PAŃSTWO DEMOKRATYCZNE, PRAWNE I SOCJALNE

STUDIA PRAWNE

TOM 3

PAŃSTWO DEMOKRATYCZNE, PRAWNE I SOCJALNE

STUDIA PRAWNE

TOM 3

Redakcja naukowa
Marian Grzybowski

Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi
Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi

KRAKÓW 2014

Marian Grzybowski

WPROWADZENIE

Oddziaływanie konstytucji na stanowienie i stosowanie prawa

W swej monografii *Funkcja prawna konstytucji na przykładzie Konstytucji RP z kwietnia 1997 roku*, opublikowanej przez Wydawnictwo Sejmowe (Warszawa 2011) Anna Chmielarz napisała: „Zasada nadrzędności jest konstytucyjną zasadą prawa o szczególnym znaczeniu dla systemu prawa obowiązującego w państwie. To podstawowa zasada państwa prawnego; opiera się na niej całe prawodawstwo. Oznacza prymat konstytucji nad wszystkimi normami systemu prawa. Z konstytucji bierze swój początek cały system prawa w znaczeniu pozytywistycznym, tj. zespół norm ustanowionych i sankcjonowanych przez państwo".

Analogiczne przekonanie towarzyszyło autorom prac zamieszczonych w tomie drugim Księgi Jubileuszowej, fetującej 45-lecie pracy badawczej Profesora Zbigniewa A. Maciąga – konstytucjonalisty.

Autorzy uprawiają zawodowo inne dziedziny prawa (niż nawet najszerzej rozumiane prawo konstytucyjne), podjęli wszakże wątki mieszczące się w obrębie ich dyscyplin badawczych, ale mające odniesienia konstytucyjne. W tomie znalazły się zatem rozprawy poświęcone zarówno tematyce należącej do domeny prawa publicznego (jak prawo administracyjne, najbliższe konstytucyjnemu, a także prawo finansowe czy prawo karne), jak i problematyce przynależnej prawu prywatnemu (a nadto pomieszczonej w obszarze interferowania elementów publiczno- i prywatno-prawnych).

Tematyka szeregu prac sytuuje się na pograniczu prawa konstytucyjnego i dyscyplin „szczegółowych": prawa finansowego (budżetowego),

administracyjnego, karnego bądź – nawet – cywilnego (jak studia o idei kary słusznej w świetle Konstytucji RP, czy o wpływie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na polskie prawo spadkowe). Inne prace wchodzą głębiej w dyscypliny „szczegółowe", niemniej nie omijają aspektów konstytucyjnych.

Lektura rozpraw zamieszczonych w tomie *Studia prawne* dowodzi ponad wszelką wątpliwość oddziaływania konstytucji na „szczegółowe" gałęzie prawa. To zaś, jak przypomniano na wstępie, świadczy o prymacie konstytucji i stanowi o spełnieniu jednej z podstawowych przesłanek funkcjonowania państwa prawa – idei i koncepcji, której wytrawnym badaczem i gorącym zwolennikiem jest od dziesiątków lat Profesor Zbigniew Antoni Maciąg.

KONSTYTUCJA
A PRAWO USTROJOWE

Christian Starck

FAITH AND RATIONAL LAW. LEGAL REFLECTIONS ON THE ENCYCLICAL *FIDES ET RATIO* OF POPE JOHN PAUL II

The teaching of the Encyclical *Fides et Ratio* (September 1998) concerns first of all philosophy, sciences and theology. From the legal point of view one discovers important fundamentals of the legal systems of European states, which can and must be understood from the belief in Jesus Christ and His revelation.

Thus, my theme are the relations between faith and rational law in their historical evolution. I deal with three main examples: the doctrine of Imago Dei, the Commandment 'Love thy Neighbour' as well as the Doctrine of Original Sin and their impact on the formation of legal principles.

The Doctrine of Imago Dei and Human Rights

The basis for individual rights and human dignity[1] is the biblical and Christian theory that God created human beings in His own image (Gen. 1, 27; Eph. 4, 24); it is also the basis for human equality. We read in the Encyclical (No. 38): "In dismantling barriers of race, social status and gender, Christianity proclaimed from the first the equality of

[1] C. Starck, *The Religious and Philosophical Background of Human Dignity and its Place in Modern Constitutions*, [in:] The *Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, ed. D. Kretzmer, E. Klein, The Hague 2002, p. 179 ff.

men and women before God. Christian theology views humans as individuals in their relationship with God".[2] Their uniqueness as individual is given theological expression in the doctrines of the immortality of the soul and of the individual's personal responsibility before God, for which freedom is a logical prerequisite. The concept of human freedom lies at the heart of Christian theology.[3] It is understood as individual freedom. The Christian concept of freedom is not secular, since it is directly connected to God. It provided the basis for the understanding of human freedom as a metaphysical concept in medieval philosophy.[4] In the Encyclical we can read:[5] "The notion of the person as a spiritual being is another of faith's specific contributions: the Christian proclamation of human dignity, equality and freedom has undoubtedly influenced modern philosophical thought. In more recent times, there has been the discovery that history as event – so central to Christian Revelation – is important for philosophy as well. It is no accident that this has been pivotal for a philosophy of history which stakes its claim as a new chapter in the human search for truth."

These key words of the Encyclical can be explained as follows. Over time, the spiritual, theological concept of freedom has affected secular affairs in two ways. A Christian, answering to God, can encounter conflicts with the rules laid down by secular authority. Freedom and rights, valid against the demands of the community, are claimed so that the individual can discharge his responsibility before God. That, then, is one path towards a secular concept of freedom. The other takes us via a process of secularisation. If we sever the individual's freedom from its theological roots and endow it with secular validity, it can be used against secular authority notwithstanding any religious responsibility which the individual may feel.[6]

As Hegel has made clear, natural law, the Reformation, the Enlightenment and Revolution all helped to bring the idea of freedom, which germinated in Christianity, into political and constitutional theory and

---

2 Cf. E. Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, 1912, p. 39 ff; P. Stein, J. Shand, *Legal Values in Western Society*, 1974; P. Koslowski, *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart 1982, p. 58 ff, 66 ff, with reference to St. Augustine; L. Dumont, *Individualismus*, London 1991, p. 37 ff.

3 Encyclical *Fides et Ratio*, No. 80.

4 H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962, p. 57 ff.

5 Encyclical *Fides et Ratio*, No. 76.

6 C. Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen 1995, p. 193 ff.

hence into legislation.[7] This process of secularisation undoubtedly provided vital support for the theory that the human being was an independent legal subject vis-à-vis secular authority; it also provided support for the theory of human rights valid against the state. Essentially, the idea of the constitutional state can be traced back to that. Individuals – and, eventually, corporations, including the Church and other religious corporations – came to be seen as enjoying a legal status which they could assert against the state, and this status was to be protected by the separation of powers.

It is clear from the theological and biblical seed of the political and constitutional concept of freedom and equality why other cultures which are not Christian have not produced a theory of human freedom. China has not developed such a theory; nor has Japan or India. The Göttingen theologian Ernst Wolf has accurately described the development of the idea of human freedom as a „product of the Western religious tradition."[8]

The Commandment „Love thy Neighbour" and Social Duties

One of Christianity's most important messages is the commandment „love thy neighbour". It is deeply rooted within the theological tradition, which derives it from the equality of human beings who have been created in the image of God: in loving one's neighbour, one loves God, who is the object of love.[9] Loving one's neighbour for the sake of God both refers to the reason for the doctrine and demonstrates humanity's metaphysical point of reference. One's neighbour is not, however, simply a means to express one's own love towards God; rather, love is extended to one's neighbour as a unique human being, for his own sake. Indeed, the commandment reads „Thou shalt love thy neighbour

---

7 G.W.F. Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte*, part 2, ed. G. Lasson, reprinted Hamburg 1976, p. 877 ff, 915 ff; H. Lübbe, *Säkularisierung*, Münich 1975, p. 38; C. Dumont, *op. cit*., n. 2, p. 65 ff; cf. for the late Spanish Scholastic period: H.F. Köck, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, Berlin 1987; A.E. Pérez Luño, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Berlin 1994; F.X. Kaufmann, „*Das janusköpfige Publikum von Kirche und Theologie*", [in:] *Das neue Europa. Herausforderungen für Kirche und Theologie*, ed. P. Hünermann, Freiburg im Breisgau 1993, p. 11, 29 ff, 40.

8 E. Wolf, „*Die Freiheit und Würde des Menschen*", "Recht, Staat, Wirtschaft" 1953, Vol. 4, p. 180.

9 Matth. 22, 37–40.

as thyself"[10], removing any doubt about exactly what is meant. Love towards oneself is a paradigm of love extended towards one's neighbour.

Ernst Troeltsch has accurately pointed out that the religious individualism, whose meaning for the development of the concept of human rights has already been examined here, contains a strong element of communitarian thinking, which, in turn, is equally a product of the (specifically religious) basic idea.[11] According to Troeltsch, love was not originally intended to provide a rationale for large-scale social reform. Instead, the divine aspect of love which Christ disclosed was intended to be awakened and revealed through acts of love directed at individual persons in need. The world is the province of sin and pilgrimage; as such, it does not require improvement. Instead, it provides opportunities for love.

It was not until the transition from traditional, pre-industrial society to modern industrial society in the first half of the nineteenth century that Christian social movements began to develop models for social reform. The basis for the churches' charitable and parish work was and, indeed, still is seen as an expression of neighbourly love.[12] Charity and kindness are forms of neighbourly love, as are philanthropy and behaving humanely, although these lack theological underpinning and hence differ significantly from the Christian concept of neighbourly love. They are secularized forms of neighbourly love. The principle is, of course, well known to the common law. In 1932, it provided both illustration and point of reference for Lord Atkin, whose famous "neighbour principle" transformed the modern law of torts. The ratio of that judgment is introduced thus: "The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour, and the question who is my neighbour receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonable foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? [13]

The state, and especially the local authorities, who have administered social welfare and other social programs since the end of the eighteenth century, do this as a matter of course, ignoring any theological point of reference. But Christian love was made possible by the very welcome work of nuns in public hospitals and rest homes. At first – and until the

[10] Röm. 13, 9.

[11] E. Troeltsch, *op. cit*., supra, n. 2, p. 40 f.

[12] Cf. R. Völkl, *„Caritative Diakonie als Auftrag der Kirche*", "Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche" 1974, Vol. 8, p. 9 ff.

[13] Donoghue v Stevenson, 1932, A.C. 562.

second half of the 20th century – the state relied on them in order to fulfill its own social duty which arose from the concept of neighbourly love, so long as there were willing workers available. The Encyclical Fides & Ratio only mentioned "contemporary challenges in the social, economic, political and scientific fields" (No. 98). The problems of the Commandment "Love thy neighbour" and of social duties are treated in detail in other encyclicals of Pope John Paul II.[14]

The state is a thoroughly secular institution today. It has taken on responsibility for compensating excessive imparities among its citizens. To do so, it has developed an all-encompassing social welfare system and social insurance schemes which are based on the principle of solidarity. In doing so, it shoulders the responsibility for the economic conditions which determine the well-being of the individual. A precondition for direct or indirect state compensation is a free market economy with a social slant, which forms the basis for each individual's economic well-being.

The Doctrine of Original Sin and the Separation of Powers

The doctrine of the separation of powers was developed to compensate for human imperfection. This is an anthropological assumption which has its theological roots in St. Augustine's – biblically based – doctrine of original sin.[15] According to St. Augustine, human nature, which was flawed by Adam's sin, is passed on through conception. Although St. Augustine identifies the *corruptio naturae* with sensual lust (concupiscence), the term *corruptio* should, as Thomas Aquinas made clear, be given a wider interpretation. He described the original sin as a lack of original justice.[16] In the Encyclical *Fides et Ratio* we read (No. 80):

"The problem of moral evil – the most tragic of evil's forms – is also addressed in the Bible, which tells us that such evil stems not from any material deficiency, but is a wound inflicted by the disordered exercise of human freedom."

---

[14] Cf. Sollicitudo rei socialis (1987) and Centesimus annus (1991), both refer to the social Encyclical Rerum Novarum of Pope Leo XIII. (1891).

[15] De civitate Dei XIII 14, 23; XXI 12.

[16] Summa Theologiae I–II qu. 82, 3: „Peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originalis iustitiae".

The doctrine of original sin[17] dominated theological scholarship, even during the Reformation and the period thereafter. Reformation scholars were unanimously of the opinion that human existence is determined from its very root by original sin. Human guilt is none the less for the fact that human beings are born into the condition of sin.[18] The doctrine of original sin accepted by the Council of Trent, on the other hand, is rather milder. Original sin is neutralized by baptism, but it is still present as a spark (latin: fomes) which can set alight the tinder in human nature. There exists, however, the possibility that human nature may encompass good, since human beings retain their ability to recognize God and moral law by using their powers of reasoning and by acting in accord with their conclusions.[19] This follows from the theory that human beings are created in the image of God (see above I) and still retain a tint of that.

The doctrine of original sin has had a considerable influence on philosophy. Kant traces the human inclination to evil back to the concept of free will[20]. Schopenhauer describes the doctrine of original sin as an affirmation of will and hence as the great truth lying at the heart of Christianity; it harmonizes, he says, with his version of philosophical ethics.[21]

Consequences for the organization of secular authority have also been drawn from the doctrine of original sin. Friedrich II von Hohenstaufen referred to the lasting consequences of original sin in the preamble to the Melfi Constitution (1231):[22] the original sin had, he said, bred hatred and enmity among humankind. Friedrich II explained in detail that the princes, who ruled by the grace of God, were required to temper the deficiencies of human nature which resulted from the original sin. The princes' political leadership was viewed as having been divinely instituted for the good of mankind.

If one bears in mind that the princes, being men, suffered the consequences of original sin, and if one reflects on the successive epochs and forms of government and political power in Europe, then the search for

---

17 In No. 76 the pope speaks from „the need to explore the rationality of certain truths expressed in Sacred Scripture, such as …original sin itself."

18 E. Kinder, *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Vol. 6, Tübingen 1962, col. 491.

19 Cf. C. Schmitt, *Politische Theologie*, München 1934, p. 73; J. Auer, *Lexikon für Theologie und Kirche*, Vol. 3, Berlin 1959, col. 971.

20 I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1785), Ausgabe Vorländer 1957, p. 71 ff.

21 A. Schopenhauer, *Gesammelte Werke*, Vol. 1, ed. W.F. von Löhneysen, Frankfurt a. Main 1974, p. 550, 554.

22 Cf. E. Kantorowicz, *Kaiser Friedrich der Zweite*, Berlin 1931, p. 220 ff.

different models of political authority becomes more understandable. James Madison, who stood firmly within the tradition of Christian doctrine, wrote in 1788:

„If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: You must first enable the government to control the governed; and in the next place, oblige it to control itself. A dependence on the people is no doubt the primary control on the government; but the experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions."[23]

We can trace the mechanisms required back to earlier authors[24] and to various experiences (including some made in classical antiquity) with „mixed constitutions". They enable checks and balances, and they impose the requirement that public affairs take place in public; moreover, they make various vested interests visible and hence make discussion possible. In short, they are designed to compensate for the effects of the deficiencies of human nature. Admittedly, the passages quoted from the Federalist are products of the Enlightenment – but the Enlightenment had its anthropological roots in the doctrine of original sin, and its influence on the Enlightenment stretches forward into our own time, making its presence felt in the best political and constitutional theories known to us.

In a broad sense the Encyclical speaks from philosophical knowledge, which inspire national and international legal systems in regulating the life of society (No. 3).

Final Remarks

The recognition and protection of human dignity and human rights, the state's social mission and the separation of powers can all be traced to seeds sown by Christianity: human being created in the image of God, neighbourly love and the doctrine of original sin. As these seeds flourished, their shoots underwent a complex process of secularization.[25]

---

[23] The Federalist no. 51; see about separation of power A. Hamilton, The Federalist no. 9.

[24] Cf. C. Starck, *op. cit*., supra, n. 6, p. 193 ff.

[25] Cf. for a general overview offering many specific examples, *Cristianesimo, secolarizzazione et diritto moderno*, [per la storia del pensiero giuridico moderno 11/12], ed. L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher, Baden-Baden–Milan 1981.

Although the Church was not founded by Jesus Christ in order to facilitate the rise of democratic constitutionalism, we must recognize that democratic constitutionalism owes much of seeds sown by Christianity. The modern world was given form by people, who were deeply influenced by Christianity's basic concepts, even if they themselves were not always aware of it.[26]

(1) The above discussed cornerstones of Christian faith, theologically elaborated, are the basis of rational law because of their awareness of human conditions in the world. Ideological doctrines denying these fundamentals develop legal systems without separations of power and without protection of human rights – communism, national socialism, authoritarian dictatorships, in future perhaps philosophical materialism – retracting the concept of free will, freedom and human rights.

(2) The evolution of modern law and democratic constitutionalism is based on Christian faith, but needed further philosophical currents, like Enlightenment. Yet, we observe, that the majority of lawyers are not conscious of these roots of our law. On the contrary they split up "believing" and "knowing" and even believe that rational law has nothing to do with faith.

(3) Law is a very fine field to show that fragmentation of knowledge does not function. Law and legal culture is a humanistic discipline, but needs knowledge of scientific disciplines like biology, medicine and physics.

[26] F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, p. 28.

Andrzej Sylwestrzak

ARYSTOTELESOWSKI MONARCHA I AKWINATY „MONARCHA CHRZEŚCIJAŃSKI"

Tło historyczne

Wielce interesująca wydaje się lektura dziełka Akwinaty, *De regimine principum – ad regem Cypri*, skreślonego w duchu doradztwa filozoficznego pod adresem króla cypryjskiego. Nie zajmuje ono w myśli Tomaszowej szczególnej pozycji, niemniej w zakresie rozważań nad władzą monarchy, poszukiwaniem relacji kościoła do państwa czy aksjologią zadań państwa, toruje drogę późniejszym rozważaniom, zawartym głównie w znanym tomie XVIII jego *Sumy teologicznej* (O sprawiedliwości – *De iustitia*). W pracy o Cyprze Akwinata przyjmuje również wyraźną postawę metodologiczną względem arystotelesowskich klasyfikacji, eksponując model monarchii jako najbardziej – powiedzielibyśmy językiem dzisiejszym – optymalny. Tym samym ujmuje w tle inne ustroje oceniane przez filozofa jako rozsądne, to jest arystokrację, a w szczególności politeę. Z tych względów warto bliżej przyjrzeć się tej rozprawce Akwinaty, a w szczególności nowej interpretacji chrześcijańskiego monarchy.

Powstała około 1265 roku praca św. Tomasza poświęcona rozważaniom nad reformą zanarchizowanego Cypru, z pewnością napisana została po ukończeniu poczytnej rozprawy *Summa contra gentiles*, co datuje się na rok 1264. Akwinata brał zapewne naówczas pod uwagę, z jednej strony, problemy władców Cypru, to jest Hugona II z Luisignan (1253–1267), bądź jego następcy z tej samej dynastii, Hugona III

(1267–1284), a z drugiej sprawą zasadniczą były jednak interesy papieża Urbana IV związane z uwolnieniem z cypryjskiej niewoli pewnego rycerza. Zapewne inicjatorem napisania traktatu był sam papież. Przemawiać za tym może ówczesna obecność Akwinaty na dworze papieskim w Rzymie i Orvietto (1261–1265). Pozostaje także sprawą niejasną, czy publikowane później Tomaszowe teksty rozważań o Cyprze są wyłącznie jego autorstwa, czy też ukończone zostały przez ucznia Akwinaty – Bartłomieja z Lukki. Taka możliwość istnieje, ponieważ traktat o Cyprze w pierwotnej wersji posiadał raczej charakter dość luźno skomponowanych notatek wymagających ostatecznego opracowania, a tego dokonać mógł wspomniany Bartłomiej z Lukki[1]. Także nie ma jasności co do brzmienia samego tytułu pracy. Wersja obecna datowana na wiek XX *De regimine principium ad regem Cypri* (*O królowaniu – królowi Cypru*) zastąpiła wcześniejsze, z których najczęściej przyjmowano *De regimine principium*. Ostatecznie obecne polskie wydanie odwołuje się do dwudziestowiecznego tytułu, przedstawiając całość Tomaszowego traktatu w wersji łacińskiej oraz tłumaczeniu polskim[2] i ono będzie podstawą analiz.

Przedstawiony na jego kartach „chrześcijański władca", w nawiązaniu do zarysu filozofii sprawiedliwości św. Tomasza (1225–1274), w dalszym ciągu, mimo upływu w roku 2014 dokładnie 740 lat od śmierci Akwinaty, nie stracił na aktualności[3]. Wręcz odwrotnie, opracowana przezeń aparatura pojęciowa wydaje się nie tylko atrakcyjna poznawczo, lecz inspirująca. Pamiętać bowiem należy o celu głównym przyświecającym Akwinacie, jakim była najszerzej pomyślana chrystianizacja filozofii Arystotelesa. Równocześnie św. Tomasz pozostaje głęboko uwikłany w polemiki ze współczesnymi interpretatorami Stagiryty, głównie awerroistami paryskimi[4]. Arystoteles zwany przez Akwinatę – Filozofem, Mistrzem czy rzadziej Sprawiedliwym lub Stagirytą, w zakresie teorii źródeł prawa, a w ślad za tym filozofii sprawiedliwości, był swoistym wzorcem o – powiedzielibyśmy – nierównym stopniu wyko-

[1] J.A. Weisheipl, *Tomasz z Akwinu. Życie, myśl, dzieło*, tłum. C. Wesołowski, Poznań 1985, s. 243–245.

[2] Św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu – królowi Cypru*, tłum. i komentarz M. Matyszkowicz, Kraków 2006.

[3] Omówienie pisarstwa św. Tomasza na tle biograficznym zob.: J.A. Weisheipl, *op. cit.*; G.K. Chesterton, *Święty Tomasz z Akwinu*, tłum. A. Chojecki, Warszawa 1995; L. De Wohl, *Światło nad Akwinem*, tłum. M. Stebart, Poznań 1996; A. Kenny, *Tomasz z Akwinu*, tłum. R. Piotrowski, Warszawa 1999.

[4] J. Legowicz, *Zarys historii filozofii*, Warszawa 1983, s. 204 i nast.; B. Fuller, *Historia filozofii*, t. 1, tłum. Z. Glinka, Warszawa 1966, s. 406 i nast.; W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 1, Warszawa 1970, s. 258 i nast.

rzystania. Mianowicie w zakresie systemu źródeł prawa musiał Akwinata w rzeczy samej stworzyć nowy system hierarchiczny, generalnie odpowiadający wymogom myślenia chrześcijańskiego, a bezpośrednio nawiązujący do augustianizmu. Natomiast w zakresie samej teorii sprawiedliwości uformował św. Tomasz rozbudowaną strukturę pojęciową w zasadzie przejętą od Arystotelesa przy licznych próbach nadania jej nowych walorów interpretacyjnych. Odmiennie natomiast przestawiała się relacja systemu myślowego Akwinaty do św. Augustyna[5]. Otóż biskup z Hippony, chrystianizując Platona, przyjął – jak się okazuje – stały dla chrześcijaństwa katalog źródeł prawa, później „dynamizowany" przez Akwinatę. Natomiast w zakresie klasyfikacji ustrojów, w tym wyeksponowania monarchii, św. Tomasz realizował swój cel polegający na chrystianizacji myśli Stagiryty i z tego punktu widzenia warto przyjrzeć się dziełku *De regimine*.

Przesłanie metodologiczne

Rozprawa Akwinaty sformułowana raczej jako traktat doradczy adresowany do władców Cypru, z punktu widzenia historii doktryn, wydaje się dziełem wielce wartościowym, głównie z powodu wyeksponowania kilku fundamentalnych problemów. Otóż metodologicznie Tomaszowy wykład przebiegający w atmosferze, powiedzielibyśmy językiem dzisiejszym, doradztwa politycznego, bierze za podstawę dwie wytyczne, po pierwsze – chrześcijańską aksjologię bytu, w tym bytu takiego, jak prawidłowo zorganizowane królestwo, a po drugie główną wytyczną pojmowania spraw doczesnych pozostaje arystotelesowska teoria monarchii na tle ogólniejszych klasyfikacji ustrojów filozofa. W nawiązaniu do tego Akwinata opracował szereg problemów całkowicie nowych dla teorii państwa, nie podnoszonych przezeń później m.in. na łamach *Sumy teologicznej* głównie w jej częściach poświęconych państwu, a to zasadniczo w tomie XVII *Roztropność*, a szczególnie w tomie XVIII *Sprawiedliwość*. Przede wszystkim na uwagę w traktacie o Cyprze zasługuje problematyka aksjologii i celowości sprawowania władzy, nowa interpretacja monarchii (królestwa) w konfrontacji z jej patologią, to jest tyranią oraz wykład poświęcony relacjom państwa i kościoła. Ten ostatni, zdaniem wielu badaczy myśli Tomaszowej, okazuje się najpełniejszym studium tego problemu w całej filozofii Akwinaty. Z tych względów war-

[5] M.D. Chenu, *Święty Tomasz z Akwinu i teologia*, tłum. A. Ziernicki, Kraków 1997, s. 115 i nast.

to wyeksponować oryginalność dziełka o Cyprze i poświęcić mu nieco uwagi, by w tym szerszym kontekście odczytywać całość filozofii politycznej św. Tomasza.

Praca *O królowaniu* w przyjętym układzie rozdziałów, koncentruje się na trzech podstawowych grupach problemów: a) cele monarchii; są to rozdziały 1–4, b) praktyczne sprawowanie władzy przez monarchę; rozdziały 5–8, c) ocena władcy z punktu widzenia aksjologii chrześcijańskiej; rozdz. 9–15[6]. Taki podział dowodzi, że Akwinata nie odszedł od arystotelesowskich przesłanek rozumowania; wręcz odwrotnie – w oryginalny sposób dokonał ich chrystianizacji przez połączenie założeń klasyfikacyjnych Stagiryty z chrześcijańską aksjologią. Wprawdzie założeniem metodologicznym św. Tomasza pozostają arystotelesowskie klasyfikacje form ustrojowych, jednak w przeciwieństwie do filozofa, nie eksponuje *politei*, dowodząc wyższości monarchii. Z jednej strony, można to nazwać motywem ikonicznym w myśleniu Akwinaty[7], z drugiej, cały czas monarcha traktowany jest w kategoriach filozofii sprawiedliwości będącej kryterium rządów rozsądnych. Motyw ikoniczny zakłada bowiem pojmowanie monarchy na wzór istoty boskiej. Stąd wyprowadził Tomasz chrześcijańskie przesłanki sensowności i racjonalności oceny ustroju monarchicznego, jako tzw. mniejszego dobra, w konfrontacji z boskim dobrem najwyższym. Natomiast sprawiedliwość zasadniczo ujmowana w kategoriach arystotelesowskiej filozofii, w odniesieniu do monarchy powinna dawać wykład racjonalnych przesłanek sensowności odwołania się takiej właśnie formy. Zatem – w przekonaniu Akwinaty – najlepszym zalecanym Cyprowi ustrojem będzie, w sensie arystotelesowskim monarchia, ujmowana jednak według chrześcijańskich kryteriów.

ARYSTOTELESOWSKA MONARCHIA

Przywołując arystotelesowską klasyfikację ustrojów (rozdz. 4 *De regimine*), św. Tomasz dokonuje swoistego przewartościowania względem

[6] M. Matyszkowicz we *Wstępie* [do:] Św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu*..., określa te części jako problematyka metafizyczna, praktyczna i teologiczna, s. 16.

[7] Św. Tomasz: „Jak nad pszczołami jest jeden król, tak nad całym wszechświatem jest jeden Bóg – Stwórca wszechrzeczy i ich Rządca. I jest to rozumne. Wszelka bowiem mnogość wywodzi się z jedności. Z tego powodu, jeśli ludzkie dzieła naśladują naturalne i o tyle jest lepszy taki ludzki wytwór, o ile stara się upodobnić do tego, co w naturze, to – z konieczności – najlepsze dla ludzkiej wspólnoty jest to, by królował nad nią jeden", *O królowaniu*..., s. 49.

założeń Stagiryty, eksponując monarchię jako formę najlepszą. Otóż zakładając, zgodnie z teorią, że do ustrojów sprawiedliwych należą monarchia, arystokracja i *politea*, wybiera królestwo jako ustrojową formę *polis* najbardziej właściwą do praktycznego zastosowania. Nawet ucieka się do swoistej hierarchizacji ustrojów sprawiedliwych, w ramach której „królestwo jest lepsze od arystokracji, ta zaś – od *politei*"[8]. Odwrotnością tego jest podział na tyranię, oligarchię i demokrację, gdzie „z konieczności najgorsza jest tyrania". Eksponując walory monarchii Tomasz w jednakowym stopniu potępia tyranię. Inne niesprawiedliwe formy, w postaci oligarchii i demokracji, wydają się wyraźnie mniej destrukcyjne niż właśnie tyrania. Oligarchia oznacza bowiem egoistyczne rządy jakiejś grupy, demokracja takie same rządy ogółu, a mniejszy stopień zła w tych ustrojach kojarzy się mimo wszystko z władzą rozproszoną bądź w ramach grupy, bądź większości społeczeństwa. Odwrotnie sprawa ma się w tyranii, gdzie władza pozostaje skoncentrowana w jednym ręku, a poprzez jej egoistyczne używanie stanowi zagrożenie dla całej *polis*.

