmawia się uznania zdarzenia za wypadek przy pracy z powodu długotrwałości działania szkodliwych czynników, przekraczającego miarę czasu przyjętą dla wypadków, czyli dniówkę roboczą. Natomiast, gdyby choroba wystąpiła nagle po jednym dniu pracy, wówczas stwierdzono by wypadek przy pracy i pracownik otrzymałby świadczenie<sup>38</sup>.

Trudno przyznać rację W. Szubertowi, gdyż na wystąpienie nagłego zdarzenia składa się działanie przyczyny zewnętrznej oraz powstanie zmian w stanie zdrowia, które wobec tego powinny także charakteryzować się nagłością. Regułą jest przyjmowanie miary czasu – w postaci jednego dnia – w którym wystąpiło szkodliwe oddziaływanie oraz jego skutki. Wątek łączenia nagłości z następstwami zdarzenia, jakim jest wypadek przy pracy, zostanie szerzej omówiony poniżej.

#### 4. Nagłość a szkoda na osobie<sup>39</sup>

Kolejnym elementem definicji wypadku przy pracy, który może charakteryzować się nagłością, jest szkoda na osobie w postaci doznania urazu lub śmierć ubezpieczonego. Urazem jest uszkodzenie tkanek

36 Takiego zdania są również R. Celeda, (w:) L. Florek (red.), Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2005, s. 1136; I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne..., t. III, s. 163. J. Skoczyński, (w:) Z. Salwa (red.), Kodeks pracy. Komentarz..., s. 711, który wyraził stanowisko, że takie rozumienie nagłego zdarzenia prowadziłoby do uwzględniania wypadków spowodowanych przede wszystkim czynnikami mechanicznymi.

37 Wyrok SN z 8.12.1998 r., II UKN 349/98, OSNP 2000, nr 2, poz. 78.

38 W. Szubert, Ubezpieczenie od wypadków..., s. 88.

39 Na wstępie podkreślę, że rozważania w tej części oparte są głównie na dorobku ukształtowanym na gruncie poprzedniego stanu prawnego. Cecha nagłości była wówczas odnośzona do skutków wypadku, czyli szkody na osobie, która wówczas nie była ustawowym elementem pojęcia wypadku przy pracy. Dlatego w miejscu, gdzie występuje określenie następstwa, skutki wypadku należy przez to rozumieć odpowiednio szkodę na osobie, którą w obecnej definicji wypadku przy pracy jest uraz lub śmierć.

33 L. Brzozowski, Wypadki przy pracy, w drodze do pracy i z pracy, Gdańsk 1999, s. 33.

34 II UKN 349/98, OSNP 2000, nr 2, poz. 78.

35 J. Kurcyusz, Wypadki przy pracy, Katowice 1967, s. 13.



ciała lub narządów człowieka wskutek działania czynnika zewnętrznego (art. 2 pkt 13 ustawy wypadkowej)<sup>40</sup>. Na gruncie ustawy wypadkowej nie wprowadza się rozróżnienia szkody na osobie na szkodę majątkową i niemajątkową, jakie występuje w kc. Dopiero analiza przesłanek poszczególnych świadczeń z ustawy wypadkowej pozwoliłaby określić, czy pokrywają one tylko szkodę majątkową, czy także szkodę niemajątkową.

W przypadku stwierdzenia szkody na osobie cecha nagłości także nie jest rozumiana ściśle, jako krótkotrwałe ujawnienie się skutków nagłego zdarzenia. J. Jasieński wyraził stanowisko, iż następstwa wypadku przy pracy nie muszą powstać w sposób nagły, ale w ciągu dnia pracy pod wpływem działania przez kilka godzin szkodliwego czynnika zewnętrznego<sup>41</sup>. J. Jończyk cechę nagłości odnosi do uszczerbku na zdrowiu, który może być ustalony po jakimś czasie, natomiast śmierć uważa za nagłą w znaczeniu prawnym, tzn. że musi nastąpić w czasie sześciu miesięcy od dnia wypadku<sup>42</sup>. Termin ten wynika z definicji śmiertelnego wypadku przy pracy zawartej w art. 3 ust. 4 ustawy wypadkowej. Zdaniem J. Broła, wypadkiem przy pracy będzie takie zdarzenie, kiedy działanie np. czynników termicznych, chemicznych (przyczyna zewnętrzna) na organizm ubezpieczonego wywołało ujemne skutki (np. zatrucie) w ciągu dnia pracy. Autor podkreślił, że dłuższe działanie przyczyny zewnętrznej, ponad dniówkę roboczą, które spowodowało chorobę, wiąże się z możliwością kwalifikacji jej jako choroby zawodowej<sup>43</sup>. W literaturze uznaje się, że element nagłości jest integralnie związany z ujawnieniem się skutków wypadku losowego na osobie pracownika<sup>44</sup>. Koncepcję stosowania cechy nagłości do szkody na osobie prezentuje także orzecznictwo. SN wielokrotnie wypowiadał

stanowisko o łączeniu cechy nagłości z czasem ujawnienia się skutków danego zdarzenia<sup>45</sup>.

Wprowadzenie elementu szkody na osobie do definicji wypadku przy pracy wymaga nowego spojrzenia na przesłankę nagłości. Zmianie uległy powiązania między poszczególnymi cechami tego pojęcia<sup>46</sup>. W tym kontekście należy zastanowić się, czy ujawnienie się szkody na osobie powinno charakteryzować się nagłością. Poglądy autorów – wyrażone przede wszystkim na gruncie obecnej ustawy wypadkowej – o tym, że cecha nagłości charakteryzuje przebieg wypadku, a nie wystąpienie jego skutku<sup>47</sup> oraz że nie musi ona dotyczyć przyczyny zewnętrznej ani skutków wypadku<sup>48</sup>, z uwagi na obecną definicję wypadku przy pracy, nie mogą być przyjęte za uzasadnione. Z literalnego brzmienia art. 3 ust. 1 ustawy wypadkowej wynika, iż na powstanie nagłego zdarzenia składają się dwa elementy, mianowicie przyczyna zewnętrzna powinna wywołać nagłe zdarzenie, którego nastąpienie powoduje szkodę na osobie. Wobec tego zaistnienie wskazanych elementów powinno charakteryzować się nagłością, podobnie jak określenie samego zdarzenia.

Ze względu na brzmienie obecnej definicji wypadku przy pracy – w mojej ocenie – nie można przyjąć poglądu, że wystąpiło nagłe zdarzenie, jeżeli po zadziałaniu przyczyny zewnętrznej nie pojawiła się szkoda na osobie. Dopiero w momencie ujawnienia się choć jej

40 Szerzej, W. Witoszko, Uraz jako element definicji wypadku przy pracy, *Monitor Prawa Pracy* 2006, nr 6, s. 301.

41 J. Jasieński, *Orzecznictwo lekarskie...*, s. 22.

42 J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2003, s. 237.

43 J. Broł, *Odpowiedzialność odszkodowawcza zakładu pracy za wypadki przy pracy*, Warszawa 1981, s. 43.

44 W. Zarychta, T. Szymanek, *Wypadki przy pracy...*, s. 41; I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenie społeczne...*, t. III, s. 165, stwierdziła, że prawidłowe jest odnoszenie nagłości do skutku, jeśli chodzi o czas ujawnienia się skutków zadziałania przyczyny zewnętrznej.

45 Zob. wyrok SN z 18.3.1999 r., II UKN 523/98, OSNAP 2000, nr 10, poz. 396, w którym wyrażono stanowisko, że ujawnienie się następstw chorób po upływie dniówki roboczej uniemożliwia uznanie wypadku przy pracy; tak też SN w wyroku z 30.6.1999 r., II UKN 24/99, OSNAP 2000, nr 18, poz. 697.

46 Tę kwestię zauważa też W. Sanetra, *Wypadek w nowej wersji*, PUSiG 2002, nr 12, s. 2; M. Drygala-Puto, *Wybrane aspekty ustawodawstwa UE*, Warszawa 2004, s. 17, 19. Autorzy stwierdzają, że z definicji wypadku przy pracy wynika, iż uraz ma nastąpić na skutek nagłego zdarzenia wywołanego przyczyną zewnętrzną. Natomiast w pojęciu urazu określa się, że to czynnik zewnętrzny ma spowodować owe uszkodzenie tkanek ciała. Zatem przyczyna zewnętrzna w definicji wypadku przy pracy odnosi się bezpośrednio do nagłego zdarzenia, a w pojęciu urazu do jego skutku, czyli uszkodzenia ciała.

47 Por. I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenie społeczne...*, t. III, s. 164; Z. Salwa, *Pojęcie wypadku przy pracy...*, s. 18. Takie stanowisko wyraził też J. Loga na gruncie poprzedniej ustawy wypadkowej z 1975 r., J. Loga, *Wypadek przy pracy. Pojęcie prawne...*, 1981, s. 49.

48 Por. T. Zieliński, L. Florek (red.), *Prawo pracy...*, s. 249, W. Zarychta, T. Szymanek, *Wypadki przy pracy...*, s. 41 oraz I. Jędrasik-Jankowska, *Ubezpieczenie społeczne...*, t. III, s. 165.

części można taką kwalifikację stwierdzić. Z kolei wystąpienie szkody na osobie bez udziału przyczyny zewnętrznej także nie może być uznawane za nagłe zdarzenie w rozumieniu definicji wypadku przy pracy. Przyjmując literalną interpretację definicji wypadku przy pracy należy stwierdzić, że pojęcie „nagłe zdarzenie” oznacza, że powinien wystąpić moment, w którym działanie przyczyny zewnętrznej, spowoduje uraz lub śmierć. Pod tym względem należy pozytywnie ocenić wprowadzenie do definicji wypadku przy pracy elementu szkody na osobie, której zaistnienie bardziej precyzuje moment wystąpienia zdarzenia. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego z pewnością taka ocena zdarzenia była znacznie trudniejsza, bowiem z definicji wypadku przy pracy wynikało jedynie, że nagłe zdarzenie powinno być wywołane przyczyną zewnętrzną i pozostawać w związku z pracą (art. 6 ust. 1 ustawy z 12.6.1975 r. o świadczeniach z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych<sup>49</sup>). W związku z tym trudniej było określić moment powstania zdarzenia, szczególnie przy wystąpieniu przyczyny zewnętrznej wielokrotnie lub o charakterze ciągłym. W obecnej definicji wypadku przy pracy określenie urazu lub śmierci pozwala na ustalenie – nie raz bardziej precyzyjnie – chwili wystąpienia tego zdarzenia, które ma miejsce wówczas, gdy zadziała przyczyna zewnętrzna oraz powstaną wymienione rodzaje szkody na osobie. Moim zdaniem takiej argumentacji nie zmienia także brzmienie definicji śmiertelnego wypadku przy pracy w art. 3 ust. 4 ustawy wypadkowej, według której śmierć może wystąpić w ciągu sześciu miesięcy od dnia zdarzenia, a więc nie w sposób nagły. W niektórych przypadkach określone skutki nagłego zdarzenia mogą ujawnić się od razu, co pozwoli zakwalifikować zdarzenie jako wypadek przy pracy. Natomiast pojawienie się dalszych następstw tego wypadku w postaci śmierci zmieni jego kwalifikację na śmiertelny wypadek przy pracy.

Wydaje się, że wprowadzenie do pojęcia wypadku przy pracy określenia szkody na osobie spowoduje, że inaczej będą oceniane sytuacje, w których zagrożenie epidemiologiczne chorobą wścieklizny wywołane narażaniem się pracownika na styczność z zakażonymi zwierzętami – traktowane jako przyczyna zewnętrzna – było uznawane za wypadek

49 Dz.U. z 1983 r., Nr 30, poz. 144.

przy pracy<sup>50</sup>. Obecnie takie okoliczności – w mojej ocenie – powinny być kwalifikowane jako wypadek przy pracy dopiero wówczas, gdy skutkiem narażenia jest powstanie uszkodzenia ciała lub śmierci<sup>51</sup>.

## 5. Wnioski

Na tle dotychczasowych rozważań należy stwierdzić, że w doktrynie i orzecznictwie stosowano interpretację rozszerzającą cechy nagłości charakteryzującej pojęcie wypadku przy pracy, tym samym odchodząc od jej potocznego rozumienia. Praktyka sądowa doprowadziła do elastycznego ujmowania każdego z elementów definicji wypadku przy pracy, w tym pojęcia nagłości<sup>52</sup>. Ponadto nagłość powinna charakteryzować każdy element definicji wypadku przy pracy, mianowicie przebieg zdarzenia, przyczynę zewnętrzną i szkodę na osobie. Dopiero splot, czy zbieg tych okoliczności oraz związek z pracą decyduje o powstaniu wypadku przy pracy. Oznacza to, że powinny one cechować się nagłością, a więc powstać w ciągu krótkiego czasu, w sposób nieoczekiwany, niespodziewany, nieplanowany, któremu nie udało się zapobiec. Ponadto powinny charakteryzować się nadzwyczajnością, zakłóceniem pracy, wyjątkowością w procesie pracy. Istotne jest określenie momentu, w którym powstała szkoda na osobie w wyniku działania przyczyny zewnętrznej. Owa przyczyna może wystąpić wielokrotnie, jednakże nie powinna mieć charakteru ciągłego, gdyż szkoda na osobie powstała na skutek działania takiej przyczyny jest właściwa danemu rodzajowi pracy i może być uznana za chorobę zawodową.

Dyskusyjne pozostaje zagadnienie ustalania ram czasowych dla wymienionych trzech elementów pojęcia wypadku przy pracy polegające na dosyć rygorystycznym przestrzeganiu czasu ich wystąpienia, czyli w ciągu doby pracowniczej. Wydaje się, że takie kryterium ustalone w sposób umowny, gdyż nie jest to wymóg ustawowy, nie powinno w każdym przypadku bezwzględnie decydować o tym, czy zdarzenie jest wypadkiem, czy nim nie jest. W konsekwencji, można byłoby

50 Zob. uchwała SN z 10.2.1984 r., III UZP 21/83, OSP 1985, nr 1, poz. 20.

51 Podobnego zdania jest J. Kuźniar, Prawo pracy..., s. 792, który stwierdził, że samo narażenie na chorobę wścieklizny nie może być kwalifikowane jako uraz.

52 Tak też T. Romer, Pojęcie wypadku przy pracy, Monitor Prawniczy 1993, nr 2, s. 35.

przyjąć, że działanie przyczyny zewnętrznej dłużej niż doba pracownicza lub ujawnienie się kolejnych skutków wypadku w następnym dniu po zajściu zdarzenia nie wyklucza jego kwalifikacji jako wypadku przy pracy, bowiem dalsze skutki wypadku mogą pozostawać w związku przyczynowym z tym zdarzeniem. Jest to ważne w takich szczególnych sytuacjach, kiedy ujawnienie się niektórych zmian w stanie zdrowia nastąpi później (np. po dwóch dniach okaże się że nastąpiło pęknięcie jakiegoś narządu wewnętrznego). Niekiedy mogą one w ostrzejszej postaci być zauważalne w jakiś czas po zajściu zdarzenia, gdyż najpoważniejszy skutek wypadku, jakim jest śmierć może nastąpić po jakimś czasie. Należy więc brać pod uwagę to, iż zdarzenie ma wywołać zmiany w organizmie, który cechuje się bardzo indywidualnymi właściwościami i może zareagować inaczej. Istotne jest ustalenie, że w danym momencie nastąpił zbieg dwóch okoliczności: działania przyczyny zewnętrznej i wystąpienie szkody na osobie. W związku z tym, nagłym zdarzeniem będzie taki stan, wydarzenie, kiedy uda się jednocześnie stwierdzić działanie przyczyny zewnętrznej i wystąpienie urazu lub śmierci. Dlatego też najbliższe jest mi stanowisko wyrażone przez W. Tomyna, który stwierdził, że nagłość zdarzenia powinna być oceniana w kontekście pojawienia się przyczyny i ujawnienia się skutku tej przyczyny<sup>53</sup>. W mojej ocenie, gdy zostanie stwierdzone uszkodzenie ciała, należy ustalić czy w momencie jego powstania działała przyczyna zewnętrzna, a zdarzenie pozostawało w związku z pracą. W tej sytuacji odpada konieczność tworzenia granic czasowych co do ujawnienia się kolejnych następstw tego zdarzenia, bowiem jeżeli pozostają one w związku przyczynowym z tym zdarzeniem, to powinny być uwzględnione.

Nagłość w pojęciu wypadku przy pracy powinna być raczej postrzegana w kategoriach losowych, a nie przez stosowanie ram czasowych. Dlatego zdarzenie charakteryzujące się nagłością powinno mieć charakter niespodziewany, nieplanowany itp.<sup>54</sup> Stosowanie ograniczenia czasowego, jakim jest doba pracownicza, może powodować, że w nie-

których sytuacjach, np. gdy wystąpi dłuższe oddziaływanie przyczyny zewnętrznej, uniemożliwi to stwierdzenie wypadku przy pracy z uwagi na to, że przyczyna zewnętrzna trwała za długo. Moim zdaniem nie jest także możliwe przyjęcie określania tej granicy czasowej oddzielnie dla każdego elementu definicji wypadku przy pracy, gdyż stanowiłoby to ograniczenie przy ocenie tych zdarzeń. Istotą nagłego zdarzenia w ujęciu definicji wypadku przy pracy jest wywołanie go przez przyczynę zewnętrzną i wystąpienie szkody na osobie w jednym momencie.

Na tle rozbieżności dotyczących oceny nagłości w definicji wypadku przy pracy pojawił się także pogląd o zbędności tego kryterium. Upatrywano w nim przede wszystkim różnicę między wypadkiem przy pracy a chorobą zawodową. Na gruncie poszczególnych stanów faktycznych, ustalenie przesłanki nagłości mogło sprawiać pewne trudności z uwagi na to, że nie była ona określana ścisłymi kryteriami i w dodatku odnoszona albo do przyczyny zewnętrznej, albo do skutków zdarzenia. Podstawową miarodajną oceną ustalania tej przesłanki były ramy czasowe, czyli dzień pracy. Dlatego też, jeżeli przesłanka nagłości nie była oceniana w znaczeniu dosłownym, a jej interpretacja w nauce i judykaturze nie była jednoznaczna, postulowano więc, aby nie różnicować zdarzeń na wypadki przy pracy i choroby zawodowe. Proponowano, aby wszystkie doznane urazy lub inne postaci szkody na osobie związane z pracą były objęte jednakową ochroną bez względu na rodzaj danego zdarzenia<sup>55</sup>. Z jednej strony przedstawioną propozycję można ocenić pozytywnie, gdyż nieuwzględnianie kryterium nagłości – ograniczonej do trwania doby pracowniczey – pozwoliłoby objąć ochroną prawną więcej zdarzeń związanych z pracą. Ponadto należy zauważyć, że wymóg tych granic czasowych jest ustalony w sposób sztuczny, gdyż nie odpowiada rozumieniu pojęcia nagłości w znaczeniu potocznym. Jednakże argumentem przemawiającym za pozostawieniem kryterium nagłości i podziału zdarzeń na wypadki przy pracy i choroby zawodowe jest to, iż ustalanie okoliczności i przyczyn każdego z tych zdarzeń wymaga innej procedury. To z kolei zapewnia prawidłowe postępowanie w zakresie stwierdzania wypadków przy pracy i chorób zawodowych. Z tego względu wydaje się, że kon-

53 W. Tomyn, Wypadki: przy pracy, w drodze do pracy lub z pracy, w szczególnych okolicznościach..., s. 40.

54 Podobnie tę cechę ujmuje I. Jędrasik-Jankowska, Ubezpieczenie społeczne..., t. III, s. 165, stwierdzając że nagłość zdarzenia należy oceniać w kategoriach biologicznych.

55 Por. W. Zarychta, T. Szymanek, Wypadki przy pracy..., s. 42.

cepcja o zniesieniu podziału zdarzeń na wypadki przy pracy i choroby zawodowe nie jest trafna. Natomiast ocena zdarzeń związanych z pracą pozostawiona jest przede wszystkim interpretacji pojęcia wypadku przy pracy.

Joanna M. Salachna

## **Istota dyscypliny finansowej (budżetowej i finansów publicznych) w Polsce oraz determinanty istnienia prawnej odpowiedzialności za jej naruszenie**

### **1. Pojęcie dyscypliny finansowej – problemy terminologiczne. Uwagi wprowadzające**

Na początku podkreślenia wymaga, że same pojęcia są immanentnymi składnikami teorii, zaś ich definicje winny mieć określone cechy (właściwości).<sup>1</sup> Stąd też stwierdzić można, iż pojęcie dyscypliny finansowej (budżetowej i finansów publicznych) jest podstawowym elementem teorii odpowiedzialności za naruszenie tejże dyscypliny. Instytucja odpowiedzialności ma bowiem w stosunku do samej dyscypliny charakter pochodny. Wydaje się, iż bez precyzyjnego wyznaczenia co należy rozumieć przez zachowanie dyscypliny, nie można w sposób logiczny i konsekwentny budować modelu odpowiedzialności za jej naruszenie. Stąd też w tym miejscu zostaną przedstawione i zanalizowane doktrynalne określenia dyscypliny finansowej, zaś w dalszej kolejności, po uwzględnieniu zakresu finansów publicznych oraz ujęcia modelowego konstruowania definicji, zostanie zaprezentowany pogląd odnośnie do zawartości tego pojęcia w sensie szerokim i wąskim.

W literaturze prawno-finansowej prezentowane są różne ujęcia rozumienia pojęć dyscyplina budżetowa i dyscyplina finansów publicznych. Na początku należy stwierdzić, że samo istnienie dwóch powyższych określeń uwarunkowane jest przede wszystkim terminologią, stosowaną w regulacjach prawnych.

<sup>1</sup> Na temat funkcji pojęć oraz ich właściwości zob.: Ch. Frankfurt-Nachmias, D. Nachmias, *Metody badawcze w naukach społecznych*, Poznań 2001, s. 42 i nast.

W roku 1958 wprowadzono do polskiego systemu prawnego nowy rodzaj odpowiedzialności, która pod nazwą dyscypliny budżetowej (mimo licznych zmian) przetrwała do końca 1998 roku, przy czym, w zasadzie konsekwentnie rezygnowano z legalnego określania samego pojęcia dyscypliny<sup>2</sup>. Nadmienić jednak należy, iż w literaturze przedmiotu tego okresu podejmowano próby określania występującego nie tylko w regulacjach prawnych pojęcia dyscypliny budżetowej, ale także szerszego – dyscypliny finansowej<sup>3</sup>. Począwszy od 1999 r., wprowadzono nowe regulacje prawa finansów publicznych<sup>4</sup>, które zastąpiły poprzednio obowiązujące prawo budżetowe<sup>5</sup>. W związku z rozszerzeniem, w stosunku do poprzednio obowiązującego, zakresu przedmiotu unormowania i objęciem nim w zasadzie całości finansów publicznych<sup>6</sup>, zmianie uległa też sama nazwa aktu, a co za tym idzie – zmodyfikowane zostało określenie dyscypliny (która odtąd nosi miano „dyscypliny finansów publicznych”).<sup>7</sup>

Występujące w regulacjach prawnych pojęcie dyscypliny budżetowej zostało zatem zastąpione pojęciem dyscypliny finansów publicznych. Należy podkreślić, że zmiana nazwy, używanej na określenie dyscypliny z budżetowej na finansów publicznych tylko pozornie wskazuje na dokonanie poważniejszych zmian w jej istocie, a co za tym idzie – pojmowania dyscypliny w sensie pozytywnym. Powyższe twierdzenie wynika przede wszystkim z porównania konstrukcji wcześniejszych regulacji dyscypliny z zawartymi odpowiednio – najpierw w u.

f.p.<sup>8</sup>, a obecnie w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie d.f.p. Na uwagę w tym miejscu zasługuje wskazanie, iż we współczesnej literaturze nadal można spotkać się z definiowaniem dyscypliny budżetowej i traktowaniem jej tożsamo z dyscypliną finansów publicznych.<sup>9</sup>

Charakter powyższych zmian pojęciowych trafnie określił C. Kosikowski, wskazując, że „obecnie, przynajmniej od strony werbalnej, jest inaczej. Natomiast pod względem merytorycznym dyscyplinę finansów publicznych nadal pojmuje się w sposób konwencjonalny.”<sup>10</sup> Stąd też pojawia się termin dyscyplina finansowa jako pojęcie tożsame doktrynalnie z dyscypliną finansów publicznych, a obejmujące swym zakresem także dyscyplinę budżetową.

Poczynione wyżej uwagi uzasadniają, aby w dalszych rozważaniach, dotyczących kompleksowego ujęcia dyscypliny (i jego konsekwencji), uwzględnić zarówno poglądy dotyczące rozumienia dyscypliny budżetowej, jak i dyscypliny finansów publicznych. Analiza zakresu obydwu definiowanych w doktrynie pojęć zostanie zaprezentowana także z innej, nie mniej istotnej z punktu tematyki rozważań, przyczyny. Pozwoli mianowicie na teoretyczną weryfikację założeń przyjętych przy konstruowaniu definicji oraz sformułowanie wniosków i ukazanie pewnych prawidłowości, mających dla rozumienia dyscypliny finansowej, a następnie konstrukcji odpowiedzialności za jej naruszenie, określone konsekwencje. Wydaje się, że owa weryfikacja będzie pełna jedynie wówczas, gdy prezentowane w literaturze przedmiotu rozumienia dyscypliny finansowej porównywane będą nie tylko pomiędzy sobą, ale przede wszystkim wówczas, gdy odniesie się je do przyjętego wzorca zawartości tego pojęcia. Tworząc taką teoretyczną podstawę odniesienia należy mieć na uwadze następujące kwestie.

Po pierwsze, przedmiotowo termin dyscypliny, rozumianej jako określony porządek i obowiązek jego przestrzegania, może odnosić się w założeniu do całości aspektów z zakresu finansów publicznych,

8 Nadmienić należy, że w samym uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano na to, iż jednym z celów dokonywanych zmian miało być „wzmocnienie kontroli wydatków publicznych i dyscypliny budżetowej” (zob. uzasadnienie do projektu ustawy o finansach publicznych z dnia 14 maja 1998 r., druk sejmowy Nr 342, s. 2).

9 Aktualnie pojęcie dyscypliny budżetowej definiowane jest przez E. Chojnę–Duch oraz W. Ziółkowską, o czym mowa będzie w dalszej części rozważań.

10 C. Kosikowski, *Finanse publiczne. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 299.

2 Do końca 1984 r. ustawodawca za pomocą przykładowego wyliczenia (wykorzystując sformułowanie „w szczególności”) wskazywał, co należy rozumieć pod pojęciem przestrzegania dyscypliny budżetowej.

3 Zob. M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność finansowa za naruszenie dyscypliny budżetowej w PRL*, Wrocław 1968, s. 7.

4 Do końca 2005 r. obowiązywała ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 15, poz. 148 ze zm.). W aktualnym stanie prawnym jest to ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), zwana dalej u.f.p.

5 Począwszy od 1958 r. obowiązywały kolejne ustawy regulujące prawo budżetowe. Ostatnią z nich była ustawa z dnia 5 stycznia 1991r. (tekst jedn. Dz.U. z 1993 r., Nr 72, poz. 344 ze zm.).

6 Zob. szerzej na temat zawartości oraz oceny regulacji tego aktu: C. Kosikowski, *Ustawa o finansach publicznych*, Państwo i Prawo 1999, z. 3.

7 Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny jest regulowana aktualnie ustawą z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.), powoływaną dalej także jako ustawa o odpowiedzialności za naruszenie d.f.p.

bądź tylko do ich części (np. związanych z budżetem). Pojęciem o kluczowym znaczeniu są tu zatem finanse publiczne. Sam termin finanse nie jest definiowany w literaturze przedmiotu w sposób jednolity.<sup>11</sup> Uwzględniając jednak elementy, które pojawiają się w prezentowanych poglądach, można za E. Ruśkowskim przyjąć, iż finanse są zjawiskami, które występują w związku z gromadzeniem i wydatkowaniem środków pieniężnych<sup>12</sup>. Z kolei użyty przymiotnik „publiczne” zawęża termin finansów do takich procesów (zjawisk) gromadzenia i rozdysponowywania środków pieniężnych, które zapewniają funkcjonowanie oraz wykonywanie zadań przez podmioty publicznoprawne.<sup>13</sup> Jeżeli zatem przyjmie się, że zakres finansów publicznych jest wyznaczony i zeterminowany niejako *a priori* poprzez rodzaj podmiotów, których te finanse dotyczą (tzn., że jest on narzucony „z góry” poprzez przymiotnik używany na określenie finansów), a rozważania pozostają wyłącznie w ramach dyscypliny finansów publicznych, to jako podstawowy obszar badawczy jawi się przedmiot tej dyscypliny, czyli finanse (oczywiście uwarunkowane w powyższy sposób). Jednak określony przedmiot dyscypliny podlega dalszemu precyzowaniu, bowiem zarówno finanse jako całość, jak i pewien ich obszar odnosić się mogą do różnych etapów (a w ich ramach – poszczególnych czynności) związanych z gromadzeniem i rozdysponowywaniem środków, tzn. planowania i uchwalania, wykonywania oraz kontroli wykonania tych procesów. Tak więc wstępnie ustalony obszar, w którym ma być zachowywana dyscyplina może ulegać dalszemu zawężeniu. Ujęcie przedmiotowe dyscypliny

11 Zob. np.: J. Harasimowicz, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1980, s. 9–10; N. Gajl, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1980, s. 11; M. Weralski, *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 1984, s. 17–18; E. Denek, J. Sobiech, J. Wierzbicki, J. Wolniak, *Finanse publiczne*, Warszawa 1995, s. 14; T. Dębowska–Romanowska, *Komentarz do prawa budżetowego państwa i samorządu terytorialnego wraz z częścią ogólną prawa finansowego*, Warszawa 1995, s. 10–11; E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2000, t. I, s. 13.

12 E. Ruśkowski, *Ogólna charakterystyka finansów publicznych*, (w:) C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2003, s. 19.

13 Por.: *ibidem*, s. 20 oraz S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 1999, s. 18–19, gdzie autorzy wskazują na konieczność zastosowania przede wszystkim kryterium własności przy precyzowaniu pojęcia finansów publicznych, a nie innych wyznaczników, takich np. jak powszechność czy dostępność dla ogółu. Można się jednak spotkać w literaturze przedmiotu z definicjami, w których „publiczność” finansów jest wyznaczana przez cele (publiczne) gospodarowania środkami publicznymi – por. np.: E. Chojna–Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2004, s. 10.

finansowej ma jeszcze jeden wymiar – samo bowiem przestrzeganie, czyli istota dyscypliny, rozumiane jako zachowanie zgodne z określonym porządkiem, może być rozpatrywane nie tylko w aspekcie legalności, ale także z uwzględnieniem innych kryteriów, takich jak celowość czy gospodarność.

Po drugie – przyjmując, zgodnie z wcześniejszym ustaleniem, że zakres podmiotowy finansów, a więc także dyscypliny finansowej jest narzucony „z góry”, będzie on wtórnie precyzowany (w sposób szeroki lub zawężający) w stosunku do podstawowego oraz do określonego zakresu przedmiotowego dyscypliny.

Reasumując, modelowo treść definicji dyscypliny finansowej w sensie szerokim lub wąskim winna zawierać następujące elementy. W ramach określenia jej zakresu przedmiotowego: – wyznaczenie (bezpośrednie lub pośrednie) obszaru finansów, którego ma dotyczyć, oraz wskazanie, czy chodzi o wszelkie regulacje tego obszaru, czy też o ich część; – sprecyzowanie, czy przestrzeganie tych reguł oznacza zachowania zgodne wyłącznie z prawem, czy też ponadto z innymi, dodatkowymi kryteriami. Z kolei w zakresie podmiotowym – określenie kategorii podmiotów zobowiązanych do zachowania dyscypliny w ramach wcześniej określonego jej przedmiotu.

Uwzględniając uwagi na temat stosowanej terminologii oraz ustalenia co do zawartości pojęcia, prezentacja występujących w literaturze definicji dyscypliny finansowej, a także wniosków płynących z ich analizy, zostanie dokonana przede wszystkim: w pierwszej kolejności – w oparciu o kryterium przedmiotowe, a następnie – o kryterium podmiotowe ujęcia dyscypliny. W ramach takiego podziału zostanie wyszczególniony *sens stricto* i *largo* omawianego określenia. Taki sposób oraz kolejność przedstawiania zagadnień terminologicznych i ich konsekwencji, a następnie wzajemnych relacji, znajduje dwójakiego rodzaju uzasadnienie: o charakterze merytorycznym i logicznym.

Powodem takiej struktury i kolejności przedstawiania zagadnień jest, co wyżej wykazano, możliwość dwupłaszczyznowego ujęcia terminu dyscypliny finansowej. Przy czym dla uznania, czy jest to wąskie czy szerokie rozumienie dyscypliny przesądzającym jest określenie jej zakresu przedmiotowego. Słuszność takiego założenia potwierdzać

zdaje się także fakt, że poszczególni przedstawiciele doktryny, prezentując własne rozumienie dyscypliny ujmują je najczęściej przedmiotowo. Nie zawsze określając przy tym jej zakres podmiotowy, skupiają się niejednokrotnie wyłącznie na kategoriach podmiotów ponoszących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny, czego nie można uznać za ujęcie podmiotowe definiowanego pojęcia<sup>14</sup>. Nadmienić także należy, iż nierzadko w literaturze przedmiotu traktuje się wyłącznie o instytucji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny, nie określając w sposób pozytywny samego jej pojęcia.<sup>15</sup>

Niejednokrotny brak w danej definicji ustalenia kategorii podmiotów zobowiązanych do zachowania dyscypliny oraz analiza treści poszczególnych definicji prowadzi do sformułowania twierdzenia, że nie jest możliwym rozdzielenie w sposób przejrzysty i precyzyjny większości występujących w literaturze przedmiotu definicji, na ich klasyczny dwupodział, a mianowicie: *sensu largo* i *stricto*. Uznając wprawdzie za przesadzające ujęcie przedmiotowe dyscypliny (co stanowi konsekwencję przyjęcia, iż jest to podstawowy obszar badawczy), możliwym jawi się dokonanie pełnego podziału, o którym mowa wyżej, jednak wydaje się, że taka struktura byłaby w przedstawionej sytuacji mniej uzasadniona logicznie i metodologicznie, mając na uwadze założone cele badawcze.

Wskazania wymaga także, iż samo dokonanie podziału przedmiotowego ujęcia dyscypliny występującego w doktrynie na *sensu stricto* i *largo* może przysparzać pewnych trudności. Wynika to z podwójnej konkretyzacji zakresu przedmiotu dyscypliny. Następuje ona bowiem poprzez określenie (*expressis verbis* oraz treściowo), czy dyscyplina obejmuje cały obszar finansów (publicznych), czy jego część (bu-

14 W niniejszym opracowaniu przyjęto założenie, zgodnie z którym ponoszenie odpowiedzialności (w jakiegokolwiek formie) za naruszenie dyscypliny ma charakter wtórny do samego obowiązku zachowania dyscypliny (odpowiedzialność ma zabezpieczać istnienie dyscypliny). Z pewnych względów może zaistnieć stan, w którym podmioty obowiązane do przestrzegania określonych reguł wyłączone zostają z zakresu podmiotowego odpowiedzialności. Dlatego też wydaje się, iż przyjęcie tożsamości ujęcia podmiotowego dyscypliny z zakresem podmiotowym odpowiedzialności za jej naruszenie byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem, niemającym uzasadnienia merytorycznego.

15 Zob. np.: E. Kosiński, *Procedura budżetowa a deficyt. Zagadnienia prawne na tle porównawczym*, Warszawa 2001, s. 169 i nast.; B. Brzeziński, W. Matuszewski, W. Morawski, A. Olesińska, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2003, s. 173–180.

dżet), tzn. czy chodzi w danym przypadku o dyscyplinę finansową, czy budżetową. Ponadto, jest ona dokonywana poprzez wskazanie kategorii regulacji, które mają być przestrzegane w ramach określonego obszaru finansów, przy czym może zaistnieć sytuacja, w której normy podlegające przestrzeganiu wykraczają poza ścisły obszar finansów. Niejednokrotnie jest tak, że główny nacisk kładziony jest właśnie na przestrzeganie norm określonego rodzaju, co pośrednio wyznacza obszar finansów, którego dotyczy konieczność zachowania dyscypliny. Zatem celowym jest usystematyzowanie przedstawiania zagadnień, mając na uwadze przyjęte założenia oraz fakt, iż niektórzy przedstawiciele doktryny utożsamiają w sensie terminologicznym pojęcia dyscypliny finansowej i budżetowej.

Za podstawę dokonania podziału prezentowanych pojęć dyscypliny finansowej na *sensu stricto* i *largo* przyjęto zakres dyscypliny wynikający z treści definiowanego pojęcia. Koniecznym jest jednak wyznaczenie cezury, według której ten podział nastąpi. Istnieją tu dwa warianty kwalifikacji pojęć jako *sensu stricto* i *largo*. Można bowiem za odniesienie przyjąć zawartość terminu finanse publiczne – wówczas wszystkie definicje, w których przedmiot nie pokrywa się z całością regulacji tych finansów byłyby traktowane jako wąskie. Możliwym jest także przyjęcie, jako wyznacznika podziału, tej części obszaru finansów, którego zawsze dotyczą formułowane definicje – wówczas wszystkie pojęcia, w których przedmiot jest określony w sposób szerszy byłyby równoznaczne z ujęciem *sensu largo*. Uwzględniając, iż rozważania dotyczą dyscypliny finansowej, bardziej logicznym mogłoby się wydawać pierwsze rozwiązanie. Jednak zważając na fakt, iż pierwotnie wykształciło się pojęcie dyscypliny budżetowej, a obecne rozumienie terminu dyscypliny finansów publicznych – na co wyżej zwrócono uwagę – bywa często traktowane w sposób zbliżony do poprzednio istniejącego, uzasadnionym jest przyjęcie podziału według drugiego z przedstawionych sposobów.

Konsekwencją tego, w pierwszej kolejności zostaną zaprezentowane poglądy na temat rozumienia dyscypliny finansowej *sensu stricto*, czyli dyscypliny budżetowej. Z kolei do pojęć *sensu largo* zostaną zakwalifikowane ujęcia dyscypliny, których zakres przedmiotowy wykracza poza regulacje dotyczące instytucji budżetu. Przy czym, decy-

dującym o zaliczeniu do danej kategorii będzie treść definicji, a nie miano (nazwa) nadane definiowanemu pojęciu dyscypliny. Taka systematyka pozwoli na teoretyczną analizę zespołu elementów wyznaczających szeroki lub wąski zakres dyscypliny oraz ich weryfikację. Podobny schemat zostanie przyjęty także w ujęciu podmiotowym.

## 2. Dyscyplina finansowa *sensu stricto* i *largo* w ujęciu przedmiotowym

Dyscyplina *sensu stricto* w założeniu odnosi się tylko do części finansów publicznych, a mianowicie do instytucji budżetu i określana jest wyłącznie mianem budżetowej. Jej definicje, poza nielicznymi wyjątkami, powstały przed wejściem w życie ustawy o finansach publicznych. Trudno wskazać na jednolite traktowanie jej przedmiotu przez poszczególnych przedstawicieli doktryny. Na uwagę zasługuje fakt, że niektórzy z nich rozróżniali szerokie i wąskie ujęcie dyscypliny budżetowej.

Jerzy Harasimowicz twierdził, że przedmiotowo dyscyplina budżetowa w szerokim ujęciu oznacza przestrzeganie wszelkich przepisów budżetowych. Przy takim założeniu przyjmował, iż dyscyplina budżetowa jest tym samym co legalność w zakresie gospodarki budżetowej, lub też precyzyjniej – „legalnością w budżecie”. Z powyższego nie wynika bynajmniej, iż były nią objęte zjawiska pozostające w pośrednim związku z gospodarką budżetową.<sup>16</sup> Natomiast podłoże konstrukcji wąskiej definicji dyscypliny budżetowej to, według J. Harasimowicza, potrzeba stosowania sankcji. Uwzględniając jednak realność możliwości stosowania represji oraz jej celowość i oddziaływanie, zakładał on, że karalne winny być naruszenia tylko niektórych przepisów budżetowych. Przy czym, co wymaga podkreślenia, nie precyzował o jakie przepisy czy też ich kategorie chodzi. Twierdził jedynie, że nie powinno się stosować sankcji za naruszenie dyscypliny budżetowej w przypadkach: nieprawidłowego planowania dochodów, niegospodarnego dokonywania wydatków, niesłusznego umarzania należno-

ści budżetowych, bowiem kryteria oceny takich zachowań są płynne, a ponadto – istnienie i stosowanie sankcji za powyższe czyny mogłoby skutkować paraliżem działalności w zakresie gospodarki budżetowej w obawie przed tymi sankcjami. Uwzględniając powyższe założenia twierdził, że dyscyplina budżetowa w sensie ścisłym to system norm prawnych, które regulują odpowiedzialność i stosowanie sankcji za naruszenie prawa budżetowego.<sup>17</sup>

Oceniając samą zawartość powyższych ujęć dyscypliny stwierdzić należy, że jej szerokie rozumienie zawiera określenie niezbędnych elementów, tzn. obszaru finansów, norm podlegających przestrzeganiu oraz kryterium przestrzegania. Treść tych elementów wskazuje jednoznacznie, że jest to definicja dyscypliny finansowej *sensu stricto*. Natomiast jego ścisła definicja dyscypliny, w sensie teoretycznym nieodwołującym się do zawartości treściowej, zawiera wprawdzie ustalenie obszaru i norm z jego zakresu, ale brak w niej samej istoty dyscypliny, czyli obowiązku przestrzegania ustalonego porządku. Merytorycznie zaś, uwzględniając charakter norm oraz obszar finansów określony w tym ujęciu, stwierdzić należy, iż prawna odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny jest konstrukcją o charakterze pochodnym i zależnym od samej dyscypliny, bowiem aby wyciągać konsekwencje (czyli realizować odpowiedzialność) za naruszenie ustalonego porządku, musi być on najpierw w jakiś sposób określony. Wydaje się zatem, że J. Harasimowicz ustalając ściśle rozumienie dyscypliny, przyjął pewnego rodzaju uproszczenie terminologiczne, nie uzasadnione w kontekście samego terminu „dyscyplina”. Nie można zatem uznać, w świetle wcześniejszych założeń, iż to „ścisle” pojmowanie przez powołanego Autora dyscypliny, spełnia wymogi definicyjne.

Marek Mazurkiewicz wychodził z kolei z założenia, że w ujęciu przedmiotowym dyscyplina budżetowa w najszerszym znaczeniu, jako jeden z rodzajów dyscypliny finansowej, oznacza obowiązek przestrzegania wszelkich przepisów w zakresie budżetu. Podkreślał, że w takim określeniu zawierają się także obowiązki dotyczące rozliczeń z budżetem, które nie odnoszą się bezpośrednio do gospodarki budżetowej (np. wpłaty przedsiębiorstw). Uzasadnieniem takiego poglądu było to, iż

<sup>16</sup> J. Harasimowicz, Odpowiedzialność prawna za naruszenie dyscypliny budżetowej, Państwo i Prawo 1963, nr 2, s. 283.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 284 i nast.



operacje tego rodzaju mają niejednokrotnie związek z kształtowaniem się dochodów lub wydatków budżetowych.<sup>18</sup> Wprawdzie wydaje się, że powyższe, podstawowe określenie przedmiotu dyscypliny w ujęciu szerokim jest tożsame z takim ujęciem prezentowanym przez J. Harasimowicza, jednak zastrzeżenie, że jego zakres obejmuje także inne niż ściśle rozumiane przepisy budżetowe, prowadzi do wniosku, że obszar dyscypliny określony przez M. Mazurkiewicza jest szerszy.

Analizując podstawy zawężania pojęcia dyscypliny budżetowej, M. Mazurkiewicz krytycznie odniósł się do poglądów J. Harasimowicza w tym zakresie. Stwierdził on mianowicie, że: po pierwsze – konstrukcja takiego ujęcia dyscypliny nie uwzględnia samego znaczenia terminu dyscypliny jako określenia systemu norm, który ma być przestrzegany; po drugie – ów sposób i zakres zawężenia dyscypliny nie ma dostatecznego uzasadnienia w postaci krytyki dotychczasowych poglądów na temat pojmowania dyscypliny, czy też w odniesieniu się do aktualnych autorowi regulacji prawnych w tym zakresie. Jego zdaniem, podstawą tworzenia w doktrynie teorii zawężających pojęcie dyscypliny, jest przede wszystkim obawa przed utożsamianiem jej z legalnością.<sup>19</sup> On sam wychodził z założenia, że konstruując pojęcie dyscypliny budżetowej w ścisłym znaczeniu, należy z jego zakresu wyeliminować obowiązki rozliczeń z budżetem, wynikające ze stosunków prawnych powstających poza systemem budżetowym (np. ze stosunku podatkowego, stypendialnego). Wprawdzie stosunki takie dotyczą dochodów lub wydatków budżetu, ale źródła ich powstawania różnią się jakościowo od reguł normujących prowadzenie gospodarki budżetowej, a ponadto różne są skutki prawne zadań planowanych w budżecie i zadań wykonywanych poza systemem budżetu.<sup>20</sup> Analiza przedstawionego ujmowania dyscypliny, tak w sensie szerokim, jak i zawężającym wskazuje, że spełnia ono wymogi definicyjne w zakresie zawartości przedmiotu dyscypliny. Natomiast na gruncie szeroko rozumianego przedmiotu dyscypliny może powstać wątpliwość, czy jest to na pewno dyscy-

plina finansowa *sensu stricto*. Wskazanie bowiem przez jej autora na konieczność przestrzegania także norm regulujących rozliczenia z budżetem, których nie zalicza się do kategorii ścisłej regulacji budżetu, może oznaczać, iż jest to dyscyplina finansowa *sensu largo*. Wydaje się jednak, że przesądzające tu winno być określenie podstawowego przedmiotu dyscypliny, czyli obszaru finansów, do którego odnosi się konieczność jej zachowania. Skoro jest nim instytucja budżetu, uznać należy to ujęcie za określenie dyscypliny budżetowej.

Karol Ostrowski twierdził natomiast, iż dyscypliną budżetową jest „przestrzeganie zgodności projektowania i wykonywania zadań finansowych budżetu z przepisami prawnymi”<sup>21</sup>. Zastrzegając jednocześnie, że dyscyplina wyczerpuje się w przestrzeganiu norm, które mają znaczenie dla prawidłowego określania oraz realizacji zadań budżetu. Tymi normami miały być nie tylko przepisy prawa budżetowego, ale także przepisy z zakresu całego prawa finansowego (np. prawa podatkowego), jak i innych działów prawa (np. prawa pracy, określającego wysokość wynagrodzeń, czy prawa cywilnego normującego dzierżawę lub najem, jeżeli w wyniku takich umów pobierane są dochody budżetowe lub dokonywane wydatki budżetowe), o ile spełniają przesłankę, o której mowa wyżej. Definicja powyższa zawiera wszystkie elementy niezbędne do uznania, że jest to określenie dyscypliny finansowej. Natomiast z zawartości treści merytorycznej tego ujęcia jasno wynika, że jest ono w zasadzie identyczne z szerokim rozumieniem dyscypliny przez M. Mazurkiewicza.

Z kolei Leon Kurowski i Marian Weralski, nie rozwijając szczegółów i aspektów pojęcia dyscypliny, ograniczyli się do stwierdzenia, iż dyscyplina budżetowa to „przestrzeganie prawa, legalności całego wykonywania gospodarki budżetowej”<sup>22</sup>. Analiza zakresu i treści kluczowego w tej definicji terminu gospodarki budżetowej, używanego przez tych Autorów<sup>23</sup>, mogłaby prowadzić do wniosku, że powyższa definicja dyscypliny jest tożsama z legalnością w zakresie całej gospodarki budżetowej, a zatem jej rozumienie jest zbieżne z pojęciem dyscypliny *sensu largo* prezentowanym przez J. Harasimowicza. Jednakże w po-

18 Zob. M. Mazurkiewicz, *Dyscyplina budżetowa*, (w:) M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. II Instytucje budżetowe, Wrocław 1982, s. 577 oraz M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 9.

19 *Ibidem*, s. 6.

20 *Ibidem*, s. 9–10.

21 K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 263.

22 L. Kurowski, M. Weralski, *Prawo finansowe*, Warszawa 1973, s. 76.

23 Zob.: *ibidem*, s. 10–14 oraz 47 i nast.

wołanym ujęciu mowa jest o wykonywaniu tej gospodarki, a nie gospodarce jako takiej. Dlatego też, mając na uwadze poglądy L. Kurowskiego i M. Weralskiego na temat wykonywania gospodarki budżetowej, wnioskować należy, iż taki zakres przedmiotowy dyscypliny nie obejmował przepisów związanych z procedurą uchwalania budżetu oraz kontroli jego wykonania.<sup>24</sup> Elementy zawarte w tej definicji świadczą, iż jest to pełne ujęcie przedmiotu dyscypliny. Jednak analiza ich zawartości wykazała, że jest ono węższe niż wyżej zaprezentowane definicje dyscypliny.

Jeszcze bardziej zawężające od wyżej przedstawionego, jest określenie przedmiotu dyscypliny przez N. Gajl. Zgodnie z jej poglądem, dyscyplina budżetowa wyczerpuje przedmiotowo „przestrzeganie wszelkiego rodzaju norm prawnych (...) co do zasad i trybu dokonywania wydatków oraz pobierania dochodów budżetowych”, a „(...) przede wszystkim przestrzeganie wyznaczeń wynikających i ustalonych w przepisach prawa budżetowego i ustaw budżetowych”<sup>25</sup>. Przy czym podkreślała, iż kryterium zachowania tak rozumianej dyscypliny jest wyłącznie legalność.<sup>26</sup> Niewątpliwym jest, iż teoretycznie zawartość tej definicji odpowiada wymogom formułowania pojęcia dyscypliny finansowej. Jak wskazano wyżej, jest ono dosyć wąskie, oprócz tego bowiem, że nie uwzględnia etapów planowania i uchwalania, a także kontroli budżetowej, to dodatkowo ogranicza konieczność zachowania dyscypliny wyłącznie w zakresie niektórych aspektów realizacji gospodarki budżetowej.

24 L. Kurowski i M. Weralski w tej samej publikacji, w której zawarta jest cytowana definicja dyscypliny, twierdzili, że gospodarka budżetowa jest treścią budżetu, natomiast sam budżet „jest aktem zwierzchniego kierownictwa” oraz podstawą prowadzenia tej gospodarki. Przy czym zastrzegali, że gospodarka tzw. kredytami budżetowymi może się rozpocząć po uszczegółowieniu planu wydatków oraz otwarciu kredytów przez organy finansowe, z kolei budżet po stronie dochodów nie wymaga takich zabiegów, bowiem regulują to inne akty. Ostatni zaś etap wykonywania gospodarki budżetowej obejmuje rachunkowość i sprawozdawczość budżetową. Zob. *ibidem*, s. 57, 61 oraz 73–76.

25 N. Gajl: *Finanse...*, *op. cit.*, s. 155; *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1992, s. 184.

26 Jednocześnie Autorka wskazywała na potrzebę objęcia zakresem dyscypliny, oprócz wykonywania budżetu, także prawidłowości planowania, oraz uwzględnienia nie tylko przestrzegania legalności, ale także efektywności ekonomicznej i celowości gospodarowania środkami. – Zob. N. Gajl, *Finanse...*, Warszawa 1992, s. 185–186.

Zauważyć w tym miejscu należy, iż niektórzy przedstawiciele doktryny formułowali treść pojęcia dyscypliny budżetowej w sposób bardzo ogólny, określając np., że jest nią przestrzeganie zasad gospodarki finansowej przy wykonywaniu budżetu. Nie wskazywali przy tym jakie są to zasady i pod względem jakiego kryterium jest oceniane owo przestrzeganie. Przeważnie koncentrowali się na pojęciu naruszenia dyscypliny lub odpowiedzialności za jej nieprzestrzeganie.<sup>27</sup>

Na uwagę zasługuje formułowanie pojęcia dyscypliny budżetowej w okresie, w którym obowiązywała już ustawa o finansach publicznych. Wynika to zapewne z konwencjonalnego podejścia do dyscypliny, na co – jak to podkreślono na wstępie – zwrócił uwagę C. Kosikowski. Wiesława Ziółkowska podaje definicję dyscypliny budżetowej, zbieżną w swej istocie z prezentowaną przez N. Gajl, przy czym używa zamiennie na jej określenie nazw: budżetowa, finansowa lub finansów publicznych.<sup>28</sup>

Przechodząc do analizy przedmiotowego ujęcia dyscypliny finansowej *sensu largo* należy zauważyć, że w minionym okresie, w którym ustawodawca używał terminu dyscyplina budżetowa, M. Mazurkiewicz podjął próbę zdefiniowania, oprócz powyższego, także pojęcia dyscypliny finansowej. To ostatnie w ujęciu przedmiotowym to przestrzeganie norm prawnych regulujących ustalanie, realizację oraz kontrolę zadań finansowych.<sup>29</sup> Tak określony zakres był konsekwencją przyjęcia jako podstaw jego konstrukcji pojęć systemu finansowego oraz pra-

27 T. Bolek stwierdzał, iż dyscypliną budżetową jest „zbiór zasad dotyczących prawidłowego prowadzenia gospodarki budżetowej obowiązujących przy wykonywaniu budżetu” – T. Bolek, *Dyscyplina budżetowa i odpowiedzialność za jej naruszenie* Kontrola Państwowa 1996, nr 4, s. 109, przy czym, nie precyzując o jakiego rodzaju, czy też jakie konkretne zasady chodzi, dodawał, iż są one albo w sposób bezpośredni, albo w sposób pośredni formułowane w przepisach prawa budżetowego. M. Misiąg stał na – podobnym do powołanego – stanowisku, że dyscyplina to „nałożony (...) obowiązek przestrzegania zasad gospodarki finansowej określonych w prawie budżetowym i innych przepisach regulujących gospodarkę mieniem i środkami pieniężnymi sektora publicznego” – M. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 1996, s. 262.

28 W. Ziółkowska, *Finanse publiczne. Teoria i zastosowanie*, Poznań 2000, s. 265. Definicję dyscypliny budżetowej podaje także E. Chojna-Duch (zob. *Polskie...*, Warszawa 2004, s. 144), jednak ze względu na określenie jej przedmiotu i utożsamianie jej przez Autorkę z dyscypliną finansów publicznych postanowiono o jej zaprezentowaniu w niniejszej pracy jako ujęcia *sensu largo*.

29 M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 7.

wa finansowego.<sup>30</sup> Jeśli zaś chodzi o kryteria wyznaczające zgodność zachowań z normami prawnymi, M. Mazurkiewicz zastrzegając, iż zachowaniem dyscypliny finansowej jest nie tylko formalne przestrzeganie prawa (według niego – wąsko pojęta legalność), bowiem „prawo finansowe (...) wyraźnie nakłada na podmioty wykonujące zadania finansowe obowiązek prawny przestrzegania, obok legalności także zasad gospodarności, celowości i rzetelności, wymieniając je łącznie jako kryteria kontroli finansowej”<sup>31</sup>, zakładając, że dyscyplina finansowa dotyczy całości systemu finansowego, M. Mazurkiewicz stwierdził, że należy wyodrębnić formy tej dyscypliny, które odnoszą się do poszczególnych podsystemów istniejących w ramach systemu finansowego państwa<sup>32</sup>. Oceniając budowę powyższego rozumienia dyscypliny finansowej, stwierdzić należy, iż zawiera ona wszystkie niezbędne elementy konstrukcyjne. Natomiast określenie ich zawartości merytorycznej powoduje, że ta definicja ma bardzo szeroki zakres, bowiem odnosząc się do całości finansów (publicznych), uwzględnia jednocześnie wszystkie aspekty (etapy) gospodarki finansowej, a ponadto samo jej przestrzeganie miało polegać nie tylko na legalności zachowań, ale także na gospodarności, celowości i rzetelności.

Z kolei J. Harasimowicz w jednej ze swoich publikacji stwierdził w sposób lakoniczny, że dyscyplina budżetowa to „przestrzeganie wszelkich norm prawnych i planów regulujących gospodarkę finansową państwa”<sup>33</sup>. Analiza merytorycznej zawartości elementów tego ujęcia prowadzi do stwierdzenia, iż jest to definicja dyscypliny finansowej *sensu largo*, a nie *stricto*. Obszarem bowiem, w którym ma być zachowana dyscyplina nie jest wyłącznie budżet, ale całość gospodarki finansowej. Ponadto rozszerzenie tego ujęcia nastąpiło także poprzez określenie istoty dyscypliny, ponieważ oprócz konieczności zgodności publicznej gospodarki finansowej z prawem, pojawia się dodatko-

wo konieczność jej zgodności z planami dotyczącymi tej gospodarki. Wprawdzie brak jest sprecyzowania, jakiego rodzaju plany miałyby być przestrzegane, ale wydaje się, że nie chodzi tu o budżet, co najmniej z dwóch następujących powodów. Wówczas i aktualnie jest on uchwalany w formie ustawy, a bezspornym jest, że po stronie wydatków plan ten posiada charakter dyrektywny<sup>34</sup>. Ponadto, gdyby przyjąć, że chodzi w tym rozumieniu o zgodność także z budżetem, powstałaby pewna – jak się wydaje – sprzeczność. Skoro bowiem przedmiotem dyscypliny ma być całość gospodarki finansowej, a instytucja budżetu jest jednym z jej aspektów, oznaczałoby to faktyczne zawężenie określonego wcześniej obszaru. Mając na uwadze, iż tego rodzaju „zabieg” nie jest ani potrzebny, ani tym bardziej konieczny do określenia przedmiotu dyscypliny, uznać należy, iż planem, który ma być przestrzegany w ramach gospodarki finansowej nie był w tym przypadku budżet. Zapewne chodziło tu m.in. o pięcioletnie plany społeczno-gospodarcze oraz roczne plany gospodarcze, będące m.in. podstawą opracowywania w tamtym czasie budżetu państwa.

**Analiza współcześnie formułowanych pojęć dyscypliny finansowej** wykazuje, iż termin ten nie jest rozumiany jednolicie. Mimo to, można znaleźć w nich cechę wspólną. Porównując bowiem przedmiotową zawartość pojęć dyscypliny finansowej, przyjmowaną we wcześniejszym okresie oraz współcześnie, stwierdzić można, iż aktualnie dyscyplina finansowa posiada węższy zakres przedmiotowy, niż wskazywałoby doktrynalne rozumienie stosowanego na jej określenie nazewnictwa.

Cezary Kosikowski prezentuje pogląd, zgodnie z którym dyscyplina finansów publicznych „odnosi się wyłącznie do przestrzegania prawnie wyznaczonych reguł ustalania, poboru i egzekucji należności stanowiących środki publiczne oraz gospodarowania nimi w skali mikroekonomicznej (...)”<sup>35</sup>. Z powyższego wynika, że przedmiotem tak pojmowanej dyscypliny jest wykonywanie gospodarki finansowej w postaci gromadzenia oraz dysponowania środkami publicznymi. Za-

30 Zob.: *ibidem*. M. Mazurkiewicz jako wyjściowe, dla sformułowania dyscypliny finansowej, przywoływał określenia systemu finansowego i prawa finansowego prezentowane w literaturze przedmiotu. Por. L. Adam, *Prawo finansowe. Część ogólna*, Wrocław 1964, s. 12 i nast.

31 *Ibidem*, s. 8. Autor podnosił przy tym, że celowość i rzetelność są szczególnymi aspektami podstawowych kryteriów, a mianowicie: legalności oraz gospodarności.

32 Przykładowo: do systemu budżetowego, pieniężno-kredytowego, ubezpieczeń, przedsiębiorstw.

33 J. Harasimowicz, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1980, s. 99.

34 Na takim stanowisku stoi sam Autor – zob.: *ibidem*, s. 79–81. Taki pogląd jest także wyrażony w literaturze przedmiotu.

35 C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz i przepisy*, Warszawa 2000, s. 10.

tem nie obejmuje on na pewno etapów planowania czy kontroli. Dodatkowym elementem zawężającym przedmiot dyscypliny jest odniesienie obowiązku przestrzegania reguł do określonych wyżej procesów zachodzących tylko w skali mikro-, a nie makroekonomicznej. Ponadto, Autor precyzuje, iż przedmiotowo w tym pojęciu „(...) tkwią tylko te wymagania, których nieprzestrzeganie jest przez ustawodawcę traktowane jako popełnienie czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych”<sup>36</sup>. Zawartość elementów odnoszących się do określenia przedmiotu w tym ujęciu dyscypliny wskazuje na jego kompletność. Merytorycznie natomiast, można w sposób uogólniający stwierdzić, że przedstawione rozumienie dyscypliny finansów publicznych oznacza obowiązek przestrzegania niektórych tylko przepisów regulujących gospodarkę finansową w trakcie jej realizacji, wskazanych w sposób pośredni przez ustawodawcę. Wywieść też można, chociaż w sposób pośredni, że owo przestrzeganie norm oceniane jest na podstawie kryterium legalności. Uzasadnione wydaje się zatem twierdzenie, że C. Kosikowski, konstruując pojęcie dyscypliny, uwzględnił system prawnej odpowiedzialności za jej naruszenie.

Natomiast według E. Malinowskiej i W. Misiąga, przez dyscyplinę finansów publicznych należy rozumieć „obowiązek przestrzegania zasad gospodarki finansowej określonych w ustawie o finansach publicznych oraz innych aktach prawnych regulujących zasady gospodarowania mieniem i środkami publicznymi”<sup>37</sup>. Konstrukcja tego ujmowania dyscypliny w sposób przedmiotowy wydaje się być zupełna. Jednak merytorycznie niejasnym jest, jakie kategorie norm mają być przestrzegane, tym bardziej, że Autorzy w sposób ogólny i wyłącznie pośredni wskazują, jakie główne aspekty funkcjonowania sektora finansów publicznych traktowane są przez nich jako zasady<sup>38</sup>. W powołanym ro-

36 *Ibidem*

37 E. Malinowska, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce. Przewodnik 2002*, Gdańsk 2002, s. 523.

38 Za powyższym traktowaniem przemawia to, iż według nich instytucja dyscypliny powinna chronić dwa zasadnicze aspekty (zasady) gospodarowania finansami, a mianowicie: efektywność gospodarowania środkami i majątkiem publicznym; przestrzeganie uprawnień do dysponowania środkami. Zob. *ibidem*. Wydaje się, iż są to zasady o charakterze „ogólnych wyznaczników” (postulatów) prowadzenia publicznej gospodarki. Istnieje bowiem szereg norm, którym przypisuje się rangę zasad, służących realizacji tych postulatów.

zumieniu dyscypliny określono konieczność podporządkowania się zasadom regulującym publiczną gospodarkę finansową. Jednak kontekst, w jakim użyto pojęcia zasad, może – jak się wydaje – wskazywać na obowiązek przestrzegania zarówno norm traktowanych przez ustawodawcę jako zasady, jak i wszystkich przepisów regulujących publiczną gospodarkę finansową.<sup>39</sup> Uwzględniając jednak samo pojęcie zasady, a także fakt, iż E. Malinowska i W. Misiąg nie odwołują się do konstrukcji przedmiotu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tzn. nie wskazują, jak to uczynił np. C. Kosikowski, że chodzi o normy, których naruszenie może za sobą pociągać odpowiedzialność) uznać należałoby, że są to te przepisy (normy), którym normodawca przyznał rangę zasad, a które dotyczą publicznej gospodarki finansowej. Pomijając problemy interpretacyjne i uwzględniając zawartość treściową, stwierdzić należy, iż powyższa definicja określa przedmiot dyscypliny w sposób szerszy od wyżej zaprezentowanego. Po pierwsze bowiem – nie ogranicza zasad (reguł) objętych obowiązkiem przestrzegania do tych wyznaczonych pośrednio przez zakres przedmiotowy odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny. Po drugie – określono, iż owo przestrzeganie zasad odnosi się nie tylko do procesów gromadzenia i dysponowania środkami publicznymi, ale do gospodarki finansowej jako takiej.

Z kolei Elżbieta Chojna-Duch wprawdzie definiuje pojęcie dyscypliny budżetowej, ale z jej rozważań wynika, że traktuje je równoznacznie z dyscypliną finansów publicznych. Jak zaznaczono w uwagach wstępnych – kryterium kwalifikacji danego ujęcia do szerokiego lub wąskiego rozumienia dyscypliny finansowej, jest zakres przedmiotu dyscypliny wynikający z samej definicji, a nie z miana użytego przy pojęciu definiowanym. To upoważnia do zakwalifikowania przedstawionej niżej definicji do ujęcia dyscypliny finansowej *sensu largo*. Według E. Chojny-Duch, dyscypliną budżetową jest „obowiązek prze-

39 Wskazanie na zasady gospodarki finansowej określone w u.f.p. zdaje się oznaczać normy, którym ustawodawca w tym akcie przyznał rangę zasad. Z kolei sformułowanie o obowiązku „przestrzegania zasad gospodarki finansowej określonych (...)” także w „(...) innych aktach regulujących zasady gospodarowania (...)”, szczególnie w sensie wynikającym z drugiej części zdania, może sugerować, iż faktycznie nie chodzi tu o zasady, lecz po prostu o przepisy normujące ten obszar finansów.

strzegania zasad legalności i gospodarności określonych przez prawo w toku publicznej gospodarki finansowej, w szczególności działalności budżetowej”.<sup>40</sup> Tytułem uwag terminologicznych, stwierdzić można, że cytowane użycie terminu i jego treści wydaje się świadczyć o niekonsekwencji w stosowaniu, zasadniczego przecież dla definiowanego pojęcia, nazewnictwa. Mimo, iż definiowany termin dyscypliny (budżetowej) określa jej przedmiot do części zagadnień z zakresu finansów publicznych, samo jego zdefiniowanie wskazuje na szerszy zakres. Takie użycie określenia i jego rozumienie może dziwić, jeżeli uwzględnia się, że właśnie główny zakres przedmiotu, do którego odnosi się obowiązek przestrzegania norm (zasad), determinuje określenie dyscypliny, tzn. czy jest to dyscyplina budżetowa czy finansów publicznych. Na marginesie zaznaczenia wymaga, że E. Chojna–Duch, poza powyższym terminem i jego określeniem, używa w innym miejscu także pojęcia kryteria dyscypliny budżetowej.<sup>41</sup> Przechodząc jednak do analizy merytorycznej samego określenia przedmiotu dyscypliny w powyższej

40 E. Chojna–Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2002, s. 113 oraz kolejne wydanie publikacji pod tym samym tytułem, Warszawa 2004, s. 144.

41 W drugiej z powołanych wyżej publikacji w rozważaniach dotyczących prawnofinansowych uwarunkowań w kontekście integracji z Unią Europejską, E. Chojna–Duch wskazuje na konieczność uwzględniania kryteriów dyscypliny budżetowej, które dotyczą poziomu deficytu, przy czym nie podając rozumienia samego terminu dyscypliny w tym kontekście, wyjaśnia różnice występujące między metodologią obliczania deficytu, obowiązującą w Polsce i w UE. Zob. *ibidem*, s. 65. Z rozważań Autorki wynika, że jest to przestrzeganie ustalonej relacji poziomu deficytu budżetowego, a także długu publicznego do produktu krajowego brutto. Wprawdzie relacja deficytu budżetowego oraz długu publicznego w stosunku do PKB ustalana jest w tracie lub po zakończeniu roku, jednak wyznaczenia co do jej wielkości muszą być uwzględniane także na etapie planowania finansowego. Zatem do rozstrzygnięcia w tym przypadku rozumienia dyscypliny byłaby kwestia, czy obowiązuje ona wyłącznie na etapie realizacji gospodarki finansowej, czy też odnosi się także do aspektów planowania. Mając na uwadze rozważania E. Chojny–Duch, dotyczące przestrzegania wielkości deficytu budżetowego oraz długu publicznego do PKB, w których ogranicza się do przedstawienia zasad obliczania wielkości tych relacji, nie wspominając wprost o konieczności uwzględniania ich na etapie planowania, wydaje się, iż przestrzeganie tak pojętej dyscypliny obejmuje realizację gospodarki finansowej. Niespójność w stosowaniu pojęcia dyscypliny budżetowej przez Autorkę jest przede wszystkim wynikiem nieprecyzyjnego używania terminologii. Gdyby bowiem konsekwentnie przyjąć, że cytowana powyżej definicja jest rozumieniem dyscypliny finansów publicznych, natomiast wymóg przestrzegania wielkości deficytu budżetowego i długu publicznego wypełnia kryteria dyscypliny budżetowej, byłyby to dwa różne pojęcia, nie kolidujące ze sobą zakresami.

definicji, należy wziąć pod uwagę następujące kwestie. Po pierwsze, zastrzeżono wprawdzie, że obowiązek przestrzegania dotyczy zasad prowadzenia gospodarki finansowej, jednak kontekst w jakim użyto tego terminu (zasad legalności i gospodarności) mógłby wskazywać, iż chodzi nie tyle o zasady, ile o przepisy (niekoniecznie posiadające rangę zasad), które regulują wykonywanie publicznej gospodarki finansowej. Niejasną jawi się także kwestia, co należy rozumieć pod sformulowaniem „zasady legalności i gospodarności określone przez prawo”. Powyżej poruszone kwestie przestają być problematyczne, gdy uwzględnia się, że Autorka, przechodząc do omawiania instytucji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny, stwierdza, że naruszenie „tych zasad poprzez popełnienie czynu zabronionego przez prawo określone jest mianem naruszenia dyscypliny budżetowej (finansów publicznych)”<sup>42</sup>. Z powyższego wynika, że jako zachowanie dyscypliny należy traktować przestrzeganie niektórych przepisów, które są określone w sposób pośredni przez znamiona czynów naruszenia tej dyscypliny. Z drugiej strony – samo zdefiniowanie dyscypliny wskazuje, jak się wydaje, iż chodzi o przestrzeganie wszystkich przepisów na etapie wykonywania gospodarki finansowej („zasady legalności i gospodarności określone przez prawo w toku (...) gospodarki finansowej...”). Podkreślenia wymaga, że główny nacisk położono tu na zachowanie dyscypliny w toku gospodarki budżetowej. Reasumując, analiza treści określonej przez E. Chojnę–Duch dyscypliny finansowej, prowadzi do sformułowania następującego wniosku. Konstrukcja samej definicji nie wydaje się poprawna ze względu na problemy z rzeczywistym określeniem obszaru dyscypliny oraz kategorii norm podlegających przestrzeganiu. Natomiast zawartość merytoryczna zakresu przedmiotowego prezentowanego pojęcia wskazuje, że zachowanie dyscypliny istnieje wówczas, gdy przestrzegane są normy w zakresie prowadzenia publicznej gospodarki finansowej, jednakże owo przestrzeganie ogranicza się do reguł pośrednio wyznaczonych zakresem przedmiotowym prawnej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

42 E. Chojna–Duch, *Polskie...*, Warszawa 2004, s. 144.

W literaturze przedmiotu prezentowane są też bardziej ogólne określenia dotyczące dyscypliny finansów publicznych. Wskazać tu można na twierdzenie, zgodnie z którym pojęcie to „wiąże się z przestrzeganiem w gospodarce publicznej środkami finansowymi ogólnych zasad formułowanych przez teorię pod adresem gospodarki finansowej, tj. legalności, gospodarności, oszczędności, celowości itd.”<sup>43</sup>. Wprawdzie mowa tu o zasadach – i to zasadach wynikających z postulatów doktryny, ale z dalszych wywodów wynika, iż chodzi o zasady stworzone przez ustawodawcę.

### 3. Dyscyplina finansowa *sensu stricto i largo* w ujęciu podmiotowym

Rozpoczynając prezentację podmiotu dyscypliny, celowym wydaje się przypomnienie, iż tylko część z formułowanych w doktrynie definicji zawiera jego określenie. Jest to zapewne wynikiem tego, że określony obszar, w którym ma być przestrzegana dyscyplina wyznacza – choć w sposób pośredni – krąg podmiotów obowiązanych do jej zachowania. Jeżeli natomiast dane pojęcie dyscypliny posiada ujęcie podmiotowe, jest ono uwarunkowane wcześniejszym ustaleniem jej wymiaru przedmiotowego. Jednak nie w każdym rozpatrywanym przypadku te zależności można określić mianem ścisłej korelacji, chociaż w większości analizowanych pojęć wyznaczenie zakresu podmiotowego jest na pewno zdeterminowane zakresem przedmiotowym.

Z rozważań prezentowanych przez M. Mazurkiewicza wynika, że do zachowania dyscypliny budżetowej w szerokim ujęciu zobowiązane są wszystkie jednostki budżetowane brutto i netto oraz wszystkie inne podmioty, które ze względu na pewne zdarzenia mają bezpośrednie czy też pośrednie powiązania z budżetem. Uzasadnieniem takiego poglądu było twierdzenie, iż te inne podmioty występują w stosunkach prawnych związanych z dochodami lub wydatkami budżetu (np. w stosunku podatkowym, stypendialnym).<sup>44</sup> Podmiotowo więc dyscyplina dotyczy obowiązku przestrzegania norm w zakresie budżetu zarówno

43 J. Stankiewicz, *Dyscyplina finansów publicznych*, (w:) E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, t. I, Warszawa 2000, s. 275.

44 M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 9.

przez podmioty bezpośrednio realizujące gospodarkę budżetową, jak i podmioty, które w sposób pośredni mają na nią wpływ, przy czym bez znaczenia jest status i forma tych podmiotów. Natomiast ostatnia z wymienionych kategorii podmiotów została wyeliminowana przez M. Mazurkiewicza z zakresu podmiotowego wąskiego rozumienia dyscypliny budżetowej, co było bezpośrednio konsekwencją zawężenia zakresu przedmiotowego.<sup>45</sup> Powyższe ujęcia podmiotowe ściśle odpowiadały swym zakresem wyznaczonemu obszarowi finansów, w ramach którego ma istnieć przestrzeganie dyscypliny. Zatem w tym przypadku można mówić o całkowitym i skorelowanym zdeterminowaniu podmiotu dyscypliny przez jej zakres przedmiotowy.

Jerzy Harasimowicz także wychodził z założenia, iż konstrukcja przedmiotowego rozumienia dyscypliny konstytuuje jej ujęcie podmiotowe. Dlatego też dyscyplina budżetowa w najszerszym znaczeniu oznaczała przestrzeganie przepisów z zakresu gospodarki budżetowej przez wszelkie podmioty, które w tej gospodarce biorą udział, a więc i konkretne osoby (np. ministrów, księgowych), jak i podmioty zbiorowe (np. Sejm, radę ministrów).<sup>46</sup> Przy czym sam Autor, w przeciwieństwie do M. Mazurkiewicza, nie zastrzegł, że chodzi tu także o podmioty, które pośrednio mają wpływ na prowadzenie gospodarki budżetowej. Nadmienić jednak należy, iż jest to wynikiem węższego traktowania przez niego przedmiotu dyscypliny. Pomimo że to ujęcie podmiotowego aspektu dyscypliny jest węższe niż prezentowane przez M. Mazurkiewicza, stwierdzić należy, iż jest także całkowicie uwarunkowane wcześniejszym określeniem przez tego Autora obszaru przedmiotowego dyscypliny budżetowej.

Z kolei K. Ostrowski, pomimo określenia zakresu przedmiotowego dyscypliny, pokrywającego się z przytoczonym poglądem M. Mazurkiewicza w kwestii szerokiego rozumienia (przez niego) dyscypliny budżetowej, jej podmiot ujął w sposób zawężający. Podmiotowo mianowicie dyscyplina dotyczyć miała jednostek organizacyjnych, które zostały utworzone w celu wykonywania zadań budżetu, a także zatrudnionych w nich pracowników.<sup>47</sup> Zatem, mimo iż przedmiotowo

45 *Ibidem*

46 J. Harasimowicz, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 284.

47 K. Ostrowski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 264.

dyscyplina dotyczyć miała, oprócz wykonywania budżetu, także jego planowania, dyscypliną nie byłyby objęte podmioty, które w sposób ostateczny te plany tworzą (np. Sejm) oraz osoby realizujące zadania budżetowe na innych zasadach niż wynikające ze stosunku pracy. Można więc stwierdzić, że zakres podmiotowy dyscypliny w tym przypadku, wprawdzie warunkowany zakresem przedmiotowym, uległ zawężeniu w stosunku do tego, który byłby wyznaczony pośrednio obszarem finansów, w którym miała być zachowywana dyscyplina.

Natalia Gajl natomiast wąsko pojmowała zarówno przedmiot, jak i podmiot dyscypliny. Zgodnie bowiem z jej definicją, do przestrzegania dyscypliny obowiązane były jednostki budżetowe dokonujące pobierania dochodów oraz dokonywania wydatków.<sup>48</sup> W prezentowanym przez nią pojęciu, zakres podmiotowy jest ściśle skorelowany z wyznaczonym zakresem przedmiotowym dyscypliny.

Wiesława Ziółkowska, określając przedmiot dyscypliny budżetowej w sposób zbieżny z wyżej wymienioną Autorką stwierdziła, że podmiotowo dyscyplina dotyczy jednostek dysponujących środkami budżetowymi.<sup>49</sup> Pobieżna analiza zestawienia określania przez tę Autorkę zakresu przedmiotowego i podmiotowego dyscypliny może wykazać, iż nie istnieje między nimi ścisła zależność. Wynika to z faktu, iż zgodnie ze stanowiskiem W. Ziółkowskiej, dyscyplina przedmiotowo odnosi się do procesów pobierania dochodów i dokonywania wydatków, a podmiotowo winny ją zachowywać jednostki dysponujące środkami publicznymi, czyli nie tylko takie, które gromadzą dochody i dokonują wydatków. Oczywiście, powyższe musiałoby prowadzić do wniosku, że zakres podmiotowy, mimo że w założeniu pochodnie konstruowany w stosunku do przedmiotowego, jest szerszy, niżby to wynikało z tego ostatniego. Jednak przedstawione wnioskowanie byłoby błędne logicznie. Skutkowałoby ono bowiem przyjęciem, że podmioty dysponujące środkami publicznymi, które jednak nie pobierają dochodów i nie dokonują wydatków, są zobowiązane do przestrzegania przepisów regulujących te procesy. Tworzenie takiej sytuacji nie byłoby w żaden sposób uzasadnione ani tym bardziej potrzebne czy koniecz-

ne. Zatem stwierdzić należy, iż w przypadku określenia zakresu podmiotowego w sposób szerszy, niż wynikałoby to z ujęcia przedmiotu dyscypliny, krąg podmiotów zostaje faktycznie, niejako w sposób automatyczny, korygowany i zawężany do zakresu wynikającego z przedmiotu dyscypliny. Gdyby jednak pominąć te ustalenia, analiza rozumienia dyscypliny przez W. Ziółkowską prowadzi do sformułowania twierdzenia o braku całkowitej korelacji zakresowej między podmiotem a przedmiotem dyscypliny.

Występujące w nielicznych definicjach dyscypliny finansowej *sensu largo* określenia ujęcia podmiotowego są w sposób niebudzący wątpliwości zdeterminowane przez wcześniejsze jej określenie przedmiotowe, przy czym owo uwarunkowanie jest całkowite.

Marek Mazurkiewicz twierdził, że dyscyplina finansowa obejmuje ogół podmiotów finansowych (zarówno czynnych, jak i biernych), działających w ramach danego systemu finansowego.<sup>50</sup> Przyjęcie tak szerokiego zakresu podmiotowego było konsekwencją równie szerokiego ujęcia przedmiotowego dyscypliny. Wydaje się, iż na podstawie powyższego, jak i wcześniej przedstawionego przez tego Autora ujęcia przedmiotowego, można sformułować twierdzenie, że podmioty, które działały w ramach systemu finansów publicznych objęte były koniecznością przestrzegania dyscypliny w każdym czasie i w każdym aspekcie swojej działalności. Natomiast inne podmioty, niedziałające ze swej istoty w ramach tego systemu, mogły czasowo i w zakresie tylko niektórych przejawów funkcjonowania, być objęte obowiązkiem zachowania dyscypliny finansowej.

W określeniu dyscypliny finansów publicznych, sformułowanym przez C. Kosikowskiego, jej przedmiot jest także ściśle skorelowany z podmiotem. Autor ten zastrzegł bowiem, iż przedmiot dyscypliny odnosi się do gospodarowania środkami publicznymi w skali mikroekonomicznej, a zatem w konsekwencji – do jednostek sektora finansów publicznych, a także innych podmiotów, o ile korzystają ze środków publicznych.<sup>51</sup>

48 Zob.: N. Gajl, *Finanse...*, Warszawa 1980, s. 155 oraz *Finanse...*, Warszawa 1992, s. 184.

49 Zob. W. Ziółkowska, *Finanse...*, *op. cit.*, s. 265.

50 M. Mazurkiewicz, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 7.

51 Zob.: C. Kosikowski, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 10.

#### 4. Wnioski wynikające z analizy doktrynalnych pojęć dyscypliny finansowej

Analiza przedmiotowego ujmowania dyscypliny finansowej *sensu stricto* przez poszczególnych przedstawicieli doktryny prowadzi do sformułowania następujących wniosków. Zakres wyznaczony niejako z góry mianem dyscypliny nie musi pokrywać się z określeniem jej obszaru obowiązywania, przy czym – co zasługuje na uwagę – wydaje się, że ten ostatni może być nawet szerszy w przypadku, gdy są nim objęte zachowania nie pozostające w ścisłym związku z gospodarką budżetową. Ponadto normy, które mają być przestrzegane, mogą stanowić całość lub część przepisów odnoszących się do określonego w danym ujęciu obszaru budżetu, co więcej – okazuje się, iż chodzić może także o te regulacje, które nie pozostają w bezpośrednim związku z „przepisami budżetowymi”. Natomiast kryterium wyznaczającym zachowanie dyscypliny jest przede wszystkim legalność.

Na uwagę zasługuje pojęcie, w którym głównym przedmiotem dyscypliny nie jest budżet lub jego część, ale instytucja odpowiedzialności za jej naruszenie. Wydaje się, że ta konstrukcja rozumienia przedmiotu dyscypliny została zupełnie oderwana od podstawowego terminu podlegającego definiowaniu, czyli dyscypliny. Nie jest bowiem istotą dyscypliny, jak się wydaje, obowiązek przestrzegania zasad odpowiedzialności i systemu stosowania sankcji za naruszenie ustalonego porządku. Instytucja odpowiedzialności jest wtórna do dyscypliny w tym sensie, że jest konsekwencją jej niezachowania i jednocześnie gwarantem jej przestrzegania.

Rozważania na temat szerokiego ujmowania przedmiotu dyscypliny finansowej i ich analiza pozwalają na sformułowanie następujących wniosków na temat założeń oraz możliwości konstruowania jego zakresu. Okazuje się – podobnie jak w przypadkach rozumienia dyscypliny budżetowej – że obszar „funkcjonowania” dyscypliny nie musi pokrywać się z zakresem, który jest wyznaczany jej nazwą. Przy definiowaniu pojęcia dyscypliny finansowej (finansów publicznych) jej ogólny przedmiot (obszar) zakreślany jest w dwojaki sposób, przyjmując jako odniesienie termin stosowany na jej określenie. Mianowicie, jest on tak samo szeroki, czyli obejmuje całość zjawisk traktowanych

jako finanse publiczne, bądź też zawężający, czyli obejmuje tylko ich część. Podkreślenia wymaga, że w większości badanych definicji przyjęto drugi wariant. Różnie też precyzowany jest zespół norm podlegających obowiązkowi przestrzegania. Bez względu bowiem na to, czy dyscyplina odnosi się do wszystkich aspektów z zakresu finansów publicznych, czy też tylko do ich części, obowiązek przestrzegania norm dotyczy wszelkich lub tylko niektórych norm regulujących wyznaczony obszar finansów. Samo zaś kryterium przestrzegania dyscypliny jest określane zawsze jako zgodność z prawem, jednak czasami zostaje ono rozszerzone na inne, płynne ze swej istoty wyznaczniki, takie jak np. gospodarność czy celowość.

Analiza zakresu podmiotowego dyscypliny prowadzi do sformułowania następujących wniosków co do jego konstrukcji – w ujęciu wąskim oraz szerokim. Przy określaniu zakresu podmiotowego dyscypliny budżetowej, w stosunku do wcześniej ustalonego obszaru dyscypliny, stosowane były dwa warianty jego wyznaczania. Po pierwsze – krąg podmiotów jest określony w sposób ściśle uzależniony (i pochodny) od wcześniejszego określenia zakresu przedmiotowego, czyli jest tak samo szeroki bądź wąski. Po drugie – określenie podmiotów obowiązanych do zachowania dyscypliny jest węższe, niżby to wynikało z wcześniejszego ujęcia jej przedmiotu. Z kolei podmiotowo dyscyplina *sensu largo* jest określana konsekwentnie pochodnie w stosunku do określonego przedmiotu, przy czym nie występują tu sytuacje, w których krąg podmiotów obowiązanych do zachowania dyscypliny byłby zawężany w stosunku do tego, co wynikałoby z określenia jej ujęcia przedmiotowego.

Powyższa analiza formułowania ujęcia podmiotowego dyscypliny (i jej skutków) w stosunku do jej przedmiotu wykazuje słuszność twierdzenia o pochodnej i zdeterminowanej przez zakreslenie obszaru przedmiotowego, możliwości precyzowania podmiotu dyscypliny.

Ustosunkowując się natomiast w sposób całościowy i ogólny do prezentowanych zagadnień pojęciowych, należy stwierdzić, iż istnieje pewien zamęt definicyjny przy określaniu dyscypliny *sensu stricto* i *largo*. Często bowiem zawartość treściowa prezentowanej definicji nie jest adekwatna do samego pojęcia, które podlega definiowaniu. Wydaje się, że w głównej mierze taki stan jest wynikiem stosowania przez przedstawicieli doktryny terminologii wynikającej z regulacji prawnych, na co zwrócono uwagę we wstępie rozważań. Istnieją jed-



nak i takie przypadki, w których autorzy definicji sami używają różnej terminologii na oznaczenie jednego rozumienia dyscypliny (co potęguje tylko nieład), bądź też zupełnie zdają się pomijać samą istotę dyscypliny. Wydaje się, że koniecznym jest sprecyzowanie w sensie teoretycznym, czym jest dyscyplina finansowa w ogóle, a następnie – czym jest w sensie ścisłym. Twierdzenie to znajduje uzasadnienie metodologiczne. Dopiero bowiem wówczas, gdy zostanie określony zakres przedmiotu dyscypliny finansowej *sensu largo*, i w sposób pochodny od niego – podmiotu, możliwym będzie określenie dyscypliny finansowej *sensu stricto*, poprzez wyznaczenie newralgicznych – przez pryzmat interesu publicznego – obszarów z zakresu publicznej gospodarki finansowej, które winny podlegać szczególnej ochronie. Bez ich wskazania niemożliwym jawi się skonstruowanie, w sposób systemowy i logiczny, instytucji prawnej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej.

Wydaje się, że modyfikując pojmowaną przez M. Mazurkiewiczą i J. Harasimowicza dyscyplinę finansową *sensu largo*, stwierdzić można, że dyscypliną finansową w ujęciu szerokim jest konieczność przestrzegania norm prawnych regulujących publiczną gospodarkę finansową, przez czynne i bierne podmioty prawa finansowego.

Natomiast, aby sformułować pojęcie dyscypliny finansowej *sensu stricto*, niezbędnym jest określenie założeń konstrukcyjnych, które pozwolą na zawężenie rozumienia dyscypliny. Wyjściowym kryterium jest cel tworzenia wąskiego pojmowania dyscypliny. Uwzględniając gwarancyjne funkcje prawa i traktując odpowiedzialność za jedną z podstawowych instytucji prawnych, można w pełni zgodzić się z niezwykle trafnym, choć użytym w innym kontekście, twierdzeniem J. Harasimowicza, iż podstawą zawężania pojęcia jest potrzeba stosowania sankcji, przy czym, nie można przyjąć za tym Autorem samego rozumienia dyscypliny konstruowanej przez niego przy powyższym założeniu – na co wskazano we wcześniejszych rozważaniach. Ponadto należy mieć na uwadze, iż z różnych powodów nieuzasadnionym jest stosowanie tych sankcji za każde zachowanie sprzeczne z ustalonymi normami.<sup>52</sup> Podstawową zatem jawi się kwestia wydzielenia obszaru finansów publicznych, w którym ma być zachowywana dyscyplina oraz wskazanie tych

jego aspektów, które ze względu np. na ich szczególnie istotną rolę, niecelowość lub niemożność objęcia ochroną innego rodzaju, należy uczynić przedmiotem ochrony instytucji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny.

Mając na uwadze powyższą metodologię budowania pojęcia, uznać należy, iż dyscyplina finansowa *sensu stricto* w modelowym ujęciu przedmiotowym oznaczać winna przestrzeganie norm z zakresu publicznej gospodarki finansowej, które podlegają szczególnej ochronie prawnej. Z kolei krąg podmiotów mających obowiązek zachowania tak określonej dyscypliny musi być wyznaczony w sposób pochodny do zakresu przedmiotowego i być z nim skorelowany. Wymogi przedstawionego modelu definicji wydają się być spełnione w większości przypadków pojmowania dyscypliny, odwołujących się do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej. Jednakże podkreślenia wymaga, że ich konstrukcja wykazuje, iż założeniem wyjściowym przy ich budowaniu był istniejący reżim odpowiedzialności. Teoretycznie jednak kolejność powinna być inna – najpierw należy zdefiniować przedmiot ochrony, a następnie instrumenty mające go chronić. Reasumując, teoretycznie dyscyplina finansowa *sensu stricto* wyczerpuje się w określeniu przedmiotu ochrony odpowiedzialności za jej naruszenie.

## 5. Determinanty istnienia prawnej odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej – zarys

Odpowiedzialność, postrzegana przez pryzmat funkcji pełnionych przez prawo, jawi się jedną z podstawowych instytucji prawnych. W najogólniejszym pojęciu oznacza ponoszenie przez podmioty ujemnych konsekwencji za zachowania, które podlegają ujemnej kwalifikacji normatywnej.<sup>53</sup> Tworzenie systemów odpowiedzialności prawnej nie może – jak się wydaje – być celem samym w sobie; musi być ono uzasadnione. Stąd też, w kontekście wcześniej poczynionych rozważań, pojawia się pytanie o przyczyny tworzenia reżimu odpowiedzialności na gruncie finansów publicznych i ich istotę.

52 Podkreślał to sam J. Harasimowicz – zostało to szerzej omówione przy prezentacji rozumienia dyscypliny finansowej *sensu stricto*.

53 W. Lang, Struktura odpowiedzialności prawnej, Zeszyty Naukowe UMK w Toruniu 1968, z. 31, s. 12 – powołanie za: W. Sanetra, Odpowiedzialność według prawa pracy. Pojęcie, zakres, dyferencjacja, Wrocław 1991, s. 14.

Czynniki warunkujące wprowadzanie prawnej odpowiedzialności za naruszenie reguł gospodarowania finansami publicznymi mają różną naturę. Wśród nich wyróżnić można determinanty o charakterze ekonomicznym, prawnym czy socjologicznym.

Podłożem konstruowania przesłanek ekonomicznych jest fakt, iż w gospodarce istnieją dwa sektory: prywatny i publiczny, przy czym decyzje (zachowania) finansowe podejmowane przez podmioty finansów prywatnych (w ramach obowiązującego ich prawa) są weryfikowane przez mechanizmy rynkowe. Przedsiębiorca, który prowadzi działalność w sposób nieefektywny czy nieracjonalny, będzie eliminowany, ponosząc tym samym ujemne konsekwencje swoich wcześniejszych zachowań. Natomiast funkcjonowanie podmiotów sektora finansów publicznych nie jest warunkowane optymalizacją efektywności ich działania<sup>54</sup>, bowiem ich istnienie jest konieczne ze względu na dostarczanie dóbr publicznych. W związku z powyższym nie są one nastawione na osiąganie zysku, a zatem nie podlegają takim mechanizmom rynkowym jak podmioty sektora finansów prywatnych. Muszą więc funkcjonować tu inne instrumenty, wymuszające w sposób bezpośredni lub pośredni racjonalność (oczywiście, racjonalność uznaną przez ustawodawcę) ich działania.<sup>55</sup>

Z kolei głównym czynnikiem o charakterze prawnym, przesądzającym o istnieniu odpowiedzialności jest ochrona (zabezpieczenie) reguł, ustanowionych przez ustawodawcę odnoszących się do gospodarowania środkami publicznymi. Należy podkreślić, że pozostaje kwestią pierwotną w stosunku do odpowiedzialności ocena trafności samych rozwiązań normujących procesy gromadzenia i rozdysponowywania środków publicznych. Niemniej jednak, abstrahując od rozstrzygnięcia tych kwestii, stwierdzić można, iż brak instytucji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przyczyniać się

może do nieprzestrzegania (łamania) ustanowionych regulacji.<sup>56</sup> Samo bowiem skonstruowanie przepisów normujących na jakich zasadach i w jaki sposób należy gospodarować środkami publicznymi nie gwarantuje jeszcze, że wszystkie podmioty biorące udział w tych procesach będą ich przestrzegać. Na marginesie dodać należy, iż swoisty reżim prawnej odpowiedzialności finansowej warunkowany jest faktem braku przepisów, na podstawie których można doprowadzić do ukarania sprawców naruszeń ustanowionych reguł.<sup>57</sup> Oczywiście to nie oznacza w ogóle braku przepisów statuujących odpowiedzialność za niepożądane – z punktu widzenia ustawodawcy – zachowania z zakresu gospodarowania środkami publicznymi. Niektóre z nich podlegają penalizacji według np. kodeksu karnego czy karnego skarbowego. Chodzi tu o brak norm chroniących pewne dobra finansów publicznych w innych aktach, które regulują odpowiedzialność (m.in. za prowadzenie publicznej działalności finansowej).

Istnieją też inne niż wyżej zarysowane, czynniki determinujące istnienie odpowiedzialności finansowej, które jednak posiadają powiązanie z wyżej wymienionymi. Mianowicie, decyzje co do gospodarowania środkami publicznymi podejmowane są przez podmioty, które z racji tego, że posiadają kompetencje finansowe nieograniczone mechanizmami rynkowymi, mają większą władzę niż pozostałe podmioty administracji.<sup>58</sup> To z kolei powoduje, iż podmioty te mają swoistą „władzę nad innymi” i mogą odczuwać „pokusę”, aby z tej władzy czynić użytek nie zawsze zgodnie z obowiązującymi regułami.<sup>59</sup> Zatem skoro ich zachowania nie są weryfikowane przez rynek i nie istnieją inne skuteczne instrumenty socjotechniczne, które zapobiegają nadużyciom, powinny istnieć mechanizmy, które zapewniają kontrolę tego gospodarowania, a co za tym idzie – eliminację tych niepożądanych zachowań.

54 Zob.: M. Iwanek, J. Wilkin, *Instytucje i instytucjonalizm w ekonomii*, Warszawa 1998, s. 60.

55 Problem ten był i jest w dalszym ciągu podnoszony w literaturze przedmiotu. Zob. np.: H. Dalton, *Zasady skarbowości*, Warszawa–Łódź 1948, s. 212; A. Komar, *Finanse publiczne w gospodarce rynkowej*, Bydgoszcz 1996, s. 48 – 52, 60; S. Owsiak, *Finanse...* *op. cit.*, s. 432.

56 Zob. np.: C. Kosikowski, *Prawo finansowe. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 272 i nast.; J. Harasimowicz, *Odpowiedzialność prawna za naruszenie dyscypliny budżetowej*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 2; T. Bolek, *Dyscyplina budżetowa i odpowiedzialność za jej naruszenie*, Kontrola Państwowa 1996, nr 4.

57 J. Harasimowicz, *op. cit.*

58 Podobna teza sformułowana została przez P.M. Gaudemeta i J. Moliniera w pracy *Finanse publiczne*, Warszawa 2000, s. 129. Por. też: A. Komar, *op. cit.*, s. 60.

59 M. Kosewski, *Urzędnicy w sytuacjach zawodowej pokusy (w:) A. Dębička, M. Dmochowski, B. Kudrycka (red.), Profesjonalizm w administracji publicznej*, Białystok 2004, s. 247.

## Z problematyki eksperymentu medycznego na organizmie ludzkim (wybrane problemy prawne i etyczne)

Przy czym owa, swoiście pojęta, eliminacja oznaczać może: po pierwsze – zapobieganie nagannym z punktu widzenia ustawodawcy zachowaniom przez wprowadzenie zagrożenia ukarania; po wtóre – karania za zachowania godzące w „dobro” finansów publicznych.

Wydaje się, zważając na aktualny stan finansów publicznych w Polsce, że powyżej zakreślone przesłanki o charakterze ogólnym uzasadniają twierdzenie o niezbędności istnienia w systemie prawa finansowego odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej.

### 1. Eksperymenty medyczne w świetle regulacji międzynarodowych i prawa unijnego

W polskiej literaturze prawniczej nie ma zbyt wielu publikacji dotyczących problematyki prawnej eksperymentów medycznych.<sup>1</sup> Dynamiczny rozwój biotechnologii, oparty w dużym stopniu na tego rodzaju eksperymentach, powoduje narastanie dylematów etycznych, deontologicznych, prawnych, które wymagają niewątpliwie pogłębionej, interdyscyplinarnej analizy i refleksji: *„W ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat medycyna wkroczyła na nowe dla siebie obszary (wymieńmy tu tytułem przykładu transplantację, genetykę, prokreację medycznie wspomaganą), w których coraz trudniejsze staje się przeprowadzenie dystynkcji między metodami standardowymi a nowatorskimi lub będącymi wręcz czystym eksperymentem badawczym. Szybkość wprowadzenia i upowszechnienia się nowoczesnych „technologii” medycznych jest nieodłączną cechą współczesnej cywilizacji, a problemy pojawiające się w związku z tym stanowią przedmiot stałych prac i ustaleń licznych gre-*

<sup>1</sup> Kompleksową analizę prawnych i etycznych aspektów eksperymentu medycznego stanowi publikacja A. Wnukiewicz-Kozłowskiej, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004; wcześniej zob. także np.: J. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa 1967; L. Kubicki, *Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa*, (w:) *Prawo a medycyna u progu XXI w.*, Toruń 1987; M. Sośniak, *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów na ludziach*, *Państwo i Prawo* 1985, nr 5; E. Chróścielewski, *Medyczne eksperymenty dokonywane na człowieku w Polsce (zasadnicze problemy etyczne, deontologiczne i prawne)*, *Polski Tygodnik Lekarski* 1988, nr 1 i inne.

miów oraz instytucji międzynarodowych”.<sup>2</sup> Coraz częściej zwraca się uwagę na konieczność podporządkowania eksperymentów medycznych nie tylko zasadom aksjologicznym (deontologicznym, moralnym, obyczajowym), ale także normom prawnym. Wyraża stąd potrzebę zharmonizowania ustawodawstwa w poszczególnych krajach Europy.<sup>3</sup>

Szczególnie znaczącym dokumentem międzynarodowym regulującym problematykę eksperymentów medycznych był – z perspektywy historycznej – *Kodeks Norymberski*, opracowany przez Amerykański Trybunał Wojskowy w 1947 r. w związku z procesem lekarzy hitlerowskich. Po raz pierwszy podjęto próbę ustalenia podstawowych wartości i założeń etycznych, które winy podlegać ochronie i być przestrzegane w każdym przypadku eksperymentu na człowieku.<sup>4</sup> Sformułowano m.in. zasadę udzielenia zgody przez osobę, na której ma być dokonane doświadczenie. Zaznaczono, że człowiek poddający się eksperymentowi musi posiadać prawne przesłanki do złożenia swojego oświadczenia woli. Nie może tego czynić pod wpływem przymusu. Powinien mieć pełną świadomość rozeznania istoty doświadczenia oraz zostać poinformowany o czasie jego trwania, celu oraz wszelkich konsekwencjach dla zdrowia.

W *Kodeksie* opracowanym przez Trybunał Norymberski założono, że eksperymenty na ludziach mają przynosić społeczeństwu korzyści, które nie mogą być osiągnięte w inny sposób. Doświadczenia na człowieku muszą być poprzedzone wcześniejszymi badaniami na zwierzętach. Konieczne jest odpowiednie przeszkolenie osób, które mają przeprowadzać doświadczenie. Przy jego wdrażaniu należy unikać wszelkich moralnych cierpień i urazów. Nie wolno go realizować, jeśli istnieje jakiegokolwiek ryzyko śmierci lub uszkodzenia ciała. Badanie należy przerwać w każdej chwili, jeśli jego kontynuacja mogłaby doprowadzić do negatywnych konsekwencji.<sup>5</sup>

2 M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 166.

3 Zob.: *Prawa pacjentów i problemy etyczne współczesnej medycyny w dokumentach Rady Europy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka (wprowadzenie i konsultacja naukowa M. Safjan), Warszawa 1994.

4 J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 186.

5 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*, s. 39–40.

Podkreślić trzeba, że mimo sporu wokół charakteru prawnego *Kodeksu Norymberskiego*, wskazówki w nim sformułowane stały się punktem wyjścia dla norm etycznych i prawnych obowiązujących w większości dyscyplin naukowych i medycznych w odniesieniu do badań eksperymentalnych.

Zasada dobrowolnej zgody uczestników eksperymentu medycznego pojawiła się później w *uchwale Akademii Medycznej w Paryżu* (1952 r.). Pogląd ten podzielono również na *I Międzynarodowym Kongresie Etyki Lekarskiej* oraz na *XIV Zjeździe Światowej Organizacji Medycznej*.<sup>6</sup>

Ważną rolę ogólnych deontologicznych reguł (bez mocy prawnej) odegrały wytyczne z 1981 r. – współdziałającej ze Światową Organizacją Zdrowia – Rady Międzynarodowych Organizacji Medycznych (CIOMS).<sup>7</sup> W *Międzynarodowych Wskazówkach Etycznych Biomedycznych Badań z Udziałem Człowieka*<sup>8</sup> opracowanych przez Radę, pojawiła się definicja eksperymentu medycznego, poprzez którą należy rozumieć działania mające na celu rozwój lub wnoszące wkład w ogólną wiedzę, na które składają się: teorie, zasady oraz wzajemne relacje, weryfikowane w wyniku przeprowadzenia akceptowanych metod naukowych i obserwacji. Podejmowane w celu naukowym postępowanie badawcze może dotyczyć badania procesów fizjologicznych, biochemicznych lub patologicznych albo reakcji na określone działania fizyczne, chemiczne lub psychologiczne, przeprowadzone na ludziach zdrowych lub pacjentach w trakcie leczenia. Może się także wiązać z prospektywnymi badaniami odnośnie do metod diagnostycznych, profilaktycznych lub terapeutycznych w grupach pacjentów w celu wykrycia swoistej reakcji na tle indywidualnych różnic biologicznych.<sup>9</sup> Zaprezentowane wyżej ujęcie eksperymentu jest dość szerokie. Jak widać, mieści ono w sobie i badania o charakterze czysto naukowym, jak również badania czysto lecznicze (terapeutyczne).

6 J. Sawicki, *op. cit.*, s. 203–204.

7 CIOMS (Council for International Organizations of Medical Science) to pozarządowa organizacja międzynarodowa o charakterze *non-profit*, ustanowiona wspólnie przez WHO i UNESCO w 1949 r.

8 International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects.

9 L. Kubicki, *op. cit.*, s. 54.

Ogromne znaczenie w kształtowaniu się międzynarodowego konsensusu w dziedzinie eksperymentu medycznego ma *Deklaracja Helsińska* z 1964 r. Można ją potraktować jako zbiór zasad etycznych odnoszących się do badań medycznych z udziałem człowieka.<sup>10</sup> Stanowi zasadniczy dokument Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), obok *Deklaracji z Brukseli* dotyczącej zapłodnienia *in vitro* (1985 r.) i *Deklaracji z Wenecji o Końcowym Stadium Choroby* (1983 r.)<sup>11</sup>

Definicję eksperymentu medycznego, powstałą na bazie postanowień *Kodeksu Norymberskiego* i *Deklaracji Helsińskiej*, zawierają *Zasady Dobrej Praktyki Klinicznej*,<sup>12</sup> określające międzynarodowe standardy etyczne, medyczne i naukowe w zakresie planowania, prowadzenia, dokumentowania i ogłaszania wyników badań z udziałem ludzi. Zgodnie z zapisami zawartymi w tym dokumencie badanie kliniczne to każde badanie produktu medycznego z udziałem ludzi, prowadzone w celu odkrycia lub weryfikacji działań klinicznych, farmakologicznych lub farmakodynamicznych danego produktu.

Spośród regulacji międzynarodowych, w istotny sposób determinujących prawodawstwo państw europejskich w analizowanej dziedzinie, wymienić należy chociażby *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych* z 1966 r., zabraniający przeprowadzania eksperymentów medycznych i naukowych bez dobrowolnej zgody osoby uczestniczącej.

Współcześnie szczególną rolę odgrywa *Rekomendacja R(90)3* Komitetu Rady Ministrów w sprawie eksperymentów medycznych na istotach ludzkich, przyjęta dnia 6 lutego 1990 r. na 443 sesji Delegatów Ministrów. Określone w niej zostało pojęcie eksperymentu medycznego na człowieku i zasady dotyczące jego realizacji. Eksperyment zdefiniowano jako wszelkie zabiegi lecznicze i badawcze na istotach ludzkich, których celem lub jednym z celów jest wzrost wiedzy medycznej. Przyjęto, że podstawą jego przeprowadzenia musi być plan naukowy.

10 Deklarację tę uściślono w Tokio (1975 r.), następnie w Hong Kongu (1989 r.), potem w RPA (1996 r.), ostatnio zaś w Edynburgu (2000 r.).

11 H. Anrys, *Etyka lekarska a prawa człowieka, (w:) Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996, s. 18.

12 Good Clinical Practice (GCP).

Wszelkie plany eksperymentów medycznych podlegają ocenie przez niezależną komisję.

Interes i dobro osoby poddanej doświadczeniu powinny przeważać nad interesami nauki czy społeczeństwa. Występujące przy tym ryzyko dla życia i zdrowia człowieka, na którym dokonywany jest eksperyment, należy sprowadzić do minimum. Nie może ono pozostawać w dysproporcji do korzyści tej osoby albo do znaczenia celu doświadczenia.

Eksperymentu nie należy przeprowadzać bez uzyskania świadomej, swobodnej, wyraźnej i konkretnej zgody osoby mu poddanej. W sytuacjach nagłych, jeśli pacjent nie jest w stanie wyrazić zgody, eksperyment może być wyjątkowo przeprowadzony, o ile było to wcześniej zaplanowane, plan badań został potwierdzony przez komisję etyczną, zaś w jego rezultacie pacjent uzyska bezpośrednią korzyść. Udzielona zgoda może być swobodnie wycofana w każdej fazie eksperymentu. Należy, jeszcze przed jego rozpoczęciem, poinformować o prawie jej wycofania oraz ryzyku i wszelkich potencjalnych niedogodnościach. Informacja taka powinna być wystarczająco jasna i przedstawiona w sposób umożliwiający udzielenie zgody lub jej odmowę z pełną świadomością okoliczności sprawy.

Osoba niezdolna do czynności prawnych może być poddana eksperymentowi tylko i wyłącznie po wyrażeniu zgody przez przedstawiciela ustawowego, gdy ma to spowodować bezpośrednią i istotną korzyść dla jej zdrowia. W wyjątkowych przypadkach prawo wewnętrzne może zezwolić na przeprowadzenie eksperymentu na podmiocie niezdolnym do czynności prawnych (bez bezpośredniej korzyści dla jego zdrowia), jeśli się on temu nie sprzeciwi oraz gdy eksperyment może przynieść korzyść innym ludziom, należącym do tej samej grupy, przy czym nie da się tego osiągnąć w sposób inny niż poprzez przeprowadzenie badania.

Nie można poddawać eksperymentom kobiet ciężarnych i karmiących, z wyłączeniem sytuacji, kiedy zdrowie ich dziecka ma odnieść z tego bezpośrednią korzyść. Dopuszczalne jest przeprowadzenie doświadczenia w przypadku, kiedy ma to na celu dobro innych kobiet lub dzieci w tym samym okresie życia, a wyników nie da się osiągnąć

nać w inny sposób. Osoby pozbawione wolności mogą być poddawane eksperymentom wyłącznie, jeśli miałyby one przynieść bezpośrednią i istotną korzyść dla ich zdrowia.

Wszelkie informacje o charakterze osobistym, uzyskane podczas eksperymentu medycznego, powinny być traktowane jako poufne.

Eksperyment może być przeprowadzony tylko pod warunkiem, że zebrane zostały wystarczające gwarancje bezpieczeństwa osoby mu poddanej. Nie można przeprowadzić doświadczenia, którego zakres nie odpowiada kryteriom naukowym i które nie daje odpowiedzi na postawiony problem, nawet w sytuacji, gdy nie wiąże się to z żadnym ryzykiem.

Przy przeprowadzaniu eksperymentu naukowego konieczna jest kontrola lekarza lub osoby ponoszącej pełną odpowiedzialność kliniczną, posiadających właściwą wiedzę i kwalifikacje pozwalające na reakcję w każdym przypadku klinicznym.

Osoby uczestniczące w badaniu nie zyskują z tego tytułu żadnych korzyści finansowych. Może im przysługiwać jedynie zwrot poniesionych wydatków i szkód finansowych, a także, w stosownych przypadkach, umiarkowane zadośćuczynienie za niedogodności. Osobie poddanej eksperymentowi należy się odszkodowanie za szkody wynikłe z jego realizacji.<sup>13</sup>

Inne ważne rekomendacje, których nie można pominąć, rozważając zagadnienie eksperymentu medycznego to: *Rekomendacja 1046 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystania embrionów i płodów ludzkich do celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych*, przyjęta w 1986 r. na 8 sesji; *Rekomendacja 1100 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystania embrionów i płodów ludzkich do badań naukowych*, przyjęta w 1986 r. na 14 sesji; *Rekomendacja 934 Zgromadzenia Parlamentarnego dotycząca inżynierii genetycznej*, przyjęta w 1992 r. na 33 sesji; *Rekomendacja R(90) Komitetu Rady Europy dotycząca prenatalnych genetycznych badań diagnostycznych oraz związanego z nimi poradnictwa*, przyjęta 21 czerwca 1990 r. na sesji De-

13 Rada Europy, Komitet Ministrów, Rekomendacja (90)3, (w:) *Prawa pacjentów i problemy etyczne...*, op. cit., 53–58.

legatów Ministrów; *Rekomendacja R(92)3 Komitetu Ministrów Rady Europy dotycząca badań diagnostycznych i przesiewowych wykonywanych dla celów opieki zdrowotnej*, przyjęta dnia 10 lutego 1992 r. na 470 sesji Delegatów Ministrów.<sup>14</sup>

Ogromną rolę w tworzeniu ogólnych regulacji europejskich w dziedzinie eksperymentu medycznego odegrało opracowanie w ramach Rady Europy *Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej Kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny* (tzw. *Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie*, inaczej: *Konwencja Bioetyczna*), przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy w listopadzie 1996 r., podpisanej przez 22 państwa członkowskie dnia 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo.<sup>15</sup> Według stanu na dzień 26 października 2004 r., *Konwencję* podpisało i ratyfikowało 19 państw–członków, a podpisało 12 państw członków Rady Europy. Polska uczyniła to dnia 7 maja 1999 r.

Zaznaczyć należy, że *Konwencja Bioetyczna*, nie definiuje wprost pojęcia eksperymentu medycznego. Pojawiają się w niej jednak słowa: „interwencja medyczna” i „badania”, poprzez które należy rozumieć działania dokonywane na człowieku ze względów zdrowotnych, takie jak: prewencja, diagnostyka, terapia, rehabilitacja oraz właśnie eksperymenty. Terminy te są odpowiednikiem eksperymentu *sensu largo*, obejmującego zarówno badania czysto poznawcze (podejmowane w celu zdobycia wiadomości naukowych istotnych dla rozwoju wiedzy), jak i terapeutyczne, a więc takie, które zawierają w sobie elementy eksperymentu leczniczego, lecz podejmowane są na pewnej populacji pacjentów, kiedy to element poznawczy ma znaczenie przeważające. Na gruncie zapisów *Konwencji* wyraźne jest także wyodrębnienie eksperymentów o bezpośredniej korzyści dla uczestnika i takich, które bezpośrednich korzyści nie przynoszą. Wspólne dla wzmiankowanych wyżej badań jest to, że są one nowatorskie, odbiegają od dotychczas uznawanego bądź niezupełnie jeszcze sprawdzonego postępowania, zawierając w sobie element uświadomionego ryzyka.<sup>16</sup>

14 Teksty wymienionych rekomendacji patrz (w:) *Prawa pacjentów w dokumentach Rady Europy...*, s. 37–77.

15 C. Byk, *Europejska Konwencja Bioetyczna, Państwo i Prawo* 1993, z. 1.

16 L. Kubicki, op. cit., s. 55.

*Konwencja* stanowi, że do przeprowadzenia interwencji medycznej wymaga się swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej. Przeprowadzanie badań na ludziach jest dopuszczalne, o ile zostaną spełnione określone prawem warunki. Nie może istnieć metoda alternatywna, o porównywalnej skuteczności. Ryzyko podejmowane przez osobę zainteresowaną winno być proporcjonalne do potencjalnych korzyści wynikających z tych badań. Projekt musi zostać zatwierdzony przez właściwą instytucję po niezależnej ocenie jego wartości naukowej, w tym wagi celu badań i po przeprowadzeniu wszechstronnej oceny co do jego dopuszczalności pod względem etycznym. Osoby poddane badaniom powinny być poinformowane o swych prawach oraz o przysługującej im ochronie prawnej. Zgoda na udział w nich musi zostać wyrażona wprost, w sposób wyraźny i udokumentowany. Można ją w każdej chwili swobodnie wycofać.

*Konwencja* chroni osoby niezdolne do wyrażenia zgody, poprzez zapisy dotyczące możliwości dokonania wobec nich interwencji medycznej tylko wtedy, gdy jest to dla nich bezpośrednio korzystne. Konieczne jest przy tym zachowanie restrykcyjnych warunków. Badanie musi mieć na celu doprowadzenie w określonym czasie do rezultatów, które przyniosą korzyść albo samej osobie badanej, bądź innym osobom należącym do tej samej kategorii wiekowej, cierpiącym na tę samą chorobę lub reprezentującym te same cechy.

*Konwencja* należy do kategorii instrumentów prawnych. Jej ratyfikacja tworzy dla państwa obowiązki prawne.<sup>17</sup> Przepisy *Konwencji* mają w większości przypadków charakter norm bardzo ogólnie sformułowanych. Stanowią jedynie pewne pryncypia, należące do kręgu podstawowych wartości europejskiego dziedzictwa. Ich zastosowanie wymaga bez wątpienia szczegółowych regulacji ustawowych.<sup>18</sup>

Szczególną rolę – z punktu widzenia rozważanej problematyki – pełni *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, przyjęta w Nicei w 2000 r. Zaznaczyć trzeba, że nie ma ona, tak jak przywołana wyżej *Konwencja Bioetyczna*, wiążącego prawnie charakteru. Posiada je-

17 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*, s. 98.

18 M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, *Prawo i Medycyna* 2000, z. 5, s. 6.

dynie walor *soft law*.<sup>19</sup> Nie można jednak bagatelizować jej znaczenia, gdyż w przyszłości przyjmie ona najpewniej charakter obowiązujący jako odzwierciedlenie ogólnych zasad prawa, stając się także źródłem inspiracji dla orzecznictwa, a także elementem Unii Europejskiej.

*Karta* określa m.in. prawo do ochrony integralności fizycznej i psychicznej istoty ludzkiej także na polu medycznym i biologicznym. Jej przepisy wprowadzają wymóg respektowania zasady dobrowolnej zgody osoby zainteresowanej, zgody poprzedzonej odpowiednimi informacjami. Sformułowany w niej został zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, które mają na celu selekcję. Zakazano czynienia z ciała ludzkiego lub jego części przedmiotu zysku finansowego oraz klonowania istot ludzkich w celach reprodukcyjnych.

W *Karcie* nie ma bezpośredniego odniesienia do eksperymentów medycznych. Rozumując *per analogia*, można jednak przyjąć, że prawo do wyrażania zgody w związku z działaniami na polu medycyny i biologii obejmuje także badania medyczne na organizmie ludzkim.<sup>20</sup>

## 2. Ustawodawstwo francuskie jako przykład modelowej regulacji zagadnień związanych z problematyką eksperymentu medycznego

W państwach Unii Europejskiej pojęcie eksperymentu medycznego jest rozumiane w różny sposób. Proponowane definicje legalne oraz te ustalone przez doktrynę, wywołują liczne kontrowersje i dylematy, związane chociażby z klasyfikacją eksperymentów. Rozwiązania prawne dotyczące regulacji eksperymentów medycznych są często niekompletne i wewnętrznie niespójne. Powyższa problematyka stała się aktualnie przedmiotem intensywnych prac legislacyjnych w wielu krajach Europy.

19 Termin *soft law* w literaturze prawniczej jest zwykle stosowany dla określenia zasad, reguł i standardów rządzących stosunkami międzynarodowymi, niestanowiących źródeł prawa międzynarodowego w znaczeniu art. 38 Statutu MTS, który jako podstawę swoich rozstrzygnięć stosuje: konwencje międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy, ogólne zasady prawa, uznane przez narody cywilizowane.

20 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*, s. 65.

U podstawy definiowania eksperymentu medycznego w poszczególnych państwach członkowskich leżą niewątpliwie przedstawione wyżej definicje eksperymentu medycznego, pojawiające się w prawie międzynarodowym i prawie unijnym. Przypomnieć należy, że we wszystkich ważniejszych dokumentach międzynarodowych istnieje rozróżnienie: *eksperymentów terapeutycznych* (lecniczych), ukierunkowanych na leczenie osoby poddanej eksperymentowi i *eksperymentów badawczych* (naukowych), pozbawionych leczniczego celu. Pojawiają się definicje eksperymentu medycznego, rozumianego w ścisłym znaczeniu (eksperyment *sensu stricte*) jako ingerencja w sferę wąsko pojmowanej integralności fizycznej człowieka. Coraz częściej wspomina się jednak o potrzebie szerszego ujęcia (eksperyment *sensu largo*), uwzględniającego – poza ingerencją medyczną w fizyczność człowieka – także wpływ na jego życie prywatne i psychiczne.

Pomimo różnic w wyjaśnianiu sensu znaczeniowego analizowanego pojęcia, zauważyć można wyraźny konsensus co do tego, że cechą nieodzowną każdego eksperymentu są badania związane z uczestnictwem człowieka, ukierunkowane na rozwój wiedzy biomedycznej, które nie mogą być uznane za przyjętą praktykę w medycynie prewencyjnej lub leczniczej.

Wzorcowym przykładem unormowań eksperymentu medycznego jest ustawodawstwo francuskie. Na jego gruncie szczególne znaczenie ma ustawa *o eksperymentach medycznych* z dnia 20 XII 1988 r. oraz uzupełniające ją dwie ustawy z 22 VII 1994 r.: *ustawa o poszanowaniu ciała ludzkiego* oraz *ustawa o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, prokreacji medycznie wspomaganej i o diagnostyce prenatalnej*.

Ustawa z 1988 r. *o eksperymentach medycznych* poprzez to pojęcie nakazuje rozumieć wszelkie badania medyczne: próby, studia i eksperymenty organizowane i praktykowane na istocie ludzkiej w celu rozwoju wiedzy biologicznej lub medycznej. Reguluje szczegółowe zasady przeprowadzania tego typu działań. Twórca prawa zrezygnował w niej z dość kontrowersyjnych sformułowań, używanych w innych państwach, takich jak pojęcie: „badań terapeutycznych” i „badań czysto poznawczych”. Wprowadził zaś podział na: badania medyczne o bez-

pośrednim celu terapeutycznym i wszystkie pozostałe, a więc zarówno czysto naukowe, jak i o pośrednim tylko charakterze terapeutycznym.

Ustawa z 1994 r. *o poszanowaniu ciała ludzkiego* stanowi uzupełnienie kodeksu cywilnego i kodeksu karnego. Zabezpiecza prymat praw osoby ludzkiej. Zabrania jakiegokolwiek naruszania jej godności. Gwarantuje bycie istotą ludzką już od chwili poczęcia. Stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swego ciała, które tak jak jego składniki i produkty nie stanowią w żadnym wypadku przedmiotu prawa majątkowego. Naruszenie integralności cielesnej może nastąpić tylko ze względu na konieczność terapeutyczną i tylko za zgodą zainteresowanego, chyba że nie jest on w stanie jej wyrazić, a interwencja medyczna jest konieczna. Zabronione są praktyki eugeniczne, zmierzające do selekcji osób i zmian w charakterystyce genetycznej osoby (poza badaniami w celu zapobiegania i leczenia chorób genetycznych). Osobie, która godzi się na poddanie eksperymentowi albo na wykorzystanie jej organów, tkanek, komórek, embrionów i gamet, nie przysługuje żadne wynagrodzenie. Jednak sama jej zgoda nie jest wystarczającym elementem podjęcia eksperymentu.<sup>21</sup> Ustawa przewiduje pełną tajemnicę dawcy i biorcy. Dotyczy to także poczętego dziecka, które nie ma prawa poznać swego pochodzenia. W przypadku konieczności terapeutycznej, jedynie lekarze dawcy i biorcy mogą mieć dostęp do informacji pozwalających na ich identyfikację. Zakazane jest „macierzyństwo zastępcze”.

Ustawa z 1994 r. *o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, prokreacji medycznie wspomaganej i o diagnostyce prenatalnej* normuje prokreację medycznie wspomaganą, poprzez którą rozumie się wszelkie zabiegi poza procesem naturalnego poczęcia dziecka, takie jak: sztuczna inseminacja, zapłodnienie *in vitro*, transfer embrionów etc. Powyższa regulacja określa warunki tego typu działań. Wynika z niej, że sztuczna prokreacja może być stosowana tylko w razie patologicznej niepłodności oraz w celu uniknięcia przeniesienia na dziecko szczególnie ciężkiej choroby. Embriony ludzkie nie mogą być poczęte dla celów handlowych lub przemysłowych.

21 Granice indywidualnej wolności dysponowania swoim ciałem są przedmiotem rozważań doktrynalnych, patrz np.: Z.L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit?*, Paryż 1987, s. 189 i n.



Dopuszcza się diagnostykę prenatalną lub przedimplantacyjną w celu wykrycia w embrionie lub płodzie szczególnie ciężkiej choroby. Ogranicza się jednak prowadzenie badań genetycznych na osobie tylko dla celów leczniczych i naukowych. Na gruncie ustawy uregulowane są ponadto szczegółowo kwestie związane z transplantacją.<sup>22</sup>

Medyczne ustawodawstwo francuskie stanowi przykład najpełniejszego unormowania w zakresie odpowiedzialności za szkody powstałe w związku z przeprowadzaniem eksperymentów medycznych. Do odpowiedzialności cywilnej mogą zostać pociągnięte także osoby, które były inicjatorami badań (niekoniecznie ich kierownikami lub bezpośrednimi wykonawcami). Odpowiedzialność ta opiera się na dwóch różnych, w zależności od charakteru eksperymentów, zasadach. W przypadku badań pozbawionych bezpośredniego celu terapeutycznego, jest to odpowiedzialność gwarancyjna, niezależna od winy. W przypadku eksperymentów o bezpośrednim celu terapeutycznym – odpowiedzialność na zasadzie winy.

Można skonstatować, że uregulowania francuskie, jako modelowe w dziedzinie eksperymentu medycznego, stały się wzorem dla unormowań przyjmowanych w innych państwach europejskich. Polska również – w pewnej mierze – przejęła elementy tych rozwiązań.

### 3. Podstawy prawne eksperymentów medycznych w Polsce

Zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych w Polsce wyznaczone są dziś ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i prawem Unii Europejskiej. Przypomnieć jednak trzeba, że powojenne ustawodawstwo polskie było długi czas (i w dalszym ciągu w pewnej mierze takim pozostaje) przestarzałe, niepełne, niedostosowane do standardów międzynarodowych. Niektóre akty prawne pochodziły jeszcze sprzed II wojny światowej. Brakowało regulacji na temat transplantacji czy w ogóle eksperymentu medycznego i związanych z nim

22 M. Nesterowicz, *Ochrona osobowości, prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna w prawie francuskim*, (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 200–205.

zagadnień. Dopiero począwszy od 1989 r. można mówić o kształtującym się w naszym kraju prawie medycznym.<sup>23</sup>

W ustawie zasadniczej problematyka eksperymentu medycznego jest jedynie ogólnie zarysowana. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. w artykule 39 określa zasadę stanowiącą, że „nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”.

Kwestie związane z eksperymentami medycznymi szczegółowo reguluje ustawa *o zawodzie lekarza* z dnia 5 grudnia 1996 r.<sup>24</sup> Klasyfikuje ona eksperymenty medyczne na ludziach jako: lecznicze i badawcze.

*Eksperymentem leczniczym* (terapeutycznym) jest wprowadzenie przez lekarza nowych albo częściowo tylko wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne.

*Eksperyment badawczy* (naukowy) ma na celu rozszerzenie wiedzy medycznej. Dopuszcza się go, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów.

Ustawa określa ogólne warunki przeprowadzenia eksperymentu medycznego stanowiąc, że jest on dopuszczalny, o ile spodziewane korzyści poznawcze lub lecznicze mają istotne znaczenie, a przewidywane osiągnięcie tych korzyści oraz celowość i sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy i zgodne z zasadami etyki lekarskiej. Warto zaznaczyć, że eksperyment może być przeprowadzony tylko po wyrażeniu pozytywnej opinii o projekcie przez niezależną komisję bioetyczną. Eksperymentem medycznym kieruje lekarz, który ma stosowne kwalifikacje.

Według ustawy, osoba, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu musi uprzednio uzyskać informacje o celach, sposobach i warunkach jego przeprowadzenia, spodziewanych korzyściach

23 M. Nesterowicz, *Nowe ustawodawstwo medyczne (osiągnięcia i błędy)*, Państwo i Prawo 1997, z. 9, s. 3.

24 Tekst jednolity Dz.U. 2005, nr 226, poz. 1943.

lecniczych lub poznawczych, ryzyku oraz o możliwości odstąpienia od udziału w każdym stadium. Uczestnik musi złożyć pisemną zgodę. Ustawa ogranicza możliwości udziału małoletnich oraz kobiet ciężarnych. Zakazuje uczestnictwa w nich dzieci poczętych, osób ubezwłasnowolnionych, żołnierzy zasadniczej służby wojskowej oraz osób pozbawionych wolności.

Zgoda udzielona na eksperyment medyczny może być cofnięta przez kompetentny podmiot w każdym stadium eksperymentu i obli-guje lekarza prowadzącego do jego przerwania. Lekarz ma obowiązek zaprzestać badania w przypadku zagrożenia zdrowia chorego, prze-wyższającego spodziewane korzyści oraz jeśli w czasie jego realiza-cji nastąpi nieprzewidziane zagrożenie zdrowia lub życia osoby w nim uczestniczącej.

Jak widać polski ustawodawca próbuje połączyć skuteczną zgodę z właściwym poinformowaniem osoby biorącej udział w doświadcze-niu o zakresie eksperymentu i zamiarach eksperymentatora. Dla legal-ności doświadczenia wymaga, by prowadzący udzielił wszelkich moż-liwych informacji koniecznych dla podjęcia decyzji przez uczestnika eksperymentu. Na tym tle mogą pojawiać się pewne kontrowersje. Czę-sto zdarza się przecież, że sam badacz, realizujący nowatorskie do-świadczenie, nie jest do końca zorientowany co do ewentualnych skut-ków działań. Może jedynie domyślać się potencjalnych konsekwencji. Nie jest możliwe, by udzielił uczestnikowi eksperymentu wszelkich in-formacji dotyczących przewidywanego przebiegu doświadczenia. Nie-wątpliwie powinien jednak wyjaśnić jego cel i istotę.<sup>25</sup>

W przypadku eksperymentów terapeutycznych konieczne jest przedstawienie argumentów za koniecznością zastosowania nowator-skiej kuracji. Uczestnik eksperymentu winien być poinformowany o przeprowadzonych dotąd badaniach i ich wynikach. Eksperymenta-tor ma zaprezentować projekt harmonogramu dalszych badań, opisać ich przebieg z uwzględnieniem roli danego uczestnika, wskazać na pla-nowany czas zakończenia badań, a także wyraźnie określić korzyści, jakim służyć ma całe postępowanie. Oczywiście jest przy tym, że eks-perymety terapeutyczne są dokonywane w momencie, kiedy wyczer-

25 W. Wanatowska, W. Kulesza, *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 33.

pano wszelkie konwencjonalne metody leczenia. Pacjent nie ma już z reguły większych szans na poprawę stanu swojego zdrowia w opar-ciu o dostępne, zbadane metody. Pojawia się dylemat, czy lekarz ma go informować o fakcie bezsilności medycyny i jego beznadziejnej sy-tuacji, proponując jednocześnie uczestnictwo w eksperymencie, który mógłby, ale wcale nie musi, pomóc. Wydaje się, że rzeczowa prezenta-cja stanu pacjenta i ewentualnych korzyści wpływających z udziału w eksperymencie może pomóc w tym, że pacjent czuje się jako podmiot a nie przedmiot działań medycznych. W przypadku eksperymentów czysto badawczych, osoba, która ma zostać im poddana, musi być w pełni poinformowana o całokształcie spraw związanych z planowanym badaniem.<sup>26</sup>

W literaturze można spotkać pogląd, że konstrukcja definicji eks-perymentu medycznego przyjęta w polskiej ustawie jest wadliwa. Ar-gumentem potwierdzającym tę tezę są kontrowersje wokół kryterium przyjętego dla rozróżnienia eksperymentu leczniczego i badawczego. Zgodnie z ustawą, o rodzaju eksperymentu ma decydować zamiar ba-dacza; to, co chce osiągnąć wskutek swojego działania (czy chodzi mu przede wszystkim o wyleczenie pacjenta, czy też o poszerzenie wiedzy medycznej). Uzasadnione wydają się być obawy, czy takie rozwiązanie w praktyce nie utrudnia (a czasem wręcz uniemożliwia) ustalenia, z ja-kim eksperymentem mamy do czynienia w danym przypadku.<sup>27</sup>

Ponadto, wątpliwości wywołuje niedookreśloność znaczenio-wa pewnych elementów definiowania eksperymentu, jak na przykład: „bezpośrednia korzyść eksperymentu dla zdrowia człowieka” czy też „niewielkie ryzyko eksperymentu”. Argumentuje się, że działalność, w której pojawia się motyw poszerzenia wiedzy naukowej, traci swój charakter terapeutyczny, stając się czysto-badawczym eksperymentem. Natomiast terapia nakierowana na osiągnięcie korzystnych dla pacjenta skutków nigdy nie staje się eksperymentem, a jest – co najwyżej – tera-

26 M. Sośniak, *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach*, Państwo i Prawo 1985, z. 5, s. 37.

27 M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 115; L. Kubicki (red.), *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, s. 35.

pią nowatorską.<sup>28</sup> Granice podziału, wyznaczone za pomocą kryterium celu badań, bywają nieuchwytnie.

Zaznaczyć należy, że eksperymenty czysto terapeutyczne nie wywołują dziś większych sprzeciwów, jako konieczny nieraz sposób niekonwencjonalnego leczenia. Możemy uznać, że należą do nich te badania, które są nakierowane, według określonych kryteriów – takich jak: cel eksperymentu, stopień odejścia od ustalonej praktyki, ryzyko, sposób wykorzystania w przyszłości badań etc. – na osiągnięcie przez ich uczestników bezpośrednich korzyści leczniczych. To właśnie one są podstawą podjętej interwencji, uzasadnionej w danych okolicznościach obiektywnymi racjami medycznymi.<sup>29</sup>

Niewątpliwie dużo większe opory wzbudzają w praktyce eksperymenty czysto badawcze przeprowadzane na człowieku. Wydaje się jednak, że we współczesnym świecie ich realizacja jest konieczna. Zaniedbanie tego typu badań mogłoby prowadzić do sparaliżowania rozwoju w wielu dziedzinach medycyny. Postęp cywilizacyjny odbywa się przecież w głównej mierze dzięki nieustannemu podejmowaniu przedsięwzięć, których potencjalne i oczekiwane rezultaty nie są ani pewne, ani potwierdzone w drodze dotychczas zgromadzonych doświadczeń. Ich podejmowanie zawsze łączy się z pewnym ryzykiem. Należy mieć świadomość, że działania te mogą nieść za sobą – ze względu na nowatorskie metody i niesprawdzone dotychczas konsekwencje zastosowania nowych środków czy urządzeń – niebezpieczeństwa uszczerbku dla dóbr prawnych osób biorących w nich udział.<sup>30</sup> Między innymi stąd właśnie bierze się potrzeba dyskusji teoretyczno-prawnych i odpowiednich regulacji ustawowych odnośnie do odpowiedzialności za szkody wyrządzone wskutek dokonania eksperymentów medycznych. Zajmę się tym odrębnie w ostatnim punkcie opracowania.

Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku eksperymentu medycznego przepisy prawne często odsyłają do norm moralnych zawartych w *Kodeksie Etyki Lekarskiej*. Lekarz przeprowadzający badania naukowe, a w szczególności eksperymenty medyczne, powinien prze-

strzegać norm i obowiązków wynikających z tego *Kodeksu* oraz ogólnie przyjętych zasad etyki badań naukowych. Eksperymenty medyczne z udziałem człowieka mogą być przeprowadzone, o ile służą poprawie zdrowia pacjenta biorącego w nich udział lub wnoszą istotne dane poszerzające zakres wiedzy i umiejętności lekarskich. Lekarz, który przeprowadza eksperyment leczniczy, powinien być przeświadczony o tym, że spodziewane korzyści dla pacjenta przeważają w istotny sposób nad nieuniknionym ryzykiem. Nie może narażać go na ryzyko w istotnym stopniu większe niż to, które grozi osobie niepoddanej takiemu eksperymentowi. Przeprowadzając badanie, winien jest podejmować wyłącznie ryzyko minimalne. Z zapisów *Kodeksu* wynika m.in. konieczność uzyskania swobodnej, niewymuszonej zgody od osoby, która ma być poddana eksperymentowi, obowiązek odpowiedniego poinformowania uczestnika o aspektach doświadczenia oraz o prawie odstąpienia od niego w każdym czasie.

Główne zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych określone są w *Regulaminie Komisji Bioetycznej* przy Okręgowej Izbie Lekarskiej w Warszawie, obowiązującym od 13 czerwca 2003 r. Komisja ta działa na podstawie art. 29 ust. 3 *ustawy o zawodzie lekarza*. Podstawowe zadania Komisji wiążą się z wyrażaniem opinii o dopuszczalności eksperymentu medycznego przy uwzględnieniu kryteriów etycznych oraz celowości i możliwości wykonania projektu. Komisja wyraża opinie o eksperymentach medycznych w drodze uchwał. Regulamin określa m.in. wymogi formalne związane z wymaganą dokumentacją projektu eksperymentu medycznego, wymogi formalne składanych wniosków oraz zasady oceny projektu eksperymentu medycznego.

#### 4. Zgoda uczestnika jako warunek *sine qua non* uczestnictwa w eksperymencie medycznym

Z przedstawionych regulacji prawa międzynarodowego, unijnego, wewnątrzpaństwowego, ale także ze standardów pozaprawnych (norm deontologicznych, moralnych i obyczajowych) wynika, że zasada wy-

28 W. Wanatowska, Eksperyment lekarski, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1974, nr 5, s. 73.  
29 Taka definicja prezentowana jest na gruncie doktryny przez M. Safjana, patrz: *Prawo i...* *op. cit.*, s. 174.  
30 R. Kubiak, Zgoda uczestnika eksperymentu – cz. 1., *Prawo i Medycyna* 2000, nr 8, s. 44.

rażenia zgody przez uczestnika eksperymentu medycznego jest fundamentalna.<sup>31</sup>

Wspomnieć trzeba, że wymóg obligatoryjności jej uzyskania nie zawsze był oczywisty. W historii dziejów ludzkich znane są przecież przykłady lansowania tezy o absolutnym prawie lekarza do eksperymentowania na człowieku, nawet bez zgody lub wręcz przy sprzeciwie uczestnika eksperymentu, jeśli podyktowane to było ważnymi interesami nauki lub koniecznością państwową.<sup>32</sup> Pogląd ten odzwierciedlił się w praktyce związanej np. z doświadczeniami na jeńcach obozów koncentracyjnych. Warto też zaakcentować całkowicie przeciwstawną tezę. Niektórzy przedstawiciele nauki uważają, że eksperymentowanie na ludziach jest w ogóle niedopuszczalne. Wydaje się jednak, iż z tego typu skrajnego stanowiska nie można dziś również podzielać. Jest ono nie do pogodzenia z postępującym rozwojem biotechnologii.

Zamiar uczestnictwa w eksperymencie medycznym musi być wyrażony w sposób swobodny, bez jakiegokolwiek nacisku (fizycznego czy psychicznego). Ma być wolny od wad oświadczenia woli.<sup>33</sup> Nie może być wymuszony szantażem ani też wynikać z użytego podstępów, kiedy to uczestnik eksperymentu wprowadzony zostaje w błąd wskutek np. przekazania mu nieprawdziwych informacji lub zatajenia prawdziwego stanu rzeczy celem ukształtowania mylnego wyobrażenia o rzeczywistości.<sup>34</sup>

Niestety, przy próbie ustalenia dobrowolności zgody mogą pojawiać się trudności. Sądzę, że w praktyce nie ma takiej sytuacji, kiedy poddający się eksperymentowi człowiek wolny jest od jakichkolwiek motywacji zewnętrznych (np.: śmiertelna choroba, przymus ekonomiczny etc.). To lekarz winien ocenić, czy stan chorego pozwala na podjęcie decyzji o udziale w eksperymencie w sposób racjonalnie przemyślany. Równocześnie nie można wykorzystywać stanu chorego do uzyskania

zgody w celu przeprowadzenia eksperymentu pozornie przedłużającego życie.<sup>35</sup>

Dla ustalenia dobrowolności zgody istotne jest również sprawdzenie, czy osoba poddawana badaniom nie pozostaje w stosunku zależności od przeprowadzającego eksperyment. Źródła uzależnienia mogą być różne (np.: relacja pracodawca–pracownik). Każda zależność od eksperymentatora wpływająca na proces decyzyjny osoby poddawanej eksperymentowi, może rzutować na niedopuszczalność eksperymentu.<sup>36</sup> Polski ustawodawca, chcąc wyeliminować tego typu sytuacje, wprowadził ogólny zakaz dokonywania eksperymentów na żołnierzach i osobach pozbawionych wolności.

Dość kontrowersyjne są kwestie związane z eksperymentami dokonywanymi z udziałem osób, które nie są w stanie samodzielnie wyrazić swojej zgody. Chodzi głównie o małoletnich, chorych psychicznie i osoby niedorozwinięte umysłowo. Z reguły uznaje się, że zgoda przedstawiciela ustawowego na wszelkie interwencje medyczne jest dopuszczalna jedynie w wypadkach określonych ustawowo. Konieczna jest przy tym zgoda samego uczestnika eksperymentu bez względu na brak zdolności do czynności prawnych, o ile dysponuje on dostatecznym stopniem zrozumienia sytuacji.

Ocena przesłanek dopuszczalności zgody wymaga poszanowania zasady integralności psychicznej i fizycznej każdego człowieka oraz zasady respektowania autonomii przy podejmowaniu decyzji dotyczących własnego ciała i zdrowia. Zauważyć można, że sfera respektowania autonomii człowieka uległa w ostatnim czasie znacznemu poszerzeniu, co ma swoje odzwierciedlenie chociażby w rosnącym przyzwoleniu społecznym na dokonywanie zabiegów pozbawionych celów ściśle terapeutycznych. Określenie granic prawnie akceptowanej autonomii człowieka, związanej z podejmowaną decyzją o uczestniczeniu w eksperymencie, decyduje *de facto* o zakresie dopuszczalności eksperymentów medycznych w danym systemie prawnym. Uprawnienie do decydowania o samym sobie w sprawach związanych z własną integralnością

31 K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 183.

32 J. Sawicki, Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa, Warszawa 1966, s. 196–197.

33 J. Sawicki, *op. cit.*, s. 197.

34 R. Kubiak, Zgoda uczestnika..., *op. cit.*, s. 55.

35 G. Rejman, Odpowiedzialność karna lekarza, Warszawa 1991, s. 244.

36 L. Kubicki, Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa polskiego, (w:) M. Filar (red.), Prawo a medycyna u progu XXI wieku, Towarzystwo Naukowe Prawa Karnego, Toruń 1987, s. 112.

psychiczną i fizyczną wynika z samej natury przysługujących każdemu człowiekowi dóbr osobistych. Gdy określone działanie będzie zagrażać zdrowiu czy życiu danej osoby, jej zgoda stanowi po prostu akceptację ryzyka, a nie aprobatę dla wyrządzenia szkody. Zasada autonomii człowieka ma swoje ograniczenia. Wynikają one z ogólnych zasad porządku publicznego. Z punktu widzenia rozważań o eksperymencie medycznym, ograniczeniami takimi są np.: określone prawem warunki wyrażenia zgody (swoboda, poinformowanie uczestnika badań), określenie działań, na które zgoda nie może być w ogóle wyrażona etc.

Reasumując, tylko swobodnie podjęte i wyrażone oświadczenie woli o udziale w eksperymencie medycznym może być traktowane jako zgoda osoby biorącej udział w doświadczeniu. Swoboda wyrażenia zgody na uczestnictwo w eksperymencie medycznym musi oznaczać nie tylko brak przymusu fizycznego i psychicznego, ale brak jakiegokolwiek, choćby najmniejszej presji na podjęcie decyzji.<sup>37</sup> Powinność oceny stopnia swobody takiej decyzji ciąży na podmiocie przeprowadzającym badanie i przyjmującym ową zgodę.

### 5. Odpowiedzialność prawna lekarza za szkody wynikłe z eksperymentu medycznego

Podjęcie różnych przedsięwzięć w ramach przeprowadzanych eksperymentów medycznych nierozzerwalnie łączy się z ryzykiem powstania niezamierzonych ujemnych skutków, którego prawdopodobieństwa nie da się wyeliminować bez rezygnacji z osiągnięcia celów, które były motywem podjęcia określonych działań. Eksperyment może przecież nie powieść się, co więcej – może doprowadzić do szkody: uszczerbku na zdrowiu czy nawet utraty życia osób pozostających w sferze działań eksperymentatora, a nawet sprowadzić stan bezpośredniego zagrożenia w sferze tych dóbr. To zaś rodzi problem odpowiedzialności cywilnej i karnej.

Naturalne jest, że korzyści w przypadku zabiegów terapeutycznych (lecniczych) odnosi na ogół sam pacjent i to on powinien również ponieść ryzyko związane z wystąpieniem przypadkowych i niemożli-

37 M. Safjan, Prawo i..., *op. cit.*, s. 175–177.

wych do uniknięcia szkód. W przypadku eksperymentów badawczych (naukowych) ryzyko takie ponosi całe społeczeństwo, które korzysta z rozwoju wiedzy medycznej.

Konieczność zapewnienia stosownego odszkodowania osobie uczestniczącej w eksperymencie została wyrażona we wspomnianej wyżej *Rekomendacji* Komitetu Ministrów Rady Europy z 1990 r.

W świetle obowiązującego w Polsce prawa brakuje odrębnej, szczególnej podstawy do odpowiedzialności za szkody, które są następstwem prawidłowego przeprowadzenia eksperymentu.

Polski *Kodeks karny* nie przewiduje odpowiedzialności represyjnej za rezultaty eksperymentu medycznego. Zgodnie z brzmieniem art. 27: „*Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeśli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy*”. Wymagana jest jednak świadoma (tj. udzielona w oparciu o uzyskanie wiadomości na temat doświadczenia oraz ryzyka z tym związanego) zgoda uczestnika eksperymentu: „*Eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody uczestnika, na którym jest przeprowadzany, należyce poinformowanego o spodziewanych korzyściach i groźących mu ujemnych skutkach oraz prawdopodobieństwie ich powstania, jak również o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie w każdym jego etapie*”.<sup>38</sup>

Na gruncie *Kodeksu cywilnego* unormowana jest wprawdzie odpowiedzialność odszkodowawcza, ale jest ona nastawiona na kompensację szkód wynikłych ze zdarzeń noszących cechy bezprawności. Eksperyment medyczny, przeprowadzony legalnie, z zachowaniem wymogów bezpieczeństwa i ostrożności – za zgodą uczestnika, nie należy do okoliczności rodzących odpowiedzialność. Tego typu podejście spotyka się coraz częściej z krytyką. Widoczna jest tendencja do uznawania, że zgoda na zabieg leczniczy i zgoda na eksperyment medyczny

38 Na temat odpowiedzialności karnej lekarza patrz: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 142 i nast.; M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, *Prawo i Medycyna* 2000, nr 5; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim*, Kraków 2004, s. 188 i nast.

nie może być traktowana dokładnie w tych samych kategoriach, a więc jako okoliczność w zasadzie uchylająca odpowiedzialność za niezawinione i przypadkowe konsekwencje podejmowanego zabiegu.<sup>39</sup>

W sytuacjach szkód powstałych w związku z przeprowadzeniem eksperymentu medycznego, zastosowanie mogą mieć ogólne przepisy o odpowiedzialności odszkodowawczej *ex delicto*, a przede wszystkim przepisy o odpowiedzialności *Skarbu Państwa* (417 kc.), uzależniające powstanie roszczeń po stronie uczestnika badań od winy osób przeprowadzających eksperyment. Zakres tej odpowiedzialności jest różny, w zależności od oceny, czy podjęcie eksperymentu można uznać za dopuszczalne.<sup>40</sup> Oczywiście jest, że musi istnieć związek przyczynowy między szkodą doznaną przez uczestnika eksperymentu a naruszeniem wymaganych standardów staranności. Wspomnieć trzeba jeszcze o możliwej odpowiedzialności z tytułu naruszenia dóbr osobistych osoby uczestniczącej w eksperymencie (art. 23 i 24 kc.), gdy nie wystąpiły żadne ujemne następstwa np. w postaci trwałego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia. Bardzo niepewne są możliwości poszukiwania odszkodowania w ramach odpowiedzialności *ex contractu*.

Kwestia godziwego odszkodowania dla osób dobrowolnie ryzykujących własnym zdrowiem z motywów altruistycznych, jest w obecnej sytuacji pozostawiona właściwie tylko i wyłącznie wykładni prawa, a ta często stwarza rozmaitego rodzaju wątpliwości.

Pojawia się pytanie, czy odpowiedzialność instytucji publicznych – w oparciu o zasadę słuszności – może być uznana za właściwe *remedium* w tego typu sytuacjach?

Problem wymaga jednoznacznej regulacji, która wprowadziłaby gwarancyjną odpowiedzialność po stronie osób finansujących i inicjujących badania naukowe, wymagające eksperymentowania na człowieku bez związku z celami terapeutycznymi.

39 M. Safjan, *Prawo i...*, *op. cit.*, s. 199.

40 Patrz np. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989; L. Stecki, *Zasada pełnej kompensacji*, (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985; W. Lang, M. Safjan, *Odpowiedzialność prawna za szkody prenatalne i prekonceptyjne*, (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000; M. Nesterowicz, *Przemiany odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu*, (w:) *Państwo i Prawo* 2001, z. 3 i inne.

Grzegorz Kryszewski

## Zakres biernego prawa wyborczego w wyborach parlamentarnych

Jednym z najważniejszych zadań stojących przed każdym twórcą prawa wyborczego jest ustalenie społecznego zasięgu biernego prawa wyborczego, czyli określenie kręgu osób posiadających „zdolność prawną” do kandydowania oraz zasiadania w organie przedstawicielskim<sup>1</sup>. Przy podejmowaniu takiej decyzji formuła wolnych wyborów wymaga przestrzegania reguł bezpośrednio nawiązujących do standardów czynnego prawa wyborczego, dopuszczając jednak wprowadzenie pewnych dodatkowych ograniczeń, co w rezultacie prowadzi zwykle do zawężenia zasięgu personalnego biernego prawa wyborczego jest węższy.

Za Europejskim Trybunałem Praw Człowieka należy skonstatować, iż wspomniane obie kategorie praw nie mają charakteru absolutnego. Co się tyczy tylko biernego prawa wyborczego: „Państwa korzystają ze znacznej swobody w ustanawianiu w swoim porządku konstytucyjnym norm rządzących statusem parlamentarzystów, włączając w to kryteria ich dyskwalifikacji. [...] kryteria te różnią się w zależności od czynników historycznych i politycznych, specyficznych dla każdego państwa. [...] Żadne jednak z kryteriów nie może być uważane za ważniejsze od jakiegokolwiek innego, pod warunkiem, że gwarantuje ono wyrażanie woli ludności w wyborach wolnych, uczciwych i periodycznych”<sup>2</sup>. W związku tym – tak jak w zakresie czynnego prawa wyborczego – przestrzegana musi być fundamentalna dyrektywa za-

1 Biernie prawo wyborcze jako tego rodzaju zdolność prawną definiuje m.in. Z. Jarosz, (w:) Z. Jarosz, S. Zawadzki: *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1980, s. 321.

2 *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, No. Applications 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95, 27755/95. W kilku jeszcze innych uzasadnieniach orzeczeń tego Trybunału było podkreślane, że biernie prawo wyborcze nie ma absolutnego charakteru, gdyż może podlegać pewnym ograniczeniom, zob. np. *Mathews v. United Kingdom*; *Ahmed and Others v. The United Kingdom*, 2 September 1998, No. Application 22954/93; *Labita v. Italy*, 6 April 2000, No. Application 26772/95.

kazująca dyskryminacji jakiegokolwiek grupy społecznej, zwłaszcza ze względu na rasę, kolor, płeć, język, religię, głoszone poglądy polityczne i inne opinie, pochodzenie narodowościowe lub społeczne, stan majątkowy, miejsce urodzenia, niepełnosprawność, wykształcenie<sup>3</sup>. Wymagania dotyczące prawnej zdolności do ubiegania się o mandat reprezentanta powinny być wyraźnie i precyzyjnie wskazane w konstytucji, ewentualnie w ustawie wyborczej; przewidziane wyłączenia dokonane być muszą w oparciu o uzasadnione kryteria, nienaruszające wartości leżących u podstaw praw obywatelskich w demokratycznym systemie ustroju państwowego, a już nade wszystko niedopuszczalne jest ich wprowadzanie z przyczyn politycznych.

Wyodrębnić można dwa główne typy restrykcji spełniających te warunki: mających podstawę w kompetencji oraz wiążących się z przynależnością do danej wspólnoty<sup>4</sup>. Pierwszy wymieniony rodzaj ograniczeń stanowi konsekwencję oczywistej dążności do tego, aby w procesie wyborczym uczestniczyły osoby dostatecznie dojrzałe: dysponujące należyтым doświadczeniem życiowym i w pełni świadome podejmowanych czynności; stąd w pełni usprawiedliwione jest wprowadzenie – ustalonego na właściwym poziomie – cenzusu wieku oraz wyłączenie osób cierpiących na niedorozwój umysłowy (chore psychiczne). Co zaś się tyczy drugiego typu restrykcji, to są one następstwem przyjęcia cenzusu obywatelstwa oraz cenzusu domicylu, jak również wykluczenia „osób niegodnych” (odbywających karę pozbawienia wolności, które popełniły określone przestępstwa lub w ogóle były karane za przestępstwa kryminalne).

Zasięg osobowy biernego prawa wyborczego, w porównaniu z zasięgiem prawa czynnego zawężają najbardziej podwyższone wymagania wiążące się z cenzusem wieku. O ile jest standardem – akceptowanym również w dokumentach charakteryzujących specyfikę wyborów demokratycznych – przyznanie czynnego prawa obywatelom, którzy

ukończyli 18 lat<sup>5</sup>, a więc osobom dorosłym i zdolnym do czynności prawnych, to przeważnie próg wiekowy w odniesieniu do prawa biernego jest wyższy. Trudno jest zgodzić się z poglądem, iż takie różnicowanie wymagań stanowi „element bezrozumnej tradycji”<sup>6</sup>; odczytywać je raczej należy jako wyraz dążenia ustawodawców, aby mandatariusze posiadali niezbędne doświadczenie życiowe i ugruntowane poglądy. Wprawdzie wskazany sposób regulacji praw wyborczych nie odpowiada – głoszonemu w niektórych dokumentach międzynarodowych – postulatowi zrównywania warunków wiekowych korzystania z obu rodzajów praw wyborczych<sup>7</sup>, ale też nie stoi w sprzeczności z uznanymi standardami wyborów demokratycznych; zasadniczą kwestią z ich punktu widzenia jest to, by wspomniana różnica w wyborach do parlamentu jednoizbowego lub izby pierwszej parlamentu dwuizbowego nie była znacząca<sup>8</sup>.

Analiza porównawcza prawa wyborczego wykazuje, że w wyborach do tych organów od kandydatów wymaga się najczęściej ukończenia 21 roku życia (np. Australia, Barbados, Belgia, Białoruś, Bułga-

- 5 Niższy cenzus wyborczy przyjęty jest w Brazylii, Nikaragui, Iranie, Indonezji, Gwinei Bissau i na Kubie (por. J.D. Derbyshire, I. Derbyshire: *Political Systems of the World*, Oxford 1999, s. 73). Wyższy od wskazanego standardu wymóg jest stosowany w wyborach parlamentarnych, m.in. w Austrii (19 lat), Japonii, Finlandii, Szwajcarii, Korei Południowej, Liechtensteinie, na Tajwanie (20 lat), Cyprze, Samoa, w Pakistanie, Malezji, Singapurze, Azerbejdżanie, Bahrajnie (21 lat). Już tylko za relikw przeszłości uważać można ustanowienie wyższego cenzusu wieku w wyborach do izby drugiej aniżeli w procesie kształtowania składu izby pierwszej. Historia dostarcza wielu przykładów tego typu rozwiązania (przypomnijmy choćby polską konstytucję marcową z 1921 r., zgodnie z którą czynne prawo wyborcze do Sejmu przysługiwało po ukończeniu 21 lat, a do Senatu – 30), to jednak obecnie występuje ono bardzo rzadko (m.in. we Włoszech: w wyborach do Izby Deputowanych cenzus ten wynosi 21 lat, zaś w wyborach do Senatu – 30).
- 6 Tak Z.Jackiewicz: *O prawie wyborczym regulującym wybory do Sejmu RP I kadencji*, Państwo i Prawo 1993, z. 5, s. 53.
- 7 Zalecenie zharmonizowania wieku uprawniającego do korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego na jednolitym poziomie 18 lat zawiera Rekomendacja 1315 Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z 1997 r. – *On the Minimum Age for Voting*. Zob. też np. Kodeks dobrej praktyki wyborczej Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo, tzw. Komisji Weneckiej (51 i 52 sesja, 5–6 lipca i 18–19 października 2002 r.) – Part I, pkt 1.1.
- 8 Kodeks dobrej praktyki wyborczej uznaje za dopuszczalne uzależnienie przyznania biernego prawa wyborczego od ukończenia co najwyżej 25 lat. Tak samo czyni projekt konwencji o standardach wyborów, prawa i wolności wyborczych, przyjęty na konferencji Stowarzyszenia Funkcjonariuszy Wyborczych Centralnej i Wschodniej Europy (ACEEEO) (Moskwa, 26–28 września 2002 r.) – art. 8 ust. 1.

3 Zob. np. Deklaracja w sprawie kryteriów wolnych i uczciwych wyborów Rady Międzyparlamentarnej Unii Międzyparlamentarnej (Paryż, 26 marca 1994 r.); Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka z 1996 r. do art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (§ 15).

4 Tak o typologii ograniczeń czynnego prawa wyborczego A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka: *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, „Electoral Studies” 2001, vol. 20, no. 1, s. 42.

ria, Chile, Czechy, Estonia, Irlandia, Kostaryka, Luksemburg, Łotwa, Meksyk, Namibia, Polska, Rosja, Słowacja, Wielka Brytania, Zimbabwe), choć nierzadko granica wieku bywa też przesuwana do poziomu 25 lat (np. Argentyna, Armenia, Azerbejdżan, Bangladesz, Cypr, Grecja, Gruzja, Indie, Japonia, Litwa, Paragwaj, San Marino, Ukraina, Urugwaj, USA, Włochy). Bywają ponadto przyjmowane inne tego typu progi, np. 20 (Liechtenstein) lub 23 lata (Francja, Rumunia). Najwyższy jest on w Egipcie, Jordanii, Kuwejcie i Turcji, gdzie wynosi 30 lat. Państwa, w których zdecydowano się na zrównanie wieku wymaganego w zakresie czynnego i biernego prawa, stanowią wyraźną mniejszość. Należą do nich: Albania, Andora, Botswana, Chorwacja, Dania, Finlandia, Hiszpania, Holandia, Islandia, Kanada, Macedonia, Malta, Mołdawia, Niemcy, Norwegia, Portugalia, Republika Południowej Afryki, Słowenia, Szwajcaria, Szwecja, Węgry (18 lat), Austria (19 lat). Oznacza to, że kryterium wieku nie różnicuje w tych państwach kręgu wyborców oraz osób mogących rywalizować o mandaty reprezentantów.

Wśród standardów wolnych wyborów nie ma żadnej wytycznej odnoszącej się do minimalnego wieku kandydatów w wyborach do izb drugich i wyborach prezydenckich. W wypadku pierwszego rodzaju wyborów rozpiętość przyjmowanych rozwiązań jest bardzo duża i stanowi przede wszystkim reminiscencję zróżnicowanych koncepcji ustrojowych izb drugich. Tylko w nielicznych państwach, w których działają parlamenty dwuizbowe, ustanowiony jest identyczny cenzus wieku w zakresie zdolności do kandydowania do obu izb (np. Australia, Belgia, Białoruś, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Namibia, Pakistan, Słowenia, Szwajcaria). W większości państw jest on wyższy – często znacznie – w odniesieniu do członków izby drugiej aniżeli osób wchodzących w skład izby pierwszej, np. w Argentynie, Indiach, Japonii, Meksyku, Urugwaju wynosi 30 lat, we Francji, Kolumbii, Paragwaju, Rumunii – 35 lat, w Chile, Czechach, Włoszech – 40 lat, a w Mongolii i Singapurze – 45 lat. Tak wygórowane lub niekiedy nawet jeszcze dalej idące ograniczenia obowiązują w wypadku wyborów prezydenckich (m.in. w Austrii, Białorusi, Francji, Irlandii, Islandii, Polsce, Portugalii, Rumunii, USA oraz na Ukrainie – 35 lat, a w Słowacji, Zimbabwie i na Litwie – 40 lat).

Godzi się zauważyć, że przy wymienianiu standardów wolnych wyborów pomijana jest kwestia górnej granicy wieku uprawniającego do kandydowania. Jak się wydaje, nie ma nawet takiej potrzeby, a to choćby ze względu na sporadyczność regulacji prawnej takiego limitu. Aktualnie jest on przewidziany w Gwinei Równikowej, Iranie oraz Ugandzie (75 lat).

Drugie z wymienionych wcześniej ograniczeń praw wyborczych – odmawianie ich osobom z niedorozwojem umysłowym lub chorym psychicznie – jest zrozumiałe i ze względu na swoją oczywistość nie wymaga uzasadnienia<sup>9</sup>. Spełniony musi być jednak warunek: decyzje w tej sprawie powinny mieć zawsze indywidualny charakter i zapadać w drodze orzeczenia sądowego<sup>10</sup>.

Do standardów wyborczych należy także powszechne uzależnienie możliwości korzystania z praw wyborczych w wyborach parlamentarnych od posiadania obywatelstwa danego państwa. Trafne jest spostrzeżenie, że wymóg ten „nie może być traktowany jako cenzus ograniczający zasadę powszechności, gdyż prawa wyborcze są w ścisłym tego słowa znaczeniu prawami politycznymi; słuszne jest zatem zarezerwowanie ich dla osób związanych z danym państwem w sposób trwały więzami obywatelstwa”<sup>11</sup>. Dodajmy ponadto: nie stanowi on też zagrożenia dla realizacji zasady wolnych wyborów. Jego celem jest dążność do zapewnienia pełnej integracji, poczucia wspólnoty oraz wzajemnej więzi społeczeństwa i osób ubiegających się o mandaty. Za wprowadzeniem takiego ograniczenia przemawia również rozumienie pojęcia narodu – jako zbiorowego podmiotu władzy suwerennej w państwie, utożsamianego z ogółem jego obywateli.

Rezygnacja z cenzusu obywatelstwa w przypadku biernego prawa wyborczego jest niezmiernie rzadka i jeżeli już do niej dochodzi, to zwykle korzystanie z tego prawa obwarowane jest cenzusem domicylu (w Nowej Zelandii mogą to być osoby, które 22 sierpnia 1975 r. były za-

9 Tego typu ograniczeń nie stwierdza prawo wyborcze Irlandii, Kanady, Szwecji i Włoch.

10 Nie wydaje się właściwe uznanie za wystarczającą do wyłączenia z udziału w wyborach okoliczność bycia pacjentem szpitala psychiatrycznego, tak jak jest to w niektórych państwach.

11 J. Buczkowski: *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 55.



rejestrowane jako wyborcy)<sup>12</sup>. Oryginalnością odznacza się rozwiązanie przyjmowane w państwach będących byłymi koloniami brytyjskimi, w których prawa wyborcze przyznane są nie tylko ich obywatelom, ale również mieszkającym na ich terytoriach (przez określony czas) obywatelom innych państw *Commonwealthu* (Wspólnoty Narodów). Przykłady takich państw: Barbados, Belize, Gujana, Jamajka, Saint Lucia, Saint Vincent i Grenadyny, Trynidad i Tobago<sup>13</sup>. W samej Wielkiej Brytanii mogą natomiast kandydować do Izby Gmin również obywatele *Commonwealthu*, jak i Irlandii. Dodać w tym miejscu warto, że federalna ustawa wyborcza w Republice Federalnej Niemiec, regulując zakres czynnego i biernego prawa wyborczego, w ogóle nie używa pojęcia „obywatel” lub „obywatelstwo”; prawa te przysługują „Niemcowi w rozumieniu artykułu 116 Ustawy Zasadniczej”.

Sporadycznie spotykanym uzupełnieniem wymogu posiadania obywatelstwa jest warunek urodzenia się w danym państwie; warunek taki znany jest prawu boliwijskiemu i kolumbijskiemu, z tym że w przypadku pierwszego z nich odnosi się do wyborów do obu izb parlamentu, natomiast drugiego – wyłącznie do wyborów do izby drugiej<sup>14</sup>.

Przy tej okazji dodajmy na marginesie, że Traktat z Maastricht rozciągnął czynne i bierne prawo wyborcze w wyborach lokalnych na obywateli Unii Europejskiej; traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy uczynił to samo, uznając prawo głosowania i kandydowania tej kategorii obywateli „w Państwie Członkowskim, w którym mają miejsce zamieszkania, na takich samych warunkach jak obywatele tego Państwa” (art. 1–10 ust. 2)

Warto też wspomnieć o państwach, w których ustanowiony jest minimalny okres posiadania obywatelstwa, niezbędny do korzystania

12 Rzadko przyjmowanym rozwiązaniem jest nieprzyznanie tego prawa jednostkom posiadającym jednocześnie obywatelstwo innego jeszcze państwa (np. Bangladesz, Białoruś, Chile, Litwa).

13 W przeszłości należała do tej grupy państw m.in. Australia. W Kanadzie również odstąpiono od tej zasady w stosunku do Izby Gmin, nadal jednak obowiązuje przepis Aktu Konstytucyjnego z 1867 r., stanowiący, iż senator „ma być albo urodzonym poddanym Korony Brytyjskiej, albo poddanym Korony Brytyjskiej naturalizowanym ustawą Parlamentu Wielkiej Brytanii lub Parlamentu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii lub legislatury jednej z prowincji Dolnej Kanady, Górnej Kanady, Kanady, Nowej Szkocji i Nowego Brunswiku przed utworzeniem Unii” (art. 23).

14 W USA dotyczy on kandydatów na urząd prezydenta.

z biernego prawa wyborczego. W USA – jak wiadomo – w skład Izby Reprezentantów mogą wejść jedynie osoby, które są obywatelami USA od 7 lat, senatorami mogą zostać tylko ci, którzy obywatelstwo to posiadają przynajmniej 9 lat, zaś wobec prezydenta jest przyjęty cenzus 14-letni. Przypadek USA nie jest odosobniony. Od momentu naturalizacji do otrzymania prawa kandydowania, np. w Armenii, musi przejść 5 lat, we Francji, Dominikanie i Kostaryce – 10 lat, w Argentynie w przypadku wyborów do izby pierwszej (Izby Deputowanych) – 4 lata, a izby drugiej (Senatu) – 6 lat, zaś w Urugwaju odpowiednio 5 i 7 lat; w Panamie żąda się 15-letniego pobytu po przyznaniu obywatelstwa.

Osobliwym przypadkiem odejścia od sztywnych ram cenzusu obywatelstwa były rozwiązania przyjmowane od lat pięćdziesiątych aż po lata dziewięćdziesiąte ubiegłego wieku w szeregu polskich ustaw wyborczych (odnoszących się zarówno do wyborów parlamentarnych, lokalnych, a nawet prezydenckich), które nadawały prawa wyborcze bezpaństwowcom<sup>15</sup>. Część z nich umożliwiała apatrydom korzystanie nawet z biernego prawa wyborczego. W następstwie przeprowadzonej w 1960 r. nowelizacji ordynacji wyborczej do Sejmu PRL z 24 października 1956 r., prawo to przysługiwało m.in. osobom, których obywatelstwo polskie nie zostało stwierdzone, jeśli stale zamieszkiwały w Polsce i nie były obywatelami innego państwa. Ordynacja wyborcza do Sejmu PRL i rad narodowych z 17 stycznia 1976 r. zawęziła zastosowanie tej reguły do bezpaństwowców przebywających stale w Polsce przez co najmniej 5 lat. Z kolei ordynacja wyborcza do rad gmin z 8 marca 1990 r., również akceptująca uprawnienia wyborcze bezpaństwowców, ograniczyła ich krąg do osób zamieszkujących w Polsce co najmniej od dwóch lat. Kwestia przyznana apatrydom praw wyborczych była zawsze przedmiotem gorących sporów, również w latach dziewięćdziesiątych w toku prac nad kolejnymi ustawami wyborczymi<sup>16</sup>. Obecnie w Polsce cenzus obywatelstwa jest uznany i rygor-

15 Przeglądu tych rozwiązań dokonuje J. Buczkowski: *op. cit.*, s. 56 i n. Celna jest uwaga Z. Jarosza (Z. Jarosz, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 303), że przykłady tego rodzaju rozstrzygnięć można znaleźć tylko w niektórych konstytucjach uchwalanych w okresach rewolucyjnych (np. konstytucja jakobińska z 1793 r. i konstytucja Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej z 1918 r.).