Monarchia odpowiada bowiem w podjętym doradztwie politycznym podstawowym założeniom Akwinaty. Mianowicie chodzi o wskazanie katalogu celów głównych stojących przed dobrze zorganizowanym państwem oraz skonfrontowanie ich ze społeczną naturą osobowości człowieka. Cele państwa sprowadzają się do działań racjonalnych sprawiedliwie porządkujących życie jednostki i zbiorowości, jest to „światło rozumu" nakazujące obywatelowi i społeczeństwu działanie w kierunku realizacji dobra własnego, a więc dobra pojmowanego w kategoriach najszerszego uspołecznienia. Takie założenie odpowiada społecznej naturze człowieka, dowodząc tym samym, że optymalną formą kierowania tak pomyślaną społecznością jest monarchia. Rozsądne rządy grupowe w postaci arystokracji czy *politei*, zdaniem Akwinaty, doprowadzić mogą do „rozproszenia" zasadniczego celu działania ogółu, w postaci programu realizacji najszerzej pomyślanego dobra powszechnego.

Patrząc z tej perspektywy okazuje się, że św. Tomasz nie podziela arystotelesowskich fascynacji *politeą*, eksponując bowiem walory monarchii, zakłada jej wyższą sprawność w dziele racjonalnego i sprawiedliwego jednoczenia zbiorowości wokół osoby monarchy[9]. Monarchia

[8] *Ibidem*, s. 51.

[9] Św. Tomasz: „Jeśli więc jest naturalne dla człowieka, że żyje we wspólnocie, to i konieczne jest, by wśród ludzi był ktoś, kto króluje nad wspólnotą. Skoro bowiem jest wielu ludzi, a każdy troszczy się o to, co mu odpowiada, wspólnota rozproszyłaby się w różne strony, gdyby nie było kogoś, kto troszczy się także o to, co należy do dobra całej wspólnoty". *O królowaniu*..., s. 39.

pozostaje ustrojem gwarantującym wolność jednostki, a w rezultacie wolność całości i to jest – w przekonaniu Akwinaty – najwyższe kryterium sprawiedliwości i rozsądku[10]. Odwrotnością pozostaje tyrania, w której prywata władcy dążącego do osiągnięcia jedynie korzyści własnych, okazuje się zagrożeniem dla powszechnej wolności. Dodatkowym argumentem przemawiającym za monarchią jest kryterium, wedle którego „skuteczniej przyczynia się [ona] do zachowania jedności jako pokoju"[11]. Ten katalog walorów staje się całkowicie przekonującym dla wskazania monarchii jako formy najbardziej właściwej, odpowiadającej – zdaniem Akwinaty – przesłaniu wyprowadzonemu z tekstów świętych[12].

W rozdz. IV, zamykającym pierwszą część *De regimine*, pogłębia Akwinata argumentację przemawiającą za odrzuceniem tyranii. „Moc zaś niesprawiedliwego władcy wyrządza zbiorowości szkodę, gdy jej dobro wspólne władca obraca na swoje dobro"[13]. O ile w monarchii celem władcy jest dobro wspólne, o tyle w tyranii dobro wspólne zamienione zostaje w prywatne dobro panującego. Te same procesy zachodzą w oligarchii i demokracji, z tą różnicą, że w oligarchii dominuje egoizm grupowy oligarchów, a w demokracji egoizm większości. Obydwie te patologiczne formy znajdują formę szczytową – a więc najgorszą – w postaci tyranii, gdzie jednostka-tyran zawłaszcza wszystko, włącznie z wolnością obywatelską. Tyran, według opisu Akwinaty, kierując się egoizmem własnym, unicestwia dobra każdego obywatela działając wyłącznie na rzecz dobra własnego. Ponadto polityka tyrana opiera się na silnej podbudowie emocjonalnej, likwidującej jakąkolwiek analizę racjonalną, prowadząc tym samym do decyzji nieobliczalnych, z zasady destrukcyjnych tak dla dobra jednostki, jak i zbiorowości. W dalszym ciągu Akwinata, nawiązując do Tuliusza wskazuje, że w tyranii ludzie „karmieni są strachem"[14], a w rezultacie popadają „w zniewolenie duchowe" będące stanem degradacji ich osobowości. Oznaczać to tylko może, że tyrania

[10] Św. Tomasz: „Wolnym jest ten, kto sam dla siebie stanowi przyczynę, a niewolnym, kto jest tym, czym jest, za sprawą drugiego. Jeśli więc wspólnotę wolnych królujący kieruje ku dobru wspólnemu społeczności, to powstaje ustrój właściwy i sprawiedliwy, który przystoi ludziom wolnym. Jeśli zaś ustrój nie będzie ukierunkowany na dobro wspólne zbiorowości, lecz na prywatne dobro królującego, to mamy do czynienia z ustrojem niesprawiedliwym i przewrotnym". *O królowaniu…*, s. 43.

[11] *Ibidem*, s. 47.

[12] Św. Tomasz: „Dlatego zapowiedział Pan swojemu ludowi przez proroków, że ustanowi jedną głowę i jednego pierwszego pośród nich" (s. 49).

[13] *Ibidem*, s. 51.

[14] *Ibidem*, s. 55.

jest ustrojem skrajnie nierozsądnym i niesprawiedliwym, tym bardziej eksponującym walory swego przeciwieństwa w postaci monarchii.

Doradztwo praktyczne Akwinaty

Druga część rozważań zawartych w *De regimine* zawiera uwagi praktyczne skierowane do monarchy[15]. Sformułowane one zostały nie tylko z punktu widzenia celów samego ustroju monarchicznego, lecz również z punktu widzenia aksjologii chrześcijańskiego władcy. Zatem część druga pracy (rozdz. 5–8) okazuje się logicznym łącznikiem między częścią pierwszą, stanowiąc metodologiczne przygotowanie do części trzeciej – metafizycznej. Punktem wyjścia tej części wykładu Akwinaty jest przekonanie, że każda władza jednostki budzi niepokój poddanych głównie z powodu złych doświadczeń tyranii. Równie silną okazuje się obawa przed monarchą mogącym w każdej chwili przekształcić się w tyrana, ponieważ w jednym i drugim wypadku są to rządy jednostki[16]. Niestety, liczne doświadczenia nagromadzone w historii wskazują na możliwość takiego procesu, stając się punktem wyjścia potencjalnej nieufności poddanych względem ustroju monarchistycznego. Z tego względu utrzymanie władzy jednostki w granicach odpowiadających wzorcom monarchicznym, wymaga poszanowania wielu zasad rozsądnego i sprawiedliwego kierowania państwem. Te zasady wyłożone zostały w części drugiej *De regimine*, ponieważ mamy tam do czynienia z praktycznymi radami będącymi przesłanką osiągnięcia pożądanego celu, chociaż ten zawsze powinien być oceniany w świetle aksjologii chrześcijańskiej. W innym wypadku zasady praktyczne nie mają większego sensu, grożąc destrukcją całego dzieła, oznaczającą osunięcie się państwa w otchłań tyranii lub anarchii.

Akwinata dowodzi, że „rządy wielu" stanowią największe niebezpieczeństwo dla porządku publicznego głównie poprzez zagrożenie przekształcenia się w tyranię. Równie niebezpieczną jest sytuacja – po-

[15] Wystarczy przytoczyć tytuły rozdziałów części drugiej; rozdz. V: O tym, dlaczego królewska godność wydaje się poddanym wstrętna, rozdz. VI: O tym, że rządy wielu znacznie częściej przeobrażają się w tyranię, niż rządy jednego i stąd rządy jednego są lepsze, rozdz. VII: O tym w jaki sposób należy się zabezpieczyć, by król nie stał się tyranem, rozdz. VIII: O tym, że doczesna część i chwała nie są wystarczającą nagrodą dla króla.

[16] Św. Tomasz w rozdz. V (5.4): „Z obu stron zatem zagrażają niebezpieczeństwa; albo, gdy z obawy przed tyranem, unika się najlepszego panowania króla, albo, gdy się tego pragnie, a władza królewska obraca się w złośliwą tyranię" (s. 61).

wiedzielibyśmy – na pograniczu demokracji i anarchii, gdzie wyłania się kilku przywódców dzielących lud na zwalczające się ugrupowania. Dobro wspólne ulega wówczas całkowitej degradacji przekształcając się w brutalną walkę o władzę poszczególnych koterii i nawet sukces jednej z nich nie oznacza nic innego, jak ustanowienie tyranii zwycięskiego przywódcy. Zatem demokracja zajmująca miejsce w arystotelesowskich klasyfikacjach jako nierozsądny ustrój „ogółu", w interpretacjach Tomaszowych okazuje się – poza tyranią – ustrojem najgorszym, ponieważ najczęściej generującym jedynowładztwo[17]. Poucza o tym historia starożytnego Rzymu, gdzie rządy republikańskie wyzwalały brutalne tyranie, podczas gdy rządy monarchiczne nie zawsze ulegały aż takiej degeneracji. Wynika z tego jedna podstawowa konkluzja, że władza królewska jest lepsza od władzy ogółu i w tym sensie demokracja jako forma ustrojowa zawsze ustępuje przed monarchią, tak jak rządy niesprawiedliwe ustąpić powinny przed sprawiedliwymi[18].

TEORIA „MIĘKKIEJ TYRANII"

Ustanowienie władzy królewskiej wymaga niekiedy rewolucyjnego wysiłku całego społeczeństwa i z tego punktu widzenia św. Tomasz odwołuje się nowej wersji klasyfikacyjnej, opartej na „miękkiej tyranii" – w domyśle przeciwstawianej „tyranii twardej". Chodzi o ocenę aktualnej tyranii pod kątem jej brutalności i jeśli byłaby to tyrania „miękka", to należałoby się zastanowić nad ryzykiem jej obalenia. Chodzi o możliwość „znoszenia" tyranii miękkiej jako mniejszego zła, w porównaniu z ryzykiem, jakie niesie ze sobą zamach (tyranobójstwo). Otóż bywały sytuacje, gdy obalony – czasami z pomocą zewnętrzną – despota, prowokuje nowego władcę do ustanowienia jeszcze gorszej tyranii i mamy wówczas sytuację przejścia od miękkiej do brutalnej tyranii. Także rewo-

[17] Św. Tomasz: „Jeśli zaś na czele stoi jeden, to zwykle ogląda się on za dobrem wspólnym, a gdy tylko wzgardzi dobrem wspólnym, nie musi to od razu znaczyć, że ma zamiar uciskać poddanych, co jest szalonym przerostem tyranii i – jak zostało pokazane wyżej – najwyższym stopniem niegodziwości rządów. Bardziej zatem należy unikać niebezpieczeństw, które wynikają ze sterów wielu, niż jednego" (s. 63).

[18] Św. Tomasz: „Jeśli więc królestwo, które jest najlepszym systemem rządów, wydaje się najbardziej zasługiwać na unikanie z powodu tyranii, a tyrania zdarza się nie rzadziej, ale częściej, tam gdzie rządzi wielu, a nie jeden, to nie pozostaje nic innego, jak uznać, że lepiej jest żyć pod jednym królem, niż pod rządem wielu" (s. 65).

lucja przeciw „miękkiemu" tyranowi – jako po prostu rewolucja – może podzielić lud tak, że nie jest możliwe sprawowanie rządów definiowanych teoretycznie jako królestwo, ponieważ w dalszym ciągu poszczególne koterie dążą do przejęcia władzy[19]. Akwinata nie udziela jasnej odpowiedzi na pytanie, kto powinien zdecydować o „zgładzeniu" tyrana. Z jednej strony mówi o decyzji „dzielnych i cnotliwych mężów"[20], a z drugiej, odwołuje się do kontraktualnej teorii władzy. „Dzielni mężowie" to zapewne jakaś oświecona elita, natomiast bardziej czytelne jest odwołanie się do teorii umowy społecznej, gdzie z pewnością wstępnie przewidziano warunki odpowiadające wzorcom władzy monarchicznej, pogwałconej następnie w kolejnych stadiach degradacji, prowadzącej do rządów tyrańskich.

W zakończeniu tej części *De regimine* Akwinata analizuje znane wśród wcześniejszych filozofów kryterium dobrego władcy polegające na osiągnięciu „czci i chwały". Przywołuje tutaj poglądy Stagiryty zaczerpnięte głównie z *Etyki Nikomachejskiej*, opierające się na wyeksponowaniu „chwały" jako kryterium monarchy, ponieważ jeśli panujący porzuci ten właśnie punkt odniesienia, „niechybnie" staje się tyranem. Nie godzi się z tym Akwinata cytując przestrogi Tuliusza, wskazującego w traktacie *O powinnościach* niebezpieczeństwa związane z dążeniem monarchy do chwały. W ślad za tym podkreśla, że takie zachowanie panującego rozbudza w nim emocję „pożądania chwały", co uzależnia go od poszukiwania doraźnej przychylności ludu. Postawa taka nie może kształtować działania metodycznego, powiedzielibyśmy strategicznego i – zdaniem Tomasza – „nie przystoi królowi"[21]. Ponadto dążenie do „chwały" niesie ze sobą liczne niebezpieczeństwa zazwyczaj mające swe

[19] Św. Tomasz: „Zdarza się także, że gdy społeczność z cudzą pomocą przepędzi tyrana, zwycięzca, przejąwszy władzę, przepoczwarza się w tyrana, a bojąc się, że doświadczy od innych tego, co sam uczynił poprzednikowi, jeszcze cięższym zniewoleniem uciska poddanych. Oto co zwykle dzieje się z tyranami: każdy następny jest gorszy od poprzedniego" (s. 67).

[20] Św. Tomasz: „Natomiast jeśli już z bólem nie da się znieść wybryków tyrana, to zgładzenie tyrana było, według niektórych, zadaniem dzielnych i cnotliwych mężów, podobnie jak narażenie na ryzyko śmierci, by wyzwolić społeczność" (s. 69).

[21] Św. Tomasz: „I dlatego wspomniany Tuliusz mówi w *O powinnościach*, że należy strzec się przed pożądaniem chwały. Niszczy [ono] bowiem wolność duszy, której mężowie szlachetni duchem powinni poświęcać wszelkie starania. Nic zaś bardziej nie przystoi władcy, który został ustanowiony, by zabiegał o dobro, niż szlachetność ducha. A zatem ludzka chwała nie jest właściwą nagrodą za królewską posługę" (s. 75).

źródło w niezdrowych ambicjach uzyskania nadmiernej popularności. W wojnach oznaczało to przykładowo ryzyko podejmowania brawurowych akcji, niekiedy zgubnych dla panującego, a z pewnością dążenie do chwały niewiele miało wspólnego z dobrem wspólnoty.

Pożądanie chwały niesie ze sobą dodatkowo niebezpieczeństwo „udawania" – a więc stwarzania jedynie pozorów – konstruktywnego działania. Z tej perspektywy władca improwizuje przedsięwzięcia mające pozostawić jedynie wrażenie, a w rzeczy samej są to akcje bezwartościowe, budujące jedynie wyobrażenia panującego o własnej potędze. Akwinata nawiązując do rozważań św. Augustyna, wskazuje, że dążenie do „dobrej chwały" posiada jednak jakiś zaczyn działań konstruktywnych[22]. Zdając sobie sprawę, że w *De regimine* nie przedstawił konkretnych rozwiązań walki z tyranem, wręcz przeciwnie, rozważał wady i zalety rządów dobrych i niesprawiedliwych, w rezultacie doszedł do pojęcia „miękkiej tyranii". W konkluzjach tej części rozważań – jako możliwość ostateczną – zalecił zwrócenie się do Opatrzności z prośbą o „mądre rządy", czego w żadnym wypadku nie czynił Arystoteles, zawsze traktując sprawy ustrojowe jako rezultat działań rozumnych bądź nierozumnych. Patrząc z tej perspektywy eschatologia Akwinaty nadaje racjonalizmowi Arystotelesa zupełnie inny wymiar, powiedzielibyśmy charakterystyczny nie tylko dla chrześcijańskiego średniowiecza, ale w dalszym ciągu inspirujący szeroko pojętą doktrynę papiestwa.

TEOLOGIA POLITYCZNA AKWINATY

Ten wątek pojawia się w drugiej części *De regimine* zapowiadając przejście do części trzeciej wyłącznie poświęconej problematyce – nazwijmy to – teologii politycznej. Jednak z metodologicznego punktu widzenia wskazanie takiej właśnie możliwości, zapewne doniosłej dla chrześcijanina, z pewnością wydaje się nieprzekonujące z punktu widzenia wzorcowej tutaj myśli Stagiryty. Wskazuje na wyraźne odejście Akwinaty od antycznego racjonalizmu i odwołanie się do zjawisk nadprzyrodzonych, zapewne oznaczających dokonanie znacznych uproszczeń badawczych[23].

[22] Św. Tomasz: „Ponieważ chwała, której ludzie pożądają – jak powiedział Augustyn – jest niczym innym, jak dobrym sądem jednych ludzi o innych ludziach. Pożądanie chwały ma bowiem w sobie jakiś ślad cnoty, gdyż przynajmniej szuka akceptacji u dobrych, a unika ich niezadowolenia" (s. 79).

[23] Św. Tomasz: „Jeśli zaś wszelka ludzka pomoc przeciw tyranowi nie jest możliwa, należy zwrócić się do Boga – Króla wszechrzeczy, który jest wspomożycielem w przeciwnościach i ucisku" (s. 71).

Tak więc część trzecia *De regimine* (rozdz. IX–XV), obejmująca największą liczbę rozdziałów, ma za przedmiot sprawy dla Akwinaty fundamentalne, ponieważ zawiera wykład chrześcijańskiej aksjologii przedstawiony w perspektywie sprawowania władzy królewskiej. Tym samym św. Tomasz zmierza drogą chrystianizacji myśli Arystotelesa, ponieważ tradycyjnym klasyfikacjom Stagiryty nadaje treści chrześcijańskie. Z tego względu część trzecią rozprawy o Cyprze możemy nazwać teologią władzy lub teologią polityczną, ponieważ jej sens sprowadza się do oceny poczynionych już ustaleń w świetle aksjologii chrześcijańskiej.

Ten najważniejszy fragment Tomaszowych rozważań ująć można w kilku punktach. Po pierwsze, metodą pozostaje teoria ikony, gdzie władza monarchy wzorowana jest na władzy boskiej, przy czym ta perspektywa wskazuje na podstawowy układ hierarchiczny, w ramach którego monarcha jest jedynie „sługą" boskim[24]. A jeśli tak, to władca musi realizować swe panowanie poprzez model monarchii jeszcze raz skontrastowany z tyranią i pozostałymi mniej zdegenerowanymi ustrojami. Monarchia – poza rządami rozsądnymi – osiąga najpełniejszy ustrój ludzkiej sprawiedliwości, w wypadku Akwinaty, jest to model wzorowany na sprawiedliwości boskiej. Z tej perspektywy wcześniejsze pojęcia składające się na definicje i oceny rządów, nabierają nowego znaczenia treściowego, ponieważ analizowane są jedynie z perspektywy aksjologii chrześcijańskiej. Posiada ona oczywiście charakter bezwzględny, powiedzielibyśmy niepodważalny, w przeciwieństwie do względności filozofii racjonalnej, w tym racjonalizmu antycznego. Taka postawa metodologiczna z pewnością nie odpowiadała założeniom filozofii politycznej Arystotelesa, ale Tomaszowe dzieło polegało właśnie na nadaniu teorii filozofa nowego, naówczas chrześcijańskiego, wyrazu.

Monarcha a chrześcijański władca

Po drugie, wzorzec antycznego monarchy (*basileusa*) różnie ujmowany w poszczególnych klasyfikacjach, chociaż – jak wiadomo – klasyfikacja Arystotelesa jest tutaj podstawową – posłużył Akwinacie do opracowania teorii „chrześcijańskiego władcy". Z pewnością można powiedzieć, że „chrześcijański władca" pozostaje nowym naówczas odpowiednikiem teoretycznego modelu monarchy wyprowadzonego ze szkoły perypate-

[24] Św. Tomasz: „Właściwym jest przeto, by król wyczekiwał nagrody od Boga. Sługa bowiem wyczekuje nagrody za swą posługę od pana. Król zaś, rządząc ludem, jest sługą Boga" (s. 81).

tyckiej[25]. Dynamika zjawiska opiera się na uznaniu podstawowego kryterium oceny działań monarchy z punktu widzenia „Mądrości Bożej". Zakładając konstrukcję umysłu ludzkiego opartą na ikonograficznej boskiej doskonałości, dochodzimy do przekonania, że władca posiadając intelekt o takich walorach, stosując odpowiednie procedury[26], trafnie rozpoznać może „dobro powszechne". W rezultacie teoria „chrześcijańskiego władcy", wydaje się, wyraźniej eksponuje pozycję panującego, niż miało to miejsce w interpretacjach arystotelesowskich. Tak skonstruowane tło ikonograficzne oparte na chrześcijańskiej aksjologii, stawia monarchię zdecydowanie ponad pozostałymi formami rządów, ponieważ monarcha staje się przeciwwagą wszystkich ustrojów, w tym arystotelesowskich ustrojów rozsądnych. Nieco odmiennie sprawa przedstawia się – jak wiadomo – u Arystotelesa, gdzie królestwo okazuje się zaledwie jedną z form prawidłowego sprawowania władzy i to niosącą ryzyko przekształcenia się w tyranię.

Po trzecie, eschatologiczne cele władzy królewskiej znajdują wyraz w nagrodzie, jaką otrzymuje panujący za sprawiedliwe rządy w postaci łask bożych[27]. A zatem tzw. doczesność nie może stać się kryterium podstawowym w ocenie wartości czy sprawności sprawiedliwego monarchy. Królowanie, obejmując całą społeczność, okazuje się szansą urzeczywistniania dobra na skalę nieporównanie szerszą niż życie jednostki czy grupy, w tym sensie będąc dziełem boskim[28]. Takie pojmowanie władzy świadczy o zaangażowaniu „boskiego autorytetu" w kierowanie państwem, pod warunkiem jednak spełnienia rygorystycznych

[25] Św. Tomasz: „Lecz nazywamy ich szczęśliwymi, jeśli sprawiedliwie władają; jeśli wolą panować nad swoimi złymi żądzami, niż nad jakimiś narodami, jeśli wszystko czynią nie ze względu na żądzę próżnej chwały, ale umiłowanie szczęśliwości wieczystej. Takich to chrześcijańskich władców nazywamy szczęśliwymi, na razie w nadziei, a potem w samej rzeczywistości, gdyż już nastanie to, czego oczekujemy" (s. 85).

[26] Św. Tomasz: „Co więcej, dla umysłu człowieka dobro powszechne jest poznawalne przez intelekt i pożądane przez wolę, nigdzie indziej zaś nie odnajdzie się dobra powszechnego, jak tylko w Bogu. Nic innego zatem nie może uczynić człowieka szczęśliwym, zaspakajając jego pragnienia oprócz Boga" (s. 85).

[27] Św. Tomasz: „Znamienitej więc cnocie właściwe jest to, że dzięki niej można dobrze sprawować królewską posługę, należy się jej zatem i wspaniała szczęśliwość za nagrodę" (s. 89).

[28] Św. Tomasz: „Co więcej, jeśli jest cnotliwe, by dzięki niej dzieło człowieka stawało się dobrym, większą cnotą zdaje się być ta, przez którą ktoś czyni większe dobro. Większe i bardziej boskie zaś jest dobro społeczności, niż dobro jednostki" (s. 90–91).

wymogów stojących przed „chrześcijańskim władcą"[29]. Wymaga to jednak od panującego postawy należytej powściągliwości, ponieważ będąc narażonym na ciągłe otrzymywanie wyrazów szacunku, mającego źródło w nadgorliwości poddanych, a mogącego okazać się czynnikiem destrukcji. Tak pojmowana „doczesność" może zdemoralizować monarchę, eksponując cechy tyranii, a to oznaczałoby regres w całym przedsięwzięciu mającym na celu wypracowanie modelu „chrześcijańskiego władcy". Nie wydaje się jednak, że Akwinata osiągnął w pełni założony rezultat badawczy, to znaczy opracował całościowy wzorzec osobowości króla. Wskazał przynajmniej – i to nie ulega wątpliwości – na cechy podstawowe sposobu sprawowania przezeń władzy a przede wszystkim nakreślił cele tej władzy zinterpretowane w świetle chrześcijańskiej aksjologii.

Dialektyka i hilemorfizm

Po czwarte, wydaje się, że całość rozumowania Akwinaty zakłada przebieg zdarzeń pojmowanych w kategoriach swoistej dialektyki opartej na przeciwstawnych biegunach wzorca „chrześcijańskiego władcy" i tyrana. Taka postawa metodologiczna zakłada niejako ciągłą zmienność sytuacji w tym sensie, że modelowy „chrześcijański władca" niemalże w każdej chwili może ulec degeneracji i przekształcić się w tyrana. Stąd liczne przestrogi na które stara się wskazać św. Tomasz, w założeniu powinny pomóc królowi w utrzymaniu należytego dystansu względem pokus tego świata, wszystko po to, by realizować władzę w granicach wyznaczonych przez eschatologicznie zdefiniowane cele. Mówiąc o tak pojmowanej dialektyce, warto zauważyć, że Akwinata wprawdzie dość często w *De regimine* powołuje się lub wręcz cytuje św. Augustyna, jednak nie przywołuje bezpośrednio augustiańskiej dialektyki, którą jednak w założeniu stosuje. Mianowicie „chrześcijański władca" to potencjalny zestaw aksjologii odpowiadający *Civitas Dei*, podczas gdy rządy tyrańskie to *Civitas terrena*. Jeśli tak, to dialektyczna interpretacja tych zjawisk zakłada ich ciągłą zmienność. Mianowicie nie ma żadnej gwarancji, że nawet wzorcowy „chrześcijański władca" nie stanie się w rezultacie możliwych do przewidzenia procesów degeneracji – tyranem.

[29] Św. Tomasz: „Nie tylko samym rozumem wskazuje się, że królom należy się najwspanialsza nagroda, lecz i potwierdza to sam Boski autorytet… To zaś było w jakimś stopniu wyjaśnione u pogan, gdy wyobrażali sobie rządców i bohaterów *civitates* jako przeobrażających się w bogów" (s. 93).

Stąd zalecana przez Akwinatę czujność, powiedzielibyśmy aktywność moralna i racjonalna, mająca na celu prowadzenie kontroli pod kątem spełniania przez panującego wszystkich kryteriów, okazuje się gwarancją stabilności „chrześcijańskiego władcy".

Po piąte, Tomaszowa relacja łącząca króla ze społeczeństwem skonstruowana została na zasadzie swoistego hilemorfizmu, na co wskazuje również tytuł rozdziału XIII *De regimine,* gdzie czytamy, „że król jest tym w królestwie, czym dusza w ciele i Bóg w świecie". Akwinata na wstępie wyróżnia porządek uniwersalny i partykularny zakładając, że porządek uniwersalny odpowiada boskiemu dziełu stworzenia świata, natomiast porządek partykularny dotyczy organizacji osobowości rozsądnie działającego człowieka, będącego swoistym „mikrokosmosem". Oba porządki pozostają w ścisłej relacji, przy czym uniwersalizm jest swoistym prawzorcem wszystkich partykularyzmów. W organizacji państwa porządek uniwersalny znajduje odbicie w osobie i rozumie „chrześcijańskiego" władcy panującego nad porządkami partykularnymi poddanych[30]. Taki wzorzec monarchy okazuje się rozumem potencjalnym, oddziałującym bezpośrednio na racjonalne zachowania poddanych. W tym aspekcie Akwinata traktuje jedynie o „posłudze królewskiej" względem społeczności, przy czym immanentność rozsądku władcy wraz z jego inspiracyjnymi funkcjami względem państwa, wskazuje na istnienie swoistej jedności czynnika niematerialnego (rozum) i materialnego (państwo), dowodząc możliwości odwołania się do hilemorfistycznej metody interpretacji walorów chrześcijańskiego władcy[31].

SPRAWIEDLIWOŚĆ I HARMONICZNOŚĆ

Po szóste, założeniem każdego państwa jest ustanowienie rządów ludzkich, będących odpowiednikiem panowania boskiego. Rezultatem tego okazuje się poszukiwanie analogii w mądrym urządzeniu królestwa na-

[30] Św. Tomasz: „A ponieważ człowiek jest zwierzęciem z natury społecznym, żyjącym w społeczności, podobieństwo do Bożego porządku w człowieku nie znajdujemy tylko w tym, że rozum króluje poszczególnym częściom człowieka, ale jeszcze w tym, że rozumem jeden człowiek króluje społeczności – co też najbardziej dotyczy królewskiej posługi" (s. 109).

[31] Św. Tomasz: „Niech zatem zrozumie ten, kto przyjął królewską posługę, by był w królestwie tym, czym w ciele dusza i czym Bóg w świecie. I jeśli starannie to przemyśli, to z jednej strony, stanie do boju o sprawiedliwość, gdy tylko zrozumie, że do jego stanu należy, by kierować królestwem w imię Bożego sądu" (s. 109).

stępującym na wzór boskiego porządku świata[32]. Podstawową pozostaje metoda harmoniczności funkcjonowania wszystkich części królestwa, gdzie czynnikiem sprawczym jest rozum panującego, podobnie jak założona istota boska dynamizuje harmonię wszechświata. Akwinata opierając się na tej zasadzie w podsumowaniu swych poszukiwań (rozdz. XV) dochodzi do konkluzji: „I jak założenia miasta lub królestwa odpowiednio zaczerpnięto z formy założenia świata, tak i pojęcie rządów powinno pochodzić od rządów Bożych"[33]. Patrząc z tej perspektywy, mianowicie niepodważalnego idealistycznego wzorca, Akwinata rozważa relację między władzą kościelną i polityczną w królestwie, dochodząc do przekonania o konieczności uznania przewagi rządów kościelnych, czyli papiestwa, nad władzą monarchy[34]. Taka sentencja wyłożona przynajmniej w rozdz. XV *De regimine* nie może być zaskoczeniem, okazuje się po prostu konsekwencją przyjętych założeń metodologicznych. Natomiast – wydaje się – można rozważać, na tle ustaleń Akwinaty, problem niezależności politycznej monarchy od władzy kościelnej, jako swoistej autonomii jego działania. W innym wypadku mądrość panującego nie miałaby szans realizacji, byłaby jedynie wartością potencjalną, skazując Tomaszowe konkluzje na nihilizm. Tym samym całość doradztwa politycznego zawarta w *De regimine* funkcjonowałaby jedynie w sferze teoretycznych fikcji pozostających w sprzeczności z założeniem podstawowym dziełka, jakim było właśnie doradztwo praktyczne.