16 Zob. J. Buczkowski, *op. cit.* s. 57 i n.

stycznie przestrzeganiem prawnym elementem zasady powszechności i wolności wyborów<sup>17</sup>.

Wspomniana wyżej zasada domicylu, której istotą jest przyznanie praw wyborczych jednostkom przebywającym przez określony czas w okręgu wyborczym lub na terytorium państwa, jest regułą stosowaną nadal w wielu państwach w wyborach parlamentarnych<sup>18</sup>. Dzieje się tak pomimo sprzeczności tej zasady z międzynarodowymi standardami wyborów demokratycznych, które uznają za dopuszczalne jej uwzględnianie wyłącznie w wyborach lokalnych i regionalnych, i to w ograniczonym zakresie – może ona obejmować jedynie kilkumiesięczny okres zamieszkania, zaś dłuższy tylko ze względu na konieczność ochrony interesów mniejszości narodowościowych<sup>19</sup>. Trudno jest jednak nie zauważać wyraźnie zarysowującej się tendencji do odstępowania od wymogu domicylu w wyborach ogólnokrajowych bądź – przynajmniej – jego ograniczania do krótszych okresów.

Ustalone w poszczególnych państwach wymagane okresy zamieszkania (pobytu) w państwie są bardzo zróżnicowane; np. w Albanii – 6 miesięcy, w Nowej Zelandii, na Bahama i Dominice – 1 rok, w Armenii, Zimbabwie i na Ukrainie – 5 lat, na Barbadosie – 7 lat, a w Kostaryce i Norwegii – aż 10 lat; często formułowany jest po prostu tylko wymóg „zamieszkiwania” lub „stałego zamieszkiwania” (pobytu)

17 Wyjątkiem są wybory do rad gmin, uczestniczyć w nich bowiem mogą – w wyniku nowelizacji z 20 kwietnia 2004 r. ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw z 16 lipca 1998 r. – obywatele Unii Europejskiej niebędący obywatelami polskimi, którzy najpóźniej w dniu głosowania ukończyli 18 lat i stale zamieszkują na obszarze danej gminy, a oprócz tego zostali wpisani do prowadzonego w tej gminie stałego rejestru wyborców najpóźniej na 12 miesięcy przed dniem wyborów, chyba że są pozbawieni prawa wybierania w państwie członkowskim Unii Europejskiej, którego są obywatelami. Co się zaś dotyczy prawa wybieralności w wyborach do rad gmin, to obowiązują te same wymagania i – dodatkowo – warunek posiadania biernego prawa wyborczego w państwie, którego dana osoba jest obywatelem.

18 Spośród 63 poddanych przed kilku laty badaniom państw demokratycznych wymóg zamieszkiwania przez wyborców okręgu wyborczego ustanowiony był w 18 państwach (średni okres – 3 miesiące), zaś w danym państwie w 18 (średni okres – 12 miesięcy). Zob. A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka: *op. cit.*, s. 54–56.

19 Zob. *International Standards and Commitments on the Right to Democratic Elections: A Practical Guide To Democratic Elections Best Practice*, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warszawa 2002, s. 31. Kodeks dobrej praktyki wyborczej oraz projekt konwencji o standardach wyborów, praw i wolności dopuszczają możliwość ustanawiania okresów nieprzekraczających 6 miesięcy.

bez precyzowania jego długości – np. Belgia, Białoruś, Dania, Gruzja, Litwa, Rumunia, Słowacja, USA<sup>20</sup>. O wiele rzadziej – sporadycznie – podstawę tego typu zasady stanowi zamieszkiwanie w okręgu wyborczym, w którym się kandyduje (np. w Brazylii, Dominikanie<sup>21</sup>, Indiach w wyborach do izby drugiej – Rady Stanów, Panamie<sup>22</sup>, natomiast w wyborach do Kongresu Stanów Zjednoczonych – w stanie, w którym następuje wybór, a w Nikaragui we właściwym departamencie lub autonomicznym regionie).

W Polsce aktualnie cenzus domicylu jest przewidziany tylko w odniesieniu do wyborów do organów uchwałodawczych samorządu terytorialnego; jest nim generalny wymóg stałego zamieszkiwania na obszarze działania danej rady. Nie stosuje się natomiast obecnie tego cenzusu wobec kandydatów w wyborach parlamentarnych i prezydenckich, ustanowionego w nie tak dawnej przeszłości pod wpływem doświadczeń wiążących się z przebiegiem wyborów prezydenckich w 1990 r. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o zmianie Konstytucji RP wprowadziła – jako warunek ubiegania się o mandat posła i senatora – cenzus stałego zamieszkiwania w Polsce przez co najmniej 5 lat. Oznaczało to jednocześnie konieczność jego zastosowania również w wyborach prezydenckich, gdyż w myśl wprowadzonego wcześniej do Konstytucji postanowienia Prezydentem mógł być obywatel polski, który ukończył 35 lat i korzystał w pełni praw wyborczych do Sejmu. Sytuacja uległa diametralnej zmianie wskutek pominięcia w Małej Konstytucji z 19 października 1992 r. nie tylko wymogu przestrzegania w tych wyborach cenzusu domicylu, ale również warunku „korzystania z pełni praw wyborczych do Sejmu”, zamiast którego wprowadzono ogólną przesłankę legitymizowania się „korzystaniem z pełni praw wyborczych” (art. 29 ust. 5). Oznaczało to pozbawienie podstawy odwoływania się do przepisów określających warunki spełnienia tej przesłanki w wyborach parlamentarnych (art. 96 Małej Konstytucji, a także postanowień ordynacji wyborczej do Sejmu RP z 28 czerwca 1991 r. i – później – ordynacji

20 W Szwecji prawo głosowania w wyborach do Riksdagu przysługuje „obywatelowi szwedzkiemu, który kiedykolwiek zamieszkiwał na terenie Królestwa” (rozdz. 3 § 2 Aktu o formie rządu z 26 listopada 1974 r.).

21 Minimum 5 lat zamieszkiwania w okręgu wyborczym.

22 Minimum rok zamieszkiwania w okręgu wyborczym.

wyborczej do Sejmu RP z 28 maja 1993 r.), które nadal stwierdzały istnienie cenzusu 5-letniego domicylu<sup>23</sup>.

Przedmiotem znacznej różnicy zdań jest wykluczanie od udziału w wyborach osób odbywających w czasie ich trwania karę pozbawienia wolności i – ewentualnie dodatkowo – osób, które odbyły już wcześniej karę za popełnione przestępstwo. Najczęściej przytaczanym argumentem przeciwko takiemu ograniczaniu powszechności praw wyborczych jest twierdzenie, że współcześnie głównym celem orzekanych przez sądy kar jest resocjalizacja przestępców, a nieprzyznanie więźniom wspomnianych praw nie sprzyja realizacji tego celu, gdyż utrudnia ich społeczną reintegrację<sup>24</sup>. Oponenti z kolei wskazują na praktyczne trudności wiążące się z uczestnictwem w wyborach omawianej tu kategorii osób. Przede wszystkim jednak powołują się na istnienie „umowy społecznej”, obligującej wszystkich członków wspólnoty państwowej do przestrzegania porządku prawnego. Jeżeli ktoś go narusza, staje się niegodnym, by uczestniczyć w życiu społecznym, w zachodzących w nim demokratycznych procesach politycznych. Jak pisze Z. Planinc, wspomniana „jednomyślna umowa wprost odpowiada na pytanie dotyczące demokratycznych praw wyborczych: tylko obywatel ma prawo głosowania, i nie powinno być uzasadnione uznawanie przestępców za obywateli”<sup>25</sup>. W moim przekonaniu drugie stanowisko, zwłaszcza w odniesieniu do prawa wybieralności, zdaje się być przekonujące, chociaż wydaje się być nieco przesadzone wówczas, gdy głosząc je, odmawia się w ogóle obywatelstwa osadzonym w zakładach karnych. Podkreślić jednak należy, że w dokumentach stanowiących próbę kodyfikacji demokratycznych standardów wyborczych nie znajdziemy opowiedzenia się za którymś z prezentowanych wyżej poglądów; zezwalają one na wyłączenie z udziału w wyborach – zarówno w zakresie czynnego, jak i biernego prawa wyborczego – osób, wobec których uprawomocnił się

23 Takie stanowisko zajął również Trybunał Konstytucyjny w dokonanej w dniu 26 czerwca 1995 r. powszechnie obowiązującej wykładni prawa (Dz.U. Nr 78, poz. 398). Szerzej zob. np. D. Górecki, *Ewolucja przepisów dotyczących trybu wyboru prezydenta w polskim prawie konstytucyjnym*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 2, s. 18–19.

24 Zob. np. B. Rottinghaus, C. Manatt, K. Manatt: *Incarceration and Enfranchisement: International Practices, Impact and Recommendations for Reform*, Waszyngton 2003, s. 5.

25 Z. Planinc: *Should Imprisoned Criminals Have a Constitutional Right to Vote?*, „Canadian Journal of Law and Society” 1987, vol. 2, no. 2, s. 154.

wyrok sądu w następstwie popełnienia przestępstwa kryminalnego, ale też tego nie nakazują<sup>26</sup>. Takie postawienie sprawy koreluje z wielością zapatrywań ustawodawców na zagadnienie, o którym tu mowa.

Zapatrywania te znajdują odbicie w czterech rodzajach rozwiązań:

- 1) przyznaniu skazanym praw wyborczych bez jakichkolwiek ograniczeń,
- 2) przyznaniu ich z pewnymi – mniej lub dalej idącymi – ograniczeniami,
- 3) całkowitym wykluczeniu z wyborów,
- 4) całkowitym wykluczeniu nie tylko w okresie odbywania kary, ale również w pewnym okresie po jej ukończeniu<sup>27</sup>.

Do grupy państw, w których ustawodawstwo wyborcze nie przewiduje żadnych ograniczeń należą: Chorwacja, Francja, Finlandia, Litwa, Norwegia, Portugalia, Szwecja. Druga grupa państw nie jest jednolita pod względem uregulowań prawnych. Przeważnie nie są wprowadzane w nich restrykcje wyborcze wobec jednostek, w stosunku do których orzeczono określoną krótkoterminową karę pozbawienia wolności (np. na Malcie poniżej 1 miesiąca, w Botswanie, Irlandii i Zimbabwie poniżej 6 miesięcy, w Australii, Holandii i Wielkiej Brytanii poniżej 1 roku<sup>28</sup>) lub restrykcje te są rozciągane na osoby, które popełniły ciężkie przestępstwa, zbrodnie (np. Grecja, Japonia, Włochy)<sup>29</sup>. Są też takie kraje, w których biernego prawa nie posiadają osoby skazane za określony typ przestępstwa (np. w Izraelu za przestępstwo przeciwko państwu na karę co najmniej 5 lat pozbawienia wolności<sup>30</sup>). Do tej grupy państw zalicza się również Polska, ze swoim unikalnym – przy-

26 Tak np. art. 8 ust. 1.6 projektu konwencji o standardach wyborów, praw i wolności wyborczych.

27 Taką klasyfikację państw w odniesieniu do korzystania z prawa głosowania przyjęli B. Rottinghaus, C. Manatt i K. Manatt, *op. cit.*, s. 20 i n. Najczęściej przyjmowanym rozwiązaniem zdaje się być wymienione jako trzecie, na co wskazywać mogą wyniki badań, przedmiotem których jest analiza porównawcza przesłanek ograniczania czynnego prawa wyborczego – zob. także oraz A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka, *op. cit.*, s. 58.

28 W Lesotho prawa wyborcze są odebrane jedynie skazanym na karę dożywotniego więzienia lub karę śmierci.

29 W tym kierunku idzie dotyczące tej sprawy postanowienie kodeksu dobrej praktyki wyborczej, w którym mówi się o „poważnym przestępstwie” (Part I pkt 1.1.d.IV).

30 W Danii nie może sprawować mandatu osoba „ukarana za popełnienie występku, który w opinii publicznej czyni ją niegodną bycia członkiem Folketingu. Uchwała w tej spr-

znać trzeba „łagodnym” – rozwiązaniem polegającym na pozbawieniu zdolności głosowania i kandydowania wyłącznie tych jednostek, wobec których wraz z orzeczeniem kary pozbawienia wolności orzeczono – jako dodatkowy środek karny – pozbawienie praw publicznych. Więźniowie całkowicie nie posiadają biernego prawa wyborczego (a zwykle też i czynnego), m.in. w Argentynie, Bułgarii, Chile, Estonii, Korei Południowej, Meksyku, Peru, Rosji, Rumunii, Słowacji, Urugwaju, jak również na Węgrzech. Jako przykłady państw, w których zdecydowano się na przyjęcie czwartego typu rozwiązań, wymienimy Belgię i Filipiny, gdzie po odbyciu wyroku obowiązuje 5-letni okres „karencji”, Finlandię – 7-letni czy Chile – 10-letni<sup>31</sup>.

Wskazane, przewidziane prawem, trzy pierwsze formy dyskwalifikacji z procesu wyborczego nie kolidują ze standardami wyborów demokratycznych. Kwestią dyskusyjną jest jedynie zasadność przedłużania okresu trwania takiej dyskwalifikacji o pewien czas po odbyciu wyroku. Z pewnością zachodzi natomiast rozbieżność ze wspomnianymi standardami, gdy są eliminowane osoby aresztowane, a więc jeszcze nieosądzone, wobec których nie zapadł wyrok sądowy (np. Bangladesz, Białoruś, Chile, Meksyk). Tego rodzaju restrykcja jest nie do pogodzenia z elementarnymi zasadami państwa prawa i czyni realną groźbę niedopuszczenia do udziału w wyborach jednostek politycznie „niewygodnych”.

Zastrzeżeń takich nie wzbudza odebranie praw wyborczych w wyniku orzeczenia sądowego podjętego wskutek dokonanego przestępstwa przeciwko wyborom (np. Francja, Japonia, Kanada, Korea Południowa, Łotwa, Paragwaj, Republika Południowej Afryki, Wielka Brytania) oraz gdy taka kara jest stosowana w następstwie wdrożenia procedury

wie podejmowana jest przez Folketing dopiero po wyborach, po obliczeniu wyników głosowania.

31 W USA zakres podmiotowy wyłączeń z powodu popełnienia przestępstwa nie jest jednakowy we wszystkich stanach; w części stanów obejmuje nawet osoby nieprzebywające w zakładach karnych. W 14 stanach z praw wyborczych nie mogą korzystać tylko osadzeni w więzieniach, w 4 – więźniowie i warunkowo zwolnieni, w 16 – więźniowie warunkowo zwolnieni i znajdujący pod kuratelą sądową, w 14 wszyscy wymienieni ostatnio oraz niektórzy lub wszyscy, którzy byli wcześniej karani.; w 2 stanach (Maine i Vermont) nie ma żadnych wyłączeń. Zob. J. Manza, C. Uggen: *Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States*, Perspectives on Politics 2004, vol. 2, no. 3, s. 494.

odpowiedzialności konstytucyjnej, jak to ma miejsce choćby w Polsce (jedną z kar, które może wymierzyć Trybunał Stanu, jest utrata czynnego i biernego prawa wyborczego na okres od 2 do 10 lat).

Poza opisanymi wyżej ograniczeniami biernego prawa wyborczego przyjmowane są jeszcze inne, nie zawsze zgodne ze standardami wyborów wolnych. W szczególności należy postawić pytanie o relację pomiędzy tymi standardami a pozbawieniem w niektórych państwach możliwości ubiegania się o mandaty pewnych kategorii osób ze względu na sprawowane przez nie określone funkcje lub stanowiska państwowe, czego najczęstszym celem jest realizacja idei podziału władzy i powiązanej z nią zasady *incompatibilitas*<sup>32</sup>, czy też stworzenie gwarancji należytego, niezależnego wypełniania przez mandatariuszy zadań reprezentantów narodu, nieuwikłanych w stosunki zależności od pozaparlamentarnych ośrodków władztwa państwowego, a z drugiej strony – zapewnienie apolityczności pewnej grupie funkcjonariuszy państwowych. Jako argument podnosi się oprócz tego możliwość wykorzystywania sprawowanych stanowisk lub funkcji do wywierania presji na wyborców, co ograniczałoby ich wolność. Zakres ustanawianych wyłączeń nie jest jednolity, co jest uwarunkowane różnymi spojrzeniami na sens i istotę podziału władzy, różnymi systemami rządów, ogólnym stopniem wdrażania demokratycznych standardów sprawowania władzy państwowej, tradycjami historycznymi. Niektóre z ograniczeń są specyficzne tylko dla jednego czy kilku państw, są też takie, które ustanowione zostały z myślą o osiągnięciu innych celów aniżeli uprzednio wymienione. Zwykle jednak odnoszą się one do osób sprawujących najwyższe – przewidziane w konstytucji – urzędy państwowe oraz wybieralne stanowiska na szczeblu lokalnym lub regionalnym, sędziów, członków sił zbrojnych i policji, służby cywilnej lub innych instytucji ponoszących odpowiedzialność publiczną<sup>33</sup>.

32 Jak to celnie ujął polski Trybunał Konstytucyjny, zasadę tę stosuje się, „jeżeli jest to konieczne ze względu na ochronę wiarygodności sprawowanej funkcji lub poprawność jej spełniania, /.../ w takim zakresie, w jakim konstytucja uznaje, że spełnianie określonej funkcji państwowej wymaga unikania możliwości powstania konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje czy działania podejmowane przez tę samą osobę popadną ze sobą w kolizję”. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lutego 1996 r., sygn. akt W.11/95. OTK ZU 1996, nr 1, poz. 5, s. 63.

33 W części państw należących do Unii Europejskiej jest wprowadzony zakaz symultanicznego członkostwa parlamentu narodowego i Parlamentu Europejskiego – np. w Austrii,

Zastrzec od razu musimy, że ustanowienie zasady *incompatibilitas* wcale nie musi oznaczać automatycznego pozbawienia jednostek nią objętych biernego prawa wyborczego. Możliwe jest bowiem dopuszczenie ich do rywalizacji wyborczej, a dopiero później – w razie otrzymania mandatu – pod rygorem jego wygaśnięcia złożenie rezygnacji z zajmowanego w dniu wyborów stanowiska lub pełnionej funkcji. Taka właśnie konstrukcja prawna jest dominująca. Występuje ona aktualnie m.in. w polskim prawie wyborczym: wygaśnięcie mandatu posła (senatora) następuje, jeżeli niełoży on Marszałkowi Sejmu (senator – Marszałkowi Senatu), w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia przez Państwową Komisję Wyborczą wyników wyborów, oświadczenia o rezygnacji ze stanowiska lub funkcji niedających się pogodzić z mandatem. Nie mamy tu do czynienia z utratą prawa wybieralności i to niezależnie od tego, czy konstytucja mówi – odniesieniu do pewnej kategorii osób – o zakazie łączenia mandatu poselskiego (senatorskiego), a w stosunku do innej – o zakazie sprawowania tego mandatu<sup>34</sup>. W świetle Kon-

Belgii, Grecji (nie dotyczy on po dwóch przedstawicieli każdej z reprezentowanych partii), Hiszpanii, i Portugalii; w Finlandii deputowani do parlamentu tego kraju zawieszają wykonywanie mandatu na okres członkostwa Parlamentu Europejskiego, zaś w Irlandii przewodniczący obu izb parlamentu narodowego są wykluczani ze składu Parlamentu Europejskiego. Zob. *National Provisions Concerning Ineligibility and Incompatibility with Regard to the European Parliament, Working Document*, European Parliament, Directorate General for Research, ECPRD Secretariat, Luxembourg 1997, s. 4–5. Nadmienimy jeszcze, że Rezolucja 1154 (1998) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy – *Democratic Functioning of National Parliaments* – zaleca redukowanie do minimum symultanicznego sprawowania funkcji pochodzących z wyboru.

34 W myśl art. 103 ust. 1 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. mandatu posła (a tym samym i senatora, co wynika z art. 108) nie można łączyć z funkcją Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka i ich zastępców, członka Rady Polityki Pieniężnej, członka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, ambasadora oraz z zatrudnieniem w Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta RP lub z zatrudnieniem w administracji rządowej. Art. 103 ust. 2 głosi zakaz sprawowania mandatu przez osoby należące do określonego korpusu zawodowego: sędziów, prokuratorów, urzędników służby cywilnej, żołnierzy pozostających w czynnej służbie wojskowej, funkcjonariuszy policji oraz funkcjonariuszy służb ochrony państwa. Konstytucja postanawia oprócz tego, że inne przypadki zakazu łączenia mandatu parlamentarnego z funkcjami publicznymi oraz zakazu jego sprawowania może określić ustawa (art. 103 ust. 3). Zdaniem P. Sarneckiego (*Opinia w sprawie niepołączalności mandatu posła albo senatora z zatrudnieniem w administracji rządowej*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 6, s. 85) i D. Lis-Staranowicz: (*Niepołączalność (incompatibilitas) mandatu parlamentarnego w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 31) sformułowanie „nie mogą sprawować mandatu poselskiego”: użyte w art. 103 ust. 2 Konstytucji, oznacza, że osoby, których dotyczy, w ogóle nie po-

stytucji RP, bezwzględna niewyberalność dotyczy jedynie Prezydenta RP, który – jak stanowi art. 132 – „nie może piastować żadnego innego urzędu ani żadnej funkcji publicznej, z wyjątkiem tych, które są związane ze sprawowanym urzędem”. Nadmienimy jeszcze, że z art. 100 ust. 2, stwierdzającego: „nie można kandydować równocześnie do Sejmu i Senatu”, wynika zakaz jednoczesnego piastowania mandatów w obu izbach. Przepis ten nie zabrania jednak posłowi ubiegania się o mandat senatora w wyborach uzupełniających, pod warunkiem zrzeczenia się mandatu poselskiego, gdyby nastąpił wybór na senatora<sup>35</sup>.

Z całą oczywistością przedstawiony sposób rozwiązania problemu, nieuszczuplający zakresu stosowania biernego prawa wyborczego, całkowicie przystaje do standardów wyborów wolnych. W moim przekonaniu, oddala się od nich nieco (choć też nie można powiedzieć, że popada z nimi w sprzeczność) obowiązująca w niektórych państwach reguła całkowicie wyłączająca możliwość korzystania z prawa wybieralności ze względu na zajmowane stanowisko, sprawowany urząd czy funkcję, chyba że dotyczy wykluczenia pewnych kategorii osób ze względu na zagrożenie z ich strony czystości, uczciwości przebiegu procesu wyborczego. Podajmy kilka przykładów. Szeroki katalog osób niemających prawa wybieralności jest ustanowiony w Hiszpanii – tworzą go m.in. członkowie rodziny królewskiej, Trybunału Konstytucyjnego, Prezes Izby Obrachunkowej, Przewodniczący Rady Państwa, wysocy funkcjonariusze administracji państwa (z wyłączeniem członków rządu – poza ministrem sprawiedliwości), Obrońca Ludu, szefowie akredytowanych misji Hiszpanii w obcych państwach lub organizacjach międzynarodowych, czynni sędziowie i prokuratorzy, zawodowi

siadają biernego prawa wyborczego, czyli ich kandydowanie jest całkowicie wykluczone. Moim zdaniem, trafny wydaje się być pogląd odmienny: sformułowania tego nie wolno odnosić do prawa wybieralności, gdyż wszelkie jego ograniczenia muszą *expressis verbis* wynikać z konstytucji, a zatem pozbawienie w oparciu o nie biernego prawa wyborczego przez ustawę jest niedopuszczalne – tak L. Garlicki: *Komentarz do art. 103 Konstytucji RP*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 8; K. Grajewski: *Zagadnienia ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 52–53.

35 Tak J. Repel: *Uwaga do art. 102*, (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 179; B. Banaszak: *Zasada niepołączalności mandatu parlamentarnego w prawie polskim*, Przegląd Sejmowy 2003, nr 2, s. 14.

wojskowi, czynni członkowie sił i korpusów bezpieczeństwa i policji, członkowie komisji wyborczych, dyrektor generalny Radia i Telewizji Hiszpańskiej, jak i w ogóle dyrektorzy stacji publicznych radia i telewizji. W Portugalii są to następujące osoby: Prezydent Republiki, cywilni gubernatorzy i wicegubernatorzy, sędziowie, prokuratorzy, personel wojskowy i członkowie sił zbrojnych, dyplomaci, członkowie Państwowej Komisji Wyborczej. W Mołdawii: żołnierze, sędziowie, prokuratorzy, pracownicy policji i organów bezpieczeństwa. Z kolei w Izraelu są nimi: prezydent, naczelnicy rabini, sędziowie, sędzia trybunału religijnego, Kontroler Państwowy, Szef Sztabu Generalnego Obronnych Sił Zbrojnych Izraela, rabini oraz duchowni innych wyznań w czasie zajmowania płatnego stanowiska, wyżsi urzędnicy państwowi oraz oficerowie Sił Zbrojnych, posiadający stopnie określone przez ustawę albo pełniące określone w niej funkcje, policjanci i strażnicy więzienni.

Do wolnych wyborów bardziej jest dostosowane inne rozwiązanie omawianego tu problemu, polegające na uzależnieniu możliwości ubiegania się o mandaty parlamentarne pewnej kategorii osób sprawujących określone funkcje publiczne od złożenia dymisji przed zgłoszeniem kandydatury<sup>36</sup>. Przyjęła je m.in. konstytucja Grecji z 1975 r., która – po rewizji z 6 kwietnia 2001 r. – stanowi w art. 56 ust. 1, że spełnienie tego warunku dotyczy „pobierających wynagrodzenie funkcjonariuszy i pracowników publicznych, innych urzędników państwowych, osób służących w siłach zbrojnych i siłach bezpieczeństwa, urzędników samorządów terytorialnych lub innych osób prawnych prawa publicznego, osób stanowiących jednoosobowe, pochodzące z wyboru organy samorządu terytorialnego, prezesów, wiceprezesów lub przewodniczących rad nadzorczych, delegowanych administratorów lub wyposażonych w pełnomocnictwa doradców osób prawnych prawa prywatnego lub państwowych osób prawnych prawa prywatnego lub przedsiębiorstw publicznych lub przedsiębiorstw, których zarząd powoływany jest bezpośrednio lub pośrednio przez państwo na podstawie decyzji administracyjnej lub jako akcjonariusz lub przedsiębiorstw samorządów tery-

torialnych”<sup>37</sup>. Warto dodać, że art. 56 ust. 3 konstytucji w odniesieniu do znacznego kręgu osób ustanawia zakaz kandydowania w jakimkolwiek okręgu wyborczym, w którym osoby te pełniły swoje funkcje, lub w okręgu, w którym rozciągały się ich kompetencje terytorialne w ciągu ostatnich 18 miesięcy czteroletniej kadencji Izby Deputowanych. W takiej sytuacji nie mogą ubiegać się o mandaty deputowanych m.in.: prezesi, wiceprezesi lub przewodniczący rad nadzorczych lub delegowani administratorzy lub wyposażeni w pełnomocnictwa doradcy osób prawnych prawa publicznego, wyżsi oficerowie sił zbrojnych i sił bezpieczeństwa, pobierający wynagrodzenie funkcjonariusze państwa, samorządów, ich przedsiębiorstw oraz wspomnianych wyżej osób prawnych, zajmujący stanowisko kierownicze jednostki szczebla departamentalnego lub inne równorzędne stanowiska określone ustawą, sekretarze generalni ministerstw albo samodzielnych lub regionalnych sekretariatów generalnych oraz wszyscy ci, których ustawa za takich uważa. Całkowitym zakazem kandydowania są objęci funkcjonariusze cywilni i wojskowi, których prawo zobowiązuje do pozostania na służbie przez określony czas. Warto dodać, że podobna regulacja warunków korzystania z biernego prawa wyborczego i systemu kryteriów dyskwalifikacji, przyjęta w wersji pierwotnej konstytucji Grecji z 1975 r., została pozytywnie oceniona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który uznał dopuszczalność ograniczeń sformułowanych w art. 56 ust. 3, gdyż osoby w nim wymienione, dzięki swej pozycji „znajdują się w lepszym położeniu z punktu widzenia wpływu na elektorat”, zaś co się tyczy dyskwalifikacji przewidzianych w art. 56 ust. 1, to służą dwóm celom „istotnym dla właściwego funkcjonowania i podtrzymywania demokratycznych reżimów, a mianowicie zapewnienia, by kandydaci mający różne przekonania polityczne korzystali z równych środków wpływu (ponieważ sprawujące urzędy publiczne mają okazję uzyskać nieuczciwą przewagę nad innymi kandydatami) oraz ochrony elektoratu przed presją takich urzędników, którzy, ze względu na swoją pozycję, są powołani do podejmowania – czasem ważnych – decyzji

37 Tłum. B. Zdaniuk – *Konstytucja Grecji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005. Konstytucja grecka wyklucza powrót do służby żołnierzy, którzy podali się do dymisji. Wprawdzie nie objęła wskazanymi ograniczeniami profesorów szkół wyższych, ale ustanowiła niepołączalność wypełniania obowiązków profesora w czasie kadencji z funkcją deputowanego.

36 Za zgodne z zasadą wolnych takie rozwiązanie uznał Europejski Trybunał Praw Człowieka w związku sprawą *Ahmed and Others v. the United Kingdom*, 2 September 1998, No. Application 22954/93.

oraz korzystają z poważnego autorytetu w oczach zwykłych obywateli, co może wywierać wpływ na wybór kandydata”<sup>38</sup>. Takie stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest przekonujące i ma walor powszechny. Kwestią dyskusyjną jest jednak, czy – dążąc do stworzenia przesłanek wyborów wolnych i uczciwych – konieczne jest przyjmowanie aż tak szerokiego wykazu ograniczeń w zakresie możliwości korzystania z biernego prawa wyborczego, jak to uczyniła konstytucja Grecji.

W przeciwieństwie do scharakteryzowanych dotąd ograniczeń biernego prawa wyborczego, nie są dostosowane do standardów wolnych wyborów, jako dyskryminujące pewne grupy społeczne, stosowane jeszcze gdzieś wyłączenia z powodu braku wykształcenia (np. Turcja, Nigeria – wymóg ukończenia szkoły podstawowej, Chile – szkoły średniej), analfabetyzmu (np. Brazylia, Filipiny), brak umiejętności czytania i pisania w określonym języku (np. Botswana, Dominica, Saint Lucia – język angielski, a w Kenii dodatkowo suahili), zbankrutowania (np. Bangladesz, Francja, Gwatemala, Indie, Irlandia, Republika Południowej Afryki, Wielka Brytania, Zimbabwe), niskiego dochodu (np. Argentyna – roczny dochód nie mniejszy niż 2000 pesos), bycia osobą duchowną (np. Honduras, Meksyk), niepodporządkowania się nakazom określonej religii (np. Iran, Pakistan – islam). Tak samo należy ocenić uwarunkowanie posiadania prawa wybieralności od przynależności do partii (np. Brazylia, Nigeria)<sup>39</sup>. Co najmniej kontrowersyjny jest zakaz kandydowania nałożony na członka parlamentu, który wystąpił ze swojej frakcji parlamentarnej i nie zrzekł się mandatu niezwłocznie po wystąpieniu (Izrael).

38 *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, No. Applications 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95, 27755/95.

39 Mocno akcentuje to Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka do art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (§ 17).

Marta Andruszkiewicz  
Urszula Anna Kosielińska

## Prawodawca w labiryncie definicji legalnej

Przedmiot wstępnych rozważań stanowią definicje legalne, przedstawione na tle wieloznaczności języka prawnego i postulatu dążenia do precyzji (I).

W następnej części zostanie ukazany problem formułowania definicji legalnych według normatywnej regulacji zawartej w *Zasadach Techniki Prawodawczej*, stanowiących zbiór reguł o „wzorcowym” i postulatywnym charakterze (II).

Definiowanie pojęć w praktyce legislacyjnej zostanie przedstawione w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, z uwzględnieniem wymogów jasności, zrozumiałości, precyzji tekstu prawnego jako konsekwencji konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego (III).

Rozważania kończy próba podsumowania powyższych problemów, oceny i sformułowania wniosków *de lege ferenda* (IV).

Jedną z cech swoistych języka prawnego jest odmienność w sferze semantycznej. Tym, co odróżnia język prawny od języka ogólnego jest między innymi sfera specyficznych znaczeń. Odniesienie się do semantyki jest istotne w analizowaniu języka. „Charakterystyka (...) pewnego języka może opierać się jedynie na znaczeniach językowych jego wyrazów”<sup>1</sup>, na analizie jego „wytworów semantycznych”, wyrazów i zwrotów odzwierciedlających znaczenia.

Semantyczną cechą języków jest polisemia. Wieloznaczność i nieodkreśloność semantyczna jest nieodłączną cechą języka, jak zauważał H.L.A. Hart. Pewne wyrazy cechuje wieloznaczność i nieostrość (otwartość), w wyniku czego można wyznaczyć strefy rozumienia, w których istnieje zróżnicowanie zakresów semantycznych. Jest to sy-

1 B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 11.

tuacja, określana przez H.L.A. Harta jako otwartość znaczeń pewnych pojęć. Niedookreśloność semantyczna przejawia się na płaszczyźnie rozumienia nieostrego pojęcia w istnieniu strefy pewności pozytywnej, strefy pewności negatywnej oraz strefy niepewności, tzw. „cienia semantycznego”. Koresponduje to z ujęciem J. Wróblewskiego, który wskazuje, iż „zakres desygnatów szeregu terminów w języku potocznym, prawniczym i prawnym charakteryzuje istnienie niejako trzech stref przedmiotów: pierwszej, w której z reguły twierdzi się, że należą one do desygnatów badanego terminu; drugiej, w której z podobnym stopniem pewności stwierdzi się, że desygnatami nie są oraz trzecia strefa, przejściowa, w której jest wątpliwe, czy są one desygnatami danego terminu, czy też nie są”<sup>2</sup>. Zjawisko to dotyczy wyrazów, które nie posiadają jednoznacznego sposobu rozumienia na płaszczyźnie danego języka, odnoszą się do sfer trudno definiowalnych poprzez ich np. ocenny charakter.

Wskazuje się na dwa rodzaje wieloznaczności. Z pierwszym mamy do czynienia, gdy na podstawie optymalnej kompetencji językowej danemu zwrotowi można przypisać więcej niż jedno znaczenie i są one alternatywne. Z kolei drugi rodzaj polega na nieostrości znaczeń zwrotów, które posiadają jedno znaczenie, lecz jest ono nieprecyzyjne<sup>3</sup>.

Cechą języków jest to, że dany zwrot może oznaczać różne desygnaty i może być różnie rozumiany w różnych językach. W innych przypadkach istnieć mogą zwroty o znaczeniu określonym tylko do sfery danego języka, do którego należą. Jak uważa B. Wróblewski, „najbardziej sprawnie funkcjonujące myślenie nie da sobie rady z językiem zastanym, wyróżniającym się przez wieloznaczność wyrazów, przez niewyraźność i chwiejność znaczenia nazw, chyba że skonstruuje własny język z materiałów tamtego lub stworzy nowy”<sup>4</sup>. Nie jest jednak łatwe sprostanie zadaniom, które stawia się przed wyspecjalizowanym ję-

2 J. Wróblewski, *Zagadnienie jednolitości i pewności rozumienia tekstów prawnych*, PiP 1966, nr 3, s. 550.

3 T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, ZN UJ *Prace z nauk politycznych* 1986, z. 26, s. 106 i n., T. Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, s. 43 i n.

4 B. Wróblewski, *op. cit.*, s. 27.

zykiem, powstałym na bazie nacechowanego braku precyzji języka ogólnego.

W języku ogólnym funkcjonuje wiele wyrazów o różnym stopniu wieloznaczności, co nie we wszystkich sytuacjach użycia jest cechą utrudniającą komunikację<sup>5</sup>. Są jednak sfery użycia języka, w których – ze względu na ich cele i postulaty – wieloznaczność powinna być eliminowana. Na poziomie wyodrębniania się odmian języków wyspecjalizowanych i sztucznych ujawnia się problem precyzji znaczeń, zarezerwowanych dla określonej dziedziny działalności. W ten sposób powstaje zasób terminologiczny hermetycznych znaczeniowo wyrazów, charakterystyczny dla poszczególnych języków stanowiących sposoby wypowiedzi określonych sfer działalności społecznej czy dyscyplin, do których zalicza się język prawny.

Wieloznaczność nie jest tu zjawiskiem pożądanym. Jednym z postulatów tego języka jest precyzja i dążenie do jednoznaczności. Ideałem byłoby zatem takie dostosowanie nazw do desygnatów, które polegałoby na relacji: jeden desygnat – jeden wyraz. Poza powyższymi argumentami przypomnieć należy, iż – jak wskazują badacze – zrealizowanie postulatu: „jeden wyraz – jedno znaczenie” we wszystkich odmianach języka byłoby niemożliwe, chociażby ze względu na fakt ograniczonej pojemności ludzkiej pamięci<sup>6</sup>.

Na skutek takiego dążenia powstaje odmiennosc języka prawnego, polegająca na wprowadzaniu do zasobu leksykalnego nowych wyrazów, które nie mają swoich odpowiedników w języku naturalnym. Podobnie – wprowadzanie wyrazów o sprecyzowanym znaczeniu w postaci definicji legalnych ma na celu dążenie do jednoznaczności. W języku prawnym występują zwroty pochodzące z języka ogólnego o znaczeniu sprecyzowanym tylko na potrzeby tego języka, a także wyrazy występujące wyłącznie w sferze dyskursu prawnego, występujące obok sformułowań otwartych znaczeniowo, celowo nie precyzowanych.

5 Wieloznaczność jest domeną języka, która może powodować jego niezrozumiałość, ale pozwala także na istnienie bogactwa sensów, które język może przekazywać. Stanowić może atut i niedoskonałość jednocześnie. O ile jednak zjawisko polisemii jest ważnym atrybutem w mowie „wiązaną”, jaką posługuje się na przykład język wypowiedzi poetyckich, to w języku tekstów prawnych jest niepożądane z punktu widzenia wymogów jasności i komunikatywności.

6 H. Kurkowska, S. Skorupka, *Stylistyka polska. Zarys*, Warszawa 2001, s. 137.



Wieloznaczność może być także niepożądana w przypadku wypowiedzi reprezentujących niektóre rodzaje stylu. Tak jest w przypadku stylu naukowego, oficjalnego czy urzędowego, do którego język prawny jest zaliczany<sup>7</sup>. Wówczas niejednoznaczność stanowi naruszenie zasady zwięzłości i precyzji znaczeniowej, która ma być w wypowiedziach powyższych stylów realizowana.

Jednym z najważniejszych funkcji języka jest funkcja komunikowania. Do jej realizacji konieczna jest znajomość kodu w postaci zasobu wyrazów i odpowiadających im znaczeń. Istotną rolę w komunikatywności pełni precyzja języka. „Istnieje bliski związek pomiędzy ścisłością myśli i ścisłością języka. Precyzja pojęć jest gwarancją precyzji znaczeń odpowiednich znaków, wyrazów, nazw”<sup>8</sup>. Różne rodzaje języków mogą cechować się różnym stopniem precyzji, jak i rozmiarami wieloznaczności. Zadaniem języka prawnego jest spełnianie wymogów dążenia do jasności i zrozumiałości. Jednym z czynników wpływających na ścisłość języka jest „rodzaj przedmiotów i dostęp przedmiotów, o których wypowiada się dany język”<sup>9</sup>. Istotne jest również to, jaki jest aspekt pragmatyczny i cel, któremu dany język ma służyć.

Ważny w rozumieniu terminów języka prawnego jest stopień ich precyzji. Wynika z tego potrzeba usuwania wieloznaczności, między innymi przy pomocy definiowania. Uzasadnia to potrzebę eliminowania wieloznaczności z języka prawnego.

Usuwanie wieloznaczności może polegać na ustaleniu znaczenia z uwzględnieniem kontekstu językowego, kiedy mamy do czynienia z tymi sformułowaniami języka prawnego, które nie pełnią kluczowej roli w przekazie treści. Natomiast gdy zwroty nie dają się ujednoznaczyć przy pomocy wytycznych kontekstowych lub też, co ważniejsze, zajmują naczelne miejsca w przekazywaniu treści, twórca tekstu prawnego posługuje się sposobem na doprecyzowanie znaczenia właśnie przy pomocy definicji<sup>10</sup>. Definicje legalne służą wyeliminowaniu

wieloznaczności wyrazów, które w słowniku języka ogólnego nie mają precyzyjnego, nie budzącego niejasności znaczenia.

Wskazuje się na inne, poza wieloznacznością, powody formułowania precyzyjnych zwrotów. Odnoszą się do takiego aspektu działalności ustawodawcy, który polega na kreowaniu poprzez wyrażenia języka prawnego obiektów o charakterze konwencjonalnym<sup>11</sup>. Powoduje to konieczność jednoczesnego wyjaśnienia pojęć określających wprowadzane zjawiska, instytucje, przedmioty etc. (małżeństwo, kuratela). Niektórzy wiążą istotę nadania sensu konwencjonalnego czynności z wyrażeniem jej treści poprzez zdefiniowanie jej konwencjonalnego sensu<sup>12</sup>.

Kolejną przyczyną, wskazywaną przez M. Zielińskiego, jest weryfikowanie przez ustawodawcę zwrotów wieloznacznych z punktu widzenia kryterium precyzji języka prawnego, priorytetowej w tym wypadku w stosunku do elastyczności semantycznej. Autor zwraca uwagę na dwa sposoby precyzowania poprzez definicję zwrotów wieloznacznych. Są to: dążenie do całkowitego usunięcia wieloznaczności danego wyrazu poprzez stworzenie definicji o rygorystycznie określonym zasięgu, „czyniąc nawę ostrą i dookreśloną”. Drugim przypadkiem jest tworzenie przez ustawodawcę definicji z zamiarem doprecyzowania w pewnym tylko stopniu. Ustalony zakres znaczeniowy wyrażenia jest wówczas częściowo pozbawiony nieostrości, a jednocześnie „zwroty definiujące bywają nieostre, tyle tylko, że mniej nieostre niż zwrot definiowany”<sup>13</sup>.

Definicje są jednym ze sposobów usuwania nieprecyzyjności. Dotyczy to sytuacji, w których brak precyzji jest niedoskonałością i kiedy taka jest wola prawodawcy, który może mieć intencje pozostawiania pewnych zwrotów niedookreślonych, lub też niemożność przewidzenia i sprecyzowania wszystkich przyszłych sytuacji, do których przepisy odnoszą się.

Potrzeba tworzenia definicji może być uzasadniona nie tylko ze względu na wymóg eliminowania niejasności języka. W pewnych sytu-

7 Szerzej E. Malinowska, *Wypowiedzi administracyjne – struktura i pragmatyka*, Opole 2001; M. Wojtak, *Styl urzędowy*, (w:) *Encyklopedia kultury polskiej XX wieku*, t. II: *Współczesny język polski*, red. J. Bartmiński, Wrocław 1993 i inni.

8 B. Wróblewski, *op. cit.*, s. 27.

9 *Ibidem*, s. 28.

10 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 189 i n.

11 M. Zieliński, *op. cit.*, s. 189.

12 S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 144 i n.

13 M. Zieliński, *op. cit.*, s. 190–191.

acjach wynika z konieczności stworzenia terminów, ustalenia ich znaczeń, czy wprowadzenia do języka jako tych, które wynikają z jego specjalistycznego czy specjalnego funkcjonalnego charakteru, np. ze względu na sztuczność języka, konieczność określenia zjawisk czy przedmiotów niewystępujących w języku naturalnym, hermetyczność znaczeń w obrębie określonej dyscypliny czy profesji, która jednocześnie sprzyja komunikatywności realizowanej wewnątrz wspólnoty użytkowników tego języka.

W literaturze można spotkać różne sposoby analizowania pojęcia definicji. Zgodnie ze znaczeniem słownikowym, *definicja* rozumiana jest jako „zwięzłe wyluszczenie treści pojęcia (*definiendum*) za pomocą znanych pojęć (*definiens*); zwięzłe objaśnienie znaczenia wyrazu”. *Definiować* to znaczy wyjaśniać, ustalać zawartość jakiegoś pojęcia albo znaczenie wyrazu<sup>14</sup>. Jest to „określenie znaczenia wyrazu, sprowadzające się zwykle do sprecyzowania jego treści i zorientowania w jego możliwym zakresie, co ułatwia właściwe posługiwanie się wyrazem”<sup>15</sup>. „Definicja, jak sugeruje już samo słowo, jest w pierwszym rzędzie sprawą wytyczenia granic czy rozróżnienia między jednym rodzajem rzeczy a innym, a język zaznacza to oddzielnymi słowami”<sup>16</sup>.

Definicje stanowią środek służący „do uzyskania zbliżonych dostatecznie do siebie języków”<sup>17</sup>. Jej zadaniem może być przekazywanie informacji o znaczeniu wyrazu danego języka, wprowadzanie nowego znaczenia już istniejącego wyrazu lub też umieszczanie w języku nowego wyrazu<sup>18</sup>. Jak formułuje jeden z autorów, „każda definicja sprowadza się do tego, że to, co ma być określone, opisuje się przy pomocy już znanych względnie prostych słów”<sup>19</sup>.

Istotne w pojmowaniu definicji jest zwrócenie uwagi na dwoistość ujęcia wyjaśnianego wyrazu z punktu widzenia różnych sposobów wypowiedzi, w których ustalane znaczenie ma być zrozumiałe. „Definicje formułuje się zawsze *na gruncie* określonego języka *J*, a jednocześnie

14 W. Kopaliński (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1994, s. 112.

15 M. Szymczak (red.), *Słownik Języka Polskiego*, Warszawa 1978, s. 368.

16 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 28.

17 J. Kmita, *Wykłady z logiki i metodologii nauk*, Warszawa 1977, s. 138.

18 W. Patryas, *Elementy logiki dla prawników*, Poznań 1996, s. 162.

19 B. Wróblewski, *op. cit.*, s. 22.

formuluje się je *dla* określonego języka *J'*, zwykle w celu zmniejszenia różnic dzielących język *J* od języka *J'*”<sup>20</sup>. W przypadku naszych rozważań językiem *J* będzie język ogólny, językiem *J'* – język prawny. Celem natomiast będzie wyodrębnienie cech swoistych języka prawnego jako precyzyjnego, sformalizowanego sposobu wypowiedzi.

Wśród licznych sposobów charakteryzowania i klasyfikowania definicji można dostrzec zgodność co do tego, iż ich celem jest określenie zakresu znaczeniowego definiowanego pojęcia. Z założenia zadaniem definiowania jest ułatwienie komunikacji w danym języku, dookreślenie sensów tworzących go wyrazów.

W tym miejscu pominięte zostają rozważania dotyczące sposobów pojmowania i rodzajów definicji jako będące przedmiotem szczegółowego opracowania w literaturze<sup>21</sup>.

Definicje legalne zamieszczane są w tekście prawnym przez prawodawcę i służą wyjaśnieniu sformułowań tekstu prawnego. Należą do wytycznych określonego sposobu rozumienia wyrażeń języka prawnego. Zmodyfikowane znaczenie może dotyczyć zwrotów, które nie występują w języku ogólnym (wyrażenia idiomatyczne), a także tych, pojawiających się w obu językach, lecz w różnych znaczeniach, czy też rzadko spotykanych poza sferą użycia języka prawnego<sup>22</sup>. Mogą to być zatem definicje zwrotów nie występujących w języku etnicznym, jak i definicje zwrotów występujących w języku ogólnym, ale w innym znaczeniu.

Z definicjami legalnymi mamy do czynienia, gdy „przepisy prawne formułują definicje ustanawiające w sposób wyraźny wiążące reguły znaczeniowe w odniesieniu do języka prawnego”<sup>23</sup>. Cechą definicji

20 J. Kmita, *op. cit.*, s. 138.

21 Szerzej: K. Ajdukiewicz, *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1974; T. Chodkowski, E. Nieznański, K. Świętorzecka, A. Wójtowicz, *Elementy logiki prawniczej. Definicje, podziały i typy argumentacji*, Warszawa – Poznań 2000; J. Kmita, *Wykłady z logiki i metodologii nauk*, Warszawa 1977; A. Malec, *Zarys teorii definicji prawniczej*, Warszawa 2002; A. Malinowski, *Polski język prawny*, Warszawa 2006, E. Nieznański, *Logika. Podstawy – język – uzasadnianie*, Warszawa 2000; W. Patryas, *Definiowanie pojęć w prawie*, Poznań 1997; W. Patryas, *Elementy logiki dla prawników* Poznań 1996; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002; Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1995 i inni.

22 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 148–149.

23 Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1995, s. 232.

jest także to, iż „sam fakt umieszczenia jej w tekście prawnym przesądza o uznaniu za definicję legalną, nie ma znaczenia cel i uzasadnienie jej sformułowania, budowa itd.”<sup>24</sup>

W literaturze podkreśla się ich rolę w wyznaczaniu określonego rozumienia pewnych elementów tekstu prawnego w procesie wykładni. Należy pamiętać o pragmatycznym wymiarze definicji legalnych. Ustawodawca wyznacza określony sposób rozumienia przede wszystkim dla podmiotów dokonujących ustaleń w zakresie znaczeń pojęć prawnych w procesie stosowania prawa<sup>25</sup>.

Definicje legalne poddane są określonego rodzaju regułom dotyczącym uzasadnienia ich konstruowania, formom zamieszczenia w tekstach prawnych, zasięgu, a także sposobu ich odczytywania i wynikających z tego konsekwencji. Znalazło to odzwierciedlenie w normatywnej regulacji w *Zasadach techniki prawodawczej*<sup>26</sup>. Stanowią one zbiór dyrektyw, określających, jak powinny być redagowane teksty prawne oraz wskazujących zasady ich poprawności<sup>27</sup>.

Definicja legalna jest środkiem techniki prawodawczej. Została uregulowana dziale VIII *Zasad techniki prawodawczej*. Niniejszy tekst w § 146 wskazuje sytuacje, w których istnieje potrzeba stworzenia definicji danego określenia języka prawnego. Jest to uzasadnione nie, co oczywiste, potrzebą ustalenia znaczenia poprzez jego nadanie wyrazowi jako elementowi danego języka ogólnego<sup>28</sup>, lecz doprecyzowania lub skonstruowania znaczenia na potrzeby jego funkcjonowania w sferze prawa. Tworzy się zatem definicję na potrzeby języka prawnego, zgodnie z założeniem o jego precyzji i komunikatywności.

Warunki wprowadzania definicji, wskazane w sposób pozytywny (ust. 1) oraz przy pomocy przesłanek negatywnych (ust. 2) uregulowane zostały w § 146 ZTP. W ustępie pierwszym wskazane są sytuacje uzasadniające precyzowanie znaczeń poprzez definicję w sytuacji wy-

24 A. Malinowski, *Polski język prawny*, Warszawa 2006, s. 156.

25 Na temat znaczenia definicji legalnych i ich normatywnym charakterze: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 203 i n.

26 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie *Zasad techniki prawodawczej* (Dz.U. Nr 100, poz. 908). Oznaczone dalej jako ZTP.

27 Szerzej S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993.

28 Wówczas źródłem definicji jest słownik danego języka ogólnego.

stąpienia wieloznaczności, nieostrości, braku powszechnej zrozumiałości oraz potrzeby nadania nowego znaczenia ze względu na specyfikę dziedziny, do której należy przedmiot regulacji. Ustęp drugi wskazuje przypadki, w których wieloznaczność może być usunięta poprzez ustalenie znaczenia w oparciu o kontekst językowy danego określenia (jak jest w sytuacji ustalania sensu większości wyrażen języka prawnego jako odmiany języka ogólnego), które pojawia się tylko w jednym przepisie. Definicja legalna jest tworzona dla takiego przypadku tylko wtedy, gdy jednoznacznego rozumienia nie da się ustalić przy pomocy wskazanych wyżej warunków. Dotyczy to sytuacji, w której wyrażenie wieloznaczne może być pozostawione bez definicji. „Warunkiem jest jednak, by taka redakcja przepisu, mimo wieloznaczności samego pojęcia, pozwałała jednoznacznie zrekonstruować treść wynikającej z niej normy prawnej”<sup>29</sup>.

Uzasadnieniem dla tworzenia definicji legalnych w języku prawnym są określone potrzeby i sytuacje. Należy do nich wieloznaczność czy to określeń języka polskiego, czy też języka ustawodawcy w postaci neologizmu znaczeniowego. W przypadku wieloznaczności definicja legalna może wyjaśniać pojęcia wieloznaczne na skutek cech samego języka, a także te, które stają się wieloznaczne wskutek „modyfikowania ich znaczenia przez przepisy”<sup>30</sup>.

Kolejnym przypadkiem jest nieostrość zwrotu języka prawnego, w sytuacji gdy „jest pożądane ograniczenie jego nieostrości”<sup>31</sup>. Należy pamiętać, iż ta cecha może także w pewnych sytuacjach stanowić sposób na takie konstruowanie tekstu prawnego, które w sposób pożądany pozwala na stosowanie luzu decyzyjnego<sup>32</sup>. Może mieć zatem charakter pozytywny, gdy przybiera wymiar elastyczności tekstu prawnego. Istotne jest wskazanie w omawianym paragrafie, iż dotyczy on sytuacji, w której doprecyzowanie wyrażenia nieostrego jest z punktu widzenia ustawodawcy celowe. Nieostrość wyrazu jest w takim przy-

29 J. Warylewski (red.), *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, Warszawa 2003, s. 481.

30 *Ibidem*, s. 479.

31 ZTP § 146 ust. 1 pkt 2.

32 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 280.

padku powodem potrzeby stworzenia definicji wówczas, gdy pożądane jest jej ograniczenie. „Dopuszczalny stopień nieostrości danego terminu zależy od charakteru normy prawnej, jaką współtworzy, i gałęzi prawa, której dotyczy”<sup>33</sup>.

Innym przypadkiem uzasadniającym konieczność stworzenia definicji legalnej jest brak powszechnej zrozumiałości danego określenia. Odnosi się do sytuacji, w których w tekście prawnym występują sformułowania specjalistyczne, a także wyrazy zapożyczone z języków obcych. Zgodnie z wymogami ZTP, pojęciami specjalistycznymi czy wyrazami obcojęzycznymi ustawodawca może posługiwać się tylko wówczas, gdy nie mają one jasnych odpowiedników w języku ogólnym. Nie ma natomiast konieczności wyjaśniania profesjonalizmów, gdy dany tekst jest adresowany do specjalistów z danej dziedziny<sup>34</sup>.

Definicja legalna może służyć także ustaleniu nowego znaczenia wówczas, gdy jest to uzasadnione istotnością z punktu widzenia dziedziny regulowanych spraw. Ustanawiane znaczenie danego określenia dotyczy aktu normatywnego, w którym dana definicja zostanie umieszczona, nawet jeśli w innym miejscu to samo określenie jest wyjaśnione w sposób odmienny.

Treść zawarta w § 147 ZTP stanowi konkretyzację dyrektywy jednolitości terminologicznej aktu, wyrażonej w § 10 ZTP i dotyczy sytuacji, gdy w danym akcie normatywnym została sformułowana definicja<sup>35</sup>. Oznacza obowiązek posługiwania się danym znaczeniem ustalonym w definicji na potrzeby określonego aktu jako jedynym sposobem rozumienia i zakaz wprowadzania ustalonej definicji na oznaczanie innych terminów<sup>36</sup>. Możliwość odstępiania od tej zasady została obwarowana ścisłymi warunkami<sup>37</sup>. Jest to możliwe, gdy zostanie ustalona i wskazana inna definicja danego terminu. Ponadto spełniona będzie przesłanka, iż „definicja musi wyraźnie określać zakres zastoso-

wania drugiego ze znaczeń, by nie doszło ani do kolizji znaczeń, ani do wątpliwości co do zakresu ich odniesienia”<sup>38</sup>.

Precyzyjne wymogi stawiane są także w przypadku możliwości odstępiania od znaczenia terminu ustalonego na potrzeby kodeksu lub ustawy podstawowej, określonej jako „prawo”<sup>39</sup>. Zgodnie z wymogami ZTP, istnieje zakaz umieszczania definicji legalnych, odnoszących się do wyrażeń ustawowych, w akcie niższym w hierarchii niż ustawa bez upoważnienia do takiego definiowania. Dopuszczalność wyjątku w przypadku istnienia upoważnienia dotyczy konieczności posiadania przez akt niższy rangą niż ustawa upoważnienia bezpośredniego do sformułowania definicji wskazanego określenia ustawowego, nie zaś jedynie generalnego upoważnienia do wydania aktu o charakterze wykonawczym<sup>40</sup>.

Z kolei ZTP formułują sposoby umieszczania definicji legalnych w aktach normatywnych, w zależności od sfery treściowej, której te sposoby rozumienia dotyczą<sup>41</sup>.

Wskazuje się także, w jaki sposób definicje powinny być formułowane pod względem strukturalnym i stylistycznym, aby wskazywały w sposób bezsporny znaczenie definiowanych określeń, jak też formuluje się zakaz posługiwania się w znaczeniu niedefinicyjnym sformułowaniem „jest równoznaczne z...”<sup>42</sup>.

Zgodnie z brzmieniem § 6 ZTP, przepisy ustawy powinny być redagowane w sposób, który pozwala na odczytanie przez adresatów woli prawodawcy z zachowaniem dokładności i zrozumiałości. Ze sformułowania tego wynikają fundamentalne zasady redagowania tekstu prawnego. Są nimi precyzja, komunikatywność i czytelność intencji prawodawcy w nim zawarty<sup>43</sup>.

Precyzja powinna zapewniać jasność w odbiorze tekstu przez adresatów, polegającą na braku wieloznaczności i możliwości odczytania w sposób niebudzący kontrowersji znaczeniowych treści wskazują-

33 J. Warylewski (red.) *op. cit.*, s. 480.

34 *Ibidem*, s. 480.

35 J. Warylewski (red.) *op. cit.*, s. 482.

36 § 147 ust. 1 ZTP.

37 § 147 ust. 2 ZTP.

38 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 283.

39 § 148 ZTP.

40 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 284.

41 § 150 ZTP.

42 § 151, § 152 ZTP.

43 J. Warylewski (red.) *op. cit.*, s. 75 i n.

cych określone wzory postępowania, wyznaczane przez przepisy. Istotne jest to także z punktu widzenia sfery stosowania prawa ze względu na niepozostawianie wątpliwości interpretacyjnym organom stosującym prawo.

Precyzja tekstu prawnego polega także na tym, iż nie powinien on zawierać tych samych określeń oznaczających te same pojęcia, natomiast jednakowe pojęcia powinny być określone przy pomocy tych samych określeń<sup>44</sup>. Oznacza to zakaz używania w tekstach prawnych zwrotów będących homonimami i synonimami. O homonimach mówimy, gdy dany wyraz posiada jednakowe brzmienie jak inny, lecz różni je znaczenia, także etymologia, a czasem pisownia<sup>45</sup>. Językoznawstwo posługuje się terminem synonimu na określenie pary lub grupy wyrazów, które są jednoznaczne lub bliskoznaczne. Wyrazy te cechuje możliwość wymiennego występowania w mniejszym lub dalszym zakresie ich użycia<sup>46</sup>.

Komunikatywność może być rozumiana jako dyrektywa wskazująca na redagowanie tekstu prawnego w taki sposób, który czyni go zrozumiałym „dla jego przeciętnego adresata”<sup>47</sup>. Pozwalałoby to na jasne odczytanie przez odbiorcę, jaki sposób zachowania jest kierowany do niego w postaci obowiązku lub uprawnienia, wyrażonego w przepisie prawnym. Jak zauważają autorzy komentarza do ZTP, „komunikatywność, czyli zrozumiałość tekstu dla wszystkich osób nim zainteresowanych, jest cechą doniosłą społecznie”<sup>48</sup>.

Adekwatność tekstu prawnego do zamiaru prawodawcy jest zasadą uważaną za fundamentalną wśród dyrektyw redagowania tekstu prawnego<sup>49</sup>. Zgodnie z tym wymogiem, tekst aktu normatywnego powinien w całkowitym sensie ujawniać zamiar (cel) jego nadawcy tak, by „pomiędzy znaczeniem przepisów zawartych w tym akcie a zamiarem ustawodawcy można było postawić znak równości”<sup>50</sup>. Zasada ta pozostaje w związku ze sformułowaną w orzecznictwie TK regułą określo-

ności przepisów prawa, pozostającą w ścisłym związku z zasadami poprawnej legislacji.

Jak wynika z powyższych rozważań, definicja legalna w założeniu jest środkiem techniki konstruowania tekstu prawnego, który, między innymi ma służyć skutecznemu komunikowaniu się nadawcy (ustawodawcy) z adresatami zawartych w nim treści. Jest to zatem istotne nie tylko z punktu widzenia właściwego tworzenia prawa, ale też jego funkcjonowania w sferze praktycznej, w szczególności w procesie stosowania prawa, o czym dalej. Znajduje to odzwierciedlenie w przekonaniu, iż „jednolitość i pewność rozumienia tekstów prawnych może odgrywać doniosłą rolę w społecznym działaniu prawa”<sup>51</sup>.

Należy pamiętać o postulatywnym wymiarze wszelkich dążeń do jednoznaczności i precyzji, przy jednoczesnym wymogu komunikatywności i zrozumiałości tekstu prawnego. Jak pisze jeden z autorów, „zabiegi zmierzające do wyeliminowania w tekstach prawnych przejawów wieloznaczności języka naturalnego, mogą być tylko w niewielkim zakresie skuteczne”<sup>52</sup>.

Idealizacyjny charakter wymagania jednoznaczności i precyzji uzasadniony jest także niedoskonałościami języka naturalnego, od którego język prawny jako jego odmiana przejmuje wiele cech.

Problemem może być także obecność zwrotów ocennych i trudno-definiowalnych. Wspomnieć również należy o swoistej „nieprzystawalności” regulacji normatywnych do przedmiotu regulacji, rozumianej jako niewykonalnej w pewnych sytuacjach przewidywalności sytuacji, które ustawodawca miałby regulować poprzez normy o abstrakcyjnym charakterze.

Okazuje się, iż z punktu widzenia postulatów języka prawnego, takich jak jasność, przy jednoczesnej zrozumiałości, nie jest możliwe spełnienie tych wymogów w praktyce w całkowitym wymiarze, a jedynie w pewnym stopniu w poszczególnych tekstach<sup>53</sup>.

Tworzenie przepisów, w których wieloznaczność jest spowodowana do minimum lub wyeliminowana, jest jednym z wymogów demo-

44 § 10 ZTP.

45 M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1978, s. 753.

46 H. Kurkowska, S. Skorupka, *op. cit.*, s. 149.

47 J. Warylewski (red.), *op. cit.*, s. 75.

48 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz...*, s. 37.

49 J. Warylewski (red.), *op. cit.*, s. 77.

50 *Ibidem*, s. 77.

51 J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 540.

52 T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, s. 107.

53 *Ibidem*, s. 108.

kratycznego państwa prawnego<sup>54</sup>. Wymóg ten stanowi jedną z reguł składających się na zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.<sup>55</sup>, Trybunał Konstytucyjny wskazywał w swoich orzeczeniach na zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, jako zasadę mieszczącą się w pojęciu „demokratyczne państwo prawne”. Zasada demokratycznego państwa prawnego, zapisana pierwotnie w artykule 1 w noweli z 1989 do Konstytucji z 22 lipca 1952 r.,<sup>56</sup> stanowiła podstawę stwierdzenia konstytucyjności przepisu, którego jasność czy precyzja budziły wątpliwości<sup>57</sup>. Trybunał Konstytucyjny w swych orzeczeniach stwierdzał, iż powtórzenie w dosłownym brzmieniu w artykule 2 Konstytucji RP z 1997 r. zasady demokratycznego państwa, jest wyrazem intencji ustawodawcy do przejęcia dotychczasowego kształtu i rozumienia tej zasady<sup>58</sup>, „stanowi swojego rodzaju zbiorcze wyrażenie szeregu reguł i zasad, które wprawdzie nie zostały *expressis verbis* ujęte w pisanim tekście konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz z istoty demokratycznego państwa prawnego. Owe reguły i zasady miały najróżniejszy charakter, odnosząc się zarówno do prawa materialnego, jak i zasad przyzwoitej legislacji (...), a ogólną podstawą było uznanie, że demokratyczne państwo prawne wymaga poszanowania zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa”<sup>59</sup>.

Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, w rozumieniu Trybunału Konstytucyjnego, związana jest funkcjonalnie z nakazem przestrzegania przez prawodawcę zasad przyzwoitej/poprawnej legislacji<sup>60</sup>. Przyzwoita legislacja obejmuje między innymi

54 Wyrok TK z dn. 7.01.2004, OTK ZU 2004, nr 1A, poz. 5.

55 Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483.

56 Dz.U. 1989, Nr 75, poz. 444.

57 Orzeczenie TK z dn. 20.11.1996, K 27/95, OTK ZU 1996, nr 6, poz. 50, z dn. 22.06.1993, K 1/93, OTK 1993, nr II poz. 25, z dn. 19.11.1996 K 7/95; OTK 1996, nr 6, poz. 49.

58 Wyrok TK z dn. 16.06.1999, P 4/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 98.

59 Wyrok TK z dn. 25.11.1997, K 26/97, OTK ZU 1997, nr 5–6, poz. 64.

60 Wyrok TK z dn. 8.03.1995, W 13/94, OTK 1995, nr I, poz. 21, z dn. 11.01.2000, K 7/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 2, z dn. 21.03.2001, K 24/2000, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 51, z dn. 24.02.2003, K 28/2002, OTK ZU 2003, nr 2A, poz. 13.

wymóg dostatecznej określoności przepisów<sup>61</sup>. Przepisy winne charakteryzować się precyzją i jasnością, a także poprawnością językową i logiczną. Prawodawca powinien w sposób tak klarowny i zrozumiały dla adresatów formułować teksty prawne, by mogli oni bez wątpliwości określić zakres nałożonych obowiązków i przyznanych praw<sup>62</sup>. Szczególnie istotna jest rola przestrzegania zasad przyzwoitej legislacji w zakresie sposobów formułowania przez prawodawcę przepisów dotyczących praw i wolności człowieka i obywatela, nakładanych danin i prawa karnego<sup>63</sup>.

Brak klarowności przepisu, jego nieprecyzyjność skutkuje uznaniem go za niezgodny z Konstytucją. Prawodawca obowiązany jest do przestrzegania reguł zawierających się w pojęciu „demokratyczne państwo prawa”. Zasada zaufania do państwa i prawa implikuje obowiązek gwarantowania przez państwo poczucia bezpieczeństwa i pewności, a jedną z dróg jest właśnie przestrzeganie zasad przyzwoitej/poprawnej legislacji. Obywatel mogący w sposób jednoznaczny określić zakres zastosowania i normowania normy prawnej, podejmuje racjonalne decyzje, modyfikując swoje zachowanie ze względu na obowiązujące normy, przewidując działania prawodawcy dotyczące tak zakresu regulacji jak i możliwych jej zmian. Oczekuje od tworzącego prawo, że ewentualne zmiany nie będą dla niego ani zaskakujące, ani nieprzewidywalne<sup>64</sup>. Oznacza to, że system prawa winien charakteryzować się względną stałością, która jest jedną z determinant bezpieczeństwa prawnego<sup>65</sup>.

Przestrzeganie zasad „poprawnej bądź przyzwoitej legislacji” w redagowaniu tekstu prawnego prowadzić powinno do stanowienia przepisów jasnych, klarownych. Innymi słowy – jasne, klarowne, pozbawione wieloznaczności przepisy świadczą o tym, iż prawodawca przestrzega

61 D. Salitr, *Zasady przyzwoitej legislacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sejmowy 2003, nr 3, s. 33.

62 Wyrok TK z dn. 22.05.2002, K 6/2002, OTK ZU 2002, nr 3A, poz. 33.

63 Wyrok TK z dn. 30.10.2001, K 33/2000, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 217.

64 S. Wronkowska, *Spójność systemu prawa (w:) Jakość prawa*, Warszawa 1996, s. 73.

65 U.A. Kosieleńska, *Pewność prawa w sferze stosowania prawa – kilka uwag*, (w:) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 186.

zasad przyzwoitej legislacji<sup>66</sup>. Ocena poprawności językowej i logicznej przepisu jest prymarna wobec innych kryteriów, przy kontroli jego konstytucyjności.

Jako podstawę wymogu jasności i precyzyjności przepisu Trybunał Konstytucyjny wskazuje nie tylko artykuły Konstytucji RP (2, 31, 217), lecz również Zasady Techniki Prawodawczej<sup>67</sup>. Wypowiedział się on, iż wprawdzie „Zasady techniki prawodawczej” (ówcześnie obowiązująca Uchwała Rady Ministrów z dnia 5 listopada 1991 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej<sup>68</sup>) nie są dla prawodawcy formalnie wiążące, to jednak nie może on ignorować reguł zawartych w ZTP. Reguły te są prakseologicznym kanonem, który winien być respektowany przez ustawodawcę<sup>69</sup>.

Zasady te, niejednokrotnie, na przestrzeni prawie osiemdziesięciu lat (jak ustalił G. Wierczyński, pierwszy polski zbiór zasad techniki prawodawczej był okólnikiem Ministra Spraw Wewnętrznych nr 99 (O.L. 2048/2) z 2.05.1929 roku<sup>70</sup>) były wielokrotnie poddawane analizie. Do roku 2002 wydano 4, a rozporządzenie z roku 2002 jest już piątym aktem regulującym tę materię. Ich ranga w systemie źródeł prawa była różna – od wspomnianego okólnika – poprzez uchwały władzy wykonawczej, do rozporządzenia obowiązującego w chwili obecnej.

Trybunał Konstytucyjny posiłkowo powołuje się na regulację zawartą w rozporządzeniu, co wydaje się być uzasadnione, bowiem przedmiotem kontroli jest zgodność norm rangi ustawowej (oczywiście nie tylko ustawowej) z normami konstytucyjnymi. Powoływanie się Trybunału na ZTP jest powodowane faktem, iż jest to jedyna normatywna regulacja dotycząca zasad tworzenia prawa, będąca również wyrazem panujących w doktrynie poglądów odnoszących się do sposobów formułowania przepisów i cech, jakimi język prawny winien się charakteryzować. Trudno byłoby wskazać wszystkie czynniki, które po-

wodowały prawodawcę, by uregulował kwestię metody tworzenia tekstów prawnych w ten właśnie sposób, ale niewątpliwie jednym z nich było dążenie do precyzji, jasności przepisów.

Zasadam techniki prawodawczej zawartym w rozporządzeniu z 2002 roku stawia się wiele zarzutów. Stwierdzono między innymi ich zbędność (przede wszystkim ze względu na fakt, iż zostały zawarte w akcie tak niskiej rangi, jakim jest rozporządzenie) czy wadliwość jako aktu, którego treść *de facto* jest materią ustawową; jako taka winna być regulowana przez akt wyższej rangi, czy też programowy charakter norm w nim zawartych<sup>71</sup>. Mimo niedoskonałości regulacji ZTP jest jednak niezbędnym elementem systemu norm prawnych, porządkującym panujące poglądy na temat zasad tworzenia aktów prawnych i mniej lub bardziej skutecznie oddziałującego na podmioty stanowiące prawo<sup>72</sup>.

Truizmem jest stwierdzenie, iż język prawny dzieli właściwości (raczej należałoby określić je tutaj jako „ułamności”) języka naturalnego, o czym była już mowa na początku, co oznacza, iż wieloznaczność „przenika” również do tekstów prawnych, tekst prawny formułowany przy użyciu języka prawnego. Prawodawca winien formułować w jak najwyższym stopniu precyzyjnie i zrozumiale. Właściwe rozumienie norm przez adresata jest warunkowane ich zrozumiałością, komunikatywnością, przez co norma wpływa na taką decyzję adresata o sposobie postępowania, jaka była zamierzona przez prawodawcę<sup>73</sup>. Nie jest zadaniem łatwym spełnienie wymogu precyzyjności, a jednocześnie zrozumiałości tekstu. Ma on być zrozumiały nie tylko dla idealnie racjonalnego podmiotu – organów stosujących prawo i profesjonalistów zajmujących się interpretacją prawa, lecz również dla „zwykłych” adresatów. Posługiwanie się przez prawodawcę językiem zbyt hermetycznym powoduje jego niekomunikatywność, niezrozumiałość, a przecież

66 Wyrok TK z dn. 25.04.2001 r., K. 13/2001, OTK ZU 2001 nr 4, poz. 81, dn. 9.04.2002 r., K 21/2001, OTK ZU 2002, nr 2A, poz. 17, z dn. 24.02.2004 r., K 54/2002, OTK ZU 2004, nr 2A poz. 10, z dn. 15.09.2004 r., Tw 4/2004, OTK ZU 2004, nr 5B, poz. 259.

67 Wyrok TK z dn. 21.03.2001 r., K. 24/2000, OTK ZU 2001, nr 3 poz. 51.

68 M.P. 1991 r. Nr 44 poz. 310.

69 J. Szczęsny, *Nakaz przyzwoitej legislacji*, Głosa 2002, nr 2, s. 34.

70 G. Wierczyński, *Zasady techniki prawodawczej (uwagi polemiczne)*, PiP 2005, nr 4, s. 89.

71 S. Wojtczak, *Zasady techniki prawodawczej – luka w prawie*, PiP 2005, nr 1, s. 55.

72 S. Wronkowska, *Zasady techniki prawodawczej, czy rzeczywiście luka?*, PiP 2005, nr 2, s. 97 i n.; G. Wierczyński, *Zasady techniki prawodawczej (uwagi polemiczne)*, PiP 2005, nr 4, s. 89 i n.; T. Zalesiński, *Uwagi w sprawie Zasad techniki prawodawczej (w związku z artykułem S. Wojtczak)*, PiP 2005, nr 6, s. 94 i n.; T. Bąkowski, *Zasady techniki prawodawczej a prawotwórstwo organów jednostek samorządu terytorialnego*, PiP 2006, nr 1, s. 92 i n.

73 J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 105.

nie może być takiej sytuacji w państwie prawa, by ci, do których skierowane są normy, nie byli w stanie ich zrozumieć<sup>74</sup>. § 8 ZTP zawiera postulat komunikatywności, zrozumiałości tekstu aktu prawnego, która oznacza, by jak największy krąg adresatów mógł go zrozumieć. Tekst prawny ma dawać jednoznaczną odpowiedź na pytanie o to, kto, kiedy i co powinien czynić<sup>75</sup>. Tak więc prawodawca winien znaleźć „złoty środek” między wymogami stawianymi mu przez reguły redagowania aktów prawnych. Nigdy nie będzie tak, iż tekst prawny będzie zrozumiała dla wszystkich. Kompromis ten okupiony jest w niektórych przypadkach brakiem precyzji i wieloznacznością sformułowań bądź użyciem sformułowań jasnych tylko dla pewnej kategorii pomiotów.

Wydaje się, że środkiem, który stanowi w swoim założeniu ów kompromis jest zespół reguł tworzenia prawa zapisany w ZTP, wskazujący potencjalnemu pomiotowi, który ma stworzyć prawo, jak osiągnąć „odpowiednią precyzję języka”. „Odpowiednią”, to znaczy w ocenie autorów właśnie jasność – precyzję obiektywną (tę, która dotyczy podmiotów profesjonalnych), taką, by treść normy rekonstruowanej na podstawie poprawnie zredagowanego przepisu była zgodna z intencją prawodawcy, a nie jest to zadanie łatwe, na co wskazują orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, zarzucające przepisom prawnym brak owej komunikatywności, zrozumiałości<sup>76</sup>.

Trybunał Konstytucyjny, jak zostało to już wcześniej zaznaczone, niejednokrotnie odnosząc się w swych orzeczeniach do zasad poprawnej legislacji, zwracał uwagę na jeden z jej aspektów, mianowicie użycie przez prawodawcę definicji legalnych. Wynika to z potrzeby usuwania wskazanej wcześniej wieloznaczności, uzyskiwaną przy pomocy definiowania. Jednak tylko „właściwie”, poprawnie zbudowana definicja legalna będzie spełniała zakładane funkcje – to jest precyzowania terminów języka prawnego.

Zasady techniki prawodawczej określają sposób budowania definicji, rodzaje definicji, jakich powinien używać tworzący prawo podmiot, w jakich aktach prawnych powinien je umieszczać, warunki, w jakich istnieje potrzeba definiowania itp.

Jak wskazuje analiza aktów prawnych, prawodawca jakby nie zwracając uwagi na reguły dotyczące definicji legalnych, a także przepisy dotyczące odesłań (zawierające między innymi zakaz „podwójnych odesłań”, to jest użycia odesłania do przepisu, w którym już jest odesłanie<sup>77</sup>) wprowadza w stanowionych przez siebie aktach definicje legalne, które w *definiensie* zawierają odesłanie i to nie podwójne, a potrójne („Art. 3 pkt 6 ustawy abolicyjnej zawiera definicję czynu zabronionego, której kształt budzi zastrzeżenia, gdyż nie pozwala na jednoznaczne rozumienie definiowanego pojęcia. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę na sposób skonstruowania definicji: art. 3 pkt 6 odsyła do art. 13 ust. 1 pkt 1 oraz do art. 13 ust. 1 pkt 2; art. 13 ust. 1 pkt 1 odsyła do art. 13 ust. 2 i art. 16; art. 13 ust. 2 odsyła do art. 6 ust. 2, zaś art. 16 odsyła do art. 6 ust. 2, do art. 165 § 5 Ordynacji podatkowej”<sup>78</sup>).

Trybunał Konstytucyjny uznał również 4-piętrową definicję, dodatkowo zawierającą błąd logiczny, jako rażące naruszenie zasad przyzwoitej legislacji. Taka sytuacja powodująca w zasadzie niemożliwym do określenia, co mieści się w *definiensie*, pozwoliła uznać przepis zawierający wadliwie skonstruowaną definicję legalną, za niekonstytucyjny<sup>79</sup>.

Zdarza się, iż stanowiący prawo używa różnych definicji tego samego terminu. Jest to szczególnie niebezpieczne, bowiem sytuacja, o której mowa, dotyczy prawa podatkowego, a regulacja tego typu stosunków prawnych winna charakteryzować się nie tylko precyzją, lecz również szczegółowością regulacji. Sytuacja dotyczy na przykład terminu „działalność gospodarcza”, która w różnych aktach ma aż pięć definicji<sup>80</sup>. Takie przypadki powodują również możliwość różnej interpretacji norm rekonstruowanych z przepisów, a w związku z tym stan niepewności, braku bezpieczeństwa prawnego. Trybunał Konstytucyjny

74 Wyrok TK z dn. 18.12.2002 r., K. 43/2001, OTK ZU 2002, nr 7A, poz. 96, z dn. 19.02.2003 r., P 11/2002, OTK ZU 2003, nr 2a, poz. 12.

75 S. Wronkowska, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 139.

76 Wyrok TK z dn. 20.11.2002 r., K. 41/2002, OTK ZU 2002, nr 6A, poz. 83, z dn. 16.12.2003 r., SK 34/2003, OTK ZU 2003, nr 9A, poz. 102, z dn. 19.12.2003, P 11/2002, OTK ZU 2003, nr 2a, poz. 12.

77 § 4 ZTP.

78 Wyrok TK z dn. 20.11.2002 r., K 41/2002, OTK ZU 2002, nr 6A, poz. 83.

79 *Ibidem*

80 *Rzeczpospolita* z dn. 5.05.2006 r., nr 104 (7398), s. C1.



ny wielokrotnie zwracał uwagę prawodawcy na szczególną dbałość również przy tworzeniu norm dotyczących prawa karnego, przy określaniu zakresu czynów zakazanych<sup>81</sup>.

Poważne wątpliwości budzi również fakt zamieszczania definicji legalnych w aktach różnych gałęzi prawa, która to praktyka zgodnie ZTP jest zakazana. Niestety, jak pokazuje praktyka, takie sytuacje mają miejsce. Powoduje to nie tylko wątpliwości interpretacyjne, lecz również – z uwagi na coraz większą liczbę aktów prawnych – fakt szukania definicji w różnych aktach czyni niezwykle trudnym zrekonstruowanie normy prawnej, której elementem jest definicja. Inflacja prawa, jako zjawisko coraz powszechniejsze, prowadzi do braku pewności prawa. Interpretator nie skupia w takim przypadku swych działań na stronie merytorycznej, lecz na szukaniu w gąszczu aktów prawnych elementów normy prawnej.

Twórcy ZTP, wzorując się na wcześniejszych regulacjach zasad techniki prawodawczej i inspirowani poglądami doktryny, określili sytuacje wymagające definicji. Jednak nie zawsze wieloznaczność należy oceniać negatywnie. Prawodawca może przecież celowo umieścić w tekście prawnym odesłania czy klauzule generalne, chcąc uelastyczyć prawo na etapie jego stosowania. Taki przypadek winien jednak być efektem zamierzonego działania prawodawcy. Tak pozostawiony lub interpretacyjny związany z niedookreślonymi pojęciami prawnymi, należy wyraźnie odróżnić od „luzów” będących efektem ubocznym działalności legislacyjnej, powstających wskutek niejasnego, nieprecyzyjnego lub niepełnego sformułowania przepisów. W przypadku intencjonalnego działania prawodawcy, który umieszcza pojęcia niedookreślone, klauzule generalne, ich treść jest precyzowana w kontekście danego stanu faktycznego przez organ stosujący prawo.

Trybunał Konstytucyjny wymogi dotyczące precyzji języka podkreśla szczególnie w odniesieniu do aktów prawnych dotyczących praw i wolności człowieka i obywatela, regulacji czynów zabronionych, a także regulacji podatkowych. Stwierdza, iż dla oceny zgodności

81 Wyrok TK, z dn. 11.10.2001 r., SK 17/2000 OTK ZU 2001, nr 6, poz. 165, z dn. 28.05.1997 r., K. 26/96 OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19, z dn. 20.11.2002 r., K. 41/2002 OTK ZU 2002, nr 6A, poz. 83.

sformułowania określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji istotne są trzy założenia. „Po pierwsze – każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie – przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie – przepis taki winien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw”<sup>82</sup>.

Umieszczenie przez prawodawcę definicji legalnej w tekście prawnym ma służyć jasności rozumienia terminu. ZTP określa, jak powinny być skonstruowane definicje legalne, czy też jakiego rodzaju definicji winien używać prawodawca, by wskazany cel uzyskać. Komentatorzy ZTP stoją na stanowisku, iż niektóre z reguł, mimo iż mają charakter kategoryczny, są nagminnie ignorowane<sup>83</sup>. Prawodawca jakby nie zwracał uwagi na fakt, iż nieprzestrzeganie zasad dotyczących sposobów redagowania tekstu prawnego, w tym definicji legalnych, może skutkować stwierdzeniem przez Trybunał Konstytucyjny niezgodnością z Konstytucją RP, a tym samym utratę mocy obowiązującej przepisu, co jest jedną z sankcji<sup>84</sup>. Prawdą jest, iż nieprzestrzeganie zasad ZTP nie może stanowić samoistnej podstawy stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu. Trybunał Konstytucyjny posiłkowo posługuje się argumentem niekomunikatywności, niejasności czy braku precyzji, które to zasady zawarte są w ZTP. Jako podstawę wskazuje artykuł 2 Konstytucji. Z zasady w nim zawartej „wylaniają się” inne pochodne<sup>85</sup>. Należą do nich między innymi zasada zaufania do państwa i stanowione go przez nie prawa, zasada określoności przepisów czy bezpieczeństwa prawnego, które nie są realizowane, jeśli przepis/przepisy nie są jasne, precyzyjne, zrozumiałe.

Zasady techniki prawodawczej określają, jakich stylizacji językowych winien użyć prawodawca, by w sposób klarowny i zrozumiały

82 Wyrok TK z dn. 30.10.2001r, K 33/2000, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 217.

83 J. Warylewski (red.), *op. cit.*, s.489.

84 S. Wronkowska, *Zasady techniki...*, s. 99.

85 A. Jamróz, *Demokracja współczesna*, Białystok 1993, s. 92.

definiować pojęcia<sup>86</sup>. Wszystko to ma służyć jasności tekstu prawnego. Prawodawca ma obowiązek poprawnego redagowania tekstu, a w tym oczywiście definicji legalnych. Niepoprawna redakcja powoduje odwrotny efekt od zamierzonego, to jest niejasność, niezrozumiałość, nieokreśloność, czego przykładem może być przytoczona wyżej, w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego, praktyka legislacyjna tworzenia definicji legalnych.

Zasady formułowania w tekście prawnym definicji legalnych, zdają się, na ile to możliwe, precyzyjnie określać, jak prawodawca winien stosować ten środek techniki legislacyjnej. Jednak analiza poglądów doktryny, a także orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego skłania do wniosku, iż w praktyce legislacyjnej nie są one przestrzegane. W orzeczeniach Trybunału niezwykle często pojawia się zarzut niekonstytucyjności przepisu ze względu na brak precyzji, wieloznaczność, brak określoności. Zasady określone w ZTP, a także zasada demokratycznego państwa prawnego, której elementem są zasady poprawnej legislacji wiążą przecież wszystkie podmioty tworzące prawo. „Z zasady państwa prawnego wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad przyzwoitej legislacji (...). Wadliwa, niedokładna, w wysokim stopniu nieokreślona i niejasna redakcja przepisu prawa, która uniemożliwia precyzyjne ustalenie treści zawartej w nim regulacji, powoduje niepewność adresatów co do ich praw i obowiązków. Może to powodować, iż adresat normy nie będzie w stanie w sposób jednoznaczny określić zakresu zastosowania i zakresu normowania normy prawnej (mamy tu na myśli adresata niebędącego profesjonalistą), a postulat zrozumiałości jest jednym z wymogów realizacji zasady państwa prawnego<sup>87</sup>, będącej standardem współczesnego państwa<sup>88</sup>. Z zasady tej wynika nakaz formułowania przepisów prawa w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym<sup>89</sup>.”

Okazuje się zatem, że niemożność sprostania wymogom sformułowania „dobrego” tekstu prawnego, a także właściwej, związanej defini-

cji jest uwarunkowana nie tylko faktem nieprzestrzegania przez pomiot stanowiący prawo ZTP czy zasad poprawnej/przyzwoitej legislacji, lecz również cechami samego języka.

Jak już powiedziano, język prawny posiada cechy języka ogólnego, takie jak wieloznaczność czy brak precyzji. Ustawodawca powinien zatem brać pod uwagę wspomniane cechy składające się na kondycję języka, którym się posługuje oraz uświadamiać sobie jego bariery i niedoskonałości.

Inną, poza nieprzestrzeganiem przez prawodawcę ZTP i cechami języka, przyczyną występowania w tekście prawnym „niedoskonałych” definicji jest, jak to określał H.L.A. Hart, „otwarta tekstowość” tekstu prawnego<sup>90</sup>. Niemożliwość precyzyjnego określenia pewnych terminów, czy „nieprecyzyjność pewnych fragmentów tekstów prawnych jest objawem niedookreśloności intencji prawodawcy<sup>91</sup>”. Nie mogąc przewidzieć wszystkich możliwych stanów faktycznych, pozostawia on pewien luz decyzyjny organom stosującym prawo. Luz ten dotyczy takich sytuacji, w których podmiot stosujący prawo będzie określał czy dana reguła obejmuje problematyczny przypadek. Sytuacja „otwartej tekstowości” stanowi źródło dyskrecjonalności sędziego<sup>92</sup>. Zamierzony efekt nieokreśloności należy w tym przypadku ocenić pozytywnie, lecz nie zmienia to faktu, iż taka sytuacja powoduje brak pewności i znaczenie utrudnia możliwość przewidywania konsekwencji prawnych związanych z zaistnieniem pewnych normatywnie określonych okoliczności.

Analogicznie do określeń używanych przez J. Wróblewskiego, w zależności od pomiotu, dla którego tekst prawny może być jasny lub nie, możemy rozróżnić jasność obiektywną, przypisywaną doskonale racjonalnemu pomiotowi lub subiektywną. Pierwsza charakteryzuje podmiot, który posiada doskonałą kompetencję językową, pełną wiedzę o prawie, doskonałą umiejętność wnioskowania oraz pełną wiedzę o zaistniałych faktach, prawidłowościach przyrodniczych i spo-

86 S. Wronkowska, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 287.

87 Wyrok TK z dn. 3.12.2002 r., P 13/2002, OTK ZU 2002, nr 7A, poz. 90.

88 S. Oliwniak, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na system prawa w latach 1985–1997*, Białystok 2001, s. 79.

89 *Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, tom XX*, s. 273.

90 H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 176.

91 T. Gizbert-Studnicki, *Język...*, s. 108.

92 Szerzej B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004.

leczych<sup>93</sup>. Jeśli tekst dla takiego pomiotu jest jasny, możliwym staje się przewidywanie treści każdego rozstrzygnięcia. Jasność subiektywna będzie skutkowałą pewnością ograniczającą się do trafnego przewidywania treści rozstrzygnięcia odnoszącego się do stanów faktycznych, dotyczących zindywidualizowanego pomiotu/pomiotów<sup>94</sup>.

Niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, iż cecha języka prawnego, jaką jest nieostrość (brak jednoznaczności), nie może oznaczać bierności prawodawcy i posługiwania się językiem prawnym w sposób dowolny. To znaczy takim, gdzie prawodawca wiedząc o braku jasności, nieokreśloności znaczeniowej, nie podejmuje nawet próby uczynienia tego. Spoczywa przecież na nim obowiązek dążenia do jak największej precyzji języka, posługiwania się wyrażeniami jasnymi i jednoznacznymi, tam gdzie jest to oczywiście możliwe. Prawo, którego język będzie posiadało takie cechy, będzie prawem „dobrym”. Pozwoli to odtworzyć jednoznaczne normy postępowania.

W świetle powyższych uwag można stwierdzić, iż „otwartość” pewnych pojęć czyni niemożliwym ich precyzyjne, jasne zdefiniowanie. Brak „dobrej” redakcji definicji legalnej, za którą odpowiedzialny jest prawodawca, nie jest w niektórych przypadkach jego zamierzonym działaniem. A jeśli tak, to tym bardziej nie jest możliwa normatywna regulacja tej kwestii. Zadaniem ZTP i doktryny jest w tym przypadku wskazanie prawodawcy, jak uczynić to w sposób zbliżony do idealnego (jasnego, zrozumiałego).

Pewność, którą powinno gwarantować państwo w sferze stosowania prawa, jest traktowana jako jedna z zasad mieszczących się w pojęciu zasady zaufania do państwa. Dlaczego bowiem pewność powinna być gwarantowana „tylko” w sferze stanowienia? Poczucie bezpieczeństwa, w przekonaniu autorek, dotyczy tak sfery stanowienia, jak i stosowania prawa. Skoro więc prawodawca ma obowiązek jej realizacji, to dotyczy to tak stanowienia, jak i stosowania, gdzie realizacja tej pierwszej jest warunkiem koniecznym, choć niewystarczającym, by zrealizowana była pewność w sferze stosowania.

93 J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1973, s. 102 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Język...*, s. 104.

94 T. Gizbert-Studnicki, *Język...*, s. 103.

Prawodawca, który stanowi przepisy pozwalające na różną interpretację przepisów, tak przez obywatela, jak i organy stosujące prawo, stwarza stan niepewności. Wieloznaczność, nieprecyzyjność przepisów powoduje – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – nie tylko uznanie go za niekonstytucyjny, lecz jest również przyczyną braku jednolitości w orzecznictwie<sup>95</sup>. A to możemy sprowadzić do braku pewności, lecz już nie tylko w sferze stanowienia, a także w sferze stosowania prawa. Nie ulega wątpliwości, iż określone brzmienie przepisów (sfera stanowienia) ma zasadniczy wpływ na stosowanie prawa.

Z jednej strony prawodawca tworząc przepisy powinien uwzględnić ZTP, poglądy doktryny, orzecznictwo, z drugiej zaś cechy języka, jego „otwartość”, sprawiają, że tworzenie „dobrego” prawa, w tym definicji legalnych, jest zadaniem niezwykle trudnym. Być może odpowiedzią na dylemat współczesnego prawodawcy jest działalność Rady Legislacyjnej (RL).

Zgodnie z treścią rozporządzenia, jej działalność ma charakter opinio-doradczy przy Radzie Ministrów i Prezesie Rady Ministrów w sprawach stanowienia prawa i oceny jego stanu w określonych dziedzinach<sup>96</sup>. Wśród niezwykle ważnych zadań, na szczególną uwagę z punktu widzenia niniejszych rozważań, zasługuje formułowa-

95 Wyrok TK z dn. 20.11.2002 r., K. 41/2002, OTK ZU 2002 nr 6A, poz. 83.

96 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów, z dn. 23.02.1998 r. w sprawie zadań Rady Legislacyjnej oraz szczegółowych zasad i trybu jej funkcjonowania Dz.U. 1998, Nr 25, poz. 134; § 2. Zadania określone w § 1 Rada wykonuje przez: 1) dokonywanie okresowych ocen stanu prawa w określonych dziedzinach, z uwzględnieniem wymogu dostosowania do norm konstytucyjnych oraz stopnia harmonizacji prawa polskiego z wymogami prawa Wspólnot Europejskich, 2) opiniowanie projektów ustaw opracowywanych z inicjatywy Rządu i założeń do projektów oraz sposobów rozwiązywania problemów związanych z stosowaniem Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a zwłaszcza dostosowywania prawa do wymogów konstytucyjnych, 4a) formułowanie propozycji i wyrażanie opinii dotyczących metod i sposobów wdrażania prawa Unii Europejskiej, 5) opiniowanie projektów programu prac legislacyjnych Rządu oraz harmonogramu realizacyjnego tego programu, 6) formułowanie opinii i wniosków w podstawowych sprawach związanych z procesem stanowienia prawa, 7) ocenę stosowania niektórych ustaw w celu oceny skuteczności przyjętych rozwiązań prawnych.

nie przez RL opinii dotyczących projektów ustaw. Opinie RL nie są wiążące, „choć ich znaczenie i wartość merytoryczna są porównywalne z opiniami Komitetu Integracji Europejskiej”<sup>97</sup>. Zgodzić się można z wnioskiem, iż do projektu ustawy powinna być dołączona taka opinia. W tym przypadku mogłaby ona stanowić wskazówkę, a może nawet dyrektywę, jak „poprawnie” sformułować tekst aktu prawnego. „Poprawna” redakcja tekstu oznacza zgodną z intencją prawodawcy, czyli sformułowaną w taki sposób, by jej znaczenie ustalone w procesie wykładni było takim, jakie znaczenie miał na myśli prawodawca. „Poprawna”, to również zgodna z zasadami logiki oraz pod względem językowym. Wydaje się, że nie tylko wniosek o obowiązku dołączenia opinii RL do projektu ustawy jest uzasadniony, lecz w przekonaniu piszących ten tekst, należałoby zastanowić się nad zakresem związania taką opinią. Rozwiązanie to byłoby analogiczne do już obowiązujących w Hiszpanii, Holandii czy Francji, gdzie odpowiednikiem polskiej Rady Legislacyjnej jest Rada Stanu, która kontroluje jakość tworzonego w tych krajach prawa<sup>98</sup>. Przyznanie szerszych kompetencji Radzie Legislacyjnej oznaczałoby konieczność zmiany procedury legislacyjnej i skonsolidowanie kompetencji Rady Legislacyjnej, Krajowego Centrum Legislacji i Komitetu Integracji Europejskiej. Byłoby to dość odważne posunięcie, lecz czy w obliczu niedoskonałości prawa, możliwego stanu niepewności i braku bezpieczeństwa nie jest to optymalne rozwiązanie, które – jak pokazuje doświadczenie innych krajów sprawdza się?

Nie tylko w doktrynie podkreślana jest rola RL, znajduje to także odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Stanowisko RL niejednokrotnie powoływane jest w uzasadnieniach wyroków Trybunału Konstytucyjnego, ze wskazaniem na jego subsydiarny charakter<sup>99</sup>. Wykorzystuje on również studia i ustalenia RL<sup>100</sup>, zapozna-

97 Sprawozdanie z działalności Rady Legislacyjnej za czwarty rok IX kadencji (od 1 stycznia do 30 grudnia 2005), Przegl. Leg. 2006, nr 2, s. 110.

98 A. Bierć, *Racjonalna procedura jako podstawa dobrego prawa*, SP 2005, nr 4, s. 25.

99 Wyrok TK z dn. 28.06.2000 r., OTK ZU 2000, nr 5, p. 141, z dn. 10.04.2001 r., OTK ZU 2002, nr 3, poz. 56

100 Wyrok TK z dn. 13.02.1991 r., OTK 1991, p. 30, z dn. 9.11.1999 r., K 28/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 156, z dn. 4.12.2001 r., SK 18/2000, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256.

je się z materiałami Rady, co pozwala na zajęcie przez Trybunał Konstytucyjny stanowiska w rozstrzyganej sprawie<sup>101</sup>.

Opinia dotycząca stanu polskiego prawa i procesu tworzenia prawa nie napawa optymizmem. Nadmiar regulacji, niestabilność prawa, niespójność unormowań, to tylko niektóre z cech, którymi charakteryzuje się polskie prawodawstwo<sup>102</sup>, co jest dodatkowym argumentem, by dokonać reformy w obowiązującej procedurze legislacyjnej. Zmian do wprowadzenia, jak wskazuje S. Wronkowska, jest jeszcze wiele<sup>103</sup>.

\*\*\*

Powyższe rozważania skłaniają do wniosku, iż prawodawca, mimo istnienia wytycznych dotyczących precyzowania języka prawnego (w tym definiowania pojęć) w postaci *Zasad Techniki Prawodawczej*, ustalonych poglądów doktryny i orzecznictwa, przy założeniu, iż posiada on intencję sprostania wskazanym wymogom, okazuje się być w sytuacji przypominającej labirynt. Jego zadaniem jest sprostanie powyższym wymogom. Niełatwe może okazać zrealizowanie celu, jakim jest sformułowanie „dobrej” definicji legalnej, wobec wielości wskazówek, zróżnicowanego poziomu ich mocy wiążącej, a także uwikłania w cechy i niedoskonałości języka, którym się posługuje.

101 Wyrok TK z dn. 28.01.1991, K 13/90, OTK 1991, poz. 3.

102 S. Wronkowska, *Tworzenie prawa w Polsce – ocena i proponowane kierunki zmian. Raport Rady Legislacyjnej przy Prezisie Rady Ministrów*, Przegl. Leg. 20006, nr 1, s. 8.

103 *Ibidem*, s. 17 i n.

## Odzwierciedlenie założeń kantowskiej filozofii w poglądach filozoficznoprawnych Antoniego Peretiatkowicza

### 1. Wprowadzenie

Jednym z tych, który położył wielkie zasługi dla rozwoju filozofii prawa w Polsce międzywojennej był Antoni Peretiatkowicz (1884–1956)<sup>1</sup>. Trzeba jednak podkreślić, iż jego zainteresowania naukowe były bardzo szerokie i obejmowały nie tylko nauki prawne, ale także nauki ekonomiczne i polityczne. Obok prawa konstytucyjnego, zajmował się, także filozofią i teorią prawa, na płaszczyźnie których można dostrzec liczne elementy nawiązujące do znanych koncepcji filozoficznoprawnych takich myślicieli, jak chociażby: J.J. Rousseau, G. Jellinek czy H. Kelsen. Omawiając ich teorie nie sposób było także przejść obojętnie obok kantowskiej filozofii, która odegrała przecież doniosłą rolę nie tylko w historii filozofii ogólnej, ale także w rozwoju filozofii prawa. Choć sam A. Peretiatkowicz nie uważał się za kantystę czy neokantystę, jak chociażby Edmund Krzymuski, to jednak wśród jego poglądów można znaleźć te, które bliskie są założeniom kantowskiej filozofii.

W tym kontekście należy więc wskazać takie elementy, które są charakterystyczne dla filozofii prawa inspirowanej filozofią Kanta, a odzwierciedlone zostały w wybranych poglądach A. Peretiatkowicza. Do elementów tych na pierwszym miejscu można zaliczyć jego podej-

<sup>1</sup> Por. K. Opalek, W. Wolter, *Nauka filozofii prawa i prawa karnego w Polsce*, Kraków 1948, s. 13; S. Czepita, *Koncepcje teoretycznoprawne w Polsce międzywojennej*, Czasopismo Prawno-Historyczne 1990, t. XXXII, z. 2, s. 139–141; zob. Z.K. Nowakowski, W. Sobociński, *Peretiatkowicz Antoni*, (w:) *Polski słownik biograficzny*, t. XXV, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1980, s. 607; A. Marciniak, *Antoni Peretiatkowicz*, (w:) *Wielkopolski Słownik Biograficzny*, Warszawa–Poznań 1981, s. 561–562.

ście do samej filozofii prawa jako wyspecjalizowanej i autonomicznej zarazem dziedziny prawoznawstwa. Następnie w ramach teorii prawa należy podkreślić uznanie przez A. Peretiatkowicza jako zasadniczego, kantowskiego rozdzielenia sfer bytu (Sein) i powinności (Sollen), z uwzględnieniem wynikających z tego rozdzielenia konsekwencji przy rozpatrywaniu najważniejszych problemów filozoficznoprawnych, jak chociażby problemu prawa natury. Można również wskazać szereg innych inspiracji kantowskich w poglądach A. Peretiatkowicza, wśród których na szczególną uwagę zasługują rozważania dotyczące idei umowy społecznej w kontekście jej historycznego rozwoju czy idei republikanizmu w związku z zastosowaniem w ustrojach politycznych wybranych państw nowoczesnych wówczas rozwiązań konstytucyjnych. Jako ostatni przykład oddziaływania kantowskiej filozofii na poglądy filozoficznoprawne A. Peretiatkowicza należy wspomnieć o idei „wiecznego pokoju”, ujmowanej przez niego w szerszym aspekcie zagadnienie wojny z ideą prawa.

Faktem wymagającym odrębnego podkreślenia jest również to, że A. Peretiatkowicz nie nawiązywał do kantowskich założeń bezpośrednio pisząc prace wyłącznie o jego filozofii, czy też odwołując się do niej wprost. Najczęściej czynił to w sposób pośredni, czyli przez pryzmat poglądów innego zazwyczaj myśliciela, który poprzedzał Kanta bądź też pojawił się wkrótce po nim. W ten sposób odnosił się do kantowskiej filozofii i zaproponowanych w niej rozwiązań, gdyż wymagały tego poglądy myślicieli, którymi zajmował się bardziej szczegółowo. Jego działalność naukowa, obok historii i filozofii prawa, koncentrowała się przede wszystkim na zagadnieniach doktrynalnych prawa państwowego. Zdaniem A. Płoszewskiego – A. Peretiatkowicz nie był nigdy marksistą, uważał siebie raczej za pozytywistę, kontynuatora myśli G. Jellinka (1851–1911), choć niemały wpływ wywarł na niego także G. Radbruch (1878–1949), u którego studiował, a po 1945 roku metoda marksistowska, ale niekonsekwentnie stosowana<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> A. Płoszewski, *Prof. dr Antoni Peretiatkowicz*, Wyboje 1957, nr 3 (15) s. 6.

## 2. Filozofia prawa a światopogląd według A. Peretiatkowicza

A. Peretiatkowicz zdawał sobie sprawę z tego, że prawnik powinien być wszechstronnie wykształcony, tzn. powinien znać rezultaty nauk ekonomicznych, etyczno-filozoficznych i psychologicznych, ale sięgać także do rozwiązań innych nauk, w tym technicznych, ażeby mieć jak najjaśniejszy pogląd na ukształtowanie całej cywilizacji współczesnej i jej wymagania<sup>3</sup>. Inaczej mówiąc, prawnik powinien w świadomy sposób kształtować swój światopogląd, w czym mają mu być pomocne zarówno współczesne zdobycze ducha ludzkiego, jak również stanowisko i wyniki wiedzy nowożytnej. W powyższym kontekście filozofia prawa odgrywa znaczącą rolę, jako że różni się od szczegółowych nauk prawnych samym przedmiotem, gdyż nie zajmuje się pewnym rodzajem stosunków prawnych (cywilnych, karnych, handlowych itd.), lecz zajmuje się prawem w ogóle, czyli prawem jako takim<sup>4</sup>. Mówiąc „po kantowsku” można nawet stwierdzić, iż filozofia prawa zajmuje się prawem samym w sobie, co należy wiązać z koniecznością poszukiwania ideału prawa, do którego powinno się dążyć stanowiąc prawo pozytywne.

W odróżnieniu od encyklopedii prawa, która jest nauką o podstawowych pojęciach i zasadach prawnych – filozofia prawa nie opiera się na prawie pozytywnym, ale szuka właściwej istoty prawa, niezależnie od sankcji państwowej, szuka więc idei prawa, która winna leżeć u podstawy norm państwowych<sup>5</sup>. Tak jak teoretyczne zadanie encyklopedii prawa czyni z niej samodzielną naukę zwaną teorią prawa, tak jej ujęcie praktyczne sprawia, że staje się wstępem dla wszystkich przystępujących do studiów prawnych. Natomiast filozofia prawa, która wiąże się zwykle z ogólnym poglądem filozoficznym na świat danego filozofa jest ściśle powiązana z licznymi dziedzinami pokrewnymi. W ten sposób zalicza się do niej często logikę prawa, psychologię prawa, socjologię prawa oraz historię prawa i filozofię ogólną.

3 A. Peretiatkowicz, *Zagadnienie społecznej wykładni ustaw*, Demokratyczny Przegląd Prawniczy 1946, nr 2, s. 10.

4 *Idem*, *Zarys encyklopedii prawa jako wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1922, s. 8.

5 *Ibidem*, s. 5 i n.; *idem*, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1949, s. 26.

Zdaniem A. Peretiatkowicza, filozofia może być pojmowana w dwojaki sposób, w zależności od określenia jej metody i przedmiotu badań. Filozofia jest wówczas albo nauką w ścisłym znaczeniu, albo swoiście wyrażonym poglądem na świat<sup>6</sup>. W pierwszym przypadku, filozofia jako nauka ma przedstawić całościową wizję rzeczywistości, ustaloną na podstawie osiągnięć nauk szczegółowych. Cechuje ją obiektywizm, gruntowne uzasadnienie twierdzeń i możliwość sprawdzenia ich w doświadczeniu. Taka interpretacja była, jak podaje A. Kryniecka-Piotrak, konsekwencją oddziaływania na uczonego pozytywizmu filozoficznego. Z kolei filozofia w drugim ujęciu jest tym, co ma zaspokajać tzw. potrzeby poznawcze człowieka. W ten sposób ma ona udzielić odpowiedzi nie tylko na pytania o to, jaki jest świat, ale również o to, jaki świat być powinien oraz dokąd zmierza ludzkość<sup>7</sup>. Tak rozumiana filozofia stara się zatem stworzyć jak najbardziej pełny obraz świata obejmujący wszystkie dziedziny życia ludzkiego. Wymaga to jednak przyjęcia pewnych założeń apriorycznych, ale także tych, które wynikają z uczuć i wiary, pozostając w ścisłym związku ze skłonnościami i temperamentem myśliciela. Każda filozofia musi bowiem zawierać „momenta” oparte nie tylko na intelekcie, lecz także na głębokim przekonaniu, uczuciu i wierze. Każda filozofia, zmierzająca do stworzenia pozytywnego systemu, staje się czymś więcej niż tylko obiektywną nauką. Odzwierciedla się w niej nie tylko logicznie operujący umysł, ale cały człowiek i cechująca go natura duchowa. Dzięki temu, zwłaszcza w filozofii praktycznej o charakterze normatywnym, pomiędzy stwierdzeniem pewnych faktów a wskazaniem normy postępowania, między kantowskim „*Sein*” i „*Sollen*” oraz między „*savoir*” i „*devoir*”, istnieje zawsze pewien „skok logiczny”, niemogący być wypełniony w drodze wyłącznie rozumowej<sup>8</sup>.

Nawet Kant, uosobienie umysłu krytycznego, który był skłonny oprzeć wszystko na pierwiastkach czysto rozumowych, nie zdołał w swej konstrukcji etycznej obejść się bez momentów ponadrozumowa-

6 A. Kryniecka-Piotrak, *Światopogląd w filozofii prawa według Antoniego Peretiatkowicza*, (w:) M. Szyszkowska, *Filozofia prawa i jej współczesne znaczenie*, Warszawa 2002, s. 119.

7 *Ibidem*, s. 120.

8 Por. A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba Rousseau*, Kraków 1917, s. 2.

wych i pozadoświadczalnych. Między innymi w tym celu „zawiesił on wiedzę, aby zrobić miejsce dla wiary”<sup>9</sup>. W jego krytycznej filozofii, obok niepoznawalnych „rzeczy same w sobie” znajdują się transcendentne idee czystego rozumu, wychodzące poza granice doświadczenia<sup>10</sup> oraz idee transcendentne: nieśmiertelności duszy, wolności i Boga, które stają się postulatami czystego rozumu praktycznego<sup>11</sup>. Podobnie u A. Peretiatkowicza żaden system normatywny nie daje się jednak pomyśleć bez elementów kategoriycznych, pozostając w ścisłym związku z właściwościami jego twórcy, stanowiąc wykładnik całej jego natury duchowej. Dlatego podobnie jak filozofia w ogóle jest ogólnym poglądem na świat danego myśliciela, tak filozofia prawa powinna być jego ogólnym poglądem na prawo. W przeciwieństwie jednak do szczegółowych nauk prawnych, które zajmują się tylko pewną kategorią zjawisk prawnych, filozofia prawa bada zjawiska prawne jako takie, a więc istotne cechy prawa odróżniające go od innych zjawisk, stosunek prawa do innych pokrewnych mu zjawisk we wszechświecie, takich jak: religia, moralność, zwyczaje. Następnie filozofia prawa porusza kwestie dotyczące celowości i sprawiedliwości, jako odnoszących się do wszystkich zjawisk prawnych oraz bada znaczenie prawa dla życia społecznego, słowem tego wszystkiego, co przyczynia się do ukształtowania i poznania ogólnego poglądu na prawo<sup>12</sup>.

Światopogląd ma przy tym decydujący wpływ dla rozstrzygnięć dokonywanych w ramach filozofii prawa. Zdaniem A. Peretiatkowicza istnieją dwie jego odmiany: światopoglądy indywidualistyczne i światopoglądy nadindywidualistyczne. Pierwsze opierają się na założeniu, że człowiek jest wartością najwyższą i absolutną. Wszelkie zaś wytwory społeczno-kulturowe, takie jak: dzieła sztuki, zdobycze nauki oraz organizacje społeczne powinny służyć człowiekowi, przyczyniając się do jego rozwoju duchowego. Nie mają więc wartości bezwzględnej,

lecz względną, uwarunkowaną tym, w jaki sposób oddziałują na człowieka oraz jak zostają lub mogą zostać przez niego przyswojone i wykorzystane. Zgodnie z takim światopoglądem, hasło „sztuka dla sztuki” zostaje zastąpione hasłem „sztuka dla społeczeństwa”, natomiast hasło „nauka dla wiedzy” – hasłem „nauka dla użytku praktycznego”<sup>13</sup>. Zupełnie inaczej ma się rzecz ze światopoglądami nadindywidualistycznymi, dla których pewne zjawiska – abstrahując od potrzeb i korzyści – są celami samymi w sobie. A zatem, na szczycie hierarchii wartości nie znajduje się człowiek, lecz poszczególne wytwory społeczno-kulturowe, którym nadaje wartość absolutną, czyli wartość sama w sobie. W tym kontekście nie hasło „sztuki dla społeczeństwa”, lecz „sztuki dla sztuki” nabiera podstawowego znaczenia, podobnie jak hasło „nauki dla wiedzy”, a nie „nauki dla użytku praktycznego”<sup>14</sup>.

Z filozoficznoprawnego punktu widzenia światopoglądy indywidualistyczne wskazują na państwo i prawo, podobnie jak na inne dzieła ludzkie i świat przyrody, jako jedynie środki służące zaspakajaniu potrzeb, stojącego najwyżej w hierarchii wartości – człowieka. Ustrój społeczno-polityczny uznać można za najwłaściwszy wówczas, gdy będzie spełniać rolę narzędzia służącego realizacji celów indywidualnych, realizowanych przez poszczególnych obywateli danego państwa<sup>15</sup>, które można w tym przypadku uznać za modelowe „państwo celów”. Z tego chociażby względu do światopoglądu indywidualistycznego zaliczył A. Peretiatkowicz – filozofię Kanta, która w imperatywie praktycznym wskazała na konieczność traktowania jako cel sam w sobie – każdego bez wyjątku człowieka<sup>16</sup>. Z kolei w światopoglądach nadindywidualistycznych wszelkie organizacje społeczne nabierają wartości samistnych. Prawo, jako realizacja sprawiedliwości w życiu społecznym, staje się celem samym w sobie, tak jak państwo, które nabiera wartości ogólnospołecznej, niezależnej od celów indywidualnych jego mieszkańców<sup>17</sup>.

9 I. Kant, *Krytyka czystego rozumu*, t. I, tłum. R. Ingarden, Warszawa 1986, s. 43.

10 Por. *ibidem*, t. II, *op. cit.*, s. 6; zob. N. Leśniewski, *O interpretacyjnym statusie kantowskich rzeczy samych w sobie. Próba ujęcia radykalno-hermeneutycznego*, (w:) *Filozofia Kanta i jej recepcja*, R. Kozłowski (red.), Poznań 2000, s. 125–135; M.J. Siemek, *Transcendentalizm jako stanowisko epistemologiczne*, (w:) *Dziedzictwo Kanta. Materiały z sesji kantowskiej*, J. Garewicz (red.), Warszawa 1976, s. 17–57.

11 *Idem*, *Krytyka praktycznego rozumu*, tłum. J. Gałęcki, Warszawa 1964, s. 212 i n.

12 A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa a metoda porównawcza*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1908, nr 29, s. 463.

13 A. Kryniecka-Piotrak, *Światopogląd w filozofii prawa...*, *op. cit.*, s. 120 i n.

14 A. Peretiatkowicz, *Polska deklaracja konstytucyjna z 1935 roku. Analiza prawno-filozoficzna. Referat na III Zjazd Prawników Polskich*, Poznań 1936, s. 5 i 6.

15 Por. A. Kryniecka-Piotrak, *Światopogląd w filozofii prawa...*, *op. cit.*, s. 121.

16 I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Warszawa 1981, 1984, s. 62.

17 A. Peretiatkowicz, *Polska deklaracja konstytucyjna...*, *op. cit.*, s. 9.

### 3. Prawo pozytywne i prawo natury w ujęciu A. Peretiatkowicza

Poglądy A. Peretiatkowicza można w zasadzie zakwalifikować do pozytywizmu prawniczego, zmodyfikowanego jednak w kierunku konieczności odrodzenia filozofii prawa, z uwzględnieniem prawa natury jako jednego z najbardziej istotnych problemów myśli teoretyczno-prawnej<sup>18</sup>. Jego pozytywistyczne nastawienie ujawniło się przede wszystkim w definicji prawa i państwa. Prawo oznaczało dla niego ogół „norm społecznych uznawanych przez państwo za obowiązujące”, zaś państwo stanowiło „trwały związek ludzi, na pewnej przestrzeni ziemi stale osiedlonych, pod władzą najwyższą”<sup>19</sup>. Tak rozumiane prawo zostało oparte na „woli państwowej”<sup>20</sup>, która ma na celu usunąć z państwa anarchię i zapewnić jego członkom powszechne bezpieczeństwo. Zdaniem Stanisława Czepity – A. Peretiatkowicz wskazywał, z jednej strony, na niemożliwość akceptacji przez zawodowych prawników innego niż pozytywistyczne ujmowania prawa, a więc np. ujęcia psychologicznego jako indywidualnych przeżyć psychicznych. Z drugiej strony, dostrzegał jednak ograniczoną ujęciem pozytywizmu prawniczego, w którym ogólna refleksja nad prawem sprowadzałaby się jedynie do analizy podstawowych pojęć dogmatyki prawa<sup>21</sup>. Najbardziej wyraźnym brakiem podejścia pozytywistycznego było dla niego odrzucenie idei prawa natury, które przez pozytywizm zostało „skazane na zagładę”. Przeciwnie, A. Peretiatkowicz wskazał, iż prawo natury wcale nie „ustąpiło z terenu prawnego i przeszło do archiwum przeszłości”. Przeciwnie, myśl o prawie natury właściwie nigdy nie znikła i jest zjawiskiem społeczno-psychicznym, które wciąż żyje poza sferą prawników zawodowych. Prawo natury jako idea przejawiająca się w rozmaitych formach pozostaje w swej istocie z „naturą ludzką nierozzerwalnie związaną”<sup>22</sup>.

18 Por. K. Pol, *Poczet prawników polskich*, Warszawa 2000, s. 1136; M. Szyszkowska, *Teorie prawa natury XX wieku w Polsce*, Warszawa 1982, s. 127.

19 A. Peretiatkowicz, *Wiadomości prawno-polityczne*, (w:) *Wiadomości polityczne*, Lwów – Warszawa 1936, s. 163 i n.; idem, *Zarys encyklopedii prawa...*, op. cit., s. 22.

20 Idem, *Wstęp do nauk...*, op. cit., s. 23

21 S. Czepita, *Koncepcje teoretycznoprawne...*, op. cit., s. 140.

22 A. Peretiatkowicz, *Prąd nowy w prawoznawstwie. Ustawa a sędzia. Referat wygłoszony na V Zjeździe Prawników i Ekonomistów Polskich*, Poznań 1921, s. 18.

W tym kontekście A. Peretiatkowicz utożsamiał prawo natury nie tylko z najwyższą „ideą prawa, która winna leżeć u podstaw norm państwowych”, ale także z „prawem przyrodzonym, wynikającym z natury człowieka i stanowiącym dla zdrowego rozsądku *recta ratio*, przeciwstawiając je prawu pozytywnemu przymusowo obowiązującemu”<sup>23</sup>. Błąd szkoły prawa naturalnego polegał jednak na tym, że przyjmowała ona istnienie pewnych wiecznych i niezmiennych zasad prawnych, które były niezależne od uznania ludzi i które wszędzie winny obowiązywać. Podobnie błąd pozytywizmu prawnego sprowadzał się do negacji idei prawa słusznego (naturalnego), sprowadzając całe prawo do prawa powstałego w wyniku walki interesów ludzkich. Tak rozumiane prawo naturalne, którego treść była uzależniona od miejsca i czasu, od rozwoju kultury religijnej i moralnej oraz od warunków ekonomicznych, politycznych i społecznych, oparte zostało na poczuciu prawnym istniejącym w świadomości ludzkiej, czyli intuicji.

Na tej podstawie A. Peretiatkowicz określał też prawo natury „prawem intuicyjnym” bądź „prawem przyrodzonym”, sprowadzając je do czynników psychicznych<sup>24</sup>. Jak podkreśla M. Szyszkowska, była to jedyna droga, na której można objaśnić obiektywność istnienia prawa natury<sup>25</sup>. Przyjęcie natomiast istnienia prawa natury poza sferą psychiki człowieka wymagałoby odwołania się do religii i wiary, wychodząc w ten sposób poza teren badań naukowych<sup>26</sup>. Treść tego prawa jest więc zależna od czynników zewnętrznych działających na świadomość ludzką, tak jak ma to miejsce w gnozeologicznych teoriach prawa natury (w tym neokantowskich), będących przecież tworem rozumu ludzkiego<sup>27</sup>. W myśl tych teorii prawo natury ma zmienną treść, lecz niezmienną formę, która decyduje o jego powszechnie niezmiennym zastosowaniu. Ujmowane tak prawo natury wymaga dla swego istnienia prawa pozytywnego, stanowiąc dla niego ideał do urzeczywist-

23 Idem, *Wstęp do nauk...*, op. cit., s. 26 i n.

24 Idem, *Filozofia społeczna Jana Jakuba Rousseau*, Poznań 1921, s. 63.

25 Por. M. Szyszkowska, *Teorie prawa natury...*, op. cit., s. 128 i n.

26 A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa we Francji*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1910, nr 32, s. 496.

27 Por. M. Szyszkowska, *Dociekania nad prawem natury czyli o potrzebach człowieka*, Warszawa 1972, s. 82 i n.; eadem, *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Warszawa 1989, s. 190 i n.



nienia oraz kryterium oceny wartości prawa obowiązującego w danym miejscu i czasie. A zatem, tak jak przy stanowieniu prawa pozytywnego powinno się brać zawsze pod uwagę jego zgodność z prawem natury oraz z poczuciem prawnym społeczeństwa, tak też nie można uzależniać obowiązywania prawa stanowionego od jego słuszności<sup>28</sup>.

Prawo natury opiera się więc na zjawisku społeczno-psychicznym, zwanym poczuciem prawnym<sup>29</sup>. Psychologiczny nurt, na którym oparł swoje poglądy na temat prawa natury A. Peretiatkowicz, nie daje jednak jasnej odpowiedzi w kwestii stosunku zachodzącego między poczuciem prawnym a rozumem. Bliższego wyjaśnienia wymaga też zdaniem M. Szyszkowskiej problem sprecyzowania, co należy rozumieć pod stwierdzeniem „opiera się”<sup>30</sup>. Poczucie prawne jako odruchowa (impulsywna) reakcja uczuciowa na postępowanie ludzkie, może być z punktu widzenia prawa uznawane za postępowanie prawne lub bezprawne. Wyprzedzając jednak argumenty rozumowe jest zazwyczaj reakcją nieświadomą i występuje często pod postacią „ogólnych zasad prawa”, „słuszności” czy „natury rzeczy”. Niewłaściwe jest przy tym utożsamianie pojęcia poczucia prawnego i słuszności, ponieważ poczucie prawne jest zjawiskiem psychicznym pojawiającym się w świadomości ludzkiej jedynie w związku z pojęciem prawa. Słuszność natomiast związana jest z różnymi przejawami życia i wiąże się najczęściej z takim aprobowaniem stanów rzeczy, które czasami mogą dotyczyć prawa, ale mogą też pozostawać od niego niezależne<sup>31</sup>. A. Peretiatkowicz doskonale zdawał sobie sprawę, że przed pojawieniem się teorii psychologicznych termin ten traktowany był przez filozofów prawa, zwłaszcza Kanta, w sposób racjonalistyczny, a jego geneza i siedlisko znajdowało się w rozumie jako pojęcie *a priori*<sup>32</sup>. W ten sposób kantowskie uczucie szacunku dla prawa, związane z przeżywaniem powinności jako bezwarunkowego podporządkowania się prawu, jest

uczuciem całkowicie zracjonalizowanym<sup>33</sup>. Nie można tego powiedzieć o poczuciu prawnym w ujęciu A. Peretiatkowicza, jako że uwzględniał on ustalenia szkoły psychologicznej prawa, nieznannej przecież Kantowi. Faktem jest, że tak rozumiane poczucie prawne i prawo natury pełnią w życiu społecznym analogiczne role jak u Leona Petrażyckiego czy neokantystów. Z jednej strony poczucie prawne w teorii A. Peretiatkowicza jest zbliżone do pojęcia prawa intuicyjnego w teorii L. Petrażyckiego, podkreślając zmienną jego treść<sup>34</sup>. Z drugiej zaś strony źródło prawa natury i poczucia prawnego umiejscawia on w psychice ludzkiej jako jednej ze specyficznych właściwości przypisywanych rozumowi. Ze względu na wpływ pozytywizmu prawnego na teorię prawa natury A. Peretiatkowicza, zalicza się ją do gnoseologicznych teorii prawa natury o eklektycznym charakterze<sup>35</sup>.

Zdaniem A. Peretiatkowicza – niepodobna odrzucić idei prawa naturalnego, gdyż jest to zjawisko realne, które istnieje w świadomości ludzkiej, odgrywając przy tym znaczącą rolę społeczną. „Należy tylko uznać, iż nie posiada ono wiecznej i nieziennej treści, lecz zależy od warunków miejsca i czasu, od całokształtu kultury (religijnej, socjalnej, moralnej) danego społeczeństwa. Stwierdzić również należy, iż łączy się ono z zakresem sfery moralnej, gdyż reprezentuje nie prawo pozytywne obowiązujące (*legem latem*), ale to co być powinno (*legem ferendam*)”<sup>36</sup>. W ten sposób prawo naturalne jest prawem stojącym na granicy pomiędzy prawem pozytywnym a właściwą sferą moralną. Według A. Peretiatkowicza, prawo naturalne od moralności różni się tym, że reprezentuje „uprawnienia” (roszczenia) moralne, podczas gdy właściwa moralność, tak jak u Kanta, odnosi się jedynie do obowiązków, które są koniecznością czynów wynikających z szacunku do prawa<sup>37</sup>. Prawo naturalne różni się od prawa zaś pozytywnego tym, że opiera się na rozumie i sumieniu człowieka, a nie na sankcji państwowej. Prawo pozytywne pozostaje przy tym w pewnej łączności z prawem naturalnym

28 Por. A. Peretiatkowicz, *Recenzja pracy Czesława Martyniaka: Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, Lublin 1938, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1939, nr 1, s. 3.

29 *Idem*, *Ustawa i sędzia. Problem społecznej wykładni ustaw*, (w:) *Studia prawnicze*. Poznań 1938, s. 116.

30 M. Szyszkowska, *Filozofia prawa i filozofia...*, *op. cit.*, s. 134.

31 A. Kryniecka-Piotrak, *Światopogląd w filozofii prawa...*, *op. cit.*, s. 123.

32 A. Peretiatkowicz, *Prąd nowy...*, *op. cit.*, s. 28.

33 Por. M. Szyszkowska, *Neokantyzm. Filozofia społeczna wraz z filozofią prawa natury o zmiennej treści*, Warszawa 1970, s. 47.

34 *Eadem*, *Filozofia prawa i filozofia...*, *op. cit.*, s. 135.

35 *Eadem*, *Teorie prawa natury...*, *op. cit.*, s. 130.

36 A. Peretiatkowicz, *Wstęp do nauk...*, *op. cit.*, s. 28–29 oraz *Zarys encyklopedii prawa...*, *op. cit.*, s. 10–11.

37 I. Kant, *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 21.

pod kątem widzenia dwóch funkcji: ustawodawczej i interpretacyjnej. Przy tworzeniu nowych norm prawnych nie możemy się jednak obejść się bez pewnych wytycznych, czyli ideałów prawnych, które pragniemy realizować i którym przypisujemy wartość bezwzględną. Szczególnie ważną rolę odgrywają tutaj nasze przekonania o prawie naturalnym jako prawie słusznym. Podobnie rzecz się ma przy interpretacji prawa pozytywnego, gdyż przy wykładni kodeksów nie wystarczy często sama logika i rozumowanie abstrakcyjne, ale konieczne staje się uświadomienie sobie pewnych przewodnich idei społecznych, związanych z ideą prawa słusznego.

#### 4. Problem prawa i moralności

Innym przejawem oddziaływania kantowskiej filozofii na poglądy A. Peretiatkowicza była konieczność rozdzielenia prawa od moralności<sup>38</sup>. Każdemu prawu odpowiada obowiązek poddania się temu prawu, gdyż tam gdzie nie ma żadnych obowiązków prawnych, nie ma też żadnych praw. Inaczej jest w moralności, której punkt ciężkości leży w wypełnianiu powinności dla samej powinności, co przesądza o istnieniu właśnie – moralności<sup>39</sup>. Dlatego też wartość moralną mają jedynie czyny spełniane „w imię obowiązku”, a nie czyny „zgodne z obowiązkiem”. Prawo od moralności różni się zatem nie tyle przedmiotem ustanawianych przez siebie obowiązków, lecz swoim stosunkiem do możliwych motywów postępowania. Następną różnicą pomiędzy prawem i moralnością jest to, że prawo dotyczy strony zewnętrznej, a moralność strony wewnętrznej człowieka. Prawu chodzi wyłącznie o czyny zewnętrzne człowieka, czyli skutki jego działania, tak jak moralności chodzi o jego usposobienie wewnętrzne, czyli pobudki postępowania. Prawo zadawała się legalnością postępowania jako zgodnością czynu z normą, a nie motywami, które je wywołały<sup>40</sup>. Podając przykład A. Peretiatkowicz stwierdził, że „dla prawa jest rzeczą obojętną, jakie

motywy skłoniły dłużnika do zwrócenia długu. Dla moralności jednak nie jest to obojętne i np. zwrócenie długu jedynie z tego względu, by uzyskać następnie większą pożyczkę, której już z góry nie ma się zamiaru oddać, byłoby czynem raczej niemoralnym, aczkolwiek legalnym”<sup>41</sup>. Kwestia ta wywołuje w nauce prawa liczne spory przez fakt, iż prawo również uwzględnia stronę wewnętrzną człowieka, np. badając zły zamiar przy zbrodniach. Z drugiej strony moralność dotyczy też dobrego postępowania, a nie tylko myślenia. Według A. Peretiatkowicza zarzuty te są niesłuszne, gdyż opierają się na nieporozumieniu ponieważ, jeżeli prawo bierze pod uwagę zamiar i motywy człowieka to czyni to wyłącznie ze względu na wpływ woli na postępowanie zewnętrzne oraz ze względu na ochronę przed czynami danego człowieka w przyszłości. Jeżeli zaś moralność odnosi się także do czynów, to jedynie dlatego, że w tych czynach przejawia się taka lub inna wola. Pamiętać przy tym należy, że dla moralności miarodajne jest nie tyle myślenie i dobre chęci, lecz dobra wola, tzn. gotowość wypełnienia czynu moralnego, bez względu na skutek faktyczny. Trzecia i ostatnia różnica pomiędzy prawem a moralnością, jaką dostrzegł A. Peretiatkowicz, dotyczy źródła powstania obu norm. Normy państwowe mają charakter obiektywny, gdyż wyrażają wolę państwową, która uwzględniać powinna interes wszystkich obywateli. Normy moralne mają charakter bardziej subiektywny, gdyż opierają się na sumieniu ludzkim i zależne są od indywidualnego uznania każdego człowieka.

W *Zagadnieniu społecznej wykładni ustaw* A. Peretiatkowicz, zgodnie z duchem kantowskiej filozofii prawa, stwierdził, że ustawa nie może być „celem samym w sobie”, tak jak logiczna doskonałość systemu nie może być celem prawoznawstwa. Społeczny charakter wykładni ustaw związany jest, jego zdaniem, z postulatami uspołecznienia prawa i jego demokratyzacji, przez zbliżenie go do szerokich mas. Na tej podstawie „prawo powinno być z jednej strony ubrane w formę dostępną i zrozumiałą dla wszystkich warstw społecznych, z drugiej – winno co do treści być wykładnikiem świadomości prawnej społeczeństwa i w ten sposób zachować ścisły kontakt z narodem”<sup>42</sup>. A zatem

38 A. Peretiatkowicz, *Wstęp do nauk...*, op. cit., s. 30–33; idem, *Zarys encyklopedii prawa...*, op. cit., s. 26–29.

39 Por. R.A. Tokarczyk, *Klasycy praw natury*, Lublin 1988, s. 272.

40 Zob. Z. Kuderowicz, *Kant*, Warszawa 2000, s. 77; M. Szyszkowska, *Filozoficzne interpretacje prawa*, Warszawa 1999, s. 57; Z. Tobor, *Pojęcie legalności w filozofii Immanuela Kanta*, *Folia Philosophica* 1997, z. 15, s. 121–133.

41 A. Peretiatkowicz, *Wstęp do nauk...*, op. cit., s. 31; idem, *Zarys encyklopedii prawa...*, op. cit., s. 27–28.

42 Idem, *Zagadnienie społecznej...*, op. cit., s. 10.

„tylko poczucie prawne społeczne winno być uwzględniane przy wymiarze sprawiedliwości”<sup>43</sup>.

Idealizm teoriopoznawczy, zdaniem A. Peretiatkowicza, dał swój rodowód większości idei od Kanta do Cohena w dziewiętnastowiecznej nauce prawa. Nawet norma podstawowa u H. Kelsena jest według niego, jakimś „metapozytywnym i zupełnie dowolnym postulatem, grającym taką samą rolę jak imperatyw kategoryczny w systemie Kanta oraz posiadającym wszystkie braki swego czasu”<sup>44</sup>. Można zatem powiedzieć, że od dziedzictwa prawnonaturalnych koncepcji nie da się w zasadzie uciec, a Kant i jego krytyczna filozofia dokonała na gruncie teorii prawa podobnej rewolucji w sposobie dotychczasowego myślenia do tej w teorii poznania. Wynika z tego, że choć A. Peretiatkowicz nie zajmował się bezpośrednio kantowską filozofią, to jednak zdawał sobie sprawę z jej doniosłości, odwołując się do związanych z nią bądź wynikających z niej idei.

### 5. Wpływ Rousseau na Kanta według A. Peretiatkowicza

A. Peretiatkowicz starał się więc ujmować podstawy filozoficzne prawa w związku z całokształtem poglądu na świat<sup>45</sup> omawianego przez siebie myśliciela, czyli jego światopoglądem. Szczególnie widoczne było to przy opracowywaniu filozofii społecznej Jana Jakuba Rousseau (1712–1778), przez pryzmat której ujmował on poglądy filozoficzno-prawne większości filozofów późniejszych, w tym także Immanuela Kanta. Podejście zaproponowane przez A. Peretiatkowicza odpowiadało ogólnie przyjętemu stanowisku odnośnie do wpływu poglądów Rousseau na poglądy Kanta<sup>46</sup>. Jest to o tyle istotne, iż Kant ży-

43 *Ibidem*, s. 12.

44 *Idem*, *Recenzja pracy Czesława Martyniaka, Moc obowiązująca prawa...*, *op. cit.*, s. 1 i 4; zob. *idem*, *Problem prawa międzynarodowego. Teoria H. Kelsena*, Warszawa 1937 oraz *Teoria państwa i prawa H. Kelsena*, (w:) *Studia...*, *op. cit.*, s. 3–79.

45 Por. J. Lande, *Recenzja pracy Antoniego Peretiatkowicza pt. Filozofia prawa Jana Jakuba...*, *op. cit.*, s. 286.

46 Zob. K. Reich, *Rousseau und Kant*, Tübingen 1936; G. Vlachos, *La pensée politique de Kant. Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès*, Paris 1962; E. Gerresheim, *Kant come penseur politique*, Bonn–Bad Godesberg 1974; H. Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, New York 1979; H.L. Williams, *Kant's Political Philosophy*, Oxford 1983.

jący w tym samym mniej więcej czasie, znał i podziwiał rozwiązania polityczno–prawne zaproponowane przez szwajcarskiego myśliciela<sup>47</sup>. Można nawet powiedzieć, że tak jak David Hume (1711–1776) obudził Kanta z drzemki metafizycznej, tak Rousseau pobudził Kanta do głoszenia idei republikanizmu<sup>48</sup>. Faktem jest, że obaj wielcy poprzednicy Kanta wywarli na niego wpływ, pierwszy na gruncie filozofii teoretycznej – przy budowaniu nowego systemu filozoficznego, zwanego też idealizmem transcendentally–logicznym. Drugi zaś wpłynął bardziej na kantowską filozofię praktyczną, na czele z etyką odwołującą się do dobrej i wolnej zarazem woli; następnie na kantowską koncepcję umowy społecznej, państwa celów oraz ideę republikanizmu i wiecznego pokoju. Warto tutaj zaznaczyć, że największe podobieństwo Rousseau do Kanta dotyczyło ich światopoglądu, który przenikało poczucie jakiegoś wewnętrznego napięcia wywołanego ciągłym konfliktem między ideałem, do którego należy dążyć, a rzeczywistością, którą należy zmieniać<sup>49</sup>. Rousseau pisał w *Emilu*, że „aby sądzić o tym, co jest, trzeba wiedzieć, jak być powinno”<sup>50</sup>. Kant zaś rozdziałając rozum teoretyczny od praktycznego wskazał na dominację tego ostatniego, który nie poznaje, lecz nakazuje, co być powinno w życiu społecznym i moralności<sup>51</sup>. Zgodzić się więc należy z Mieczysławem Manelim, który uważał, że to Rousseau, Wielka Rewolucja Francuska

47 Interesującym faktem biograficznym dotyczącym życia codziennego Kanta jest to, że jedyny portret wiszący w jego gabinecie przedstawiał właśnie Jana Jakuba Rousseau. Z kolei znane anegdoty dotyczące naruszenia przez Kanta harmonogramu swojego uporządkowanego dnia, związane były z lekturą *Emila* J. J. Rousseau, pod wpływem którego opuścił nawet spacer oraz oczekiwania na wieści z Paryża w czasie Rewolucji Francuskiej w 1789 roku; zob. W. M. Kozłowski, *Kant i zagadnienia palące wieku (Kant jako publicysta)*, Przegląd Filozoficzny 1904, z. 4, s. 423; J. Garewicz, *Kant i gilotyna*, (w:) *Dziedzictwo Kanta...*, *op. cit.*, s. 106–122; W. Gromiec, *Kant a rewolucja francuska*, Wrocław 1979; P. Burg, *Kant und französische Revolution*, Berlin 1974; A. Tosel, *Kant révolutionnaire. Droit et politique*, Paris 1988.

48 Zob. J. Lacroix, *Kant et kantisme*, Paris 1973, s. 88; O. Höffe, *Immanuel...*, *op. cit.*, s. 32; E. Nowak–Juchacz, *Immanuela Kanta droga do republikanizmu*, (w:) *Filozofia a demokracja*, P. W. Juchacz, R. Kozłowski (red.), Poznań 2001, s. 73–87.

49 Por. B. Baczek, *Rousseau: samotność i wspólnota*, Warszawa 1964, s. 515; A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 20 i n.

50 J.J. Rousseau, *Emil, czyli o wychowaniu*, t. II, tłum. W. Husarski, E. Zieliński, Wrocław 1955, s. 369.

51 Por. K. Kuźmicz, *U źródeł filozoficzno–prawnych rozważań Immanuela Kanta*, „Miscellanea historio–iuridica”, t. III, A. Lityński, P. Fiedorczyk (red.), Białystok 2005, s. 27.

i konflikt z pruską cenzurą, najbardziej „natchnęły” Kanta do myślenia o godności człowieka, o wartości osoby ludzkiej oraz roli wolności, zachęcając go do podjęcia problematyki związanej z teorią prawa, państwa oraz filozofią dziejów<sup>52</sup>. Kant postanowił więc zapoznać się z poglądami genewskiego myśliciela, by móc je lepiej pojąć, o czym pisał: „Muszę czytać Rousseau dopóty, dopóki mi piękność stylu nie przestanie przeszkadzać, i wówczas dopiero mogę go ogarnąć rozumowo”<sup>53</sup>.

Przełomową w rozwoju idei umowy społecznej, według A. Peretiatkowicza była zatem teoria Rousseau z 1762 roku, której stroną filozoficzną na gruncie niemieckim zajmowali się m. in. Kant i Stammler<sup>54</sup>. Jednakże wpływ umowy społecznej Rousseau polegać miał głównie na tym, że umowa ta nie tworzyła sprawiedliwości i własności, lecz jedynie je zabezpieczała, tak jak u Kanta zabezpieczała przede wszystkim wolność<sup>55</sup>. Podobieństwo znaczenia umowy społecznej jest na tyle istotne, że przetwarzała ona wolność naturalną – człowieka, w wolność cywilną i polityczną – obywatela<sup>56</sup>. W tym kontekście społeczny charakter umowy społecznej przejawia się przede wszystkim w tym, by określić stosunki wzajemne między ludźmi w drodze rozmowy, godząc wolność jednej osoby z wolnością innych<sup>57</sup>. Idea umowy społecznej oznaczała bowiem, u obydwo myślicieli, filozoficzną ideę regulatywną (normatywną), która nie była faktem historycznym, lecz teoretyczną hipotezą rozumu ludzkiego<sup>58</sup>. Kant zdawał sobie sprawę z tego, że takiej umowy nigdy w rzeczywistości nie było, dlatego

52 Por. M. Maneli, *Historia doktryn polityczno-prawnych XIX wieku*, cz. I, Warszawa 1964, s. 11.

53 I. Kant, *Fragmente, Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, 1764; cyt. za: A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, *op. cit.*, s. 4–5.

54 A. Peretiatkowicz, *Idea umowy społecznej w rozwoju historycznym*, Poznań – Warszawa 1920, s. 51 i 66 oraz s. 118; zob. J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, tłum. A. Peretiatkowicz, Warszawa 1966.

55 W. Załęski, *O filozofii krytycznej Kanta w zastosowaniu do nauki prawa*, Przedruk z Prawnika, Lwów 1875, s. 41; O. Höffe, *Immanuel Kant*, tłum. A.M. Kaniowski, Warszawa 1995, s. 218.

56 Por. J. Baszkiewicz, F. Ryszka, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1979, s. 255.

57 A. Peretiatkowicz, *Umowa społeczna Jana Jakuba Rousseau na tle historycznym*, *Thesis Polska* 1913, t. I, z. 2, s. 69.

58 *Idem*, *Idea umowy społecznej...*, *op. cit.*, s. 71.

nie powinna być rozpatrywana jako fakt, lecz jako idea praktycznego rozumu<sup>59</sup>. Na jej podstawie każdy prawodawca zostaje zobowiązany, ażeby wydawać swoje ustawy tak, jak gdyby wpływały one z połączonej woli powszechnej, na co zgodę powinien wyrazić każdy, zawierający pierwotny kontrakt społeczny – człowiek. Potwierdził to także Rudolf Stammler, który jako neokantysta pisał, że umowa społeczna jest „(...) filozoficznym wyrazem idei prawnej i pragnie dostarczyć powszechnie wartościowego sprawdzianu, według którego może i powinien być oceniany każdy państwowo usankcjonowany przepis. Norma prawna jest wówczas uzasadniona w swej treści, jeżeli opowiada umowie społecznej. Jeżeli umowa społeczna – nie jako przyczyna historyczna powstania porządku prawnego, ale jako cel idealny – będzie miała stale na oku oraz w szczegółach urzeczywistniania, powstanie wówczas prawo, podlegając któremu ludzie złączeni prawnie będą jednak żyć na wolności”<sup>60</sup>.

Rousseau już w *Umowie społecznej* pisał, że posłuszeństwo prawu, które się sobie przypisało jest prawdziwą wolnością, w związku z tym nie można zrzec się swej wolności, tak jak nie można zrzec się swego człowieczeństwa postępując wbrew naturze. Odbierając bowiem wolność woli ludzkiej, odbiera się zarazem wszelką moralność ludzkim czynom i narusza godność<sup>61</sup>. Podążając tym tropem, Kant dodał nieco później, że źródłem godności ludzkiej jest moralna autonomia woli każdej istoty rozumnej, zdolnej do bycia powszechnym prawodawcą<sup>62</sup>. Człowiek potrzebuje zatem państwa, którego prawo zapewni wolność jemu i innym. A. Peretiatkowicz w tej samej kwestii stwierdził, że wolność w państwie może być zachowana jedynie wówczas, gdy żaden człowiek nie będzie podlegał innym ludziom, lecz tylko takiemu prawu, którego powinien być twórcą<sup>63</sup>. Jak zauważył Bronisław Baczko,

59 *Ibidem*, s. 87–88.

60 R. Stammler, *Theorie der Anarchismus*, 1894, s. 14; cyt. za: A. Peretiatkowicz, *Idea umowy społecznej...*, *op. cit.*, s. 67.

61 J.J. Rousseau, *Umowa...*, *op. cit.*, s. 15–16 i 28; idem, *Idea umowy społecznej...*, *op. cit.*, s. 74 i n.; A. Burda, *Idea suwerenności ludu w doktrynie politycznej J.J. Rousseau*, Państwo i Prawo 1954, z. 10 i 11, s. 561 i 563.

62 Por. K. Kuźmicz, *Prawa człowieka i ich kantowskie inspiracje*, (w:) *Filozofia Kanta w XXI wieku*, M. Szyszkowska (red.), Warszawa 2005, s. 126.

63 A. Peretiatkowicz, *Jan Jakub Rousseau filozof demokracji społecznej*, Poznań 1949, s. 142–143 i 257; idem, *Państwo współczesne*, Poznań 1922, s. 13.

państwo na podstawie umowy społecznej staje się prawdziwą ojczyzną wolności, ponieważ rządzić w nim powinno tylko prawo<sup>64</sup>.

W powyższym kontekście stan prawny staje się stanem zalecanym przez rozum, ponieważ jedynie w nim może się ziścić nakaz zaprowadzenia ładu w społeczeństwie<sup>65</sup>. Związana z tym apologia porządku prawnego wskazuje na posłuszeństwo wobec prawa jako na podstawowy obowiązek człowieka. Wyjście więc ze stanu natury okazuje się być u Rousseau i Kanta czymś nieuniknionym i nieodwracalnym, tak jak proces starzenia się ludzi, a nawet czymś koniecznym w rozumowym procesie dziejowym jako ukrytym planie samej natury. Na tej podstawie umowa społeczna, uznająca istnienie państwa za postulat czysto rozumowy, pociąga za sobą supozycję zgody wszystkich na środki niezbędne do jego utrzymania<sup>66</sup>. W życiu społecznym bowiem to prawo jako realizacja sprawiedliwości otrzymuje wartość samodzielną i niezależną, stając się – jak mawiał Kant – „celem samym w sobie”. Bez sprawiedliwości w państwie życie zbiorowe ludzi nie miałyby żadnego sensu. Cechą charakterystyczną teorii umowy społecznej jest przecież to, że traktuje ona wszystkich ludzi jako istoty równie wartościowe. Jak twierdził A. Peretiatkowicz, był to tzw. humanizm prawny wyrażający kult dla człowieczeństwa i godności ludzkiej, tkwiącej w każdym człowieku. Jego zdaniem, Kant poszedł jeszcze dalej niż Rousseau uznając, że celem umowy społecznej jest pogodzenie na zasadach równości – wolności wszystkich ludzi poprzez wspólne prawa<sup>67</sup>. W ten sposób prawo jako realizacja sprawiedliwości w życiu społecznym otrzymuje wartość samoistną, stając się „celem samym w sobie”. Kant pisał, że „gdyby sprawiedliwość znikła, to nie miałyby żadnej wartości i celu, by ludzie na ziemi żyli”<sup>68</sup>.

64 B. Baczeko, *Paradoksy russoistyczne. Wstęp do dzieł wybranych J.J. Rousseau*, (w:) J.J. Rousseau, *Umowa...*, op. cit., s. LVII.

65 A. Kryniecka, *Kantowska apologia prawa jako czynnika umożliwiającego zaprowadzenie ładu społecznego*, (w:) *Silne państwo*, M. Szyszowska (red.), Białystok 1999, s. 228 i n.

66 M. Zahn, *Kantowska teoria pokoju w świetle najnowszych dyskusji*, tłum. M. Poręba, (w:) *Filozofia transcendentna a dialektyka*, M.J. Siemek (red.), Warszawa 1994, s. 11.

67 A. Peretiatkowicz, *Idea umowy społecznej...*, op. cit., s. 108 i 109.

68 I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Teil II, 1797; cyt. za: A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, op. cit., s. 155.

Mimo wielu podobieństw dotyczących umowy społecznej i stanu natury, w poglądach Rousseau i Kanta można jednak dostrzec pewne różnice<sup>69</sup>. Jedną z nich była związana z tym, że dla Rousseau stan natury był w zasadzie stanem, do którego powinniśmy jako ludzkość dążyć i nawiązywać – stąd hasło powrotu do natury. Natomiast dla Kanta stan prawny staje się stanem bardziej pożądanym, gdyż tylko w nim dzika wolność ze stanu natury może być zachowana poprzez „dobrowolne” przekształcenie jej w „wolność prawnie uregulowaną”<sup>70</sup>. Konsekwencją takiego podejścia była też całkowita negacja dorobku cywilizacji i kultury u Rousseau oraz apoteoza dorobku u Kanta<sup>71</sup>. Ten drugi w wyniku ich rozwoju upatrywał jednak stopniowy postęp ludzkości w kierunku tego, co dobre, w przeciwieństwie do pierwszego, który obarczał je winą za całe istniejące zło<sup>72</sup>. Kant zauważył, że: „Rousseau w gruncie rzeczy nie pragnął, aby człowiek znowu do stanu natury powrócił, tylko aby ze stopnia, na którym teraz stoi, wstecz się oglądał”<sup>73</sup>.

Inne różnice dotyczyły odmiennego podejścia do koncepcji umowy społecznej, która u Rousseau nie była – tak jak u Kanta – obowiązkiem, lecz koniecznością historyczną. Choć obie koncepcje umowy społecznej – w przeciwieństwie do dwuetapowych umów Jonha Locka i Thomasa Hobbesa – były jednoetapowe, nie tworzące najpierw społeczeństwa, a następnie państwa, to jednak dla Rousseau tylko społeczeństwo w postaci „suwerennego ludu” stanowiło jedyną możliwą władzę państwową, mogącą wyrażać „wolę powszechną”<sup>74</sup>. U Kanta nie ma też mowy o „zwierzchnictwie ludu”, a stan natury między państwami trwa, także po utworzeniu państwa (*universi*), mimo iż jednostki (*omnes et singuli*) zawarły wcześniej umowę pierwotną. Choć etykę

69 Por. Cz. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Kraków 1999, s. 85–91 oraz s. 103 i n.

70 A. Peretiatkowicz, *Idea umowy społecznej...*, op. cit., s. 103 i n.

71 *Idem*, *Jan Jakub Rousseau...*, op. cit., s. 19–20; E. Wolicka, *Rozważania wokół Kanta. Prolegomena do filozofii kultury jako krytyki władz podmiotu*, Lublin 2002, s. 143 i n.

72 Zob. J.J. Rousseau, *Rozprawa o naukach i sztukach*, (w:) *Trzy rozprawy z filozofii społecznej*, tłum. H. Elzenberg, Kraków 1956, s. 3–44; I. Kant, *Wznowione pytanie czy rodzaj ludzki zmierza ku temu, co lepsze?*, (w:) *idem*, *Sp= fakultet=*, tłum. M. Żelazny, Toruń 2003, s. 187–196 (*Fragment krakowski*) oraz s. 197–205 (*Fragment królewicki*).

73 I. Kant, *Anthropologie*, Teil II, 1798; cyt. za: A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, op. cit., s. 15.

74 Por. B. Baczeko, *Rousseau: samotność...*, op. cit., s. 637.

obu filozofów A. Peretiatkowicz uznawał za autonomiczną, to jednak etyka Rousseau w przeciwieństwie do etyki Kanta – nie była racjonalną, lecz emocjonalną, czyli opartą na uczuciu, a nie na rozumie. Etyka Rousseau stanowi też przykład etyki materialnej a nie formalnej, jak u Kanta, gdyż mówi nie tylko o źródłach moralności, ale także o jej treści<sup>75</sup>. Droga do republikanizmu obu filozofów również była odmienna, gdyż Kant nie dopuszczał możliwości osiągnięcia go w drodze rewolucji<sup>76</sup>.

Kantowska filozofia, zwłaszcza prawa, mająca z założenia wymiar praktyczny, w swojej konstrukcji teoretycznoprawnej, zmierzała ku osiągnięciu wolności zewnętrznej, będącej przede wszystkim terenem dla działalności etycznej, a przeto środkiem prowadzącym do zasadniczego celu<sup>77</sup>. Godząc poprzez wspólne prawa wolność wszystkich równych sobie ludzi, osiągnięciem się, zdaniem Kanta, główny cel umowy społecznej, czyli porządek moralny, który nazwał „państwem celów”<sup>78</sup>. Do czasów Kanta państwo nie uznawało bowiem osobowości ludzkiej jako takiej, nie przyznając zarazem ochrony prawnej dla człowieka jako takiego i człowieczeństwa w ogóle<sup>79</sup>. Rozwinięta w kantowskiej filozofii i naukach społecznych zasada osobowości człowieka, który jest „celem samym w sobie” i nigdy nie powinien być przez nikogo traktowany inaczej, była pojmowaniu klasycznemu w filozofii zupełnie obca. Jak podkreślał A. Peretiatkowicz, państwo stało się organizacją, która umożliwiła jakiegokolwiek życie społeczne, w obrębie którego mógł nastąpić właściwy rozwój wszystkich ludzi, czyli całego społeczeństwa. Dlatego umowa społeczna stanowi tutaj środek, a nie „cel sam w sobie”. Tym celem, o charakterze moralnym, są przecież jednostki, a nie społeczeństwo. Są nim obywatele państwa, a nie samo państwo i jego władze. Celem tym jest wreszcie każdy człowiek i jego indywidualne potrzeby, które należy pogodzić z potrzebami innych ludzi (współobywateli) żyjących razem w tym samym społeczeństwie i państwie. Kon-

75 A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, op. cit., s. 33 i n.

76 Zob. J. Starobinski, *Jean Jacques Rousseau. Przejrzystość i przeszkoda oraz siedem esejów o Rousseau*, tłum. J. Wojcieszak, Warszawa 2000, s. 41–43.

77 Por. A. Peretiatkowicz, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, op. cit., s. 158.

78 M. Wartenberg, *O kantowskiej „Krytyce praktycznego rozumu” i jej stosunku do „Krytyki czystego rozumu”*, Lwów 1911, s. 15.

79 A. Peretiatkowicz, *Państwo...*, op. cit., s. 8.

cepcję tę, określaną obecnie mianem społecznego indywidualizmu, A. Peretiatkowicz nazywał nieco inaczej, a mianowicie indywidualizmem uspołecznionym<sup>80</sup>. Kant został pierwszym filozofem, który pogodził przeciwstawiane dotąd zasady, łącząc wartość wolności z wartością prawa<sup>81</sup>.

Wynika z tego, że jedną z głównych cech koncepcji filozoficzno-prawnych wywodzących się od Kanta stanowi celowość, która odgrywa znaczącą rolę przy tworzeniu norm prawnych. Rudolf Ihering w pracy *Zweck in Recht* z 1877 roku pisał, że „cel jest twórcą wszelkiego prawa”<sup>82</sup>. Zgodnie z kantowskim światopoglądem, zaliczonym przez A. Peretiatkowicza do koncepcji indywidualistycznych (personalistycznych), społeczeństwo nie jest celem, lecz tylko środkiem. Celem bowiem jest człowiek i jego potrzeby, zaś organizacja społeczna jego narzędziem pomocniczym<sup>83</sup>. Dlatego zdaniem A. Peretiatkowicza, mało zrozumiałym wydaje się więc stanowisko eliminujące celowość z juryspruden-cji, czyli dogmatyki prawa, która nie jest niczym innym, jak naukowym opracowaniem obowiązujących norm prawnych”<sup>84</sup>. Zgodnie przecież z kantowskim dziedzictwem, należy rozróżniać przyczynowość leżącą u podstaw badań przyrodniczych oraz celowość leżącą u podstaw nauk społecznych wraz z jurysprudencją. Postąpił tak m.in. wspomniany już neokantysta R. Stammler, który starał się stosować metodę formalną na gruncie filozofii prawa. Odróżniając zawsze treść od formy, nie widział przy tym w swych konstrukcjach teoretyczno-prawnych żadnej przeszkody w łączeniu punktu widzenia formalnego z punktem widzenia teleologicznym. R. Stammler dopatrywał się więc prawidłowości życia społecznego w jego formie, tj. prawie, przez które było też uwarunkowane „gospodarstwo”, tj. całość życia ekonomicznego, czyli jego materia<sup>85</sup>. A zatem wszelkie prawidłowości życia społecznego zależą od regulującej go formy, czyli prawa określającego treść życia społecznego w zależności od zmieniających się warunków zewnętrznych. Potrzeby oraz sposób ich zaspokajania zależą więc od

80 *Idem*, *Filozofia prawa Jana Jakuba...*, op. cit., s. 157.

81 M. Szyszkowska, *Zarys europejskiej filozofii prawa*, Białystok 2004, s. 150 i n.

82 A. Peretiatkowicz, *Studia prawnicze*, Poznań 1938, s. 72.

83 *Idem*, *Umowa społeczna Jana Jakuba...*, op. cit., s. 68.

84 *Idem*, *Studia...*, op. cit., s. 72–73.

85 Cyt. za: M. Szyszkowska, *Neokantyzm...*, op. cit., s. 122–123.

tych warunków, które mogą wpływać wyłącznie na zmienny ideał prawa. Sformułowana w dziele *Wirtschaft und Recht* z 1896 roku, teoria prawa natury o zmiennej treści polegać miała na poszukiwaniu prawa idealnego, odpowiadającego określonym warunkom danego miejsca i czasu, do którego powinien zmierzać ustawodawca. W ten sposób prawo natury, zgodnie z założeniami filozofii prawa Kanta, stanowiło jedynie miarę, czyli kryterium oceny dla prawa obowiązującego normą przymusową<sup>86</sup>, które można zmieniać przez inne pozytywne prawo.

## 6. Wojna a idea prawa

Ostatnim istotnym elementem filozofii Kanta, do którego nawiązywał w swoich poglądach filozoficznoprawnych A. Peretiatkowicz był problem wojny i pokoju. W pracy zatytułowanej *Wojna a idea prawa* A. Peretiatkowicz rozważał stosunek wojny do prawa jako stosunek prawnie uregulowany przez prawo pozytywne (międzynarodowe). Nie oznaczało to jednak, by wojna jako całość była uporządkowanym stosunkiem prawnym, lecz tylko, że istnieje w jej zjawisku strona prawna, którą można i należy regulować<sup>87</sup>. Jego zdaniem odpowiedzi na pytanie, kiedy wojna jest prawną, a kiedy bezprawną próbowała dać filozofia prawa i doktryna prawa naturalnego, w tym także filozofia prawa Immanuela Kanta. Spełnieniem ostatecznego celu nauki o prawie w obrębie czystego rozumu była dla Kanta idea wiecznego pokoju zawarowanego prawem<sup>88</sup>. Idea ta, wyrażona w traktacie *O wiecznym pokoju* z 1795 roku, stanowiła ukoronowanie całej filozofii praktycznej Kanta, która z jednej strony zobowiązywała do traktowania wszystkich ludzi jako „cele same w sobie”, z drugiej zaś wskazywała na konieczność utworzenia ponadpaństwowej organizacji, zjednoczonej wokół wspólnych wartości będących celem obowiązującego prawa<sup>89</sup>. To

86 R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig 1914, s. 104.

87 Por. A. Peretiatkowicz, *Wojna a idea prawa*, Poznań 1920, s. 4 i n.

88 W.H. Schrader, *Pokój zawarowany prawem jako fundament jedności Europy. Rozważania wokół Kanta i Fichtego*, tłum. E. Nowak-Juchacz, (w:) *Filozofia a ...*, op. cit., s. 66.

89 Zob. K. Kuźmich, *Kantowska koncepcja wiecznego pokoju jako przykład idei jednoczącej ludzkość*, (w:) *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – idee – prawo*, A. Li-tyński, P. Fiedorczyk (red.), Białystok 2003, s. 411–418.

właśnie w tej pracy królewiecki filozof podkreślił najsilniej konieczny związek polityki z prawem na zasadzie zależności polityki od prawa.

Zdaniem A. Peretiatkowicza stosunek do wojny zależny jest od tego, czy wychodzimy z indywidualistycznego (personalistycznego) czy nadindywidualistycznego (transpersonalistycznego) pojmowania życia społecznego. Kanta uznawał on przecież za jednego z najwybitniejszych przedstawicieli indywidualistycznego poglądu na świat, który doszedł w swoich poglądach do negacji wojny i idei wiecznego pokoju. Nie było to jednak przejawem starzejącego się wówczas umysłu królewieckiego myśliciela, ale logiczną i konieczną konsekwencją zasadniczego punktu wyjścia jego systemu filozoficznego<sup>90</sup>. W indywidualistycznym poglądzie na świat, uznającym przecież dobro jednostki za wartość nadrzędną w życiu społecznym – wojna jest złem, które należy usunąć<sup>91</sup>. Kto wywołuje wojnę lub czyni do niej przygotowania ten wyrządza zło „sobie zewnątrz przez państwa lub wewnątrznie każdemu w państwie (narodowi)”<sup>92</sup>. Stan pokoju u Kanta, nie jest stanem naturalnym człowieka i dlatego należy go dopiero ustanowić. Wszystkie państwa powinny więc być traktowane jak pojedynczy ludzie, czyli równorzędne i równowartościowe podmioty. W związku z tym państwo wobec państwa powinno postępować tak, jak istota rozumna wobec innej istoty rozumnej, czyli zgodnie z racjonalnymi zasadami prawości, a nawet moralności<sup>93</sup>. A zatem by wprowadzić trwały pokój, Kant postanowił oprzeć go na idei prawa<sup>94</sup>, przedstawiając gotowy program jego realizacji pod pewnymi warunkami, które nazwał postulatami wprowadzającymi (preliminarnymi) i definitywnymi<sup>95</sup>.

Do koncepcji indywidualistycznych, które z założenia powinny wyrażać pacyfistyczne podejście do wojny, A. Peretiatkowicz zaliczał liberalizm i socjalizm. Liberalizm domagający się równości obywa-

90 A. Peretiatkowicz, *Wojna a ...*, op. cit., s. 23 i 24.

91 Por. B. Winiarski, *Przegląd piśmiennictwa*, Ruch Prawniczy i Ekonomiczny 1922, z. 1, s. 53 i n.

92 I. Kant, *Wznowione pytanie...*, op. cit., s. 191.

93 Por. Z. Kuderowicz, *Kant*, op. cit., s. 86.

94 M. Zahn, *Kantowska teoria pokoju...*, op. cit., s. 37.

95 Zob. I. Kant, *Do wiecznego pokoju. Projekt filozoficzny*, tłum. M. Żelazny, Toruń 1995, s. 49 i n.

telskiej i wolności indywidualnej bliski jest socjalizmowi<sup>96</sup>. Choć w sferze ekonomicznej i podejściu do własności oba nurty się różnią, zwłaszcza na gruncie polityki, to jednak na płaszczyźnie światopoglądowej mają wiele wspólnych celów. Zdaniem A. Peretiatkowicza, socjalizm przeciwstawia się jedynie indywidualizmowi osobistemu, a nie społecznemu, dąży do usunięcia wojen, ale chce w odróżnieniu od liberalizmu osiągnąć to w inny sposób. Nie poprzez wolność osobistą, lecz równość społeczną<sup>97</sup>. W tym kontekście bliższa socjalistycznym założeniom jest koncepcja Rousseau, która zakładała ścisły związek wolności i równości. Wolności bowiem bez równości utrzymać się nie da, gdyż wszelkie nierówności pociągają za sobą faktyczne zależności, skutkiem czego zanika w społeczeństwie wolność<sup>98</sup>. Natomiast koncepcja Kanta bardziej odpowiada liberalizmowi, który wolność uważa za wartość najwyższą, przysługującą wszystkim z natury równym ludziom. Socjalizm z kantowskiej filozofii wzięł to, co w etyce Kanta było jednak najważniejsze: celem zawsze powinno być człowieczeństwo, czyli godność każdej osoby ludzkiej. Wszystkie zaś inne rzeczy posiadają większą lub mniejszą wartość, w zależności od tego, czy należycie zaspakajają potrzeby ludzi i przyczyniają się do wzbogacenia ich osobowości<sup>99</sup>.

## 7. Podsumowanie

Nie budzi dzisiaj wątpliwości, że obok zainteresowania tzw. prawem państwowym – przedmiotem zainteresowań badawczych A. Peretiatkowicza były także kwestie związane z filozofią i teorią prawa. Na pierwszym miejscu należy tutaj wymienić problemy dotyczące prawa natury i jego odrodzenia po okresie dominacji m.in. pozytywizmu prawniczego. A. Peretiatkowicz, który zdawał sobie sprawę z konieczności i nieuchronności tegoż odrodzenia, w pewien sposób starał się jednak pogodzić pozostające dotąd w sprzeczności porządki – prawa natury i prawa stanowionego. Ich ścisły ze sobą związek powinniśmy

96 A. Peretiatkowicz, *Państwo...*, op. cit., s. 12.

97 *Idem*, *Wojna a...*, op. cit., s. 24 i 25.

98 *Idem*, *Jan Jakub Rousseau...*, op. cit., s. 53–54 oraz s. 258–259.

99 *Por. idem*, *Wojna a...*, op. cit., s. 15.

jak najlepiej wykorzystać w realnym świecie, czemu dał wyraz w swoich poglądach o charakterze pozytywistycznym w stosunku do państwa i obowiązującego w nim prawa, a o charakterze społeczno-psychicznym – odnośnie prawa naturalnego i związanego z nim poczucia prawnego. Zaakceptowanie przez niego prawa natury o zmiennej treści pozwala zaliczyć go do przedstawicieli gnoseologicznych teorii prawa natury, które wywodzą się od Kanta. Wskazane przeze mnie inne jeszcze elementy kantowskie w poglądach A. Peretiatkowicza potwierdzają tezę o jego inspiracjach krytyczną filozofią, która stanowiła ważny, a może nawet zasadniczy element jego filozoficzno-prawnych rozważań. W tym kontekście jednoznaczne określenie stanowiska A. Peretiatkowicza jako teoretyka prawa byłoby jednak daleko idącym uproszczeniem, na które nie pozwala głębsza analiza jego poglądów w przedstawionym powyżej zakresie. Można więc nazwać A. Peretiatkowicza pozytywistą, ale można też uznać go za zwolennika prawa natury. Podobnie można go nazwać russoistą, bo pisał prace o filozofii społecznej i politycznej J.J. Rousseau, ale można też nazwać (neo)kantystą przez wzgląd na sposób swojego filozofowania na temat prawa.

\*

## Odzwierciedlenie założeń kantowskiej filozofii w poglądach filozoficzno-prawnych Antoniego Peretiatkowicza (streszczenie)

Antoni Peretiatkowicz żył w latach 1884–1956. Jest uznawany obecnie za jednego z najwybitniejszych polskich uczonych okresu międzywojennego. A. Peretiatkowicz związał się na całe życie z utworzonym po I wojnie światowej Uniwersytetem w Poznaniu, na którym wykładał przede wszystkim prawo konstytucyjne, teorię prawa oraz historię filozofii prawa. Jako filozof prawa znany jest głównie z analiz koncepcji polityczno-prawnych takich myślicieli jak J.J. Rousseau, G. Jellinek czy H. Kelsen. W jego poglądach można również dostrzec wyraźne oddziaływanie krytycznej filozofii Kanta. Szczególnie silne



inspiracje kantowskie związane są z teorią prawa natury o zmiennej treści, której zwolennikiem był A. Peretiatkowicz. Prawo natury, zwane przez niego inaczej prawem intuicyjnym, było psychicznym przejawem tzw. poczucia prawnego. Prawo natury wyrażało bowiem ideał prawa, który przeciwstawiał prawu obowiązującemu. Jego filozoficznoprawne stanowisko wyrażało więc w pewnym sensie rezultat zmagania się koncepcji pozytywistycznych z teorią odradzającego się wówczas prawa natury. A. Peretiatkowicz, odwołując się do kantowskiej filozofii, pisał także o konieczności rozdzielenia prawa od moralności. Poświęcił też wiele uwagi teoretycznym rozważaniom dotyczącym umowy społecznej i utworzeniu państwa praworządnego. Według niego prawo w państwie ma gwarantować zewnętrzną wolność w stosunkach wzajemnych między ludźmi. Z kolei, w nawiązaniu do kantowskiej idei wiecznego pokoju, A. Peretiatkowicz zajmował się również problemem wojny w odniesieniu do idei prawa.