Po siódme, biorąc za punkt wyjścia arystotelesowskie klasyfikacje ustrojowe i miejsce zajmowane przez monarchę, także w przeciwieństwie do tyranii, można zaryzykować twierdzenie, że Akwinata tworząc wzorzec „chrześcijańskiego władcy", znacznie wyżej stawiał tak pomyślaną monarchię niż czynił to Arystoteles. Wprawdzie punktem

[32] Św. Tomasz: „Nie byłaby zatem w pełni poznawalna posługa rządzenia, gdyby wiązała się z nieznajomością sposobu, w jaki została ustanowiona. A sposób ustanowienia królestwa powinien być wzięty z przykładu ustanowienia świata, w którym najpierw niech będzie rozważone samo wytworzenie rzeczy, a potem uporządkowanie ich w zróżnicowaniu części świata" (s. 111).

[33] *Ibidem*, s. 115.

[34] Św. Tomasz: „Co więcej, wszystkich wiernych Chrystusowi, na tyle, na ile są jego członkami, nazywa się i królami i kapłanami. Służbę więc temu królestwu, aby odróżnić rzeczy ziemskie od duchowych, powierzono nie ziemskim królom, ale kapłanom – a przede wszystkim najwyższemu kapłanowi, następcy Piotra, wikariuszowi Chrystusa, czyli biskupowi Rzymu, któremu winni są poddaństwo wszyscy królowie ludu chrześcijańskiego… To przecież jemu, do którego należy troska o cel ostateczny, winni są poddaństwo ci, do których należy troska o cel ostateczny" (s. 119).

wyjścia rozważań św. Tomasza była oczywiście arystotelesowska tabela ustrojów, to jednak nadanie dotychczasowemu *basileusowi* cech wyprowadzonych z aksjologii chrześcijańskiej, lokowało go znacznie wyżej we wszystkich klasyfikacjach ustrojowych, niż miało to miejsce w starożytności. Według Arystotelesa, władza królewska pozostaje po prostu jedną z form rozsądnych rządów jednostki, podczas gdy u Tomasza „chrześcijański władca" staje się podstawową instytucją w organizacji państwa. Przeciwstawienie tak skonstruowanego modelu władcy służy Akwinacie do skontrastowania go z jego przeciwieństwem w postaci tyrana i o ile w zakresie interpretacji władzy królewskiej poszedł Tomasz znacznie dalej niż Stagiryta, o tyle w komentarzu do tyranii pozostawał raczej w granicach ujęć arystotelesowskich.

Po ósme, chrześcijański monarcha posiada doniosły walor sprawowania „rządów sprawiedliwych". W tym znaczeniu rządy rozsądne stają się odpowiednikiem rządów sprawiedliwych, oczywiście w przeciwstawieniu do tyrańskich rządów nierozsądnych i siłą rzeczy niesprawiedliwych[35]. Akwinata stara się ustalić granicę między rządami sprawiedliwymi a niesprawiedliwymi w działaniu panującego na rzecz dobra wspólnego lub własnego. W tym ostatnim wypadku egoizm władcy staje się czynnikiem demoralizacji prowadzącym do wyeksponowania cech tyranii[36]. Natomiast chrześcijański władca bierze za podstawę „sprawiedliwość bożą" a więc sprawiedliwość – według założeń Tomaszowych – najwyższą[37]. W rezultacie opierając się na dążeniu do chrystianizacji samej filozofii sprawiedliwości, Akwinata eksponuje jej rolę jako kryterium podstawowego w rozgraniczeniu rządów sprawiedliwych i niesprawiedliwych, tym samym rządów królewskich i tyrańskich[38]. Można

[35] Św. Tomasz: „I trzeba jeszcze nadmienić, że te dobra doczesne, dla których tyrani zaniedbują sprawiedliwości, więcej korzyści przynoszą królom, gdy ci służą sprawiedliwości" (s. 95).

[36] Św. Tomasz: „Także w doświadczeniu jest nam dane to, że królowie dzięki sprawiedliwości bogactwa niźli tyrani przez rabunek... I tak wypełnia się to, co powiedział Salomon; jedni, czyli królowie, dzielą bogactwa, obdarzając poddanych, i stają się bogatsi. Inni, czyli tyrani, rabują co nie swoje, a ciągle są w niedostatku" (s. 101).

[37] Św. Tomasz: „Podobnie bywa tak, że zrządzeniem Bożej sprawiedliwości, ci którzy niesprawiedliwie gromadzą bogactwa, rozpraszając je bez żadnej z tego korzyści, lub sprawiedliwie się im je odbiera... Zaś królom, którzy poszukują sprawiedliwości, Bóg doda jeszcze bogactw. Jak to Salomon, gdy prosił o mądrość, by wydać wyrok, otrzymał obietnicę licznych bogactw" (s. 101).

[38] Św. Tomasz: „Stąd więc widać, że choć trwałość władzy, bogactwo, cześć i sława, częściej zjawiają się na życzenie królów niż tyranów, to jednak ze względu na

zatem traktować zasadę sprawiedliwości jako czynnik dynamizujący rozwój monarchii, ponieważ sprawowanie rządów przebiegające w granicach poszanowania jej kryteriów dowodzi pogłębiania się cech rozumnego sprawowania władzy, w przeciwieństwie do destrukcji sprawiedliwości oznaczającej ewolucję w kierunku tyranii. Oczywiście problemem osobnym jest wspomniana już chrystianizacja arystotelesowskiej filozofii sprawiedliwości dokonana przez Akwinatę, chociaż w rozgraniczeniu z tego punktu widzenia monarchii i tyranii, całkowicie wystarczy pojęcie sprawiedliwości wyłożone przez filozofa, przy Tomaszowym założeniu wyższości „sprawiedliwości chrześcijańskiej".

Rozwój filozofii sprawiedliwości i konkluzje

W podsumowaniu zaznaczyć warto, że w *De regimine* Akwinata odwołując się do sprawiedliwości, traktował ją jako wartość „potencjalną", w zasadzie definiowaną intuicyjnie. Pełny natomiast wykład filozofii sprawiedliwości zawarł w późniejszych częściach swej fundamentalnej *Sumy teologicznej*, gdzie sprawiedliwość ulokował w ramach bogatego katalogu chrześcijańsko interpretowanych „cnót". Na wstępie przedstawić więc warto pełen katalog Tomaszowych cnót, by w dalszej kolejności skoncentrować się już tylko na sprawiedliwości. Otóż Akwinata przyjmuje – jako punkt wyjścia – trzy płaszczyzny klasyfikacyjne; a) cnoty intelektualne, b) moralne i c) kardynalne. Dwie pierwsze spełniają rolę katalogu samoistnych wartości, natomiast cnoty kardynalne są kompilacją dwóch poprzednich. Do cnót intelektualnych zalicza: 1) poznawanie prawd pierwszych, 2) wiedzę, 3) mądrość i 4) roztropność. Następnie mamy trzy cnoty moralne: 1) sprawiedliwość, 2) umiarkowanie, 3) męstwo. Ten dwupodział odpowiada metodologicznym założeniom arystotelesowskiego hilemorfizmu, natomiast trzecia grupa tzw. cnót kardynalnych obejmuje: 1) trzy cnoty moralne to jest sprawiedliwość, umiarkowanie i męstwo oraz 2) roztropność wziętą z cnót intelektualnych. Cnoty kardynalne, zwane inaczej głównymi, okazują się w praktyce podstawą prawidłowego działania człowieka, a więc postępowania opartego nie tylko na przesłankach teoretycznych, lecz w równym stopniu postępowania zdeterminowanego moralną postawą jednostki[39].

nie, by tylko nieprawnie je zdobyć, książę popada w tyranię. Nikt przecież nie porzuca sprawiedliwości, jeśli nie ulega pożądaniu jakiegoś dobra" (s. 105).

[39] J. Pieper, *Aktualność cnót kardynalnych. Mądrość, sprawiedliwość, męstwo, umiarkowanie*, „Roczniki Filozoficzne KUL" 1976, R. 24, z. 2, s. 97–106.

Definiowanie w dalszym ciągu przez Akwinatę poszczególnych cnót tworzy zwarty system teoretyczno-praktyczny. Otóż w ramach cnót intelektualnych pierwszą jest cnota *poznawania prawd podstawowych* to jest praw bożych. Drugą jest cnota *wiedzy* oznaczająca umiejętność wyprowadzania z praw bożych logicznych przesłanek nie posiadających wartości bezwzględnych, a więc posiadająca cechy względności. Trzecią jest cnota *mądrości* będąca w tej grupie sprawności wartością dla umysłu podstawową, ponieważ odkrywa przed człowiekiem przyczyny ostateczne i jest poznaniem najbardziej doskonałym i ogólnym. Natomiast cnota *roztropności* oznacza umiejętność wyznaczenia celów i środków działania człowieka (*recta ratio agibilium*) w tym sensie, że uwzględnienie przesłanek jako rezultatów pozostałych cnót intelektualnych, sprowadza się do konieczności uformowania jakiegoś sensownego programu działania. To właśnie jest zadaniem roztropności, której Akwinata poświęca osobny tom XVII *Sumy teologicznej* (*De prudentia*), definiując ją najkrócej: „Stąd Filozof słusznie zauważył, że «roztropność nie jest tylko rozmową, sprawnością jak sztuka», jest zastosowaniem do dzieła, a tego dokonuje za pośrednictwem woli”[40].

W grupie cnót moralnych, a więc uformowanych celem określenia kryteriów działania „prawego człowieka” Akwinata wyróżnia; sprawiedliwość, umiarkowanie i męstwo, poświęcając każdej z nich osobny tom *Sumy teologicznej*[41]. *Sprawiedliwość* to umiejętność oddania każdemu tego mu się słusznie należy i jest cnotą implikującą całokształt moralnej postawy człowieka, chociaż odgrywającą rolę podstawową w relacjach jednostek między sobą oraz w relacjach jednostki względem społeczeństwa i państwa. Cnota *umiarkowania,* w przeciwieństwie do sprawiedliwości, skierowana jest na opanowanie wewnętrznych emocji jednostki, a więc dyspozycji subiektywnych, podczas gdy sprawiedliwość posiada charakter ocen bardziej obiektywnych. Umiarkowanie pozwala człowiekowi nie ulegać doraźnym stanom emocjonalnym poprzez utrzymanie jakiejś „zrównoważonej miary” w odniesieniu do faktów zewnętrznych. Natomiast umiarkowanie w żadnym wypadku nie oznacza pochwały miernoty i przeciętności, wręcz odwrotnie umożliwia jednostce osiąganie najlepszych rezultatów, chroniąc ją przed skutkami destrukcji spowodowanej doraźnymi emocjami. Cnota *męstwa* uzupełnia sprawiedliwość i umiarkowanie w rozsądnym działaniu człowieka w tym sensie, że jednostka w realizacji racjonalnie uzasadnionych celów wyolbrzymiać może poczucie zagrożenia lub niebezpieczeństwa. Oznaczać to może

[40] Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, 17, 1.

[41] T. 18: O sprawiedliwości, t. 21: O męstwie, t. 22: O umiarkowaniu.

wyhamowanie aktywności człowieka niezbędnej przecież do urzeczywistniania racjonalnie skonstruowanego programu działania. W tej sytuacji potrzebna jest cnota męstwa czyli woli rozwinięcia konstruktywnej aktywności i rola tej cnoty polega na wyzwoleniu odporności człowieka. Posiada ona, podobnie jak cnota umiarkowania, charakter subiektywny, a więc jej celem jest niesienie pomocy jednostce w pokonywaniu trudności stwarzanych przez jej stany emocjonalne.

Dochodzą do tego u Akwinaty cnoty *kardynalne* stanowiące kompilację wyprowadzoną z poprzedniej klasyfikacji, obejmującą trzy cnoty moralne (*sprawiedliwość, umiarkowanie i męstwo*) i intelektualną cnotę *roztropności*. Celem ich wyodrębnienia jest wyeksponowanie przez św. Tomasza w jedności zdolności do właściwego postępowania, jak i samego postępowania. Cnoty kardynalne dowodzą realizacji przez Akwinatę programu metodologii hilemorfistycznej w zalecanych wzorcach praktycznego zachowania się. O ile pozostałe cnoty intelektualne (*poznanie zasad pierwszych, wiedza i mądrość*) służą poznaniu wartości obiektywnych, ich interpretacji i przetwarzaniu na teoretyczne programy postępowania jednostki, o tyle cnoty kardynalne (zwane także cnotami *głównymi*) mają na celu wspomaganie praktycznego działania jednostki. Z innego punktu widzenia cnoty intelektualne stanowią dla Akwinaty płaszczyznę myślenia opartego na wzorcach metodologii platońsko-augustiańskiej, natomiast cnoty kardynalne przynoszą odpowiedź określającą zachowania praktyczne, starając się przedstawić formułę myślenia będącego chrystianizacją arystotelesowskiego hilemorfizmu[42]. Podkreślić należy, że Akwinata nie dążył do jakiegoś zhierarchizowania cnót, a tym bardziej do ich przeciwstawienia. Wręcz odwrotnie, dążył jedynie do uzyskania jasnego wykładu przedstawiającego pełną klasyfikację zasad teoretycznego i praktycznego działania człowieka, umożliwiając mu zachowanie najbardziej racjonalne i skuteczne. Również podkreślić należy, że Akwinata zakładał dynamizm funkcjonowania jednostki oparty na zobiektywizowanej świadomości dążenia do posiadania wszystkich cnót w jedności, a więc osiągnięcia stadium „cnoty cnót" będącego najwyższym poziomem świadomości oraz praktycznych umiejętności myślenia i działania człowieka. Natomiast przedstawiona przezeń klasyfikacja cnót – jak się wydaje – służyć powinna uzyskaniu większego stopnia jasności rozumowania przedstawiającego w skali po-

[42] G.L. Seidler, *Kilka uwag o prawie natury*, [w:] *Powrót do prawa ponadustawowego*, red. M. Szyszkowska, Warszawa 1999, s. 15–17; C. Strzeszewski, *Katolicka nauka społeczna*, Warszawa 1985, s. 235 i nast.; S. Świeżawski, *Święty Tomasz na nowo odczytany*, Kraków 1983, s. 24 i nast.

szczególnych odcinków zachowań ludzkich, różnych czynników kształtujących korzystnie bądź niekorzystnie racjonalną postawę i działania człowieka. Na tym oprzeć należy dynamiczną teorię zachowań jednostki u Akwinaty, odpowiadającą dynamicznej teorii zmiennego prawa natury. Drugie powinno inspirować pierwsze, chociaż ich wspólną zasadą pozostaje dążenie do uzyskania rezultatów konstruktywnych, poprzez pokonanie obiektywnych zjawisk dekonstrukcji.

Rozważania nad ustrojem cypryjskim z perspektywy sprawiedliwości opierały się na założeniu, że monarchia jest formą sprawiedliwą, podczas gdy inne zdegenerowane ustroje oznaczają w różnej skali pogwałcenie tej zasady. Ta teza stała się inspiracją poszukiwań Akwinaty nad szerzej pomyślaną teorią sprawiedliwości przedstawioną już na kartach *Sumy teologicznej* i warto w zarysie przyjrzeć się tej ewolucji. Otóż założeniem było stwierdzenie Arystotelesa, że sprawiedliwość polega na oddaniu każdemu człowiekowi tego, co mu się słusznie należy. Akwinata zakłada, że każda czynność sprawiedliwa musi być dobrowolna, stała i niewzruszona[43]. Dobrowolność to dokonanie jakiegoś wyboru poprzez wypracowanie przez człowieka katalogu celów do realizacji, a aktem woli jest przyjęcie jednego z nich. Tak pojęta dobrowolność zakłada świadomość działania, a ta osadzona być musi w chrześcijańskich prawdach będących moralnym fundamentem funkcjonowania jednostki. Stałość i niewzruszoność uzupełniają dobrowolność nadając postępowaniu ludzkiemu cechy zobiektywizowane, co – zdaniem Akwinaty – odpowiada także założeniom Arystotelesa. Nie wystarczy bowiem być sprawiedliwym przez godzinę czy dzień, należy opierać się na stałej i niewzruszonej dyspozycji psychicznej odpowiadającej w zarysie „dobroci bożej".

Zakładając stałość sprawiedliwości bożej nie rozważamy jej odniesień względem konkretnych ludzi, zakładamy natomiast jej istnienie jako dobra ponadczasowego. Odmiennie sprawa przedstawia się w sprawiedliwości ludzkiej, czyli praktycznej. Ta nie jest abstrakcją i zawsze opiera się na relacjach społecznych obejmując stosunki między jednostkami bądź między jednostką a zbiorowością, a nawet odniesienie jednostki do samej siebie. Wymaga ona zawsze szczególnego „uporządkowania władz duszy" – „natomiast czynności odnoszące się do drugich, wymagają szczególnego kierownictwa nie tylko w stosunku do tego, kto je wykonuje, ale także w stosunku do tych, do których się odnoszą. Otóż to właśnie jest zadaniem szczególnej cnoty. Mianowicie sprawiedliwo-

[43] *Suma teologiczna*, t. 18, 58, 1.

ści"[44]. Jej społeczny sens zakłada uwzględnianie w praktycznej realizacji każdego zachowania świadomie przyjętego modelu działania właściwego moralnie w najdalszej perspektywie opartego na prawdach bożych.

Sprawiedliwość jest cnotą konieczną, ponieważ bez niej nie możemy traktować o jakimkolwiek sensownym związku społecznym i głównie ze względu na sprawiedliwość mówimy o ludziach dobrych i złych. „Postępowanie bowiem człowieka staje się dobre, gdy jest zgodne z zasadami rozumu kierującego w sposób należyty działaniem ludzkim. Skoro więc sprawiedliwość nadaje prawość ludzkim czynnościom, to oczywiście sprawia, że postępowanie ludzkie staje się dobre"[45]. Zdaniem Akwinaty, sprawiedliwość nie jest wytwarzaniem rzeczy zewnętrznych, natomiast jest umiejętnością posługiwania się nimi w praktyce, o czym świadczy przytoczony przezeń fragment tekstu świętego (Mądr. 8,7): „sprawiedliwość uczy umiarkowania i roztropności, i sprawiedliwości, i mocy, nad które nie ma nic dla ludzi w życiu pożyteczniejszego". Zatem sprawiedliwość jako świadomość określonego działania ugruntowana w postawie i kulturze każdego człowieka, okazuje się konieczną przesłanką funkcjonowania jednostki w zbiorowości, jak i całej zbiorowości. Jednostka powinna wykształcić wolę działania odpowiadającą cnocie sprawiedliwości. Musi to być „pożądanie rozumne", a więc konstruktywne dla wszystkich i wówczas taką sprawiedliwość możemy nazwać prawdą.

Sprawiedliwość jest cnotą ogólną w sensie konieczności uwzględniania przez jednostkę dobra ogólnego, a więc dobra zbiorowości jako podstawowego. W rezultacie dążenia do zapewnienia dobra ogólnego jednostka uzyskuje szanse realizacji dobra indywidualnego, czyli dobra szczególnego. „Natomiast przedmiotem sprawiedliwości jest pożądanie umysłowe, które może odnosić się do powszechnego dobra, poznawanego przez umysł. Dlatego sprawiedliwość może być bardziej cnotą ogólną aniżeli męstwo czy umiarkowanie"[46]. Kryteria rozsądnego postępowania jednostki określające pewne minimum współdziałania, powinny być punktem wyjścia w kryteriach relacji ze społecznością. „To, co odnosi się do siebie samego, da się odnieść do drugich, a zwłaszcza do dobra wspólnego. Dlatego sprawiedliwość, podporządkowując czynności człowieka dobru ogólnemu, może być nazwana cnotą ogólną, a niesprawiedliwość grzechem ogólnym"[47]. Poprzez eksponowanie w samym założeniu sprawiedliwości ochrony dobra ogólnego jako podstawowego,

[44] *Ibidem*, t. 18, 58, 3.

[45] *Ibidem*.

[46] *Ibidem*, t. 18, 58, 6.

[47] *Ibidem*, t. 18, 58, 5.

Akwinata eksponuje również szczególne jej funkcje względem pozostałych cnót w tym sensie, że staje się ona ogólną normą moralną, nakazującą taki właśnie kierunek aktywności człowieka. „Otóż zadaniem sprawiedliwości społecznej jest skierowanie czynności wszystkich cnót ku wspólnemu dobru społecznemu, które jest wyższe od dobra poszczególnej jednostki. A więc sprawiedliwość społeczna z istoty swej utożsamia się z każdą cnotą”[48].

Dopiero na tle tych ustaleń Akwinata podejmuje rozważania wokół arystotelesowskiego problemu sprawiedliwości rozdzielczej i wymiennej (formalnej i materialnej), stawiając pytanie o celowość odwoływania się do takiego podziału. „Ale z drugiej strony Filozof wymienia te dwa gatunki sprawiedliwości twierdząc, że jeden z nich kieruje rozdziałem dóbr, a drugi ich wymianą”[49]. Za celowością tej klasyfikacji przemawia konieczność ustanowienia ładu w relacjach między osobami fizycznymi działającymi na zasadzie wymiany dóbr i jest to unormowanie współdziałania między częściami w ramach większej całości, odpowiadające sprawiedliwości wymiennej. Natomiast relacje całości do części zmierzające do zagwarantowania interesu wspólnego wszystkich części jako ogólności, są przedmiotem sprawiedliwości rozdzielczej. Podobnie jak część nie może funkcjonować bez całości i odwrotnie, sprawiedliwość rozdzielcza i wymienna uzupełniają się w dążeniu do rozsądnie pomyślanego celu, najogólniej sprowadzającego się do zagwarantowania obywatelom i społeczeństwu warunków harmonicznego funkcjonowania i rozwoju. „Gatunkowa postać ruchu – pisze Akwinata – zależy od celu, do którego zmierza. Dlatego zadaniem sprawiedliwości społecznej jest skierowanie spraw prywatnych osób ku dobru wspólnemu; natomiast zadaniem sprawiedliwości rozdzielczej jest wręcz przeciwnie, skierowanie dóbr wspólnych do poszczególnych osób, przez należny podział tych dóbr”[50]. W obydwu sytuacjach zarówno sprawiedliwości rozdzielczej, jak wymiennej, zachodzi konieczność odwoływania się do zasady umiarkowania a więc „złotego środka”, przy czym skala tego umiarkowania jest inna, ponieważ w sprawiedliwości rozdzielczej posiada charakter „geometryczny”, natomiast w sprawiedliwości wymiennej „arytmetyczny”. Także pytanie o „tworzywo” jednej i drugiej sprawiedliwości spotyka się z odpowiedzią, że w działaniu zewnętrznym jest ono to samo, natomiast jeśli przy sprawiedliwości posługujemy się osobami, rzeczami

[48] *Ibidem*, t. 18, 58, 6.

[49] *Ibidem*, t. 18, 61, 1.

[50] *Ibidem*.

bądź pracą – wówczas tworzywo obu sprawiedliwości jest odmienne, ponieważ rozdzielcza dotyczy rozdziału, a wymienna – wymiany.

Osobne jest pytanie, czy „wzgląd na osobę" sprzeciwia się sprawiedliwości rozdzielczej, mającej przecież z założenia charakter wyrównujący w odniesieniu do wszystkich. W odpowiedzi Akwinata eksponuje prawdy sądu bożego, biorącego za podstawę przyczynę a nie osobę; mianowicie jeśli czynimy kogoś lekarzem, to nie ze względu na jego osobę, lecz przyczynę, a więc umiejętności jakie posiada. Zatem w sprawiedliwości rozdzielczej „wzgląd na osobę" jest błędem; „dlatego wzgląd na osobę sprzeciwia się sprawiedliwości rozdzielczej, gdyż nie bierze pod uwagę właściwej współmierności. Ponieważ zaś cnocie sprzeciwia się tylko grzech, jasne że wzgląd na osobę jest grzechem"[51]. W świecie polityki, a więc w kierowaniu państwem, sprawiedliwość rozdzielcza znajduje wyraz w pewnym zróżnicowaniu wyższego karania za zamachy przeciw ludziom piastującym wyższe stanowiska, co leży w interesie zbiorowości. Akwinata dopuszcza również karę śmierci; „zabicie złoczyńcy jest dozwolone o tyle, o ile ma na celu bezpieczeństwo całej społeczności, i dlatego jest zastrzeżone wyłącznie temu, komu powierzono jej ochronę i zachowanie, podobnie jak odcięcie jakiegoś zakażonego członka ciała jest zastrzeżone lekarzowi, któremu powierzono troskę o ocalenie całego ciała Otóż troskę o dobro ogółu powierzono tym, którzy sprawują władzę państwową. A więc tylko im wolno zabijać złoczyńców, osobom zaś prywatnym tego czynić nie wolno"[52]. Pogłębieniem jest przytoczony w innym miejscu argument, że „życie człowieka nie ma na celu jakiegoś dobra, które byłoby własnością tegoż człowieka, lecz raczej wszystko, co należy do człowieka jest dla tego życia. Dlatego w żadnym wypadku nikt nie ma prawa pozbawić kogoś życia, prócz władzy państwowej, której poruczono troskę o dobro wspólne"[53]. Natomiast samobójstwo z jakichkolwiek powodów jest niedopuszczalne, będąc „grzechem przeciw miłości samego siebie, a równocześnie przeciw sprawiedliwości względem społeczeństwa i Boga"[54], a nawet jakiekolwiek samookaleczenie jest zabronione; „Zbawienie duszy jest ważniejsze niż ocalenie ciała. Otóż nie wolno pozbawiać się jakiegoś członka ciała dla zbawienia duszy, gdyż już Sobór Nicejski nałożył kary na tych, którzy dokonali kastracji dla zachowania czystości"[55]. Tak więc sprawiedliwość rozdzielcza posiada

[51] *Ibidem*, t. 18, 63, 2.

[52] *Ibidem*, t. 18, 64, 4.

[53] *Ibidem*, t. 18, 65, 1.

[54] *Ibidem*, t. 18, 64, 6.

[55] *Ibidem*, t. 18, 65, 1.

w zasadzie charakter bezwzględny i takie jej pojmowanie staje się rękojmią dobrego funkcjonowania państwa i społeczeństwa.

Akwinata nawiązuje do augustiańskiego problemu zasady czynienia dobra i unikania zła w każdej sytuacji, określając ten problem jako „scalającą część sprawiedliwości". Ponieważ nie można jednocześnie czynić zła i dobra, należy jako podstawą zasadę postępowania sprawiedliwego przyjąć czynienie dobra w sensie najszerszym a przede wszystkim w znaczeniu moralnym. Zatem zasada ta leży u podstaw wszystkich cnót, w tym oczywiście cnoty sprawiedliwości, odzwierciedlając – zdaniem Akwinaty – podstawową powinność człowieka względem prawa boskiego i ludzkiego. Realizacja tej zasady posiada cechy bezwzględne, ponieważ nie obowiązuje tu teoria „złotego środka". Postępowanie złe, czyli destrukcyjne, tak względem społeczeństwa, jak i jednostki, jest postępowaniem po prostu złym i występuje w tym samym stopniu, co postępowanie dobre. Jedno i drugie charakteryzuje się oczywistością i w tym samym stopniu zasługuje na potępienie bądź wyróżnienie. „Otóż czyniąc to, co dobre, stanowi się pewną sprawiedliwą równość, a mianowicie przez to, że każdemu oddaje się, to co mu się należy. Unikanie zaś zła, czyli niewyrządzanie żadnej szkody bliźniemu, zachowuje tę sprawiedliwą równość już utworzoną"[56]. Świadomość zła posiada – w sensie filozoficznym – walory kreatywne stając się płaszczyzną formowania teorii i praktyki dobra. „Czynić to, co dobre, jest zupełnym aktem sprawiedliwości i jakby jej główną częścią. Unikanie zaś zła jest aktem niepełnym i jakby tworzywową częścią sprawiedliwości, bez której nie byłoby części „istoczącej" (czyli formalnej), która stanowi o pełni sprawiedliwości"[57].

W konkluzji można stwierdzić, że naszkicowany przez Akwinatę w *De regimine* zarys teorii sprawiedliwości, stanowił jedynie punkt wyjścia dla pogłębienia całościowego wykładu opracowanego na kartach *Sumy teologicznej*, gdzie św. Tomasz zaprezentował pełną teorię chrześcijańsko pojętej „cnoty sprawiedliwości", będącą również próbą chrystianizacji tej części nauk moralnych Arystotelesa. Warto także rozważyć wpływ wcześniejszego o stulecie Jana z Salisbury (1120–1180), eksponującego w poczytnym dziełku *Policraticus* (1180) teorię „princepsa-księcia"[58].

---

[56] *Ibidem*, t. 18, 79, 1.

[57] *Ibidem*, t. 18, 79, 2.

[58] Jan z Salibury, *Policraticus*, tłum. M. Kruk, Lublin 2008; L. Dubel, *Idee prawne Jana z Salisbury*, [w:] *W kręgu historii i współczesności polskiego prawa*, red. W. Witkowski, Lublin 2008, s. 385–399; B. Szlachta, *Monarchia prawna. Szkice z historii angielskiej myśli politycznej do końca epoki Plantagenetów*, Kraków 2001, s. 83–87.

Otóż Jan z Salisbury w głównych zarysach – wydaje się – naszkicował model będący prawzorcem Tomaszowego „chrześcijańskiego władcy”, chociaż Akwinata rozbudował eschatologiczną stronę problemu. Także Tomaszowy „chrześcijański władca”, będący jednostką rozsądnie sprawującą władzę, spełniał w czasach późniejszych rolę swoistego wzorca dla myślicieli konstruujących teorie mądrych rządów jednostki. Wymienić tutaj można fascynacje Machiavellego osobowością „księcia” i cnotą „*virtu*” oraz Bodinusa z jego modelem „monarchy-suwerena”. W obu tych sytuacjach mamy do czynienia z rządami jednostki, będącymi swoistą syntezą mądrości i sprawiedliwości, a zatem jest to kontynuacja rozważań Akwinaty opartych na metodologii „chrześcijańskiego władcy”. W pewnym sensie ta teoria koresponduje z XVIII-wiecznymi koncepcjami „filozofa na tronie”, w szczególności eksponowanymi przez słynnych encyklopedystów na czele z Diderotem, d’Alambertem, Rousseau czy działającym poza tym kręgiem Monteskiuszem.

Wiesław Kozub-Ciembroniewicz

DOKTRYNY PAŃSTWA I PRAWA JAKO PRZEDMIOT DYDAKTYKI AKADEMICKIEJ A MODEL EDUKACJI PRAWNICZEJ

Dyskusja nad modelem studiów prawniczych trwa. Istotnym elementem tej dyskusji jest debata nad rolą przedmiotów historyczno-prawnych w edukacji prawniczej. Ponieważ do kręgu tych przedmiotów zalicza się także historię doktryn politycznych i prawnych, kwestia miejsca i kształtu tego przedmiotu na wydziałach prawa jest ważna i zachęca do dyskusji. Rozważania i refleksje zawarte poniżej stanowią prezentację stanowiska w tej sprawie.

Podstawowa myśl niniejszego artykułu naukowego zawiera się w następującej tezie: wykładany obecnie na wydziałach prawa przedmiot *Historia doktryn politycznych i prawnych* powinien być zastąpiony przedmiotem *Doktryny państwa i prawa*. Zmiana nie ma ograniczać się jedynie do nazwy przedmiotu, lecz równocześnie przynieść zmianę treści i zakresu dydaktyki. Tak więc przedmiot określony tytułem *Doktryny państwa i prawa* nie będzie ani historyczny, ani politologiczny, lecz ściśle związany z dogmatyką prawa i zaliczany do tak zwanego kanonu obligatoryjnego.

Doktryny – historia idei – historia myśli politycznej

Dydaktyka doktryn państwa i prawa pozostawi poza jej przedmiotem wykład określony mianem historii idei. Niewątpliwie syntetyczny wykład historii idei prowadzony w ścisłym związku z dydaktyką historii

historiografii jest uzasadniony na historycznych wydziałach uniwersytetów. Na tych wydziałach uzasadniony jest także komparatystyczny wykład dotyczący polskiej i powszechnej historii myśli politycznej, dostosowany optymalnie do wymogów dydaktyki poszczególnych epok i okresów historycznych. Zakres historii myśli politycznej traktowany możliwie szeroko uwzględnia – tak ważne – zróżnicowane jej źródła. Nie ulega wątpliwości, że wykład historii myśli politycznej, zaprezentowany na tle porównawczym systemów politycznych, gwarantuje wysoki merytorycznie poziom dydaktyki akademickiej[1].

Dydaktyka myśli politycznej

Myśl polityczna jako przedmiot dydaktyki uniwersyteckiej jest wykładana pod różnymi nazwami, a mianowicie: historia myśli politycznej lub współczesne doktryny polityczne. Tak ukształtowany zakres dydaktyczny tych przedmiotów jest ściśle związany z politologią jako wyraźnie sprofilowanym kierunkiem studiów.

Wieloletnie akademickie doświadczenia dydaktyczne w pełni uzasadniają ten ukształtowany i dobrze funkcjonujący model politologicznej dydaktyki doktryn politycznych, realizowanej tak w historycznym, jak i we współczesnym jej ujęciu.

Szerokie metodologicznie określenie źródeł myśli politycznej poszerzyło istotnie zakres podmiotowy jej badaczy, głównie o historyków, filozofów, socjologów oraz politologów. Dydaktyka myśli politycznej, pozostając przedmiotowo w ścisłym związku z historią myśli ekonomicznej, socjologią, filozofią polityki oraz z jej historią, a także z historią instytucji politycznych, jest również ściśle związana z zasadniczym przedmiotem polityki, a mianowicie z problematyką władzy *sensu largo* oraz ze stosunkami politycznymi.

Dydaktyka myśli politycznej, niezbędna na politologii, nie jest uzasadniona na wydziałach prawa uniwersytetów. Student prawa zainteresowany politologią, może (gdy znajdzie na to czas), studiować także i ten kierunek. Nie można jednak poszerzać profilu dydaktyki prawniczej, nawet w wersji „do wyboru", o przedmiot, który przekracza zakres wiedzy niezbędnej w studiowaniu dogmatyki prawniczej. Rozległe i czasochłonne studia prawnicze, z czego, niestety, nie wszyscy zdają sobie sprawę, wymagają koncentracji dydaktycznej, a nie interdyscyplinarnej parcelacji dydaktyki.

[1] Niewątpliwie za wzór takiego wykładu uznać należy *Powszechną historię ustrojów państwowych* J. Baszkiewicza, Gdańsk 1998.

Przygotowujący rozprawę doktorską absolwent prawa powinien niewątpliwie poszerzyć swoją wiedzę o niezbędne mu przedmioty bez konieczności zaliczania kolejnych studiów magisterskich. Właściwie sprofilowany kształt studiów doktoranckich jest odpowiednią formą interdyscyplinarnego poszerzania wiedzy przez ich uczestnika. W trakcie tychże studiów doktoranckich powinien on zapoznać się z historią myśli politycznej, historią idei, nauką o państwie, historią myśli ekonomicznej, jeżeli jest to celowe przy przygotowywaniu rozprawy doktorskiej z nauk prawnych.

Niebagatelny jest także argument natury podmiotowej. Nieczęsto nie-prawnik dysponuje specjalistyczną wiedzą prawnoustrojową. W konsekwencji tendencja do wykładania głównie doktryn politycznych, a nie doktryn państwa i prawa, jest nieuzasadniona, gdyż zmierza do nieuprawnionej politologizacji prawa[2]. Brak zrozumienia istoty prawa, a przede wszystkim jego cech instytucjonalnych, jest jej wyrazem. Nie ulega także wątpliwości, że nieznajomość logiki prawniczej utrudnia zrozumienie struktury norm i profesjonalną ich interpretację.

Doktryny państwa i prawa a państwo prawa

Dydaktyka doktryn państwa i prawa jest ściśle związana z dydaktyką dogmatyki prawa, stanowiąc dla niej fundamentalne zaplecze teoretyczno-doktrynalne[3]. Doktryny państwa i prawa jako zbiór teoretycznych

[2] Hubert Izdebski trafnie podkreśla rolę myśli prawnej w edukacji prawniczej: „Co do problemów, starałem się, ze względu na potrzeby studiów prawniczych zwrócić uwagę, większą niż się to na ogół czyni, na myśl prawną i prawniczą, jak również na problematykę, w dotychczasowych podręcznikach mało lub w ogóle nieporuszaną, dziejów koncepcji stosunków międzynarodowych oraz koncepcji prawa międzynarodowego publicznego". H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 1995, s. 6.

[3] Na dualistyczny aspekt doktryn politycznych i prawnych zwraca uwagę Andrzej Sylwestrzak: „Posługiwanie się w dalszym ciągu nazwą przedmiotu określającą zespół teorii tłumaczących zjawiska państwa i prawa jako «doktryny polityczne i prawne» uświadamiać powinno trudności, jakie mogą się pojawić w określaniu samego zakresu problematyki wchodzącej w jego ramy. Przedstawiając materiał badawczy tej dyscypliny, wskazać należy na pojawienie się dość silnych tendencji zmierzających do oddzielenia problematyki doktryn «politycznych» od doktryn «prawnych» i traktowanie ich jako odrębnych przedmiotów. 1. Historia doktryn «politycznych» zajmować się powinna analizą poglądów w zakresie funkcjonowania państwa i stąd nazwa przedmiotu pochodząca od greckiego słowa *polis*, oznaczającego państwo-miasto. W tym ujęciu przedmiot historii doktryn politycznych koncentruje się głownie na problematyce powstania państwa, teorii

koncepcji i poglądów na genezę, istotę oraz funkcje państwa i prawa pozostają w ścisłym związku z tych doktryn aksjologicznym uzasadnieniem[4]. Tak pojmowane doktryny *państwa i prawa* służyć będą zrozumieniu podstawowych instytucji prawa, przede wszystkim prawa konstytucyjnego, prawa administracyjnego, prawa cywilnego oraz karnego, stanowiąc podstawowy przedmiot w dydaktyce prawa w konstytucyjnym państwie prawa. Wszak konstytucyjne państwo prawa jest zbiorem norm i instytucji, u których podstaw znajdują się fundamentalne wartości naszej cywilizacji, bez których niezrozumiały jest ich sens i funkcja. Dydaktyka doktryn *państwa i prawa* obejmie nie tylko ich podstawowe wartości w państwie prawa, lecz także cele i patologiczne antywartości niedemokratycznych systemów prawa, jak również antywartości postulowane przez idee antypaństwowe. Akademicka dydaktyka doktryn jest więc niezbędna w rzetelnej, kompleksowej edukacji prawniczej.

„Antywartości" państwa prawa

W demokratycznym państwie prawa wartościami patologicznymi, czyli „antywartościami", są pseudoaksjologiczne podstawy systemów niedemokratycznych władzy, a więc systemów totalitarnych i autorytarnych. Za wartości patologiczne zagrażające państwu prawa uznać należy także idee anarchistyczne, postulujące nihilizm i destrukcję. Tolerancja w państwie prawa ma przecież ewidentnie nieprzekraczalne granice.

jego funkcjonowania i organizacji oraz badaniu celów czy wartości ujmowanych jako zasadnicze (rudymentarne). 2. Zakres historii doktryn «prawnych» ustalano tak, aby służył on analizie rozwoju myśli w dziedzinie funkcjonowania prawa, w tym głównie aksjologii prawniczej, definicji praw człowieka, sprawiedliwości czy systemów legalności bądź legitymności prawa". A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2013, s. 15–16.

[4] Trafnie podkreśla A. Sylwestrzak: ,,Historia doktryn wykazuje bezpośrednie powiązania w zasadzie ze wszystkimi przedmiotami wykładanymi w ramach studiów prawniczych. Związki te wynikają z faktu zajmowania się przez historię doktryn fundamentalnymi zagadnieniami dla ustrojowych podstaw państwa. Zatem sposób rozwiązywania przez ustawodawcę problemów podstawowych w dalszej kolejności decyduje o sposobie rozstrzygania spraw bardziej szczegółowych, takich jak obywatelstwo, prawa pracownicze, partie polityczne, związki zawodowe, dziedziczenie, podatki czy polityka penitencjarna i budżetowa. Chodzi o pełniejsze uświadomienie sobie, iż przyjęta przez ustawodawcę np. koncepcja praw człowieka staje się decydującą płaszczyzną inspiracji w kreowaniu konkretnych instytucji prawnych, funkcjonujących w ramach różnych gałęzi prawa, np. w prawie konstytucyjnym, rodzinnym, spadkowym, administracyjnym czy międzynarodowym". A. Sylwestrzak, *op. cit.*, s. 17.

Student prawa powinien doskonale orientować się, jakie antywartości (wartości patologiczne) zagrażają demokratycznemu państwu prawa. W dydaktyce doktryn prawnoustrojowych należy powiązać prezentację podstawowych zasad i instytucji niedemokratycznych systemów władzy z ich implikacjami dla poszczególnych gałęzi prawa. Tak więc, przykładowo, w dydaktyce zasad doktryn państwa i prawa narodowego socjalizmu należy wskazać na wpływ zasady rasizmu na koncepcję obywatelstwa i na jej prawną instytucjonalizację, a także na konsekwencję dla norm prawa cywilnego, karnego i administracyjnego. Nazistowska zasada rasizmu jest ewidentnym przykładem zamachu na podstawowe prawa człowieka, co należy wyeksponować w wykładzie doktryny prawnoustrojowej nazizmu. Wykład tej doktryny umożliwia także wskazanie przypadków łamania w III Rzeszy zasady *lex retro non agit*, jak również stosowania w orzecznictwie sądowym politycznych zasad nazistowskiej moralności w formie generalnej klauzuli interpretacyjnej „zdrowego odczucia narodowego"[5]. Model prawnoustrojowy III Rzeszy jest dobrym do wykorzystania w dydaktyce przykładem manipulowania pojęciami konstytucji i legalizmu. Jest także okazją do ukazania studentowi konsekwencji stosowania sformalizowanej zasady pozytywizmu prawniczego[6] oraz braku sądownictwa konstytucyjnego[7].

Edukacja prawnicza w państwie prawa

Akademicka edukacja prawnicza i edukacja poakademicka (aplikacje) w demokratycznym państwie prawa jest związana z jej aksjologicznym celem, w którym państwo prawa jest wartością cywilizacyjną. Aksjologiczny wymiar prawa nie jest jedynie prostą negacją „antywartości" cywilizacyjnych, jest przede wszystkim źródłem rozwoju instytucji i norm prawnych w formie ochrony podstawowych praw człowieka. Należy podkreślić, że edukacja prawnicza nie tylko odbywa się w ramach

[5] K. Jonca, *Koncepcje narodowosocjalistycznego prawa Trzeciej Rzeszy*, [w:] *Studia nad faszyzmem i zbrodniami hitlerowskimi*, t. 3, red. K. Działocha, K. Jonca, F. Ryszka, W. Wrzesiński, Wrocław 1977, s. 80; A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2012, s. 253.

[6] Krytyka pozytywizmu prawniczego dokonana przez Gustava Radbrucha odegrała istotną rolę w renesansie po 1945 r. prawa natury. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 74.

[7] Po II wojnie światowej nastąpił rozwój sądownictwa konstytucyjnego. J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 43.

państwa prawa, ale także temu państwu służy – jest więc edukacją dla państwa prawa.

Wydaje się, że w polskiej młodej demokracji nie jest jednak dostrzegany i w pełni doceniany pożądany model edukacji prawniczej. A przecież właściwie rozumiana edukacja prawnicza nie jest możliwa bez dydaktyki doktryn prawnoustrojowych, a także filozofii i historii prawa. Likwidatorskie zamysły w tym zakresie są skażone niebezpiecznym dla państwa prawa radykalizmem.

W szczególności koncepcja „uzawodowienia" studiów prawniczych nie jest ani koherentna, ani konsekwentna. W dalszym ciągu nie została rozwiązana sprawa praktyk studenckich w organach wymiaru sprawiedliwości. Kontakt studenta prawa z praktyką powinien być permanentny, minimum jeden dzień w tygodniu. Warunkiem uzyskania licencji przez uczelnie na prowadzenie studiów prawniczych powinna być udokumentowana możliwość realizacji praktyk pod patronatem sędziów okręgowych. W dalszym ciągu pokutuje pogląd, że można manipulować przy programie studiów prawniczych ze względu na ich relatywnie niskie koszty (brak laboratoriów itp.), że można skracać lub eliminować przedmioty „niezawodowe".

Jednolite, pięcioletnie, magisterskie studia prawnicze powinny kończyć się centralnym, państwowym egzaminem zawodowym, analogicznym do lekarskiego. Prowadziłoby to do wyrównania poziomu absolwentów uczelni prawniczych publicznych i niepublicznych, stacjonarnych i niestacjonarnych, warunkowałoby też wstęp na aplikację. Zdany egzamin prawniczy dawałby ściśle określone uprawnienia zawodowe, a więc byłby to właściwy krok w kierunku uzawodowienia studiów prawniczych.

Edukacja prawnicza wymaga racjonalnych reform, które zatrzymają niekorzystne tendencje znane od kilkunastu już lat. Reformy te powinny sprzyjać realizacji konstytucyjnej zasady państwa prawa. Zatem:

1) liczba przedmiotów realizowanych w ramach tak zwanego obowiązkowego kanonu dydaktycznego wymaga istotnego poszerzenia; nie jest zrozumiałe, jak można kończyć studia prawnicze nie zdając egzaminów z wszystkich przedmiotów podstawowych;
2) należy zakończyć złą praktykę ograniczania liczby godzin wykładanych przedmiotów podstawowych;
3) celowe jest wprowadzenie obowiązkowych ćwiczeń ze wszystkich przedmiotów podstawowych;
4) należy odejść od koncepcji studiów masowych na rzecz kształcenia jakościowego, niewątpliwą szansą jest tu obecny niż demograficzny;

5) należy istotnie zwiększyć liczbę godzin dydaktycznych, oferowanych studentowi w formie wykładów, ćwiczeń oraz konwersatoriów. Podniesie to poziom wykształcenia prawniczego;
6) solidna, jakościowa edukacja prawnicza, akademicka i poakademicka (aplikacje), powinna być traktowana jako jeden z warunków bezpieczeństwa w państwie prawa[8].

Na model akademickiej edukacji prawniczej w Polsce powinny mieć wpływ zawodowe korporacje prawnicze oraz Ministerstwo Sprawiedliwości. Należy przy prowadzeniu studiów prawniczych korzystać z wzorów rozwiniętych państw prawa, głównie zaś z doświadczeń niemieckich.

W zaistniałej sytuacji dydaktycznej na wydziałach prawa, gdzie preferowane są przedmioty dogmatyczno-prawnicze, natomiast przedmioty prawno-historyczne i politologiczne są widziane niechętnie, celowe jest wprowadzenie następujących priorytetów:
1) wprowadzenie obligatoryjnej dydaktyki z przedmiotu doktryny państwa i prawa;
2) opracowanie ogólnopolskiego podręcznika do zagadnień doktryn państwa i prawa;
3) podręcznik ten powinien być wynikiem pracy zbiorowej, a nie indywidualnej;
4) w celu wypromowania tej koncepcji podręcznika niezbędne jest przeprowadzenie stosownej konferencji metodologicznej[9];
5) podręczniki historii doktryn politycznych i prawnych nie zostaną zastąpione przez nowy ich podręcznik, będą nadal funkcjonowały jako podręczniki przedmiotu interdyscyplinarnego, wykładanego na

[8] J. Potrzeszcz, *Bezpieczeństwo prawne z perspektywy filozofii prawa*, Lublin 2013, s. 413.

[9] Przedmiotem tej konferencji stałaby się także nazwa przedmiotu: doktryny państwa i prawa. Argumentacja H. Izdebskiego jest niewątpliwie interesująca: „Poczynając od tytułu, używam określenia «myśl polityczna i prawna», a nie, dotąd przyjętego terminu «doktryny polityczne i prawne», określenie »doktryna« (oznaczające po łacinie naukę lub nauczanie) zakłada bowiem istnienie systemu poglądów jakiegoś myśliciela lub szkoły. W wielu natomiast przypadkach ważne i interesujące były myśli o polityce czy o prawie wyrażane bez konstruowania systemu poglądów na państwo i prawo. Co więcej, «doktryna» może w języku potocznym mieć pewien odcień pejoratywny. Termin ten współistnieje z innymi pojęciami, takimi jak idea, ideologia, program czy też gdy idzie o sferę mniej praktycystyczną, teoria lub nauka. Wszelkie próby usystematyzowania terminologii, np. poprzez stworzenie hierarchii pojęć według kryterium spójności i usystematyzowania: idee – ideologia – doktryna – napotykają na odmienne propozycje, również niepozbawione podstaw". H. Izdebski, *op. cit.*, s. 5.

studiach magisterskich humanistycznych i społecznych w formie obligatoryjnej lub fakultatywnej, a także na studiach doktoranckich[10].

6) oczywiście ta postulowana dydaktyczna koncepcja doktryn państwa i prawa na wydziale prawa nie zmienia ani założeń metodologicznych, ani też zakresu badań naukowych w zakresie historii doktryn. Dla historyka doktryn – prawnika, ich funkcjonalno-instytucjonalna analiza stanowi zasadniczy fundament poznawczy[11].

[10] Wyrazem tej interdyscyplinarnej koncepcji doktryn jest praca: *Współczesne doktryny polityczne i prawne. Twórcy idee interpretacje. Podręcznik akademicki*, red. W. Kozub-Ciembroniewicz, B. Szlachta, A. Citkowska-Kimla, M. Kiwior-Filo, Kraków 2012, 317 s. Przedmiot współczesne doktryny polityczne i prawne jest wykładany na europeistyce, na studiach uzupełniających magisterskich, na specjalności wiedza o Holokauście i systemach totalitarnych. Przedmiot ten jest obligatoryjny i kończy się egzaminem. Jest wykładany przez jeden semestr.

[11] W tym kontekście analizy warto przypomnieć, że Konstanty Grzybowski dostrzegał ścisły, ponadhistoryczny związek określonych zjawisk społecznych: „Z powstaniem własności prywatnej, państwa, władzy państwowej pojawia się ich nadbudowa ideologiczna – doktryna, «idea polityczna» oraz fakt, który określić by można jako «etatyzację» i instytucjonalizację religii. Religia i polityka są zawsze w jakiś sposób i w jakimś stopniu konsekwencją i ideologicznym wyrazem, «odbiciem», nadbudową nad metodą zdobywania środków egzystencji. I struktura społeczna i aparat polityczny są narzędziami, które mają zapewnić możliwie skuteczny sposób zdobywania tych środków. Poglądy religijno-polityczne, które mają uzasadnić strukturę społeczeństwa i aparatu politycznego, są metodą służącą dla uzyskania ich akceptacji społecznej, do powstania ich ponad (swobodną) wolą i decyzją grupy społecznej". K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych. Od państwa niewolniczego do rewolucji burżuazyjnych*, Warszawa 1969, s. 12.

Tadeusz Wawak

PROFIL PRAKTYCZNY KSZTAŁCENIA W PROJEKTACH ZMIANY USTAWY PRAWO O SZKOLNICTWIE WYŻSZYM (Z 2013 R.)

Wprowadzenie

Prowadzone od 2001 roku badania funkcjonowania szkolnictwa wyższego w Polsce potwierdzają, że istniejące prawo dotyczące szeroko rozumianego szkolnictwa wyższego nie stwarza warunków do jego dynamicznego rozwoju oraz dostosowania do wymogów Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego i Europejskiej Przestrzeni Badawczej. Kolejne zmiany i nowelizacje nie przynoszą zadowalających zmian w pozycji polskiego szkolnictwa wyższego w Europie i świecie. Częściowa, niepełna i nieudana *quasi*-zastępcza prywatyzacja szkolnictwa wyższego, przejawiająca się w masowym powstawaniu, w większości biednych, słabych i nieprzygotowanych do działania wyższych szkół niepublicznych nie spowodowała poprawy jakości kształcenia i rozwój badań naukowych. Poziom części utworzonych państwowych szkół zawodowych także pozostawia wiele do życzenia. Z czasem okazało się, że rzeczywistym celem ich powstania było przed wszystkim zmniejszenie bezrobocia młodzieży kończącej maturą szkoły średnie oraz stworzenie warunków do wzrostu dochodów nominalnych nauczycieli akademickich. Były to ważne cele, których lekceważyć nie można. Jednocześnie stworzono warunki, milionom młodych ludzi, do podniesienia poziomu wykształcenia, które było niezbędne dla rozwoju gospodarki Polski. Minusem było jednak to, że przy poniesionych wydatków przez studentów i ich

sponsorów, państwo oraz samorządy lokalne i regionalne, efekty utworzenia części szkół publicznych i niepublicznych były niewspółmierne do poniesionych nakładów. Ponadto warto zauważyć, że nowo powstałe uczelnie zawodowe z reguły nie przyjmowały praktycznego profilu kształcenia, tylko teoretyczny, encyklopedyczny. Uczelnie zawodowe, podobnie jak i akademickie, z reguły kształciły i nadal kształcą głównie teoretyków, encyklopedystów przygotowanych do rozwiązywania krzyżówek w biurach oraz kandydatów na studia doktoranckie (III poziom kształcenia); w niewystarczającym stopniu zajmują się natomiast kształceniem potrzebnej gospodarce absolwentów, przygotowanych do praktycznego wykonywania zawodu, na która oczekują regionalne i lokalne rynki pracy. Problem potęguje postępująca recesja, która powoduje, że pracodawcy poszukują pracowników o kilku kwalifikacjach, aby mogli być elastycznie wykorzystani w procesie produkcji i świadczenia usług. Przyczyn tego stanu było wiele – warto w tym miejscu wyraźnie powiedzieć, że te przyczyny nie ustały i nadal mają kluczowe znaczenie dla powodzenia reformy szkolnictwa wyższego w Polsce. Niestety, część uczelni niepublicznych woli nadal prowadzić tańszy i prostszy ogólnoakademicki profil kształcenia, niż droższy w realizacji profil praktyczny, co na pewno nie ułatwi absolwentom znalezienia pracy[1]. Uczelnie rozwijające profil praktyczny kształcenia w warunkach niżu demograficznego i recesji nie może liczyć na dodatkowe wsparcie finansowe budżetu państwa i pracodawców oczekujących na absolwentów szkół wyższych dobrze praktycznie przygotowanych do pracy.

Podjęta w marcu 2011 roku próba dostosowania szkolnictwa wyższego do wymogów Procesu bolońskiego i zaleceń Unii Europejskiej zakończyła się, połowicznym sukcesem, przyjęciem ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw[2]. Przeprowadzona nowelizacja była niepełna i częściowo realizowała postawione zadania. Ministerstwo zdecydowało się przeprowadzić konieczne zmiany w szkolnictwie wyższym stopniowo, rozkładając je na lata[3].

---

1 Szeroko te problemy autor przedstawił w monografii: *Jakość zarządzania w szkołach wyższych*, Kraków 2012.

2 Ustawa z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2011 r. Nr 84, poz. 455 z późn. zm.

3 T. Wawak, *Uwagi na kanwie nowelizacji prawa o szkolnictwie wyższy*, [w:] *Metody, techniki i narzędzia zarządzania*, red. E. Skrzypek, Lublin 2011, s. 428–434.

Zgodnie z przewidywaniami autora, już w listopadzie 2012 roku opublikowany został przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw z 28 listopada 2012 r."[4] Po przeprowadzonej dyskusji wokół tego projektu, ministerstwo opracowało i opublikowało skorygowany drugi „Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy oraz niektórych innych ustaw z 2 maja 2013 r."[5]. Założenia te zostały przedstawione przez autora w opracowaniu, które obecnie znajduje się w druku.

W ślad za tym projektem MNiSW opracowało „Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych ustaw z 16 lipca 2013 r."[6], nazwany dalej wersją pierwszej – „A" projektu ustawy. Po kilkumiesięcznej dyskusji ministerstwo wprowadziło poprawki i opublikowało nowy tekst: „Projekt ustawy o zmianie ustawy – Praw o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych ustaw z 12 listopada 2013 r."[7], nazwany dalej wersją poprawioną – „B" projektu ustawy.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie, być może dyskusyjnych, subiektywnych uwag i sugestii autora, dotyczących wybranych proponowanych zmian w projekcie ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz w innych ustaw (z 16 lipca i 12 listopada 2013), na tle miejsca polskich uczelni w światowym rankingu szkół wyższych oraz w kontekście wyników przeprowadzonych badań i opinii studentów.

Przedstawione poniżej opinie i oceny siłą rzeczy, będą odzwierciedlać obraz szkolnictwa wyższego widziany oczami autora; zapewne będą obiektywnie formułowane, ale zapewne zabarwione subiektywnymi odczuciami wynikającym z doświadczeń ponad czterdziestu lat pracy w szkolnictwie publicznym i dwadzieścia lat w szkolnictwie

---

[4] Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw, 28 listopada 2012 r., www.nauka.gov.pl [25.08.2013].

[5] rojekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy oraz niektórych innych ustaw z 2 maja 2013 r., www.nauka.gov.pl [25.08.2013].

[6] Projekt z 16 lipca 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw, www.bip.nauka.gov.pl/akty-prawne-szkolnictwo-wyzsze [01.09.2013].

[7] Projekt z 12 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych ustaw, www.bip.nauka.gov.pl/akty-prawne-szkolnictwo-wyzsze [13.11.2013].

niepublicznym, w tym krótko na stanowisku rektora i przez 15 lat członka senatu.