Bartosz M. Iwanowski

## Prawo a standardy zawodowe

1. Impulsem do podjęcia tematu standardów zawodowych było zetknięcie się z tą problematyką w toku studiów podyplomowych w zakresie rzeczoznawstwa majątkowego. Zgodnie z art. 177 ust. 1 pkt 3 ustawy z dn. 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>1</sup>, o uprawnienia rzeczoznawcy mogą ubiegać się osoby, które posiadają wyższe wykształcenie prawnicze, ekonomiczne i techniczne. Charakterystyczne, że większość słuchaczy, którzy ukończyli studia „nieprawnicze”, w trakcie zajęć traktowała standardy zawodowe jak przepisy prawa. Ponieważ w programie studiów prawniczych również nie zetknąłem się z tym problemem, wyłania się potrzeba bliższego przeanalizowania charakteru prawnego i roli standardów zawodowych w procesie stosowania prawa.

Co to są standardy zawodowe? Zgodnie z definicją zawartą w wymienionej ustawie, są to reguły postępowania stosowane przy wykonywaniu określonego zawodu<sup>2</sup>. We współczesnej praktyce standardy zawodowe przybierają zwykle kształt sformalizowany, w postaci odrębnego dokumentu uchwalanego przez organizacje zrzeszające osoby wykonujące określony zawód, zazwyczaj stowarzyszenia. Podmiotem ustalającym może być także organ korporacji zawodowej samorządu zawodowego<sup>3</sup>, a w określonym przypadku – organ państwa.<sup>4</sup>

Uchwalanie standardów zawodowych z reguły nie wynika z upoważnienia przepisów prawnych. Jest to domena aktywności społecznych organizacji zawodowych. W związku z tym, niewątpliwie, stan-

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 261 poz. 2603. Ustawa ta dalej będzie powoływana w skrócie jako „u.g.n.” lub „ustawa.”.

2 Art. 4 pkt 14 u.g.n.

3 Standardy praktyki zawodowej położnych uchwała organ samorządu – Krajowy Zjazd Pielęgniarek i Położnych – na podstawie art. 31 pkt 2 Ustawy z 19 IV 1991r. o samorządzie pielęgniarek i położnych, Dz.U. Nr 41 poz.178, ze zm.

4 Standardy zawodowe audytorów wewnętrznych ustala Minister Finansów, na podstawie art 63 Ustawy z 30 VI 2005 r. o finansach publicznych, Dz.U. Nr 249, poz. 2104.

dardy zawodowe nie są przepisami prawa, nie należą zatem do kategorii norm prawnych<sup>5</sup>. Unormowania zawarte w ustawach wymienionych w odnośnikach 3–4 świadczą jednak o wkraczaniu przepisów prawnych i organów publicznych w sprawy ustalania i funkcjonowania standardów zawodowych.

Także ustawa o gospodarce nieruchomościami przewiduje ustalenie standardów zawodowych trzech powiązanych ze sobą grup zawodowych: rzeczoznawców majątkowych (art. 175 ust. 6), pośredników w obrocie nieruchomościami (art. 181 ust. 5) oraz zarządców nieruchomości (art. 186 ust. 5). Spośród innych zawodów wymienić można przykładowo standardy zawodowe geodetów, urbanistów, pracowników sektora „public relations”, informatyków, psychoterapeutów i wielu innych. Standardy zawodowe nie są oczywiście jakimś polskim wynalazkiem. Instytucja standardów zawodowych jest rozpowszechniona w świecie. Istnieje opracowanie „Europejskich standardów zawodowych” zawierające kilkadziesiąt standardów<sup>6</sup>, a także standardy międzynarodowe. Te ostatnie nie są na ogół wiązane bezpośrednio z podmiotem (zawodem), lecz formułowane w ujęciu przedmiotowym. Chodzi w szczególności o międzynarodowe standardy wyceny, międzynarodowe standardy rachunkowości, międzynarodowe standardy sprawozdawczości, kontroli finansowej i inne.

Problematyka standardów zawodowych nie była jak dotąd przedmiotem głębszych badań w nauce prawa. W celu przybliżenia przedmiotu analizy, dalsze swoje uwagi skoncentruję – tytułem przykładu – na problematyce standardów zawodowych rzeczoznawcy majątkowego.

2. Pierwsza edycja standardów zawodowych rzeczoznawców majątkowych w Polsce uchwalona została w 1995 r. przez Radę Krajową Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych (PFSRM). Potrzeba opracowania i wprowadzenia w życie standardów zawodowych wynikała z rozwoju zasad rynkowych w obrocie nieruchomościami oraz wiązała się z faktem wcześniejszego funkcjonowania takich standardów w innych krajach Europy i poza nią. W ponad

5 Zob. S. Kalus, Charakter prawny standardów zawodowych rzeczoznawców majątkowych, „Rzeczoznawca Majątkowy” 1999, nr 3, s. 2.

6 „Europejskie standardy zawodowe” – wydanie polskie 2000 r.

10-letnim okresie funkcjonowania omawianych standardów zawodowych ich regulacja przeszła w Polsce dalszą istotną ewolucję.

Pierwotnie, w chwili ukazania się ich pierwszej edycji, standardy stanowiły jedynie unormowanie „wewnętrzne” i obowiązywały tylko członków stowarzyszeń wchodzących w skład PFSRM. Bliższy związek z prawem uzyskiwały wtedy, gdy rzeczoznawcy powoływali się na nie w umowach o sporządzenie operatu szacunkowego. Wówczas standardy te funkcjonowały jako element umowy stron i przez to wchodziły w sferę porządku prawnego<sup>7</sup>. Pozytywne doświadczenia stosowania tego rodzaju standardów zawodowych sprawiły, że wkrótce dokonano zasadniczej zmiany stanu prawnego w tym zakresie. W nowej ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami pojęcie standardów zawodowych wprowadzono do tekstu ustawy, przez co powiązano je z normami obowiązującego prawa; art. 175 ust.1 ustawy przyjął brzmienie, iż „Rzeczoznawca majątkowy jest zobowiązany do wykonywania czynności szacowania nieruchomości zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa i standardami zawodowymi (...)”. Wprowadzono zatem ustawowy obowiązek stosowania standardów zawodowych na równi z przepisami prawa. Zgodnie zaś z art. 178 ustawy, rzeczoznawca majątkowy niewypełniający obowiązków określonych w art. 175 u.g.n. podlega odpowiedzialności zawodowej w trybie postępowania dyscyplinarnego i stosowania wymienionych w ustawie kar dyscyplinarnych (art. 178 ust. 2).

W toku dalszej ewolucji, w okresie przygotowań do akcesji Polski do UE, dokonana została obszerna nowelizacja ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>8</sup>, w ramach której istotnie poszerzono zakres unormowań dotyczących także standardów zawodowych. Po pierwsze – definicję standardów zawodowych wpisano do słowniczka pojęć ustawy (art. 4 pkt 14). Po drugie – zakres stosowania standardów zawodowych znacznie poszerzono, obejmując nimi nie tylko wycenę nieruchomości, lecz także sporządzanie innych, wymienionych w art. 174 u.g.n. opracowań i ekspertyz niestanowiących operatu szacunkowego. Po trzecie – w dodanym do art. 175 ustępie 6 ustawy unormowano tryb ustala-

7 S. Kalus, Charakter prawny standardów zawodowych..., s. 2.

8 Ustawa z 28 XI 2003 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami (...) Dz.U. z 2004 Nr 141, poz. 1492.

nia standardów zawodowych. Zgodnie z tym przepisem, standardy zawodowe ustalają organizacje zawodowe rzeczoznawców majątkowych w uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej. Dalszym wymogiem ustawy jest, aby komunikat o uzgodnieniu standardów zawodowych został zamieszczony w Dzienniku Urzędowym tegoż ministra<sup>9</sup>.

Równoległe z pogłębianiem regulacji prawnej standardów zawodowych postępował proces rozbudowy zakresu i treści samych standardów. Opracowywano nowe standardy zawodowe, doskonalono treść wcześniej uchwalonych. Aktualne, ósme już wydanie standardów zawodowych rzeczoznawców majątkowych stanowi wraz z komentarzami i załącznikami dość gruby tom<sup>10</sup>.

Z postanowień standardu I.1, określającego zasady ogólne stosowania standardów zawodowych wynika, że standardy zawodowe mają charakter otwarty i mogą podlegać modyfikacjom i uzupełnieniom w związku ze zmianami przepisów prawa, stanem rynku nieruchomości, rozwojem nauki i praktyki oraz potrzebami w zakresie wyceny (I.1.7). W bieżącym działaniu do zasad ogólnych należy jednak wymóg, że w operacie szacunkowym rzeczoznawca majątkowy obowiązany jest umieszczać klauzulę o treści: „Niniejszy operat szacunkowy sporządzony został zgodnie z przepisami prawa i standardami zawodowymi rzeczoznawców majątkowych opracowanymi przez PFSRM” (I1.4).

W przedmowie do pierwszego wydania standardów zawodowych zostały zdefiniowane także ich funkcje. Pozostają one nadal aktualne, stanowiąc wstęp do bieżącego wydania standardów. Zgodnie z tym unormowaniem, celem standardów zawodowych jest:

9 Zob. Komunikat Ministra Infrastruktury z dnia 28 IV 2005 r. w sprawie uzgodnienia standardów zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami. (Dz.Urz. MI Nr 5 poz. 37). W sprawie uzgodnienia standardów zawodowych rzeczoznawców majątkowych przyjęto stanowisko, że w myśl zasady „prawo nie działa wstecz” standardy ustalone przed wejściem w życie nowelizacji u.g.n. (21 VI 2004) nie wymagają uzgodnienia; uzgodnienie dotyczyć będzie natomiast ustalania nowych standardów lub ich modyfikacji.

10 Standardy mają rozbudowaną strukturę. Poszczególne standardy stanowią odrębne rozdziały (grupy) reguł, są oznaczone cyframi rzymskimi (w liczbie I–VII), ich treść podlega dalszej wewnętrznej systematyce, zróżnicowanej w zależności od normowanej materii. Reguły postępowania zawarte w standardach uzupełniane są komentarzami i słownikiem pojęć. W sumie jest to obszerny dokument, którego częścią składową jest także kodeks etyki zawodowej rzeczoznawców majątkowych.

- ujednoczenie praktyki zawodowej rzeczoznawców majątkowych,
- harmonizowanie zasad prowadzenia działalności w zakresie wyceny przez rzeczoznawców majątkowych,
- promowanie jednolitych, obowiązujących w środowisku rzeczoznawców majątkowych reguł postępowania wpływających na kształtowanie ich odpowiedzialności zawodowej i cywilnoprawnej oraz zasad ubezpieczenia od odpowiedzialności,
- kształtowanie wymagań i oczekiwań zamawiających wyceny pod adresem osób, które je sporządzają oraz, z drugiej strony, tworzenie podstaw do oddziaływania przez rzeczoznawców na treść umów o wycenę mienia,
- zabezpieczenie interesów zamawiających poprzez sformułowanie wymogów, jakim powinny odpowiadać wyceny,
- umożliwienie dokonywania oceny działalności konkretnego rzeczoznawcy przy zastosowaniu jednolitych zobiektywizowanych kryteriów<sup>11</sup>.

W ujęciu bardziej ogólnym zasadniczą funkcją standardów zawodowych jest pełnienie roli „przyjaznego, a zarazem pożytecznego” pomocnika w dokonywaniu wyceny. Trzeba jednak nadmienić, że w głosach praktyków wyrażana jest także krytyka i obawa, aby nadmierna ingerencja organów rządowych (w trybie uzgadniania) w ustalanie standardów zawodowych nie prowadziła do zbiurokratyzowania „sztuki” dokonywania wyceny i zarządzania nieruchomościami.<sup>12</sup>

3. Formułując wnioski w odniesieniu do omawianych standardów, należy stwierdzić, że występuje ściśle powiązanie standardów zawodowych z prawem. Jak wynika z dokonanej powyżej analizy, powiązanie to wyraża się w wprowadzeniu przez ustawę obowiązku stosowania standardów zawodowych:

- a) ustawowym określeniu trybu ustalania standardów zawodowych,

11 Zob. Wstęp do 8-ego wydania Standardów Zawodowych Rzeczoznawców Majątkowych.

12 T. Zurowski, Walka o standardy, Nieruchomości 2006, nr 4, s. 47

- b) współdziałanie organu państwowego, tj. ministra w ustalaniu standardów zawodowych, w postaci uzgadniania ich treści i ogłoszenia; standardy zawodowe stanowią formalnie załącznik do treści opublikowanego komunikatu ministra,
- c) unormowaniu w ustawie odpowiedzialności dyscyplinarnej za niestosowanie lub nieprzestrzeganie standardów zawodowych,
- d) związku standardów zawodowych z systemem umów (kodeksem cywilnym) w zakresie kształtowania treści umów o dokonanie wyceny, odpowiedzialności cywilnoprawnej z tytułu wykonania (nienależytego wykonania) umowy, ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody i inne,
- e) Trzeba dodać, że ze wskazaną powyżej rozwiniętą regulacją prawną statusu standardów zawodowych mamy do czynienia tylko na gruncie ustawy o gospodarce nieruchomościami. W innych ustawach regulacja na ten temat jest bardziej skąpa albo ogranicza się jedynie do powołania się na obowiązek stosowania standardów w toku wykonywania zawodu, bez dalszego ich prawnego unormowania. Poza tym, jak wyżej stwierdzono, standardy zawodowe ustalane są także bez upoważnienia prawnego.

4. Nie analizując treści samych reguł postępowania określonych w standardach, wypada teraz zastanowić się nad ich bliższą charakterystyką w płaszczyźnie teoretycznej. Jak już o tym była mowa, generalnie stwierdzenie brzmi, że standardy zawodowe nie są przepisami prawa, nie należą do kategorii norm prawnych. Niemniej, zasadne wydaje się podjęcie próby ich bliższej analizy teoretycznej, zmierzającej do umiejscowienia ich w świecie zjawisk i pojęć prawnych oraz do ukazania sposobu ich funkcjonowania w procesie stosowania prawa.

Wobec braku opracowań prawniczych na ten temat, trzeba uciec się do pierwotnej analizy zagadnienia.

Zacząć należy chyba od nawiązania do stanowiska ogólnej teorii prawa, która uznaje, że w państwie i społeczeństwie istnieje wielość systemów normatywnych. Obok systemu norm prawnych występują także inne systemy normatywne, a mianowicie systemy norm moralnych,

politycznych, religijnych, obyczajowych, estetycznych<sup>13</sup>. Niewątpliwie, do takich systemów zaliczyć należy także system norm zawodowych, a w szczególności normy standardów zawodowych. Standardy zawodowe plasują się więc w tym ujęciu jako kolejny system norm i zachowań, które muszą być uwzględniane w procesie stosowania prawa.

Badając w płaszczyźnie ogólnej sferę relacji między prawem a standardami zawodowymi, trzeba dalej wziąć pod uwagę, że materia ustawy o gospodarce nieruchomościami jest w znacznej mierze domeną prawa rzeczowego, regulowanego generalnie w kodeksie cywilnym. Znany art. 5 kc. odwołuje się do pojęć „społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa” i „zasad współżycia społecznego”. Z kolei art. 56 kc. stanowi, iż „czynność prawna wywołuje skutki w niej wyrażone, lecz również i te, które wynikają z ustawy oraz z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów”. Wydaje się, że pojęcia standardów zawodowych nie sposób sprowadzać bezpośrednio do treści „zasad współżycia społecznego” czy „ustalonych zwyczajów”. Standardy stanowią zatem odrębny układ normatywny, powołany do realizacji swoistych funkcji w procesie stosowania prawa.

Kolejny aspekt związku instytucji standardów zawodowych z prawem można upatrywać w uregulowaniu statusu tzw. wolnych zawodów i zawodów zaufania publicznego. Z reguły normy standardów zawodowych opracowywane są i stosowane właśnie w odniesieniu do zawodów zaufania publicznego. Są to zawody, których wykonywanie wiąże się zazwyczaj z możliwością lub potrzebą ingerencji w sferę prawną innego podmiotu. Według opisowego określenia „zawodem zaufania publicznego jest zawód wykonywany przez osoby, którym powierza się zadania o szczególnym charakterze lub szczególnej doniosłości z punktu widzenia zadań publicznych, troski o realizację interesu publicznego lub gwarancji wolności i praw człowieka. Wykonywanie tego zawodu wiąże się z powierzaniem informacji dotyczącej sfery życia prywatnego lub dóbr osobistych osób będących ich klientami, a osoby zaufania publicznego obowiązane są do zachowania poufności in-

13 A. Breczko, *Istota prawa*, (w:) *Wprowadzenie do nauk o państwie i prawie*, wyd. III, pod red. G. Kryszenia, 2005, s. 161–169 oraz *Prawo a moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś*, Białystok 2004, s. 56 i następn.

formacji”<sup>14</sup>. Wszystkie te przesłanki można bez wątpienia odnieść do zawodu rzeczoznawcy majątkowego. Nie mamy jednak w tym zakresie jasnej regulacji prawnej.<sup>15</sup> Przyjmuje się jedynie, że status zawodu zaufania publicznego pod względem prawnym może być ustanowiony tylko w drodze ustawy. Ustawa o gospodarce nieruchomościami nie nazywa wprost rzeczoznawców mianem osób należących do zawodu zaufania publicznego. Przekonanie o takim charakterze tego zawodu wynika zatem z ogółu pełnionych przez niego funkcji. Warto jednak zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, który w uzasadnieniu stwierdził, że „Przewidziane w ustawie o gospodarce nieruchomościami warunki nabycia uprawnień zawodowych ograniczają prawo dostępu do zawodu rzeczoznawcy majątkowego (...); warunki mają na celu zapewnienie takiego poziomu świadczonych usług, jaki jest wymagany od osób zaufania publicznego”<sup>16</sup>. Na tle tych uwag trzeba zaznaczyć, że PFSRM od dawna dąży do ustawowego uznania omawianego zawodu jako zawodu zaufania publicznego<sup>17</sup>.

Innym wyznacznikiem statusu zawodu jest pojęcie wolnego zawodu. Tutaj również nie ma ustawowego zdefiniowania tego pojęcia. Jednakże od wejścia w życie Kodeksu Spółek Handlowych (KSH)<sup>18</sup> mamy ustaloną listę 20 wolnych zawodów (art. 87–88 KSH). W doktrynie i orzecznictwie podjęte zostały badania nad tym tematem<sup>19</sup>. Ze statusem wolnego zawodu wiążą się jednak nie tyle standardy zawodowe, co kodeksy etyki zawodowej, o czym będzie jeszcze mowa niżej.

Z analizy przytoczonych powyżej, a także innych przepisów prawnych wynika, że poza ustawą o gospodarce nieruchomościami nie znajdujemy unormowań pozwalających na bliższe określenie charakteru, zakresu i trybu stosowania standardów zawodowych.

14 T. Telega, *Rzeczoznawstwo majątkowe – zawodem zaufania publicznego*, *Nieruchomości* 2003, nr 2, s. 45.

15 Jest to odrębny obszerny i ważny temat, który tutaj jest jedynie wzmiankowany.

16 Sygn. akt. SK 20/01 – OTK–A 2002, nr 7, poz. 89.

17 J.M. Detka, *Polscy rzeczoznawcy majątkowi po wejściu do Unii Europejskiej* – zob. [www.zachodniopomorskie.nieruchomosci.pl/2targiref4.htm](http://www.zachodniopomorskie.nieruchomosci.pl/2targiref4.htm).

18 Ustawa z 15 IX 2000 Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94 poz. 1037.

19 J. Jacyszyn, *Pojęcie wolnego zawodu. Analiza aktów prawnych i doktryny*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000, nr 10; M. Szydło, *Osoby wykonujące wolne zawody prawnicze jako przedsiębiorcy*” *Przegląd Sądowy* 2004, nr 2; wcześniej: J. Żuławski, *Wolny zawód. Radca prawny*”1997, nr 1.

5. W celu pogłębienia charakterystyki standardów zawodowych trzeba jeszcze sięgnąć do niektórych aspektów praktyki ich funkcjonowania. Jest rzeczą interesującą, że w praktyce normy zawodowe występują nie tylko pod postacią czy też pod nazwą standardów zawodowych. Generalnie biorąc, do kategorii norm zawodowych zaliczyć można:

- a) standardy zawodowe,
- b) zasady etyki wykonywania zawodu,
- c) zasady „fair play” (ang.: czysta, uczciwa gra),
- d) dobrą praktykę.

Najbardziej rozpowszechnioną formą norm zawodowych są zasady etyki wykonywania zawodu. W zasadzie każdy zawód ustala i nakazuje przestrzeganie zespołu reguł etycznych wykonywania danego zawodu. W bardziej rozwiniętej postaci noszą one miano „kodeksów etycznych” pracowników określonego zawodu. Należy podkreślić, że kodeksy etyczne ustalają nie tylko pracownicy wolnych zawodów czy zawodów zaufania publicznego. Przykładem szerszego ich stosowania mogą być: kodeks etyczny służby cywilnej, kodeksy etyczne pracowników samorządowych urzędów miast, gmin i województw, kodeks etyki dziennikarskiej itd. Kodeksy etyczne ustalają stowarzyszenia zawodowe, firmy, branże (np. branżowy kodeks etyczny przedsiębiorstw sektora chłodniczego), przedstawiciele szczególnych praktyk (np. kodeks etyczny pozycjonowania stron internetowych) i inni.<sup>20</sup>

W praktyce zasady etyczne występujące w postaci uchwalonego dokumentu pozostają w różnej relacji wobec standardów zawodowych. Jeżeli dany zawód poza zasadami etyki zawodowej nie posługuje się standardami zawodowymi, to zasady etyki stanowią po prostu odrębny układ norm zawodowych. Jeżeli natomiast w obrębie danego zawodu funkcjonują oba te zespoły norm: standardy zawodowe i zasady etyki zawodowej – to mogą to być formalnie dwa odrębne dokumenty albo pozostają one w stosunku krzyżowania się lub nakładania się. Ciekawy

20 Różnorodne przykłady kodeksów etycznych można zaczerpnąć z Internetu, pod hasłem: „kodeksy etyczne”. Obszerne omówienie m.in. kodeksów etycznych w USA – zob. W. Gasparski, *Kodeksy etyczne: ich struktura i treść*; [www.cebi.pl/texty/KE-struktura-tresc.doc](http://www.cebi.pl/texty/KE-struktura-tresc.doc).

pod tym względem jest układ kodeksów etycznych i standardów zawodowych w odniesieniu do trzech wymienionych wyżej zawodów kreowanych na gruncie ustawy o gospodarce nieruchomościami. W przypadku rzeczoznawców majątkowych kodeks etyki zawodowej stanowi formalnie część składową standardów. Umiejscowiony jest pod pozycją odrębnego, ósmego rozdziału standardów, pomiędzy samymi standardami (R.I–VII) a komentarzami do nich (R.IX). Inaczej jest w odniesieniu do pośredników w obrocie nieruchomościami. Dokument pod nazwą „Standardy zawodowe pośredników w obrocie nieruchomościami” składa się z dwóch działów, z których Dział I zatytułowany jest „Zasady etyki zawodowej” a Dział II – „Standardy zawodowe”. Z kolei w przypadku standardów zawodowych zarządców nieruchomości – zasady etyki stanowią całkowicie integralną część standardów. Jedyne z analizy treści wynika, że § 2–14 standardów określają zasady etyki zawodowej, a pozostałe paragrafy są „typowymi” standardami zawodowymi.

Reguły „fair play” dotyczą zwykle sfery zmagani sportowych, prowadzenia biznesu, udziału w konkursach itp. Niekiedy także reguł zachowań polityków. Można jednak twierdzić, że zasady „fair play” są także określoną postacią norm zawodowych, choć raczej niesformalizowanych, bliższych pojęciu „ustalonych zwyczajów”.

W innych sferach (np. sferze finansowej) często jest mowa o „dobrej praktyce” (np.: kodeks dobrej praktyki bankowej, dobra praktyka przedsiębiorców maklerskich). Swoją drogą pojęcie „dobrej praktyki” jest często traktowane jako uszczegółowienie, skonkretyzowanie treści standardów zawodowych.

Należy podkreślić, że powyższe uwagi dotyczą głównie formalnych związków standardów zawodowych z prawem i innymi postaciami norm. Badanie treści merytorycznej omawianych norm wymagałoby naturalnie odrębnego opracowania.

6. Analizując relacje pomiędzy prawem i standardami zawodowymi, np. w materii wyceny nieruchomości, trzeba zdawać sprawę z roli trzeciego jeszcze czynnika, mianowicie wiedzy naukowej (technicznej, ekonomicznej itd.). Sporządzenie wyceny nieruchomości wymaga więc posłużenia się triadą narzędzi (środków działania): przepisy prawne

– standardy zawodowe – wiedza naukowa i praktyczne doświadczenie. Rysują się na tym tle określone postulaty pod adresem „jakości” prawa. Mam na myśli kwestię stopnia szczegółowości regulacji prawnej, zwłaszcza w odniesieniu do przepisów wykonawczych. Jest niepodważalnym kanonem, że stosowanie prawa – w warunkach zasady legalności – wymaga bezwzględnie jego przestrzegania. Prymat przepisów prawa zapisany jest w zasadach ogólnych standardów, w postaci reguły, iż „w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią standardów a przepisami prawa obowiązującymi w czasie wykonywania czynności przez rzeczoznawcę majątkowego (...), rzeczoznawca majątkowy obowiązany jest zastosować odpowiedni przepis prawa” (I.1.5 Standardów). Jednak nie może to być mechaniczne „przykładanie” przepisu prawnego do konkretnej sytuacji wymagającej podjęcia działania w praktyce. W związku z tym, wyłania się kwestia „ilości” i „jakości” norm, które powinny reprezentować przepisy wykonawcze. Jeśli przepis wykonawczy zbyt szczegółowo unormuje określony tryb postępowania<sup>21</sup>, to czy i o ile pozostawia miejsca na stosowanie standardów zawodowych? Zdaję sobie sprawę, że takie ogólne stwierdzenie ma raczej wydźwięk publicystyczny, niemniej w realiach badania i stosowania prawa ma to szczególnie istotne znaczenie, wymagające jednak głębszego, odrębnego rozważenia.

Z kolei same standardy zawodowe nie mogą stanowić pewnego rodzaju instrukcji technicznej, nie powinny mieć również charakteru instrukcji obsługi. Winny stanowić zasady na tyle ogólne, aby nie niweczyły możliwości posłużenia się wiedzą naukową i doświadczeniem praktycznym w odniesieniu do konkretnego przypadku. Uwzględniając światowe trendy w odniesieniu do roli standardów zawodowych, w dyskusjach toczonych w Polsce coraz wyraźniej formułowany jest postulat, że standardy zawodowe powinny być źródłem ogólnych wskazań i zaleceń dotyczących postępowania podczas dokonywania wy-

21 Por. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 XI 2002 r. w sprawie szczegółowych zasad wyceny nieruchomości oraz zasad i trybu sporządzania operatu szacunkowego, Dz.U. Nr 230, poz. 1924 – zastąpione Rozporządzenie RM z dn. 21 IX 2004 r. w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego, Dz.U. z 2004 r., Nr 207, poz. 2109.

ceny, a nie szczegółową instrukcją.<sup>22</sup> Standardy mają stwarzać jedynie ramy działania rzeczoznawców, nie narzucając im szczegółowych rozwiązań.<sup>23</sup>

7. Zawarte w niniejszym opracowaniu uwagi sygnalizują zaledwie złożoność kwestii stosunku prawa do omówionych tu norm pozaprawnych. Jednocześnie ukazują one – być może „ku przestrodze” początkujących prawników, a uwagę tę kieruję również do siebie – że mechanizm stosowania prawa w określonej dziedzinie nie jest tylko prostym i łatwym zabiegiem subsumcji danego przepisu do występującej w życiu konkretnej sytuacji. Wymogi w zakresie właściwego stosowania prawa wiążą się nie tylko z dobrą znajomością tego prawa, ale i z innymi istotnymi uwarunkowaniami, podkreślanymi m.in. w tym opracowaniu.

## II

# STUDIA EUROPEJSKIE

22 Zob. Kierunki rozwoju zawodu rzeczoznawcy majątkowego – Uchwała Rady Krajowej PFRSM z 19 XII 2005 r., – *Rzeczoznawca Majątkowy* 2005, Nr 4, Wkładka, s. 4.

23 J. Adamiczka, O zawodzie rzeczoznawcy majątkowego na tle wizyty w Królewskim Instytucie RISC cz. 2, *Rzeczoznawca Majątkowy* 2005, Nr 7, s. 37.

**Zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego  
traktowania albo karania w sprawach  
z „elementem azylowym”  
przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka**

I

Problematyka migracyjna, a w tym także azylowa i uchodźcza (tzn. związana z opuszczeniem kraju pochodzenia w celu poszukiwania międzynarodowej ochrony poza jego granicami)<sup>1</sup>, stanowi jedno z najbardziej skomplikowanych zagadnień stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego. Na tej płaszczyźnie dochodzi do „zderzenia” prawa jednostki do poszukiwania schronienia poza granicami swego kraju pochodzenia z prawem państwa do decydowania o zasadach wjazdu i pobytu cudzoziemców na jego terytorium. Nie ma bowiem wątpliwości, że określanie warunków wjazdu i pobytu cudzoziemca należy do kompetencji każdego państwa. Nie oznacza to jednak, że jest to kompetencja niczym nieograniczona. Granice kompetencji wyznaczają zobowiązania państw wynikające z traktatów z zakresu praw człowieka. Kłopot jednak w tym, że traktaty międzynarodowe, z wyjątkiem Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>2</sup> i Konwencji Praw Dziecka<sup>3</sup>, nie zawierają prawa do poszukiwania ubiegania się o ochronę poza granicami państwa pochodzenia w przypadku uzasadnionej obawy przed prześladowaniem. Prawa do poszukiwania ochrony

- 1 Artykuł dotyczy spraw związanych zarówno z prawem do poszukiwania azylu, jak i ubiegania się o status uchodźcy. Warto przypomnieć, że w języku angielskim słowo *asylum seeker* oznacza osobę ubiegającą się o status uchodźcy na mocy Konwencji Genewskiej dotyczącej Statusu Uchodźców z 1951 r., jak i poszukujących innych form ochrony. W Polsce cudzoziemiec może ubiegać się zarówno o azyl, jak i status uchodźcy, ale należy pamiętać, że nie jest to reguła i w wielu państwach *asylum* oznacza status uchodźcy, a *asylum seeker* osobę ubiegającą się o status uchodźcy na mocy Konwencji z 1951 r.
- 2 Art. 22 ust. 7, tekst polski (w:) B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe, Toruń 1993, s. 296.
- 3 Art. 22 Konwencji, Dz.U. 1990, Nr 120, poz. 526.



międzynarodowej nie włączono nawet do „najbardziej uchodźczego” traktatu, czyli do Konwencji Genewskiej dotyczącej Statusu Uchodźców z 1951 r.<sup>4</sup> (dalej: KG).

W sytuacji braku „prawa do poszukiwania ochrony” na szczególną uwagę zasługują przepisy prawa międzynarodowego, wyznaczające granicę kompetencji państwa w omawianym zakresie, a zwłaszcza zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania<sup>5</sup>. Wśród nich, ze względu na stworzone mechanizmy kontrolne<sup>6</sup>, główną rolę odgrywają<sup>7</sup>: art. 3 Konwencji przeciwko Torturom oraz Innemu Okrutnemu Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu z 1984 r.<sup>8</sup> (dalej: KpT), art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Oso-bistych i Politycznych<sup>9</sup> (dalej: MPPOiP) oraz art. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka Podstawowych Wolności z 1950 r.<sup>10</sup> (dalej: Europejska Konwencja Praw Człowieka – EKPC).

4 Dz.U. 1991, nr 119, poz. 515.

5 Warto też dodać, że zakaz tortur znalazł się w aktach o charakterze politycznym. Wagę zakazu tortur podkreślają m.in. dokumenty KBWE w sprawie ludzkiego wymiaru. Państwa uczestniczące zgodziły się, że żadne wyjątkowe okoliczności, np. wojna, zagrożenie wojenne, niestabilność polityczna czy jakikolwiek inny stan wyjątkowy (można przypuszczać, że także zagrożenie terroryzmem), nie mogą być powoływane dla usprawiedliwienia tortur (Dokument Kopenhaski punkt 16.3). Zakaz tortur, nieludzkiego traktowania lub karania zawiera także Karta Praw Podstawowych UE (art. 4).

6 A zwłaszcza ze względu na możliwość składania indywidualnych skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz zawiadomień do *quasi*-sądowych organów ONZ.

7 Oczywiście, nie można pomijać także innych traktatów regionalnych w tym zakresie – m.in. Europejskiej Konwencji o Zapobieganiu Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu z 1987 roku wraz z protokołem dodatkowym z 2002 r., Między-Amerykańskiej Konwencji o Zapobieganiu i Karaniu Tortur z 1985 roku, a także do pewnego stopnia Arabskiej Karty Praw Człowieka z 1994 r. Szerzej zob. B. Gro-nowska, Prawa człowieka i ich ochrona (rozdział XII wolność od tortur). Toruń 2005, s. 249 i nast. Ponadto, wymieniając zobowiązania traktatowe, które bezpośrednio, a części-cie pośrednio, chronią cudzoziemców poszukujących ochrony przed torturami, nielud-zkim i poniżającym traktowaniem lub karaniem, nie można pominąć zobowiązań państw wynikających z prawa humanitarnego, gdyż nie można wykluczyć, że osoba opuszczają-cą swój kraj z powodu konfliktu zbrojnego, nie będzie jednocześnie prześladowana z przyczyn zawartych w art. 1 KG. W tym przypadku warto zwrócić uwagę zwłaszcza na art. Konwencji Genewskiej o Ochronie Ludności Cywilnej w czasie Konfliktu Zbrojnego z 1949 r., który można uznać za „odpowiednik” art. 33 KG. Szerzej. B. Mikołaj-czyk, Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania. Kato-wice 2004, s. 115.

8 Dz.U. 1988, Nr 63, poz. 378.

9 Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 169.

10 Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284, Dz.U. 1998, Nr 147, poz. 962.

Wszystkie te przepisy ściśle korespondują z art. 33 KG, zawierającym zakaz wydalania lub zawracania na terytorium, gdzie życie lub wolność uchodźcy są zagrożone z powodu jego rasy, narodowości, reli-gii, przynależności do określonej grupy społecznej lub poglądów poli-tycznych (*non-refoulement*). Zakaz *non-refoulement* stanowi podstawę całego systemu międzynarodowej ochrony uchodźców i jest zwyczajową normą powszechnego prawa międzynarodowego<sup>11</sup>.

Ponadto, przepisy te uzupełniają ochronę uchodźców, gdyż od-powiadają zakazowi *non-refoulement* zawartemu w KG<sup>12</sup>, a w prze-ciwiństwie do Konwencji Genewskiej, nie zawierają żadnych klau-zul wyłączających<sup>13</sup>, co oznacza z kolei, że nie ma takiej osoby, która nie zasługiwałaby na ochronę wynikającą z tych traktatów. Z drugiej jednak strony, wydaje się, że prześladowanie w rozumieniu Konwencji Genewskiej ma zdecydowanie szerszy zakres niż zakaz tortur nielud-zkiego lub poniżającego traktowania albo karania.

Sprawy, w których skarżącymi były osoby, które z różnych przy-czyn, także z powodu prześladowania opuściły swój kraj, nierzadko po-jawiają się zarówno przed Komitetem przeciwko Torturom, jak i przed Komitetem Praw Człowieka, a to zazwyczaj w kontekście pozbawienia wolności lub rzetelności postępowania oraz wydalania cudzoziemców, którym odmówiono statusu uchodźcy. Warto przypomnieć, że Komi-тет Praw Człowieka kilkakrotnie wyraził pogląd, że ochrona przed wy-daleniem w rozumieniu Paktu rozciąga się tak na uchodźców, jak i na osoby niebędące uchodźcami, którym odmówiono takiego statusu, je-śli wydalanie mogłoby oznaczać naruszenie prawa do życia, jeśli spo-wodowałoby narażenie na tortury lub inne nieludzkie, bądź poniżające traktowanie<sup>14</sup>.

11 B. Wierzbicki, Sytuacja prawna uchodźcy w systemie międzynarodowej ochrony praw człowieka. Białystok 1993, s. 65.

12 B. Gorlic, The Convention and Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees, International Journal of Refugee Law 1999, vol. 11, no. 3, s. 479–495.

13 Takich, jakie zostały zawarte w art. 1F KG, tj. popełnienie zbrodni przeciw pokojowi, ludzkości, poważnych przestępstw pospolitych, podejmowanie działań przeciw celom i zasadom ONZ.

14 W sprawie zawiadomień nr 469/1991 – NG przeciwko Kanadzie, 470/1991 – Kindler przeciwko Kanadzie, 486/1992 – Steward przeciwko Kanadzie, 539/1993 – Cox przeciwko Kanadzie.

Jednakże na szczególną uwagę zasługuje art. 3 EKPC i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) w sprawach o naruszenie zakazu tortur wobec osób, które poszukują, a częściej poszukiwały schronienia (z różnych przyczyn, niekoniecznie zawartych w KG) w jednym z państw członkowskich Rady Europy.

Podobnie, jak w przypadku organów onzotowskich, brak „prawa do azylu” lub „prawa do ubiegania się o ochronę poza granicami swojego kraju” w EKPC<sup>15</sup> nie przeszkodził Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka (a wcześniej także Europejskiej Komisji Praw Człowieka) w wypowiedzaniu się na temat praw osób poszukujących ochrony. W sprawach, gdzie jedną z przytaczanych okoliczności jest próba uzyskania ochrony w innym kraju (nawet jeśli była to próba nieudana), szczególnie wyraźnie pojawia się problem narażenia na tortury, niehumanitarne lub poniżające traktowanie lub karanie w przypadku wydalenia do kraju pochodzenia lub w związku z zatrzymaniem nielegalnie przybywającego lub przebywającego cudzoziemca. Z tego względu poniżej zostanie przytoczonych kilka orzeczeń Trybunału w sprawach, w których przewija się wątek poszukiwania ochrony międzynarodowej. Jednocześnie będą to sprawy, w których ETPC orzekał o naruszeniu lub nienaruszeniu przez państwa obowiązków wynikających z art. 3 EKPC.

## II

Sprawy cudzoziemców skarżących państwa – strony Konwencji pojawiają i będą się pojawiały przed ETPC, a to z tego względu, że art. 1 EKPC stanowi: „Wysokie Ukladające się Strony zapewniają

15 Prawa do azylu nie zamieszczono w EKPC. W 1961 r. Zgromadzenie Konsultacyjne Rady Europy podjęło próbę włączenia „prawa do azylu” do drugiego protokołu dodatkowego do Konwencji, ale próba ta okazała się nieudana. Kolejne dokumenty przyjmowane na forum Rady Europy potwierdziły z kolei, że prawo do „azylu” stanowi raczej prerogatywę państwa, a nie jednostki. Z drugiej strony należy przyznać, że brak przepisów traktatowych w omawianym zakresie Rada Europy wypełnia aktami niemającego charakteru prawnie wiążącego. W rezolucjach i rekomendacjach Organizacja stara się na bieżąco informować i uczuć europejską opinię publiczną na los ofiar prześladowań uciekających z terytoriów ogarniętych konfliktami lub z państw, gdzie masowo łamane są prawa człowieka, a z drugiej strony porządkować i harmonizować politykę państw członkowskich wobec napływających imigrantów.

każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej Konwencji”. Z przepisu tego wynika, że ochrona gwarantowana w EKPC nie jest związana ze statusem osoby jako obywatela. Natomiast państwo – strona jest zobowiązane do takiego samego traktowania własnego obywatela, jak i cudzoziemca czy bezpaństwowca. Ponadto z przepisów Konwencji nie wynika żadne rozróżnienie na cudzoziemców, którzy wjechali legalnie i tych, których wjazd lub pobyt jest nielegalny. Co więcej, obowiązek istnieje we wszystkich sytuacjach, w których jednostka podlega jurysdykcji danego państwa. M.A. Nowicki zauważa, że ochrona rozciąga się nie tylko na terytorium państwa, ale także na placówki dyplomatyczne, konsularne, statki wodne lub powietrzne<sup>16</sup>. Taka interpretacja utrzymała się też w orzecznictwie Europejskiej Komisji Praw Człowieka już w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych<sup>17</sup>. Przepisy EKPC „działają” na granicy, w konsulacie i na pokładzie statku<sup>18</sup>, co oznacza że żadne służby państwa – strony Konwencji nie powinny – poprzez decyzję odmawiającą wjazdu lub pobytu – narażać cudzoziemca na utratę życia, tortury lub niehumanitarne i poniżające traktowanie.

Takie stanowisko ma szczególne znaczenie w odniesieniu do interpretacji przepisu art. 3 Konwencji zawierającego zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. W sprawach wydaleniuowych naruszenie art. 3 jest zazwyczaj ściśle związane z naruszeniem art. 2 (prawo do życia), a także z innymi przepisami Konwencji np. prawa do poszanowania życia rodzinnego, albo prawa do skutecznego środka odwoławczego, jak w sprawie *Vilvarajah i inni przeciwko Wielkiej Bry-*

16 M.A. Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej. Warszawa 1992, s. 14.

17 Np. skargi 6780/74, 6950/75, 9360/81.

18 Skarga nr 39473/98 Xhavera i inni przeciwko Włochom i Albanii. W tej skardze skarżący zarzucali wspomnianym państwom naruszenie art. 2 (prawo do życia), 3 (użycie tortur), 5(1) (pozbawienie wolności) oraz 2(2) Protokołu nr 4 do EKPC (pozbawienia prawa do opuszczenia własnego kraju). Skarżący płynęli na statku Kater I Rades wiozącym nielegalnych imigrantów z Albanii do Włoch. Statek zatonął po kolizji z włoskim okrętem, w której zginęło wielu pasażerów statku. Trybunał co prawda uznał skargę w tej sprawie za niedopuszczalną, jednakże przy okazji wyraził m.in. pogląd, że w tej sprawie władze włoskie, bazując na albańsko-włoskim porozumieniu, którego celem jest zapobieganie opuszczania przez Albańczyków ich kraju, podjęły działania na wodach międzynarodowych i albańskich nie po to, aby zapobiec opuszczeniu przez Albańczyków ich ojczyzny i wypełnić zobowiązania wynikające z ww. porozumienia i ratowania ich po kolizji, ale przede wszystkim po to, aby zapobiec ich wjazdowi na terytorium Włoch.

tanii<sup>19</sup> oraz w sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>20</sup>. W wyrokach w tych sprawach Trybunał wyraźnie wyeksponował naturę art. 3 EKPC.

W pierwszym wyroku ETPC podkreślił, że decyzja o wydaleniu cudzoziemca starającego się o azyl powinna być podejmowana przez organy państwa po rozważeniu ewentualnego, uzasadnionego ryzyka narażenia go przez wydalenie na tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie. Odpowiednie organy państwa powinny ocenić wszystkie fakty i okoliczności. Natomiast ETPC wychodzi z założenia, że on sam ma obowiązek szczególnie wnikliwego zbadania sprawy, a to ze względu na absolutny i bezwzględny charakter prawa zagwarantowanego w art. 3 EKPC.

Jednakże szczególną moc art. 3 Konwencji<sup>21</sup> najwyraźniej widać w wyroku w sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*. Według Trybunału, art. 3 EKPC gwarantuje jedną z najbardziej fundamentalnych wartości demokratycznego społeczeństwa, zobowiązanie z niego wynikające nie podlega uchyleniu zgodnie z art. 15 Konwencji, nawet w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu.

Warto tutaj przytoczyć w skrócie stan faktyczny sprawy. Skarga została wniesiona przez zamieszkałego od ponad dwudziestu lat w Wielkiej Brytanii obywatela Indii, Sikha, podejrzewanego o terrorizm (aczkolwiek nigdy nie skazanego), wobec którego, pomimo anulowania decyzji o odmowie azylu, władze brytyjskie wydały decyzję o deportacji. Ponieważ władze brytyjskie powoływały się na bezpieczeństwo państwa, K. Chahal nie miał możliwości odwołania się od

19 Skargi nr 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13147/87, 13148/87, sprawy szeroko omówione w M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Tom 2. Kraków 2000, s. 161 i nast. Skargi zostały złożone przez Tamilów, którzy ubiegali się o status uchodźcy w Wielkiej Brytanii. Twierdzili, że obawiają się represji ze strony wojska Sri Lanki. Ich wnioski zostały odrzucone, a wyższe instancje, w tym Izba Lordów, uznały, że podjęte decyzje o odmowie statusu uchodźcy były prawidłowe. Gdy skarżący ponownie znaleźli się na terytorium Sri Lanki, zostali aresztowani i poddani torturom ze strony służb bezpieczeństwa. Wtedy władze brytyjskie zmieniły swe stanowisko i zezwoliły im na ponowny wjazd na terytorium Wielkiej Brytanii.

20 *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 22414/93, wyrok z 15 listopada 1996 r.

21 Zob. także: M.A. Nowicki, Wokół..., s. 129; A. Redelbach, Natura praw człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony. Toruń 2001, s. 179–180.

tej decyzji o deportacji do sądu. Sprawę badała jednak specjalna komisja doradcza, która została poinformowana przez sekretarza stanu, że cudzoziemiec brał udział w działaniach terrorystycznych organizowanych przez Sikhów. Jednakże K. Chahal nigdy się nie dowiedział, co było podstawą tej informacji. Nie był też reprezentowany przez adwokata, ani nie był poinformowany o treści opinii wydanej przez komisję doradczą. W skardze do ETPC, K. Chahal zarzucił Wielkiej Brytanii naruszenie art. 3 (narażenie na tortury poprzez wydanie decyzji deportacyjnej), art. 5 ust. 1 i 4 (przedłużające się pozbawienie wolności, gdyż cały czas przebywał w areszcie), art. 8 (nieuzasadniona ingerencja w jego prawo do życia rodzinnego i prywatnego – on miał być deportowany, a żona i dzieci pozostawały w Wielkiej Brytanii) oraz art. 13 (brak odpowiednich środków odwoławczych na terytorium Wielkiej Brytanii).

W wyroku w tej sprawie, obok podkreślenia szczególnej mocy art. 3 Trybunał uznał, iż w sprawach, gdzie może mieć miejsce nieodwracalna krzywda wynikła z istniejącego realnie ryzyka naruszenia art. 3 EKPC, skuteczny środek odwoławczy polega na niezależnej weryfikacji sprawy poprzez pryzmat uzasadnionej obawy przed działaniami naruszającymi art. 3 EKPC. Weryfikacja taka powinna zostać przeprowadzona nawet bez względu na istnienie podstawy wydalenia cudzoziemca z powodu zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa wydalającego. Ponowne zbadanie sprawy nie musi być przeprowadzane przez organ sądowy, ale jeśli organem drugiej instancji nie jest sąd, to powinny istnieć przepisy gwarantujące skuteczność środków odwoławczych. Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważył, że w omawianej sprawie nie zbadano słuszności decyzji podjętej w sprawie wydalenia cudzoziemca odnośnie do prawdopodobieństwa jego przesładowania w kraju pochodzenia. Sąd ograniczył się do stwierdzenia, że organ podejmujący decyzję wystarczająco wyważył z jednej strony zagrożenie, na jakie może zostać narażony K. Chahal w kraju pochodzenia, a z drugiej, zagrożenie jakie on sam stwarza on dla bezpieczeństwa państwa. ETPC uznał, że taki sposób rozpatrzenia sprawy nie może zostać uznany za efektywny w świetle art. 3 w związku z art. 13 Konwencji.

Warto dodać, że już wcześniej, przed wyrokiem w sprawie *Chahal przeciwko Wielkiej Brytanii*, Trybunał orzekł, że ani próba napa-

du<sup>22</sup>, ani zatrzymanie przemytnika narkotyków na gorącym uczynku<sup>23</sup>, a nawet popełnione morderstwo<sup>24</sup>, nie powinny stać się powodem wydalenia, które w praktyce będzie tożsame z torturami lub niehumanitarnym, poniżającym traktowaniem. Jednak wyrok w sprawie Chahala umocnił absolutny charakter art. 3 EKPC wskazując, że nawet obawa przed terroryzmem nie może usprawiedliwiać wydalenia obywatela obcego państwa i jednoczesnego narażenia go na tortury lub niehumanitarne i poniżające traktowanie.

O konieczności wnikliwego badania sprawy, kiedy w grę wchodzi wydalenie do kraju, gdzie istnieje ryzyko tortur niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karanie świadczą także inne orzeczenia ETPC. I tak w sprawie *T.I. przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>25</sup> ETPC musiał rozważyć kwestie związane z przekazywaniem odpowiedzialności za rozpatrywanie wniosków azylowych w państwach UE, a więc państwach, które wszystkie są stronami EKPC i w których nie powinno być wątpliwości co do interpretacji art. 3 EKPC, na mocy Konwencji Dublińskiej z 1990 r.<sup>26</sup> W tej sprawie obywatelowi Sri Lanki T.I., który deklarował obawę przed prześladowaniem ze strony LTTE (organizacji Tamilskie Tygrysy), odmówiono w Niemczech statusu uchodźcy z powodu niskiej wiarygodności oraz faktu, że prześladowanie pochodziło ze strony podmiotów niepaństwowych. T.I. po otrzymaniu negatywnej decyzji wyjechał do Wielkiej Brytanii. Tam zdecydowano na mocy Konwencji Dublińskiej o jego przekazaniu do Niemiec i odmówiono rozpatrzenia sprawy pod względem merytorycznym. T.I. odwołał się do ETPC zarzucając, że Wielka Brytania naruszyła art. 2, 3, 8 i 13 EKPC. Chociaż Trybunał stwierdził w tej sprawie niedopuszczalność skargi, to jednak wyrażony przez Trybunał pogląd wytycza drogę orzeczniczą w sprawach związanych ze stosowaniem tzw. mechani-

22 Ahmed przeciwko Austrii, skarga nr 25964/94, wyrok z 27 listopada 1996 r.

23 H.L.R. przeciwko Francji, skarga nr 24573/94, wyrok z 29 kwietnia 1997 r. D. przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 30240/96, wyrok z 2 maja 1997 r.

24 Soering przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 14038/88, wyrok z 7 lipca 1989 r.

25 Skarga 43844/98, decyzja z dn. 7 marca 2000 r. Zob. także: C. De Kruif, Case Reports of the European Court of Human Rights and the Committee against Torture, European Journal of Migration and Law 2000, vol. 2, no. 2, s. 238–245.

26 Dz.Urz. UE, C 1997/254/1.

zmu dublińskiego<sup>27</sup>. ETPC stwierdził, że państwa – strony EKPC nie mogą automatycznie polegać na zawartych porozumieniach w sprawie podziału obowiązków i współpracy w zakresie ponoszenia ciężarów związanych z napływem imigrantów. Takie automatyczne przekazywanie może wywoływać skutki w zakresie praw człowieka i podstawowych wolności, a działania państw w tym zakresie mogą okazać się niezgodne z EKPC.

Kolejny przykład warty przytoczenia to sprawa *Hilal przeciwko Wielkiej Brytanii*<sup>28</sup>, w której ETPC orzekł naruszenie przez Wielką Brytanię art. 3 EKPC. Trybunał uznał m.in., że władze brytyjskie narażyły na tortury lub niehumanitarne i poniżające traktowanie Tanzańczyka prześladowanego przez policję w Zanzibarze, wydając decyzję o jego odesłaniu do Tanzanii, bez dogłębnego zbadania sprawy. W przypadku skarżącego przypadku nie uwzględniono bowiem powiązań pomiędzy policją Tanzanii i Zanzibaru.

Wielokrotnie ETPC miał do czynienia ze sprawami, w których wydalenie powodowało nieodwracalną krzywdę, a ponadto uniemożliwiało złożenie indywidualnej skargi do Trybunału lub utrudniało skuteczne dochodzenie praw zawartych w Konwencji. Co więcej, niejednokrotnie Trybunał orzekł o naruszeniu art. 34 EKPC, kiedy to poprzez wydalenie nieodwracalna krzywda miała miejsce, a państwa skutecznie utrudniły skorzystanie z prawa do składania indywidualnej skargi. Na przykład w sprawie *Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji*<sup>29</sup> – uzbeckich opozycjonistów, przekazanych Uzbekistanowi w drodze ekstradycji za podejrzenie dokonania morderstwa i usiłowanie zamachu, ETPC orzekł m.in., że przedmiot i cel EKPC nakłada na państwa obowiązek interpretowania i stosowania jej postanowień w sposób zapewniający ich praktyczny charakter i skuteczność, jako część systemu skarg indywidualnych. Obowiązek wynikający z art. 34 ETPC oznacza, że państwa muszą powstrzymać się od nacisków na skarżących i wszelkich aktów mogących uniemożliwić Trybunałowi rozpoznanie skargi. Trybunał uznał, że wydając skarżących po złożeniu przez nich

27 Szerzej zob.: R. Cholewiński, The Baltic States in the Context of the Dublin Convention, IOM 2001, s. 19–56; B. Mikołajczyk, Osoby ubiegające..., s. 55 i nast., 151 i nast.

28 Skarga nr 45276/99, wyrok z 6 marca 2001 r.

29 Skarga 46827/99, wyrok z 4 lutego 2005 r.

skargi do ETPC, Turcja osłabiła w sposób nieodwracalny ochronę na podstawie art. 3 i 2 EKPC. Na skutek ekstradycji skarżących, ETPC nie miał możliwości takiego zbadania sprawy, jak by to miało miejsce, gdyby pozostali w Turcji. Ponadto skarżący stracili kontakt z adwokatami i możliwość poszukiwania dowodów dotyczących naruszenia art. 3<sup>30</sup>.

Na ten wyrok ETPC powołał się, orzekając w sprawie *Aoulmi przeciwko Francji*<sup>31</sup> (wyrok z 17 stycznia 2006). Sprawa dotyczyła wydalonego z Francji obywatela Algierii, który – w przeciwieństwie do sześciorga swego rodzeństwa – nie posiadał francuskiego obywatelstwa. Skarżący był we Francji skazany za szereg przestępstw, od włamań poprzez paserstwo, fałszerstwa, a skończywszy na handlu narkotykami. Władze francuskie orzekły o jego deportacji do Algierii. Wtedy skarżący złożył wniosek o nadanie statusu uchodźcy, który jednak został rozpatrzony negatywnie, z braku przesłanek świadczących, że skarżący jest uchodźcą. Sprawa byłaby oczywista, gdyby nie fakt, że u skarżącego zdiagnozowano aktywne, przewlekłe zapalenie wątroby, wymagające specjalistycznego leczenia. Skarżący przyjmował lek niedostępny w Algierii. Pomimo złożenia skargi do ETPC, skarżący został odesłany do Algierii. Już po jego deportacji, sąd administracyjny w Lyonie uchylił decyzję prefekta i uznał deportację za niesłuszną. Jednakże skarżący nie mógł wrócić do Francji, gdyż władze algierskie odmówiły wydania mu paszportu, a ponadto stracił kontakt ze swym adwokatem. Jego stan zdrowia pogorszył się znacznie.

W obydwu przytoczonych sprawach ETPC nie był w stanie orzec naruszenia art. 3 EKPC, ale orzekł naruszenie art. 34 EKPC, które zredukowało ochronę wynikającą z art. 3 i innych przepisów EKPC.

Nie mniej skomplikowanymi sprawami są sprawy, w których cudzoziemiec nie został wydany, ale wątpliwa jest wiarygodność skarżącego. Narzuca się bowiem pytanie, czy można ocenić ryzyko narażenia na tortury, nieludzkie lub poniżające karanie lub traktowanie, jeśli najpierw władze skarżonego państwa, a potem nawet ETPC nie jest pe-

30 M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005. Kraków 2006, s. 64–65.

31 Skarga nr 50278/99.

wien, czy prezentowana przez skarżącego wersja wydarzeń jest prawdopodobna. Tak też było w sprawie, w której wyrok zapadł 26 lipca 2005 roku – *N. Przeciwko Finlandii*<sup>32</sup>. Skarżącym w tej sprawie był obywatel Demokratycznej Republiki Kongo (DRK), należący do ścisłej strażnicy prezydenta Mobutu, prowadzący działalność wywiadowczą na rzecz Mobutu m.in. w Angoli i prawdopodobnie w ośrodku dla uchodźców w Holandii w 1993 r., gdzie ubiegał się o status uchodźcy, ale odmówiono mu go i został deportowany. Po upadku prezydenta Mobutu, ponownie zbiegł do Europy i złożył wniosek o status uchodźcy, powołując się na obawę przed prześladowaniem ze strony nowych władz DRK z powodu przynależności do ścisłego kręgu współpracowników byłego prezydenta oraz do jego plemienia. Finlandia odmówiła mu jednak nadania statusu uchodźcy, głównie z powodu niskiej wiarygodności.

W przeciwieństwie do władz Finlandii, ETPC orzekł, że N. może być narażony na tortury ze strony nie tyle nowych władz DRK, gdyż od opuszczenia kraju pochodzenia przez N. miało 8 lat, ale ze strony osób lub rodzin poszkodowanych przez reżim Mobutu i samego N. Skarżący słusznie może obawiać się zemsty. Wydalenie N. do kraju pochodzenia narusza art. 3 EKPC. Podkreślić jednak należy, że Trybunał nie był w tej sprawie jednomyślny. Inne stanowisko przyjął sędzia Maruste, poddał wątpliwość możliwość orzeczenia naruszenia art. 3 i oceny postępowania państwa przy niewiarygodności skarżącego.

Podobnie zdanie odrębne zostało złożone w przypadku sprawy *Said przeciwko Holandii*<sup>33</sup> (wyrok z 5 lipca 2005 r.), w której skarżącym był Erytrejczyk ubiegający się o status uchodźcy w Holandii. Podstawą jego wniosku azylowego (o nadanie statusu uchodźcy) była obawa powrotu do kraju, gdyż zdezerterował z armii erytrejskiej po wojnie z Etiopią w 2000 r. Jak twierdził, będąc w wojsku stawał w obronie wycieńczonych żołnierzy. Został aresztowany za namawianie do złożenia broni i spędził niemal pięć miesięcy w podziemnej celi bez formalnego oskarżenia, a nawet przesłuchania. Po tym wydarzeniu zdezerterował z armii i przez Sudan przedostał się do Holandii. Tam, w 2001 r., jego wniosek o status uchodźcy w dwóch instancjach został odrzucony,

32 Skarga nr 38885/02.

33 Skarga nr 2345/02, zdanie odrębne sędziego Loucaidesa dotyczyło niskiej wiarygodności nie osoby, lecz źródeł informacji o kraju pochodzenia,

a to z powodu braku dokumentów, które stwierdzałyby jego tożsamość i potwierdzałyby przedstawioną przez niego wersję wydarzeń. Skarżący twierdził, że Holandia naruszyła art. 2 i 3 EKPC, podejmując decyzję o jego wydaleniu oraz w związku z przetrzymywaniem go tak długo w poniżających warunkach.

Wydając wyrok w tej sprawie ETPC stwierdził, że istnieje uzasadniona obawa, iż Mahmud Mohammed Said w przypadku wydalenia do kraju pochodzenia byłby narażony na traktowanie naruszające postanowienie art. 3 EKPC, o czym świadczą m.in. raporty Amnesty International i Departamentu Stanu USA na temat traktowania dezertorów w Erytrei oraz fakt uprzedniego uwięzienia skarżącego. Tak więc ETPC uznał, że Holandia naruszyła postanowienia art. 3. Nie uznał natomiast naruszenia art. 2.

W świetle wyroków, w których Trybunał orzekał o naruszenie art. 3, nawet w sprawach, gdzie skarżący lub źródła informacji nie były do końca wiarygodne, dość kontrowersyjny wydaje się wyrok w sprawie *Nsona przeciwko Holandii*<sup>34</sup>. W tym przypadku Trybunał (znowu niejednomyślnie<sup>35</sup>) nie orzekł naruszenia art. 3 EKPC, choć sprawa dotyczyła odseparowania od jedynej bliskiej osoby (choć prawdopodobnie niebędącej krewną) i odesłania dziewięcioletniej dziewczynki z Holandii przez Zurich do Zairu. Podróż trwała siedem dni. Do Szwajcarii dziewczynka podróż odbyła w asyście urzędnika imigracyjnego, ale od Zurichu dziecko musiało radzić sobie samo. Ponadto władze holenderskie nie ustaliły, jaka jest jego sytuacja rodzinna w Zairze, a więc możliwe, że byłaby ona tam narażona na tortury, nieludzkie lub co najmniej poniżające traktowanie. W literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, że zważywszy na wiek dziewczynki, działania władz holenderskich powodujące oderwanie jej od jedynej osoby, która chciała się nią zaopiekować, a także skazanie jej na samotny powrót do Zairu, można uznać za sprzeniewierzające się przepisowi art. 3 EKPC. W tym przypadku wydaje się, że wśród sędziów ETPC przeważał pogląd o pozostawieniu spraw migracyjnych kompetencji państw. Być może pewnym (choć wątpliwym) usprawiedliwieniem stanowiska niestwierdzające-

34 *Nsona przeciwko Holandii*. Skarga nr 23366/94, wyrok z 28 grudnia 1996 r.

35 Zdanie odrębne sędziego De Meyera.

go naruszenia art. 3 EKPC, jest obawa Trybunału przed stworzeniem precedensu pozwalającego rodzicom z różnych biedniejszych regionów świata na nieograniczone wysyłanie dzieci do Europy, ale taki pogląd poddaje w wątpliwość absolutny charakter art. 3 EKPC<sup>36</sup>.

Naruszenie art. 3 może mieć różne oblicza. Nie zawsze w sprawach, gdzie pojawia się wątek azylowy skarga o naruszenie art. 3 EKPC jest związana z decyzją o wydaleniu do kraju pochodzenia. Zdarzają się bowiem sprawy związane z pobytem w kraju udzielającym ochrony. W sprawie *Dougoz przeciwko Grecji*<sup>37</sup> Trybunał orzekł naruszenie art. 3 EKPC m.in. z powodu fatalnych warunków zatrzymania osoby ubiegającej się o ochronę. Trybunał uznał, że drastycznie złe warunki socjalne, będące między innymi skutkiem przepełnienia ośrodka, mogą okazać się poniżające lub nawet uznane za torturę (np. w przypadku braku bieżącej wody, zakwaterowania w pomieszczeniach bez dostępu światła dziennego itp.).

Podobny wyrok, stwierdzający naruszenie art. 3 EKPC, zapadł 27 lipca 2006 r. w sprawie *Kaja przeciwko Grecji*<sup>38</sup> – Albańczyka czekającego na deportację w zamkniętym ośrodku policyjnym w Larissie, gdzie warunki pobytu odbiegały dalece od wszelkich standardów (podobnie, jak w poprzednim przypadku – przepełnione cele, brak naturalnego światła, wentylacji, brak łóżek i sanitariatów; zatrzymani nie otrzymywali wyżywienia, mogli je kupić w kantynie, o ile posiadali na to środki).

Łatwo zauważyć, że we wszystkich przytoczonych wyżej sprawach skarga była wystosowana przeciwko państwu, w którym cudzoziemiec poszukiwał ochrony, ale bywają i inne scenariusze. W sprawie *Suheyła Aydin przeciwko Turcji* (wyrok z 24 maja 2005)<sup>39</sup> skarga została wniesiona przez żonę Kurda, aresztowanego, torturowanego, a później zastrzelonego przez funkcjonariuszy tureckich, a więc dotyczyła odpowiedzialności państwa za śmierć osoby aresztowanej oraz obowiązku

36 U. Kilkelly, *Nsona v. Netherlands, The Treatment of Minors and the European Convention on Human Rights*, International Journal of Refugee Law 1996, vol. 8, no. 4, s. 644–648.

37 Skarga nr 40907/98, wyrok z 6 marca 2001 r.

38 Skarga nr 32927/03.

39 Skarga nr 25660/94. Przy okazji warto tutaj zauważyć, że Trybunał wydał wyrok po 11 latach od złożenia skargi.

prawidłowego prowadzenia dochodzenia. Należy też dodać, że skarżąca sama była poddana poniżającemu traktowaniu przez policję turecką. Na tej podstawie otrzymała status uchodźcy w Szwajcarii i przebywając w tym kraju, postanowiła zaskarżyć kraj swego obywatelstwa. W tej sprawie ETPC orzekł złamanie przez Turcję art. 2, art. 3, art. 13, a także 38 EKPC (obowiązek pozostawania stron do dyspozycji ETPC).

### III

Tych kilka zaledwie przytoczonych spraw pozwala na stwierdzenie, że w sprawach rozpatrywanych przez ETPC kwestia poszukiwania ochrony międzynarodowej, czy to w postaci statusu uchodźcy czy azyłu, czy też jakiegokolwiek innej formy ochrony, pojawia się w tle sprawy zasadniczej i ma raczej drugorzędne znaczenie. Zazwyczaj (choć nie zawsze) głównym wątkiem sprawy są okoliczności wydalenia do kraju, gdzie skarżącemu groziły (jeśli został wydalony) lub mogłyby grozić (jeśli decyzję o wydaleniu wstrzymano) tortury niehumanitarne lub poniżające traktowanie.

Generalnie nie można więc mówić o „sprawach azylowych” przed ETPC, ale zdarzają się sprawy, które można by nazwać „sprawami z elementem azylowym”. W tych sprawach skarżący zarzucają państwu najczęściej naruszenie art. 3 EKPC, którego naruszenie wiąże się z pogwałceniem innych zobowiązań EKPC, wynikających np. z art. 5 EKPC – prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego w sytuacji, gdy skarżący był zatrzymany i osadzony w areszcie deportacyjnym, art. 8 EKPC – prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego, jeśli wydanie spowodowało naruszenie lub zerwanie więzów rodzinnych, a także art. 13 EKPC – prawa do skutecznego środka odwoławczego, jeśli decyzja o wydaleniu nie była weryfikowana.

Można więc podnieść, że sprawy te są najczęściej wielowątkowe, a co za tym idzie, niezwykle złożone. Komplikacje potęguje fakt, że są to sprawy z pogranicza prawa krajowego w dziedzinie migracji, a z drugiej – zobowiązań międzynarodowych państw z zakresu praw człowieka. Dowodem na ową złożoność zagadnienia są częste zdania odrębne składane przez sędziów ETPC do wyroków wydawanych w tych sprawach.

Warto jednak podkreślić, że te odmienne opinie dotyczą zazwyczaj interpretacji stanu faktycznego, natomiast ETPC jest zgodny co do charakteru zobowiązania wynikającego z art. 3 EKPC. To właśnie w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemca (często tego, któremu odmówiono ochrony międzynarodowej), które mogłyby narazić go na tortury niehumanitarne lub poniżające traktowanie, ETPC dokonał interpretacji tego przepisu, twierdząc, że ma on charakter absolutny i nie ma wyjątków od zakazu stosowania tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania.

Ta interpretacja zakazu tortur stała się charakterystyczna dla ochrony praw człowieka w Europie i ukształtowała „europejskie” podejście do zakazu tortur. Państwa należące do Rady Europy, w odróżnieniu od społeczności międzynarodowej w innych częściach świata<sup>40</sup>, w pełni zgadzają się z bezwzględnym zakazem tortur. Obok uznania prawa jednostki do indywidualnego składania skarg do organów międzynarodowych na mocy traktatów praw człowieka, to akceptacja absolutnego charakteru zakazu tortur pozwala na podejmowanie próby zdefiniowania „europejskiego prawa praw człowieka”.

Z drugiej jednak strony fakt, że państwa europejskie akceptują absolutny zakaz tortur nie oznacza, że w praktyce nie ma miejsca naruszanie zobowiązań wynikających z art. 3 EKPC. W sprawach „z elementem azylowym” dzieje się to nadzwyczaj często. Co więcej, można zaobserwować, że zdarza się, iż niemal identyczne skargi wpływają przeciwko temu samemu państwu. Należałoby się więc zastanowić nad wpływem ETPC na politykę państw w tym zakresie. O ile państwa, wobec których ETPC orzekł złamanie postanowień Konwencji zazwyczaj respektują wyrok w konkretnej sprawie (nierzadko ze znacznym opóźnieniem), to niekoniecznie takie orzeczenie musi wpływać na systemowe rozwiązania w tym państwie albo zadziałać prewencyjnie na inne państwa<sup>41</sup>.

40 Por. J. Zajadło, Dyskusja na temat tortur w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Państwo i Prawo 2006, z. 5, s. 32 i nast.

41 Por. J. Jaskiernia, Uwarunkowania skuteczności orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Humanistyczne Zeszyty Naukowe – Prawa Człowieka 2002, nr 8, Katowice 2002, s. 52 i nast.; B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, System ochrony praw człowieka. Kraków 2003, s. 136.

## L' « entreprise européenne » et le défi américain : Libre réflexion sur la « Societas Europaea » et les « IFRS »

La recherche présentée ici considère le champ des entreprises en tant que lieu où se produit l'histoire de l'Europe. En effet, dans le contexte particulier de la gestion, on est amené à s'interroger sur la diversité des sentiers par lesquels l'Union européenne impose tantôt une coordination, tantôt une harmonisation, tantôt des règles impératives pour faire émerger peu à peu cette entité économique originale qu'est « l'entreprise européenne ».

La diversité des chemins utilisés résulte elle-même de la variété des Commissaires européens et des directions générales qui, plus de cinquante ans après le Traité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA), ont façonné le destin, le dessein et les règles applicables aux entreprises: le marché intérieur, la concurrence, le contrôle des fusions, le droit des sociétés, la consolidation des comptes, la normalisation des produits, etc.. Si la foule des thèmes qui concernent les entreprises n'ont jamais permis d'affirmer qu'il existerait une seule logique européenne à l'œuvre entre 1951 et 1999, par contre, au cours des années 2000 à 2005, le pluralisme antérieur a laissé place à un unitarisme réduisant le champ européen à une structure analogue aux règles américaines pour ce qui est de la gestion des entreprises. L'hypothèse de travail exposée ici est que les *mesures réglementaires adoptées par l'Union européenne en analogie étroite avec la législation américaine* sont en réalité le signe du manque d'une véritable européanisation des entreprises.

Puisque chaque trajectoire réglementaire est *path-dependent* il est utile de conduire une démarche comparative en considérant deux exemples de réglementation tout à fait distincts – le statut de Societas Europaea (S.E, adopté en 2001 et mis en place en octobre 2003) et les nor-

mes de reporting financier IFRS (adoptées de 2002 à 2005). De plus, afin d'évaluer l'ampleur des modifications que l'Europe impose aux logiques nationales, on choisit le thème de l'Européanisation, avec ses méthodes, plutôt que celui de logiques nationales qui sont le plus souvent inopérantes en matière de gestion. Comme le souligne Vink (2003) là où la nation, unité traditionnelle de l'analyse politique, tend à être vidée (*hollowed out*), le processus d'Européanisation prend le relais, au profit de trajectoires de type fonctionnaliste (par effet d'engrenage) ou fédéraliste (par effet de gouvernance supra-nationale). Particulièrement dans le champ des entreprises, le thème de la compétition contribue à maintenir le pluralisme des approches tout en exerçant une tension supposée vertueuse sur les acteurs : en bref, *que le meilleur gagne et qu'ensuite les autres apprennent et gagnent à leur tour s'ils en ont le désir et font des efforts pour cela*. Pour reprendre l'expression de Vink (2003), là où jadis, dans le champ des entreprises, on parlait d'un régime inter-gouvernemental (*polity*) d'interdépendances négociées entre nations par le biais d'une coordination politique, il faut désormais évoquer une intégration supra-nationale toujours plus forte (*ever closer*) autour d'un modèle dominant qui n'est en aucun cas pré-ordonné à un résultat (*by no means pre-ordained to a result*).

Partant d'une comparaison de la démarche suivie pour la *Societas Europaea* (S.E ou European Company Statute) avec celle suivie pour les normes financières IFRS ou *International Financial Reporting Standards*, cet article montre la déformation subie par le cadre européen traditionnel. Il s'agit du bouleversement observable entre 2000 et 2005 avec le passage de l'idéal type d'*économie sociale de marché (ESM)* à un autre idéal, - *l'entreprise market value (EMV)*-, dont le point central consiste en une notion proprement financière, la juste valeur de marché (*fair market value*). Certes le mot «marché» figure dans les deux formules, mais quel chemin parcouru de l'une à l'autre, en une réponse tardive au défi américain des années 1960, par la stricte séparation entre domaine social et domaine de la gestion. Il ne s'agit pas ici de juger cette séparation, mais de jauger ses conséquences.

Le plan proposé se fonde en première intention sur l'hypothèse popularisée depuis 1959 selon laquelle l'Europe des entreprises devait répondre au «défi américain» (Servan-Schreiber, 1967). Sont rappelés les



apports classiques mais fondamentaux de l'homme politique Robert Schuman (1964) et du dirigeant d'entreprise (de Cognac) que fut Jean Monnet (1976), car il s'agit de faire apparaître un *slack* (écart significatif) *entre les intentions* de ceux qui ont lancé à l'origine une politique industrielle européenne par le Traité de la communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), - donnant une part importante aux dirigeants de la sidérurgie allemande et française -, *et les réalités actuelles* près de cinquante ans après l'acte du Salon de l'Horloge (18 avril 1951).

Ensuite dans une seconde partie on montre comparativement comment deux aspects réellement distincts - la S.E et les IFRS - en termes d'objectifs, de calendrier et de méthodes, se sont trouvés aboutir à une convergence inattendue en termes de complète séparation entre gestion et dimension sociale des entreprises. Cette analyse bénéficie assez largement des contributions européennes de Saurugger (2002), ainsi que de Coen et Dannreuther (2002), et des apports américains de Theodor Lowi (1969) et de Mark Roe (1994). Enfin, dans un troisième temps, on met en évidence une transformation radicale dans l'Européanisation des entreprises, passée d'une approche coordinatrice autour du thème de l'économie sociale de marché, à une approche normalisatrice selon laquelle seule compterait l'entreprise compétitive, de grande taille et financièrement performante sur les marchés mondiaux, - ce qu'il est permis de nommer l'entreprise market value à l'américaine. Une question d'ordre général traverse donc ce papier :

*Peut-on nommer Européanisation un processus idéologique qui annihilerait le modèle social européen ? Cette interrogation se décline en ce qui concerne la S.E et les IFRS : Comment considérer le fait que les IFRS n'incorporent aucun des concepts de l'économie sociale de marché, et que, dans certains Etats membres, la S.E puisse ne pas comporter d'implication des travailleurs ? Puis la question rebondit à propos du processus européen: du point de vue de la méthode suivie tant pour la S.E que les normes IFRS, peut-on affirmer que le classique spill-over (effet d'engrenage) soit toujours à l'œuvre ici, ou bien faut-il recourir à une autre grille de lecture des processus observés ?*

## 1- Une hypothèse ancienne : l'Europe face au défi américain

Les articles 48 et 43 du Traité instituant la Communauté européenne (version Amsterdam du 2 octobre 1997) énoncent que les entreprises sont des acteurs aussi essentiels au marché que les personnes physiques: « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées aux personnes physiques ressortissant des Etats membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif.. Les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants des Etats membres sont interdites. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés...* ». Trois principes sont essentiels (Favret, 2002):

(1)- le principe de *libre circulation* entend ôter les obstacles qui s'opposent à la liberté de déplacement et d'installation des entreprises. Puisque l'Union établit un espace sans frontières au sein duquel la libre circulation est assurée, liberté d'établissement, liberté de circulation des marchandises, et liberté de prestations en découlent ;

(2)- le principe de *libre concurrence* permet de réguler les concentrations d'entreprises, et de sanctionner les pratiques comme l'abus de position dominante et les ententes;

(3)- le principe de *contrôle de gestion* impose que des garanties soient données par le management des entreprises aux acteurs concernés (clients, actionnaires, employés et pouvoirs publics, etc.).

Très tôt dans la construction européenne, il a semblé nécessaire de donner corps à ces principes sans pour autant franchir le pas d'une supra-nationalité qui semblait hors d'atteinte. Servan-Schreiber<sup>1</sup> souligne

<sup>1</sup> « *Dans une économie mouvante, caractérisée par la rapidité du progrès technique et l'acuité de la concurrence, la valeur d'une entreprise, sa capacité de riposte dépendent moins de ses usines et de ses machines que des éléments immatériels tels que sa créativité.. La France a proposé que l'on introduise, à la suite d'un accord qui serait passé entre*

l'impossibilité pour l'Europe de répondre à ce qu'il nomme le défi américain, c'est à dire l'incapacité des Etats membres de faire pièce aux entreprises conquérantes et efficaces des Etats Unis. L'Europe des entreprises s'est voulue être une réponse graduée au défi américain, sur la base d'une coordination établie progressivement tout au long de la période 1960 à 2000, en associant, à la compétition requise, une priorité affichée pour *l'économie sociale de marché*. Dans ce processus long, l'Europe n'a pas repris à son compte la notion de *libre entreprise du libre citoyen sur un marché libre*, citée dans la Constitution américaine par analogie entre liberté citoyenne et liberté d'entreprendre. A la différence des Etats-Unis, elle a limité à la fois les paradis fiscaux et les mesures dites de « moins-disant fiscal ou social » qui auraient pu créer une Europe à deux vitesses. Contrairement au *Delaware Effect* qui est, aux USA, l'Etat record dans lequel on peut réaliser un « *one-minute business shopping* » (enregistrer une firme pour y payer zéro contribution sociale et un impôt sur les sociétés presque nul), l'Union européenne a voulu respecter le consensus social en associant, à la *nécessité de groupes européens capables de rivaliser avec des homologues américains, la mise en place de framing mechanisms (mécanismes de cadrage) capables de concilier la dimension sociale européenne avec la logique dominante de concurrence internationale*. Pourtant, à partir de l'année 2000, cette volonté faiblit ou se trouve contre-balançée par des pressions en vue de faire basculer le modèle européen d'économie sociale vers une logique de fair value : o analyse à cet égard les normes financières IFRS et la Societas Europaea.

---

*les Etats, et seulement entre eux, une Loi uniforme pour toutes les sociétés (les entreprises). La Commission européenne a fait remarquer que l'introduction d'une loi des sociétés uniforme dans tous les droits nationaux, laisserait sans solution la question clef qui est la possibilité de transférer sans formalités le siège d'une entreprise d'un Etat dans un autre Etat. La Commission a proposé une solution raisonnable : la création d'une société de droit européen. Ce droit communautaire rendrait possible une égalité de situation pour les entreprises, et pour les actionnaires. Ainsi les fusions, grâce au droit européen, n'entraîneraient plus changement de nationalité, mais européenisation. Cette solution est la plus logique, mais elle n'a pas la chance d'être adoptée car elle suppose la reconnaissance d'un ordre supranational.» (Servan-Schreiber, 1967, p.122 et p.295)*

## Les IFRS<sup>2</sup>

Les normes International Financial Reporting Standards (IFRS) sont un acquis récent de l'Union européenne, né de la présidence portugaise au premier semestre 2000, et rapidement mis en place par obligation faite aux sociétés cotées sur les marchés financiers (Londres, Milan, Paris, Francfort, Amsterdam, etc.) de présenter leurs comptes 2005 en format IFRS. Loin de relever d'une *coordination communautaire*, les IFRS participent d'une véritable *obligation d'harmonisation forte* légitimée par le désir de « moraliser » le comportement des dirigeants d'entreprise après les quasi-faillites de Parmalat, Alstom, ABB et d'autres firmes européennes dont la gestion a été jugée désastreuse du point de vue des investisseurs et actionnaires. La clef du dispositif est l'alliance entre dimension politique et expertise technique, autrement dit entre la Commission Prodi et la fondation privée International Accounting Standards Commission (IASC) basée à Londres depuis 1967, qui a joué le rôle du consultant qualifié pour édicter les règles financières européennes. Si Jacques Delors (2004) souligne la « méthode à l'épreuve » que fut, dans les années 1984-1994, *la Commission comme organe moteur et rassembleur qui doit être créatrice de consensus dynamique.. Elle propose, et par-là elle entraîne, mais elle ne peut réussir que si elle est forte de sa collégialité pleinement appliquée* (p.247), Delors indique également comment la *prodigieuse mutation* des Pays de l'Est entre 1994 et 2004, - *L'Est bouge, Les Européens*

2 Normes de reporting financier IFRS = Règlements de la Commission (CE) n° 2236/2004, n°2237/2004 & n°2238/2004 du 29 décembre 2004 adoptant certaines normes comptables internationales. Les normes IFRS font référence à la notion de juste valeur de marché en la substituant aux notions classiques de coût historique et de prix. Le concept complet, qui s'énonce en anglais comme fair market value at arm's length, exige que toute transaction, à l'actif ou au passif du bilan d'une entreprise soient évalués selon une juste valeur de marché à distance de transaction. Sans en avoir l'air cette référence omniprésente modifie le socle même de la gestion, car la fiabilité des comptes de toute entreprise dépend de qui est dit être la « fair value ». Pour une partie prenante (par exemple la SNCF) un titre de transport à 100 euro entre Paris et Milan sera « fair », tandis que pour une autre partie prenante (par exemple un groupe de visiteurs) ce sera « unfair ». Dès lors il conviendra de faire intervenir la concurrence en ouvrant des lignes d'autobus, ou d'autres liaisons ferroviaires, sur le même parcours pour faire baisser les prix. Plus largement les IFRS refusent la notion de base historique des coûts pour ne plus se fier qu'au seul marché. Que dire alors de biens qui n'ont pas de marché de référence ? *Que dire en particulier des biens collectifs ?*

de l'Est au G7, *Les Allemands de l'Est bousculent l'histoire* - a permis une américanisation de la méthode européenne, soumise systématiquement à la pression de l'European Round Table of Industrialists (ERT) et des lobbies UNICE (Union of Industrials and Employers' Confederation of Europe), ETUC (European Trade Unions Confederation), et BEUC (Bureau européen des Unions de consommateurs). En 1999-2000 ce sont les Commissaires Bolkestein, Monti et Verheugen qui ont inspiré au Conseil européen d'établir une normalisation financière des entreprises basée sur les standards d'audit et de reporting : la décision de faire basculer les entreprises cotées sur les marchés financiers en Europe aux normes IFRS, - décision des chefs de gouvernement accentuée par l'élargissement de l'Union et par la crise de la New economy entre 2000 et 2003 - a permis d'aller très vite, là où il aurait fallu antérieurement des dizaines d'années de négociation.

La pression qui s'en suivit dans les services (Luxembourg) et au Parlement européen (Strasbourg) permit à la *machine européenne* d'adopter la quarantaine de normes IAS et IFRS dont le point commun se nomme *fair market value*. Toutefois, détail significatif, la résistance de l'association française des banques (AFB) et son homologue européenne face aux normes IAS 32 et IAS 39 relatives à la valeur des titres financiers dérivés, amena, au début de 2004, le président français J.Chirac à exiger un réexamen technique des IAS 32 et 39. Mais tout au long de la démarche des IFRS, l'argument du «défi américain» a été utilisé pour justifier le basculement inévitable en normes IFRS des entreprises européennes. Même l'Elysée est intervenu directement pour tenter de «faciliter» l'adoption des règles européennes par les entreprises : l'ordonnance 2004-1382 du 20 décembre 2004 élargit aux PME le champ d'application des normes IFRS en France. La hâte de rendre les entreprises européennes compétitives sur les marchés mondiaux par leur alignement sur les IFRS constitue en fin de compte une certaine réponse au défi américain identifié en 1967. Cette réponse ne relève pas d'une simple coordination inter-gouvernementale, mais d'*unification et banalisation* normatives sur le modèle américain, car les Directives du 29 décembre 2004 sont des mesures allant bien au-delà de l'harmonisation vers une obligation quasi fédérale à partir du 1/01/2005.