RANKING SZKÓŁ WYŻSZYCH W POLSCE

Rankingi szkół wyższych nie są obiektywne. Każdy ranking buduje się stosując określony, przygotowany do tego celu zespół kryteriów oceny i specjalny algorytm, który pozwala na ich syntezę i wyznaczenie rang. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem Klausa Bachmana: „Nie ma na tym świecie algorytmu, który byłby naprawdę «obiektywny», to znaczy zupełnie niezależny od interesów i przekonań tych, którzy go zaproponowali"[8]. Taka jest już cecha wszystkich algorytmów i rankingów, bez względu na to, czego dotyczą i kto je opracowuje. Nie można poważnie traktować opinii głoszących, że rankingi opracowane przez znanych uczonych o wysokim dorobku naukowym są nieobiektywne, bo faworyzują najlepsze uczelnie. Zdaniem Klausa Bachmana, „Ministerstwo jest też przedmiotem lobbingu uczelni, aby ustalić zasady parametryzacji tak, to jest wygodne dla najbardziej wpływowych uczelni. Najlepsi eksperci z najlepszych uczelni oceniają uczelnie i krytykują słabsze uczelnie"[9]. Czy to oznacza, że kryteria i algorytmy rangowania uczelni powinni ustalać najgorsi eksperci z najgorszych uczelni, aby do nich płynęły pieniądze z budżetu państwa, a nie do najlepszych? Zapewne stopień wiarygodność i obiektywizmu będzie większy, gdy opracują go znani uczeni o wysokim dorobku naukowym w zakresie funkcjonowania szkół wyższych, najlepiej w składzie międzynarodowym niż obrońcy słabych uczelni, które nie powinny funkcjonować i „sprzedawać dyplomy" lub młodzi dziennikarze, którzy chcą zabłysnąć. Jest to powszechnie akceptowane stwierdzenie, ale w pełni obiektywne być nie może, jak każda ocena czegokolwiek. Każdy ranking opiera się na określonych, administracyjnie i autorytatywnie, bardziej lub mniej szczegółowych zasad oceny, które mają charakter uznaniowy. Temperaturę powietrza możemy zmierzyć legalizowanym termometrem, ale będzie ona inna w cieniu, w słońcu, przy ziemi czy na wysokości dwóch metrów. Różnice mogą być istotne i mieć wpływ na aktualny stan zdrowia człowieka o określonych przypadłościach. Ten fakt uznajemy za oczywisty, a człowiek powinien wiedzieć, jak na jego organizm wpływa, *ceteris paribus*, temperatura powietrza.

---

[8] K. Bachman, *Rankingi szkół wyższych są nieobiektywne*, www.wyborcza.pl [05.10.2013].

[9] *Ibidem*.

Podobnie rzecz ma się z rankingami szkół wyższych w Polsce i świecie. W tym samym czasie różne sporządzane corocznie rankingi pokazują miejsce Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego oraz Uniwersytetu Jagiellońskiego wśród uczelni, na przykład świata, Europy, Polski lub Małopolski. W okresie postępującej globalizacji i pogłębiającej się integracji europejskiej te pozycje obu uczelni w różnych uznawanych rankingach światowych nie satysfakcjonują.

Dla przykładu przeanalizujmy miejsce polskich uczelni, zwłaszcza z Małopolski, w „Ranking WEB of Universities New July 2013 edition"[10]. Jest to specyficzny ranking szkół wyższych zwanych uniwersytetami, który pokazuje zdolność uczelni do rozwoju i odnoszenia sukcesu na konkurencyjnym rynku usług badawczych, edukacyjnych i doradczych w Polsce, Europie i świecie. Wskaźnik ten bowiem bardzo dobrze pokazuje różnice w stopniu postrzegania ponad 21 tys. uczelni w świecie i niespełna 6000 szkół wyższych w Europie (w tym wszystkie z Polski) w sieci WEB, w Internecie.

Z prowadzonych rozmów, ze studentami uczelni krakowskich wynika, że wybierając uczelnię, kierowali się zebranymi informacjami w Internecie. W swej pracy naukowej doktoranci i nauczyciele akademiccy coraz częściej szukają potrzebnej im informacji, w tym literatury w sieci. Przedsiębiorstwa, banki, szpitale poszukują swych kontrahentów w Internecie. Od pozycji uczelni w świecie i Europie coraz bardziej decyduje ich postrzeganie w sieci, w tym w światowych rankingach, między innymi WEB. Te rankingi jednocześnie pozycjonują szkoły wyższe w przestrzeni badawczej i edukacyjnej świata i Europy oraz wynikają z ich rzeczywistej pozycji, jaka zajmują. Oczywiście, każdy ranking zwraca uwagę na różne aspekty funkcjonowania uczelni i w różny sposób akcentuje wartości uznawane za najbardziej ważne w ocenie pozycji szkoły wyższej w obszarze: osiągnięć naukowych, jakości kształcenia i skuteczności doradztwa itd. Ranking WEB akcentuje stopień przygotowania uczelni do funkcjonowania i dalszego rozwoju w ramach konkurencji, przekazu informacji i transnarodowej komunikacji społecznej.

„Ranking WEB of Universities New July 2013 edition"[11] na pierwszych piętnastu miejscach umieścił uczelnie USA. Wśród pierwszych pięćdziesięciu uczelni w tym rankingu aż 42 uniwersytety były ze Stanów Zjednoczonych. Te liczby pokazują olbrzymie różnice na świecie w aktualnym poziomie szkolnictwa wyższego, rozwoju IT i tzw. Nowej Ekonomii oraz pozycji Internetu w funkcjonowaniu społeczeństwa in-

[10] Ranking WEB of Universities, www.webomertrics.info/en [04.10.2014].

[11] *Ibidem*.

formacyjnego i gospodarki opartej na wiedzy. Te dysproporcje rejestruje i wykazuje omawiany ranking WEB. Gdzie w tym światowym rankingu są nasze uczelnie? Niestety bardzo daleko, mimo że mamy o nich wysokie mniemanie!

W rankingu WEB z lipca 2013 roku Uniwersytet Warszawski zajmował na świecie 271 miejsce (98 w Europie), Uniwersytet Jagielloński 311 (118 w Europie), a Politechnika Warszawska 320 (120 w Europie).

Miejsce 526 zajęła Akademia Górniczo-Hutnicza (203 w Europie), a 545 i 546 miejsce w świecie zajęli Uniwersytet Poznański i Uniwersytet Wrocławski. W pierwszym tysiącu uczelni światowych znalazły się jeszcze: Politechnika Gdańska (654), Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (709), Uniwersytet Łódzki (885), Uniwersytet Śląski, UMCS w Lublinie (956) i Politechnika Białostocka (997). Wszystkie te szkoły wyższe zmieściły się w pierwszych czterystu uczelniach Europy. Natomiast trzecia małopolska uczelnia – Politechnika Krakowska, zajęła 469 miejsce w Europie i 1268 miejsce w świecie.

W stosunku do rankingu WEG ze stycznia 2012 roku nastąpiły przesunięcia na pozycjach polskich uczelni. Przede wszystkim ich liczba w pierwszy tysiącu uczelni światowych wzrosła z 10 do 13, Uniwersytet Warszawski wyszedł na pierwsze miejsce (wśród uczelni polskich), a pozycja Uniwersytetu Jagiellońskiego, AGH i Politechniki Krakowskiej się obniżyła. Nie są to dobre informacje dla Krakowa.

Zróżnicowanie w zajmowanych pozycjach w różnych rankingach uznanych za światowe lub międzynarodowe spowodowało potrzebę powstania z inicjatywy Komisji Europejskiej nowego międzynarodowego rankingu uniwersytetów: „M-Multirank”[12]. W rankingu tym zostanie ustalona lista pięciuset najlepszych uniwersytetów z Europy i świata. Nie będzie mógł wówczas Klaus Bachman zarzucać MNiSW oraz najlepszym ekspertom, z najlepszych uczelni, brak obiektywizmu, bo kryteria oceny i algorytm będzie ustalony przez ekspertów międzynarodowych. Ocena uniwersytetów nastąpi według szerszego zakresu wskaźników w obszarach[13]:

- renoma w zakresie badań naukowych,
- jakość nauczania i uczenia się,
- kontakty międzynarodowe, sukcesy na polu transferu wiedzy, np. partnerstwo z przedsiębiorstwami,
- zaangażowanie na szczeblu regionalnym.

[12] *M-Multirank – wielowymiarowy ranking uniwersytetów*, www.nauka.gov.pl/aktualności ministerstwo [08.10.2013].

[13] *Ibidem*.

Komisja Europejska zapewnia, że M-Multirank będzie opierać się na obiektywnych kryteriach i danych oraz gwarantuje bezstronność, wysoką jakość i możliwość weryfikacji. Dlatego też ten ranking pomoże młodym ludziom w dokonywaniu właściwego wyboru. Zgłoszenia uniwersytetów do udziału w tym rankingu miały być przyjmowane w 2013 roku, a pierwsze wyniki powinny być ogłoszone w 2014 roku[14].

Na pewno obrońcy słabych uczelni uznają ten ranking za mocno nieobiektywny. Tylko dwie – trzy uczelnie polskie mają szanse na znalezienie się na liście 500 najlepszych uczelni świata, bez względu rankingi i algorytmy, które stosują oraz obiekcje Klausa Bachmana i opinie słabych uczelni. Żadna z uczelni niepublicznych oraz publicznych szkół zawodowych nie ma szans na zakwalifikowanie się do pierwszego 1000 uczelni świata. To nie jest ich cel. Uczelnie te mają przede wszystkim dobrze przygotowywać swych absolwentów studiów o profilu zawodowym do potrzeb regionalnych i lokalnych rynków pracy.

Opinia studenta o szkołach wyższych

W prowadzonych obecnie przez autora wstępnych badaniach pilotażowych opracowywane oraz weryfikowane są formularze do przeprowadzenia wywiadów i kwestionariusze badań ankietowych w środowisku akademickim i szkołach ponadgimnazjalnych. W trakcie próbnych wywiadów, między innymi, zadano przypadkowo wybranym studentom kilka pytań dotyczących oceny aktualnych problemów szkolnictwa wyższego i szkół ponadgimnazjalnych. Badania te co dopiero się rozpoczęły, dlatego dziś można przedstawić tylko kilka wybranych najciekawszych wypowiedzi. Ramy opracowania są bardzo ograniczone w tym miejscu zostanie więc przedstawiona tylko jedna wypowiedź, która zasługuje na uwagę, studenta stacjonarnych studiów magisterskich (II stopień kształcenia) uczelni publicznej.

Badanym studentom postawiono pięć pytań:

- Co Pani/Pan sądzi o systemie szkolnictwa wyższego w Polsce?
- Czy szkoły ponadgimnazjalne przygotowują kandydatów na studia?
- Jak Pani/Pan ocenia poziom kształcenia oraz nauczycieli pracujących w szkołach ponadgimnazjalnych?
- Co Pani/Pan sądzi o niepublicznych szkołach ponadgimnazjalnych?
- Co może Pani/Pan powiedzieć o problemach studentów i jak Pani/Pan je rozwiązuje?

[14] *Ibidem*.

Na te pytania krótkiej odpowiedzi udzielił w formie pisemnej, wspomniany powyżej student, w trakcie wywiadu przeprowadzonego przez autora.

Wypowiedź nr 15, student stacjonarnych studiów magisterskich uczelni publicznej:

1. Co Pan sądzi o systemie szkolnictwa wyższego w Polsce?

Jak dla mnie jest to nieskuteczny system, produkujący ludzi nieprzystosowanych do podjęcia pracy dla polskiego narodu, oparty wyłącznie na zarabianiu pieniędzy. Przede wszystkim jest to system masowy. Jak każdy światły człowiek wie, masa nie myśli samodzielnie. Masa się zlepia i zaczyna się kierować instynktem. To nie ma akurat związku z merytoryką mojej odpowiedzi, ale wydaje mi się, że produkowanie takiej liczby absolwentów każdego roku jest skandalem. Weźmy takich studentów zarządzania. Polska wydaje ich rocznie naprawdę sporą liczbę. Jakie są potrzeby? Czy pracodawca przyjmie do pracy gościa, który nie ma żadnego doświadczenia, poza analizowaniem teoretycznych aspektów? Pozostaje zadać sobie pytanie, co jest najważniejszą umiejętnością kierownika, menedżera? Wie Pan, że wszyscy, którzy odnieśli sukces w biznesie powiedzieli, że jest to umiejętność kontaktów międzyludzkich? To też piszę w nawiasie, finalizując ten wątek stwierdzeniem, że uczelnie przeznaczają ogromne zasoby ludzkie i materialne na naukę rzeczy nieprzydatnych młodym ludziom w życiu. W dodatku, gdy się ich tyle rocznie produkuje, to katastrofa na rynku pracy jest gotowa. I młodzież wyjeżdża do Anglii na zmywaki z tytułem magistra. Ja tu oczywiście muszę też najechać na studentów, bo to od każdego z nich zależy, kim będzie i co będzie robił. Jednak studenci wolą przez piękne 5 lat studiów upajać się niemiłosiernie alkoholem i nie tylko, zamiast użyć swojej młodości do umiejętnego samorozwoju. Nie wiem tylko, dlaczego system szkolnictwa wyższego popiera to. Nie wiem, dlaczego policja nie ma wstępu na akademiki. Nie wiem, dlaczego uczelnie organizują juwenalia, na których młoda inteligencja polskiego narodu upija się i demoluje miasta. Przykład sprzed kilku lat z Wrocławia skutecznie ukazuje bolesną prawdę. Miasteczko studenckie w Krakowie to w ogóle jakieś nieporozumienie. Powiem Panu szczerze, że polska młodzież się tam tak odmóżdża i „odmoralnia", że jest to naprawdę alarmujące. Oczywiście uczelnie w cichości temu nie zamierzają przeciwdziałać. Zróbmy testy antynarkotykowe wszystkim studentom uniwersytetu i udowodnię Panu o co mi chodzi w tej kwestii. Oczywiście nie generalizuję. Są porządni studenci.

Z drugiej strony nie wiem, dlaczego kadra uczelni nie jest w stanie napisać jasnej i przejrzystej książki prostym językiem dla każdego. Wydaje mi się, że studenci to jeden świat, kadra to drugi świat i wygrywa ten drugi, bo to studenciakowi ma zależeć. Nie kieruję tu uwag do Pana, proszę osobiście nie odbierać tego, co ja tu piszę. Jestem szczery. Uważam, że książki akademickie to nudne, niepraktyczne zlepki tekstu napisanego, żeby spełnić durne normy, zamiast nauczyć i unaocznić pewne rzeczy tym, dla których powinny być przeznaczone. Doktor pisze książki dla doktorów, magister dla magistrów, kto dla studentów?

Ile ludzi na wydziale prawa oblewa na egzaminach niejasno je formułując? Jakie inwestycje potem są planowane? Ile kosztuje warunek? Jest to dla mnie jedna z największych patologii tego systemu, niech do jasnej cholery ktoś się temu

przyjrzy, bo to obrzydlistwo aż razi w oczy. A jak byłem na Wszystkich Świętych w Jarosławiu to usłyszałem pewną relację studenta tego wydziału. I myślę, że była wiarygodna.

Ostatnią kwestią będzie to, że np. Pan „X" pisze bardzo ciekawe książki o mediach. I to takie, które da się czytać, za co szanuję tego człowieka. Przeczytałem kilka i użyłem do swojej pracy lic. Ale co z tego, jak nic się nie dzieje w tej kwestii. Uczelnia powinna wpływać na państwo i społeczeństwo, podnosić raban i produkować dyskusje na skalę państwa, tępiąc te ohydne patologie. Oczywiście uczelnie nie robią nic w tym kierunku. Wnioski z konferencji i książek pozostają wewnątrz i nic się z tym nie dzieje. Dziwię się, że Pan „X" mając taką wiedzę o mediach publicznie nie inspiruje społeczeństwa do zmiany postrzegania tego iluzorycznego świata w nich przedstawionych. To wierzchołek góry lodowej, jakbym miał moc, tobym to inaczej zorganizował, teraz mogę sobie tylko pisać, pisać. Zdaję sobie sprawę, że mogę o wielu rzeczach nie mieć pojęcia i się mylić. Na tę chwilę napisałem tyle i przejdźmy do 2 pytania

2. Czy szkoły ponadgimnazjalne przygotowują kandydatów na studia?

Absolutnie nie. Wystarczy spojrzeć na strukturę egzaminu maturalnego, który jest opracowany tak, aby każdy ćwierćuczeń go zdał, zapłacił kasę i poszedł na studia. Matura z matematyki podstawowa to jakaś kpina z tej dziedziny nauki i Pana koledzy na pewno to odczuli na swoich matematycznych przedmiotach na kierunku zarządzanie. Program nauczania się zmienił teraz, nie mam pojęcia, jak to wygląda i co wyprodukuje. Ja pisałem maturę w 2010 i piszę ze swojego punktu widzenia. Poza tym znowu napiszę, że w liceum jest wiele niepotrzebnych teorii, które ja już dawno zapomniałem. Kwestie biologii, chemii, fizyki, historii, geografii itp. Uczyłem się jakichś durnych opisów i definicji, o których teraz nie mam pojęcia i które się nigdy nie przydały. Licealiści potrzebują praktycznej wiedzy. Licealiści potrzebują umiejętności. Licealiści potrzebują kreatywności. Tego nie ma w szkołach średnich. Potem taka masa idzie na studia i nie jest w stanie się zjednoczyć przeciwko jakiejkolwiek patologii. Może to o to chodzi?

3. Jak Pan ocenia poziom kształcenia oraz nauczycieli w szkołach ponadgimnazjalnych?

Poziom kształcenia jest coraz niższy i świadczą o tym programy nauczania. Porównując je do tych za Pana lat niestety smutna prawda wychodzi na jaw. Nauczyciele to kwestia indywidualna, ja spotkałem wielu inspirujących i wielu demotywujących. Nie wiem, czy mogę tutaj uogólniać. Powiem tylko, że nauka powinna być przyjemnością, a nie ciągłą walką o przetrwanie. Zwłaszcza w tak młodym wieku.

4. Co Pan sądzi o niepublicznych szkołach ponadgimnazjalnych?

Nie mam pojęcia szczerze mówiąc. Jeżeli trzymają poziom i chcą służyć polskiemu narodowi, to ja nie mam nic przeciwko. A jeżeli są nastawionymi na zysk molochami to proponuję je wyburzyć.

5.Co może Pan powiedzieć o problemach studentów i jak Pan je rozwiązuje?

Na pewno podstawowym problemem jest program studiów, w którym jest wiele bezsensownie dobranych przedmiotów. Brak praktyki w zawodzie na danym kierunku studiów. Jakiś tam miesięczny pobyt na sztukę w danej firmie to nie jest wy-

starczające rozwiązanie. Książki akademickie pisane naukowym językiem w sposób skomplikowany i niejasny to jest podstawowy problem. Brak interakcji student-wykładowca. Brak kontaktu interpersonalnego student-wykładowca. Organizacja wykładu dla całego rocznika 300 osób w jednej sali?!?! Ja nie wiem, co tam wisi w powietrzu, ale są to na pewno „idealne" warunki do nauki i zdobywania wiedzy. Zbyt duża władza wykładowców na uczelniach to też jest problem.

Jak ja rozwiązuje te problemy? Przede wszystkim chodzę do biblioteki i sam szukam ciekawych książek na interesujące mnie tematy. Trzeba być trochę dociekliwym i ciekawskim, zadawać pytania i kombinować. Szukam wiedzy u praktyków, a nie teoretyków. Mistrzem sztuki wojennej będzie ten, kto na wojnie był i zwyciężał, a nie ten kto przeczytał 40 książek i szuka punktu wspólnego dla nich. Na wykładach zajmuję się swoimi sprawami, czyli nie uczestniczę w nich, tylko czytam swoje książki. Chyba, że wykładowca w jakiś sposób mnie zainteresuje. Unikam w tej sposób marnotrawienia czasu. Jeśli potrzebuję podyskutować to piszę maila, albo naciskam na rozmowę. Okazuje się, że się to zawsze udaje, bo jestem jedynym, który chce się czegoś więcej dowiedzieć.

Powyższa wypowiedź, jak i inne uzyskane w wywiadzie odpowiedzi studentów uzyskanych w ramach wstępnych badaniach pilotażowych, nie zostawiają suchej nitki na szkołach ponadgimnazjalnych i szkołach wyższych. Opinie studentów uzyskiwanych w trakcie bezpośrednich rozmów jednakowo negatywnie charakteryzują szkolnictwo ponadgimnazjalne i wyższe i absolutnie różnią się od opinii wyrażanych przez rektorów, dziekanów, założycieli szkół, dyrektorów gimnazjów. Przeprowadzenie rozpoczętych badań pilotażowych może dostarczyć szereg ważnych informacji i zaleceń dla projakościowej restrukturyzacji funkcjonowania (w tym zarządzania) nie tylko szkolnictwa wyższego, ale także tego poprzedzającego to wyższe, bez względu na to, jak będzie się nazywać.

Uwagi i sugestie ogólne dotyczące proponowanych ważniejszych zmian w prawie o szkolnictwie wyższym

Poziom dojrzałości organizacji i zarządzania we wszystkich szkołach wyższych w Polsce jest niski. W skali pięciu poziomów tej dojrzałości, większość uczelni znajduje się na przełomie poziomu drugiego i trzeciego, czyli poziomu B – *Bureaucracy* (administracji i biurokracji) oraz poziomu C – *Counting* (ilościowej optymalizacji). Tymczasem czołowe uniwersytety świata przechodzą z poziomu czwartego do piątego, czyli z poziomu D – *Development* (fazy jakościowego doskonalenia) do poziomu E – *Excellence* (fazy doskonałego, zrównoważonego uniwersytetu przyszłości – *sustainable university*)[15]. Ta wysoka dysproporcja

[15] T. Wawak, *Dojrzałość organizacyjna szkół wyższych*, [w:] *Dojrzałość procesowa orga-*

w rozwoju czołowych uczelni polskich i świata wymaga radykalnego podniesienia jakości pracy wszystkich zatrudnionych w szkolnictwie wyższym w Polsce, w tym szczególnie istotnego podniesienia jakości zarządzania w uczelniach publicznych i niepublicznych. Efektem aktualnego poziomu dojrzałości organizacji i zarządzania w szkołach wyższych w Polsce jest ich dalekie miejsce we wszystkich rankingach światowych i europejskich.

Rankingi światowe szkół wyższych posiadają wiele mankamentów, ale ich usunięcie nie spowoduje radykalnego awansu polskich uczelni publicznych i niepublicznych na ich listach. Nadal nasze uczelnie będą daleko od przodujących w Europie i świecie. Prowadzone przez autora w ostatnich latach badania potwierdzają[16], że sami ponosimy odpowiedzialność za tę sytuację. Dlatego też obowiązkiem państwa jest stworzenie warunków formalno-prawnych i finansowych do rozwoju szkolnictwa wyższego w Polsce. Nasze prawo nie jest dostosowane do potrzeb rozwoju uczelni, wymogów Unii Europejskiej i Procesu bolońskiego[17]. Dlatego też prawo dotyczące szkolnictwa wyższego powinno ulec szybkiej nowelizacji oraz radykalnie zwiększeniu muszą ulec wydatki budżetu państwa na naukę i szkolnictwo wyższe. Bez tych dodatkowych środków same zmiany w ustawach i rozporządzeniach dotyczących nauki i szkolnictwa wyższego nie wystarczą!

Proponowane obecnie zmiany w prawie dotyczącym funkcjonowania szkolnictwa wyższego w Polsce, zawarte w projektach z 16 lipca i 12 lipca 2013 r. (wersja „A" – pierwsza i „B" – poprawiona) ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych ustaw[18], są kontynuacją dostosowania polskiego prawa do zaleceń oraz wymagań unijnych, do przestrzegania których już wcześniej zobowiązali się przedstawiciele polskiego rządu. Proponowane zmiany nie zapewniają jednak pełnej realizacji zaleceń Unii Europejskiej i wymagań Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego. Te uwzględnione w noweli omawianej ustawy dotyczą, w mniejszym lub większym stopniu, zwłaszcza:

nizacji i dojrzałości w zakresie wiedzy, red. E. Skrzypek, Lublin 2013, s. 125–146.

16 T. Wawak, *Jakość zarządzania*...

17 T. Wawak, *Pro Quality Restructuring of Management Inhigter Education*, [w:] *Current Problems of University Management*, red. T. Wawak, Kraków 2013, s. 22–58.

18 Projekt z 16 lipca 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych ustaw, www.bip.nauka.gov.pl/akty-prawne-szkolnictwo-wyzsze [01.09.2013]; Projekt z 12 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych ustaw, www.bip.nauka.gov.pl/akty-prawne-szkolnictwo-wyzsze [13.11.2013].

- podniesienia jakości kształcenia oraz rozszerzenia oferty studiów przez wzrost wymogów kadrowych i naukowych postawionych przed uczelniami,
- społecznych wymiarów kształcenia i szkolenia oraz stworzenia warunków do rozwoju mobilności edukacyjnej w szkołach wyższych,
- potwierdzania efektów uczenia się uzyskanych poza systemem szkolnictwa wyższego (np. w pracy, na kursach i szkoleniach, przez samokształcenie i samodoskonalenie),
- dostosowania kierunków i profili kształcenia do potrzeb rynku pracy oraz poprawy praktycznego przygotowania do zawodu,
- zwiększenia zainteresowania pracowników uczelni postępem techniczno-organizacyjnym innowacjami, wynalazczością i wdrażaniem osiągnięć płynących z prowadzonych badań naukowych w organizacjach produkcyjnych i usługowych,
- dostępu do informacji naukowej i dydaktycznej oraz ich ochrony,
- modernizacji szkolnictwa wyższego, która w Polsce przebiega bardzo wolno.

Niebawem nadejdzie rocznica naszego członkostwa w Unii Europejskiej, co stwarza okazję do postawienia pytań dotyczących realizacji przez szkoły wyższe zadań oraz zobowiązań z tego wynikających. Należeliśmy do państw, które w 1999 roku podpisały w Bolonii Deklarację (rozpoczynającą tzw. Proces boloński), zobowiązującą do utworzenia Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego. Poparliśmy podpisaną wcześniej przez rektorów polskich uczelni w 1988 roku (w trakcie uroczystości z okazji 900-lecia najstarszego Uniwersytetu w Europie w Bolonii) *Magna Charta Universitatum*, co obliguje uczelnie w Polsce do postępowania zgodnie z przyjętymi zasadami oraz do realizacji przyjętych zadań wynikających z tego dokumentu („Wielkiej Karty Uniwersytetów")[19]. Realizacja tych wszystkich zobowiązań wymaga przede wszystkim dostosowania obowiązującego w Polsce prawa, dotyczącego szkolnictwa wyższego w drodze zmian lub nowelizacji obowiązujących w tym zakresie ustawie i rozporządzeń, a następnie wdrożenia tego prawa w życie. Niestety, proces tych zmian w obowiązującym prawie przebiega w Polsce bardzo wolno i nie nadąża za postępującą integracją w ramach Europy i Procesu bolońskiego. Nauczyciele akademicy popierali transformację ustroju społeczno-gospodarczego w Polsce, prywatyzację, komunalizację i reformy gospodarcze w przemyśle, w bankach, w administracji publicznej i służbie zdrowia. Natomiast niechętnie przystępują do zastąpienia tra-

[19] *Magna Charta Universitatum*, www.umk.pl/uczelnia/dokumenty/magna_charta.pdf oraz http://www.magna-charta.org [02.09.2013].

dycyjnego, feudalno-socjalistycznego ustroju uczelni w Polsce i wszelkich reform, które mają dostosować szkolnictwo wyższe w Polsce do wymogów europejskich i zapewnić rozwój niepublicznych i publicznych w Polsce. Bez tych zmian rozwój szkół wyższych jest niemożliwy, bez względu na to, ile pieniędzy na szkolnictwo wyższe w Polsce przeznaczy budżet państwa i Unia Europejska[20].

Przeprowadzona 18 marca 2011 r. nowelizacja prawa dotyczącego szkolnictwa wyższego była niedopracowana, niepełna, nie uwzględniała i nie wprowadzała wszystkich wymogów wynikających z wyżej wymienionych ustaleń. Ustawa, po przeprowadzonej nowelizacji nadal zawiera unormowania prawne niekorzystne dla jakości nauki i kształcenia oraz niezgodne z europejskimi wymaganiami, które oczekują na korektę; na co wielokrotnie autor wskazywał w swych publikacjach[21]. Warto zadać sobie w tym miejscu pytanie – czy zostaną one uwzględnione w nowej, przygotowywanej obecnie nowelizacji prawa dotyczącego funkcjonowania szkolnictwa wyższego w naszym kraju? Oczekiwania autora są umiarkowane, albowiem skłonność środowiska akademickiego w Polsce, jak wynika z przeprowadzonych badań, do pełnej restrukturyzacji funkcjonowania szkolnictwa wyższego, jest niewielka[22].

W lipcu, w środku wakacji i urlopów, ukazał się na stronie internetowej projekt ustawy – wariant „A „ o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw. MNiSW rozpoczęło w ten sposób konsultacje społeczne nowelizacji tegoż prawa. Ta nowelizacja była przez autora oczekiwana, ale nie w tak wąskim zakresie, jak proponuje ministerstwo. Najważniejszym celami tej proponowanej aktualnej nowelizacji prawa dotyczącego szkolnictwa wyższego jest[23]:

---

[20] T. Wawak, *Jakość zarządzania*...s. 481–536.

[21] T. Wawak, *TQM a jakość zarządzania w szkole wyższej w okresie reformy*, [w:] *Kompleksowe zarządzanie jakością w organizacji w zmiennym otoczeniu*, red. E. Skrzypek, Lublin 2012, s. 41–57; idem, *Dylematy jakości zarządzania w szkole wyższej*, [w:] *Praktyka zarządzania jakością w XXI wieku*, red. T. Sikora, M. Giemza, Kraków 2012, s. 253–272.

[22] T. Wawak, *Wstępny roboczy raport I etapu badań na temat „Projakościowa restrukturyzacja zarządzania w szkolnictwie wyższym"*, [w:] *Wyzwania zarządzania jakością w szkołach wyższych*, red. T. Wawak, Kraków 2011, s. 357–376; idem, *Najważniejsze propozycje zmian w systemie zarządzania szkolnictwem wyższym w Polsce w opinii ankietowanych profesorów – wyniki badań*, „Zarządzanie i Finanse. Journal of Management and Finance" 2012, cz. 1, nr 3, s. 370–393.