### La Societas Europaea<sup>3</sup>

Le Règlement et la Directive qui établissent la Societas Europaea constituent un acquis communautaire qui : (1)- Améliore la liberté effective d'établissement; (2)- Introduit l'implication des travailleurs; (3)- Renforce la protection des créanciers; (4)- Etablit un véritable label européen, S.E étant la contrepartie du «Inc.» Américain; (5)- Sort des blocages juridiques opposant la théorie du siège réel (France, Allemagne) à la théorie de l'incorporation (Pays-Bas, Grande-Bretagne). Contrairement aux IFRS qui ont été établis sur une base technique en quelques années seulement, le statut de SE résulte d'un processus politique de plus de trente ans de négociations qui s'est achevé sur le concert établi entre un volet juridique instauré par un *Règlement* européen, et un volet social instauré par une *Directive*. La SE comporte une assemblée générale des actionnaires, et le consensus européen abouti à lui donner soit sur une structure dualiste (à l'Allemande, avec organe de direction et organe de surveillance), soit une structure moniste (à la

3 Societas Europaea = Règlement de la Commission (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société Européenne (S.E). Et : Directive Européenne n°2001/86 complétant le statut de la SE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. En favorisant la mobilité du siège social de l'entreprise, le statut de Societas Europaea (SE) entend favoriser l'adaptation des structures de production, inciter à la mise en commun ou restructuration par voie de fusion ou d'intégration verticale, et affranchir les sociétés les plus dynamiques de la nécessité de rester fixées dans un Etat national.

Règlement européen n°2157/2001: Statut de la Société européenne (S.E)

Article 1: une société peut être constituée sur le territoire de la Communauté sous la forme d'une Société anonyme européenne, ou Societas europaea (S.E). La S.E a la personnalité juridique.

Article 2, §2: Les SA et les SARL constituées selon le droit d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté peuvent constituer une SE : - soit pour créer une SE filiale ; - soit comme une SE holding, si deux d'entre elles relèvent de deux Etats membres différents; - soit comme une SE par voie de fusion, si deux d'entre elles relèvent de deux Etats membres différents;

Article 7: Le siège statutaire de la S.E est situé dans le même Etat membre que son administration centrale (sa Direction Générale);

Article 8: Le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre. Ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personnalité morale nouvelle.

Article 10: Sous réserve des dispositions du présent Règlement, une SE est traitée dans chaque Etat membre comme une SA constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

Article 11: La SE doit faire précéder ou suivre sa dénomination sociale du sigle: S.E

Française, un seul conseil d'administration). Dans la pratique, ce statut doit permettre d'éviter de multiplier les filiales de droit local, la SE ayant vocation à s'insérer dans tous les pays de l'Union sans connaître de frontière juridique. En parallèle au Règlement, la Directive garantit les droits d'implication des salariés dans les décisions prises, et établit le principe de consultation préliminaire à toute constitution de S.E. *L'implication des travailleurs* recouvre l'information, la consultation, la participation etc. par lesquels les représentants des travailleurs peuvent exercer *une influence continue, permanente et sérieuse*, sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise. A ce sujet, *les Etats membres doivent prévoir que les représentants de syndicats puissent être membres du groupe spécial de négociation qui prépare la mise en place de la SE, et que des travailleurs aient le droit de siéger au sein des organes de surveillance et d'administration de la SE.*

Formulée dès 1959 dans une proposition exprimée par le professeur Thibierge au 57ème Congrès des Notaires, la société européenne prend un envol remarquable. Avec le soutien de la Commission européenne, le professeur Sanders (Pays-Bas) aboutit à une étude de faisabilité et un mémorandum en avril 1966. Le premier projet de Règlement de la S.E (1970) est approuvé par le Conseil Economique et Social des Communautés européennes (1972), puis soumis au Parlement européen (1974). Ce dernier introduit de nombreux amendements concernant la participation des travailleurs, puis la Commission rédige un règlement révisé (1975) qui fait l'objet de nombreuses navettes entre les différentes instances de la Commission. La notion de société européenne est alors une image aboutie du droit des groupes allemands (KonzernRecht), devant comporter un système à Directoire et Conseil de surveillance [c'est à dire Vorstand und Aufsichtsrat ], incluant la participation des travailleurs (Mitbestimmung). Selon Michel Albert (in P.Muller, 1992, p.296) « la doctrine de la Sozialmarktwirtschaft considère que l'Etat n'a le droit d'intervenir dans la vie économique ou sociale que pour deux raisons seulement, mais que ces mêmes raisons lui créent de véritables devoirs d'intervention. La première raison est l'égalisation des conditions de la concurrence, la seconde concerne les travailleurs..».

Dans l'économie sociale de marché - de Bismarck à Adenauer - le respect des conditions de libre concurrence va de pair avec les libertés de circulation et d'établissement qu'il serait dangereux de laisser totalement sans contraintes. Mais c'est oublier que pour les Britanniques et, dans une moindre mesure les Néerlandais et les Irlandais, tout facteur de protection des travailleurs est une contrainte supplémentaire qui bride la compétitivité des entreprises. Par conséquent, si l'Europe des marchés doit se faire, c'est moyennant le courage politique de ne pas s'encombrer de réglementation sociale, surtout si elle provient d'autres Etats Membres. A partir de 1972, l'adhésion de la Grande-Bretagne et de l'Irlande et du Danemark, change les équilibres internes de la C.E.E. Le «paquebot allemand» (c'est ainsi que l'on surnommait le projet de statut de S.E ) se voit sourdement attaqué par les nouveaux entrants, jusqu'à aboutir à son rejet par le Conseil européen de 1982 où Mrs Thatcher le qualifie de «*German fantasy* ». En 1989, J. Delors, Président de la Commission, exprime officiellement le lien entre la société européenne et l'Acte unique à venir en 1992. Appréhendant un nouveau blocage de la part des Britanniques, Delors fait voter au Conseil européen du 25 août 1989 le principe de séparer en deux volets distincts le statut de la société européenne d'avec la participation des travailleurs. Il espère que la séparation permettra de négocier en deux paquets distincts, dont l'un au moins pourrait être accepté. Delors se fait alors l'avocat de la société européenne (SE) *dont un Règlement permettrait la création et la gestion de compagnies ayant une dimension européenne, libérées des obstacles provenant de la disparité et des limites d'application des divers droits des sociétés au niveau national.* Entre 1988 et 1992, Delors suscite auprès de lui la présence d'un groupe de grandes entreprises européennes, parmi lesquelles la *major* pétrolière britannique British Petroleum BP, pour s'assurer un vecteur transversal capable de casser les clivages des représentations nationales et il parvient à produire deux textes distincts, un Règlement qui fixe le statut de la SE et une Directive sur la place des travailleurs. Cette dernière prévoit trois systèmes de concertation au choix, dont un modèle très souple: «*Quand les deux parties à la négociation le décident ou lorsque aucun accord ne peut être conclu, un modèle standard, établi par la législation de l'Etat du siège, s'applique à la SE.*».

Cependant ce sont les Allemands qui en 1992 refusent d'aller plus loin; en effet il existe, selon eux, un manque d'équivalence pratique entre la législation sociale de l'Allemagne et celles des autres Etats, et ils soulignent que, selon leur vision, «il ne peut y avoir de SE sans participation». Dans l'autre camp, les Britanniques brandissent à nouveau leur «Non à l'exportation des modèles nationaux», et ils sont rejoints par l'Espagne entrée en 1985 dans la CEE qui manifeste son agacement devant le front social franco-allemand. C'est donc la Commission Santer qui relance la négociation sur la S.E en demandant à Etienne Davignon, ancien Commissaire, de former un groupe d'experts mandaté pour établir des préconisations sur la société européenne. Pour débloquer le dossier, le Groupe Davignon propose que des règles de participation soient définies par défaut, pour le cas où management et travailleurs n'arriveraient pas à se mettre d'accord; il s'agirait de réserver 20% du Conseil de surveillance aux représentants des travailleurs. Davignon introduit l'idée d'une Directive à géométrie variable, comportant une formule souple de négociation au cas par cas pour chaque entreprise. Pour ce faire, il incorpore dans la Directive le concept de Groupe Spécial de Négociation, associant des managers et des délégués des travailleurs. Le 24 septembre 1997, le Commissaire européen au Marché intérieur Mario Monti déclare, à propos du Conseil européen d'Amsterdam qui a placé la Société européenne comme une priorité du Plan d'action pour le Marché unique: Je crois que la négociation envisagée par le Groupe Davignon est susceptible de produire des résultats adaptés à chaque situation de société européenne. Il faut se souvenir d'une chose importante: la société européenne sera toujours une option ouverte, et pas une solution de remplacement des systèmes nationaux existants, qui garderont toute leur utilité<sup>4</sup>.

En 1998 l'Espagne demeure figée sur sa position d'hostilité totale au projet de Directive sur l'implication des travailleurs au motif qu'elle est déséquilibrée au profit des Etats membres qui ont établi depuis longtemps des lois de participation des travailleurs. A l'époque préoccupée par la fusion de son groupe national Tabacalera avec l'ex-régie française SEITA, l'Espagne voit son intérêt à refuser qu'une S.E puis-

4 Voir le site Internet <http://www.hri.org/news/europe/midex/p7-09-25.midex.html>.

se résulter d'une simple fusion car si une société française, lourdement chargée socialement, fusionne avec une société espagnole ayant peu de règles de participation, la SE enregistrée en Espagne devrait porter les engagements sociaux lourds de la participation française. Dans ces circonstances, l'Espagne refuse que le siège d'Altadis (SEITA-Tabacalera) soit localisé en France. Lorsque au second semestre 2000 la France prend la présidence de l'Union et prépare la Conférence Intergouvernementale (ICG) de Nice, elle est prête à soutenir le britannique Lord Simon qui a formalisé avec E.Davignon le principe Before-After ou : Pas de participation Avant => Pas de participation Après. Il signifie qu'on ne pourra pas forcer une firme ne pratiquant pas la participation des travailleurs avant de devenir une S.E à établir une participation après sa transformation en S.E. Ce compromis revient à accepter qu'un Etat membre (B) puisse, en cas de fusion, ne pas transposer dans sa législation les règles de participation inspirées d'un autre Etat membre (A). Mais la SE résultante de la fusion peut être enregistrée dans cet Etat membre (B) seulement s'il n'y avait pas de participation dans les firmes (A) et (B) avant la fusion, ou si un accord interne a pu être conclu sur la participation. En décembre 2000, à Nice J.M Aznar accepte ce compromis et, après de 10 mois de mise au point supplémentaire, le Conseil promulgue effectivement le 8 octobre 2001 le Règlement n°2157-2001 et la Directive 2001/86, publiés le 10 novembre 2001 au Journal officiel des Communautés européennes<sup>5</sup>.

5 Directive européenne 2001/86 sur l'implication des travailleurs de la SE.

Article 1: Objet: La présente Directive régit l'implication des travailleurs dans les affaires des SA européennes, ou S.E.

Article 3: La procédure de négociation avec les représentants des travailleurs comporte la création d'un groupe spécial de négociation (GSN), etc.

Article 4: Esprit de coopération : Les organes compétents des sociétés participantes (créant la SE) et le GSN négocient dans un esprit de coopération, en vue de parvenir à un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE.

Article 7: Forme d'implication des travailleurs : S'il y avait plus d'une forme de participation au sein des différentes sociétés participantes à la SE, le GSN décide laquelle de ces formes doit être instaurée dans la SE.

Article 9: Procédure d'information et de consultation des travailleurs : L'organe compétent de la SE, et l'organe de représentation des travailleurs, travaillent dans un esprit de coopération, dans le respect de leurs droits et obligations réciproques.

Le résultat obtenu est donc finalement ambigu : l'Europe dispose d'un statut d'entreprise qui obéit à un Règlement (obligatoire), tandis que la dimension sociale relève d'une Directive devenue, en raison de la règle avant-après, une sorte de modalité facultative. L'aspect positif est donc la possibilité de créer une S.E, avec un capital - au minimum 120.000 euros - divisé en actions, sur la base d'une composition de sociétés préexistantes, situées dans au moins deux Etats membres. La S.E peut naître (1)- soit de la constitution d'une filiale commune (seul cas de création véritable); (2)- soit de la fusion de ces deux sociétés; (3)- soit de la remontée vers une SE holding. Enfin, un dernier cas est possible: une société mère et sa filiale SA ou SARL établie dans un autre Etat membre décident de se réunir sous la forme d'une S.E. L'enregistrement de la S.E donne lieu à une publication au Journal officiel des communautés européennes (JOCE). Le siège social de la S.E doit être situé dans le même Etat que son centre de direction, ce qui résout en apparence le débat entre les tenants de la théorie du siège réel (comme la France) et les juristes de la théorie de l'enregistrement (comme la Grande-Bretagne), ce point particulier devant être réévalué par une étude prévue pour l'année 2007.

Initialement, le concept de S.E était perçu comme un ingrédient vital du marché commun; on pensait que la Societas Europaea éliminerait les désavantages respectifs des différents cadres légaux; Ferait disparaître les écarts entre les pouvoirs des Conseils d'administration dans les sociétés des divers Etats membres; Permettrait de normaliser la présentation des comptes annuels dans un format européen; Créerait une véritable entreprise de type fédéral régie par un cadre incluant la participation des travailleurs autant que les fonds des investisseurs; Rapprocherait les économies nationales vers une convergence de l'économie européenne; Et couvrirait 50% des firmes en Europe, ce qui provoquerait une économie de 30 milliards d'euro par an, soit 3 pour mille du PIB de l'Union européenne en raison des facilités offertes par la mobilité dans tous les Etats membres.

Tableau n°1- Les formes nationales intégrables dans une Societas Europaea

Règlement EC / CE - 2157/2001 (Annexes 1 et 2)	Sociétés par actions	Sociétés à responsabilité limitée
Belgium	la société anonyme SA, naamloze vennootschap NV	la société privée à responsabilité limitée SPRL
Denmark	aktieselskaber AS	Anpartselskaber
Germany	die aktiengesellschaft AG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung GmbH
Greece	anonimé étairia AE	etairia periorismenés eouthunés EPE
Spain	la sociedad anonima SA	sociedad de responsabilidad limitada
France	la société anonyme SA	société à responsabilité limitée SARL
Ireland	public companies limited by shares Plc	private companies limited by shares . Ltd
Italy	societra per azioni SA	societa à responsabilita limitata
Luxembourg	la société anonyme SA	la SARL
Netherlands	naamloze vennootschap NV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BV
Austria	die aktiengesellschaft AG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung . GmbH
Portugal	sociedade anonima SA de responsabilidade limitada	sociedade por quotas de responsabilidade limitada SRL
Finland	publikt aktiebolag AB	Osakeyhtio
Sweden	publikt aktiebolag AB	Aktiebolag
United Kingdom	public companies limited by shares Plc	private companies limited by shares . Ltd

En réalité le succès de la S.E en tant que législation n'est toujours pas démontré, mis à part le phénomène classique d'opportunisme de quelques pays (Belgique, Irlande, Pays-Bas) qui ont offert en premier la possibilité de créer des S.E sur leurs sols. De fait, la S.E laisse dans le flou nombre d'attributs légaux qui font la force des acteurs de la démocratie économique américaine, et notamment des PME. De plus, le processus de mise en place de la SE fut la scène d'une négociation féroce dont la principale victime est l'économie sociale de marché, car le volet social du dispositif est finalement devenu optionnel lors de la négociation de Nice (décembre

2000). Au terme de l'analyse en première intention du statut de la S.E et des normes financières IFRS, il paraît utile de contraster les deux processus de leur adoption respective, avant de montrer la profonde convergence de fond qui existe dans les résultats – la validation d'un modèle d'entreprise européenne qui relève de la market value.

Une première différence frappante est que la S.E est un statut réservé uniquement à un petit nombre de firmes capables de lancer la démarche de fusion d'entités se situant dans des Etats membres différents, tandis que les IFRS sont obligatoires pour toutes les sociétés cotées, sans exception. La gravité 'amplitude des conséquences économiques est donc marginale pour la S.E, et quasiment universelle pour les IFRS. Une seconde différence provient de l'hypothèse que si les firmes ont des personnalités morales identifiant des « corps sociaux » (Fayol), alors - en reprenant l'idée de Marteen Vink (2003) selon qui deux sortes de réponses intitulées «thick» et «thin» ajusteraient les comportements face aux changements de normes institutionnelles de l'Europe-, on peut différencier la démarche des normes IFRS qui s'attaque à l'épaisseur culturelle («thick Europe») tandis que l'adoption de la Societas Europaea relève d'une finesse opportuniste («thin Europe») saisie par les seuls Etats membres capables de s'adapter avec souplesse à la complexité d'un statut résultant d'un compromis boiteux. Un troisième type d'écarts concerne la différence de durée des processus (40 ans pour la SE, 5 ans pour les IFRS), et l'amplitude des textes (seulement deux pour la SE, dont un quasiment optionnel; déjà six pour les IFRS) et des résistances qu'ils suscitent : résistance passive par absence de transposition pour la SE; Résistance active par refus de la part des acteurs de base (PME et banques) dans le cas des IFRS<sup>6</sup>.

6 Comparaison différentielle entre Européanisation de la SE et des IFRS

Points clefs de contenus	La Societas Europaea	Les normes comptables IFRS
Date d'origine	Traité de Rome puis plan Thibierge et projet allemand (1959-1970)	Plan d'action de la Commission sur Services financiers (2000)
Application à..	seulement des Sociétés neuves, "filles" de firmes existantes	Toutes sociétés faisant appel public à l'épargne (en Bourses)
But poursuivi	Harmonisation d'une forme nouvelle de société; la S.E	Uniformisation obligatoire de 50 normes comptables financières

## 2- De l'influence des lobbies sur la dimension cognitive : l'entreprise market value

Si on vient de souligner les différences entre processus, on constate aussi une convergence assez frappante de la Societas Europaea et des normes comptables IFRS vers un modèle qui neutralise la référence à l'économie sociale de marché. Assez nettement entre 1999 et 2005, la réglementation européenne des entreprises est passée de la coordination (qui préservait la dimension sociale de l'entreprise) à l'unification (autour de la market value seule). Un modèle financier a remplacé le modèle social, et il convient de s'interroger sur le mécanisme «invisible» qui a rendu possible un tel changement. Empruntant à Philip Selznik(1959) la notion de leadership, on peut décrire ces deux processus comme l'émergence d'un leadership implicite qui se méfie de la Charte sociale européenne de 1992 et entend bien en neutraliser l'impact sur le management des entreprises. Nicolas Jabko (2001) souligne combien l'analyse du leadership européen éclaire les parcours observés, et nous voulons dans ce paragraphe élaborer la grille explicative d'une transformation qui a pu passer inaperçue en matière de norme identitaire en Europe des entreprises. Or on trouve du côté du leadership et des groupes d'influence la source de convergences sensibles entre les deux démarches distinctes du statut de Societas Europaea et des Normes de reporting financier IFRS - ce qui amène à s'interroger sur une inflexion cognitive de l'Européanisation des firmes.

En effet de 1998 à 2005 il s'opère un passage critique entre les références politiques à l'économie sociale de marché et les références -

Contenu	Règlement + Directive 2001	Six Règlements en 2003 & 2004
Démarche	Processus path-dependent visant à obtenir une rationalité partagée	Processus de sous-traitance ou Externalisation (Grossman, 2002)
Scénario à long terme	"Thin" (Vink, 2003) : opportunisme avec tantôt le basculement rapide, tantôt la non-transposition durable	"Thick" (Vink, 2003) : approche culturelle rendant nécessaire la gestion de crises et de transitions
Adaptation ou contingences à date 2005	Adoption immédiate pour les E.M type Portugal, Irlande, Lettonie pour attirer investissements industriels	Divergences et résistances pour les EM de culture continentale (Bel, All, FR) du coût historique

(les noms entre parenthèses renvoient aux références citées dans la bibliographie)

dites techniques - à la *fair market value*, en parallèle avec la nécessité de pluralisme qui résulte du processus d'élargissement de l'Union passant de 15 à 25 Etats Membres, et en conjugaison avec la sensibilité des publics nationaux sur les enjeux du traité relatif à la Constitution européenne. Ce passage semble être la phase ultime d'une transformation qui a débuté dans les années 1980 en Europe, mais dont l'analyse fine a été faite par Théodore Lowi (1969). Au cœur de son sujet se trouve le mot de *statism* que l'on peut traduire par «bureaucratie du lobbying»; il renvoie à la croissance parallèle des bureaux délocalisés à Washington des grandes firmes de Wall Street qui veulent influencer la politique fédérale, et des bureaux d'une administration américaine puissante en terme de budget, nombre d'employés et nombre d'agences fédérales également à Washington ou dans la Virginie proche. Le *lobbying* signe une collusion de fait entre les intérêts des grandes firmes et les priorités politiques des dirigeants qui acceptent de travailler en direct avec les industriels. Selon Lowi, l'attitude d'acceptation gouvernementale des industriels est tardive, mais quand elle s'est produite aux Etats-Unis dans les années 1920 à 1950, ce fut un phénomène massif. Lowi souligne également que le gouvernement fédéral tend lui-même à intégrer la «société civile» dans le dialogue entre capitalisme et pouvoirs publics, de sorte qu'il se produit dans les faits un partage des tâches administratives entre les entreprises et le gouvernement fédéral qui ensuite «informent» la société civile des compromis qu'ils ont décidé de poser. Si l'interpénétration des deux mondes politique et des affaires est plus avancée aux Etats-Unis qu'en Europe, T.Lowi (1969) prédisait qu'elle serait inéluctable dans la logique même des Communautés européennes. Il est étonnant de constater, près de 40 ans après, que la Commission Bruxelles fonctionne entièrement sur le modèle du pluralisme des groupes d'intérêt : *Dans le système pluraliste des groupes d'intérêt il se produit une rupture de pratique du politique, au sens que la politique devient par excellence une place publique (agora) où s'affrontent nombre d'unités sociales autonomes et en compétition les unes avec les autres pour obtenir les décisions qui les arrangent. Là où le capitalisme classique croyait que le pouvoir et le contrôle relevaient de l'arbitraire de l'Etat, et qu'il fallait donc leur résister, par contre le pluralisme des groupes d'intérêt perçoit la présence d'un jeu de poids et balances*

*check and balances* sur lesquels il suffit de faire pression partout dans la société pour aboutir à ses fins.

Lowi assigne donc une dimension politique à toutes les sphères d'autonomie des dirigeants des entreprises - particulièrement les grands groupes- car tout dépend des jeux d'influence qu'elles peuvent exercer sur les pouvoirs publics, qu'ils soient fédéraux, d'Etat, ou locaux. Selon lui, les gouvernements et les administrations centrales et/ou locales ne sont que l'un des moments du processus de contrôle social qui s'organise à partir de configurations variables d'acteurs où les dirigeants d'entreprise ont une logique d'influence qui leur est propre et qui dure longtemps. Pour le dire autrement les commissaires européens passent, et les lobbies restent<sup>7</sup>...

Concrètement, le lobbying s'apparente à l'art d'utiliser la technique et l'expertise pour changer la donne politique; si, de son côté, l'administration se voit dans un rôle de médiation facilitant le pluralisme des groupes d'intérêt, en réalité elle est elle-même soumise à la puissance de lobbies qui, selon leur degré d'influence, vont de l'incitation à l'intervention. Dans le secteur des entreprises, la Commission européenne est semblable à une administration d'Etat instaurant médiation et autorégulation entre certains groupes de pression; parmi ceux-ci, les grandes entreprises agissent au quotidien pour influencer les choix de la Commission, du Conseil et du Parlement européen. De plus comme leurs di-

7 *Le pluralisme des groupes d'intérêt (P.G.I) est une nouvelle physionomie des pouvoirs dans les démocraties post-modernes, étant entendu que la «main invisible» s'est transformé en une véritable coexistence rivale et/ou collaboratrice d'acteurs organisés en groupes pour défendre leurs intérêts. La différenciation de ces groupes provient de la reconnaissance officielle d'une multiplication: a/ des rôles des individus; b/ des spécialistes et experts; c/ des organes de contrôle social (parallèlement au déclin de la famille); d/ de la distribution de l'espace des villes, où sont apparus des quartiers d'affaire qui témoignent du phénomène de concentration des activités de services. Le pluralisme des groupes d'intérêt remplace le capitalisme et repose sur l'efficacité des pressions exercées sur la bureaucratie par des groupes d'intérêt divers: syndicats; fédérations de producteurs; associations de consommateurs ou d'usagers; assureurs; banques; firmes industrielles d'un même secteur; etc. Tous ces groupes ont en commun de chercher à imposer au processus administratif une pression à la fois interne et externe, en vue de faire évoluer les décisions dans leur propre sens. En termes économiques, le lobbying des groupes d'intérêt se concrétise le plus souvent par la mise en oeuvre de mesures législatives ou réglementaires grâce auxquelles des avantages sont accordés aux groupes en tant que «passagers clandestins» (free riders) de dispositifs publics. Lowi, 1969, chapitre 4 «interest-group liberalism».*



rigeants ont un accès prioritaire aux chefs d'Etat ou gouvernements, ils sont introduits par le haut dans les Comités Techniques qui dominent le processus réglementaire européen. Ce fut par exemple le cas pour l'élaboration du statut de SE où des experts britanniques et espagnols introduits en 1996 dans le groupe de travail Davignon enfoncèrent le clou "pas de contrainte sociale" comme étant une option possible de la SE.

On peut donc appliquer ici l'idée de Robert Dahl - cité par T. Lowi (1969, p. 52)- selon qui deux individus ou deux partis en conflit croisent leurs variables de coercition et d'ajustement mutuel de sorte qu'il existe pour résoudre leur différend quatre manières de procéder. Ce qui est frappant à propos de la SE et des IFRS est que l'on est passé de modes classiques, - la négociation positive, la coercition et le blocage -, à une modalité d'intervention cognitive par le biais de lobbies puissants, bien introduits, et agissant sans discontinuer "nuit et jour" auprès des autorités européennes.

Les trois premiers modes – négociation positive, renforcement coercitif, ou blocage - sont classiques dans la construction européenne. La *négociation positive* correspond à une coercition faible et un ajustement fort, que Jean Monnet (1976, p.656) définit comme ne comportant pas un gouvernement central, mais des décisions communautaires au sein du Conseil des ministres car «..la proposition de solutions communes par l'organisme européen indépendant (la Commission) permet d'écartier valablement l'obligation d'unanimité.. Cette méthode est le véritable fédérateur de l'Europe » (écrit du 26 juin 1962).

**Tableau n°2- Coercition et Ajustement  
entre des intérêts contradictoires**

Possibilité de coercition	Ajustement mutuel Faible	Ajustement mutuel Fort
Coercition Faible	Verrou, blocage négociation négative	Négociation positive
Coercition Forte	Coercition, Violence, renforcement coercitif	Pluralisme des groupes d'intérêt (PGI)

(Source: R.Dahl, repris par T. Lowi, 1969, p. 52).

La seconde solution qui relève du *renforcement coercitif* s'illustre dans la volonté de Margaret Thatcher en 1984 d'obtenir un juste retour aux contributions britanniques au budget communautaire. Par mena-

ce et force de chantage au départ du Royaume-Uni, la dame de fer obtint une reversion qui, à ce jour (2005) en cumulé représente la somme d'environ 30 milliards d'euro de manque à percevoir pour les services européens. Enfin la troisième situation est le *blocage*, méthode chère à la France puisque De Gaulle, déçu par l'échec de son «Plan Fouchet», brisât net le 30 juin 1965 à minuit la présence française à Bruxelles, et ceci pour pratiquement une année, jusqu'à obtenir la mise au pas du président allemand de la Commission Walter Hallstein, remplacé en 1967 par le luxembourgeois Jean Rey..

Or ces trois modèles classiques du fonctionnement européen ont été supplantés au cours de la dernière décennie, dans le domaine des politiques relatives aux entreprises, par **une vive inflexion cognitive** - cette dernière résultant **du pluralisme des lobbies, donc d'un quatrième mode où à la fois la coercition forte et l'ajustement mutuel sont forts**. Dans leur étude sur la place des PME dans le dispositif européen, Coen et Dannreuther (2002) montrent le paradoxe existant entre une Union qui se voudrait ouverte à toutes les entreprises mais qui est en réalité accessible seulement aux firmes les plus grandes (effet de la taille) et/ou les plus puissantes (effet de la position politique nationale ou communautaire). Ces deux auteurs évoquent une véritable exclusion des PME, qui représentent 99% des vingt millions d'entreprises existant sur le territoire de l'Union, tant en matière de stratégie industrielle que de *policy-making* (décisions au quotidien). Cette exclusion, bien qu'involontaire en ce sens qu'aucune autorité ne l'a voulue, est néanmoins effective car elle résulte de l'influence depuis les années 1975, renforcée depuis 1985, d'un *business lobbying* (lobby des affaires) qui est principalement le fait de très grandes entreprises. A cet égard Coen et Dannreuther (2002) soulignent deux éléments qui sont essentiels pour comprendre la dynamique (ou l'absence de dynamisme) du processus de Societas Europaea et de l'adoption des normes IFRS de reporting financier :

- d'une part *le business lobbying à Bruxelles est concentré* dans deux organes déjà cités, l'European Round Table of Industrialists (ERT) qui assemble 50 présidents de très grandes entre-

prises européennes (Peugeot, Volkswagen, etc.), et l'UNICE<sup>8</sup> qui représente à Bruxelles plus de 300 fédérations des industries européennes organisées par secteurs (Chimie, Métallurgie, Electronique, Habillement, etc.) et par pays (32 confédérations nationales).

- d'autre part l'*agenda de Bruxelles est ouvert directement aux influences des industriels américains*, par la présence active à Bruxelles de l'American Chamber of Commerce (*Amcham*) forte de 150 firmes américaines pratiquant un *insider lobbyism* ou «entrisme professionnel».

Ainsi sur le théâtre européen la force conjointe associant Amcham avec l'ERT et l'UNICE peut faire inscrire sur l'Agenda européen des thèmes qui intéressent conjointement les plus grandes entreprises mondiales. Les normes, les savoirs, les valeurs partagées - tout ce qui constitue un système cognitif - dépend de la vision portée par les plus grandes firmes qui ont un comportement politique groupé, « y compris par des alliances stratégiques entre des intérêts divergents » comme l'écrivent Coen et Dannreuther (2002, p.119). Certes, si un pourcent seulement des firmes d'Europe (les 20.000 plus grandes firmes) a plus de poids que les 99% restant (soit vingt millions d'entreprises), que dire du reste de la société civile qui ne pèse rien en matière de réglementation des entreprises ? On découvre alors que le modèle européen n'est pas véritablement pluraliste dans les faits : en comparaison avec l'accès privilégié dont disposent les grandes entreprises, Coen et Dannreuther montre combien la qualité d'accès des PME en Europe reste faible et pauvre, partagée entre des points de vue fragmentés entre secteurs et entre nations, sans possibilité de faire entendre une voix cohérente et sans possibilité de contre-proposition. Contrairement à la démocratie américaine dans laquelle le poids politique des PME est déterminant, notamment pour ce qui concerne les valeurs défendues à Washington par les lobbies des grassroots (les pousses d'en bas), il semble exister non pas une démocratie mais une sorte de ploutocratie influente à Bruxel-

8 L'UNICE rassemble les plus grands groupes industriels et ce n'est pas un hasard si Ernest Antoine Seillière, président du MEDEF français en a été désigné président le 21 mars 2005, prenant la suite de Jurgen Strube, ex-président de l'Union des industries allemandes.

les. Ce fait est attesté par l'observation de Coen et Dannreuther (2002) selon laquelle le lobby des grandes firmes américaines et européennes porte non seulement sur la Commission européenne, mais surtout sur le COREPER (Conseil des représentants permanents du Conseil des ministres) et, en cas de besoin, sur le Parlement européen pour s'assurer des éventuels amendements proposés par le lobby des affaires. Dès lors on peut affirmer que c'est un changement cognitif qui s'est produit à Bruxelles sous la présidence de Romano Prodi (2000-2004), indiquant une faiblesse et dépendance de la Commission envers les lobbies confortés dans un rôle d'experts. Que ces experts interviennent sur le projet de *Societas Europaea*, ou qu'ils préparent les IFRS, ils ont dans les deux cas imposé leur modèle d'entreprise market value. Paradoxalement les grands groupes américains, en se plaçant en Europe, donc à l'extérieur du territoire fédéral, se trouvent hors du contrôle démocratique qu'ils devraient subir à Washington et vont beaucoup plus loin qu'ils ne le pourraient aux Etats-Unis où existent des contre-pouvoirs dans la société civile. Cette tendance des grands entreprises à se présenter comme des experts «simples techniciens», et à servir de l'Union comme d'un véhicule financier au détriment de leur responsabilité sociale, est d'autant plus forte qu'il n'existe pas de contre-pouvoirs citoyens capables de contester les choix des grandes entreprises. De plus, le soutien politique inconditionnel apporté par la Grande Bretagne et par les Pays-Bas au modèle de l'entreprise market value Europe (EMV), est renforcé désormais par les pays de l'Est. Pour ces derniers en effet, l'Europe dite «sociale» est un non-sens face à leur propre logique de désocialisation et par rapport aux Etats-Unis<sup>9</sup>.

9 En 2003 par exemple, lors de l'achat par la compagnie polonaise PKN-ORLEN de 494 stations du réseau BP-Aral en Allemagne pour un prix de 140 millions d'euro, son vice-président Slawomir Golonka (2003) a déclaré cette acquisition est une première étape pour notre présence qui sera durable en Europe de l'Ouest dans une logique de compétitivité qui signifie comme aux Etats-Unis que le meilleur gagne. Comme un clou qu'on enfonce, le nouveau paradigme cognitif est renforcé par l'action de certains Commissaires sur la période 2000-2004, comme le Commissaire à l'élargissement, Günter Verheugen qui favorisait les jumelages entre des firmes de l'Est et de l'Ouest dans une perspective de parité affirmative pour promouvoir la réussite à l'Est de l'Europe, tandis que le Commissaire au marché intérieur, Frits Bolkestein déclarait, par le biais de plusieurs dizaines de millions de cartes de vœux diffusées en janvier 2003, que «le marché unique est au cœur du projet européen, les entreprises ont accès à un marché beaucoup plus large, et dix ans après son ouverture le 1er janvier 1993, l'Union européenne a pu démanteler beaucoup de

Pour ce qui est des normes de reporting financier, en confiant à l'*International Accounting Standards Commission Foundation (IASCF)* l'exclusivité de la conception des normes financières exigibles des firmes européennes, la Commission a fait un bond extraordinaire vers la concession de la régulation publique à un institut privé. Car s'agissant de fixer les règles du jeu économique à la base de la vie entrepreneuriale en touchant à la fois la démarche d'audit et les contenus comptables, l'*IASCF* est une fondation de droit américain, incorporée dans le Delaware, présidée par l'ancien patron du Federal Reserve Board des Etats-Unis, Paul Volcker, et dirigée par l'ancien patron de l'organisme britannique de normalisation comptable D.Tweedie. Les Comités d'experts de l'*IASCF* sont tous tenus par des dirigeants des cinq premiers cabinets mondiaux d'experts comptables, ou par des dirigeants de l'industrie qui appartiennent aux plus grandes firmes mondiales (Price Waterhouse, Accenture ex-Arthur Andersen, Deloitte & Touche, Shell, etc.).

Si l'on considère l'expression de «multiforme gouvernance» utilisée pour décrire les processus complexes d'élaboration de la réglementation européenne, alors le lobbying industriel qui a influencé l'élaboration de la SE comme des normes IFRS relève d'un jeu alliant la coercition et l'ajustement mutuel entre les acteurs, selon des modalités variables allant du faible au fort. Dès lors on peut comprendre pourquoi le Commissaire Bolkestein a couplé l'imposition des normes IFRS de reporting financier avec sa propre réforme de la «gouvernance d'entreprise». Les scandales Enron et Worldcom aux USA, comme Parmalat et Alstom en Europe, lui ont permis d'affirmer que *«l'Union dispose d'une opportunité unique, dans la perspective de l'intégration des marchés financiers, à horizon 2005, pour mettre en place les meilleures normes de gouvernance d'entreprises dans le monde. Pourquoi est-ce si important ? Parce que les scandales financiers désorganisent les flux, brisent la confiance des investisseurs, et par conséquent, cassent la croissance économique»*. Parlant des «meilleures normes dans le monde», F. Bolkestein a réussi à imposer un modèle normatif intégral de l'entreprise en Europe. Ce résultat est paradoxal car rien ne pré-

---

barrières bureaucratiques». Bolkestein n'hésite pas à chiffrer le bénéfice de la liberté des marchés à 2,5 millions les emplois créés (par le marché unique) et à 877 milliards d'euro les richesses supplémentaires engendrées depuis le Traité de Maastricht (par le marché financier).

disposait le Conseil européen à accepter que des aspects aussi distincts que la forme juridique de la société européenne, et les normes comptables obligatoires, relèvent de la même vision exclusivement financière

### **3- La puissance du modèle d'entreprise market value : bien au-delà de l'engrenage**

La compréhension des logiques d'adaptation institutionnelle aux normes produites par l'Union Européenne est nécessaire ici, partant du cadre développé par Börzel (2002) pour lequel la pression à l'adaptation est le principal mécanisme d'eupéanisation des politiques domestiques. Selon cette approche, l'eupéanisation fonctionne lorsque se produisent des mésajustements (misfits) entre normes européennes et logiques nationales. Si dans un Etat membre donné (A) la pression à l'adaptation est faible, c'est que le contenu des politiques publiques européennes est déjà présent au sein de l'Etat-membre (A), et qu'il n'y a donc pas besoin de changements de grande ampleur dans le système politique national. A l'inverse si, dans un Etat membre (B) les réalités institutionnelles et / ou la culture nationale existante engendrent une qualité d'ajustement est « médiocre » entre les pratiques nationales (B) et les normes de l'Union européenne, alors il faut s'attendre à des tensions qui « tendent » (stress) la situation politique, donc à des difficultés de mise en oeuvre des normes de Bruxelles dans le pays (B), allant depuis de simples divergences jusqu'à des incompatibilités profondes, voire même des ruptures dramatiques et le refus des normes européennes.

Ce mécanisme - la *pression à l'adaptation* - et ses aléas peuvent alors s'appliquer de façon pertinente à la dynamique impulsée à propos de l'eupéanisation des entreprises. On peut en effet décrire la volonté politique forte d'harmoniser les entreprises, depuis la conférence intergouvernementale de Nice (2000), comme une pression qui a provoqué une vive tension d'adaptation entre les (nouvelles) normes européennes et les réalités nationales pré-existantes chez les Etats membres. Or, dans une telle circonstance, plus il existe a priori une convergence entre

règles nationales (britanniques) et nouvelle réglementation européenne (ici fondée sur la market value), moins la pression à l'adaptation est forte, et plus il est facile de s'adapter au cadre imparti. Par contre, si la divergence est forte avec des incompatibilités substantielles (cas de la réglementation sociale en France), plus il y a un « misfit » avec la règle européenne, et donc plus le stress d'adaptation est important. Si un stress raisonnable permet de progresser, tout stress excessif peut engendrer des blocages - ou une stratégie de l'inertie. Paradoxalement la pression à l'adaptation peut ainsi jouer contre la construction européenne en raison de son impact sur la méthode.

Au-delà de la différence apparente entre les deux processus quant à la forme de négociation (intergouvernementale pour la SE et supranationale pour les IFRS), on observe en fait une grande congruence quant au rôle moteur des lobbies industriels, quant au leadership ayant permis d'aboutir à des règlements européens, et quant à la gestion subtile d'incidents critiques permettant aux partisans de la market value de faire passer leurs idées dans les faits. L'oubli de l'implication des travailleurs dans l'entreprise (worker or employee involvement) et l'absence de considération portée aux variables humaines n'est pas un véritable oubli, mais plutôt une concession faite aux superstructures nationales, ce terme désignant les représentations sur-investies émotionnellement quant à l'identité des systèmes nationaux en matière de droit des affaires et de formes d'entreprises, - il s'agit notamment de l'intangible souveraineté britannique sur laquelle se fixent d'autres intentions nationales, comme celles de l'Espagne et des Pays-Bas, qui sont autant de partisans inconditionnels de la valeur de marché. Tout se passe comme si, durant l'intervalle qui a séparé le Sommet de Nice (décembre 2000), l'adoption des textes (octobre 2001) et leur application (octobre 2004), un changement s'était produit non seulement au plan cognitif, mais dans la méthode. Ce changement est confirmé (voire renforcé) par la nomination de la Commission Barroso pour la période 2004-2008, bien déterminée à obtenir une unification du cadre qui régleme les activités des entreprises sur le marché européen.

Tableau n°3 - Aspects méthodologiques des deux processus

Points clefs de méthode	Dans le processus de Societas Europaea (1957-2005)	Dans le processus de normes de reporting IFRS (1997-2005)
Forme de négociation	L'intergouvernemental: avancées, crises, compromis (Monnet, 1976)	La supranationalité des représentations de l'expertise (Saurugger; 2002)
Modèle de gestion	Modèle du percolateur et aléas de la diffusion d'innovations (Gaffard, 1990)	Effet de levier par 20.000 grandes firmes sur 20 millions de PME (Vernimmen, 2000)
Rôle moteur de..	des lobbies sur la Commission (Grossman et Saurugger, 2002)	du Conseil européen des lobbies & des instances boursières IOSCO
Présidents Commission	W. Hallstein, J. Delors, J. Santer, R. Prodi	J. Santer, R. Prodi, J.M. Barroso
Leadership de réalisation	E. Davignon, R. Prodi, M. Monti, Lord Simon	Enterprise Policy Group: E. Liikanen, F. Bolkestein, C. McCreedy
Incident critique	Une modification de dernière minute à la CIG de Nice (2000)	IASCF = Fondation de droit US & témoignage au Sénat américain
Responsable de l'incident	Le gouvernement espagnol de M.J. Aznar (décembre 2000)	Chairman de IASB Sir Tweedie, & Président de Fondation IASC Paul Volcker (2002)

(les noms entre parenthèses renvoient aux références citées dans la bibliographie)

Dans le secteur des entreprises, l'Européanisation s'analysait classiquement comme une convergence progressive due à deux mécanismes principaux, l'effet d'engrenage (spill over) et la dépendance au sentier (path-dependency). Dans une situation de négociation longue où les Etats membres sont appelés à transférer une part de leur souveraineté dans une souveraineté commune plus large, le chemin de la convergence passe par une acceptation de l'impact de la contingence qui résulte de la combinaison des personnalités, des événements, des influences et des hasards qui sont rarement prévisibles. L'hypothèse classique est que la trajectoire européenne étant durablement divergente des structures nationales, il faut viser la convergence à terme - plus ou moins lointain, mais certain - plutôt que l'uniformisation des structures nationales existantes. Si dans le cas de la SE et des normes IFRS, on constate une certaine dépendance au sentier, par contre l'engrenage semble dépassé par d'autres mécanismes. Défini par Jean Monnet comme la mécanique de l'action engagée sur un point précis, mais décisif, qui ne s'arrêterait plus... (Les politiques) entrent dans un engrenage. A nous de l'accélérer et d'institutionnaliser cette volonté de coopération permanente (1976,

p. 91), - ou encore à propos de la Politique agricole commune comme ces mécanismes qui allaient déclencher un engrenage institutionnel qui entraînerait à son tour une nouvelle fraction de la souveraineté des Etats vers le domaine communautaire (1976, p. 721) -, l'engrenage est le socle de l'approche fonctionnaliste selon laquelle l'Européanisation relèverait d'une méthode où chaque action précise, liée à un objectif donné, engageant une situation dans laquelle l'objectif initial ne peut être réalisé qu'en mettant en oeuvre des actions supplémentaires qui sont successivement des conditions futures et une nécessité pour d'autres actions. La convergence européenne signe alors une combinaison unique de personnalités, d'événements, d'influences et de hasards qui, dans une situation de négociation longue, amène les Etats membres à faire des concessions par le transfert d'une part de leur souveraineté dans une souveraineté plus large qui établit une solution commune au problème traité.

Au regard des processus d'élaboration du statut de SE et des normes IFRS, il semble ce ne soit pas ce type de convergence qui ait été recherché en priorité. En témoignent deux mécanismes que la Commission européenne a utilisé dans une perspective qui relève d'un certain élitisme méthodologique. Ces mécanismes sont connus dans le management des entreprises. L'un, utilisé en finances, se nomme *l'effet de levier*; tandis que l'autre, issu des modèles de la diffusion des innovations, s'intitule *effet de percolation*. **L'effet de levier** (Vernimmen, 2000, p. 271) consiste à obtenir un taux de rentabilité des capitaux propres supérieur au taux de rentabilité économique, grâce à un endettement judicieux. Avec les normes IFRS les experts ont utilisé le principe du levier pour obtenir à terme, qu'avec un nombre réduit de firmes soumises aux normes IFRS (les 5000 entreprises cotées en bourse et leurs 15000 filiales), on obtienne un effet induit sur les vingt millions d'entreprises se trouvant sur le territoire de l'Union européenne. **L'effet de percolation** (Gaffard, 1990) permet de suivre la dynamique de diffusion d'une innovation dont on sait qu'à partir d'un point d'introduction sur un marché, elle gagne de proche en proche et en tous sens d'autres points du marché. Avec la Societas Europaea on a ainsi créé une opportunité pour les Etats membres les plus souples, les plus capables de s'en saisir et d'attirer des investisseurs industriels. Ainsi vont se constituer des noyaux de sociétés

européennes, dans des Etats porteurs, avec une diffusion lente mais certaine et efficace, d'entreprises du troisième type, - ni nationales ni internationales mais européennes. S'il y en a très peu au début, entre 2003 et 2015, on peut attendre ensuite, comme l'indique le modèle de percolation, que la force des micro phénomènes osmotiques amèneront à multiplier des S.E qui, au-delà de 2020, et si l'Union se stabilise durablement, se substitueront aux firmes nationales comme la SNCF, ou internationales comme Michelin ou Daimler-Chrysler.

La manière dont l'européanisation des entreprises se produit n'est pas seulement élitiste dans son résultat (seul un sous-ensemble de firmes de très grande taille est considéré). C'est un processus presque intégralement confié à des groupes d'experts dont certains reflètent des croyances et valeurs exogènes au système de pensée et de motivations des entrepreneurs en Europe, notamment des PME. Un tel changement est assez surprenant, car il manifeste à la fois une mise en sommeil du dialogue social proprement européen, et un alignement presque aveugle sur des motifs financiers de formulation strictement anglo-saxonne comme la «market value» qui fonctionnent comme des «consignes impératives» exclusives des autres variations culturelles sur le thème du profit, des coûts, des ressources humaines et du prix. La démarche conduite depuis quarante ans pour créer l'entreprise européenne aboutit donc à sélectionner une élite seulement parmi les entreprises, - les moins de 1% capables d'appliquer les normes financières et de se dégager des impératifs sociaux -, auxquelles s'applique pleinement l'étiquette «européenne». Toutes les autres entreprises (donc 99% des firmes) sont alors en décalage par rapport à l'élite et ne peuvent que courir en arrière ou renoncer à entrer dans une véritable logique d'européanisation, un tel décrochage engendrant des risques.

**Tableau n°4- Le modèle d'entreprise market value (EMV) engendre des risques**

L'entreprise market value voudrait :	Mais elle engendre des risques opérationnels...	.. à la fois dans les deux réglementations SE et IFRS qui..
concilier en évitant	de fausse négociation	opposent les élites aux autres
compléter en ouvrant	de verrouillage de conformité	arrêtent par inertie et crainte

converger vers plus de social	de moins disant social	engendrent des résistances
éloigner du modèle ultra business	de complexe américain	assimilent les meilleures firmes aux normes USA (mimétisme)
rassembler	D'ententes occultes	introduisent des divisions
promouvoir la transparence	de privilèges accordés aux puissants	séparent en classes selon la taille financière des firmes
unifier par un cadre partagé de valeurs	de privilèges nationaux	font éclater l'idéal européen entre une élite du business et le reste

Contrairement au chemin de la convergence européenne qui cherche le plus grand dénominateur commun, les effets de levier et de percolation procèdent d'une sélection des plus aptes et d'une conviction que les meilleures firmes tireront l'Europe des entreprises vers le haut. Ils font penser à la formule de Raedelli (2000) selon qui, à trop vouloir resserrer ce qui est dit européen, on aboutit à de toutes petites classes d'entités (the more properties are included in the concept of Europeanization, the smaller will be the class of empirical entities). On peut alors s'interroger sur le choix politique qui a conduit la Commission européenne (et par conséquent le Conseil européen et le Parlement) à transformer, - en argumentant de la technicité du sujet et l'expertise des consultants -, l'idéal ouvert de l'économie sociale de marché (ESM) en un idéal restreint, le modèle de l'entreprise market value (EMV), certes intéressant sur le plan intellectuel, mais cognitivement incompatible avec l'histoire de la construction européenne, et terriblement élitiste. Au total les pressions engendrées par le défi américain aboutissent quarante ans plus tard à une Européanisation des entreprises qui risque d'être facteur de troubles et de ruptures entre des niveaux disparates de développement social, et entre des secteurs économiques inégalement répartis. On est alors contraint de penser qu'il s'agit d'une Européanisation plus ou moins manquée, privée des références à l'économie sociale de marché et à la collégialité du consensus communautaire requis pour construire une Europe stable<sup>10</sup>.

10 Une Européanisation subie et élitiste sur un modèle exogène, plutôt que voulue et construite sur un modèle partagé :

- (a)- la S.E est régie, en fin de compte, pour les questions non évoquées dans le Règlement, par le droit de l'Etat membre et par la règle empirique Avant/Après («before/after») applicable à la Directive : Enonçant que la fusion de deux sociétés en statut de S.E n'im-

En conclusion, pour évaluer si l'histoire de la construction européenne fait émerger une « entreprise européenne distincte », on peut se référer à deux hypothèses énoncées par Olsen (2002) qui indique que *l'Européanisation* implique à la fois une pénétration centrale des systèmes nationaux de gouvernance, et un vecteur pour exporter des formes d'organisation et de gouvernance européennes. Or la présente recherche montre que, si la Societas Europaea et les normes IFRS tendent à développer de nouvelles formes de gouvernance pour les firmes, aucune de ces deux réglementations ne converge dans une gouvernance originale « européenne » qui serait distincte d'autres formes d'entreprises dans le monde.

Au contraire, la soi-disant « entreprise européenne » est une « copie conforme » de la « corporation » américaine ; de plus, étant donné la faiblesse politique (ou parfois l'absence) d'un véritable gouvernement européen, il n'existe pas dans l'Union Européenne de démocratie économique au sens américain des pratique d'équilibrage (*checks and balances*). Contrairement aux élus américains sensibles aux « grassroots » de leurs circonscriptions (Roe, 1994), rien ne permet d'écouter, en Europe, la voix des petites et moyennes entreprises (PME). Par conséquent la réglementation européenne des entreprises repose sur une logique américaine tronquée, privée du recours démocratique : en ce sens, elle ne répond pas aux exigences d'une Européanisation venant de l'intérieur des besoins de la société civile européenne. Ainsi se révèle un défaut majeur - le manque de conscience des caractères distinctifs - par rapport au cap que traçait Robert Schuman (1964, pp 183-185), « *l'Europe apparaît à un nombre grandissant d'Européens comme la seule issue possible, comme un des noyaux solides d'une future structure politique du monde... Elle doit devenir une entité agissante, consciente de ses particularités et s'organisant en vue de ses besoins et de ses possibilités propres* ».

plique pas nécessairement l'implication des travailleurs, elle crée des inégalités dans le traitement national des SE, sources de conflits entre nationalités

-(b)- les implications des IFRS en termes de market value sont considérables mais réservées à une élite de firmes cotées en bourse, qui en subissent les risques.

## Wybrane problemy implementacji Europejskiego Nakazu Aresztowania w Polsce i w Niemczech w porównaniu<sup>1</sup>

*„Hominum causa omne ius constitutum sit”*

Na wstępie warto zaznaczyć, że prezentowana publikacja nie pretenduje do roli wyczerpującego opracowania, lecz sygnalizuje jedynie pewne problemy związane z implementacją do porządku wewnątrz krajowego instytucji współpracy w sprawach karnych na terenie Unii Europejskiej – Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA). Dogłębna analiza problematyki objętej tytułem wymagałaby obszernego studium prawnoporównawczego.

ENA został wprowadzony do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 18. marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń.<sup>2</sup> W Kodeksie postępowania karnego dodano rozdziały 65a i 65b stanowiące implementację decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedur przekazywania osób między państwami członkowskimi.

Institucja ENA funkcjonuje w polskim porządku prawnym od dnia 1. maja 2004 r., zatem od dnia przystąpienia Polski do Unii Europejskiej.

Polska boryka się obecnie z zupełnie innymi problemami aniżeli Republika Federalna Niemiec. Ustawa Zasadnicza RFN została znowe-

1 Artykuł bazuje częściowo na referacie pt. „Die Implementation des EuHB in Polen und Deutschland im Vergleich – Eine kritische Skizze”, wygłoszonym w ramach polsko-niemieckiej konferencji pod hasłem „Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen”, która miała miejsce w Poznaniu w dniach 6–9 kwietnia 2006 r.

2 Dz.U. z 2004 r., Nr 69, poz. 626.

lizowana już w 2000 r.,<sup>3</sup> a zatem jeszcze przed wydaniem przez Radę decyzji ramowej w sprawie ENA i procedurach dostarczania między państwami członkowskimi.<sup>4</sup> Znowelizowany art. 16 ust. 2 Ustawy Zasadniczej RFN zawiera dwa postanowienia. Otóż, zakazana jest ekstradycja obywatela niemieckiego za granicę. W drodze ustawy można jednak ustanowić w tym względzie regulację odrębną, jeśli chodzi o ekstradycję do państwa członkowskiego UE lub wydanie obywatela międzynarodowemu trybunałowi, o ile nie są przez to naruszone podstawowe zasady państwa prawa. Należy zauważyć, iż przynajmniej na poziomie konstytucyjnym – wprawdzie wyjątkowo, ale jednak – dopuszczono w pewnych wypadkach wydanie własnego obywatela za granicę.

W Polsce nadal pozostaje otwarta kwestia częściowej implementacji decyzji ramowej o ENA do obowiązującego ustawodawstwa. Otwarte pozostawało pytanie o prawny charakter ENA. To pytanie zyskało na znaczeniu zwłaszcza w aspekcie prawnokonstytucyjnym. Art. 55 polskiej Konstytucji postanawia, że zakazana jest ekstradycja obywatela polskiego. Natomiast art. 607t § 1 kpk.<sup>5</sup> pozwala na przekazanie w celu ścigania osoby, która jest obywatelem polskim albo korzysta w Rzeczypospolitej Polskiej z prawa azylu, pod warunkiem, że osoba ta będzie odesłana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po prawomocnym zakończeniu postępowania w państwie wydania nakazu europejskiego.

Polski ustawodawca próbował przeprowadzić implementację decyzji ramowej niejako przez „drzwi kuchenne”, gdy w art. 602 kpk. dokonał rozróżnienia pomiędzy klasyczną ekstradycją (Extradition) a przekazaniem (surrender) w ramach ENA. Art. 602 kpk. stanowi, że

3 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29. November 2000, in Kraft getreten am 2. Dezember 2000, BGBl I 1633. Art 16 ust. 2 Ustawy Zasadniczej brzmi: „Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch das Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit die rechtsstaatlichen Grundsätze gewahrt sind.”

4 Decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej z dnia 13. czerwca 2002 r. o Europejskim Nakazie Aresztowania i procedurach przekazywania między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Official Journal z 2002 r. L 190.

5 Ustawa z dnia 6. czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.

z zastrzeżeniem przepisów rozdziału 65b, ekstradycja jest wydaniem osoby ściganej albo skazanego, na wniosek państwa obcego. Rozdział 65b reguluje wystąpienie państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie ENA. Zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, wnioskuje się, iż (w założeniu) racjonalny ustawodawca dokonał rozróżnienia pomiędzy dwoma instytucjami.

Jeśli uznalibyśmy, że przekazanie ściganego w ramach ENA nie jest instrumentem ekstradycji, obowiązujący system prawa byłby koherentny, gdyż wydanie własnego obywatela do innego państwa członkowskiego UE na podstawie ENA nie naruszałoby konstytucyjnego zakazu wydawania własnych obywateli na podstawie wniosku ekstradycyjnego.

To jednakże nie było jasne i wzbudziło wiele praktycznych wątpliwości. Takie wątpliwości miał chociażby Sąd Okręgowy w Gdańsku, który stanął przed następującym problemem: Czy wolno mu, czy może, czy też powinien wykonać wniosek o wydanie w ramach ENA obywatelki polskiej (Marii D.) do Holandii.

Pytanie, przedstawione Trybunałowi Konstytucyjnemu przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, doczekało się odpowiedzi, która przybrała postać wyroku Trybunału Konstytucyjnego.<sup>6</sup> Główna sentencja orzeczenia brzmi: „Art. 607t § 1 ustawy Kodeks postępowania karnego w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, **jest niezgodny** z art. 55 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.”

Trybunał Konstytucyjny wskazał w swoim obszernym uzasadnieniu na następujące główne argumenty:

- 1) Pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny i wykładnia przepisów ustawowych powinna opierać się na konstytucji, nie zaś odwrotnie!
- 2) Istnieją różnice pomiędzy klasyczną, tradycyjną ekstradycją a ENA. Są nimi przede wszystkim: przesłanka podwójnej przestępności czynu, polityczny charakter przestępstwa czy polska

<sup>6</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27. kwietnia 2005, sygn. akt P 1/05, Dz.U. z 2005 r., Nr. 77, poz. 680.

przynależność państwowa. ENA i ekstradycję różnicują także inne elementy, jak np. kompetencja właściwych organów. Te różnice jednakże nie zmieniają niczego w tym, że ENA jest uproszczonym rodzajem ekstradycji.

*Summa summarum*, stosownie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjny zakaz ekstradycji dotyczy również przekazania na podstawie ENA.

Niejako dodatkowo należy w tym miejscu podkreślić, że sama nomenklatura nie może przesądzać o prawnym charakterze danej instytucji. Chociaż przy dokonywaniu wykładni rządzą zasady sprzyjania procesowi integracji europejskiej oraz proeuropejskiej interpretacji aktów prawnych<sup>7</sup>, polski Trybunał Konstytucyjny trafnie rozstrzygnął, że wykładnia przepisów ustawowych nie może prowadzić do osłabienia gwarancyjnych funkcji przepisów konstytucji w zakresie praw i wolności obywateli.

Trybunał Konstytucyjny odroczył skutek derogacyjny o 18 miesięcy, na co pozwala art. 190 § 3 Konstytucji.<sup>8</sup> Jako uzasadnienie tego rozstrzygnięcia może służyć fakt, iż Polska, będąca od niedawna członkiem Unii Europejskiej, powinna wykonywać swoje obowiązki, a jednym z nich jest właśnie dostosowanie prawa wewnątrz krajowego do prawa europejskiego. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że ENA jest znakiem postępującej współpracy między państwami członkowskimi, zmierzającej do zwalczania przestępczości i dlatego też dostosowanie przepisów wewnątrz krajowych powinno być najwyższym zadaniem dla polskiego ustawodawcy. W celu wypełnienia tego zadania nie jest wykluczona zmiana Konstytucji.

<sup>7</sup> Por. np.: B. Banaszekiewicz, Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 12, s. 49–58; orzeczenie TK z dnia 29. września 1997, sygn. akt K 15/97, OTK Z. U. 1997, z. 3–4, poz. 37; wyrok TK z dnia 28. marca 2000, sygn. akt K 27/99, Dz.U. z 2000 r., Nr. 22, poz. 291, OTK Z. U. 2000, z. 2, poz. 62; wyrok TK z dnia 24. października 2000 r., sygn. akt K 12/00, Dz.U. z 2000 r., Nr. 92, poz. 1025, OTK Z. U. 2000, z. 7, poz. 255; wyrok TK z dnia 27. maja 2003 r., sygn. akt K 11/03, Dz.U. z 2003 r., Nr. 98, poz. 904, OTK Z. U. 2003, z. 5A, poz. 43; wyrok TK z dnia 21. kwietnia 2004 r., sygn. akt K 15/04, Dz.U. z 2004 r., Nr. 109, poz. 1160, OTK Z. U. 2004, z. 4A, poz. 31.

<sup>8</sup> Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, jednak Trybunał Konstytucyjny może określić inny termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego. Termin ten nie może przekroczyć osiemnastu miesięcy, gdy chodzi o ustawę, a gdy chodzi o inny akt normatywny – dwunastu miesięcy.



Choć samo orzeczenie TK powinno się ocenić pozytywnie, to krytycznie należy w tym miejscu podkreślić, że polski Trybunał Konstytucyjny pozwolił, aby przepis konstytucyjny był naruszany przez tak długi czas. W demokratycznym państwie prawa, jakim stosownie do art. 2 Konstytucji jest Rzeczpospolita Polska, odroczenia skutku derogacyjnego powinny mieć miejsce jak najrzadziej, gdyż w przeciwnym wypadku powstaje sytuacja niedopuszczalnej relatywizacji prawa. Jest również druga strona medalu. Rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego wywiera silną presję na polskiego ustawodawcę, a zatem na Sejm i Senat, a jednak nacisku takiego nie dało się uniknąć. Bez zmiany obowiązujących przepisów nie da się bowiem doprowadzić do wewnętrznej koherencji systemu prawa oraz do wykonania ciężących na Polsce zobowiązań, wynikających z przystąpienia do struktur Unii Europejskiej.

Na uwagę zasługuje, że Polska nie zdecydowała się nawet na wprowadzenie okresu przejściowego dla obowiązywania określonych postanowień decyzji ramowej Rady, co uczyniła np. Austria. Ustawodawca austriacki zdecydował, że nie wykonuje się ENA do dnia 1. stycznia 2009 r., gdy czyn, z powodu którego miałyby nastąpić wydanie obywatela austriackiego nie jest zagrożony karą w ustawie wewnątrz krajowej. Oznacza to potrzebę spełnienia warunku podwójnej przestępności czynu.<sup>9</sup>

W dniu 6. listopada 2006 r. przepis art. 607 t § 1 kpk. utraci swoją moc obowiązującą, o ile Konstytucja nie zostanie znowelizowana do tego czasu. Autorka niniejszej publikacji zwróciła się do Marszałka Sejmu oraz Ministra Sprawiedliwości w styczniu 2006 r. z prośbą o informację, jakie kroki zmierzające do zmiany przepisów prawa zostały bądź zostaną podjęte. Dotychczas uzyskano jedną lakoniczną odpowiedź. Ministerstwo Sprawiedliwości poinformowało, że przygotowana została propozycja zmiany Konstytucji, a inicjatywa ustawodawcza należy do jednej piątej posłów Sejmu, do Senatu lub do Prezydenta RP.<sup>10</sup> Bliższych informacji niestety nie udzielono, a indagowana Kancelaria Sejmu nie nadesłała odpowiedzi.

9 Por. § 77 ust. 2, Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit In Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG).

10 Wskazano zatem jedynie na art. 235 ust. 1 Konstytucji RP.

Dyrektor biura prawnego Kancelarii Prezydenta poinformował w maju 2006 r., iż do Sejmu trafił prezydencki projekt nowelizacji konstytucji dotyczący ENA.<sup>11</sup> Projekt zmiany w konstytucji<sup>12</sup> jest powiązany ze zmianami w kodeksie postępowania karnego. Dopuszcza ekstradycję obywatela polskiego w przypadku, jeżeli to wynika z ratyfikowanej umowy międzynarodowej lub też ustawy stanowiącej wykonanie aktu prawa wydanego przez organizację międzynarodową, do której należy Polska.<sup>13</sup>

Prezydencki projekt zmiany ustawy – kodeks postępowania karnego zakłada dodanie w art. 607t nowego brzmienia § 1a: „§ 1a. Jeżeli nakaz europejski został wydany w celu ścigania osoby, która jest obywatelem polskim albo korzysta w Rzeczypospolitej Polskiej z prawa azylu, przekazanie może nastąpić pod warunkiem, że osoba ta będzie odesłana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po prawomocnym zakończeniu postępowania w państwie wydania nakazu europejskiego.”<sup>14</sup> Proponowane w projekcie brzmienie art. 607t § 1a jest tożsame z dotychczasowym brzmieniem art. 607t § 1 kpk. Jest to zatem dokładne powtórzenie treści art. 607t § 1, który niebawem przestanie obowiązywać.

W uzasadnieniu projektowanej regulacji czytamy, że przyjęcie przez Sejm i Senat przedkładanego projektu nowelizacji kpk powinno zostać poprzedzone zmianą art. 55 Konstytucji RP. W razie niemożności zmiany ustawy zasadniczej, powtórne wprowadzenie do porządku prawnego niezgodnej z Konstytucją RP regulacji zawartej w obec-

11 <http://www.infor.pl/?rodzaj=2&news=31119&uzytkownik=ogolny>.

12 „Art. 55. 1. Ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana, z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 2.2. Obywatel polski może być wydany innemu państwu lub międzynarodowemu organowi sądowemu, o ile możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy stanowiącej wykonanie aktu prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Rzeczpospolita Polska jest członkiem. 3. Zakazana jest ekstradycja osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych. 4. W sprawie dopuszczalności ekstradycji orzeka sąd.” Druk Sejmowy nr 580, zamieszczony na oficjalnych stronach internetowych Sejmu, [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl).

13 Projekt nowelizacji ma związek ze sprawą wydania Belgii Adama G., podejrzanego o zamordowanie w kwietniu 2006 r. na dworcu w Brukseli 17-letniego Joe Van Holsbeeka. Belgowie domagają się przekazania im. Adama G. na podstawie ENA.

14 Druk Sejmowy nr 581, zamieszczony na oficjalnych stronach internetowych Sejmu, [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl).

nie obowiązującym przepisie art. 607t § 1 kpk., będzie przyzwoleniem ustawodawcy na obowiązywanie unormowania niezgodnego z ustawą zasadniczą. Zaistnienie takiej okoliczności w demokratycznym państwie prawnym należy uznać za niedopuszczalne.

Jeżeli niemożliwym okaże się zmiana Konstytucji RP w terminie umożliwiającym przywrócenie regulacji zawartej w art. 607t § 1 Kodeksu postępowania karnego – odmowa wykonania przez polskie sądy europejskich nakazów aresztowania dotyczących obywateli polskich może zostać uznana za przejaw naruszenia międzynarodowych zobowiązań Polski wynikających z faktu przynależności do UE i spowodować określone konsekwencje prawne.

Przedłożony projekt nowelizacji kodeksu postępowania karnego ma za zadanie umożliwienie ciągłości funkcjonowania ENA.

Wydaje się koniecznym, aby Polska wykorzystała doświadczenia swoich sąsiadów i dokonała zmiany ustawy zasadniczej, tak jak uczyniły to Niemcy, Austria czy Wielka Brytania.

Jak już wyżej zasygnalizowano, kroki wiodące do zmiany zostały już podjęte i zintensyfikowano prace w tym zakresie. W Sejmie obecnej kadencji udało się przewyciężyć istniejące podziały polityczne oraz animozje klubów parlamentarnych i w dniu 8. września 2006 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie Konstytucji RP w brzmieniu proponowanym przez Komisję Nadzwyczajną. W głosowaniu wzięło udział 421 posłów, z czego 344 głosowało za przyjęciem ustawy, 48 przeciwko, a 29 wstrzymało się od głosu.<sup>15</sup> Ustawę przekazano do dalszego procedowania Marszałkowi Senatu i Prezydentowi RP. Przyjęty tekst<sup>16</sup> różni

15 Klubem parlamentarnym, który zdecydowanie głosował przeciwko proponowanym zmianom był SLD (47 głosów) przy jednym przeciwnym głosie posła LPR, natomiast wstrzymało się od głosu 27 posłów LPR i 2 z NKP.

16 „Art. 55. 1. Ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 2 i 3. 2. Ekstradycja obywatela polskiego może być dokonana na wniosek innego państwa lub sądowego organu międzynarodowego, jeżeli możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Rzeczpospolita Polska jest członkiem, pod warunkiem, że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję: 1) został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz 2) stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku. 3. Nie

się znacznie od projektu prezydenckiego i pozostaje oczekiwać na dalszy rozwój wypadków, gdyż kwestia uchwalenia przedmiotowej zmiany nie jest jeszcze przesądzona.

Gdy Polska rozwiąże już problemy z dostosowaniem prawa, na uwagę zasługują nowe zadania, przynajmniej:

- 1) wzmocnienie obrony polskiego obywatela;
- 2) bardziej precyzyjne ukształtowanie przeszkód fakultatywnych, szczególnie przy art. 607r § 1 pkt 5 kpk.

Jeśli chodzi o wzmocnienie obrony polskiego obywatela, art. 79 § 2 kpk. przewiduje, że oskarżony musi mieć obrońcę wtedy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na okoliczności utrudniające obronę.

W związku z tym nie jest jasne, czy samo tylko postępowanie w sprawie przekazania polskiego obywatela na podstawie ENA uzasadnia obronę obligatoryjną. Przeciętny obywatel nie ma obowiązku posiadania gruntownej wiedzy na temat różnic pomiędzy ekstradycją a przekazaniem w ramach ENA. Obywatel posiada zaufanie do swojego państwa ojczystego, które powinno wypełniać swe funkcje w zakresie bezpieczeństwa, aby możliwie jak najpełniej chronić własnych obywateli. Niezbędne zatem byłoby zabezpieczenie obrony obligatoryjnej dla polskiego obywatela, przynajmniej w tej fazie postępowania, gdzie wazą się losy przekazania. W ten sposób przepisy o przekazywaniu własnych obywateli mogłyby być mocniej legitymizowane.

W mojej opinii, w postępowaniu karnym niezbędne byłoby współdziałanie obrońcy, jeśli państwo członkowskie Unii Europejskiej wystąpi z wnioskiem o przekazanie polskiego ściganego na podstawie ENA.

wymaga spełnienia warunków określonych w ust. 2 pkt 1 i 2 ekstradycja mająca nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji. 4. Ekstradycja jest zakazana, jeżeli dotyczy osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych lub jej dokonanie będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela. 5. W sprawie dopuszczalności ekstradycji orzeka sąd.” Tekst ustawy zamieszczony na oficjalnych stronach internetowych Sejmu, [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl).

Drugim ważnym zagadnieniem, o którym już krótko tu wspomniano, jest precyzyjne ukształtowanie **fakultatywnych** przeszkód przy przekazywaniu polskiego obywatela. Stosownie do art. 607r § 5 kpk., **można** odmówić wykonania ENA, jeśli ENA dotyczy przestępstw, które według prawa polskiego zostały popełnione, w całości lub w części, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym.

Rozstrzygnięcie sądu w takich przypadkach zawsze pozostaje do swobodnego uznania sędziowskiego. Ustawa jest tutaj ogólna, lakoniczna i nie daje żadnych wskazówek, co konkretnie należałoby brać pod uwagę.

Niemiecka droga do implementacji decyzji ramowej Rady o ENA także nie była łatwa i choć stosunkowo szybko uchwalono stosowną ustawę implementującą postanowienia Rady<sup>17</sup>, to efekt końcowy oceny zgodności ustawy implementującej z Ustawą Zasadniczą RFN przeszedł najśmielsze oczekiwania. W dniu 18. lipca 2005 r. Trybunał Konstytucyjny RFN (*Bundesverfassungsgericht*) orzekł, iż ustawa o implementacji postanowień decyzji ramowej Rady o ENA jest niezgodna z konstytucją i orzekł o nieważności ustawy w całości.<sup>18</sup> Trybunał podkreślił w swym orzeczeniu, że ustawodawca niemiecki niedostatecznie wykorzystał istniejące w decyzji ramowej możliwości do niewydawania własnych obywateli, a także nie przewidział sądowej kontroli rozstrzygnięcia zezwalającego na wydawanie własnych obywateli w ramach ENA.

Niemiecki projekt (drugiej już) ustawy o implementacji decyzji ramowej o ENA<sup>19</sup>, chociaż nie perfekcyjny i budzący niemało wątpliwości w kręgach akademickich i wśród praktyków, próbuje jednak znaleźć dobre drogi, aby możliwie jak najbardziej chronić przed przekazaniem obywateli niemieckich i zrównanych w statusie z nimi obcokrajowców. Nie mam wątpliwości, że podobne kroki powinny zostać podjęte również w Polsce. W tym obszarze istnieje potrzeba dokładniejszego okre-

17 Das EuHB-Gesetz vom 21. Juli 2004.

18 2 BvR 2236/04, www.bverfg.de.

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, <http://www.bmj.bund.de>.

ślenia i bardziej precyzyjnego ukształtowania art. 607r § 5 kpk. po to, aby lepiej mogła być zrealizowana gwarancyjna (ochronna) funkcja prawa karnego.

Weźmy następujący przykład: obywatel niemiecki oferuje do sprzedaży swoją nerkę, zamieszczając stosowne ogłoszenie w internecie. Niemiec uzgodnił wszystko z Polakiem, który przelał mu na konto zaliczkę w wysokości 10 000 euro. Chirurgiczne pobranie nerki miało odbyć się w Polsce. Niemiecka prokuratura udaremnia jednak planowaną transakcję.

Oboje aktorzy podlegają odpowiedzialności karnej, w tym przypadku mamy do czynienia ze współsprawstwem koniecznym. Zgodnie z § 18 niemieckiej ustawy transplantacyjnej, sama tylko oferta sprzedaży, zamieszczona w internecie, stanowi ukończony czyn zabroniony handlu organami ludzkimi. Polski sąd może ukarać polskiego obywatela na podstawie zasady terytorialności za usiłowanie nielegalnego handlu organami ludzkimi i może wystosować wniosek do Niemiec o przekazanie obywatela niemieckiego. RFN najprawdopodobniej odmówi wykonania wniosku, ponieważ czyn wykazuje wprawdzie pewien związek z wnioskującym państwem członkowskim, związek ten jednak nie jest miarodajny w rozumieniu § 80 ust. 2<sup>20</sup> projektu. Nie za-

20 **§ 80. Auslieferung deutscher Staatsangehöriger.** (1) Die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung ist nur zulässig, wenn 1. gesichert ist, dass der ersuchende Mitgliedstaat nach Verhängung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe oder sonstigen Sanktion anbieten wird, den Verfolgten auf seinen Wunsch zur Vollstreckung in den Geltungsbereich dieses Gesetzes zurück zu überstellen, und 2. die Tat einen maßgeblichen Bezug zum ersuchenden Mitgliedstaat aufweist. Ein maßgeblicher Bezug der Tat zum ersuchenden Mitgliedstaat liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist, oder wenn es sich um eine schwere Tat mit typisch grenzüberschreitendem Charakter handelt, die zumindest teilweise auch auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde. (2) Liegen die Voraussetzungen des Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 nicht vor, ist die Auslieferung eines Deutschen zum Zwecke der Strafverfolgung nur zulässig, wenn 1. die Voraussetzungen des Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 vorliegen, und die Tat 2. keinen maßgeblichen Bezug zum Inland aufweist und 3. auch nach deutschem Recht eine rechtswidrige Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht oder bei sinngemäßer Umstellung des Sachverhalts auch nach deutschem Recht eine solche Tat wäre, und bei konkreter Abwägung der widerstreitenden Interessen das schutzwürdige Vertrauen des Verfolgten in seine Nichtauslieferung nicht überwiegt. Ein maßgeblicher Bezug der Tat zum Inland liegt in der Regel vor, wenn die Tathandlung vollständig oder in wesentlichen Teilen im Geltungsbereich dieses Gesetzes begangen wurde und der Erfolg zumindest in wesentlichen Teilen dort eingetreten ist. Bei der Abwägung sind in-

chodzą przesłanki § 80 ust. 1 pkt 2 projektu, konieczna jest zatem analiza § 80 ust. 2 projektu. Po analizie przepisów należy wnioskować, iż przekazanie obywatela niemieckiego jest niedopuszczalne, gdyż czyn wykazuje miarodajny związek z terytorium RFN. Tak czy owak, niemiecki sąd rozstrzygnie, że obywatel niemiecki nie może być przekazany w celu ścigania karnego na podstawie ENA.

Weźmy teraz nieco inny przykład i zamieńmy role. Obywatel polski odgrywa rolę oferenta, kontaktuje się z obywatelem niemieckim, który przelał mu już część zapłaty za organ. Eksplantacja organu miała według zamiaru stron umowy nastąpić na terenie RFN. Polska prokuratura udaremnia planowane przestępstwo. Najprawdopodobniej niemiecki sąd ukarze swojego obywatela, ale jednocześnie może wyśtosować wniosek o przekazanie polskiego obywatela, który stanowił *spiritus movens* bezprawnego zachowania.

Stosownie do polskich przepisów (art. 607 t § 1 kpk.), jeżeli nakaz europejski został wydany w celu ścigania osoby, która jest obywatelem polskim albo korzysta w Rzeczypospolitej Polskiej z prawa azylu, przekazanie może nastąpić pod warunkiem, że osoba ta będzie odesłana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po prawomocnym zakończeniu postępowania w państwie wydania nakazu europejskiego. To jest jedyna obligatoryjna przesłanka w podanym przykładzie. Sędzia może zatem zrealizować ENA względem polskiego obywatela, ponieważ także okoliczność, że czyn zabroniony został częściowo lub w całości popełniony na terytorium Polski, stanowi jedynie przeszkodę fakultatywną przekazania.

Na kanwie powyższych dwóch przykładów można z łatwością zaobserwować, jak wygląda pole ochrony własnych obywateli przed przekazaniem na gruncie ENA w Niemczech i w Polsce. Jeszcze mniej

---

sbesondere der Tatvorwurf, die praktischen Erfordernisse und Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung und die grundrechtlich geschützten Interessen des Verfolgten unter Berücksichtigung der mit der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums verbundenen Ziele zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Liegt wegen der Tat, die Gegenstand des Auslieferungsersuchens ist, eine Entscheidung einer Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts vor, ein deutsches strafrechtliches Verfahren einzustellen oder nicht einzuleiten, so sind diese Entscheidung und ihre Gründe in die Abwägung mit einzubeziehen; Entsprechendes gilt, wenn ein Gericht das Hauptverfahren eröffnet oder einen Strafbefehl erlassen hat.(...)

optymistycznie wygląda ono np. przy typowych czynnościach przygotowawczych do handlu organami, które w Polsce nie podlegają karze, zaś w Niemczech poprzez przesunięcie karalności na przedpole czynu zabronionego, powinny być zakwalifikowane jako karalne usiłowanie.

Art. 2 decyzji ramowej wymienia nielegalny handel organami i tkankami ludzkimi jako jeden z czynów niewymagających badania podwójnej karalności czynu. W akademickiej dyskusji można sobie wyobrazić, że RFN wyda ENA przeciwko obywatelowi polskiemu, który czynił jedynie przygotowania do handlu organami ludzkimi, ale z powodu celowych kontaktów z obywatelem niemieckim naraził się na odpowiedzialność karną na podstawie niemieckiego prawa. Stosownie do art. 607w polskiego kpk. okoliczność, że czyn nie jest przestępstwem według prawa polskiego, nie stanowi przeszkody do wykonania nakazu europejskiego, jeżeli dotyczy on czynu zagrożonego w państwie jego wydania karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności albo czynu, za który może być orzeczony co najmniej w tym samym wymiarze inny środek polegający na pozbawieniu wolności, będącego przestępstwem nielegalnego obrotu organami lub tkankami ludzkimi.<sup>21</sup> Handel organami ludzkimi zagrożony jest w prawie niemieckim karą pozbawienia wolności do lat 5.<sup>22</sup> Jeśli polski sąd w tym przypadku przekaże polskiego obywatela, naruszy – w mojej opinii – podstawową zasadę prawa karnego materialnego, mianowicie zasadę ustawowej oznaczoności znamion przestępstwa. Tym samym w gruzach legnie funkcja gwarancyjna prawa karnego.

W świetle wyżej poczynionych rozważań, propozycje *de lege ferenda* dotyczące sposobu wzmocnienia ochrony własnego obywatela, byłyby następujące:

21 Art. 2 pkt 16 decyzji ramowej o ENA.

22 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) vom 5. November 1997, BGBl. I S. 2631. [¶ 17 **Verbot des Organhandels.** (1) Es ist verboten, mit Organen, die einer Heilbehandlung zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben. (...) ¶ 18 **Organhandel.** (1) Wer entgegen § 17 Abs. 1 Satz 1 mit einem Organ Handel treibt oder entgegen § 17 Abs. 2 ein Organ entnimmt, überträgt oder sich übertragen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig, ist die Strafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren.(3) Der Versuch ist strafbar. (...)]

- 1) wzmocnienie pozycji własnych obywateli poprzez obronę obli-gatoryjną w postępowaniach o przekazanie w ramach ENA;
- 2) zastosowanie grocjuuszowskiej zasady ekstradycyjnej: *aut dedere aut judicare (punire)* i w następstwie tego – niewydawanie własnych obywateli w tych wypadkach, w których czyn choć częściowo został popełniony na terytorium Polski;
- 3) podwójna karalność czynu jako *conditio sine qua non* (waru-nek konieczny) przy przekazywaniu własnych obywateli.

Na koniec należałoby poczynić jeszcze jedną krótką uwagę ogólną w aspekcie postanowień Traktatu Konstytucyjnego dla Europy, który choć nie obowiązuje, to wyznacza pewne kierunki wspólnej polityki państw członkowskich Unii Europejskiej. To, że proces ratyfikacji Traktatu uległ pewnemu zahamowaniu (paradoksalnie za przyczyną oby-wateli państwa, które współtworzyło kształt Traktatu<sup>23</sup>) nie oznacza, że proces stopniowej unifikacji prawa czy choćby jego upodabniania w po-szczególnych państwach członkowskich nie będzie postępował.

Stosownie do art. III–271 Traktatu, europejskie ustawy ramowe mogłyby ustanawiać normy minimalne, odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczo-ści o wymiarze transgranicznym, wynikające z rodzaju lub skutków tych przestępstw lub ze szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania. Powyższe dziedziny przestępczości obejmują: terroryzm, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, handel bronią, pranie pieniędzy, korupcję, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerową i przestępczość zorganizowaną. Są to zatem obszary, będące obecnie podstawą wyda-nia w ramach ENA bez obowiązku badania podwójnej przestępczości czynu.

23 Mowa o Republice Francuskiej.

## Walka z przestępczością zorganizowaną w świetle kodeksu karnego Ukrainy

5 kwietnia 2001 r. uchwalony został kodeks karny Ukrainy, któ-ry wszedł w życie 1 września 2001 r. Zastąpił on poprzedni, przyję-ty jeszcze w ZSRR w 1960 r. Jego uchwalenie stało się koniecznością w związku z poważnymi przemianami społeczno–gospodarczo–poli-tycznymi i uzyskaniem przez państwo niezależności. Warto wskazać, że obecny kodeks karny (kk.) zawiera szeroki zakres rozwiązań doty-czących przeciwdziałania i zwalczania przestępczości zorganizowanej, który zostanie omówiony w związku z realizacją celu poznawczego ni-niejszego pracowania.

### 1. Regulacje zawarte w części ogólnej kodeksu karnego Ukrainy

Przystępując do rozważań dotyczących przestępczości zorgani-zowanej, należy wskazać, że jej istotą jest współdziałanie sprawców. Współdziałanie w przestępstwie jest jedną z form działalności przestęp-czej. Charakterystyczne są cechy pozwalające wydzielić ją jako samo-dzielną instytucję prawnokarną. Jak podkreśla J.J. Kondratiew, jej spe-cyfika polega na tym, że udział w popełnieniu przestępstwa przez dwie lub więcej osób stwarza podwyższone społeczne niebezpieczeństwo, a do realizacji przestępstwa dochodzi tylko dzięki wspólnej działalno-ści wszystkich uczestników. Ponadto, popełnienie przestępstwa poprzez współdziałanie ułatwia osiągnięcie przestępczych celów, utrudnia jego ujawnienie i pociągnięcie sprawców do odpowiedzialności.<sup>1</sup>

Zgodnie z art. 26 kk. Ukrainy, poprzez współdziałanie w dokonaniu przestępstwa rozumie się umyślne wspólne działania kilku podmiotów

1 J.J. Kondratiew (red.), Ugołownoje prawo Ukrainy. Obszczaja czast', Kijów 2002, s. 177.

w popełnieniu umyślnego przestępstwa. Ustawodawcze określenie pojęcia „współdziałal” zawiera zatem następujące cechy:

- 1) udział 2 lub więcej podmiotów przestępstwa uczestniczących w popełnieniu przestępstwa umyślnego,
- 2) ich wspólny udział w przestępstwie,
- 3) umyślny charakter działalności współuczestników. Dwie pierwsze cechy w teorii przyjęto nazywać obiektywnymi (przedmiotowymi), a ostatnią – subiektywną (podmiotową).

Określenie form współdziałania ma ważne znaczenie dla odpowiedzialności karnej współuczestników, gdyż pozwala określić z prawnego punktu widzenia odpowiedzialność nie tylko sprawcy, ale i pozostałych uczestników wspólnie popełnionego przestępstwa. Wpływa też na kwalifikację zachowań współuczestników.

Ukraińskie prawo karne, podobnie jak rosyjskie, przewiduje współdziałal prosty i złożony.<sup>2</sup> Współdziałal proste oznacza takie zjednoczenie wysiłków współuczestników, w którym każdy z nich popełnia takie samo, z prawnego punktu widzenia, przestępstwo i występuje jako jego sprawca. Odmianą tej formy jest grupa osób bez uprzedniego porozumienia i grupa osób po wcześniejszym zawarciu porozumienia.<sup>3</sup>

W świetle art. 28 pkt 1 grupa osób bez uprzedniego porozumienia – to 2 lub więcej sprawców tworzących grupę w celu wspólnego popełnienia przestępstwa bez uprzedniego zawarcia porozumienia (swoistej umowy) między sobą. Zdaniem ukraińskich prawników, brak wcześniejszego porozumienia oznacza, że sprawcy przestępstwa od początku nie umawiali się ze sobą co do jego popełnienia, co do wspólnych działań, podziału ról. Dla tej grupy charakterystyczne jest spontaniczne, sytuacyjne zjednoczenie wysiłków sprawców w celu osiągnięcia wspólnego rezultatu przestępczego bezpośrednio przed jego popełnieniem lub w trakcie jego popełniania. Uczestnicy tej grupy nie muszą

2 Warto zaznaczyć, że w prawie ukraińskim, podobnie jak i w rosyjskim, nie używa się wprost pojęcia „współsprawstwo”, a ukraińskie słowo „spiwuczastwie” i rosyjskie „souchastie” tłumaczyć należy jako „współuczestnictwo, współdziałal, współuczestniczenie”. Dalsze analizy ukażą, że odpowiednikiem polskiej instytucji współsprawstwa jest ukraiński „współdziałal prosty”.

3 S.S. Jacenko (red.), Ugołownyj kodeks Ukrainy. Nauczno–praktyczeskij komentarij. Kijów 2004, s. 59.

się znać. Działając jako współsprawcy, mogą oni wspólnie realizować stronę przedmiotową przestępstwa lub przystępować do przestępstw, które zostały rozpoczęte przez innych sprawców, ale nie zostały jeszcze zakończone. Działania tych osób powinny być zgodne co do przedmiotu i strony przedmiotowej przestępstwa. Ponadto, osoby te powinny wiedzieć, że działają wspólnie dla osiągnięcia przestępczego celu. Przy tym, członkowie takiej grupy mogą posługiwać się różnymi środkami i narzędziami przestępstwa, działać w tym samym czasie w stosunku do kilku pokrzywdzonych. Brak uprzedniej zgody nie wyklucza umowy między członkami takiej grupy zawartej już w czasie realizacji przez nich strony przedmiotowej przestępstwa. Popełniając przestępstwo mogą oni umówić się co do charakteru wspólnych działań, podziału ról, uzgodnienia późniejszych działań.<sup>4</sup>

Grupa osób po uprzednim porozumieniu – to 2 lub więcej osób, które wcześniej umówiły się co do wspólnego popełnienia przestępstwa (art. 28 pkt 2). Porozumienie o wspólnym popełnieniu przestępstwa oznacza zgodę na jego popełnienie od początku realizacji jego strony przedmiotowej. W ten sposób, w ocenie J.J. Kondratiewa, porozumienie możliwe jest także na etapie przygotowania przestępstwa, a także przy jego usiłowaniu. Umowa ta powinna dotyczyć popełnienia przestępstwa (zgoda co do przedmiotu przestępstwa, jego charakteru, miejsca, czasu, sposobu dokonania, podziału funkcji). Porozumienie może być w formie pisemnej lub ustnej. Uczestnicy popełnianego przestępstwa działają jako współsprawcy, przy czym możliwy jest podział ról do wypełnienia.<sup>5</sup>

Współdziałal złożone oznacza natomiast dokonanie przestępstwa przez każdego z uczestników różnych, pod względem charakteru i oceny prawnej, działań lub zaniechań. Formę tę charakteryzuje podział ról między uczestnikami, występującymi jako: sprawca (wykonawca), organizator, podżegacz, pomocnik. Nie jest konieczne, by współuczestnicy przy popełnianiu konkretnego przestępstwa wypełniali swe określone role. Wystarczające jest występowanie sprawcy i jeszcze choćby jednego z wyżej wymienionych współuczestników. Współdziałal złożony

4 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), Nauczno–praktyczeskij komentarij ugołownowo kodeksa Ukrainy, Kijów 2002, s. 109.

5 J.J. Kondratiew (red.), *op. cit.*, s. 196–197.

żone obejmuje formy wspólnej działalności przestępczej, takiej jak zorganizowana grupa i organizacja przestępcza.<sup>6</sup>

W świetle art. 28 pkt 3 zorganizowana grupa to stała grupa kilku osób, które uprzednio zorganizowały się w celu przygotowania lub dokonania przestępstw. Grupę taką wyróżniają następujące cechy:

- 1) występowanie kilku osób (trzech i więcej),<sup>7</sup>
- 2) uprzednie ich zorganizowanie i zjednoczenie się celu przygotowania lub popełnienia dwóch lub więcej przestępstw,
- 3) stałość tej grupy
- 4) opracowanie przez nią planu popełniania przestępstw, podział ról uczestników grupy nastawionych na jego realizację,
- 5) znajomość i akceptacja przez wszystkich uczestników grupy założeń tego planu.<sup>8</sup>

Istotnym, szczególnym elementem grupy przestępczej jest jej stałość. Zdaniem ukraińskich prawników, grupę należy uważać za stałą, jeśli jest zwarta i stabilna, a osoby do niej wchodzące mają zamiar popełnienia przestępstwa. Zwartość grupy wyraża się w jej spójności i jednomyślności. Te cechy jako zasadnicze pojawiają się przy występowaniu: stałych, silnych więzi wewnętrznych między uczestnikami, ustalonych reguł postępowania, organizatora (przywódcy), ścisłego określenia roli każdego uczestnika, zgodności działań uczestników, jednego planu, przewidującego podział funkcji uczestników grupy i przyjętego do ich wiadomości oraz zaakceptowanego przez nich. Ważną cechą zwartości grupy jest element podmiotowy – jednomyślność uczestników grupy wobec kwestii popełnienia przestępstwa. Wymaga to uświadomienia przez każdego uczestnika poczucia jedności z inny-

6 *Ibidem*, s. 194–195.

7 Ilość ta odróżnia formy przestępczości zorganizowanej od form przestępczości grupowej, w której grupa osób bez wcześniejszego porozumienia i grupa osób po zawarciu porozumienia powinna liczyć nie mniej niż 2 osoby. W ten sposób ustawodawca ukraiński podkreślił jakościowe różnice w stopniu niebezpieczeństwa popełnianych przestępstw. Zwraca na to uwagę W. Naumow, Nowy ugodlowny kodeks Ukrainy, Gosudarstwo i Prawo 2002, nr 2, s. 86.

8 Kryminolodzy ukraińscy definicję tę uzupełniają jeszcze o następujące cechy: występowanie ustalonych reguł, samofinansowanie, systematyczne popełnianie przestępstw. Zob. W.P. Filonow, Aktualnyje problemy sowniennoj kriminologii, Donieck 1997, s. 46.

mi uczestnikami w celu dokonania przestępstwa. Przy czym, zdaniem ustawodawcy, motywy mogą być różne.

Drugi element stałości grupy – stabilność – wyraża się w jej trwałości. Cecha ta przejawia się w długotrwałości, systemowości i szczególności organizacji i funkcjonowania grupy, werbunku nowych członków, utajeniu swojej działalności, zarówno swoimi siłami, jak i za pomocą innych osób (np. przy pomocy korupcji urzędników państwowych), występowaniu niezbędnych do funkcjonowania grupy środków finansowych oraz innych, jak broni, pomieszczeń.<sup>9</sup>

Za organizację przestępczą uznaje się wspólnotę osób, która jest:

- 1) stała,
- 2) hierarchiczna,
- 3) złożona z trzech lub więcej osób,
- 4) założona po wcześniejszym porozumieniu członków lub strukturalnie wydzielonej jednostki (grupy) dla wspólnej działalności,
- 5) celem działalności jest:
  - a) bezpośrednie popełnianie ciężkich lub szczególnie ciężkich przestępstw,
  - b) kierowanie i koordynacja działalności innych osób,
  - c) zabezpieczenie funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych (art. 28 pkt 4).<sup>10</sup>

Powyższe cechy należy poddać bardziej szczegółowej analizie.

Pierwsza z cech – stałość organizacji przestępczej – oznacza: a) ustaloną liczbę jej członków; b) istnienie stałych więzi między członkami takiej organizacji i wzajemnej współpracy między jej strukturalnie wydzielonymi jednostkami; c) występowanie określonego stopnia hierarchicznej podległości w zakresie kierowania lub koordynacji działalności przestępczej członków takiej organizacji lub zagwarantowanie

9 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 110–111.

10 Kryminolodzy ukraińscy definicję tę uzupełniają jeszcze o następujące cechy: profesjonalizm i specjalizacja, konspiracja działań, posiadanie wywiadu i kontrwywiadu, wpływ na urzędników państwowych, W.P. Filonow, *op. cit.*, s. 46–47.

funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej jak i innych związanych z nią grup przestępczych; d) zdolność i gotowość każdego członka organizacji przestępczej lub grupy wypełnić każde zadanie składające się na ich wspólną działalność – czyli popełnienie ciężkich<sup>11</sup> lub szczególnie ciężkich<sup>12</sup> przestępstw. W tym celu nierzadko występuje podział obowiązków między uczestnikami organizacji przestępczych lub jej grupami.<sup>13</sup>

Istotną cechą organizacji przestępczej jest jej hierarchiczność, która oznacza strukturalną budowę, zawierającą w sobie wspólne przywództwo (liderów), ściśle określoną podległość szeregowych członków wspólnoty jej przywództwu (w tym przywódcom strukturalnie wydzielonych jednostek), pionowe więzi (powiązania między wyższymi i niższymi strukturami wspólnoty), występowanie powszechnie znanych zasad postępowania i zabezpieczenie przestrzegania ich przez uczestników organizacji.<sup>14</sup>

Ważny element organizacji stanowi minimum 3-osobowy skład. Tworzą go osoby, które wcześniej doszły do porozumienia w kwestii prowadzenia wspólnej działalności przestępczej. Wszystkie wyraziły na nią zgodę. W świetle przedstawionej definicji, za organizację przestępczą można uznać tylko taką wspólnotę, której celem działalności jest popełnianie ciężkich lub szczególnie ciężkich przestępstw. Dlatego też nie można uznać za organizację przestępczą wspólnoty, której członkowie zorganizowali się w celu popełniania przestępstw niewielkiej<sup>15</sup> lub średniej ciężkości,<sup>16</sup> nawet jeśli charakteryzuje ją stała i hie-

11 Przesłpstwem ciężkim jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 10 lat (art. 12 pkt 4), przy czym dolna granica wynosi 1 rok (art. 63 kk.), np.: bezprawne pozbawienie wolności lub porwanie człowieka, nielegalne wykorzystanie środków technicznych do niejawnego uzyskania informacji.

12 Przesłpstwem szczególnie ciężkim jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej 10 lat lub dożywotnim pozbawieniem wolności (art. 12 pkt 5), np.: wzięcie zakładnika, handel ludźmi, wymuszenie, pranie brudnych pieniędzy.

13 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 60–61.

14 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 112.

15 Przesłpstwem niewielkiej ciężkości jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 2 lat lub mniejszą (art. 12 pkt 2). Autorce nie udało się znaleźć w kodeksie karnym Ukrainy przestępstwa niewielkiej ciężkości, którego cechą byłoby popełnienie przestępstwa przez zorganizowaną grupę przestępczą.

16 Przesłpstwem średniej ciężkości jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 5 lat (art. 12 pkt 3), przy czym dolna granica wynosi 1 rok (art. 63 kk.), np.: działa-

rarchiczna struktura. Może ona być rozpatrywana jako zorganizowana grupa. Natomiast ukierunkowanie na popełnianie przez członków wspólnoty zarówno przestępstw ciężkich (lub szczególnie ciężkich), jak i przestępstw średniej (lub niewielkiej) ciężkości, pozwala uznać taką wspólnotę za organizację przestępczą.

Ze względu na cel – kierowanie lub koordynację działalności przestępczej innych osób, uznanie wspólnoty za organizację przestępczą wymaga wspólnej działalności uczestników takiej wspólnoty lub jej strukturalnych części, która przejawia się w organizacji popełnienia (popełniania) przestępstw przez inne osoby, w jego kierowaniu, przygotowaniu i popełnianiu. Przy tym, art. 28 pkt 4 kk. nie przewiduje, że taka działalność przestępcza obligatoryjnie powinna polegać na popełnianiu ciężkich i szczególnie ciężkich przestępstw. Natomiast według tego kryterium, przestępstwo powinno być uznane za popełnione przez organizację przestępczą, także w takim przypadku, gdy działania sprawcy (sprawców) polegały na kierowaniu lub koordynacji popełniania przez inne osoby (nie uczestników organizacji przestępczej) przestępstw tylko niewielkiej lub średniej ciężkości.<sup>17</sup>

Kolejny z celów organizacji przestępczej – zabezpieczenie funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych – przewiduje stworzenie warunków niezbędnych dla funkcjonowania tych wspólnot i prowadzenia przez nie działalności przestępczej. Może ono polegać na finansowaniu takiej działalności, ukrywaniu jej, zabezpieczaniu pod względem kontrwywiadowczym, prawnym, medycznym, informacyjnym, zagwarantowaniu ochrony osobistej organizatorów i przywódców organizacji przestępczej lub innych grup przestępczych, legalizacji dochodów, uzyskanych niezgodnie z prawem, zabezpieczeniu ich przed kontrolą państwową i pociągnięciem uczestników do odpowiedzialności karnej.<sup>18</sup>

nia ukierunkowane na siłową zmianę lub obalenie ustroju konstytucyjnego lub przejęcie władzy państwowej, naruszenie równouprawnienia obywateli w zależności od przynależności rasowej, narodowościowej, stosunku do religii, spisek dotyczący utrzymania lub podnoszenia cen przez monopolistów, nielegalne działania dotyczące dokumentów prywatyzacyjnych.

17 J.J. Kondratiew (red.), *op. cit.*, s. 201.

18 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 110–112.



Z przedstawionych informacji wynika zatem, że kryterium podziału współdziałania na proste i złożone, określone jest poprzez występowanie i zawarcie wcześniejszego porozumienia, liczbę uczestników oraz stopień ich zorganizowania. Jak zauważa J.J. Kondratiew, w praktyce formy i rodzaje mogą przeplatać się ze sobą. Np. w ramach dokonania przestępstwa przez zorganizowaną grupę przy występowaniu organizatora, podżegacza i pomocnika możliwe jest wypełnianie całościowo lub częściowo strony przedmiotowej przestępstw przez 2 lub więcej osób uczestniczących jako współsprawcy. W podobnych przypadkach wyjaśnienie formy i rodzaju współdziałania oraz roli każdego z współuczestników przestępstwa ma znaczenie dla określenia charakteru i stopnia społecznego niebezpieczeństwa powodowanego przez każdego z współuczestników, dla kwalifikacji przestępstwa i ich odpowiedzialności.<sup>19</sup>

Uznając za szczególnie wysoki stopień społecznego niebezpieczeństwa zorganizowanych form działalności przestępczej, w części ogólnej kk. Ukrainy w art. 30 przewidziano odpowiedzialność karną organizatorów i uczestników zorganizowanej grupy i organizacji przestępczej. Uznano, że zasady kwalifikacji działań uczestników zorganizowanych grup i organizacji przestępczych zależą od rodzaju współuczestników, którzy mogą być organizatorami lub innymi uczestnikami takich wspólnot.

Ustawodawca przyjął założenie, że organizatorzy, zakładający zorganizowaną grupę lub organizację przestępczą lub kierujący taką grupą lub organizacją, są najbardziej niebezpiecznymi współuczestnikami przestępstwa. Oni inicjują i ukierunkowują popełnianie przestępstw, koordynują działania współsprawców, decydują i nakazują dokonanie określonego przestępstwa, mogą też brać bezpośredni udział w popełnianiu przestępstw przez grupę lub organizację.<sup>20</sup>

Zgodnie z art. 30 pkt 1 kk., organizator grupy lub organizacji przestępczej podlega odpowiedzialności karnej za wszystkie przestępstwa popełnione przez zorganizowaną grupę lub organizację przestępczą, jeśli obejmował je swoim zamiarem. Za przestępstwo popełnione przez

19 J.J. Kondratiew (red.), *op. cit.*, s. 195–196.

20 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 63.

zorganizowaną grupę lub organizację przestępczą należy uznać przestępstwa, które zostały dokonane przez wszystkich lub kilku członków takich wspólnot lub chociażby jednego z nich.

Od organizatora lub przywódcy zorganizowanej grupy lub organizacji przestępczej nie wymaga się, żeby ich zamiar obejmował to, który z członków takich grup, kiedy i w jaki sposób popełnił przestępstwo(a). Wystarczające jest, by ich zamiar obejmował popełnione przestępstwa, związane z wypełnianiem zadań omawianej grupy.<sup>21</sup>

Zatem podmiotowym kryterium inkryminowania organizatora przestępstw jest uświadomienie sobie przez niego charakteru przestępczej działalności członków takich wspólnot i dopuszczenie do tego, by ta działalność była realizowana. Oznacza to, że członkom zorganizowanych grup lub organizacji przestępczych można przypisać zamiar bezpośredni lub pośredni.<sup>22</sup> Ważne, by przy tym nie występował eksces wykonawcy (który wychodzi poza ramy zamiaru organizatora grupy lub organizacji).

Przedmiotowym kryterium inkryminowania organizatora przestępstw popełnianych przez zorganizowaną grupę lub organizację stanowi to, że przestępstwa stały się rezultatem jego działań polegających na organizacji tych struktur, kierowaniu nimi lub zabezpieczeniu ich działalności przestępczej.<sup>23</sup>

W odróżnieniu od organizatora, inni uczestnicy zorganizowanej grupy lub organizacji przestępczej nie ponoszą odpowiedzialności za wszystkie przestępstwa popełnione przez te wspólnoty, także w warunkach, gdy uświadamiali oni fakt ich dokonania. Podlegają oni odpowiedzialności tylko za przestępstwa, w przygotowaniu lub dokonaniu których uczestniczyli, niezależnie od roli, jaką pełnił w przestępstwie każdy z nich. W ocenie ustawodawcy, w taki sposób realizowana jest zasada odpowiedzialności indywidualnej. Działania organizatorów, a także innych uczestników zorganizowanych grup w wypadkach, gdy działanie takiej grupy przewidziane jest przez prawo jako cecha konkretnego przestępstwa, zdaniem ukraińskich prawników, należy kwalifi-

21 *Ibidem*, s. 63.

22 Odpowiednik polskiego zamiaru ewentualnego.

23 J.J. Kondratiew (red.), *op. cit.*, s. 205–206.

fikować na podstawie odpowiednich przepisów części szczególnej kk.. W podobnych sytuacjach, osoby te uznaje się za sprawców konkretnego przestępstwa. Zgodnie z tą zasadą, organizowanie, kierowanie zorganizowaną grupą lub organizacją przestępczą, branie w nich udziału lub w popełnionych przez nią przestępstwach, stanowi element kwalifikujący w przestępstwach przewidzianych w art. 209 pkt 3, art. 255 pkt 1, art. 257 pkt 4, art. 258 pkt 1–5, art. 260, art. 303 pkt 4, art. 392 kk., które zostaną omówione w dalszej części opracowania.<sup>24</sup>

Stworzenie zorganizowanej grupy w wypadkach nieprzewidzianych przez przepisy części szczególnej kodeksu, powoduje odpowiedzialność za przygotowanie przestępstwa, dla popełnienia którego była ona stworzona.<sup>25</sup>

Jak wynika z przedstawionych informacji, ustawodawca ukraiński dokonał dosyć szczegółowej klasyfikacji organizacyjnych form przestępczości. Uznał, że w zasadzie każdy rodzaj przestępczych powiązań stanowi działanie niezgodne z prawem.

## 2. Regulacje zawarte w części szczególnej kodeksu karnego Ukrainy

W części szczególnej kk. Ukrainy przewidziano 2 grupy czynów związanych z zorganizowaną działalnością przestępczą. Pierwszą – stanowią przestępstwa, w których organizowanie, kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą lub organizacją przestępczą oraz udział w nich stanowi element kwalifikujący. Drugą grupę stanowią przestępstwa, w których występuje znamię „popełnienie przestępstwa przez zorganizowaną grupę” lub „popełnienie przestępstwa przez członków zorganizowanej grupy”.

Przystępując do omówienia przestępstw należących do I grupy należy stwierdzić, że wspomniane elementy występują w 7 przestępstwach przewidzianych w następujących artykułach: art. 209 pkt 3, art. 255 pkt 1, art. 257 pkt 4, art. 258 pkt 1–5, art. 260, art. 303 pkt 4, art. 392. Należy poświęcić im nieco uwagi.

24 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 116–117.

25 *Ibidem*, s. 117.

Jako pierwsze zostanie omówione przestępstwo **legalizacji (prania) dochodów uzyskanych drogą przestępczą (art. 209)**. Na początku rozważań należy powiedzieć, że zawarcie tego przestępstwa w kodeksie karnym Ukrainy stanowi wypełnienie zobowiązań tego kraju, przyjętych w Konwencji o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów z działalności przestępczej z 08.11.1990 r.

Przedmiotem ochrony (zamachu) tego przestępstwa są stosunki społeczne w sferze prowadzenia działalności gospodarczej i walki z legalizacją (praniem) dochodów, środków pieniężnych i innego mienia lub majątku uzyskanego drogą przestępstwa.

W celu późniejszego omówienia regulacji z art. 209 pkt 3 (dotyczącej związku z przestępczością zorganizowaną), należy najpierw przedstawić rozwiązania zawarte w art. 209 pkt 1. Zatem strona przedmiotowa przestępstwa z art. 209 pkt 1 polega na legalizacji (praniu) środków pieniężnych lub majątku uzyskanego drogą przestępstwa. Wyraża się to w następujących działaniach:

- 1) nabycie, posiadanie lub wykorzystywanie środków pieniężnych i innego majątku,
- 2) dokonywanie operacji finansowych lub zacieranie ich śladów,
- 3) podejmowanie działań ukierunkowanych na ukrycie lub zamaskowanie przestępnego pochodzenia wymienionych wyżej środków lub majątku.

W celu zrozumienia istoty przestępstwa, należało omówić jego poszczególne elementy.

Zdaniem M.I. Bażanowa, W.W. Staszisa i W.J. Tacija, nabycie środków pieniężnych lub majątku uzyskanego przestępczą drogą oznacza dokonanie odpłatnych lub bezpłatnych działań (zakup, otrzymanie darowizny) zabezpieczających możliwość rozporządzania takimi pieniędzmi i majątkiem jak własnym. Posiadanie, z kolei, to faktyczne władanie przez sprawcę środkami finansowymi lub majątkiem uzyskanym drogą przestępczą. Wykorzystywanie środków pieniężnych lub majątku uzyskanego drogą przestępczą oznacza ich wykorzystanie w różnych celach, np. w sferze działalności gospodarczej, politycznej, społecznej.

Jako oddzielne rodzaje takiego wykorzystywania, w dyspozycji art. 209 pkt 1 kk., wyróżniono dokonywanie operacji finansowych i za-

cieranie ich śladów. Do finansowych zaliczono więc operacje dotyczące obrotu kapitałami, przelewanie środków finansowych na rachunki, zamianę ich na inną walutę, przekazywanie środków na wkłady w bankach za granicą. Zacieranie śladów może polegać na kupnie – sprzedaży, podarowaniu, itd. Zasadą jest, że w celu legalizacji środków, wykorzystuje się nie jeden, a wiele śladów i operacji, w rezultacie których zacierają się źródła pochodzenia środków, np. zakup akcji lub nieruchomości, sprzedaż, przekaz na konta w zagranicznych bankach.<sup>26</sup>

Przestępstwo uważa się za zakończone z chwilą dokonania jednego z wymienionych działań, przewidzianych w dyspozycji art. 209 pkt 1 kk.

Przechodząc do przedstawienia penalizacji związków prania pieniędzy z przestępczością zorganizowaną należy stwierdzić, że w art. 209 pkt 3 przewidziano odpowiedzialność karną za wymienione wyżej działania dokonane przez zorganizowaną grupę przestępczą. Zorganizowana grupa posiada cechy opisane w art. 28 pkt 3 kk.

Stronę podmiotową charakteryzuje wina umyślna w zamiarze bezpośrednim. Obowiązkowym jej elementem jest cel legalizacji środków. Podmiotem przestępstwa jest osoba, która ukończyła 16 lat. Przestępstwo z art. 209 pkt 3 zagrożone jest karą od 8 do 15 lat pozbawienia wolności oraz pozbawieniem prawa zajmowania określonych stanowisk lub prowadzenia określonej działalności na okres od 1 roku do 3 lat oraz konfiskatą środków pieniężnych lub innego majątku uzyskanego drogą przestępczą oraz konfiskatą mienia.

Należy uznać, że penalizując powyższe zachowania w tak surowy sposób, ustawodawca dążył do zniszczenia podstaw finansowych przestępczości zorganizowanej.

**Zakładanie organizacji przestępczej (art. 255).** Przedmiotem przestępstwa z art. 255 kk. jest bezpieczeństwo publiczne. Ustawodawca ukraiński uznał, że powstające w celu dokonywania przestępstw organizacje przestępcze stanowią potencjalne zagrożenie dla wielu interesów prawnych.

26 M.I. Bażanow, W.W. Staszis, W.J. Tacij (red.), *Ugólnie prawo Ukrainy. Osobiennaja czast'*, Kijów 2003, s. 232–235.

Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 255 pkt 1 kk. wyraża się w następujących formach:

- 1) zakładanie organizacji przestępczej,
- 2) kierowanie organizacją przestępczą,
- 3) udział w organizacji przestępczej,
- 4) udział w przestępstwach dokonywanych przez taką organizację,
- 5) organizowanie, kierowanie lub współpraca (pomoc) przy spotkaniu („schodce”) przedstawicieli organizacji przestępczej lub zorganizowanej grupy w celu opracowania planów i warunków dla wspólnego popełnienia przestępstw, materialnego zabezpieczenia działalności przestępczej lub koordynacji działań organizacji przestępczych lub grup przestępczych.

Działania takie można nazwać krótko konsolidacją zorganizowanej działalności przestępczej. Należy je szerzej omówić.

Pierwszy z elementów, „zakładanie organizacji przestępczej”, zdaniem J.J. Kondratiewa, oznacza całokształt działań polegających na organizowaniu (formowaniu, kształtowaniu, budowaniu) stałej wspólnoty w formie organizacji przestępczej w celu popełnienia jednego lub wielu przestępstw. Działania zmierzające do założenia organizacji przestępczej są podobne do czynności zmierzających do popełnienia przestępstwa (poszukiwanie współników, zjednoczenie ich wysiłków, określenie zasad, reguł zachowania członków organizacji). Jednakże główne zadanie stojące przed organizatorem w tym przypadku to budowa stałej wspólnoty osób, zjednoczenie ich wysiłków w celu prowadzenia działalności przestępczej.<sup>27</sup>

Kolejny element strony przedmiotowej – kierowanie organizacją przestępczą – obejmuje: realizację wszystkich reguł postępowania, dyscypliny, werbowanie nowych członków wspólnoty, podział funkcji i obowiązków członków, planowanie konkretnych przestępstw, dbałość o podnoszenie poziomu zorganizowania organizacji oraz dbałość o tajność działalności przestępczej. Kierowanie działalnością organizacji przewiduje zatem: określenie celów i kierunków takiej działalno-

27 J.J. Kondratiew (red.), *op. cit.*, s. 185–186.

ści oraz konkretnych zadań stojących przed nią, jej strukturalnymi jednostkami oraz poszczególnymi uczestnikami; inicjowanie prowadzenia określonego rodzaju działalności przestępczej; koordynacja działań uczestników i strukturalnych części organizacji. Przywództwo może być realizowane w formie wydawanych rozkazów, poleceń, instrukcji, podejmowania decyzji o określonych metodach i środkach w stosunku do członków organizacji niewykonujących poleceń przywódcy lub naruszających przyjęte reguły postępowania.<sup>28</sup>

Udział w organizacji oznacza, przede wszystkim, obecność w jej składzie. Osoby stają się uczestnikami organizacji przestępczej od momentu jej ukształtowania (jeśli wchodzi w krąg osób, z których tworzona jest organizacja) lub od tego momentu, gdy inni uczestnicy wyrazili zgodę na przyjęcie ich do już funkcjonującej struktury. Udział w organizacji oznacza też podejmowanie różnorodnych działań i wykonywanie funkcji organizacyjnych. Członek grupy podejmuje działania w interesie organizacji razem z innymi jej uczestnikami lub samodzielnie.

Ostatni element strony przedmiotowej przestępstwa z art. 255 pkt 1 kk. – konsolidacja zorganizowanej działalności przestępczej – oznacza zjednoczenie działalności przestępczej poszczególnych organizacji przestępczych i zorganizowanych grup w celu poprawy ich działalności, polegające na różnorodnych działaniach ukierunkowanych na przeprowadzenie spotkania („schodki”) przedstawicieli takich wspólnot. Obejmuje zatem przede wszystkim: informowanie o prowadzeniu takich spotkań i zapraszanie na nie ich uczestników, ustanawianie miejsca spotkań i określenie zakresu spraw do omówienia i przegłosowania, określenie kręgu zagadnień dotyczących przebiegu spotkania: dotyczących kolejności wystąpień, porządku omawiania spraw, przygotowywania projektów, decyzji, rozwiązywania sporów, wynajmu pomieszczeń, środków transportu, łączności, ochrony spotkań.<sup>29</sup>

Warto dodać, że w art. 255 pkt 1 kk. rodzaj działalności przestępczej nie został skonkretyzowany. Może to być dowolna działalność przestępcza, celem której jest popełnienie choćby jednego ciężkiego

lub szczególnie ciężkiego przestępstwa lub działalność, która związana jest z dokonywaniem kilku przestępstw. Żadnych innych dodatkowych cech (jak zbrojność, specjalny cel założenia i działalności) prawo w tym przypadku nie przewiduje.<sup>30</sup>

Podmiotem przestępstwa może być osoba fizyczna, która ukończyła 16 lat. Przestępstwo z art. 255 pkt 1 kk. zagrożone jest karą pozbawienia wolności na okres od 5 do 12 lat.

Art. 255 pkt 2 kk. Ukrainy przewiduje specjalny rodzaj uwolnienia się od odpowiedzialności karnej w warunkach zaistnienia określonego (pozytywnego) zachowania sprawcy po popełnieniu przez niego przestępstwa, przewidzianego w art. 255 pkt 1 kk. Chodzi tu o następujące przesłanki:

- dobrowolne zawiadomienie przez danego sprawcę o utworzeniu organizacji przestępczej i udziale w niej, oparte na własnej woli, dowolnym motywie, dowolnym sposobie przekazania informacji organom władzy. Nie ma przy tym znaczenia, czy organ wiedzę o tym przestępcy i tej organizacji posiadał. Wiadomość, będąca podstawą do uwolnienia od odpowiedzialności, powinna być dostatecznie pełna, powinna dotyczyć nie tylko faktu utworzenia organizacji, ale i innych faktów związanych z zorganizowaną działalnością przestępczą: miejsca pobytu, składu grupy, metod działalności, sposobów konspiracji, wzajemnych więzi, relacji między uczestnikami, roli każdego z członków, miejsc spotkań przedstawicieli organizacji przestępczej.<sup>31</sup> Dobrowolne poinformowanie oznacza zatem przekazanie informacji z własnej, nieprzymuszonej woli, dotyczących działań podejmowanych przez organizację przestępczą dowolnemu organowi władzy państwowej (np. sądowi, prokuraturze, milicji, SBU<sup>32</sup>);<sup>33</sup>
- aktywna współpraca przy wykrywaniu przestępczej działalności polegająca na udzieleniu pomocy funkcjonariuszom organów w neutralizacji działalności organizacji przestępczej lub

30 *Ibidem*, s. 728–729.

31 *Ibidem*, s. 731.

32 SBU – Służba Bezpieczeństwa Ukrainy.

33 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 682.

28 *Ibidem*, s. 186–187.

29 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 730.

usuwaniu jej skutków. Przede wszystkim chodzi o przekazanie pełnej i wiarygodnej informacji o organizacji lub jej spotkaniu, złożenie prawdziwych zeznań w czasie przesłuchań i prowadzenia innych czynności śledczych;

- złożenie zawiadomienia przez osobę niebędącą organizatorem lub przywódcą organizacji przestępczej, tzn., że może je złożyć szeregowy uczestnik lub uczestnik popełnianych przez nią przestępstw.

Dla przyjęcia kwalifikacji z art. 255 pkt 2 kk. niezbędne jest łączne wystąpienie wszystkich wymienionych warunków. Należy uznać, że przepis ten został wprowadzony w celu rozbicia przestępczej solidarności i ułatwienia organom ścigania neutralizacji lub likwidacji struktur prowadzących nielegalną działalność.<sup>34</sup>

**Bandytyzm (art. 257).** Przedmiotem ochrony (zamachu) jest bezpieczeństwo powszechne. Przystępstwo z art. 257 kk. polega na organizacji zbrojnej bandy w celu dokonywania napadów na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub na poszczególne osoby, a także na udziale w takiej bandzie lub w dokonywanych przez nią napadach.

Strona przedmiotowa przestępstwa obejmuje zatem: 1) organizację zbrojnej bandy, 2) udział w niej, 3) udział w napadach dokonywanych przez bandę.

Należy najpierw ustalić, co ustawodawca rozumie pod pojęciem bandy. W ocenie W.B. Harczienki, bandą określa się stałą grupę zbrojną złożoną z trzech i więcej osób, uprzednio zorganizowaną dla popełnienia jednego lub kilku napadów na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub na poszczególne osoby. Cechy bandy obejmują:

- 1) występowanie (udział) 3 lub więcej osób (posiadających cechy podmiotu przestępstwa),

34 Na pierwszy rzut oka może wydawać się, że instytucja ta przypomina polskie rozwiązanie dotyczące świadka koronnego. Podobieństwo polega w praktyce na braku odpowiedzialności karnej u sprawcy współdziałającego z ukraińskim wymiarem sprawiedliwości. Jednakże poza bezkarnością, przestępca taki nie podlega żadnej ochronie, gdyż prawo ukraińskie nie przewiduje takiej możliwości. Na Ukrainie nie funkcjonuje instytucja świadka koronnego.

- 2) stałość (występowanie ścisłych więzi między osobami, stabilność, stałość i zwartość) w celu popełniania napadów,
- 3) zbrojny charakter bandy,
- 4) cel – dokonywanie napadów na przedsiębiorstwa, instytucje, i organizacje lub poszczególnych obywateli. Cechy te zostaną poddane krótkiej analizie.<sup>35</sup>

Uznano, że dla zaistnienia tego przestępstwa niezbędny jest udział 3 lub więcej osób. W związku z tym napad zbrojny dokonany przez jedną osobę nie może być uznany za bandytyzm. Wówczas działania takie kwalifikuje się jako rozbój.

Bandę uznaje się za stałą, gdy występują między jej uczestnikami ścisłe więzi. Więzy te znajdują swój wyraz w zorganizowaniu grupy w celu dokonywania napadów. W niektórych wypadkach bandą może być określona również taka zbrojna grupa osób, która zorganizowała się dla popełnienia jednego ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa. Jest to możliwe, gdy np. zbrojny napad był dokonany według uprzednio opracowanego przez uczestników grupy planu z podziałem ról, na szczególnie ważny obiekt (bank, samolot itd.).<sup>36</sup>

Charakter zbrojny grupy (zbrojność) oznacza występowanie choćby u jednego z członków broni palnej, w warunkach, gdy wszyscy pozostali członkowie bandy wiedzą o występowaniu broni i jego przeznaczeniu. Pod pojęciem broni należy rozumieć broń palną (pistolet, karabin, obrzyn), jak i broń białą (kordzik, nóż fiński, ormiańską szablę).<sup>37</sup>

Celem napadu na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub poszczególne osoby jest zagarnięcie mienia, dokonanie zabójstwa lub spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała. Do osiągnięcia celu przestępstwa banda dąży za pomocą przemocy lub groźby jej zastosowania.<sup>38</sup>

Wracając do omawiania elementów strony przedmiotowej należy stwierdzić, że organizacja bandy to zjednoczenie wysiłków 3 i więcej

35 W.B. Harczienko, *Ugólnowoje prawo Ukrainy*, Kijów 2002 s. 176.

36 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 683–684.

37 *Ibidem*, s. 684.

38 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 735.

osób w stałą grupę zbrojną lub kierowanie jej uczestnikami.<sup>39</sup> Działania związane z organizacją bandy polegają na werbowaniu uczestników i uzyskaniu broni, opracowaniu planów napadów.<sup>40</sup> Działania te nie odróżniają się od analogicznych działań, które stanowią cechy przestępstwa z art. 255. Przy czym, organizator lub uczestnik bandy niekoniecznie musi brać udział w popełnianych przez bandę napadach.<sup>41</sup>

Kolejny element strony przedmiotowej – udział w bandzie – oznacza członkostwo w niej, wstąpienie do niej, niezależnie od tego, czy jakiegokolwiek przestępstwo przez jej uczestnika w składzie bandy zostało popełnione. Udział w bandzie traktuje się jak bezpośredni udział członków bandy w popełnianych przez nią napadach oraz wypełnianie innych zadań na rzecz bandy: kierowanie, finansowanie, zabezpieczenie pomieszczeń, broni, transportu, dokumentów, informacji, wyszukanie obiektu napadu.<sup>42</sup>

Udział w popełnianych przez bandę napadach ma miejsce w tych przypadkach, gdy członkowie bandy i inne osoby niebędące członkami bandy, wspólnie biorą udział w popełnianym przez bandę napadzie. Udział ten może być różnorodny i polegać na, m.in: udaremnianiu oporu stawianego przez pokrzywdzonego, zagwarantowaniu bezpieczeństwa napadających bandytów i innych działaniach zmierzających do udzielenia pomocy w momencie napadu.<sup>43</sup>

Popełnianie w formie bandyckich napadów przestępstwa nie wychodzi poza ramy bandytyzmu i nie wymaga dodatkowej kwalifikacji, za wyjątkiem przypadków popełnienia przez bandę zabójstwa. W tych przypadkach, w ocenie ukraińskich prawników, następuje zbieg przestępstw – bandytyzmu i zabójstwa. Przestępstwo uważa się za dokonane od momentu popełnienia choćby jednego z wyżej wymienionych działań.

Uznając szczególne niebezpieczeństwo omawianego przestępstwa, w kodeksie karnym przewidziano, że podmiotem jest osoba, któ-

ra ukończyła 14 lat.<sup>44</sup> Stronę podmiotową charakteryzuje wina umyślna i specjalny cel – dokonywanie napadów na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub poszczególnych obywateli. Przy tym, sprawca powinien zdawać sobie sprawę, że jego działalność związana jest z bandą, pojmować swoją rolę w niej. Sprawca uświadamia sobie zatem społecznie niebezpieczny charakter swoich działań, a także przewiduje nastąpienie skutków w postaci zagrożenia bezpieczeństwa publicznego. Oprócz tego, sprawca chce i dopuszcza wystąpienie takich skutków.<sup>45</sup>

Przestępstwo z art. 257 kk. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 5 do 15 lat i karą konfiskaty mienia.

**Akt terrorystyczny (art. 258 kk.).** Przy przestępstwie tym, na potrzeby rozważań, poddany zostanie analizie pkt 4 tego artykułu. Przedmiotem przestępstwa jest bezpieczeństwo publiczne chronione przed atakami terrorystycznymi.

Na podstawie art. 258 pkt 4 kk. karalne jest: 1) założenie grupy terrorystycznej lub organizacji terrorystycznej, 2) kierowanie nią, 3) udział w niej, a także udzielenie pomocy materialnej, organizacyjnej i innej przy zakładaniu lub działalności grupy oraz organizacji terrorystycznej.

Autorzy komentarza do kodeksu karnego Ukrainy, poprzez terrorizm rozumieją zastraszanie ludności i organów władzy w celu osiągnięcia przestępczych celów. Ich zdaniem, polega on na podtrzymywaniu społeczeństwa w stanie poczucia zagrożenia w strachu dla osiągnięcia określonych celów politycznych i innych, pobudzaniu do określonych działań, zwróceniu uwagi na osobę terrorysty lub organizacji, którą on reprezentuje. Stwarzanie poczucia zagrożenia jest swego rodzaju uprzedzeniem o możliwości spowodowania bardziej poważnych skutków, jeśli żądania terrorystów nie zostaną zrealizowane. Kodeks karny Ukrainy zawiera szereg norm ustanawiających odpowiedzialność za różne akty terroryzmu (w szczególności art. 258, 259, 266).

39 W.B. Harczenko, *op. cit.*, s. 176.

40 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 684.

41 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 735.

42 M.I. Bażanow, W.W. Staszis, W.J. Tacij (red.), *op. cit.*, s. 324.

43 *Ibidem*, s. 324–325.

44 W świetle prawa ukraińskiego odpowiedzialności karnej podlega osoba, która ukończyła 16 lat (art. 22 pkt 1 kk.), jednakże art. 22 pkt 2 kk. przewiduje obniżenie granic odpowiedzialności karnej do 14 lat, ale w ściśle w tym art. określonych przypadkach, np. za zabójstwo, zgwałcenie, rozbój, bandytyzm. Poza tym granica nieletniości na Ukrainie wynosi 18 lat (co jest zgodne z Konwencją Praw Dziecka).

45 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 735.

Założenie grupy lub organizacji terrorystycznej, kierowanie taką organizacją, udział w niej oraz materialne, organizacyjne i inne działania z nim związane wyczerpują w swej treści analogiczne działania dotyczące zorganizowanych grup i organizacji przestępczych (identycznie jak w art. 28 kk. i 255 kk.). Różnice między grupą terrorystyczną a organizacją terrorystyczną polegają na tym, że grupa terrorystyczna tworzona jest w celu dokonania konkretnego aktu terrorystycznego lub kilku aktów, a organizacja terrorystyczna może funkcjonować w nieokreślonym czasie, stale zajmować się działalnością terrorystyczną dla osiągnięcia określonych celów. Działania podjęte w związku z zorganizowaną działalnością terrorystyczną są analogiczne z tymi, które określają inne rodzaje organizacji przestępczych.<sup>46</sup>

Założenie grupy terrorystycznej to zjednoczenie wysiłków 2 lub więcej osób w celu popełnienia 1 lub kilku aktów terrorystycznych. Materialne, organizacyjne lub inne rodzaje pomocy służące założeniu lub działalności grupy terrorystycznej lub organizacji terrorystycznej to współdziałanie uczestników wymienionych grup lub organizacji i ukrywanie ich działalności przestępczej drogą udostępniania pomieszczeń, środków transportu, informacji, dokumentów, pieniędzy itp.<sup>47</sup>

Stronę podmiotową charakteryzuje wina umyślna. Podmiotem przestępstwa jest osoba, która ukończyła 14 lat. Sprawca podlega karze od 8 do 15 lat.

Podobnie jak w art. 255 kk., tak i w art. 258 pkt 5 przewidziano możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności karnej w przypadku dobrowolnego poinformowania odpowiednich organów o funkcjonowaniu tych struktur lub popełnionych przez nie przestępstwach. Zasada ta nie dotyczy jednak organizatora i przywódcy grupy lub organizacji terrorystycznej.

**Zakładanie nieprzewidzianych prawem zmilitaryzowanych lub zbrojnych formacji (art. 260).** W tym miejscu należy powiedzieć, że zagwarantowanie bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego Ukrainy spoczywa na Siłach Zbrojnych Ukrainy oraz innych odpowiednich formacjach wojskowych i państwowych organach ochrony

porządku publicznego. Powstają one i funkcjonują na podstawie ukraińskiego prawa. Należy wskazać tu: ustawę „O Siłach Zbrojnych Ukrainy” z 06.12.1991 r., „O Wojskach Granicznych Ukrainy” z 04.11.1991 r., „O wojskach wewnętrznych MSW Ukrainy” z 26.03.1992 r. W związku z tym, na podstawie art. 17 pkt 6 Konstytucji Ukrainy na terytorium państwa zabronione jest zakładanie i funkcjonowanie jakichkolwiek innych formacji, nie przewidzianych prawem.

Przedmiotem przestępstwa z art. 260 kk. jest bezpieczeństwo publiczne. Strona przedmiotowa polega na następujących działaniach:

- 1) zakładaniu nieprzewidzianych prawem Ukrainy zmilitaryzowanych formacji,
- 2) udziale w ich działalności,
- 3) zakładaniu nieprzewidzianych prawem Ukrainy zbrojnych formacji,
- 4) udziale w ich działalności,
- 5) kierowaniu tymi nielegalnie założonymi formacjami,
- 6) finansowaniu ich,
- 7) dostarczaniu im broni, amunicji, materiałów wybuchowych lub techniki wojskowej,
- 8) udziale w składzie tych formacji w napadach na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub na obywateli.

Elementy te zostaną poddane krótkiej analizie.

Zakładanie nieprzewidzianych prawem zmilitaryzowanych (art. 260 pkt 1) lub zbrojnych (pkt 2) formacji oznacza podejmowanie jakichkolwiek działań w celu określenia struktury, liczebności, trybu powstania, naboru ich członków, przysposobienia broni itd. Takie formacje mogą być utworzone w formie oddziału, drużyny i setek innych grup.

Ich jakościowe cechy zostały wymienione w przypisach do art. 260 kk. W przypisie 1 wskazano następujące kryteria opisujące formację zmilitaryzowaną: jednoosobowe przywództwo, podległość, dyscyplina, prowadzenie wojskowego, fizycznego przygotowania – czyli te, które charakteryzują struktury typu wojskowego, uregulowane określonym prawem. W przypisie 2 zawarto cechy formacji zbrojnej: jako

46 *Ibidem*, s. 736–737.

47 S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 687.

zbrojnej grupy posługującej się bronią palną lub inną oraz materiałami wybuchowymi. W przypisach tych nie określono kryteriów ilościowych. Jednakże S.S. Jacenko uznaje oddział zbrojny (nie mniej niż 7 osób) za niższy szczebel tych nielegalnych formacji. Cecha zbrojności oznacza występowanie u członków wymienionych formacji broni palnej lub białej.<sup>48</sup>

Kierowanie tymi nieprzewidywanymi przez prawo formacjami (art. 260 pkt 3) to kierowanie już istniejącymi formacjami, przede wszystkim opracowanie planu lub sposobów prowadzenia działalności samych formacji, przyjęcie reguł dotyczących ich funkcjonowania, prowadzenie zajęć i nauki, kontrola trybu pełnienia służby. Finansowanie tych formacji oznacza finansowe zabezpieczenie ich w środki. Dostawa broni wyżej wymienionym formacjom może odbywać się w dowolny sposób, bezpłatnie lub odpłatnie. Udział w działalności wyżej wymienionych formacji oznacza bezpośrednie wchodzenie w ich skład i wypełnianie określonych obowiązków. Napady na przedsiębiorstwa, instytucje, organizacje lub osoby (pkt 4) oznacza siłowe zajęcie całego obszaru terytoriów tych struktur z użyciem przemocy w stosunku do ochroniarza. Mogą to być napady na poszczególnych obywateli lub oddziaływanie na jednostki fizycznie i psychicznie. Jeśli taki napad spowodował śmierć choćby jednego człowieka lub inne ciężkie uszkodzenia ciała, to takie działania kwalifikuje się na podstawie art. 260 pkt 5. Przepięstwo uważa się za dokonane z chwilą podjęcia jakiegokolwiek działania wymienionego w art. 260 kk.<sup>49</sup>

Stronę podmiotową przestęstwa z art. 260 pkt 1–4 charakteryzuje wina umyślna (zamiar bezpośredni), a w pkt 5 – także wina nieumyślna. Podmiotem przestęstwa jest osoba, która ukończyła 16 lat. Za popełnienie przestęstwa grożą następujące kary: pkt 1–2 ÷5 lat pozbawienia wolności, pkt 2–3 ÷8 lat pozbawienia wolności, pkt 3–5 ÷10 lat pozbawienia wolności, pkt 4–7 ÷12 lat pozbawienia wolności, pkt 5–10 ÷15 lat pozbawienia wolności.

Art. 260 pkt 6 przewiduje możliwość uchylenia się od odpowiedzialności karnej za zakładanie wyżej wymienionych formacji, a tak-

48 *Ibidem*, s. 690.

49 *Ibidem*, s. 690–691.

że za udział w ich działalności w przypadku, gdy osoba dobrowolnie opuściła taką formację i powiadomiła o jej funkcjonowaniu odpowiednie organy władzy. Z tego dobrodziejstwa skorzystać jednak nie mogą osoby kierujące tymi formacjami, zajmujące się ich finansowaniem lub dostawą broni, a także biorące udział w napadach.<sup>50</sup>

**Prostytucja lub zmuszanie do niej lub wciągnięcie do zajmowania się prostytutką (art. 303 kk.).** Na potrzeby opracowania omówiony zostanie art. 303 pkt 4 kk. Przedmiotem tego przestęstwa jest społeczna obyczajność w sferze stosunków seksualnych. Artykuł ten reguluje odpowiedzialność za przestęstwo związane z prostytutką. Polega ono na:

- 1) zakładaniu,
- 2) kierowaniu,
- 3) udziale w zorganizowanej grupie prowadzącej działalność obejmującą wykonywanie usług seksualnych zarówno przez kobiety jak, i mężczyzn w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Pojęcie zorganizowanej grupy jest identyczne jak w art. 28 pkt 3. Jej specyfika w danym przypadku polega na tym, że zajmuje się ona eksploatacją dobrowolnie lub przymusowo uprawianej prostytutki, osiągając w ten sposób zyski.

Stronę podmiotową przestęstwa charakteryzuje wina umyślna w zamiarze bezpośrednim oraz cel działania – osiągnięcie korzyści majątkowych. Podmiotem przestęstwa jest osoba fizyczna, która ukończyła 16 lat. Za przestęstwo z art. 303 pkt 4 sprawca podlega karze od 5 do 7 lat pozbawienia wolności.

Na koniec, należy omówić **działania dezorganizujące pracę instytucji poprawczych (art. 392 kk.)**. Przedmiotem tego przestęstwa jest normalne działanie instytucji poprawczych<sup>51</sup> w zakresie wypełniania nałożonych na nie zadań związanych z poprawą i zapobieganiem popełniania przez osadzonych nowych przestęstw.

Strona przedmiotowa wyraża się w następujących formach:

50 N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *op. cit.*, s. 742.

51 W świetle art. 12 kkw. Ukrainy instytucje poprawcze stanowią: kolonie poprawcze z obowiązkiem pracy, kolonie wychowawcze z obowiązkiem pracy i więzienia.



- 1) terroryzowaniu osadzonych,
- 2) napadaniu na administrację,
- 3) tworzeniu w tym celu zorganizowanej grupy,
- 4) aktywnym udziale w zorganizowanej grupie.

Zdaniem S.S. Jacenki, terroryzowanie może przejawiać się w stosowaniu przemocy lub groźbie jej zastosowania, znęcaniu się, szydzeniu. Celem takiego terroryzowania może być chęć doprowadzenia pokrzywdzonego np. do złamania regulaminu lub zastraszenia go w celu podporządkowania wobec sprawcy. Spowodowanie uszkodzenia ciała lub uszczerbku na zdrowiu nie może być kwalifikowane jako terroryzowanie. Terroryzowanie może dotyczyć jednej osoby lub grupy osób. Napadanie na administrację polega na podejmowaniu działań z użyciem przemocy (np. związywanie, zabranie broni), a także groźby jej zastosowania w związku z wykonywaniem przez przedstawicieli administracji obowiązków służbowych przy występowaniu rzeczywistych przesłanek realizacji tej groźby. Pod pojęciem zorganizowanej grupy przewidzianej w art. 392 należy rozumieć grupę, która odpowiada charakterystyce z art. 28 pkt 3, założoną w celu dokonywania napadów na administrację instytucji poprawczych lub terroryzowania osadzonych.<sup>52</sup>

Aktywny udział w takiej grupie obejmuje dowolne formy, które przewidziane są w art. 28 pkt 3, w tym podleganie poszczególnych osadzonych do podejmowania pozaprawnych działań w stosunku do innych osadzonych lub do napadania na administrację, wyszukiwanie środków, przedmiotów lub narzędzi przestępstwa. Zakładanie zorganizowanej grupy, a także aktywny w niej udział, w wyżej wymienionym celu uważa się za przestępstwo nawet wtedy, gdy organizacja jeszcze nie dokonała zamierzonych przestępstw. Natomiast terroryzowanie osadzonych lub napadanie na administrację uważa się za dokonane z chwilą podjęcia choćby jednego z wyżej wymienionych działań.<sup>53</sup>

Stronę podmiotową charakteryzuje wina umyślna w zamiarze bezpośrednim. Podmiotem takiego przestępstwa mogą być osoby odbywające karę pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności. Przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 5 do 10 lat.

<sup>52</sup> S.S. Jacenko (red.), *op. cit.*, s. 973.

<sup>53</sup> *Ibidem*, s. 974.

Poza wyżej omówionymi przestępstwami w części szczególnej kodeksu karnego w art. 256 kk., ustawodawca ukraiński zawarł przestępstwo udzielenia pomocy uczestnikom organizacji przestępczej i ukrywania ich przestępczej działalności. Przestępstwo to wyraża się w dwóch formach: 1) na udzieleniu nieobiecanej wcześniej pomocy uczestnikom organizacji przestępczej i ukrywanie ich przestępczej działalności poprzez udostępnianie pomieszczeń, środków transportu, informacji, środków technicznych, pieniędzy, 2) na udzieleniu nieobiecanego wcześniej podejmowania innych działań służących stworzeniu warunków sprzyjających ich działalności przestępczej. Bowiem wcześniejsza obietnica pomocy stanowi współudział w przestępstwie przewidzianym w art. 255. Istotne jest, że dla bytu przestępstwa nie ma znaczenia, czy udało się sprawcy okazać pomoc uczestnikom organizacji przestępczej i ukryć działalność. Wystarczy, że działania w tym celu zostały podjęte. Przestępstwo to zagrożone jest karą od 3 do 5 lat pozbawienia wolności. Surowsza kara (od 5 do 10 lat pozbawienia wolności oraz zakaz zajmowania określonych stanowisk lub prowadzenia działalności na okres od 1 roku do 3 lat) grozi sprawcy tego przestępstwa, który jest urzędnikiem państwowym lub ponownym sprawcą tego przestępstwa.

W omawianych przestępstwach na uwagę zasługuje fakt posługiwania się przez ustawodawcę różnymi pojęciami jako odpowiednikami zorganizowanej grupy lub organizacji przestępczej: formacja, banda, grupa lub organizacja terrorystyczna. Bardziej właściwe i czytelne byłoby ujednoczenie tych pojęć. Uwagę zwraca też fakt zagrożenia ich wysokimi karami (od 2 do 15 lat, przy czym najczęściej od 5 do 10–15 lat pozbawienia wolności). W niektórych przypadkach obligatoryjnie, w mojej ocenie słusznie, przewidziano kary konfiskaty mienia.

Jak wspomniano wcześniej, w kodeksie karnym Ukrainy w części szczególnej, poza wyżej wymienionymi przestępstwami, przewidziano 31 przestępstw,<sup>54</sup> w których w 30 występuje znamię polegające na „popelnieniu przestępstwa przez zorganizowaną grupę”, a w 1 przypadku (art. 129 pkt 2), „popelnienie przestępstwa przez członków zorganizowanej grupy”. Zostały one zawarte w kilkunastu rozdziałach kodeksu karnego Ukrainy. Ich katalog przedstawia Tabela 1.

<sup>54</sup> Obliczenia własne Autorki na podstawie analizy kodeksu karnego Ukrainy.

**Tabela 1.**  
**Katalog przestępstw popełnianych przez zorganizowaną grupę lub członków zorganizowanej grupy zawartych w kodeksie karnym Ukrainy**

Rozdział w kk..	Artykuł w kk..	Nazwa przestępstwa	Zagrożenie karą
Rozdział I Przestępstwa przeciwko podstawom narodowego bezpieczeństwa Ukrainy	art. 109 pkt 3	działania ukierunkowane na siłową zmianę lub obalenie ustroju konstytucyjnego lub przejęcie władzy państwowej	od 1 roku do 5 lat pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności
Rozdział II Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu jednostki	art. 129 pkt 2	groźba zabójstwa	od 3 do 5 lat pozbawienia wolności
Rozdział III Przestępstwa przeciwko wolności, czci i godności jednostki	art. 146 pkt 3	bezprawne pozbawienie wolności lub porwanie człowieka	od 5 do 10 lat pozbawienia wolności
	art. 147 pkt 2	wzięcie zakładnika	od 7 do 15 lat pozbawienia wolności
Rozdział V Przestępstwa przeciwko prawu pracy, prawom wyborczym i innym osobistym prawom i wolnościom człowieka i obywatela	art. 149 pkt 3	handel ludźmi	od 8 do 15 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 161 pkt 3	naruszenie równouprawnienia obywateli w zależności od przynależności rasowej, narodowościowej, stosunku do religii	od 2 do 5 lat pozbawienia wolności
Rozdział VI Przestępstwa przeciwko własności (mieniu)	art. 185 pkt 5	kradzież	od 7 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 186 pkt 5	grabież <sup>1</sup>	od 8 do 13 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 187 pkt 4	rozbój	od 8 do 15 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 188 pkt 3	zabór drogą demontażu lub inną siecią energetycznych, linii i ich osprzętu	od 8 do 15 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 189 pkt 4	wymuszenie	od 7 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 190 pkt 4	oszustwo	od 5 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 191 pkt 5	zabór mienia poprzez przekroczenie uprawnień służbowych	od 7 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia

Rozdział VII Przestępstwa w sferze działalności gospodarczej	art. 199 pkt 3	falszowanie pieniędzy i papierów wartościowych	od 8 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia <sup>*</sup>
	art. 209 pkt 3	pranie brudnych pieniędzy	od 8 do 15 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia <sup>**</sup>
	art. 224 pkt 3	produkcja, handel i wykorzystanie podrobionych, niepaństwowych papierów wartościowych	od 5 do 7 lat pozbawienia wolności <sup>*</sup>
	art. 228 pkt 3	spisek dotyczący utrzymywania lub podnoszenia cen przez monopolistów	od 2 do 5 lat pozbawienia wolności
	art. 234 pkt 2	nielegalne działania dotyczące dokumentów prywatyzacyjnych	od 2 do 5 lat pozbawienia wolności
Rozdział IX Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu publicznemu	art. 262 pkt 3	kradzież, wymuszenie broni palnej, amunicji, materiałów wybuchowych lub zawiadnięcie nimi drogą oszustwa lub poprzez przekroczenie uprawnień służbowych	od 10 do 15 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
Rozdział XI Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu ruchu i eksploatacji transportu	art. 278 pkt 3	kradzież lub porwanie statku wodnego, powietrznego, lądowego	od 8 do 15 lat pozbawienia wolności
	art. 292 pkt 3	uszkodzenie obiektów naftowych i gazowych	od 5 do 12 lat pozbawienia wolności
Rozdział XII Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu i obyczajności	art. 302 pkt 2	zakładanie melin i stręczycielstwo	do 5 lat ograniczenia wolności lub 5 lat pozbawienia wolności
	art. 303 pkt 3	prostytcja lub wciąganie do prostytucji	od 3 do 5 lat pozbawienia wolności
Rozdział XIII Przestępstwa w sferze obrotu środkami narkotycznymi, psychotropowymi, ich analogami lub prekursorami i inne przestępstwa przeciwko zdrowiu ludności	art. 305 pkt 3	przeżytki środków narkotycznych, psychotropowych ich analogów lub prekursorów	od 8 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia oraz konfiskata środków odurzających
	art. 307 pkt 3	nielegalna produkcja lub handel środkami narkotycznymi, psychotropowymi lub ich analogami	od 8 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 308 pkt 3	kradzież lub wymuszenie środków narkotycznych, psychotropowych lub ich analogów	od 7 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 311 pkt 3	nielegalna produkcja i przewóz prekursorów	od 6 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia
	art. 312 pkt 3	kradzież lub wymuszenie prekursorów	od 5 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia <sup>*</sup>
	art. 313 pkt 3	kradzież, wymuszenie urządzeń służących do produkcji środków narkotycznych, psychotropowych lub ich analogów	od 5 do 12 lat pozbawienia wolności oraz konfiskata mienia

Rozdział XV Przestępstwa przeciwko autoritetowi władzy państwowej, organów lokalnych i zrzeszeń obywateli	art. 345 pkt 4	groźba lub przemoc w stosunku do funkcjonariuszy organów ochrony porządku prawnego	od 7 do 14 lat pozbawienia wolności
	art. 359 pkt 2	nielegalne wykorzystanie środków technicznych do niejawnego uzyska- nia informacji	od 3 do 7 lat pozbawienia wolności

\* – oraz zakaz zajmowania określonych stanowisk lub prowadzenia działalności na okres do 3 lat.

\*\* – oraz zakaz zajmowania określonych stanowisk lub prowadzenia działalności na okres do 3 lat oraz konfiskata środków lub innego majątku uzyskanego drogą przestępczą.

*Źródło: analiza własna*

Na podstawie powyższej tabeli należy stwierdzić, że najwięcej przestępstw, posiadających cechę popełnienia przez zorganizowaną grupę zawarto w rozdziale VI, VII i XIII. Oznacza to, że w ocenie ustawodawcy zorganizowana działalność najbardziej rozwija się w sferze przestępczości przeciwko własności gospodarczej i narkotykowej. Po raz kolejny w rozważaniach zwracają uwagę wysokie zagrożenia karami za wyżej wymienione przestępstwa. Najczęściej dolna granica wynosi od 5 do 8 lat, a górna od 12 do 15 lat. Ponadto, w większości przestępstw, zwłaszcza przeciwko własności i w sferze obrotu środkami odurzającymi, często obligatoryjnie przewidziano karę konfiskaty mienia, co znacznie podnosi poziom represyjności tych rozwiązań.

Podsumowując, należy powiedzieć, że kodeks karny Ukrainy w zakresie regulacji dotyczących przestępczości zorganizowanej zawiera wiele regulacji podobnych lub analogicznych do rosyjskich. Podobieństwa występują zwłaszcza w konstrukcji niektórych przestępstw, w częstotliwości występowania znamienia „popełnienie przestępstwa przez zorganizowaną grupę” oraz w surowości kar. Niemniej, jak uważa A.B. Naumow,<sup>55</sup> kodeks karny odzwierciedla społeczno-ekonomiczne i polityczne cechy współczesnego okresu rozwoju ukraińskiej państwowości. Jego zdaniem, technika legislacyjna stoi na wysokim poziomie, zbliżonym do dobrych wzorców europejskich. Ze stwierdzeniem tym należy się zgodzić, gdyż kodeks odzwierciedla zasady i nor-

my prawa międzynarodowego w dziedzinie walki z przestępczością, w tym z zorganizowaną.

55 A.B. Naumow, *op. cit.*, s. 89.

## Umowy międzynarodowe w szwajcarskim prawie federalnym

„Ważkim interesem Szwajcarii, jako państwa niewielkiego jest, by w stosunkach międzynarodowych pierwszeństwo przed siłą miało prawo”<sup>1</sup>. Twórcy Konstytucji z 1999 r.<sup>2</sup> starali się być wierni temu wskazaniu. Preambuła Konstytucji – „(...) Naród szwajcarski i kantony (...) w duchu solidarności i otwartości wobec świata (...) ustanawiają Konstytucję”, art. 2 ust. 1 – „Konfederacja (...) strzeże niezawisłości i bezpieczeństwa kraju”, art. 5 ust. 4 – „Federacja i kantony przestrzegają prawa międzynarodowego”, art. 54 ust. 2 – „Federacja dba o ochronę niezawisłości Szwajcarii i jej dobrobyt; przyczynia się zwłaszcza do łagodzenia biedy i nędzy na świecie, do poszanowania praw człowieka i popierania demokracji, do pokojowego współżycia narodów oraz do zachowania środowiska naturalnego”, a także liczne szczegółowe przepisy kompetencyjne – zwłaszcza art. 54–56 oraz art. 189 ust. 1 l. c udzielający Sądowi Federalnemu kompetencji do rozpatrywania skarg na naruszenie umów międzynarodowych i art. 191 nakazujący temu Sądowi, jak też wszystkim innym organom stosującym prawo, by traktowały prawo międzynarodowe za miarodajne, odzwierciedlają przyjazny stosunek Konfederacji Szwajcarskiej do zagranicy i szacunek dla tej kategorii prawa.

- 1 Por. Raport Rady Federalnej z 29 czerwca 1988 r. o szwajcarskiej polityce pokoju i bezpieczeństwa, niem. *Bericht des Bundesrates über die Friedens- und Sicherheitspolitik der Schweiz*, BBl 1989 I 680. (BBl to skrót od: *Bundesblatt* – Dziennik Federalny; liczby oznaczają kolejno: rok publikacji, numer tomu i numer strony).
- 2 Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej z 18 kwietnia 1999 r., niem. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, SR 101. (SR to skrót od: *Systematische Sammlung des Bundesrechts* – Systematyczny Zbiór Prawa Federalnego; liczba oznacza numer pozycji aktu w zbiorze). Przekład tekstu Konstytucji na język polski: Z. Czeszejko-Sochacki, *Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej z dnia 18 kwietnia 1999 r.*, Warszawa 2000.

Zauważalna jest obecnie zmiana „tonu” unormowań konstytucyjnych w porównaniu z regulacjami Konstytucji z 1874 r.<sup>3</sup> Mowa w niej była między innymi o tym, że celem Konfederacji jest zapewnienie niepodległości kraju (por. jej art. 2) czy o tym, że Federacja może wywoływać wojnę (por. art. 5 i 85 p. 6). Stanowiło to wyraz ówczesnego określania szwajcarskiej polityki zagranicznej jako sfery potencjalnego zagrożenia egzystencji młodego państwa czy nawet szerzej: pojmowania stosunków międzynarodowych jako permanentnego stanu wojny – *bellum omnium contra omnes*<sup>4</sup>.

Sceptyczny charakter unormowań konstytucyjnych nie odnajdował odzwierciedlenia w praktyce. Mimo że Konstytucja 1874 r. nie wypowiedziała się na temat stosunku między prawem międzynarodowym i prawem wewnętrznym, to na gruncie szwajcarskim ukształtowała się praktyka nader przyjaznego stosunku do prawa międzynarodowego. Przejawem pozytywnego stosunku Szwajcarów do tego prawa było szerokie, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Sądu Federalnego, ugruntowanie przekonania, że stanowi ono część składową wewnętrznego porządku prawnego i jako takie obowiązuje bezpośrednio. Konsekwencją tego założenia było zaakceptowanie zasady zgodnej z prawem międzynarodowym wykładni prawa krajowego. Sąd Federalny po raz pierwszy odniósł się do tej zasady w 1968 r., kiedy uznał, że „w razie wątpliwości należy prawo wewnętrzne interpretować w zgodzie z prawem międzynarodowym, to znaczy tak, by wynik wykładni nie prowadził do powstania sprzeczności z tym prawem”<sup>5</sup>. Jeżeli nie daje się w drodze wykładni uzyskać takiego znaczenia przepisu krajowego,

- 3 Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej z 29 maja 1874 r., niem. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*; tekst pierwotny za A. Kölz, *Quellenbuch zur Neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte*, t. 2, *Von 1848 bis in die Gegenwart*, Berno 1996, s. 151 i n. Tłumaczenie na język polski według stanu na 1 stycznia 1968 r.: M. Rybicki (w:) A. Burda, M. Rybicki (red.), *Konstytucje Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Belgii i Szwajcarii*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970. Konstytucja z 1874 r. w ostatnim przed zmianą kształcie, to jest według stanu na 20 kwietnia 1999 r.: [http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/bundesverfassungPar.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf](http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassungPar.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf).
- 4 Por. T. Cottier, M. Hertig, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen*, (w:) U. Zimmerli (red.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berno 2000, s. 2.
- 5 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 22 listopada 1968 r., BGE 94 I 669. (BGE to skrót od: *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung* – Urzędowy

które nie znajdowałyby się w kolizji z postanowieniami prawa międzynarodowego, pierwszeństwo należy przyznać normie prawnomiędzynarodowej<sup>6</sup>. Szerzej na temat stosunku prawa międzynarodowego do wewnętrznego porządku prawnego mowa niżej.

Sprawy zagraniczne należą do kompetencji Federacji (por. art. 54 ust. 1 Konstytucji z 1999 r.). Kantony zachowują prawo współdziałania w opracowywaniu decyzji w sprawach zagranicznych. Istotnym przejawem tego współdziałania jest ich udział w postępowaniu konsultacyjnym przy przygotowywaniu ważniejszych umów międzynarodowych. Federacja jest nadto zobowiązana do obszernego (i w odpowiednim czasie) informowania kantonów o podejmowanych krokach w polityce zagranicznej. W tym względzie kantony mają także prawo opiniowania zamierzeń Federacji. Szczególną wagę władze federalne winny przykładać do opinii kantonów w sprawach z zakresu polityki zagranicznej, które dotyczą kompetencji kantonów. Konstytucja przewiduje w takim przypadku możliwość współuczestnictwa kantonów w międzynarodowych negocjacjach (por. art. 55).

Sprawami zagranicznymi Federacji w pierwszej kolejności zajmuje się Rada Federalna (rząd) i to ona reprezentuje Szwajcarię na zewnątrz (por. art. 184 ust. 1). Rada Federalna prowadzi negocjacje z partnerami zagranicznymi, wyznacza i instruuje oficjalne delegacje szwajcarskie oraz udziela jej członkom pełnomocnictw do podpisania wynegocjowanych układów. Podpisanie umowy międzynarodowej przez przedstawicieli Konfederacji Szwajcarskiej następuje z zastrzeżeniem obowiązku zatwierdzenia danego porozumienia przez Zgromadzenie Federalne (parlament) – por. art. 166 ust. 2 i 184 ust. 2 i następnie ratyfikacji<sup>7</sup>.

Parlament jest w Szwajcarii preponderowany w stosunku do pozostałych władz federalnych, stąd „Zgromadzenie Federalne uczestniczy w kształtowaniu polityki zagranicznej i nadzoruje stosunki z zagranicą” – art. 166 ust. 1 Konstytucji. W ustępie drugim tego artykułu wyra-

Zbiór Orzeczeń Sądu Federalnego; liczby oznaczają kolejno: numer tomu – numer części – numer strony w zbiorze).

6 Por. T. Cottier, M. Hertig, *Das Völkerrecht...*, s. 11; por. także D. Thürer, *Prawo międzynarodowe a prawo krajowe*, (w:) Z. Czeszejko-Sochacki (red.), *Konstytucja Federalna Szwajcarskiej Konfederacji z 1999 r. i Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Białystok 2001, s. 115 i n.

7 Por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurych 2001, s. 557.

za się zasadę zawierania umów międzynarodowych wyłącznie za zgodą parlamentu. W dalszej części tego przepisu dopuszcza się jednak od niej wyjątki: Rada Federalna może samodzielnie zawierać umowy międzynarodowe, o ile jest do tego wyraźnie upoważniona przez ustawę federalną albo zatwierdzoną przez parlament umowę międzynarodową. Ponadto ustawa o organizacji rządu i administracji<sup>8</sup> przewiduje, że rząd może bez odrębnej zgody parlamentu zawierać umowy:

- które nie nakładają na Szwajcarię żadnych nowych obowiązków ani nie prowadzą do uchylecia obowiązującego prawa,
- które służą wykonaniu umów międzynarodowych zatwierdzonych już przez Zgromadzenie Federalne,
- których przedmiot mieści się w zakresie właściwości Rady Federalnej, zaś dla regulacji tej materii wymagana jest forma umowy międzynarodowej oraz
- które dotyczą przede wszystkim kwestii urzędowych, regulują sprawy o charakterze administracyjno–technicznym i nie wywołują istotnych skutków finansowych.

Powyższe wyliczenie wskazuje, że rząd samodzielnie zawiera umowy międzynarodowe jedynie w mniej ważnych sprawach. Doniosłe regulacje zawsze wymagają zatwierdzenia przez parlament.

Teksty przedstawianych przez Radę Federalną do zatwierdzenia umów nie mogą być już w parlamencie zmieniane. Zgromadzenie Federalne może tylko zaakceptować umowę bądź ją odrzucić. Dopuszczalne jest jednak zobowiązanie rządu do dołączenia do umowy zastrzeżenia<sup>9</sup>.

Zatwierdzenie umowy przez Zgromadzenie Federalne dokonuje się w formie uchwały zwykłej (niem. *einfacher Bundesbeschluss*), chyba że umowa należy do kategorii aktów podlegających referendum. W takim wypadku parlament zatwierdza ją w uchwale federalnej (niem. *referendumspflichtiger Bundesbeschluss*).

8 Por. art. 7a ust. 2 Ustawy Federalnej z 21 marca 1997 r. o organizacji rządu i administracji, niem. *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, SR 172.010.

9 Por. D. Thürer, *Kommentar zu Art. 184 BV*, (w:) B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R.J. Schweitzer, K.A. Vallender (red.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Zurych – Bazylea – Genewa 2002, s. 1838.

Poddawanie umów międzynarodowych referendum jest echem tradycyjnie ugruntowanej w Szwajcarii idei współuczestnictwa obywateli w sprawowaniu władzy, w tym w prowadzonej przez rządzących polityce zagranicznej. Demokratyczne podejmowanie decyzji co do roli i miejsca państwa w stosunkach międzynarodowych nie powinno prowadzić do ograniczania swej obecności na tej arenie (zamykania się tylko w swoich granicach, „samozakucania się” – niem. „*Selbstfesselung*”<sup>10</sup>), wręcz przeciwnie – prowadzi do mobilizacji i aktywności w sferze kontaktów z zagranicą.

Referendum dotyczące umów międzynarodowych może mieć charakter obligatoryjny albo fakultatywny. Każde z nich odbywa się dopiero po zatwierdzeniu umowy przez Zgromadzenie Federalne.

Obowiązkowo pod podwójne głosowanie, to jest takie, w którym uwzględnia się głosy obywateli liczone w skali kraju i poszczególnych kantonów, przedstawia się kwestię przystąpienia do organizacji zbiorowego bezpieczeństwa lub do wspólnot ponadnarodowych (por. art. 140 ust. 1 l. b Konstytucji z 1999 r.). Przystąpienie przez Szwajcarię do Organizacji Narodów Zjednoczonych nastąpiło po przyjęciu tej propozycji przez naród i kantony w 2002 r.<sup>11</sup> W drodze podwójnego referendum Szwajcarzy już dwukrotnie powiedzieli „nie” integracji europejskiej: w 1992 r.<sup>12</sup> i w 2001 r.<sup>13</sup> Na marginesie warto zauważyć, że o ile porażka zwolenników integracji europejskiej w 1992 r. była niewielka: 49,7% do 50,3% głosujących, (różnica wyniosła jedynie 23 836 głosów przy frekwencji 78,73% i stosunku głosów kantonalnych 6 i 2/2 do 14 i 4/2), to w 2001 r. wynik był już jednoznaczny: 76,8% do 23,2% głosujących

10 Por. L. Wildhaber, *Kontrolle der auswärtigen Gewalt – Länderbericht Schweiz*, w: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* z 1997 r., s. 69.

11 Por. Uchwałę Rady Federalnej z 26 kwietnia 2002 r. o wynikach głosowania ludności w dniu 3 marca 2002 r., niem. *Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 3. März 2002*, BBl 2002 3690. „Za” przystąpieniem oddano 1 489 110 głosów, „przeciw” – 1 237 629. Stosunek głosów kantonalnych wyniósł 11 2/2 do 9 4/2; (wartości ułamkowe odnoszą się do wyników głosowania w kantonach podzielonych).

12 Por. Uchwałę Rady Federalnej z 28 stycznia 1993 r. o wynikach głosowania ludności w dniu 6 grudnia 1992 r., *Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992*, BBl 1993 I 168.

13 Por. Uchwałę Rady Federalnej z 4 maja 2001 r. o wynikach głosowania ludności w dniu 4 marca 2001 r., *Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 4. März 2001*, BBl 2001 2025.

(różnica wyniosła 1 385 332 głosy przy frekwencji 55,79%) i wszystkie (20 i 6/2 głosu) kantony odrzuciły projekt przystąpienia do UE.

W sytuacji, gdy zmiana postanowień umowy, na podstawie której Szwajcaria przystąpiła do organizacji międzynarodowej, jest na tyle doniosła, że prowadzi do przeobrażenia celów tej organizacji, istotnej odmienności jej działalności czy struktury, to akceptacja tych zmian również wymaga zgody wyrażonej przez naród i kantony. Wypowiadanie tych umów odbywa się zgodnie z zawartymi w nich postanowieniami, z tym że dla umów o znacznej wadze politycznej w dokumencie przedstawianym ludności i kantonom pod rozstrzygnięcie należy zamieścić klauzulę uzależniającą wystąpienie z danej organizacji od podwójnego referendum<sup>14</sup>.

Referendum fakultatywne organizowane jest w związku z wetem ludowym (na żądanie 50 tysięcy uprawnionych do głosowania) lub ze sprzeciwem ze strony 8 kantonów. Pod to głosowanie (pojedyncze, czyli takie, w którym uwzględnia się głosy obywateli liczone w skali całego kraju) mogą być poddane umowy międzynarodowe, które są bezterminowe i nie przewidują wypowiedzenia, bądź które przewidują przystąpienie do organizacji międzynarodowych albo zawierają istotne regulacje prawne, których realizacja na gruncie wewnętrznym wymaga uchwalenia ustawy – por. art. 141 ust. 1 l. d p. 1–3 Konstytucji z 1999 r.

Zatwierdzenie umowy przez parlament nie nakłada na rząd obowiązku jej ratyfikacji. W wyłącznej gestii Rady Federalnej pozostaje decyzja co do ratyfikowania bądź nie tej umowy. Także po pozytywnym dla umowy wyniku referendum Rada Federalna dokonuje jej ratyfikacji. Warto zauważyć, że potencjalnie Rada Federalna może przesuwać w czasie lub nawet rezygnować z ratyfikacji umowy międzynarodowej, co do której pozytywnie wypowiedziano się w referendum wtedy, gdy sytuacja międzynarodowa na tyle istotnie uległa zmianie od momentu podpisania umowy, że jej ratyfikacja okazuje się być w danym czasie „niedogodną” (niem. *inopportun*) dla kraju<sup>15</sup>.

14 Por. D. Thürer, *Kommentar zu Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV*, (w:) B. Ehrenzeller, P. Mastronardi, R.J. Schweitzer, K.A. Vallender (red.), *Die schweizerische Bundesverfassung...*, s. 1488.

15 Por. P. Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berno 2004, s. 586 i n.

Z chwilą ratyfikacji, umowy międzynarodowe wiążą Szwajcarię w stosunkach z zagranicą. W stosunkach wewnętrznych, o ile posiadają one charakter samowykonalny, są wiążące dla jednostek po oficjalnej publikacji w Urzędowym Zbiorze Prawa Federalnego, niem. *Amtliche Sammlung des Bundesrechts* – por. art. 3 ust. 1 l. a ustawy o zbiorach prawa federalnego<sup>16</sup>. Umowy o charakterze *non self-executing* wymagają przeniesienia na grunt krajowy w drodze uchwalenia odpowiedniej ustawy<sup>17</sup>.

W trakcie prac nad obecną Konstytucją Federalną proponowano, by wprost zapisać w niej, że „prawo międzynarodowe ma pierwszeństwo przed sprzecznym z nim prawem krajowym”<sup>18</sup>. Ostatecznie zdecydowano się na znacznie mniej jednoznaczny zapis: „Federacja i kantony przestrzegają prawa międzynarodowego” (art. 5 ust. 4 Konstytucji z 1999 r.). Formuła ta nie stanowi reguły kolizyjnej. Prawodawca zdawał sobie sprawę, że znaczną część postanowień prawa międzynarodowego stanowią umowy, które nie mają charakteru samowykonalnego, co może powodować kontrowersje w kwestii pierwszeństwa takich postanowień w stosunku do prawa wewnętrznego. Uznanie, że dana umowa nie posiada charakteru *self-executing*, pozwala na uniknięcie pytania o jej miejsce w stosunku do rozwiązań krajowych<sup>19</sup>. Zdaniem Sądu Federalnego norma prawa międzynarodowego może być bezpośrednio stosowana wtedy, gdy jej treść jest na tyle wystarczająco określona i jasna, że może stanowić podstawę rozstrzygnięcia dla jednostkowego przypadku. Norma ta ma mieć charakter jurydyczny (niem. *justiziablel*), „gotowy do stosowania” – określać czyjeś prawa i obowiązki, zaś jej adresatem winny być organy stosujące prawo<sup>20</sup>.

Pierwszeństwo prawa międzynarodowego w stosunku do prawa kantonalnego (także gminnego) oraz niepodlegającego referendum prawa federalnego uznawane jest powszechnie.

16 Ustawa Federalna z 18 czerwca 2004 r. o Zbiorach Prawa Federalnego i o Dzienniku Federalnym, niem. *Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt*, SR 170.512.

17 Por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches...*, s. 561.

18 Por. art. 4 ust. 4 Vorlage B, projektu Konstytucji z 26 czerwca 1995 r., <http://www.admin.ch/cp/d/1995Jun26.150836.4270@idz.bfi.admin.ch.html>.

19 Por. R. Patry, *Le Tribunal fédéral et le droit international* (w:) F. Antoniazzi (red.), *Mélanges Assista*, Genewa 1989, s. 528.

20 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 22 grudnia 1997 r., BGE 124 III 90.