[23] Projekt z 16 lipca 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw, www.bip.nauka.gov.pl/akty-prawne-szkolnictwo-wyzsze [01.09.2013].

- dostosowanie polskiego prawa o szkolnictwie wyższym do wymogów Unii Europejskiej i ustaleń Procesu bolońskiego (wymagań Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego);
- podniesienie wymogów kadrowych i naukowych postawionych przed uczelniami w celu polepszenia jakości kształcenia oraz rozszerzenie oferty studiów;
- poprawa oraz dostosowania programu i przebiegu studiów do potrzeb praktyki oraz wymogów rynku pracy, zwłaszcza praktycznego przygotowania;
- rozszerzenie i poprawa powszechnie dostępnych informacjach o szkołach wyższych, w tym wprowadzenie listy ostrzeżeń dotyczących tych uczelni, które nie przestrzegają prawa dotyczącego szkolnictwa wyższego;
- uwłaszczenie naukowców – wynalazców i badaczy, którzy wreszcie staną się właścicielami praw majątkowych do wynalazków oraz innych efektów realizowanych przez nich badań;
- zdefiniowanie pracy dyplomowej i poprawy systemu antyplagiatowego w uczelniach;
- lepsze zabezpieczenie praw studentów oraz ochrona przed dodatkowymi kosztami studiowania wprowadzanymi przez władze uczelni w trakcie studiów;
- usunięcie części mankamentów poprzedniej nowelizacji z marca 2011 roku oraz wprowadzenie korekt i uzupełnień redakcyjnych w tekście obowiązującej ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym.

Cele stawiane omawianej nowelizacji są godne poparcia. Ich pełna realizacja jest w pełni pożądana. Powstaje jednak zasadnicze pytanie – czy wprowadzenia proponowanych zmian w prawie dotyczącym szkolnictwa wyższego zapewni ich pełną realizacje, zgodnie z deklarowanymi oczekiwaniami? Na to pytanie nie w sposób dzisiaj odpowiedzieć, natomiast już dziś można żywić obawy, że nie są to zmiany wystarczające i spójne.

Powyższe cele są zgodne z oczekiwaniami Unii Europejskiej i Procesu bolońskiego oraz jednocześnie stwarzają warunki do przyspieszonego rozwoju szkolnictwa wyższego w Polsce i podniesienia jakości kształcenia publicznych i niepublicznych uczelniach. Dlatego też cele stawiane omawianej nowelizacji są godne poparcia. Ich pełna realizacja jest w pełni pożądana. Powstaje jednak zasadnicze pytanie – czy wprowadzenia proponowanych zmian w prawie dotyczącym szkolnictwa wyższego zapewni ich pełną realizacje, zgodnie z deklarowanymi oczekiwaniami? Na to pytanie nie w sposób dzisiaj odpowiedzieć, natomiast już dziś można żywić obawy, że nie są to zmiany wystarczające i spójne. Część

proponowanych zmian narusza partykularne interesy części założycieli uczelni niepublicznych oraz sprawujących władzę w części uczelni publicznych.

Pojawiły się w Internecie stwierdzenia głoszące, że minister właściwy do szkolnictwa wyższego chce mocno ograniczyć samodzielność uczelni[24]. Ponoć jest to nawet niezgodne z konstytucją. W rzeczywistości tego rodzaju ograniczeń w proponowanych przez ministra zmianach w prawie o szkolnictwie wyższym trudno się doszukać.

Zupełnie niezrozumiałe i nieuzasadnione jest stwierdzenie (które dotyczyło wersji pierwszej – „A" – ale odpowiada także wersji poprawionej „B"):

> [...] próba narzucenia podstawowym jednostkom organizacyjnym uczelni nieposiadającym uprawnień do nadawania stopni naukowych obowiązku prowadzenia studiów w profilu praktycznym (art. 11 ust. 3A PSW) stanowi niedopuszczalny zamach na autonomię programową uczelni. Niedopuszczalne jest zwłaszcza to, że obowiązkowe uprofilowanie praktyczne miałoby dotyczyć nie tylko nowo uruchamianych kierunków, ale także studiów, które są już prowadzone w profilu akademickim i to nawet wówczas, gdy uzyskają one pozytywną ocenę Polskiej Komisji Akredytacyjnej (*sic*!)[25].

Funkcjonowanie szkolnictwa wyższego publicznego i niepublicznego przekonuje, że uczelnie nie mogą mieć pełnej autonomii programowej, bo wówczas z roku na rok obniżałaby się jakość kształcenia, uczelnie ograniczaliby programy kształcenia, zastępowali profesorów asystentami, byle obniżyć koszty i czerpać większe korzyści ze „sprzedaży dyplomów". Studenci za płacone czesne otrzymywaliby coraz gorzej świadczone usługi dydaktyczne. Część z nich byłoby zadowolona, ale część studentów czułaby się okradziona. „Obowiązkowe uprofilowanie praktyczne" jest jedynym sposobem zmuszenia uczelni, aby wreszcie odeszły od kształcenia teoretycznego na rzecz praktycznego – zawodowego i spełniły oczekiwania studentów i gospodarki.

Wprowadzenie powyższych nowych wymagań dotyczących uruchomienia i prowadzenia studiów o profilu ogólnoakademickim są w pełni uzasadnione. Stwierdzenia głoszące, że profil praktyczny usiłuje narzucić nie tylko uczelniom zawodowym, ale także akademickim jest niepo-

---

[24] *Polscy rektorzy alarmują: minister nauki chce mocno ograniczyć samodzielność uczelni*, www.wiadomosci.wp.pl [27.08.2013].

[25] Załącznik nr 2 do Stanowiska KRASP zawierającego uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych innych ustaw z 16 lipca 2013 r., Warszawa, 20 sierpnia 2013, www.krasp.org.pl [02.09.2013].

rozumieniem i próba obrony uczelni przed studentami i rynkiem pracy. Uczelnie nie są przedsiębiorstwami działającymi dla zysku. Muszą być przydatne wpierw studentom, a potem założycielom i dziekanom!

Ograniczenie profilu teoretycznego – ogólnoakademickiego na rzecz praktycznego zawodowego wynikają między innymi z poniżej omówionych przyczyn. Bardzo często na łamach prasy codziennej, tygodników i miesięczników spotykamy się z krytyką niskiej jakości kształcenia wyższego w Polsce i jego niedostosowania do potrzeb ryku pracy. Często podkreśla się niski poziom kompetencji fachowych absolwentów szkół wyższych i ich słabego przygotowania (zwłaszcza praktycznego) do wykonywania, potencjalnie wyuczonego zawodu, zapisanego w dyplomie. Oceny te potwierdzają w pełni prowadzone przez autora badania, przedstawione w monografii *Jakość zarządzania w szkołach wyższych*[26]. Stan ten jest wynikiem synergii między innymi następujących przyczyn.

- Parlament i rząd obniżyli na początku lat 90. ubiegłego wieku poziom wymogów maturalnych oraz poziom wymogów jakościowych i ilościowych stawianych szkołom wyższym na wprowadzonym I i II stopniu kształcenia, aby stworzyć dogodniejsze warunki do zakładania niepublicznych szkół wyższych w każdym powiecie! Zwiększenie liczby studentów spowodowało osłabienie tempa wzrostu bezrobocia, wzrost dochodów nominalnych nauczycieli akademickich (pracujących na dwóch lub trzech uczelniach wzrosły) bez obciążenia tym budżetu państwa, do którego jednocześnie wpływały większe dochody z tytułu podatków od wynagrodzeń i obowiązkowych ubezpieczeń od rosnących dochodów nauczycieli akademickich.
- W wyniku nowelizacji ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym z marca 2011 roku zmniejszone zostały wymogi kadrowe do prowadzenia kierunku studiów. Wpłynęło to korzystnie na wyniki ekonomiczne, zwłaszcza tych uczelni niepublicznych, które mogły dzięki temu zmniejszyć zatrudnienie lub otwierać nowe kierunek studiów. Ta korekta została przeprowadzona pod wpływem tego lobby uczelni, które w Polsce wyżej stawiało korzyści ekonomiczne niż poziom jakości kształcenia.
- Kryzys demograficzny w sposób istotny ograniczył liczbę studentów studiów komercyjnych (odpłatnych), co wywołało obniżenie wymogów stawianych studentom (w trosce o dochody płynące z czesnego założycieli oraz dziekanów wydziałów). Uczelnie zmniejszały liczbę zatrudnionych doktorów habilitowanych i profesorów do koniecznego

[26] T. Wawak, *Jakość zarządzania*...s. 481–544.

minimum, a także czasowo nawet po niżej wymogów formalnych, oczywiście tuż po akredytacji danego kierunku studiów. Stan kadry w okresie między akredytacjami na poszczególnych kierunkach studiów był bowiem poza zainteresowaniami PKA.

- Szkoły wyższe prowadziły i nadal prowadzą studia zwłaszcza o profilu ogólnoakademickim, gdy tymczasem rynek pracy poszukuje bezskutecznie absolwentów studiów o profilu praktycznym. Jednocześnie wymagany obecnie poziom kryteriów kadrowych dotyczących studiów o profilu ogólnoakademickim jest niewystarczający dla zapewnienia odpowiedniego poziomu jakości kształcenia.

Wszystkie te przyczyny w pełni uzasadniają proponowany wzrost wymogów stawianych uczelniom prowadzącym kierunek studiów o profilu ogólnoakademickim. Ten profil kształcenia ma przygotować studentów do podjęcia studiów doktoranckich, dlatego też postawienie wymogu kadrowego na poziomie wymaganym i umożliwiającym uzyskanie prawo do doktoryzowania jest w pełni uzasadnione na danym kierunku studiów. Obecni absolwenci kierunków studiów o profilu ogólnoakademickim nie są przygotowani do pracy zawodowej oraz do dalszego rozwoju naukowego w ramach III stopnia kształcenia. Jednym z powodów tego stanu jest to, że szkoły wyższe utożsamiają studia o profilu ogólnoakademickim ze studiami encyklopedycznymi i kojarzą z egzaminami testowymi, gwarantującymi zdanie egzaminu, i to nie tylko przez „dzieci specjalnej troski". Wszystko to powoduje, że rektorzy części szkół wyższych oraz ta część profesorów, którzy nie chcą wziąć pod uwagę tego, że uczelnie są dla gospodarki, rynku pracy i studentów, a nie dla realizacji snobistycznych, partykularnych interesów nauczycieli akademickich, będą negatywnie odnosić się do powyżej przedstawionych zmian w ustawie. Jednocześnie trzeba wziąć pod uwagę wątpliwości wynikające z nieprecyzyjnych przyjętych definicji, w tym profilu kształcenia praktycznego.

> Należy ponadto zwrócić uwagę na wątpliwości interpretacyjne, jakie budzi projektowana definicja. Nie wiadomo w szczególności, jak mierzyć wymaganą „większą połowę" programu studiów obejmujący zajęcia praktyczne – efektami, modułami, godzinami, punktami ECTS? Również samo pojęcie „zajęć praktycznych" wymagałoby wyjaśnienia. Czy „zajęcia praktyczne" charakteryzujące profil praktyczny, to potocznie rozumiane praktyki i zajęcia praktyczne, czy też (co zdaje się sugerować projekt ustawy) każde zajęcia ukierunkowane (choćby częściowo) na kształtowanie „kompetencji i umiejętności praktycznych"? Ta kwestia wymaga jednoznacznego wyjaśnienia. Nie trzeba przy tym szczególnej przenikliwości, żeby zrozumieć, że w przypadku rygorystycznego rozumienia

„zajęć praktycznych" ogromna większość uczelni zawodowych nie będzie w stanie spełnić omawianych wymagań i to niezależnie od zastrzeżeń przedstawionych w dalszej części opinii. Może to prowadzić do nadużyć[27].

Dlatego też wprowadzane pojęcia i zasady postępowania w nowelizowanych przepisach muszą być precyzyjne i jednoznaczne, aby nie wywołały różnych, sprzecznych z sobą, interpretacji w trakcie ich stosowania. W Polsce brakuje absolwentów studiów o profilu praktycznym, przygotowanym do pracy zawodowej, na których oczekuje rynek pracy. W tym miejscu konieczne jest podkreślenie, że[28]:

- część szkół wyższych nie bada i nie zna potrzeb obecnego i przyszłego rynku pracy, dlatego też kształcą absolwentów, którym oferują głównie tylko swoje dyplomy, jak nakazuje tradycja i nawyki minionej epoki,
- efekty kształcenia określane przez senaty części szkół wyższych są opracowane na podstawie aktualnych, zastanych możliwości kadrowych podstawowej jednostki organizacyjnej, która uruchamia lub prowadzi określony kierunek studiów, bez rzeczywistego uwzględniania oczekiwań rynku pracy, które nie są senatom znane,
- zdarza się, że ukończenie studiów i uzyskanie dyplomu nie oznacza tego, że absolwent uczelni potrzebny jest rynkowi pracy; czasami jest potrzebny rynkowi pracy za granicą (na przykład w zakresie mikrobiologii), kształcimy więc świadomie emigrantów poszukujących pracy za granicą na koszt polskiego podatnika,
- postępująca recesja wymaga przygotowania absolwenta do wykonywania różnego rodzaju prac związanych z wykonywaniem zawodu.

Poparcia wymagają te proponowane przez MNiSW zmiany, które są podyktowane są troską o wzrost jakości kształcenia, podniesienia jakości zarządzania w szkołach wyższych i lepsze gospodarowanie zasobami uczelni publicznych nawet wówczas, gdy nakładają na władze uczelni i ich założycieli dodatkowe obowiązki wymagania. Opinia władz części uczelni nie może blokować propozycji MNiSW, które wdrożone w życie sprzyjać będą podniesieniu jakości kształcenia i lepszemu dostosowaniu programu studiów do wymogów rynku pracy dziś i w przyszłości[29].

---

[27] Załącznik nr 2 do Stanowiska KRASP zawierającego uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz zmianie niektórych innych ustaw….

[28] *Ibidem*; T. Wawak, *Szanse i bariery rozwoju polskich szkół wyższych w opinii profesorów i doktorów – wyniki badań*, [w:] *Determinanty potencjału rozwoju organizacji*, red. A. Stabryła, K. Woźniak, Kraków 2012, s. 45–57.

[29] T. Wawak, *Zarys modelu doskonalenia zarządzania w szkołach wyższych*, [w:] *Orientacja na wyniki – modele, metody i dobre praktyki*, „Prace Naukowe Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu PN 264", Wrocław 2012.

Z drugiej strony ministerstwo powinno zapewnić środki na realizację nowych zadań. Dotyczy to głównie nowych proponowanych wymogów, jakie powinny w przyszłości spełniać jednostki organizacyjne uruchamiające i prowadzące studia o profilu ogólnoakademickim i praktycznym na pierwszym i drugim stopniu kształcenia. Ich zapis powinien być w proponowanej ustawie nowelizującej prawo o szkolnictwie wyższym wycyzelowany i udoskonalony, ale bezwzględnie zachowany, ponieważ podnosi wymogi stawiane uczelniom i zapewnia lepszą jakość usług edukacyjnych świadczonych przez uczelnie publiczne i niepubliczne na studiach stacjonarnych i niestacjonarnych.

Profile kształcenia proponowane w projekcie z 12 listopada 2013 r. noweli ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym

Projekt z 12 listopada 2013 roku ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw[30], zawiera 173 poprawki, w tym 118 dotyczy ustawy z 27 lipca 2005 roku Prawo o szkolnictwie wyższym[31] (art. 1) oraz 65 poprawek w 19 innych ustawach. Projekt przewiduje 19 poprawek ustawy z 7 września 1991 roku o systemie oświaty[32] (art. 4), 13 obszernych poprawek do ustawy z 14 marca 2003 roku o stopniu i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki[33] (art. 8), oraz 6 poprawek do ustawy z 15 kwietnia 2011 roku o systemie informacji oświatowej[34] (art. 19). Ponadto projekt ten przewiduje 3 poprawki do ustawy z 30 kwietnia 2010 roku o instytucjach badawczych[35] (art. 17) oraz 4 obszerne poprawki do ustawy z 30 kwietnia 2010 roku o Polskiej Akademii Nauk[36] (art. 18).

[30] Projekt z 12 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw...

[31] Ustawa z 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. Nr 164 z 2005 r. poz. 1365 z późn. zm.

[32] Ustawa z 7 września 1991 r. o systemie oświaty, Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572, z późn. zm.

[33] Ustawa z 14 marca 2003 r. o stopniu i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, Dz.U. z 2003 r. Nr 65, poz. 595 z późn. zm.

[34] Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o systemie informacji oświatowej, Dz.U. Nr 139, poz. 814, z późn. zm.

[35] Ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o instytucjach badawczych, Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 618 z późn. zm.

[36] Ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk, Dz.U. z 2010 r. Nr 96, poz. 619 z późn. zm.

Obok tych ustaw, drobne korekty proponuje się wprowadzić w następujących: ustawie z 30 kwietnia o zasadach finansowania nauki[37] (art. 14), ustawie z 30 kwietnia 2010 roku o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju[38] (art. 15), ustawy z 30 kwietnia 2010 roku o Narodowym Centrum Nauki[39] (art. 16).

Nie jest możliwe pełne i wyczerpujące omówienie tej 101-stronicowej noweli 20 ustaw dotyczących i związanych pośrednio z funkcjonowaniem szkolnictwa wyższego, składającej się z 50 artykułów, zawierających 173 proponowane zmiany. Do projektu noweli ustawy MNiSW dołączyło 80-stronicowe uzasadnienie, dlatego też w tym miejscu konieczne jest ograniczenie się do skomentowania kilku wybranych najważniejszych poprawek przedstawionych w omawianym projekcie.

Nie wymaga udowodnienia teza, powszechnie głoszona przez pracodawców, że studia w Polsce nie przygotowują praktycznie do zawodu i mają zbyt teoretyczno-encyklopedyczny charakter. Jak wspomniano we wstępie, wszelkie czynione próby w ostatnich trzydziestu latach próby nie powiodły się i nadal mają niewielkie szanse na powodzenie. Można postawić w tym miejscu pytanie – czy chce tego licząca się część profesorów i władze znacznej części uczelni publicznych i niepublicznych?

Ministerstwo proponuje wyraźne odróżnienie dwóch profili kształcenia w szkołach wyższych: profilu praktycznego od profilu ogólnoakademickiego (teoretyczno-encyklopedycznego) studiów[40]. Definicje tych profili zamieszczone w projekcie wersji pierwszej „A" noweli ustawy były krytykowane jako nieprecyzyjne i nie w pełni zrozumiałe. Dlatego też definicje te uległy korekcie w wersji poprawionej „B".

W projekcie noweli – wersja „B" z 12 listopada 2013 roku przyjmuje się, że:

- profil praktyczny to „profil programu kształcenia obejmującego moduły zajęć służące zdobywaniu przez studenta umiejętności praktycznych i kompetencji społecznych, realizowany przy założeniu, że ponad połowa programu studiów określonego w punktach ECTS obejmuje zajęcia praktyczne kształtujące te umiejętności i kompe-

[37] Ustawa z 30 kwietnia o zasadach finansowania nauki, Dz.U. 96, poz. 615 z późn. zm.

[38] Ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju, Dz.U. Nr 96, poz. 616 z późn. zm.

[39] Ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Nauki, Dz.U. Nr 96, poz. 617 z późn. zm.

[40] Projekt z 12 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw..., art. 1.1c.

tencje, w tym umiejętności uzyskiwane drogą zajęć warsztatowych, które są prowadzone przez osoby posiadające doświadczenie zawodowe poza uczelnią";

- profil ogólnoakademicki to „profil programu kształcenia obejmującego moduły zajęć powiązane z prowadzonymi w uczelni badaniami naukowymi, realizowanymi przy założeniu, że ponad połowa programu studiów określonego w ramach ECTS obejmuje zajęcia służące zdobywaniu przez studenta pogłębionej wiedzy".

Studenci kierunku o profilu praktycznym będą zobowiązani do udziału w obowiązkowych praktykach zawodowych, mających na względzie strukturę kształcenia i zapotrzebowanie na absolwentów poszczególnych kierunków studiów na obecnym i przyszłym rynku pracy. „Podstawowa jednostka organizacyjna uczelni prowadząca kształcenie na określonym kierunku studiów i poziomie kształcenia o profilu praktycznym jest obowiązana uwzględnić w programie kształcenia co najmniej trzymiesięczne praktyki zawodowe. Jednostka ta może organizować kształcenie przemienne w formie zajęć dydaktycznych realizowanych w uczelni i w formie praktyk odbywanych u pracodawcy, uwzględniając realizację wszystkich efektów kształcenia przewidzianych w programie kształcenia dla tego kierunku, poziomu i profilu kształcenia"[41]. Ustawa nakłada na uczelnie obowiązek zapewnienia studentom możliwości odbycia praktyk, które są częścią procesu kształcenia organizowanego przez podstawową jednostkę organizacyjną danej szkoły wyższej.

Natomiast studentom kierunków studiów o profilu ogólnoakademickim władze uczelni powinny zapewnić udział w badaniach naukowych prowadzonych przez podstawową jednostkę organizacyjną, prowadzącą ten kierunek studiów.

Szczególne znaczenie dla koniecznej poprawy jakości kształcenia w uczelniach publicznych i niepublicznych oraz wyraźnego zróżnicowania praktycznego i akademickiego profilu kształcenia mają proponowane zmiany w artykułach: 9, 9a, 11, 11a, 11b, 11c i 11d ustawy Prawo o szkolnictwie wyższy (PSW). Korekty zaproponowane w projekcie nowelizacji z 16 lipca 2013 roku (w pierwszej wersji „A") były mało czytelne i między innymi z tego powodu wywołały krytyczną dyskusję. Zebrane opinie pozwoliły ministerstwu na opracowanie poprawionej wersji „B" przedstawionej w projekcie nowelizacji z 12 listopada 2013 roku. W art. 9 ust. 2 PSW przyjęto, że wzorcowe efekty kształcenia będą ogłaszane w formie komunikatu, a nie rozporządzenia ministra, bez zaciągania opinii Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego, która zostanie

[41] *Ibidem*, art. 1. 9.

z tego obowiązku odciążona. Natomiast w ust. 3, tego artykułu, określającym warunki, jakie muszą spełniać jednostki organizacyjne, aby prowadzić studia na określonym kierunku, poziomie i (dodano) profilu kształcenia, wprowadzono dodatkowy pkt 1a, w którym podkreślono, że „kierunki studiów, które mogą być prowadzone jako jednolite studia magisterskie, oraz kierunki studiów, które prowadzone są jako studia drugiego stopnia lub jako jednolite studia magisterskie, uwzględniając zróżnicowane kwalifikacje absolwentów studiów pierwszego i drugiego stopnia oraz potrzeby rynku pracy"[42]. Zobowiązuje to uczelnie do dostosowania kwalifikacji absolwentów do potrzeb rynku pracy. W zmienionym pkt 3 i 4 ust. 3 art. 9 ustawy PSW wprowadza się szczegółowe kryteria i zakres oceny programowej i instytucjonalnej (o której mowa w art. 48a ust. 3 ustawy PSW) przeprowadzanej przez Polską Komisję Akredytacyjną (PKA). Mając na uwadze zapewnienie wysokiej jakości kształcenia, w trakcie oceny programowej PKA powinna uwzględniać[43]:

- spełnianie warunków prowadzenia studiów na określonym kierunku, poziomie i profilu kształcenia,
- akredytacje lub certyfikaty instytucji międzynarodowych,
- działanie wewnętrznego systemu zapewnienia jakości kształcenia w zakresie analizy efektów kształcenia,
- organizacje procesu dydaktycznego,
- współpracę z otoczeniem społeczno-gospodarczym,
- umiędzynarodowienie procesu kształcenia,
- funkcjonowanie procesu potwierdzenia efektów kształcenia.

Natomiast w trakcie oceny instytucjonalnej PKA, mając na uwadze zapewnienie wysokiej jakości kształcenia, powinna brać pod uwagę[44]:

- funkcjonowanie i doskonalenie systemów zapewnienia jakości kształcenia,
- akredytacje lub certyfikaty instytucji międzynarodowych,
- wyniki oceny programowej kierunków studiów prowadzonych w podstawowej jednostce organizacyjnej uczelni,
- zgodność działania podstawowej jednostki organizacyjnej z misją i strategią rozwoju uczelni.

Zapisanie w ustawie kryteriów i zakresu oceny programowej i instytucjonalnej przeprowadzanej przez PKA jest niewystarczającym krokiem we właściwym kierunku. Zapewne wzmocni to pozycję ministra i PKA w dążeniu do zapewnienie (istniejącej) wysokiej (zdaniem uczel-

[42] *Ibidem*, art. 1.6c.

[43] *Ibidem*.

[44] *Ibidem*.

ni) jakości kształcenia, ale nie pozwala na zagwarantowanie niezbędnego wzrostu jakości kształcenia oraz koniecznego, aby to uzyskać, ciągłego doskonalenia jakości zarządzania w szkołach wyższych. Do tego zobowiązał się polski rząd, podpisując ustalenia ministrów właściwych do szkolnictwa wyższego sygnatariuszy Procesu bolońskiego w 2005 roku w Bergen. Tego wymaga od Polski Unia Europejska[45].

W art. 9a ust. 1 PSW dodaje się, że do minimum kadrowego studiów pierwszego i drugiego stopnia oraz studiów jednolitych o profilu praktycznym mogą być zaliczani nauczyciele akademiccy posiadają doświadczenie zawodowe zdobyte poza uczelnią, w wymiarze co najmniej 25% pełnego wymiaru czasu pracy. W ust. 2 tego artykułu dopisano, że profesora lub doktora habilitowanego w minimum kadrowym studiów o profilu praktycznym mogą zastąpić dwie osoby posiadające obok stopnia doktora także doświadczenie zawodowe zdobyte poza uczelnią w dziedzinie związanej kierunkiem studiów[46]. Uczelnie publiczne staną przed wielkim problemem, jakim będzie zatrudnienie tych osób w ogóle, a przy obowiązujących obecnie stawkach płac na studiach dziennych, w szczególności. Wymogi te zwiększa koszty kształcenia we wszystkich uczelniach, ponieważ wynagrodzenie dwóch praktyków ze stopniem doktora (pensum 60 + 60 godzin zajęć) będzie musiało być znacznie wyższe niż wynagrodzenie zwyczajnego profesora (pensum 180 godzin zajęć). Oznacza to potrzebę zwiększenia czesnego płaconego przez studentów w sektorze kształcenia skomercjalizowanego.

Szczególnie istotne dla dostosowania struktury kształcenia do potrzeb lokalnych i regionalnych rynków pracy oraz dla zapewnienia pracy absolwentom szkół wyższych w Polsce mają proponowane zmiany w art. 11. Artykuł ten określa uprawnienia jednostki organizacyjnej do prowadzenia studiów o profilu ogólnoakademickim oraz studia o profilu praktycznym w następujących przypadkach[47]:

- jeśli podstawowa jednostka organizacyjna uczelni posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego [np. nauki ekonomiczne] i spełnia warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy PSW, może prowadzić

[45] T. Wawak, *Uwarunkowania doskonalenia jakości kształcenia w ramach Procesu Bolońskiego – Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego*, [w:] *Jakość w badaniach i dydaktyce szkół wyższych*, red. S. Doroszewicz, A. Kobylińska, Warszawa 2007; idem, *Zewnętrzne zapewnienie jakości kształcenia w Europejskim Obszarze Szkolnictwa Wyższego*, „Problemy Jakości" 2007, nr 5.

[46] Projekt z 12 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw..., art. 1.7a i art. 1.2c.

[47] *Ibidem*, art. 1.9.

studia o profilu ogólnoakademickim oraz studia o profilu praktycznym na określonym przez senat uczelni, w drodze uchwały, kierunku studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] i poziomie kształcenia, w ramach obszarów kształcenia oraz dziedzin odpowiadających uprawnieniom do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego [np. nauki ekonomiczne];

- jeśli podstawowa jednostka organizacyjna uczelni nie posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego w obszarze kształcenia i dziedzinie, do których przyporządkowany jest kierunek studiów i spełnia warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy PSW, ale:

a) posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora w obszarze kształcenia i dziedzinie [np. nauki ekonomiczne], do której przyporządkowany jest kierunek studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] to może uzyskać uprawnienia do prowadzenia, zgodnie z opisem efektów kształcenia określonym przez senat uczelni zarówno studia o profilu praktycznym, jak i o profilu ogólnoakademickim na tym kierunku [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] oraz określonym poziomie kształcenia;
b) nie posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora w obszarze kształcenia i dziedzinie [np. nauki ekonomiczne], do której przyporządkowany jest kierunek studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych], to może uzyskać uprawnienia do prowadzenia, zgodnie z opisem efektów kształcenia określonym przez senat uczelni studiów o profilu praktycznym na tym kierunku [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] oraz określonym i poziomie kształcenia.

- jeśli podstawowa jednostka organizacyjna uczelni nie posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego w obszarze kształcenia i dziedzinie, do których przyporządkowany jest kierunek studiów i spełnia warunki określone w przepisach wydanych na podstawie art. ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy PSW oraz nie posiada uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora w obszarze kształcenia i dziedzinie [np. nauki ekonomiczne], do której przyporządkowany jest kierunek studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych], to może uzyskać uprawnienia do prowadzenia, zgodnie z opisem efektów kształcenia określonym przez senat uczelni studiów o profilu ogólnoakademickim na określonym kierunku [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] i poziomie kształcenia, jeżeli równocześnie:

a) prowadzone na określonym kierunku studia [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych] pierwszego i drugiego stopnia o profilu praktycznym uzyskały pozytywna ocenę jakości kształcenia PKA – będzie to realnie możliwe za kilka lat, niezbędnych do uruchomienie studiów o profilu praktycznym i uzyskania pozytywnej oceny PKA;
b) zatrudnia w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej ośmiu nauczycieli akademickich posiadający tytuł naukowy profesora lub stopień naukowy doktora habilitowanego, dla których uczelnia stanowi podstawowe miejsce pracy, reprezentujących dziedzinę nauki [np. nauki ekonomiczne] lub sztuki, związaną z danym kierunkiem studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych];
c) prowadzi badania naukowe w dziedzinie związanej z kierunkiem studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych].