Wątpliwości może budzić stosunek regulacji międzynarodowych do prawa federalnego, które przyjmowane jest (lub może być) bezpośrednio przez obywateli – do Konstytucji Federalnej i ustaw federalnych.

T. Cottier i M. Hertig zauważają, że kwestia stosunku prawa międzynarodowego do Konstytucji Federalnej nigdy dotąd nie została jednoznacznie uregulowana. Współcześnie, zwłaszcza perspektywa integracji europejskiej i podporządkowania prawa krajowego pierwotnemu (i wtórnemu) prawu Unii Europejskiej nie zachęcała prawodawcy do uznania bezwarunkowego pierwszeństwa prawa międzynarodowego<sup>21</sup>.

Konstytucja z 1999 r. wyraźnie przewiduje, że granicą jej zmiany są obowiązujące (wiązące) postanowienia prawa międzynarodowego (niem. *zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*) – por. 139(alt) ust. 3, art. 193 ust. 4 i 194 ust. 2. Konsekwencją tych regulacji jest uznanie, że mają one pierwszeństwo przed postanowieniami Konstytucji Federalnej. Pozostałe przypadki ewentualnego konfliktu między normami prawa międzynarodowego a Konstytucją wymagają każdorazowo ostrożnego rozważenia. Z pewnością konstytucyjne gwarancje praw podstawowych jednostki znajdują się wyżej w hierarchii norm prawnych niż postanowienia z zagranicą o charakterze tylko administracyjnym. Ponadto należy podkreślić, że władze federalne zawierając czy zatwierdzając umowy międzynarodowe, winny przecież uwzględnić postanowienia Konstytucji Federalnej<sup>22</sup>.

Co należy rozumieć przez przywoływane wyżej wiążące postanowienia prawa międzynarodowego? Zdaniem U. Häfelina i W. Hallera są to rozwiązania, które z racji swego doniosłego znaczenia w porządku międzynarodowym winny bezwarunkowo i bezpośrednio obowiązywać w systemie prawa danego państwa jako regulacje normatywne bezwzględnie obowiązujące (*ius cogens*). Należą do nich między innymi zakazy: ludobójstwa, tortur, niewolnictwa czy wydalania poszukujących azylu ze względu na grożące im w ich krajach ojczystych prześladowania z przyczyn takich jak: rasa, religia, narodowość, przynależność do określonej grupy społecznej czy wyznawane poglądy po-

21 Por. *Das Völkerrecht...*, s. 18 i n. oraz przywoływana tu literatura.

22 Por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches...*, s. 564.

lityczne. Autorzy podkreślają, że źródłem takiego rodzaju regulacji są nie tylko postanowienia umów międzynarodowych<sup>23</sup>, lecz mogą one pochodzić także z prawa zwyczajowego<sup>24</sup>.

Jeszcze pod rządami Konstytucji z 1874 r., która wprost nie wypowiedziała się na temat miejsca prawa międzynarodowego w systemie prawa Szwajcarii, Zgromadzenie Federalne uznało za niedopuszczalną ludową inicjatywę konstytucyjną dotyczącą „rozsądnej polityki azylowej” (niem. *vernünftige Asylpolitik*). Proponowano wówczas, by nielegalni imigranci mogli być bez możliwości odwołania wydalani z terytorium Konfederacji<sup>25</sup>. Zdaniem deputowanych, rozwiązanie takie naruszało bezwzględnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego.

Jeśli chodzi o stosunek umów międzynarodowych do ustaw federalnych, to kwestia ta przedstawia się następująco.

Na gruncie systemu prawa Szwajcarii pozostawało i pozostaje bezspornym, że późniejsze umowy międzynarodowe mają w razie kolizji treściowej pierwszeństwo przed ustawami federalnymi, które wcześniej nabyły moc obowiązującą, zgodnie z regułą – *lex posterior derogat legi priori*.

Ocena Sądu Federalnego, któremu aktowi dać pierwszeństwo: późniejszej ustawie czy wcześniejszej umowie międzynarodowej, na przestrzeni czasu ulegała przeobrażeniu. W orzecznictwie okresu międzywojennego stał on na stanowisku, że należy stosować prawo krajowe<sup>26</sup>. Z końcem lat 60-tych ubiegłego wieku kształtował się pogląd Sądu Federalnego, że kolizje między normami ustawowymi a normami umowy

międzynarodowej należało rozwiązywać w drodze zgodnej z prawem międzynarodowym wykładni prawa wewnętrznego<sup>27</sup>.

W 1973 r. Sąd Federalny uznał, że ustawodawca krajowy może świadomie stanowić prawo niezgodne z wiążącymi państwo umowami międzynarodowymi<sup>28</sup>. Nie chodziło tu o odstępstwa w zakresie praw i obowiązków państwa w stosunkach z innymi państwami, ale o regulacje, choć sprzeczne z umową, to skutkujące wyłącznie w warunkach wewnętrznych. Orzeczenie to spotkało się z bardzo zdecydowaną krytyką ze strony doktryny<sup>29</sup>.

W nowszym orzecznictwie Sąd Federalny uznaje, że normy pochodzące z umów międzynarodowych zachowują pierwszeństwo w razie kolizji z normami ustawowymi, niezależnie od tego, który akt jest wcześniejszy, a który późniejszy<sup>30</sup>. Wprost, jako zasadę konstytucyjną tezę tę wyrażono w wyroku z 1999 r.<sup>31</sup>

Zgodnie z art. 191 obecnie obowiązującej Konstytucji Federalnej, (który zostanie dosłownie powtórzony po wejściu w życie reformy wymiaru sprawiedliwości),<sup>32</sup> ustawy federalne i prawo międzynarodowe są miarodajne dla Sądu Federalnego oraz innych władz stosujących prawo. Konsekwencją tego przepisu jest nakaz stosowania także tej ustawy federalnej, w stosunku do której organ stosujący prawo jest przekonany o jej sprzeczności z Konstytucją Federalną, a nie daje się dokonać jej wykładni w zgodzie z konstytucją. Nakaz stosowania nie oznacza zakazu kontroli konstytucyjności, rozumianej jako wyrażanie przez organy stosujące prawo poglądu na temat niezgodności z Konstytucją Federalną danej ustawy i zachęcania w ten sposób prawodawcy do naprawy błędów; szczególnie aktywny w tym zakresie jest Sąd Federalny.

Współcześnie, powszechna na gruncie szwajcarskim akceptacja pierwszeństwa umów międzynarodowych przed ustawami federalnymi

27 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 22 listopada 1968 r., BGE 94 I 669.

28 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 2 marca 1973 r., BGE 99 Ib 39.

29 Por. T. Cottier, M. Hertig, *Das Völkerrecht...*, s. 13 i n. oraz przywoływana tam literatura.

30 Por. wyroki Sądu Federalnego z 25 sierpnia 1993 r., BGE 119 V 171; z 27 czerwca 1996 r., BGE 122 II 234 czy z 1 listopada 1996 r., BGE 122 II 485.

31 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 26 lipca 1999 r., BGE 125 II 417.

32 Por. Uchwałę Zgromadzenia Federalnego z 8 października 1999 r. o reformie wymiaru sprawiedliwości, niem. *Bundesbeschluss über die Reform der Justiz*, BBl 1999 8633.

23 Pierwszoplanowe znaczenie mają tu: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, niem. *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, SR 0.101, która weszła w życie w Szwajcarii 28 listopada 1974 r. oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, niem. *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, SR 0.103.2, który wszedł w życie w Szwajcarii w 1992 r.

24 Por. *Schweizerisches...*, s. 509.

25 Por. Orędzie Rady Federalnej z 22 czerwca 1994 r. o inicjatywie ludowej w sprawie „rozsądnej polityki azylowej” i „przeciw nielegalnej imigracji”, niem. *Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik” und „gegen die illegale Einwanderung”*, BBl 1994 III 1495.

26 Por. orzeczenie z 1933 r., BGE 59 II 331, 337 przywoływane przez U. Häfelin i W. Haltera, *Schweizerisches...*, s. 564.



mi umożliwia kontrolę norm ustawowych. Wzorcem kontroli nie jest tu Konstytucja Federalna, ale umowy międzynarodowe, których stroną jest Szwajcaria. Najistotniejsze znaczenie mają samowymagalne postanowienia wspomnianych wyżej: Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>33</sup>. W stosunku do Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.,<sup>34</sup> który wszedł w życie w Szwajcarii w 1992 r., Sąd Federalny wyraża wątpliwości dotyczące charakteru *self-executing* jego postanowień i, co za tym idzie, możliwości opierania rozstrzygnięć indywidualnych bezpośrednio na tym akcie<sup>35</sup>.

Potencjalnie każdy organ stosujący prawo, w praktyce przede wszystkim Sąd Federalny, choć zobowiązany do stosowania sprzecznych jego zdaniem z Konstytucją norm ustawy federalnej, może – w ramach dokonywanej przez siebie akcesoryjnej kontroli norm – uchylić normę ustawy federalnej, o ile jest ona sprzeczna z normą prawa międzynarodowego<sup>36</sup>. W ramach tej kontroli mamy do czynienia z uchylaniem zastosowania normy w konkretnym przypadku (*ad hoc*), bez wpływu na obowiązywanie danego przepisu ze skutkiem *erga omnes*.

33 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 22 sierpnia 1994 r., BGE 120 Ia 247 czy Wyrok Sądu Federalnego z 10 kwietnia 1996 r., BGE 122 I 109.

34 Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., niem. *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, SR 0.103.1.

35 Por. Wyrok Sądu Federalnego z 11 lutego 1994 r., BGE 120 Ia 1 czy Wyrok Sądu Federalnego z 22 września 2000 r., BGE 126 I 240.

36 Por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches...*, s. 564 i n.

Dominik Kościuk

## Elementy kontroli i nadzoru nad rynkiem telekomunikacyjnym w Polsce w zakresie Dyrektyw Nowego Podejścia

### 1. Wstęp

Jednym z podstawowych filarów istnienia Unii Europejskiej jest zasada swobodnego przepływu towarów i usług pomiędzy jej państwami członkowskimi, w której ramach można wyodrębnić problematykę obrotu urządzeniami i usługami telekomunikacyjnymi oraz teleinformatycznymi. Dotychczasowe próby wdrożenia tej zasady w sektorze rynku telekomunikacji napotykały w praktyce na utrudnienia wynikające z odrębności wymagań technicznych, stosowanych w poszczególnych państwach Unii w stosunku do konkretnych wyrobów. W związku z tym, w początkowym okresie tworzenia jednolitego rynku „...dosyć często zdarzało się, iż producenci poszczególnych towarów – włącznie z tymi posiadającymi siedzibę i fabryki w Unii Europejskiej – byli zmuszeni do wytwarzania jednego towaru w kilkudziesięciu wariantach, gdzie każdy z nich przeznaczony był do sprzedaży w innym państwie wspólnoty.”<sup>1</sup> Między innymi ten fakt spowodował dążenie do ujednoczenia procedur prawnych i norm technicznych, które miałyby obowiązywać na terenie całej Unii, przy czym pierwotnie, harmonizację wymagań dla wyrobów teleinformatycznych, jak również i innych produktów, próbowano osiągnąć poprzez tworzenie norm prawnych, a poprzez nie – technicznych, w taki sposób, aby obowiązywały w jednakowym brzmieniu we wszystkich państwach Wspólnoty. Oznaczało to konieczność implementacji tych przepisów do porządków praw-

1 Polski przedsiębiorca w Unii Europejskiej, wyroby podlegające ocenie zgodności i oznakowaniu CE, Warszawa 2005, Wydawnictwo UOKiK, s. 7.

nych krajów członkowskich, czego skutkiem wyrób, który spełniałby pozytywne przesłanki wynikające z tych norm w kraju produkcji, powinien być – w zamyśle twórców tej koncepcji – jednocześnie dopuszczony do obrotu w każdym z państw członkowskich. Jednakże dyrektywy, którymi starano się ujednoczyć system nadzoru nad przepływem towarów okazały się narzędziem nie dość skutecznym z powodu zbyt szczegółowego objęcia przepisami prawa wielu problemów związanych z obrotem towarowym i wzajemnym uznawaniem produktów. W praktyce okazało się też, iż niemożliwością jest przewidzenie wszelkich aspektów dotyczących danej grupy towarów, które powinny znaleźć się w takich przepisach.<sup>2</sup> Ponadto, poszczególne kraje – niejako sprzecznie z ideą jednolitego rynku, choć we własnym interesie – stworzyły specyficzne wymagania dla poszczególnych towarów, często znacznie zróżnicowane, a dodatkowo wymagały – dla potwierdzenia, że wyrób spełnia określone wymogi – stosownych badań, najczęściej odpłatnych. Z tego też powodu podjęto próbę rewizji sposobu regulacji niniejszej problematyki, co zaowocowało stopniowym wprowadzaniem od roku 1985 tzw. Dyrektyw Nowego Podejścia (zwanym dalej Dyrektywami)<sup>3</sup>, przy czym do dnia dzisiejszego przyjęto już ich około dwudziestu, a każda z nich odnosi się do określonych branżowo grup wyrobów, np. maszyn, wyrobów medycznych, zabawek, wyrobów elektronicznych, w tym telekomunikacyjnych i informatycznych itp. W odróżnieniu od uprzednich regulacji, Dyrektywy zawierają jedynie podstawowe wymagania dotyczące bezpieczeństwa, ochrony zdrowia, ochrony środowiska i konsumenta. W założeniu, mają ujednoczyć wymagania techniczne, poprzez ustalenie jedynie minimalnych, podstawowych wymagań dla poszczególnych produktów (zwanym dalej zasadniczymi wymaganiami), których spełnienie – przez legalnie wyprodukowane lub wprowadzone na konkretny rynek krajowy produkty – powinno skutkować możliwością ich swobodnego obrotu na terytorium całej Unii, bez konieczności – przy każdorazowym przekraczaniu granic poszczególnych państw – udowadniania (poprzez dodatkowe badania), że

spełniają normy danego kraju. Natomiast szczegółowe techniczne określono we właściwych, zharmonizowanych normach UE, jak również pozostawiono je w części do samodzielnego rozwiązania poszczególnym państwom Wspólnoty, a nawet konkretnym branżom i producentom. Nie oznacza to jednocześnie, iż jednorazowe, pomyślne przejście badań przez określony produkt powoduje jego wyłączenie z zakresu kontroli przewidzianej w systemach prawnych członków UE. Poszczególne kraje wspólnotowe tworzą bowiem, bądź stworzyły, określone rozwiązania w zakresie nadzoru rynków poszczególnych towarów, mające na celu zarówno ochronę – w aspekcie zagrożenia stworzonego przez produkty dla życia lub zdrowia, mienia albo środowiska naturalnego – konsumenta bądź użytkownika wyrobów telekomunikacyjnych i informatycznych oraz ochronę interesów producentów, poprzez formułowanie zasad przeciwdziałania nieuczciwym praktykom w produkcji i handlu, jak też zapewnienie jednorodnych warunków działania na rynku. Zazwyczaj uwzględniają one: ustalenie organów odpowiedzialnych za realizację nadzoru, ustanowienie procedur realizacji kontroli oraz wyodrębnienie przepisów prawa regulujących powyższe kwestie, wśród których najczęściej daje się zauważyć próbę regulacji prawnej problemów związanych z przeprowadzaniem badań zapewnienia jakości, dokonywaniem czynności audytorskich, jak też dostosowywaniem podstawowych zasad regulacji rynku telekomunikacyjnego w Europie do warunków lokalnych.

## 2. Podstawy prawne kontroli i nadzoru

Podobnie w Polsce, w ramach regulacji rynku telekomunikacyjnego przyjęto, iż zarówno urządzenia telekomunikacyjne jak i inna aparatura wykorzystująca fale elektromagnetyczne będzie poddana nadzorowi w zakresie zasadniczych wymagań, wynikających z – implementowanych do polskiego porządku prawnego – Dyrektyw, ponieważ identycznie jak w innych krajach UE, dyrektyw nie stosuje się bezpośrednio, bowiem prawodawca europejski zaleca wdrożenie norm z nich wynikających do poszczególnych systemów prawnych. W ramach omawianej problematyki, na dzień dzisiejszy obowiązują dwie Dyrektywy: w sprawie zbliżenia przepisów prawnych państw członkowskich

2 K. Haidar, Unijne Puzzle, [www.giih.gov.pl/aktualnosci/archiw\\_01.05/k.haidar.htm](http://www.giih.gov.pl/aktualnosci/archiw_01.05/k.haidar.htm)

3 Zob. min. Dyrektywę 73/23 w sprawie urządzeń elektrycznych niskonapięciowych (LVD), Dyrektywę 88/378 w sprawie bezpieczeństwa zabawek, Dyrektywę 94/62 w sprawie opakowań i odpadów opakowań, Dyrektywa 89/336 w sprawie kompatybilności elektromagnetycznej (EMC), Dyrektywę 98/37 w sprawie bezpieczeństwa maszyn.

dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej<sup>4</sup> oraz w sprawie urządzeń radiowych i końcowych urządzeń telekomunikacyjnych oraz wzajemnego uznawania ich zgodności<sup>5</sup>, które zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego poprzez przepisy: ustawy Prawo telekomunikacyjne<sup>6</sup>, ustawy o systemie zgodności (zwaną dalej Ustawą)<sup>7</sup> oraz rozporządzeń: Ministra Infrastruktury w sprawie dokonywania oceny zgodności telekomunikacyjnych urządzeń końcowych przeznaczonych do dołączania do zakończeń sieci publicznej i urządzeń radiowych z zasadniczymi wymaganiami oraz ich oznakowania<sup>8</sup> i Ministra Transportu i Budownictwa w sprawie dokonywania oceny zgodności aparatury z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi kompatybilności elektromagnetycznej oraz sposobu jej oznakowania.<sup>9</sup>

### 3. Organy właściwe w przedmiocie kontroli i nadzoru

Do organów administracji publicznej, właściwych w aspekcie omawianej problematyki, zaliczyć można Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej Prezesem UOKiK) oraz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej Prezesem UKE). Prezes UOKiK jest organem koordynującym, do którego zadań należy monitorowanie podejmowanych przez organy wyspecjalizowane (min. Prezesa UKE) czynności kontrolnych. Natomiast drugi z ww. organów ma obowiązek przeprowadzania bezpośrednich kontroli spełniania

przez urządzenia zasadniczych wymagań oraz prowadzenia postępowań i rozstrzygania w sprawach ewentualnych niezgodności z wymogami Dyrektyw. Przy czym zwraca się uwagę na charakterystyczną cechę dotyczącą czynności podejmowanych przez te organy, a mianowicie obowiązywanie zasady, iż pierwszeństwo przed działaniami władzami administracji, takimi jak zakazy czy nakładanie przewidzianych kar, mają dobrowolne działania podejmowane przez podmioty wprowadzające aparaturę na rynek<sup>10</sup>, a dopiero po bezskutecznym upływie – wyznaczonego w celu doprowadzenia do stanu zgodności z prawem – terminu, Prezes UKE będzie mógł nakazać, m.in.: wycofanie wyrobu z obrotu, łącznie z zobowiązaniem do odkupienia już sprzedanego sprzętu czy powiadomienie konsumentów o niezgodności aparatury z wymogami prawa, a nawet zniszczenie wyrobu na koszt strony postępowania bądź zakazanie jego dalszej sprzedaży. Ponadto, będzie mógł nałożyć grzywnę w wysokości do 100 tys. złotych.<sup>11</sup> Oprócz wskazanych organów, Ustawa ustanowiła konkretne zadania spoczywające na „jednostkach notyfikowanych”, czyli zgłoszonych Komisji Europejskiej, autoryzowanych laboratoriach oraz jednostkach certyfikujących i kontrolujących, właściwych do wykonywania czynności oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami.

### 4. Podstawowe definicje

Aby nieco bardziej przybliżyć proces nadzorowania rynku telekomunikacyjnego w omawianym aspekcie, należy odnieść się do najczęściej używanych – w przepisach prawa – definicji. W ustawie Prawo telekomunikacyjne ustawodawca zdefiniował „zasadnicze wymagania” w stosunku do urządzeń jako te, które winny być spełnione przez aparaturę radiową i telekomunikacyjną w przedmiocie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa użytkownika, efektywnego wykorzystania zasobów częstotliwości lub zasobów orbitalnych oraz kompatybilności elektro-

- 10 Z przepisu art. 41b ust. o systemie oceny zgodności, wynika że organ prowadzący postępowanie (w prawie telekomunikacyjnym – Prezes UKE) może w drodze postanowienia, wyznaczyć stronie postępowania termin na usunięcie niezgodności wyrobu z zasadniczymi wymaganiami lub wycofanie wyrobu z obrotu.
- 11 Zob. art. 45, Dz.U. 2004, Nr 204, poz. 2087.

- 4 Dyrektywa Rady z dn. 3 maja 1989 r., Nr 1989/336/EWG w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej (EMC), z późn. zm.
- 5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 9 marca 1999, Nr 1999/5/WE, w sprawie urządzeń radiowych i końcowych urządzeń telekomunikacyjnych oraz wzajemnego uznawania ich zgodności (RTTE), Dz.Urz. WE L 91 z 7 kwietnia 1999 r.
- 6 Ustawa z dn. 16 lipca 2004 Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. Nr 171, poz. 1800.
- 7 Ustawa z dn. 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, Dz.U. 2004, Nr 204, poz. 2087 i Dz.U. 2005, Nr 64, poz. 565.
- 8 Rozp. Ministra Infrastruktury z dn. 15 kwietnia 2004 r. w sprawie dokonywania oceny zgodności telekomunikacyjnych urządzeń końcowych przeznaczonych do dołączania do zakończeń sieci publicznej i urządzeń radiowych z zasadniczymi wymaganiami oraz ich oznakowania, Dz.U. Nr 73, poz. 659.
- 9 Rozp. Ministra Transportu i Budownictwa z dn. 27 grudnia 2005 r. w sprawie dokonywania oceny zgodności aparatury z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi kompatybilności elektromagnetycznej oraz sposobu jej oznakowania, Dz.U. Nr 265, poz. 2227.

magnetycznej w zakresie wynikającym z ich przeznaczenia. Jednocześnie podkreślono, iż nadzorem mogą być objęte inne wymagania, w szczególności w sprawach: zapewnienia ochrony tajemnicy telekomunikacji, zabezpieczenia przed nieuprawnionym używaniem urządzeń, przystosowania do używania przez osoby niepełnosprawne, zdolności do współpracy z inną aparaturą, niepowodowania uszkodzeń sieci lub zakłócania jej funkcjonowania czy umożliwienia dostępu do sprzętu lub sieci służbom ustawowo powołanym do niesienia pomocy.

Sprzęt, który powinien spełniać zasadnicze wymagania to „telekomunikacyjne urządzenia końcowe” bądź „urządzenia radiowe”. Pierwsze z pojęć oznacza urządzenie elektryczne lub elektroniczne przeznaczone do telekomunikacji, czyli nadawania, odbioru bądź transmisji informacji niezależnie od ich rodzaju za pomocą przewodów, fal optycznych oraz innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci (tj. telefony, komputery z modemami, pagery itp.). Urządzenie radiowe z kolei prawodawca definiuje jako umożliwiające komunikowanie się przy pomocy odbioru lub emisji fal radiowych.

Podmiotem zobowiązanym do zapewnienia przestrzegania Dyrektyw w zakresie zasadniczych wymagań jest „producent”, z którego szeroką definicją można spotkać się w wytycznych Komisji Europejskiej<sup>12</sup>. Stwierdza się, że jest to osoba prawna lub fizyczna, która wytwarza wyrób z zamiarem wprowadzenia go do obrotu pod własną nazwą, jak również osoba, która wprowadza do obrotu w swoim imieniu produkt wykonany na swoje zlecenie przez inny podmiot lub modyfikuje wyrób wytworzony przez inną osobę. Ponadto, dookreśla się to pojęcie poprzez postawienie warunku, że w przypadku zlecenia części bądź całości produkcji osoba ta musi zachować kontrolę nad przebiegiem wszystkich procesów produkcyjnych albo mieć wpływ na ich zmianę.

Od producenta należy odróżnić zdefiniowanego w ustawie Prawo telekomunikacyjne „przedsiębiorcę telekomunikacyjnego”, który nie

produkuje ani nie wprowadza urządzeń do obrotu, jedynie z nich korzysta w trakcie wykonywania działalności gospodarczej polegającej na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczeniu usług przekazywania sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, z wyjątkiem usługi poczty elektronicznej.

Nadzorem objęto „wyroby”, bez względu na to, czy pochodzą z któregoś kraju Wspólnoty, czy też spoza Unii Europejskiej, o ile są na jej terytorium wprowadzane do obrotu, przy czym wydaje się, iż „wyrobami” w zakresie prawa telekomunikacyjnego można nazwać urządzenia bądź ich części bez względu na stopień przetworzenia, służące zarówno do świadczenia, jak i odbierania usług telefonicznych, teleinformatycznych itp.

Producent, który nie posiada siedziby we Wspólnocie, może działać na rynku europejskim poprzez ustanowionego „przedstawiciela” lub „importera”. Uważa się, że przedstawicielem będzie podmiot mający siedzibę na terenie UE, którego najważniejszymi zadaniami są: przechowywanie dokumentacji technicznej, wystawianie deklaracji zgodności oraz przedstawianie dokumentów techniczno-konstrukcyjnych do ich zaopiniowania przez „jednostkę notyfikującą”<sup>13</sup>, bądź umieszczenie na produkcie oznakowania „CE”, potwierdzającego zgodność danego wyrobu lub procesu jego produkcji z zasadniczymi wymaganiami.<sup>14</sup> „Importer” z kolei będzie osobą, która sprowadza wyrób spoza UE i wprowadza go do obrotu, co w aspekcie przepisów Ustawy czyni go również odpowiedzialnym za wyrób. Biorąc jednakże pod uwagę, że to producent ma *de facto*, jako jedyny wpływ na to, czy produkt będzie spełniał zasadnicze wymagania, a ponadto prawodawca, zakazał importerowi dokonywania czynności związanych z oceną zgodności, może być on postawiony często w sytuacji bez wyjścia, np. kupując i sprowadzając sprzęt niespełniający wymogów, którego zgodnie z prawem nie może modyfikować (bo jest to rola producenta) a jednocześnie nie może go wprowadzić do obrotu. Powyższy problem skłonił or-

12 Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach, Office for official publications of the European Communities, 2000. W wersji polskiej występuje pod tytułem: Wdrażanie dyrektyw opartych na koncepcji nowego i globalnego podejścia, www.uokik.gov.pl/index.php?id=nrlugui& lang=0& samSession=ac0f06e27a5f3c1b19a7587c6221c54e

13 Zob. Przewodnik dla producentów, ich przedstawicieli oraz importerów telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i urządzeń radiowych, Warszawa 2005, s. 9, [http://www.uke.gov.pl/urtip/index.jsp?place=Lead01&news\\_cat\\_id=176&news\\_id=907&layout=0&page=text](http://www.uke.gov.pl/urtip/index.jsp?place=Lead01&news_cat_id=176&news_id=907&layout=0&page=text) z dn. 6 stycznia 2006.

14 Zob. art. 5, Dz.U. 2004, Nr 204, poz. 2087.

gan wykonujący bezpośrednio czynności nadzorcze, t.j. Prezesa UKE, do przedstawienia możliwości niejako „obejścia” obowiązujących przepisów poprzez sprowadzenie – przez importera – wyrobu pod inną procedurą celną niż „dopuszczenie do obrotu”, a następnie przejęcie obowiązków producenta, co spowoduje potraktowanie wytwórcy spoza UE jako poddostawcy gotowego lub prawie gotowego wyrobu<sup>15</sup>, a zatem importer będzie mógł w razie niespełnienia przez produkt zasadniczych wymagań samodzielnie go zmodyfikować, a także podjąć czynności zmierzające do uzyskania certyfikatu CE.

Urządzenia telekomunikacyjne, w tym teleinformatyczne, podlegają przepisom dotyczącym „kompatybilności elektromagnetycznej”. Jest ona rozumiana jako zdolność aparatury do zadowalającego działania w określonym środowisku elektromagnetycznym bez wprowadzania do niego niedopuszczalnych zaburzeń elektromagnetycznych.<sup>16</sup> W zakresie obowiązywania przepisów o ocenie zgodności, oznacza to, że urządzenie nie powinno emitować zaburzeń elektromagnetycznych, w szczególności takich, które mogłyby mieć wpływ na zdrowie i życie użytkowników oraz na inną aparaturę. W literaturze, podając przykłady zagrożeń niesionych przez sprzęt niekompatybilny, zwraca się uwagę na przypadki: wpływu urządzeń elektronicznych na przyrządy pokładowe samolotu (np. uruchomienie przez pasażera nootebooka spowodowało odchylenie o 10 stopni wskazań kompasu pokładowego), zakłóceń powodowanych przez działanie telefonów komórkowych (w jednym z laboratoriów spowodowało to wyłączenie monitorów wskazujących poziom stężenia promieniowania alfa) czy niezamierzonych zakłóceń w sieci zasilającej (które w fabryce spowodowały niezamierzone otwarcie zaworów i emisję chloru).<sup>17</sup>

## 5. Zasadnicze elementy proceduralne

Wydaje się, iż w ramach procedury mającej na celu realizację Dyrektyw Nowego Podejścia w zakresie prawa telekomunikacyjnego i przepisów je implementujących, można wyodrębnić następujące elementy: kontrolę spełniania przez wyroby zasadniczych wymagań, postępowanie w sprawie wprowadzonych do obrotu urządzeń telekomunikacyjnych niezgodnych z wymogami oraz monitorowanie procedur kontrolnych w celu zapewnienia ich przejrzystości, obiektywności i skuteczności.

Urządzenia telekomunikacyjne oraz radiowe powinny spełnić warunki wynikające z Dyrektyw w chwili wprowadzenia do obrotu, czyli przekazania po raz pierwszy, na terytorium Unii Europejskiej, wyrobu: użytkownikowi, konsumentowi bądź sprzedawcy. Zanim to jednak nastąpi, urządzenia powinny zostać poddane badaniom przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela (jeżeli przepisy prawa nie wymagają przeprowadzenia badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy), albo przez notyfikowane laboratorium lub jednostkę kontrolującą. Szczegółowe badania przeprowadza się na podstawie tzw. „norm zharmonizowanych”, które określa się jako przepisy krajowe, wprowadzające normy europejskie, opracowane i zatwierdzone przez unijne organizacje normalizacyjne, na podstawie mandatu udzielonego przez Komisję Europejską, których numery i tytuły zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej<sup>18</sup>, przy czym polskie wersje norm publikowane są w Monitorze Polskim w formie obwieszczeń Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego. Nie zawsze jednak prawodawca jest w stanie przewidzieć – w normach zharmonizowanych – wymogi dla konkretnego urządzenia. Dlatego też, domniemywa się, iż aparatura spełni zasadnicze wymagania, jeśli będzie zgodna z zasadniczymi parametrami na podstawie dowodów zawartych w dokumentacji konstrukcyjnej, która winna zawierać oprócz ogólnego opisu urządzenia, opis procedur zastosowanych przez producenta do zapewnienia tej zgodności oraz instrukcję obsługi.

18 Zob. art. 5 p. 14, Dz.U. 2004, Nr 204, poz. 2087.

15 Zob. Przewodnik dla producentów..., s. 10 i n.

16 Zob. art. 2 p.16, Dz.U. 2004, Nr 171, poz. 1800.

17 Przewodnik dla producentów i ich przedstawicieli oraz importerów urządzeń elektrycznych i elektronicznych w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej, Warszawa 2005, s. 6, [http://www.uke.gov.pl/urtip/index.jsp?place=Lead01&news\\_cat\\_id=176&news\\_id=907&layout=0&page=text](http://www.uke.gov.pl/urtip/index.jsp?place=Lead01&news_cat_id=176&news_id=907&layout=0&page=text) z dn. 6 stycznia 2006.

Podmiot zobowiązany do przeprowadzenia badań – bez względu czy dotyczy ono telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, które nie wykorzystują widma fal radiowych czy też urządzeń radiowych nadawczych, bądź nadawczo odbiorczych – ma wybór procedur oceny zgodności. Może dokonać kontroli wewnętrznej lub czynności tzw. „systemu pełnego zapewnienia jakości”, które przeprowadza właściwa jednostka notyfikowana. Jedyne w przypadku zapewniania wymogów dotyczących kompatybilności, oceny aparatury i dokumentacji projektowo–technicznej może tego dokonać jedynie notyfikowana i autoryzowana jednostka badawcza<sup>19</sup>.

W ramach kontroli wewnętrznej sporządza się dokumentację techniczną, w której zamieszcza się dane dotyczące konstrukcji, produkcji i obsługi poszczególnych urządzeń, w tym ich ogólny opis, schemat konstrukcyjny, rysunki wykonawcze oraz schematy połączeń elementów, podzespołów i obwodów wraz z opisami i wyjaśnieniami niezbędnymi do zrozumienia zasad działania sprzętu, wyniki wykonanych obliczeń projektowych, jak również wykaz norm zharmonizowanych zastosowanych przez producenta, a w razie ich niezastosowania bądź braku – opisy i wyjaśnienia dotyczące rozwiązań przyjętych dla spełnienia zasadniczych wymagań. Ponadto, producent lub jego upoważniony przedstawiciel sporządza sprawozdanie z przeprowadzonych badań i wraz z dokumentacją techniczną oraz oświadczeniem o pozytywnym wyniku badań, przedstawia je do zaopiniowania, co najmniej jednej, wybranej przez siebie jednostce notyfikowanej, powiadamiając ją jednocześnie o ewentualnym fakcie przekazania sprawozdania innym jednostkom. Jeżeli podmiot oceniający uzna, że nie jest w stanie stwierdzić, czy urządzenie spełnia zasadnicze wymagania, wydaje – w terminie 28 dni od dnia otrzymania dokumentacji – stosowaną opinię. Producent z kolei, po odebraniu doręczonej opinii lub upływie terminu do jej wydania, ma uprawnienie do samodzielnego wystawienia deklaracji zgodności.<sup>20</sup> Prawodawca nie określił skutków opinii negatywnej, jednakże wydaje się, iż w takim przypadku na podst. art. 7 ust. 2 Ustawy, producent nie ma możliwości wystawienia deklaracji, przy czym jednocześnie zostaje obciążony powinnością dokonania niezbęd-

nych czynności prowadzących do spełnienia przez opiniowane urządzenie wymagań.<sup>21</sup>

W przypadku natomiast, gdyby zobowiązany podmiot wybrał sposób kontroli na podstawie „systemu pełnego zapewnienia jakości”, winien, w wybranej jednostce notyfikowanej, złożyć wniosek o zatwierdzenie systemu jakości. Wniosek powinien zawierać jego imię, nazwisko lub nazwę i adres bądź siedzibę, a także dane techniczne urządzenia przewidzianego do produkcji. Ponadto, należy dołączyć dokumentację formułującą założenia systemu oceny jakości, w tym: określenie jego celów i strukturę organizacyjną, zakres odpowiedzialności i uprawnień osób zarządzających w zakresie projektowania i jakości urządzenia, specyfikacje techniczne wraz z wykazem norm zharmonizowanych i badań, które zostaną przeprowadzone, określenie środków, które producent zastosuje w celu zapewnienia zgodności urządzenia z wymaganiami, opis metod stosowanych przy projektowaniu urządzenia, jego produkcji czy kontroli. Oprócz tego, niezbędnym będzie określenie testów, którym urządzenie będzie poddane wraz z częstotliwością i warunkami ich przeprowadzania oraz dokumentacji z wyników badań i kontroli jakości produktu.

Oceny – zaproponowanego systemu kontroli – dokonuje jednostka notyfikowana, która ma obowiązek zatwierdzić propozycję, o ile może zapewnić skuteczne wdrożenie wymogów wynikających z Dyrektyw i norm zharmonizowanych. Jednocześnie, ww. podmiot może zawrzeć umowę z producentem, na podstawie której będzie sprawował nadzór nad działaniem zatwierdzonego systemu jakości, polegający na przeprowadzaniu w siedzibie bądź fabryce okresowych inspekcji, przy czym przewiduje się możliwość kontroli niezapowiedzianej, jak również zobowiązuje się audytora do przeprowadzania czynności nie rzadziej niż raz na rok.<sup>22</sup> Ponadto, w ramach czynności audytu, jednostka uprawniona może zlecić przeprowadzenie testów – mających na celu sprawdzenie funkcjonowania systemu jakości – podmiotom trzecim. Natomiast obowiązkiem producenta jest umożliwienie przeprowadzenia nadzoru, przede wszystkim poprzez zapewnienie audytorowi

19 § 7 ust. 3, Dz.U. 2005, Nr 265, poz. 2227 oraz § 2 ust. 1, Dz.U. 2004, Nr 73, poz. 659.

20 Rozdz. 3 i 4, Dz.U. 2004, Nr 73, poz. 659.

21 Zob. art. 7, Dz.U. 2004, Nr 204, poz. 2087.

22 Zob. § 15 ust. 3, Dz.U. 2004, Nr 73, poz. 659.

dostępu do miejsc projektowania, produkcji, magazynowania, kontroli i badań czy dokumentów technicznych, jak też udzielanie wszelkich informacji związanych z prowadzonymi czynnościami.

W przypadku pozytywnego wyniku kontroli systemu jakości, producent lub jego upoważniony przedstawiciel jest uprawniony do załączenia – do wprowadzanego na rynek urządzenia – deklaracji zgodności z zasadniczymi wymaganiami oraz informacji o przeznaczeniu danego urządzenia (w przypadku aparatury radiowej, również dane umożliwiające identyfikację kraju lub obszaru geograficznego, w którym może być ona wykorzystywana). Deklaracja powinna zawierać: dane producenta, nazwę i typ urządzenia, wskazanie dokumentów technicznych, na podstawie których jest deklarowana zgodność, przywołanie Dyrektyw, z którymi urządzenie jest zgodne, datę wystawienia oraz imię i nazwisko osoby upoważnionej do składania podpisu w imieniu producenta.<sup>23</sup> Jednocześnie z wystawieniem deklaracji wytwórca sprzętu nabywa uprawnienie do oznakowania urządzenia znakiem zgodności „CE”, co jest równoznaczne z domniemaniem, że dany produkt został poddany ocenie zgodności i spełnia zasadnicze wymagania. Powyższe uprawnienie jest jednocześnie obowiązkiem, bowiem producent jest zobowiązany do zamieszczenia znaku „CE” na każdym egzemplarzu wyrobu, jego opakowaniu lub w dokumentach przekazywanych konsumentom, tj. instrukcji obsługi lub karcie gwarancyjnej.<sup>24</sup>

## 6. Podsumowanie

Reasumując, należy zauważyć, iż wielość zaangażowanych organów kontrolnych oraz procedur nadzorczych i czynności kontrolnych, może wskazywać na istnienie zarysu odrębnej – pod względem podmiotowym i przedmiotowym – regulacji nadzoru nad rynkiem urządzeń telekomunikacyjnych (w tym radiowych). Wydaje się jednakże, iż nie jest to konstrukcja jednolita, która posiadałaby cechy niezawodności i pełnej obiektywności. Już sam fakt uprawnienia podmiotów zaintere-

sowanych do prowadzenia kontroli własnej działalności przez jednostki wewnętrzne, jak również możliwość zawierania odpłatnych umów audytorskich z wybranymi przez siebie organami notyfikowanymi (które zapewniłyby, iż dany produkt spełnia wymagania nałożone przez Dyrektywy Nowego Podejścia), może wskazywać na obdarzenie – przez prawodawcę europejskiego – dużym zaufaniem producentów urządzeń wprowadzanych na rynek UE. Wydaje się, iż może to prowadzić do sytuacji, że jednostka odpłatnie kontrolująca, będzie zainteresowana zawarciem kolejnej umowy. Natomiast, w razie gdyby – poprzez czynności kontrolne wykazujące nieprawidłowości – doprowadziła do zwiększenia kosztów produkcji, podmiot kontrolowany mógłby mieć opory co do zawarcia następnej umowy, co – od strony audytora – mogłoby być bodźcem do nieobiektywnego działania. Dlatego też należałoby zastanowić się nad niepopularną obecnie koncepcją, czy nie możliwe jest pozostawienie kontroli i nadzoru nad rynkiem urządzeń, jedynie organom administracji publicznej, które – z racji niezależności finansowej – byłyby bardziej obiektywne.

<sup>23</sup> Zob. § 17, Dz.U. 2004, Nr 73, poz. 659.

<sup>24</sup> Zob. Komunikat Prezesa Urzędu Telekomunikacji i Poczty dla producentów (i ich upoważnionych przedstawicieli), importerów oraz dystrybutorów wyrobów elektronicznych i elektrycznych z dn. 11 maja 2004 r., archiwum, [www.uke.gov.pl](http://www.uke.gov.pl), s. 2.

III  
GLOSZY, POLEMIKI I RECENZJE



*Recenzja książki Julii Elżbiety Kapelańskiej:  
Klonowanie człowieka i embrionalne komórki macierzyste w świetle  
prawa międzynarodowego i porównawczego, Toruń 2006, str. 124*

Autorka porusza aktualne i kontrowersyjne zarazem zagadnienie klonowania człowieka i embrionalnych komórek macierzystych. Rozwój biotechnologii, genetyki i medycyny sprawia, że coraz częściej współczesne społeczeństwa, dysponując technicznymi możliwościami, stają przed dylematami moralnymi, etycznymi i prawnymi ich wykorzystania. Nie ma dotychczas w literaturze polskojęzycznej monografii na ten temat. Wybór tematu badań należy uznać za szczególnie trafny. Zagadnienie klonowania człowieka i embrionalnych komórek macierzystych Autorka ukazuje w płaszczyźnie prawa międzynarodowego i porównawczego.

Układ pracy jest poprawny i logiczny. Praca składa się z wstępu, sześciu rozdziałów oraz zakończenia. J.E. Kapelańska rozpoczyna od określenia celu pracy, jakim jest „ (...) przedstawienie i dokonanie analizy aktów prawnych i dokumentów wydanych przez organizacje międzynarodowe oraz wybrane państwa, dotyczących zagadnień klonowania człowieka oraz embrionalnych komórek macierzystych” (str. 7).

Rozdział pierwszy zatytułowany: „Klonowanie człowieka i embrionalne komórki macierzyste – kwestie medyczne i etyczne” zawiera definicje podstawowych pojęć. Autorka wskazuje, iż klonowanie rodzi wiele kontrowersji etycznych i religijnych.

W rozdziale drugim omówione zostały istniejące regulacje międzynarodowe. J.E. Kapelańska, analizując stanowisko ONZ, UNESCO, WHO i WMA wobec problemu klonowania i badań nad zarodkowymi komórkami macierzystymi stwierdza, że „ (...) na szczeblu uniwersalnym nie udało się wypracować konsensusu i wydaje się to mało prawdopodobne do osiągnięcia w przyszłości” (str. 27). Oceniając dokonania Rady Europy w tej dziedzinie Autorka wskazuje, iż większość przyjętych instrumentów tworzy standardy zalecane przyjęte w trybie rezolucji i rekomendacji. Zasadnie wskazano, iż jest to właściwa droga po-

szukiwania trudnego konsensusu (str. 28–29). Ważne jednak znaczenie dla omawianej tematyki ma Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 1997 roku wraz z protokołami dodatkowymi. Cel konwencji – osiągnięcie większej jedności i współdziałanie państw przy korzystaniu z dobrodziejstw biologii i medycyny, zdaniem Autorki, nie został całkowicie osiągnięty. Rozdział drugi zawiera również analizę prawa wspólnotowego. Autorka wskazuje, iż Parlament Europejski zachowuje niezmiennie stanowisko w kwestii wprowadzenia ogólnego zakazu klonowania reprodukcyjnego i ewoluujące w odniesieniu do klonowania terapeutycznego. Prawo wspólnotowe do zagadnień klonowania odnosi się w wiążących aktach prawnych. Przyjęte jednak dyrektywy, będące wynikiem kompromisu, zawierają elastyczne podejście do omawianej tematyki (str. 44).

Ze względu na temat pracy oraz jej cel, kluczowe znaczenie posiadają rozdziały trzeci i czwarty. Dokonana tam została analiza prawno-porównawcza ustawodawstw krajowych wybranych państw oraz Polski. Autorka w ciekawy sposób analizuje wewnętrzne regulacje i orzecznictwo. Zasadniczo Pani Kapelańska konkluduje, iż analizowane przez nią regulacje prawne różnią się od siebie w znaczący sposób. Jedność wydaje się być osiągnięta, podobnie jak w prawie międzynarodowym, jedynie w stosunku do klonowania reprodukcyjnego. Polski system prawny jest w tej dziedzinie niejasny i nieprecyzyjny. Autorka jest zdania, iż w Polsce nie jest prawnie dopuszczalne pobieranie komórek macierzystych z embrionów *in vitro* (str. 83).

W rozdziale piątym poruszono jeden z istotnych problemów związanych z klonowaniem człowieka oraz embrionalnych komórek macierzystych, a mianowicie związane z tym aspekty ochrony własności intelektualnej. W sposób ciekawy Autorka odpowiada na pytanie, czy procesy klonowania człowieka oraz tworzenia embrionalnych komórek macierzystych i ich zastosowania mają zdolność patentową.

Rozdział szósty dotyczy wolności badań naukowych w dziedzinie klonowania i embrionalnych komórek macierzystych a godności i integralności człowieka. Podkreślono w nim, iż wyłączny interes nauki i społeczeństwa nie może przeważać nad interesem i dobrem istoty ludzkiej. Zakazy badań naukowych powinny być zastąpione (...) „skutecznym egzekwowaniem prawa, uniemożliwiającym wykorzystywanie

nauki w sposób niezgodny z potrzebami i wolą konkretnego człowieka” (str. 107).

Autorka w interesujący sposób przedstawia trudną i skomplikowaną tematykę klonowania człowieka oraz embrionalnych komórek macierzystych. Zaletą pracy jest jej interdyscyplinarny charakter. Analizie poddano istniejące regulacje międzynarodowe, krajowe, jak i istniejące orzecznictwo. Poza aspektem prawnym, Autorka dostrzega także medyczny i etyczny. Gorąco polecam uwadze czytelników recenzowaną książkę.

Wojciech Filipkowski

Recenzja książki autorstwa P.C. van Duyne, K. von Lampe,  
M. van Dijck, J. Newell (eds.),  
*Organised Crime Economy,  
Managing Crime Markets in Europe, Nijmegen 2005,*  
(*Gospodarka przestępczości zorganizowanej, Zarządzanie  
przestępczymi rynkami w Europie*)

Recenzowane opracowanie jest owocem szóstego już Kolokwium nt. przestępczości transgranicznej. Odbyło się ono w dniach 2–4 września 2004 r. w Berlinie. Zostało przygotowane przy współpracy z Uniwersytetem w Tilburgu (Holandia) oraz Fundacji Friedricha Eberta (Niemcy). Jego uczestnikami było około 35 naukowców z 15 państw; zaprezentowano 24 referaty. Polskę reprezentowali dr Janusz Bojarski (Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu) oraz piszący te słowa. Poprzednie kolokwia zaowocowały pracami zbiorowymi dotyczącymi przestępczości transgranicznej (2002), prowadzenia śledztw finansowych (2003), finansów przestępczych (2003) oraz postrzeganiu zjawisk terroryzmu, przestępczości zorganizowanej i korupcji (2004).

Spośród przedstawionych tam referatów, redaktorzy wybrali prace ukazujące różne kategorie przestępczości jako swojego rodzaju rynki, gałęzie gospodarki narodowej i globalnej. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w samym tytule książki; i to właśnie stanowi klucz do jej zrozumienia.

Jej redaktorzy już od wielu lat – z do pozazdroszczenia godną konsekwencją – prezentują własne spojrzenie na problem przestępczości zorganizowanej i gospodarczej. Jest ono zgodne z istniejącym w literaturze modelem przedsiębiorstwa przestępczego (*criminal enterprise*), czy jego późniejszą odmianą – przemysłu przestępczego (*criminal industry*). Starają się tłumaczyć powstanie i funkcjonowanie grup przestępczych w silnym związku z istnieniem stosownego rynku i oddziałujących na nim siłach popytu i podaży. Ponadto, niektóre z za-

mieszczonych opracowań pokazują problem „przeregulowania” w systemie prawnym problemu walki z przestępczością zorganizowaną.

Podejście to jest podkreślone już w pierwszym opracowaniu autorstwa P.C. van Duyne zatytułowanym „*Crime and commercial activity: an introduction to two half-brothers*” (Przestępczość i działalność komercyjna: przedstawienie dwóch przyrodnych braci), które jednocześnie stanowi wprowadzenie do całego zbioru. Autor – któremu nie można odmówić elokwencji – posługując się bardzo obrazową personifikacją, porównuje działalność przestępczą i legalną – gospodarczą do dwóch przyrodnych braci, z których drugi jest z nieprawego łoża. Co prawda różnią się od siebie, ale jednak należą do tej samej „rodziny”, mają wspólne korzenie. Innymi słowy, oba zjawiska można rozpatrywać z punktu widzenia prawa ekonomii; oba tworzą gospodarkę w skali danego państwa lub globu. Pojawia się więc pytanie, czy można tak różnie tłumaczyć ich motywy i zachowania tylko dlatego, że drugiego z braci prawo traktuje jako bękarta, zrodzonego na przekór moralności? Czasami legalny brat jest „krzywdzony” przez swojego przyrodniego brata, ale zdarza się też, że korzysta z jego usług; o wiele częściej jednak współpracują ze sobą w osiągnięciu tych samych celów ekonomicznych.

Takie spojrzenie na działalność przestępczą ma swoje dalsze konsekwencje. Pozostając przy tej – jakże celnej – metaforze, obaj bracia chcą się „dorobić”, przy czym ten drugi musi więcej energii poświęcać na to, żeby nie zostać złapanym podczas posługiwania się zabronionymi przez prawo środkami. Posiada bogatszy wachlarz zachowań, ale jednocześnie ponosi pewne dodatkowe koszty. Dlatego też będzie szukał takich form swojej działalności, która zapewni maksimum zysku przy minimum ryzyku wykrycia i skazania. Ma to przełożenie na nowe formy przestępczości zorganizowanej, np. tzw. sieci przestępcze (*criminal networks*). Obaj bracia „potrzebują” podobnych – nastawionych na maksymalizację zysku – osób oraz czasu, żeby swoje plany móc wprowadzić w życie.

Podsumowując, każdy z braci ma też podobne warunki początkowe (startowe) do prowadzenia swojej działalności:

- poszukiwanie szansy, okazji do wzbogacenia (swojej niszy na rynku),
- posiadane umiejętności społeczne i ekonomiczne,
- instrumenty (narzędzia) i ludzie, za pomocą których będą chcieli wspólnie osiągnąć „sukces finansowy”,
- obaj też muszą reagować na zmieniające się warunki społeczno-ekonomiczne czy rozwój technologii – poprzez dostosowanie się do nich.

Dlatego też tak często dochodzi do tworzenia głębokich związków między legalną gospodarką i szarą strefą, w postaci przedsiębiorców funkcjonujących w obu obszarach.

P.C. van Duyne bardzo wyraźnie przeciwstawia ten punkt widzenia obrazowi przestępczości zorganizowanej preferowanemu i „hołubionemu” przez media, decydentów (w postaci polityków czy organów ścigania), ale także całą rzeszę naukowców. Ponownie pojawia się w tych rozważaniach również – opisywany w poprzedniej książce z cyklu kolokwii<sup>1</sup> – problem „zarządzania strachem” przez polityków. Otóż zagospodarowują oni lęki drzemiące w społeczeństwie dla swoich potrzeb, często dla poszerzania uprawnień organów ścigania (to samo dotyczy zjawiska terroryzmu). Działania te nie są oparte na badaniach naukowych lub wręcz pozostają w sprzeczności z wynikami istniejących badań nad przestępczością zorganizowaną. Obserwując współczesną sytuację polityczną, nietrudno jest zgodzić się z takim stanowiskiem, ale przede wszystkim z niedostatkami rzetelnych badań na ten temat.

Brak wiedzy o zjawisku popartej faktami, jak również indolencja ze strony organów ścigania w zwalczaniu tego zjawiska, jest „maskowana” poprzez nadawanie mu kolejnych cech, takich jak ponadnarodowość czy międzynarodowość, złożoność itp., jednocześnie je wyolbrzymiając. Wytwarzany jest stan zagrożenia przed wysoko zorganizowanymi strukturami przestępczymi (typu mafijnego), co implikuje potrzebę udzielania coraz to większych uprawnień organom ścigania. Konsekwencją jest ograniczenie wolności obywatelskich, zresztą

<sup>1</sup> Zob. P.C. van Duyne, M. Jager, K. von Lampe, J.L. Newell (red.), *Threats and Phantoms of Organized Crime, Corruption and Terrorism*, Nijmegen 2004.

za zgodą sporej większości samych zainteresowanych, którzy ulegają obrazom kreowanym przez polityków i media. Natomiast zdaniem P.C. van Duyne, jest to szkodliwe i nieefektywne, gdyż funkcjonowanie różnorodnej przestępczości zorganizowanej da się wytłumaczyć banalnymi zasadami ekonomicznymi, które rzutują na równie proste sposoby walki z nią. Tymczasem, niestety, tej swego rodzaju „modzie” ulegają kolejne rządy, Unia Europejska czy Organizacja Narodów Zjednoczonych. Na marginesie należy dodać, że podejście „ekonomiczne” do tłumaczenia decyzji dokonania przestępstwa ma w literaturze zarówno zagorzałych zwolenników, jak i krytyków. „Sprawdza” się ono raczej w kontekście funkcjonowania organizacji przestępczych (dokonujących zwłaszcza przestępstw gospodarczych), niż pojedynczego sprawcy, który poddaje się emocjom.

Zaprezentowane w niniejszej publikacji opracowanie można podzielić na 3 grupy. Pierwsza z nich zawiera krytykę istniejącego *status quo* w dziedzinie polityki kryminalnej organów państwowych i podmiotów międzynarodowych oraz podejmowanych przez nich działań. Jednocześnie proponują one zastosowanie pewnych obiektywnych kryteriów oceny faktycznego obrazu zjawiska oraz weryfikacji informacji oferowanych nam przez polityków i media. Składają się na nią 3 artykuły:

- 1) T. Vander Becken, K. Verpoest, A. Bucquoie oraz M. Defruyter „*The vulnerability of economic sectors to (organised) crime: the case of the European road freight transport sector*”,
- 2) J. Harvey „*Controlling the flow of money or satisfying the regulators?*” oraz
- 3) T. Schudelar „*Electronic payment systems and money laundering: beyond the internet hype*”.

Druga część przedstawia swego rodzaju „portery” krajów dokonujących transformacji własnego systemu gospodarczego. Autorzy 3 kolejnych opracowań starali się pokazać problemy, z jakimi borykały się wcześniej i współcześnie gospodarki wybranych krajów:

- 1) Estonii (A. Markina, J. Saar „*An assessment of prospective changes in cross-border crime after Estonia's accession to the European Union*”),

- 2) Rosji i republik bałtyckich (N. Bagelius „*The crusaders: Swedish companies in Russia and the Baltic states handling uncertainty and criminal threats*”),
- 3) Czech (M. Scheinost, V. Baloun oraz D. Kaderabkova „*Adventure capitalism and economic crime in the countries of transition: the case of the Czech Republic*”).

Ostatnia część pracy zbiorowej zawiera analizy poszczególnych rynków przestępczych funkcjonujących w państwach europejskich. Stanowią one pogłębione studia przypadków:

- 1) zatrudniania w szarej strefie (P.C. van Duyne, M.J. Houtzager „*Criminal sub-contracting in the Netherlands: the Dutch ‘koppelbaas’ as crime-entrepreneur*”),
- 2) nielegalnego wytwarzania i obrotu spirytusem (P.O. Johansen „*Organised crime, Norwegian style*”),
- 3) nielegalnego handlu papierosami (K. von Lampe „*Explaining the emergence of the cigarette black market in Germany*”),
- 4) nielegalnego handlu narkotykami (T. Blickman „*The ecstasy industry in the Netherlands in a global perspective*” oraz T. Bezzlov „*Drugs and organised crime in Bulgaria*”),
- 5) handlu żywym towarem (A. Maljevic „*Trafficking in women in Bosnia and Herzegovina*”).

Z uwagi na ilość zamieszczonych w pracy zbiorowej opracowań (13) oraz ograniczenia techniczne recenzji, istnieje konieczność wybrania zaledwie kilku z nich do bliższej analizy. Wydaje się, że najatrakcyjniej przedstawiają się artykuły zawarte w pierwszej części. Wynika to z faktu, że w sposób najpełniejszy pokazują one sposób podejścia do problemu opisu przestępczości zorganizowanej przez decydentów politycznych. Mogą też stanowić rodzaj asumptu do dyskusji nad kształtem polityki karnej w tym zakresie, również w Polsce.

Pierwszy artykuł został przygotowany przez T. Vander Becken, K. Verpoest, A. Bucquoie oraz M. Defruytier, a zatytułowany „*The vulnerability of economic sectors to (organised) crime: the case of the European road freight transport sector*” – Podatność sektorów gospodarki na przestępczość (zorganizowaną): przypadek europejskiego sek-

tora transportu drogowego. Wszyscy autorzy pochodzą z Uniwersytetu w Ghent (Belgia), który jako jeden z pierwszych zastosował ten rodzaj podejścia (metodologii) w opisie przestępczości zorganizowanej. Dokładniej ich opracowanie dotyczy oceny stopnia podatności gospodarki na przestępczość, używając przykładu sektora transportowego. Starali się oni w sposób obiektywny ocenić, jakie są „słabe” i „mocne” strony rynku tkwiące w jego strukturze, także w kontekście warunków politycznych, ekonomicznych, społecznych i technologicznych (tzw. analiza PEST). Następnym krokiem jest ocena potencjalnych zagrożeń, zysków i szkód związanych z funkcjonowaniem przestępczości w sposób generalny, czyli bez odniesienia do faktycznego stanu rzeczy. Dalszym etapem jest ocena prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzeń negatywnych i zaproponowanie środków zaradczych.

Wyniki przeprowadzonej oceny wskazują na kilka cech zwiększających podatność sektora na działalność przestępczą (możliwych nadużyć). Należą do nich:

- brak przejrzystości w zarządzaniu personelem (np. koszty osobowe, jasność polityki kadrowej, organizacja pracy),
- sama istota oferowanych usług (np. kwestie płatności za rzeczywiste usługi, udział podwykonawców),
- księgowość (np. brak płynności finansowej, przejrzystości dokumentacji finansowej),
- różny sposób określania cen usług, niskie zarobki kierowców, duża konkurencja w sektorze.

Może to prowadzić do powstawania szarej strefy na tego rodzaju usługi. Cechami o najmniejszym znaczeniu dla analizy były np.: sposób administrowania przedsiębiorstwem, kwestie własności środków transportu. Całościowa ocena wskazuje na podatność sektora na funkcjonowanie szarej strefy, czyli miejsca, gdzie może istnieć przestępczość (w tym jej forma zorganizowana).

Należy podkreślić, że sama zastosowana metoda służy dwóm celom, tzn. wskazania potencjalnych miejsc (cech) czyniących sektor podatnym na przestępczość (w tym zorganizowaną) oraz wsparcia procesu podejmowania decyzji w zakresie kreowania polityki kryminalnej, ale też i gospodarczej przez decydentów w chwili obecnej oraz w przy-

szłości. Jest to też realizacja zasady proporcjonalności i subsydiarności przy zwalczaniu przestępczości gospodarczej, stanowi również kierunek, w którym podążają rządy państw oraz Unia Europejska w zakresie wsparcia naukowego podejmowanych decyzji politycznych. Natomiast nie jest to ocena samego faktycznego zjawiska przestępczości w tym sektorze. Taka analiza może pokazać, na jakie cechy należy zwracać uwagę podczas innych badań nad przestępczością, gdzie szukać przestępców i dowodów ich działalności.

Autorem kolejnego artykułu jest J. Harvey, a jest on zatytułowany „*Controlling the flow of money or satisfying the regulators?*” – Kontrolowanie przepływu pieniędzy czy zadowalanie kontrolerów? Porusza ona bardzo ważny temat efektywności decyzji politycznych w walce z praniem pieniędzy. Szacunkowe dane podawane przez źródła oficjalne (polityczne) różnią się bardzo od siebie, a mają stanowić usprawiedliwienie walki z tym zjawiskiem i podejmowanie coraz nowych inicjatyw w tym zakresie. Jednocześnie trudno jest metodami naukowymi ocenić faktyczne rozmiary zjawiska. Takie próby są podejmowane, jednak obarczone są dużym marginesem błędu.

Autorka pokusiła się o przeanalizowanie tych „politycznych” szacunków i porównanie ich z danymi makroekonomicznymi poszczególnych krajów. Jest to o tyle ważne, że takie gremium jak *Financial Action Task Force on Money Laundering* (Grupa Specjalna ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniądzy – FATF), opierając się na swoich analizach, stara się wywierać wpływ na niepodległe państwa celem nakłonienia ich do dostosowania prawa wewnętrznego do tzw. 40 Zaleceń (a ostatnio również 9 Zaleceń Specjalnych) i innych standardów międzynarodowych. A jeżeli te dane nie są prawidłowe albo stosowanie sankcji względem pewnej listy krajów (lub usunięcie ich z tej listy) przez członków FATF jest decyzją bardziej polityczną, niż opartą na racjonalnych przesłankach ekonomicznych i prawnych? Tak jest właśnie z inicjatywą FATF określenia państw i terytoriów niewspółpracujących w przeciwdziałaniu praniu pieniędzy (*Non-Cooperative Countries and Territories*). Należy też zauważyć, że wprowadzanie odpowiednich regulacji i efektywne ich stosowanie zwiększa koszty prowadzenia działalności, np. finansowej.

Autorka wskazuje na powody polityczne (czy też wzajemne relacje pomiędzy OECD i FATF) jako przyczynę umieszczenia niektórych państw na „czarnej liści lub listach”. Co ciekawe, większość z nich jest uznawana za tzw. raje podatkowe (*tax heavens*), co automatycznie ma za zadanie ograniczenie unikania opodatkowania w krajach wysoko rozwiniętych, będących członkami FATF i OECD. Autorka wskazuje na nakładające się interesy międzynarodowych organizacji. Ponadto, nie ma dowodów na to, że faktycznie tam legalizuje się pieniądze pochodzące z działalności przestępczej i że są to kraje najbardziej zagrożone procederem. Należy w tym miejscu dodać, że fakt zagrożenia wynika najczęściej z oceny ryzyka wykorzystania takich państw przez przestępców, a nie opiera się na faktach.

Jaka jest odpowiedź ze strony „zmuszanych do współpracy” państw? Wprowadzają do swojego prawa krajowego zmiany pod dyktando organizacji międzynarodowych i bogatych państw. Na zawarte w tytule artykułu pytanie: czy chodzi o kontrolę przepływu środków finansowych, tzn. walkę z praniem pieniędzy czy jedynie czynienie zadość standardom międzynarodowym, Autorka skłania się do drugiej opcji. Nie mamy tu do czynienia z faktycznym zaangażowaniem w walkę z procederem prania pieniędzy, a jedynie z zaspokajaniem oczekiwań różnych podmiotów kontrolujących. Tym bardziej, że funkcjonowanie odpowiednich standardów – zdaniem autorki – w kraju takim jak Wielka Brytania nie przynosi efektów. Natomiast wprowadzane wymagania są kosztowne i nie wszystkie kraje po prostu na to stać.

Czwarty w tym zbiorze artykuł jest również poświęcony demitologizacji pewnych „prawd objawionych” przez ekspertów organizacji międzynarodowych. Tym razem chodzi o *cyberlaundering*, czyli pranie pieniędzy za pomocą usług finansowych dostępnych w internecie. Jego autorem jest T. Schudelar i nosi on tytuł „*Electronic payment systems and money laundering: beyond the internet hype*” – Elektroniczne systemy płatnicze i pranie pieniędzy: internet jest przereklamowany. Autor twierdzi, że jest to zagrożenie prawie całkowicie wykreowane przez organy ścigania i międzynarodowe ciała takie jak FATF. Po drugie, nie jest to możliwe również z czysto technicznego punktu widzenia. Po trzecie, nie ma spraw karnych (sądowych), które potwierdzałyby taki fakt.

Autor wskazuje też na braki w wiedzy zwolenników tej teorii w zakresie funkcjonowania systemów płatniczych i internetu. Dotyczy to głównie cechy szczególnie cenionej przez przestępców, tzn. anonimowości dokonywanych operacji, która w internecie jest iluzją. Autor wskazuje też na daleko idące implikacje wytworzenia iluzorycznego zagrożenia dla regulacji prawnych i standardów międzynarodowych. W chwili obecnej instytucje finansowe, oferujące usługi za pomocą internetu, muszą mieć na uwadze możliwość nadużywania braku kontaktu „twarzą-w-twarz” z jej pracownikiem i odpowiednio przygotować swoje regulaminy wewnętrzne. Konkludując, Autor doprowadza do wyводу, że zagrożenie nie jest wcale większe od usług dostępnych „normalną” drogą. Tym samym nie ma konieczności nadzwyczajnego regulowania tego obszaru działalności gospodarczej.

Nie do końca można zgodzić się z opiniami prezentowanymi w tym artykule. Prawdą jest, że spraw karnych z użyciem usług oferowanych przez internet jest niewiele. Jednakże pojawiały się już symptomy wskazujące na rosnące zainteresowanie usługami *on-line* przez przestępców, również w Polsce (np. aktywacja dostępu przez internet do rachunków bankowych). Po drugie, jest technicznie możliwe przeprowadzenie procedury prania pieniędzy w cyberprzestrzeni (jest kilka opracowań na ten temat). Natomiast przestępcy – korzystając z pomocy specjalistów – są w stanie dopasować istniejące metody i techniki do swoich potrzeb. Po trzecie, tworzenie regulacji prawnych dotyczących zwalczania tego zjawiska w internecie należy postrzegać jako działania prewencyjne. Ma ono na celu przygotowanie systemów prawnych na pojawiające się nowinki technologiczne.

Dokonując oceny prezentowanej pracy zbiorowej, należy przede wszystkim podkreślić jej wysoki poziom merytoryczny. Uderza zwłaszcza konsekwencja w dobieraniu opracowań reprezentujących podobny sposób zapatrywania na zjawisko przestępczości zorganizowanej i gospodarczej. Mimo faktu, iż autorzy pochodzą z różnych części świata i pokazują różne aspekty zjawiska, to częścią wspólną jest właśnie „ekonomiczne” podejście do opisu i analizy przedmiotowego zjawiska.

Po drugie, prezentowane są w niej wyniki badań naukowych z zakresu szeroko rozumianej kryminologii, co nie jest faktem zbyt czę-

stym, zwłaszcza na polskim rynku wydawniczym. Pozwala to na zapoznanie się z kierunkami prac prowadzonych w różnych ośrodkach badawczych na terenie głównie Europy, co może stanowić inspirację do realizacji podobnych badań w kraju.

Ocena recenzowanej pracy jest jednoznacznie pozytywna. Nie oznacza to jednocześnie, że należy bezkrytycznie przyjmować zaprezentowane w niej stanowiska. Można ją potraktować jako dobrą podstawę do podjęcia dyskusji nad samym zjawiskiem przestępczości zorganizowanej i gospodarczej.

*Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej  
z dnia 24 czerwca 2005 r.<sup>1</sup>*

Teza glosowanego orzeczenia: **Nie dyskwalifikuje weksła wpisanie jako miejsca jego płatności siedziby spółki oznaczonej skrótem w wersji obcojęzycznej, jeśli nie powoduje to wątpliwości co to za miejsce (...).**

Powyższy wyrok SN, z uwagi na poruszone w nim zagadnienie instrumentów prawa wekslowego, służących ochronie wierzycieli wekslowych, zasługuje na szczególną uwagę. Praktycznej doniosłości tej problematyki nie trzeba szerzej uzasadniać, znaczenie prawa wekslowego cały czas rośnie. W obliczu ciągle zwiększającej się popularności weksła jako instrumentu gwarancyjnego, warto zastanowić się, czy zaprezentowany w orzeczeniu sposób interpretacji przepisów prawa wekslowego jest adekwatny w odniesieniu do obecnie panujących stosunków prawnych w obrocie gospodarczym.

Stan faktyczny glosowanego orzeczenia przedstawiał się następująco:

W sprawie chodziło o pięć weksli własnych gwarancyjnych *in blanco*. Wystawił je w 1999 r. Marek G. na rzecz Suzuki Motor Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Weksle miały służyć jako zabezpieczenie roszczeń spółki Suzuki Motor Poland sp. z o.o. wynikających z umów dilerskich zawartych pomiędzy Markiem G. a rzeczoną spółką.<sup>2</sup>

W dniu 23 kwietnia 1999 r. – Suzuki Motor Poland sp. z o.o. w Warszawie zawarł z Markiem G. umowę dilerską, normującą ogólne warunki współpracy. Uszczegółowiono je w umowie „dodatkowej” z następnego dnia, w której jako kontrahenta Marka G. określono Suzuki Motor Poland Ltd. Na zabezpieczenie należności Marek G. zobowiązał się wystawić weksel własny *in blanco*. Umowę identycznej

treści strony zawarły również w dniu 22 kwietnia 2000 r. W dniu 12 lutego 2000 r. Marek G. wystawił deklarację wekslową upoważniając Suzuki Motor Poland sp. z o.o. w Warszawie do wypełnienia weksła do wysokości zadłużenia i zobowiązał się zapłacić sumę wekslową po okazaniu weksła, w siedzibie Suzuki Motor Poland sp. z o.o., na pierwsze żądanie i bez protestu. Marek G. wręczył Suzuki Motor Poland sp. z o.o. dwa weksle wystawione w dniu 23 kwietnia 1999 r., które wypełniono na łączną kwotę 196.606,61 zł. Jako miejsce płatności wskazano siedzibę Suzuki Motor Poland sp. z o.o. w Warszawie. Pozostałe trzy weksle opatrzone datą wystawienia 12 lutego 2000 r. i wypełniono na 100.000 zł każdy. Miejsce płatności zostało w nich oznaczone przez pozwanego w siedzibie Suzuki Motor Poland Ltd. w Warszawie. Termin płatności wszystkich weksli został określony na 31 grudnia 2001 r. Marek G. potwierdził saldo na dzień 31 grudnia 2001 r., które wskazywało jego zadłużenie w stosunku do powoda w wysokości 575.719,92 zł. W piśmie dnia 11 stycznia 2002 r. Marek G. zobowiązał się do spłaty zadłużenia, przy czym pierwsza rata miała opiewać na 250.000 zł, a resztę pozwany miał spłacić i odpracować w 2002 r. Na fakturach sprzedawcę określano zamiennie jako Suzuki Motor Poland sp. z o.o. bądź jako Suzuki Poland Ltd. lub stosowano obie wersje językowe.

Wobec niezapłacenia żądanych kwot, powód Suzuki Motor Poland sp. z o.o. w Warszawie dochodził od pozwanego Marka G. zapłaty kwoty 496.603,61 zł z odsetkami, wywodząc żądanie z pięciu weksli *in blanco*, wystawionych na zabezpieczenie wiarygodności powoda z łączących strony umów dilerskich. Sąd nakazem zapłaty zasądził na rzecz Suzuki Motor Poland sp. z o.o. kwotę wynikającą z weksli.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty Marek G. zarzucił, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Suzuki Motor Poland wykorzystwała weksle niezgodnie z deklaracją wekslową. Wystawione były bowiem niezgodnie z deklaracją wekslową. Pozwany Marek G. twierdził, że weksle zostały wystawione na zabezpieczenie wcześniejszych należności, które zostały już spłacone. Pozwany Marek G. kwestionował też ważność dwóch weksli, z powodu wpisania jako miejsca ich płatności siedziby spółki oznaczonej skrótem jej nazwy w języku angielskim zamiast właściwą nazwą w języku polskim. Twierdził, że z tego powodu jako miejsce płatności została wskazana siedziba nieistniejąca-

<sup>1</sup> Sygn. akt V CK 780/04 – wyrok niepublikowany.

<sup>2</sup> I. Lewandowska, Płatność na Beryczów, Weksel gwarancyjny *in blanco*, Rzeczpospolita 25–26.06.2005 r.



go podmiotu. Sąd nie podzielił tych zarzutów i utrzymał nakaz zapłaty w mocy. W apelacji pozwany Marek G. zarzucał m.in. naruszenie art. 101 i art. 102 prawa wekslowego.<sup>3</sup> Apelacja pozwanego została oddalona. Zdaniem Sądu II instancji zarzuty naruszenia prawa wekslowego były nietrafne. O słuszności wyroku I instancji przesądzały: potwierdzenie salda rozliczeń oraz faktury zakupu przedstawione przez Suzuki Motor Poland sp. z o.o. W kasacji Marek G. powtórzył wcześniejsze zarzuty i argumenty. Przekonywał, że spór został rozstrzygnięty na płaszczyźnie stosunku podstawowego, tj. umów dilerskich, na podstawie dowodów zgłoszonych przez spółkę z opóźnieniem, z naruszeniem art. 495 § 3 kpc.<sup>4</sup> Sąd Najwyższy nie podzielił tego poglądu i kasację oddalił.

Zdaniem Sądu Najwyższego, wystawienie weksla gwarancyjnego służy zabezpieczeniu zobowiązania ze stosunku cywilnoprawnego (podstawowego), przydając wierzytelności z niego wynikającej dodatkową podstawę w postaci zobowiązania wekslowego.<sup>5</sup> Umożliwia to wierzycielowi dochodzenie roszczeń nie tylko w drodze zwykłego procesu, ale także w postępowaniu odrębnym nakazowym. Ponieważ weksel zabezpiecza jedynie wierzytelność cywilną, to dłużnikowi przysługują przeciwko roszczeniu wekslowemu te wszystkie zarzuty, jakie przysługują przeciwko roszczeniu cywilnemu. Podniesienie przez dłużnika zarzutów wynikających ze stosunku cywilnego przenosi spór z płaszczyzny prawa wekslowego, na którym oparty był pozew wniesiony w postępowaniu nakazowym, na płaszczyznę stosunku prawa cy-

wilnego, jednak ponosi on ciężar dowodu, że roszczenie powoda z tego stosunku nie istnieje. Ten stosunek rozstrzyga bowiem o tym czy i w jakim zakresie istnieje po stronie dłużnika zobowiązanie wekslowe zaciągnięte wobec wierzyciela w celu zabezpieczenia wierzytelności cywilnoprawnej.

Ponadto, zdaniem Sądu Najwyższego, postępowanie Sądu Apelacyjnego jako sądu II instancji, który zaakceptował w tym względzie stanowisko Sądu pierwszej instancji i przyjął, że roszczenia powoda są uzasadnione w świetle dodatkowej (ponad pierwotnie zgłoszoną) cywilnoprawnej podstawy powództwa, jest uzasadnione. Oceniając spór w tej płaszczyźnie Sąd wskazał, że pozwany jest zobowiązany do zapłaty na rzecz powoda należności z tytułu zakupu samochodów, którego to faktu pozwany Marek G. nie kwestionował, a nadto potwierdził stan swojego zadłużenia w stosunku do powoda, to zaś uzasadniało uwzględnienie powództwa. Jedynie dodatkowo odniósł się do zarzutów apelacji zmierzających do wykazania bezpodstawności roszczenia opartego na wekslu, uznając je za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, co należy podzielić, gdyż w przedstawionym stanie sprawy bezpodstawność roszczenia opartego na wekslu nie mogła pociągnąć za sobą bezskuteczności roszczenia cywilnoprawnego i dać podstawy – tylko z tej przyczyny – do uchylecia nakazu zapłaty i oddalenia powództwa.

Kwestia możliwości powoływania się w postępowaniu nakazowym po wniesieniu zarzutów od nakazu zapłaty na podstawę faktyczną i prawną wynikającą z łączącego strony stosunku prawnego, w związku z którym wystawiony został weksel gwarancyjny, była przedmiotem licznych wypowiedzi Sądu Najwyższego. Na ich tle za utrwalony uznać należy pogląd dopuszczający taką możliwość.<sup>6</sup> Gwarancyjne zobowiązanie wekslowe traci swój sens w momencie, gdy wygasa zabezpieczające zobowiązanie ze stosunku podstawowego.

3 Ustawa z 28.04.1936 r. Prawo wekslowe (Dz.U. Nr 37, poz. 282 ze zm.), art. 101. Weksel własny zawiera: 1) nazwę „weksel” w samym tekście dokumentu, w języku, w jakim go wystawiono; 2) przyrzeczenie bezwarunkowe zapłacenia oznaczonej sumy pieniężnej; 3) oznaczenie terminu płatności; 4) oznaczenie miejsca płatności; 5) nazwisko osoby, na której rzecz lub na której zlecenie zapłata ma być dokonana; 6) oznaczenie daty i miejsca wystawienia weksla; 7) podpis wystawcy wekslu. Art. 102. Nie będzie uważany za weksel własny dokument, któremu brak jednej z cech, wskazanych w artykule poprzedzającym, wyjąwszy przypadki określone w ustępach następujących. Weksel własny bez oznaczenia terminu płatności uważa się za płatny za okazaniem. W braku osobnego oznaczenia, miejsce wystawienia weksla uważa się za miejsce płatności, a także za miejsce zamieszkania wystawcy. Weksel własny, w którym nie oznaczono miejsca wystawienia, uważa się za wystawiony w miejscu podanem obok nazwiska wystawcy.

4 Ustawa z 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

5 A. Szumański (red.), System Prawa Prywatnego, Prawo papierów wartościowych, Tom XVIII, s. 203–204.

6 Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 7 stycznia 1967 r., III CZP 19/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 79; uchwała Połączonych Izb Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 24 kwietnia 1972 r., III PZP 17/70, OSNCP 1973, nr 5, poz. 72; wyrok z dnia 14 marca 1997 r., I CKN 48/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 124; wyrok z dnia 10 kwietnia 2002 r., IV CKN 948/00 niepublikowany,

Problemy prawa wekslowego były w tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu Najwyższego, marginesem tej sprawy. Sąd Najwyższy nie znalazł też podstaw do stwierdzenia nieważności weksli z powodu skrótowego, odnoszącego się do angielskiej wersji nazwy, oznaczenia siedziby, która miała być miejscem płatności weksla. Ten pogląd Sądu Najwyższego, wypowiedziany na marginesie głosowanego orzeczenia, zasługuje na szczególną uwagę.

Zgodnie z treścią przepisu art. 101 ust. 4 prawa wekslowego jednym ze składników treści weksla własnego jest oznaczenie jego miejsca płatności.<sup>7</sup> Ten składnik treści weksla nie jest jednak obligatoryjny, gdyż zgodnie z treścią przepisu art. 102 ust. 3, w braku oznaczenia miejsca płatności – jest nim miejsce wystawienia weksla. Gdy nie ma oznaczenia miejsca wystawienia weksla, uważa się za nie miejsce podane obok nazwiska wystawcy. Zatem dopiero jednoczesny brak oznaczenia miejsca płatności, oznaczenia miejsca wystawienia i wskazania miejsca obok nazwiska wystawcy powoduje nieważność weksla. Oznaczenie miejsca płatności weksla może znaleźć się w dowolnej części weksla, niekoniecznie w treści przyrzeczenia zapłaty, jednakże przed podpisem wystawcy. Miejsce płatności musi być wskazane przez podanie nazwy miejscowości. Weksel może mieć tylko jedno miejsce płatności. Jednakże, zgodnie z treścią art. 102 ust. 3 prawa wekslowego, w braku osobnego oznaczenia, miejsce wystawienia weksla uważa się za miejsce płatności. Tym samym decydujące dla ustalenia miejsca płatności weksla *in blanco*, uzupełnionego zgodnie z wcześniej zawartą deklaracją wekslową, jest ustalenie siedziby spółki, która jako remitent miała prawo do uzupełnienia weksla o brakujące elementy. Oznaczenie remitenta będącego osobą fizyczną następuje poprzez podanie nazwiska (prawo wekslowanie nie wymaga podania imienia). Miejscem płatności weksla *in blanco* uzupełnionego przez remitenta, będącego osobą fizyczną jest w tym wypadku miejsce zamieszkania remitenta. Natomiast w wypadku osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale wyposażonych w zdolność prawną, niezbędne jest oznaczenie firmy lub nazwy.

7 P. Machnikowski, Weksel własny *in blanco*, Warszawa 2002, s. 73–75.

Zgodnie z przepisami kc. (prawo firmowe – art. 43<sup>1</sup> – art. 43<sup>10</sup>), firmą osoby prawnej jest jej nazwa.<sup>8</sup> Osoba prawna będąca przedsiębiorcą ma ustawowy nakaz działania pod firmą i prowadzenia pod tą samą firmą działalności gospodarczej. Firma przedsiębiorcy służy również do odróżnienia przedsiębiorcy od innych przedsiębiorców funkcjonujących w obrocie gospodarczym. Ponadto, zgodnie z przepisami prawa firmowego, treść firmy nie może wprowadzać w błąd, w szczególności co do osoby przedsiębiorcy, przedmiotu działalności przedsiębiorcy oraz miejsca prowadzenia przez przedsiębiorca działalności gospodarczej. Przepisy prawa firmowego pozwalają w szeroki sposób rozumieć możliwość wprowadzenia w błąd ewentualnych kontrahentów przedsiębiorcy działającego pod firmą. Nie chodzi tylko o obiektywne poczucie potencjalnego kontrahenta o proveniencji danego przedsiębiorcy, ale także o jego subiektywne odczucia co do tożsamości osoby przedsiębiorcy. Oznaczenie przedsiębiorcy ma być na tyle wyraźne i odróżniające się od oznaczeń innych przedsiębiorców funkcjonujących w obrocie gospodarczym, ażeby każdy z ewentualnych kontrahentów miał świadomość wyboru przedsiębiorcy, z którym mają go łączyć przyszłe stosunki prawne.

Dlatego też przyjęcie przez Sąd Najwyższy możliwości oznaczenia przedsiębiorcy w języku angielskim (oraz w skrótowej formie) za właściwe, świadczy o właściwym zrozumieniu przepisów prawa firmowego. Pozwany Marek G., podpisując weksle gwarancyjne *in blanco* oraz umowy dilerskie, doskonale wiedział (miał subiektywną świadomość), na czyją rzecz owe weksle podpisuje. Nie istnieje możliwość, ażeby Marek G. podpisując weksel przypuszczał, że remitentem może być inna spółka niż Suzuki Motor Poland sp. z o.o. Tym samym nie mógł również, moim zdaniem, skutecznie odmówić wykupienia uzupełnionych przez remitenta weksli *in blanco*, nawet jeżeli ten został oznaczony w języku angielskim. Takie oznaczenie remitenta nie narusza w tym konkretnym przypadku cechy abstrakcyjności zobowiązania wekslowego. Mimo że jest ono oderwane od przyczyny jego powstania to oświadczenie woli wystawcy weksla gwarancyjnego *in blanco*, wy-

8 Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

rażone w deklaracji wekslowej pozostaje w ścisłym związku z zobowiązaniami wystawcy wobec wierzyciela – remitenta.

Przyjęcie przez Sąd Najwyższy w tej konkretnej sprawie możliwości oznaczenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w stosunku wekslowym w języku obcym, nie narusza również postanowień KSH.<sup>9</sup> Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 160. § 1 KSH firma spółki może być obrana dowolnie; powinna jednak zawierać dodatkowe oznaczenie „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”. Jednakże użycie dodatku Ltd. („limited”) jasno sugerowało, iż chodzi o spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, a co za tym idzie – w tej części glosowane orzeczenie zasługuje na aprobatę.

300676



---

9 Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.),