Podsumowując powyższe warianty uzyskania uprawnień do prowadzenia studiów o profilu ogólnoakademickim uzyskają te podstawowe jednostki organizacyjne uczelni, które posiadają uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora w obszarze kształcenia i dziedzinie [np. zarządzanie w naukach ekonomicznych], do której przyporządkowany jest kierunek studiów [np. zarządzanie jakością w szkołach wyższych]. Pozostałe jednostki organizacyjne uczelni mogą ubiegać się o uzyskanie uprawnień do prowadzenia studiów o profilu praktycznym, jeśli spełnią postawione w ustawie PSW wymogi. W przyszłości natomiast mogą ubiegać się o uprawnienia do prowadzenia studiów o profilu ogólnoakademickim.

Na szczególna uwagę zasługuje zmieniona treść art. 11b ustawy PSW[48]. Nowy zapis zobowiązuje do niezwłocznego zawiadomienia ministra właściwego do szkolnictwa wyższego i PKA o zaprzestaniu spełniania przez podstawową jednostkę organizacyjną warunków do prowadzenia studiów, w tym o zmianie w stanie zatrudnienia wpływającym na uprawnienia do prowadzenia studiów. W obowiązującej ustawie rektor miał trzy miesiące na poinformowanie o tym fakcie ministra i PKA oraz 12 miesięcy na przywrócenie utraconych warunków do prowadzenia studiów. W nowym proponowanym tekście art. 11b ustawy PSW rektor nie ma 12 miesięcy na przywrócenie utraconych warunków. Natomiast minister po uzyskaniu informacji od rektora bądź PKA o zaprzestaniu spełniania przez podstawową jednostkę organizacyjną uczelni warunków do prowadzenia studiów, w tym zmian w stanie zatrudnienia wpływających na uprawnienie do prowadzenia studiów, ma prawo podjąć decyzje o cofnięciu lub zawieszeniu podstawowej jednostce organiza-

[48] *Ibidem*, art. 1.11b.

cyjnej uprawnień do prowadzenia studiów na danym kierunku, poziomie i profilu kształcenia[49]. Mając powyższe na uwadze, podstawowa jednostka organizacyjna uczelni powinna zatrudniać więcej nauczycieli akademickich niż przewiduje minimum kadrowe, aby elastycznie dostosowywać wielkość i strukturę zatrudnienia nauczycieli akademickich do potrzeb realizowanych przez jednostkę programów i zadań dydaktycznych oraz naukowych.

Z chwilą zawieszenia uprawnień podstawowej jednostki organizacyjnej uczelni do prowadzenia studiów na danym kierunku, poziomie i profilu kształcenia zostają wstrzymane przyjęcia na studia na ten kierunek, poziom i profil kształcenia. Po uzyskaniu opinii PKA minister może podjąć decyzję o przywróceniu lub cofnięciu zawieszonego uprawnienia. W przypadku cofnięcia lub wygaśnięcia nieprzedłużonego uprawnienia rektor uczelni jest zobowiązany do zapewnienia studentom możliwość kontynuowania studiów na tym samym kierunku albo innym kierunku związanym z dyscypliną, do której był przyporządkowany dotychczas prowadzony kierunek studiów[50]. Może wiązać się to z dodatkowymi kosztami, jakie może ponieść z tego tytułu uczelnia.

Szkoły wyższe będą miały dużo czasu do wdrożenia proponowanych rozwiązań dotyczących procesu kształcenia. Senaty uczelni będą zobowiązane do 31 grudnia 2015 roku do dostosowania profili i programów kształcenia studiów pierwszego stopnia oraz do końca grudnia 2017 roku wdrożenia zmienionych profili i programów kształcenia studiów drugiego stopnia i jednolitych studiów magisterskich prowadzonych na kierunkach utworzonych i realizowanych prze dniem wejścia w życie omawianej noweli ustawy PSW, do wymagań określonych w omawianym powyżej art. 11 tej ustawy w brzmieniu nadanym przez omawiany projekt ustawy z 12 listopada 2013 roku o zmianie ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Studenci, którzy rozpoczęli studia przed tym dostosowaniem, będą studiować według dotychczasowych programów kształcenia do końca okresu studiów przewidzianych w programie i planie studiów[51], czyli do 2018–2019 roku. Oznacza to, że jeszcze wiele lat będziemy kształcić młodzież na kierunkach i według programów niedostosowanych do potrzeb rynku pracy, tylko zgodnie z interesem założycieli i władz uczelni. Nieszybko więc realne zmiany w Polskim szkolnictwie wyższym

[49] *Ibidem*.

[50] *Ibidem*, art. 1.11c.

[51] *Ibidem*, art. 23.

nastąpią. Zgodnie ze stosowana w Polsce zasadą będą je wdrażać ci, którzy jej nie przygotowywali.

Brak odwagi na radykalniejsze i szybsze zmiany w prawie dotyczącym szkolnictwa wyższego i nauki powoduje, że polskie uczelnie nie będą się zbliżać do czołowych uniwersytetów Europy i świata, a część z nich będzie się wręcz oddalać.

Oczywiście uczelnie będą mogły dostosować profile i programy kształcenia studiów szybciej, a tym samym wcześniej będą mogli kształcić młodzież na studiach o profilu praktycznym i profilu ogólnoakademickim, zgodnie z wymogami wprowadzanymi przez omawianą nowele ustawy PSW. O tym zadecydują osoby kierujące obecnie uczelniami. Wielu z nich przerzuci ten ciężar na barki swych następców. A szkoda, bo już dziś są potrzebni absolwenci rzeczywistego, a nie marketingowego zakłamanego praktycznego profilu kształcenia.

Podsumowanie

Proponowane zmiany dotyczące minimalnego, niezbędnego zatrudnienia w podstawowej jednostce organizacyjnej uczelni i obowiązkowej praktyki stawia przed uczelniami publicznymi i niepublicznym bardzo trudne do spełnienia wymagania. Część uczelni spełnia wymogi kadrowe do prowadzenia studiów o profilu ogólnoakademickim i praktycznym w przypadku większości dotychczas prowadzonych kierunków studiów I i II stopnia, ale nie wszystkich. Brak samodzielnej kadry doktorów habilitowanych i profesorów tytularnych powoduje, że uczelnie te będą musiały zwiększyć zatrudnienie zwłaszcza profesorów i uzyskać w najbliższej przyszłości uprawnienia habilitacyjne. Dla większości jednak uczelni oznaczać to będzie konieczność likwidacji drugiego stopnia kształcenia, o profilu ogólnoakademickim i ewentualne uruchomienie w to miejsce studiów o profilu praktycznego. Wymagać to będzie zatrudnienia praktyków z stopniem doktora. Ten wzrost wymogów co do poziomu kadrowego niepokoi zarówno założycieli uczelni niepublicznych i dziekanów wydziału uczelni publicznych, dlatego też będą oni starać nie dopuścić do tych koniecznych zmian i w tym celu poprzeć nieudowodnioną tezę, że proponowane zmiany ograniczają samorządność akademicką. Jeśli coś ograniczają, to na pewno niską jakość kształcenia w części uczelni. Zdaniem małej części profesorów, jest to wystarczający powód, aby tego nie robić. Problem tkwi w braku zapisu przewidującego przyznanie dodatkowych środków dla uczelni publicznych i niepublicznych przeznaczonych na zmianę profilu kształcenia w Polsce i dosto-

sowanie struktury i programów kształcenia do bieżących i przyszłych potrzeb rynku. Radykalna poprawa jakości zarządzania w szkołach wyższych spowodować może obniżkę kosztów ich funkcjonowania, lepsze wykorzystanie nakładów, poprawę jakości kształcenia oraz lepsze dostosowanie struktury i programów kształcenia do potrzeb rynku. Sam postęp w jakości zarządzania nie wystarczy do realizacji zadań, które stawia przed uczelniami projektowana, aktualna nowela prawa dotyczącego funkcjonowania szkolnictwa wyższego i nauki. Konieczne będzie zwiększenie zasilania finansowego z zewnątrz uczelni, i to nie tylko ze strony budżetu państwa i funduszy unijnych, ale także prywatnych sponsorów.

Bardzo szeroki zakres problemów dostosowania zasad funkcjonowania szkolnictwa wyższego w Polsce powoduje, że w krótkim opracowaniu nie można przedstawić tylko niektóre z nich, w kontekście proponowanej nowelizacji praw dotyczącego funkcjonowania szkolnictwa wyższego w Polsce. Z tej, powyżej przedstawionej krótkiej i wybiórczej analizy wynika, że interesy i cele podmiotów funkcjonujących w ramach szkolnictwa wyższego są bardzo zróżnicowane oraz jednoznacznie nieokreślone. Ministerstwo chciałoby jak największą liczbę absolwentów szkół średnich objąć kształceniem wyższym, nie bacząc na ich przygotowanie do rozpoczęcia studiów. Założyciele uczelni niepublicznych i dziekani wydziałów prowadzących studia płatne zainteresowani są wzrostem utargów z tytułu czesnego, co przekłada się na wzrost liczby studentów i jak najniższy odsiew i odpad, każdy bowiem student to źródło przychodów. Jednocześnie uczelnie publiczne są zainteresowane wzrostem przyznanego limitu studiów dziennych, bo to decyduje wielkości subwencji dydaktycznej i wielkości zatrudnienia. W warunkach niżu demograficznego, który daje się poważnie odczuć w szkołach wyższych, pojawia się konflikt między ilością a jakością kształcenia.

Postawa i zaangażowanie studentów w procesie kształcenia i doskonalenia także nie są jednoznaczne. W polskich szkołach wyższych można ich wyróżnić wśród studentów trzy grupy:

- studenci bardo zaangażowani, dążący do zdobycia w trakcie studiów wiedzy, umiejętności i kompetencji na najwyższym możliwym poziomie,
- studenci realizujący swe wymagania na poziomie przeciętnym,
- studenci nieposiadający właściwego przygotowania do studiów, choć zdali maturę i jednocześnie nie są zainteresowani nadrabianiem zaległości i dorównaniem do przeciętnych.

Grupa ostatnia nie powinna być przyjęta na studia, a jeśli już rozpoczęła studia, to pierwsze dwie sesje powinny wyeliminować z grona studentów. Tak się jednak nie dzieje, bo dla wielu uczelni liczba jest waż-

niejsza od jakości. Dlatego też tak odległe miejsca polskie uczelnie zajmują w rankingach światowych i europejskich. Jeśli chcemy poprawić tę pozycję, musimy postawić na wzrost wymogów stawianych studentom i nauczycielom akademickim oraz radykalną poprawę jakość kształcenia, a nie wzrost liczby studentów. Wiąże się to z koniecznym odejściem od zarządzania szkołą wyższą przez liczbę na rzecz zarządzania przez jakość, czyli podporządkowaniem wszystkich decyzji podejmowanych w uczelniach publicznych i niepublicznych jakości badań naukowych i kształcenia. Tylko tą drogą możemy przesunąć się w górę w rankingach światowych i europejskich szkół wyższych. Punktem wyjścia na tej drodze musi być wzrost jakości zarządzania w szkolnictwem wyższym na szczeblu państwa i w każdej uczelni.

Należy przełamać te tendencje i znacznie ograniczyć kształcenie o ogólnoakademickim, teoretycznym profilu na rzecz profilu praktycznego, zawodowego. Dlatego dziś w warunkach recesji, kiedy niż demograficzny jest mocno odczuwalny w uczelniach, należy postawić na jakość kształcenia a nie, jak dotychczas, na ilość. Wymaga to jednocześnie zapewnienia w Polsce dodatkowych środków finansowych umożliwiających dynamiczną projakościową restrukturyzację funkcjonowania szkolnictwa wyższego i radykalny wzrost jakości kształcenia oraz ciągłe doskonalenie jakości zarządzania w uczelniach.

Bogusława Bednarczyk

HUMAN RIGHTS PROTECTION IN EUROPE AFTER THE LISBON TREATY

"The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail." (Art. 1a, Treaty of Lisbon)

Introduction

Human rights have been promoted through the development of international agreements. Those international documents frequently contain general, competing, or idealistic statements. The very notion of human rights may obscure the fact that the human rights endorsed in international agreements result from a political process. To describe the ideas that went into human rights agreements, to describe how human rights treaties were negotiated and to describe the principles in those agreements is to describe the international legislative process for human rights. And the legislative process is always a political process. States, the only actors entitled to make international law, exercise power to affect the public policy found in the agreements. So while we speak of human rights initially as a legal subject, at the same time we are speaking of politics.

This paper will examine in brief the current state of fundamental rights protection within the EU and the implications of the Lisbon

Treaty.[1] It is difficult to over-estimate the importance, and the impact the Treaty has and will have on fundamental rights and citizens of the Union. The entering into force of the Lisbon Treaty presented an opportunity for the EU to promote even greater coherence[2] between existing human rights instruments and mechanisms, and to exert increased political and economic leverage. The treaty brought substantial amendments to the field of human rights environment.[3] By the virtue of Article 6 (1) of the Treaty on European Union (TEU), the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter referred as the Charter) is now part of primary law and has been given a legally binding status on the EU and its member states. The adoption of the Charter means that the rights of all European citizens have been set out clearly and unambiguously for the first time at EU level. The Lisbon Treaty provides for a "Bill of Rights for Europe". Under Article 6 of the Treaty, the EU recognizes the rights, freedoms, and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, an agreement which has the same legal standing as the TEU and TFEU.

Apart from the legal status of the Charter, the Lisbon Treaty solved another important issue in relation to the protection of fundamental rights. That is the question of the accession of the EU to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter referred as the Convention). The Treaty of Lisbon gives the EU legal personality thereby establishing it as an actor on the global stage.[4] Separate legal personality of the Union has had far reaching im-

1 The Lisbon Treaty came into effect on 1 December 2009. It replaces the failed Constitutional Treaty and instead amends existing EU Treaties 'Treaty of the European Union (TEU)' and 'The Treaty establishing the European Community (TEC)'. It aims to "provide the Union with the legal framework and tools necessary to meet future challenges and respond to citizens demands". Europa, Treaty of Lisbon: The Treaty at a Glance available at: www.europa.eu/lisbontreaty/glance/index en.htm.

2 The coherence of the EU law depends on full human rights compliance, as the member states' obligations under the European Convention on Human Rights and other international human rights treaties must not be undermined by EU law.

3 Ratification of the Lisbon Treaty was a long process and was only ultimately obtained on foot of a series of legal guarantees granted to two countries Ireland and the Czech Republic – after their governments had signed the Treaty. These guarantees ensured that certain areas of national sensitivity would not be affected in any way by the entry into force of the Charter of Fundamental Rights as legally binding instrument of European Law.

4 Article 47 TEU.

plications as it paved the way for the European Union to sign up to the European Convention on Human Rights. The accession foreseen in the Treaty aimed at conveying a strong message about the EU's commitment to fundamental rights and freedoms and to the possible changes to the judicial protection of human rights within the EU. The European Convention on HR is the most advanced human rights mechanism in the world, and is something that Europeans can be very proud of. Europeans should use it as the foundation for building a comprehensive and coherent "common space" for human rights in Europe. The Convention has its own enforcement mechanism, and allows under certain conditions any person, no-governmental organization, or group of individuals to submit a complaint directly to the European Court of Human Rights. The Convention is binding for member states of the Council of Europe.

Apart from the above changes the Lisbon Treaty and the EU's subsequent Stockholm Program have brought significant progress in the area of freedom, security and justice and expanded the scope for the EU action in areas which traditionally fall within the remit of the Council of Europe. European cooperation in justice and home affairs is a relatively recent phenomenon. This is a sensitive issue because justice and home affairs are directly related to security, public order and national legal systems. These systems have often evolved in the separate countries over a matter of centuries with the result that there are significant differences between member states of the EU. It is therefore only gradually that the member states have agreed to "communitarise" successive parts of FSJ[5] by moving from unanimity to qualified majority voting and by giving the European Parliament the power of co-decision.

The Stockholm Program: a chance to put fundamental rights protection in the centre of the European Agenda

Building on the achievements of Tampere and Hague Programs,[6] The Council of the EU set a new agenda with adoption of the Stockholm

[5] Cooperation was stepped up in the Treaty of Amsterdam (1999). The EU set itself the goal of gradually creating an area of freedom, security and justice (FSJ). This means that citizens are able to move freely, live in safety, enjoy equal access to justice and have their fundamental freedoms respected within this area.

[6] Tampere Program (1999–2004) and the program of the Hague (2004–2009). In October 1999, in Tampere, Finland, the European Council decided to set the area of freedom, security and justice high on the EU agenda. It was seen as essential component of a true 'Union'. The Council further developed this theme of freedom, security and justice by drawing up a multiannual program which set

Program, aimed at meeting future challenges still faced in this area. The Stockholm Program adopted by the European Council in December 2009[7] is the multi-annual strategic work programme which has been guiding EU action in the area of freedom, security and justice and providing a roadmap for EU work for the period 2010–2014.[8] It has put citizens to the core of the Union's action, ensuring respect for human rights, freedoms and integrity of the persons, while guaranteeing the security inside as well as outside EU borders. Its contents reflect the discussions with the European Parliament, the Council, member states and stakeholder over the recent years. At the core are the ambitions the Commission outlined in its June 2009 Communication[9] which led to the adoption of the Stockholm Program. The Commission has grouped

out guidelines, specific targets and an implementation timeframe for the period between 1999 and 2004. In November 2004 the EU set a new five-year course called the Hague program to strengthen freedom, security and justice within the 25 member states of the Union. This program was the EU's agenda for the further development of migration and asylum-related policies. The document contained proposals and deadline for the area in which the Council was willing to see policy decisions. The Hague program specifically aimed to improve the ability of the EU and its member states to the following: guarantee fundamental rights, procedural safeguards, and access to justice, fight organized crime, repress the threat of terrorism, provide protection to refuge, and regulate migration flows and control the external border of the Union. A similar working pattern was involved in the completion of the Hague program's predecessor, the Tampere Program, which is notable for having produced the first set of legally binding EU-level agreements on asylum: temporary protection for persons displaced by conflicts, a common understanding of refugee status and "subsidiary" procedural guarantees, minimum conditions for the reception of asylum seekers, and a regulation on deciding which member state is responsible for assessing which asylum claim.

7 Council document17024/09, adopted by the European Council on 10/11 December 2009. COM (2009)262: "An area of freedom, security and justice serving the citizens."

8 The Stockholm Program was adopted shortly after the Lisbon Treaty entry into force. The Program has been benefiting from the new institutional architecture of the Union, which has facilitated the achievement of its objectives: the European Parliament's participation as co-legislator at the elaboration of the instruments in the liberty, security and justice space, the enhanced role of the National Parliaments given greater legitimacy to the decision-making process and the role of the European citizens and of the civil society becoming much more significant, the Lisbon Treaty offering the necessary framework for the direct participation of the citizens at the European legislation process.

9 See: Communication "An area of freedom, security and justice serving the citizens", COM (2009) 262/4, 10 June 2009.

the various future challenges and its respective policy proposals under the subheadings: "A Europe of rights", "A Europe of Justice, "A Europe that protects", "A Europe of solidarity". In all these four views on Europe's future, the protection of fundamental rights has an undeniable role to play. This document has been considered of key importance as it has been reinforcing the obligation of the Union to ensure that in all areas of its activity, fundamental rights are actively promoted. Among other things, the Program deals with questions of citizenship, justice and security as well as asylum, migration and the external dimension of justice and home affairs. In my opinion, from the perspective of the Lisbon Treaty, member states in collaboration with the Commission, on the base of the Stockholm program, received the opportunity to conduct the project that has no political purpose other than addressing human entitlements. The protection of fundamental rights is an area – as confirmed e.g. by several Eurobarometer surveys – that is increasingly perceived as a matter that should form a priority of the European Union.[10] In this sense the Stockholm Program has been a real opportunity to meet the expectations of the people living within the EU.

In 2013 the European Policy Centre (EPC)[11] launched a project called the „Post-Stockholm Programme". The project seeks to define further steps to be taken in the area of Freedom, Security and Justice. It is based on two 'structuring' elements: the 2009 Stockholm program is coming to an end in 2014, and the Lisbon Treaty inserted Article 68 into the TFEU, which states that the European Council shall define the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice. It is of great importance that dealing with justice and home affairs cannot be disconnected from human rights and data protection concerns. In these fields, the Treaty of Lis-

[10] In the eyes of the citizens the three top priorities for the EU should be "Fight against terrorism", "Fight against organized crime and trafficking" and "Promoting and protecting fundamental rights, including children's rights". Interestingly the first two policy areas are losing in sustain whereas the last one is gaining in importance. See: "The role of the European Union in Justice, Freedom and Security Policy Areas". Report published in June 2008 (fieldwork November 2007–January 2008).

[11] The European Policy Centre is an independent not-for-profit think tank. Its main task is to make European integration work. Being a leading Brussels' think tank EPC is playing an important role in the EU's affairs. The main field of its engagement is to analize and promote discussion and reflection on the issues dominating the Union's agenda. The EPC work is also focused on active help to shape developments on the European stage. See: www.ep.eu; www.epc.eu/prof.-forum.php?forum_id=&prog_id=6, last access December 11 2013.

bon has reinforced the legal framework in giving legally-binding force to the EU Charter of Fundamental Rights and devoting provisions to the obligation to respect human rights[12] and data protection.[13] Some further orientations deserve nevertheless to be considered: protection of all human rights enshrined in the Charter and, in times of crisis, the active promotion of socio-economic rights (third generation) as a precondition of strengthening the EU's legitimacy in public opinion.

THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The Charter represents codification of all existing rights applicable to persons residing in the EU. It contains a wide range of rights of which some, such as the protection of personal data, are new and innovative. Moreover, the Charter is progressive in scope of language when it comes to the right to nondiscrimination. However, the Charter omits references to the rights of minority groups. The prime objective of the Charter was to bring together European citizens' rights and freedoms that had been spread out over a range of national and international instruments, making them more accessible, visible while providing EU citizens with an additional layer of protection.

The intention of the Charter, adopted by the three main EU institutions (Parliament, Council and Commission) in 2000, was that it would codify the rights to which EU nationals were already entitled.[14] Although the Charter is generally applicable to everyone residing in the EU, certain rights, as it was already pointed out, are reaffirmed for the EU citizens only and NGOs have expressed their dissatisfaction that the Lisbon Treaty does not strive to improve the equality between EU citizens and third-country nationals.

---

[12] Articles 6, 21 and 67 TFEU.

[13] Article 16 TFEU.

[14] In June 1999, the Cologne European Council stated that the fundamental rights applicable at European Union level should be consolidated in a charter to give them greater visibility. The heads of state decided to include in the charter the general principles set out in the 1950 European Convention on Human Rights and those derived from the constitutional traditions common to EU countries. In addition, the Charter was to include the fundamental rights that apply to EU citizens as well as the economic and social rights contained in the Council of Europe Social Charter and the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers. It would also reflect the principles derived from the case law of the Court of Justice and the European Court of Human Rights.

The Charter contains fifty "rights, freedoms and principles."[15] The document contains both civil and political rights on the one hand, and economic, social and cultural rights on the other. There are also a number of new generation's rights – such as the right to a clean environment and a right to good administration. These rights are organized under five major headings – human dignity, fundamental freedoms equality, solidarity, citizenship and justice. It also contains four horizontal provisions, which are intended to clarify its field of application, scope and interpretation of its provisions.

Most importantly, the full text of the Charter was replaced in the Treaty by a short cross-reference to the Charter, but with legally binding value. This means that the Charter will become a core element of the EU's legal architecture, except in the Czech Republic, Poland and the UK, which have submitted protocols limiting the justifiability of the Charter in certain areas.[16] The Treaty also includes a right to petition: a petition with at least one million signatures obtained from a number of member states can be sent to the Commission inviting it to take a legislative initiative.[17]

---

[15] "Charter of Fundamental Rights of the European Union", Official Journal of the European Communities, 2000/C, 364/01.

[16] On the base if the Lisbon Treaty the status of the Charter has risen and now it has an equal legal standing with the EU Treaties. Member states must respect the Charter when applying and implementing EU Law and additionally individuals may relay on the Charter before European Courts. Some member states, however, were worried that the Charter would interfere with their national human rights provisions, and the UK, Poland and Czech Republic have secured 'opt-outs' from the enforceability of the Charter. The UK opt-out ensures the Charter cannot be used by the ECJ to alter British labour laws, or other laws affecting social rights. Poland's opt-out prevents the Charter from affecting national control over family issues and morality, such as abortion. The Czech opt-out guarantees that Germans expelled from the Czech Republic after World War II will not receive new property rights.

[17] According to article 10.3 TEU, which provides that every citizen shall have the right to participate in the democratic life of the Union, the Lisbon Treaty, for the first time, establishes the right to directly participate in or influence the EU decision-making process, in particular by means of the "citizens' initiative". Article 11.4 TEU offers some guidelines for the implementation and exercise of this mechanism: "Not less than one million citizens who are nationals of a significant number of Member States may take the initiative of inviting the European Commission, within the framework of its powers, to submit any appropriate proposal on matters where citizens consider that a legal act of the Union is required for the purpose of implementing the Treaties". The Treaties call on the EP and the Council, acting by the ordinary legislative procedure, to adopt the pro-

Prior to the adoption of the Lisbon Treaty and its incorporation of the Charter provisions, EU citizens (any persons, non-governmental organization, or group of individuals) who believed that their human rights had been violated relied on the human rights protection contained in the national constitutions and laws of the countries in which they lived or on their ability to petition the European Court of Human Rights to reverse a national court decision on the grounds that it violated the provisions of the Convention. It is important to keep in mind that fundamental rights established by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and other international legal instruments ratified by the EU member states, as well as those deriving from the constitutional traditions common to them, form part of the general principles of law that are enforceable by the Court of Justice of the European Union. With the EU Charter, and directives that member states have an obligation to implement, we get a broad picture of fundamental rights protection in the EU and Europe as a whole.

Being a list of unenforceable principles, the Charter was not inserted into the treaty amendments that the Nice Treaty proposed to the member states. Instead it remained a stand-alone document without clear legal status in the EU's legal order. The Lisbon Treaty has made the Charter a legally enforceable document. Since then, the Charter's catalogue of civil, political, economic and social rights has become legally binding not only on the Union and its institutions, but also on the member states as regards the implementation of Union law. At the same time, the Charter limits the scope of legal enforcement, for it says 1) that its provisions concern only the "institutions, organs, and agencies of the Union" along with the member states when they "put" EU law "into effect"[18]; and 2) that the provisions can be invoked in a court only in respect to interpreting or determining the legal validity of "executive and legislative acts" of the EU, or member state acts putting those EU acts „into effect."[19] This language strictly limits the legal enforceability

cedures and conditions required for a citizens' initiative, such as the minimum number of Member States from which signatures must be collected for the ECI (art. 24 TFEU), and other details such as: the minimum number of signatures per Member State, which citizens are able to join the ECI, the procedures and so on. The European Parliament did in fact adopt guidelines relating to these matters in its resolution of 15 December 2010. See: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0480&language=EN&ring=A7201 00350#BKMD16, last access December 11 2013.

[18] Art. 51 Charter of Fundamental Rights.

[19] Art. 52 Charter of Fundamental Rights.

of some of the Charter's guarantees (say, the criminal trial provisions). The Charter will likely apply when the EU exercises its powers to harmonize many (*e.g.*, trade, business-related, environmental, safety, *etc.*) member state laws. A member state law „putting" an EU harmonization effort „into effect" would seem likely subject to the Charter's Constitutional constraints. The Charter's protection of workers against unjustified dismissal and its grant of various economic and social rights mean that the European Court of Justice will now interpret and enforce many of the Charter's social and employment rights.

The above rapid look at the Charter leads us to the conclusion that this document goes further than the Convention in guarantying the fundamental rights. First of all, the Convention deals mostly with political and civil rights whereas the Charter contains both civil and political rights, on the one hand, and economic, social and cultural rights on the other. It is also of a great importance that the Charter places fundamental social rights alongside human rights for the first time in any international document. However, it does not set a minimum level of social protection that the member states should conform to and thus the Charter's effect is still largely dependent on how national governments decide to implement it.

Secondly, the Charter contains some third generation rights – rights which protect issues of global concern, such as the right to a clean environment. Additionally, the Charter includes issues such as cloning and data protection that were not known at the time of the Convention. Furthermore the language and the scope of the Charter is progressive as it prohibits "any discrimination on any grounds such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation."[20] In this case the Charter is much more extensive than the general Article 14 of the Convention. The very broad non-discrimination provision of the Charter is, unlike Article 14 of the Convention, free-standing (i.e. it is not necessary to show a violation of another right in addition to the right of non-discrimination).

In practice, the Charter provides European citizens with better understanding of rights afforded to them, and it also sets standards for EU institutions and bodies when they apply EU law. Citizens can directly enforce their rights under it, when applying to the European Ombudsman, or in exceptional cases they can bring an action for annulment in

[20] Article 21 Charter of Fundamental Rights.

the General Court – the first instance court of the Court of Justice of the European Union, if they want to challenge the legality of measures taken at the European level.

To sum up, it may be said, that the Charter is neither a national constitution nor an international human rights treaty. Instead it belongs to the EU legal order and depends for its interpretation and enforcement on the mechanisms of EU law. In this regard it imposes obligations on state authorities that are not amenable to modification by those authorities. Its definitive interpretation is the preserve of the European Court of Justice, to which any national court can turn for assistance in interpretation. But that interpretation when provided is binding on both national administrations across the member states and national courts.

EU accession to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

Although the Charter has finally become core element of the Union's legal order, it was not the sole major change – albeit undoubtedly the most controversial – brought about by the Lisbon Treaty. A further significant advance regarding the protection of human rights was opening the way for the Union to seek accession to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred as the Convention).[21] The accession became a legal obligation under the

[21] Formal and informal talks and reflection on the ways to achieve the accession of the EU to the European Convention have taken place within both organizations since the late 1970s. The issue was brought to the forefront once again in the light of the EU Charter in 2001. In 2001 the Working Group on the Legal and Technical Issues of a Possible EU Accession to the European Convention on Human Rights (GT-DH-EU) was instructed to carry out a study of the legal and technical issues that would have to be addressed by the Council of Europe in the event of possible accession by the European Union to the ECHR, as well as the other means to avoid any contradiction between the legal system of the European Union and the system of the Convention. After the entry into force of the Lisbon Treaty and of Protocol 14 to the EHCR this is no longer merely a wish. It is a legal obligation. However, some adjustments to the Convention system are inevitable in order to welcome as the 48th High Contracting Party a non-state entity with a specific and complex legal system. The EU accession to the Convention is one of the highest priorities of the Organisation for the immediate future.

Treaty.[22] New Article 6 (2) provides that the Union "shall accede" to the Convention – this provision therefore requires EU action rather than merely offering an option – and that "such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties". The legal basis for the accession of the EU is also provided for by Article 59 (2) ECHR ("the European Union may accede to the Convention") as amended by Protocol No.14 to the ECHR which entered into force on 1 June 2010. One has to be aware of the fact, that the Lisbon Treaty, as well as Protocol 14 to the ECHR, which amends the so-called control system of the Convention, has already paved the way for EU accession. Protocol 14 not only provides a much necessary reform of the ECHR "control system" but also contains an article mentioned above, namely Article 59(2) of the EHCR, making provision for the EU to accede to the Convention. In fact, reform of the ECHR system and the EU accession to the ECHR are closely connected. The main intention of the Protocol 14 has been to improve the effectiveness of the ECHR control system by providing mechanisms that should enable the ECHR to deal more promptly with clearly inadmissible applications and repetitive applications.[23] It is generally assumed that these additional modifications will be included either in a new amending protocol or in the future accession agreement to be negotiated between the EU and the Council of Europe.

There is a general consensus on the need for, and the political importance of, the EU acceding to the ECHR. EU accession to the ECHR will further strengthen the protection of human rights in Europe by submitting the Union's legal system to independent external control. Any individual will be able to bring a complaint about the infringement of ECHR rights by the EU before the European Court of Human Rights in Strasbourg. The UE would thus be in the same situation as the member states.

So far, the provisions of the ECHR have not been binding on the EU and its institutions. However, these provisions do apply to the EU's member states, all of which are also members of the Council of Europe. Needless to say, the EU's accession to the ECHR is the best means of en-

[22] The accession of the EU to the ECHR, hinging on the entry into force of the Lisbon Treaty, was an important step in fostering a "fundamental rights culture" as proclaimed by the European Commission. See European Commission, "Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission Legislative", COM (2005) 172 final, p. 3.

[23] Explanatory Report, "Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention", para. 101.

suring harmonious development of the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights on human matters. There are numerous questions and doubts concerning the process of accession and its consequence. One of the most important matters concerns the issue of the protocols to the ECHR setting out additional rights and freedoms – will EU be also automatically bound by them? The general opinion is that accession to the ECHR does not mean that the EU will automatically be bound by all additional protocols to the convention. There are currently six additional protocols, which cover issues such as the right to vote[24], the abolition of the death penalty[25] and a general prohibition of discrimination.[26] All the Protocols are directly linked to the Convention and should ideally be ratified as an ensemble, although there is evidently a priority for the EU to accede to those protocols which have already been ratified by all of its member states. However, taking into account the scope of EU competences, the EU will have to take separate decisions whether to become a party to all or some of these protocols or not. Such decisions may also be taken at a later date, after the EU has become a party to the ECHR itself. It is necessary to make clear that, after the accession, the relationship between the ECHR and the EU Charter will be similar to the one which exists between the ECHR and constitutional provisions on human rights in countries parties to the ECHR which may, and often do, go beyond the minimal standards set by the ECHR. The ECHR contains minimum standards. Parties to the Convention remain free to provide more extensive human rights protection, and this would also be the case for the EU.

With the adoption of the Lisbon Treaty and the incorporation of the Charter provisions into EU law, EU citizens can look to the ECJ, the highest EU court, for remedies of any violations of their rights under the Charter. However, the human rights case law of the ECHR, an international judicial body established in 1950 under the Convention to monitor respect of human rights by 47 member states of the Council of Europe who are parties to the Convention, is far more developed than that of the ECJ and the provisions of the Charter. Indeed, under Article 6 of the Lisbon Treaty, the fundamental rights as guaranteed by the Convention constitute general principles of EU law. One must not, however, forget that by the accession to the Convention, the EU will subject itself to the authority of the ECHR. Unless properly implemented with respect for the principle of subsidiarity, the EU's accession

[24] Protocol No.1.

[25] Protocol No. 6 and 13.

[26] Protocol No. 12.

to the Convention could lead to a "United States of Europe" with many of the same federal and state constitutional conflicts that the United States of America has experienced for decades. Therefore an essential aspect of the accession negotiations has been the need to ensure that Council of Europe officials and the ECHR respect the sovereignty of the EU member states, all of which have national constitutional and legislative human rights safeguard. Also, respect must be given to the Charter provisions and ECJ decisions implementing those provisions. Finally, Council of Europe officials and the ECHR must be open to the views of members and legal community from nations who will be impacted by the EU accession to the Convention. Although, shortly after the Treaty was ratified the EU opened the negotiations with the Council of Europe on accession treaty,[27] so far the EU is still not a party to the Convention and is not subjected to the jurisdiction of the ECHR. This is unacceptable to those EU leaders who believe that EU laws and regulations should be subject to review by an independent international human rights court such as the ECHR and that ECHR decisions regarding the propriety of EU laws and regulations could help create legal precedent that would bind national governments and EU citizens. For this reason, many EU leaders have been actively promoting the EU's accession to the Convention as called for under Article 6 of the Lisbon Treaty.[28]

Finally, it is necessary to point out that the EU has become a new type of human rights actor under the Lisbon Treaty. EU provides the

[27] The project of accession treaty was drafted in July 2011 and was the starting point for next round of negotiations. This text lists the legal basis for the EU accession to the Convention. Detailed problems were presented in the formal aspect (form, scope and procedure of accession), institutional aspect (the question of EU representation in the Convention bodies) and material aspect (the question of EU liabilities resulting from the Convention in the context of its work).

[28] For example, on February 2nd , 2010 speech to the conference "Fundamental rights in the EU in view of the Accession of the Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental freedoms" in Madrid, Spain, Thorbjorn Jagland, Secretary General of the Council of Europe, explained: "We now have a unique opportunity to create a continental-wide area of human rights, in which 47 governments and the institutions of the European Union will be bound by the same set of human rights standards and scrutinized by the same human rights court. By accepting to submit the actions and decisions of its institutions to the same external judicial scrutiny which applies to all member states, the EU is sending a very powerful message to all European citizens that just like its member states, it is not 'above the law' as far as human rights are concerned, and that individual citizens will be able to bring a complaint about the violation of the European Convention by the European Union before the European Court of Human Rights."

basic for at least 40 percent of its member countries' national laws but it previously provided little real scope for directly challenging such measures on human rights grounds.[29] In order to improve this, the Lisbon Treaty uses two reforms to establish this: by giving legal effect to the Charter, previously only a political declaration, and by allowing for the EU's accession to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.[30] While the Union's system for the protection of fundamental rights has been supplemented and enhanced by the incorporation of the Charter into its primary law, as a result acceding to the ECHR the Union will be integrated into its fundamental rights protection system, in addition to the internal protection of these rights by the case law of the Court of Justice, and will be submitted to the external control provided by the ECHR and by the European Court of Human Rights. The Strasbourg Court will be established as the final authority on human rights standards in Europe. Previously, although claiming "inspiration" from the convention, EU actions could not be appealed to the Strasbourg Court for external scrutiny of their compliance with human rights standards. Both the EU and the Council of Europe have had their founding treaties amended to allow the EU to become the convention's first non-state signatory. Nevertheless, the member states must agree a further law setting out the conditions under which cases involving European law can be referred to the Strasbourg Court. The important issue concerns also the enhancing consistency between the Strasbourg and the Luxemburg human rights systems. Accession to the ECHR will afford citizens protection against action of the Union similar to that which they already enjoy against action by all the member states. In consequence of that, the judicial protection of fundamental rights in Europe for the individuals, will visibly improve. In addition, the accession will also enhance the credibility of the Union in the eyes of third countries which it regularly calls upon in its bilateral reports to respect the EHCR.

---

[29] Concerns that the EU lacks strong fundamental rights protections have repeatedly provoked the anger of Germany's constitutional court in the Solange I and II judgments of 1974 and 1986, then in a ruling on the Maastricht treaty in 1993, and recently in June 2009, when it ruled on the Lisbon Treaty (to be more precise, on the German laws implementing the treaty). All of the rulings share a common theme: the court has the impression that the EU's weak democratic legitimacy and lack of strong fundamental rights protections risk undermining the German constitution.

[30] Article 6 Para. 2 Treaty on European Union.

Conclusions

This paper sought to outline the key changes concerning protection and promotion of human rights brought about by the Lisbon Treaty for citizens of the Union. There is no doubt that the entry into force of the Treaty at the end of 2009 has significantly strengthened the protection of fundamental rights at European level. In fact, the Treaty has offered a set of innovations concerning better lawmaking, values and access to justice – all of which are of immediate relevance to fundamental rights. Under this treaty the EU Charter of Fundamental Rights has become legally binding, setting out in one text the civil, political, economic and social rights of European citizens and all persons resident in the EU. It means that third country nationals ever more resemble citizens of the Union through their inclusion as beneficiaries of Charter rights under the same conditions as citizens of the Union.

Nevertheless, it is necessary to point out that after over four years after the entering into force of the treaty the question: who exactly is responsible for upholding human rights standards in Europe is still far from having straightforward answer. Quite often the Council of Europe is referred to as Europe's "human rights watch dog". It oversees the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights in Strasbourg as well as more than 200 other legally binding treaties in areas ranging from data protection to fighting cybercrime and violence against women and children. It has monitoring bodies which regularly produce country-specific reports on issues including prison conditions, racism and corruption. However – and in addition to previously existing structures, such as the very active Committee on Human Rights within the European Parliament – the Lisbon Treaty and the EU's subsequent Stockholm Program significantly expanded the scope for EU action in areas which traditionally fall within the remit of the Council of Europe. The Treaty introduced the EU Charter of Fundamental Rights, watched over the European Court of Justice in Luxemburg, which obliges the EU and its member states to respect basic rights when determining and implementing EU law.

Therefore the Lisbon Treaty can be seen as a turning point for human rights in Europe, and has itself raised a number of important issues. How could these two separate legal orders coexist? Which should take precedence? Most importantly, would human rights protection in Europe be strengthened or weakened? It would seem logical to assume that signing up to the Convention would also strengthen the relation-

ship between the Luxemburg and Strasbourg courts, reducing the scope for discrepancies in decisions taken by the two bodies and ensuring the consistency of human rights case law in Europe. In short, EU accession to the Convention would be a major step towards creating a "common European space" for human rights. It would also represent a significant statement of intent on the part of the EU. No longer, could the EU be accused of not living up to the very same standards it demanded of potential new members for whom adherence to the Convention has long been a condition of membership.[31] Furthermore, it would enhance the EU's credibility in its human rights dialogue with countries around the world. In sum, EU accession is an essential first step in that process – what is needed now is a clear political commitment from all 28 EU member states to make work, and the sooner the better. Especially because both the European Parliament and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, made up of national parliamentarians from 47 member states, have expressed their strong support for this process. Indeed, both parliamentary bodies consider that accession to the convention should be just the first step, to be followed by greater EU involvement in a whole range of different Council of Europe bodies and agreements, and possibly even full membership.

[31] In order to join the EU a candidate country has to meet the "Copenhagen Criteria" which require: 1. stable institutions that guarantee democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; 2. a functioning market economy; and 3. the ability to assume the obligations of membership. The criteria set out in December 1993 by the European Council in Copenhagen. See: www.ue.eu.int/ueDocs/cmsDa....docs/press date.en/ec/7291.pdf, last access December 11 2013.

Jan Wiktor Tkaczyński

EINE STAATSRECHTLICHE ERFOLGSGESCHICHTE: DER POLNISCHE OBERSTE VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Die im Jahre 1918 auferstandene Republik Polen (*Rzeczpospolita Polska*) stand von Anfang an den Prinzipien der parlamentarischen Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit entschlossen gegenüber. Die 123 Jahre, die seit der Dritten Teilung Polens von 1795 vergangen waren, bedeuteten jedoch keinen weißen Fleck im verwaltungsrechtlichen Atlas des wiedergegründeten polnischen Staates, auch wenn dies paradox klingen mag. Denn zum einen konnte das „neue" Polen auf die preußischen Erfahrungen, zum anderen auf die österreichischen Lösungen zurückblicken. Nur die russischen wurden außer Acht gelassen. Das autoritär regierte Zarenreich war vor 1917 bestimmt kein Musterstaat, wo u.a. auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit beheimatet war. Und danach, nach dem bolschewistischen Umsturz – umso weniger.

Der Wiederaufbau der polnischen Staatlichkeit nach den demokratisch-rechtsstaatlichen Vorbildern ist – man muss auch dies unterstreichen – zugleich von europaweiten Demokratisierungsprozessen jener Nachkriegsjahre begleitet. Allgemeines, unmittelbares, proportionales und gleiches Wahlrecht für Frauen und Männer oder die Verantwortung der Regierung vor dem Parlament sind nach dem Ersten Weltkrieg zweifelsohne als revolutionäres *Novum* im Staatsgefüge einzustufen. Dennoch, anders als in Westeuropa, wo die parlamentarischen Regeln und Sitten sowie die rechtsstaatlichen Lösungen das Resultat einer langjährigen Evolution darstellen, sind all diese politischen Institutionen in Polen als das Betreten von rechtlichem Neuland zu bezeichnen. Zwar konnte sich Polen der ersten auf dem europäischen Kontinent nie-

dergeschriebenen Verfassung vom 3. Mai 1791 rühmen und die polnische Nation war das gleiche Substrat des alten und des wiederbelebten Staates[1], es ändert an der Tatsache aber nichts, dass man in der neuen Phase des polnischen Staatswesens lediglich der Idee der Freiheit als das Fundament in der alten *Rzeczpospolita*[2], nicht jedoch ihren konkreten staatsrechtlichen Lösungen folgen konnte.

Dem Spruch von Cicero *Quid est enim civitas nisi iuris societas civium*[3] nachgehend, formuliert an der Schwelle der Unabhängigkeit die Koryphäe der polnischen Staats- und Verwaltungslehre, Władysław L. Jaworski, die Meinung, dass der Staat einen auf Recht gestützten Zusammenschluss von Bürgern darstellt[4]. Man sollte sich jedoch im Hinblick auf diese Meinung fragen, ob in Anbetracht dessen nur die Rechtsbindung von Bürgern den Staat ausmacht? Die aufmerksame Lektüre von einem anderen Staatslehreklassiker jener Epoche, Hans Kelsen, drängt eine andere Antwort auf. Wenn man annimmt, dass der Staat eine horizontale Organisation bildet, dann ist in diesem der Grundsatz der gegenseitigen Gerechtigkeit bindend: Ich verzichte auf einen Teil meiner Freiheit zu deinen Gunsten, damit du auch auf einen Teil deiner Freiheit zu meinen Gunsten und für den allgemeinen Nutzen, das allgemeine Wohl – welches den sozialen Frieden bedeutet – verzichten kannst. Für Kelsen jedoch ist nicht der Staat der Ausgangspunkt seiner Abwägungen, sondern eben die Freiheit. Und zwar die Freiheit des Einzelnen und nicht des Kollektivs, eine für alle gleiche Freiheit[5]. Erst eine so verstandene Freiheit stellt in der Kelsenschen Betrachtung des politischen Prozesses der Willensartikulierung der Bürger den wichtigsten Grundsatz der Demokratie dar[6].

Auch, wenn wir verständnisvoll zur Kenntnis nehmen, den Sinn der anmutenden Freiheitszuneigung von Kelsen in vielen Artikeln der pol-

---

1 Vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1929, S. 286. „Auch ein Wiederaufleben eines untergegangenen Staates ist möglich, wofern die Verbandselemente sich von neuem zusammenfügen. Daß der wiederhergestellte Staat mit dem untergegangenen identisch sei, ist wiederum nur durch soziale, nicht durch formal juristische Betrachtung zu erkennen".

2 Vgl. S. Kutrzeba, *Idea wolności w ustroju dawnej Rzeczypospolitej Polskiej*, „Themis Polska" 1930, Bd. V, S. 28. Ähnliche Bewertung finden wir bei O. Balzer, *Z zagadnień ustrojowych Polski*, Lwów 1917, S. 36.

3 Cicero, *De re publica*, 1,49.

4 Vgl. W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924, S. 13.

5 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, S. 3.

6 *Ibidem*, S. 14.

nischen Verfassung vom 17. März 1921 zu finden[7], können wir nicht umhin festzustellen, dass der Ausgangspunkt aller staatsrechtlich relevanten Aspekte im politischen Handeln des Landes der Staat und nicht gerade die politische Freiheit darstellte. Dies ist in Anbetracht der über einhundert Jahre dauernden Zerstückelung Polens mehr als verständlich. Und es war eben kein anderer, wie Jaworski selbst, der diese Überzeugung in folgende Worte kleidete: „Es ist grundlegend zu verstehen, dass wir den Staat nicht aufbauen werden, wenn wir das Recht nicht bilden und wenn wir es nicht am Leben erhalten werden, es mit dem Inhalt füllen"[8].

Das Rezipieren von europäischen verwaltungsrechtlichen *antecedentia* in die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Ersten Weltkrieg

In der damaligen Diskussion über die besten, man würde beinahe sagen wollen modelhaften, Verfassungslösungen sowohl für den polnischen Staat als auch für den einzelnen Bürger war man sich von Anfang an bewusst, dass die Nation, die ein modernes Staatswesen aufbauen möchte, nicht nur stets nach effizienten Lösungen sucht, sondern auch nach solchen strebt. Das ist einerseits. Andererseits durfte man jedoch die bittere Lektion aus der Geschichte der ohnmächtigen *Rzeczpospolita* im 18. Jahrhundert nicht übergehen. Denn, man war sich überparteilich hinweg einig, dass die wiedergewonnene Freiheit als kostbares Gut anzusehen ist und sie nach außen zu verteidigen als das höchstpatriotische Gebot galt. Wie sie aber am besten nach innen zu schützen sein sollte, daran schieden sich die Geister in der Politik, Gesellschaft, Wirtschaft und freilich auch in der Wissenschaft.

---

[7] Vgl. Verfassung der Republik Polen vom 17. März 1921, Dz.U. RP (Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, Gesetzblatt der Republik Polen, im folgenden Dz.U.) Nr. 44, Pos. 267.

[8] Vgl. W.L. Jaworski, *op. cit*., S. 13. Dem pflichtete ein anderer damaliger Gelehrte, Jerzy Stefan Langrod bei: „Der Rechtsstaat ist untrennbar mit der Institution von der Verwaltungsgerichtsbarkeit vereint – ohne sie gibt es keinen Rechtsstaat und ohne den Rechtsstaat gibt es keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Daher liegt von vitalem Interesse der Wissenschaft, sowohl [im Sinne] des Staats- als auch Verwaltungsrechts, damit die Verinnerlichung von diesem Gedankengut in der breiten Gesellschaft stattfindet", [in:] J.S. Langrod, *Zarys sądownictwa administracyjnego ze szczególnym uwzględnieniem sądownictwa administracyjnego w Polsce,* Warszawa 1925, S. 6.

Dem Grund der Ausbalancierung der Interessen von Staat und Bürger nachgehend, lässt sich sagen, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit die beiden oben genannten Aufgaben erfüllt. Zum einen bildet sie das Recht, zum anderen hält sie es mit dem konkreten Inhalt am Leben. Diese Ausführungen lassen also das Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit hier als den Schutz des Einzelnen vor der Willkür bzw. dem Missbrauch seitens der Verwaltung abstecken. Diese Formulierung bleibt jedoch zu allgemein, weil gleich die erste Frage auftaucht, ob wir es mit dem Missbrauch in Bezug nur auf das subjektive Recht des Einzelnen (wie man dies aus Österreich kannte), oder auch in Bezug auf seine Interessen (wie es in Frankreich der Fall war) zu tun hatten?

Die gestellte Frage war nicht die einzige, wonach man zum damaligen Zeitpunkt fieberhaft Antworten suchte. Zuallererst musste man jedoch die folgende Frage beantworten, und zwar, ob die verwaltungsrechtliche Jurisdiktion die Verwaltungsorgane oder die Verwaltungsgerichte ausüben sollen, oder sowohl die ersten als auch die zweiten? Weiterhin musste man klären, wie stehen – organisatorisch gesehen – die Verwaltungsgerichte der allgemeinen Gerichtsbarkeit gegenüber? Sollen sie in eine oder in mehrere Instanzen gegliedert werden? Zusätzlich waren von Bedeutung Fragen nach der Teilnahmezulässigkeit in den Gerichtsverhandlungen außer Berufsrichtern auch Friedensrichter sowie die Unabsetzbarkeit der Verwaltungsrichter. Und, *last, but not least*, man musste die Entscheidung treffen, ob ein Urteil des Verwaltungsgerichts nur die Nichtigkeit der konkreten Entscheidung vom Verwaltungsorgan bedeutet oder als die Änderung dieser Entscheidung zulässig sein könnte? Die Liste wird das Dilemma vervollständigen: Fallen unter die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte die Rechtssachen nach dem Generalklauselmodus (was man in Österreich praktizierte) oder, im Gegenteil, bloß solche, die enumerativ in den entsprechenden Gesetzen aufgezählt wurden (wie es grundsätzlich in Preußen war)?

Es wurde oben gesagt, dass das grundlegende Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Schutz des Bürgers vor dem Missbrauch seitens der Verwaltungsorgane liegt. Es kann dabei jedoch nicht verschwiegen werden, dass diese Rolle von der Institution des hierarchischen Rekurses schon erfüllt wird. Einen Rekurs über die niedere Verwaltungsebene bei der oberen anzumelden, war damals wie heute eine typische Vorgehensweise. Zwar soll dieses Mittel nicht unterschätzt werden, dennoch kann es in zweierlei Hinsicht nicht für ein ausreichendes anerkannt werden. Zum einen deshalb, weil sich unter den Beamten eine Art von *esprit de corps* herausbildet, welcher naturgemäß die Vorgesetzten zum gewissen Schutz der Untergebenen veranlasst. Zum anderen und wichtigeren, weil

die Denkweise eines Verwaltungsbeamten anders als eines Richters ist. Wir geben unparteiisch zu, dem letztgenannten mehr Objektivität in einem Rechtsstreit zwischen dem Bürger und der Verwaltung zuzutrauen.

Wenn wir weiter nach dem Ursprung der Ideen suchen, die ein Widerhall in der polnischen Verwaltungsgerichtsbarkeit jener Jahren fanden, stoßen wir unweigerlich auf die Subordinationstheorie (oder Subjektionstheorie) von Otto Mayer zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis liegt demnach immer dann vor, wenn ein Über-/Unterordnungsverhältnis gegeben ist. Ein Privatrechtsverhältnis dagegen ist bei einem Gleichordnungsverhältnis der Beteiligten gegeben. Dem stimmt auch Jaworski zu[9], weist jedoch zusätzlich darauf hin, dass offen bleibt, was es eigentlich bedeutet, wenn der Einzelne im Gerichtsverwaltungsprozess als Partei auftritt und, wie steht dies zum Verwaltungshandeln? Die Antwort, die Mayer liefert, lässt sich als Zusammenspiel[10] bezeichnen. Denn, in Anlehnung an das französische Recht beschrieb er den Verwaltungsakt als „obrigkeitlichen Ausspruch" und definierte somit mittelbar das Verwaltungshandeln als grundsätzliches Über-/Unterordnungsverhältnis.

Die Mayersche Aussage schöpft diese Problematik nicht aus, wenngleich anzumerken ist, sie bleibt treffend in Bezug auf das Über-/Unterordnungsverhältnis, also in Bezug auf die typische Relation: die Verwaltung *versus* der Bürger. Jaworski seziert dagegen diese Relation vor dem Hintergrund eines Gerichtsverwaltungsprozesses als ein Gleichordnungsverhältnis. Wenn also, erstens, im Verwaltungshandeln der Bürger auf dem Weg des Rekurses seine Unzufriedenheit lediglich zum Ausdruck bringt, muss er im verwaltungsrechtlichen Verfahren diese Beschwerde als konkretes Streitobjekt artikulieren. Zweitens steht dem Bürger im Gerichtsverwaltungsprozess das Recht zu, die von ihm angebrachten Beweisstücke zu berücksichtigen sowie ihn als Zeugen zu vernehmen. Dies wird bekanntlich im Verwaltungshandeln nicht praktiziert. Drittens hat der Bürger als Streitpartei das Recht auf das Urteil, welches – viertens – die materialrechtliche Verbindungskraft innehat. Eine solche Verbindungskraft ist dagegen, wie wir auch wissen, dem Verwaltungsakt entzogen.

All diese vier Elemente liegen dem angenommenen Gesetz über Obersten Verwaltungshof (*Najwyższy Trybunał Administracyjny*, NTA) vom 3. August 1922 zugrunde[11]. Es wurde hier gesagt, dass ein be-

[9] *Ibidem*, S. 19.

[10] Vgl. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin 1917, Bd. 2, S. 133.

[11] Vgl. Ustawa z 3 sierpnia 1922 o Najwyższym Trybunale Administracyjnym, Dz.U. RP Nr. 67, Pos. 600.

sonderes Merkmal der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rolle der Prozesspartei ausmacht. Dass ohne ihrer Teilnahme kein Urteil zustande kommt, beweist zweifelsfrei Art. 9 NTA, in dem wir nachlesen können, dass ohne den Antrag der Streitpartei kein Gerichtsverfahren möglich ist. Der Gesetzgeber setzt diesen Gedanken fort und stellt im Art. 27 NTA ausdrücklich fest, dass im Falle der Antragszurücknahme das Verfahren eingestellt wird, wobei der zurückgenommene Antrag erneut nicht gestellt werden darf.

Des Weiteren liest man im NTA-Gesetz, dass der Streitpartei das Recht auf die Anhörung zusteht. Dies formuliert *explicite* der Art. 20 NTA, welcher folgendes vorschreibt: „An der Gerichtsverhandlung können die Parteien sowie ihre Vertreter teilnehmen". Diese Rechte werden auch auf anderem Wege verstärkt, und zwar als das Recht während der Verhandlung sich zu Wort zu melden (Art. 22 NTA). Die beschriebenen Lösungen lassen die Vermutung naheliegen, dass das Urteilfällen nur dann möglich ist, wenn an dem Verfahren die (klagende) Partei teilnimmt. Dies ändert keineswegs die vom NTA-Gesetz zugelassene Möglichkeit, ein Urteil in nichtöffentlicher Sitzung des Gerichtes zu verkünden. Wenn wir alle solche Fälle genau analysieren, kommen wir zum eindeutigen Schluss, sie alle (Artikel 14, 19, 27, 30, 31 und 38 NTA) verletzen das Recht der Partei auf ihre Gerichtsmitwirkung nicht.

Die Streitpartei hat das Recht, dass in der vor das Gericht vorgebrachten Sache ein Urteil gefällt wird. Das NTA-Gesetz hält an diesem Prinzip fest, was nicht hindert, die vom Gesetzgeber in den Art. 1 und 4 NTA aufgelisteten Fälle, ohne Entscheidung das Verfahren zu unterbrechen. Und schließlich die materialrechtliche Verbindlichkeitskraft von Urteilen des polnischen Verwaltungstribunals, die dem Art. 5 NTA zu entnehmen ist. Man misst diesem Aspekt eine besondere Bedeutung bei, weil nur der Oberste Verwaltungshof als das Kassationsgericht befugt war, die angefochtene Entscheidung aufzuheben oder aufrechtzuerhalten, keine jedoch neue zu verkünden. Dies blieb die Aufgabe der Behörde, die die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Man hat sich also, zum Bedauern von Jaworski[12], nicht entschieden, ein Verfassungsgericht – wie dies auf Vorschlag von Kelsen in Österreich geschah[13] – in die polnische Staatsordnung einzubauen.

---

[12] Vgl. W.L. Jaworski, *op. cit*., S. 67.

[13] Das sind die Art. 137–148 des Gesetzes vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich vom 5. Oktober 1920, Nr. 450, S. 1791.

Die Zuständigkeit von Amts wegen wurde nach dem Art. 86 der Märzverfassung[14] jedoch nicht dem Verwaltungsgerichtshof, sondern in die Obhut von den Kompetenzgerichtshof (*Trybunał Kompetencyjny*, TK) gegeben. Das erst im Jahre 1925 eingesetzte Tribunal hatte als Kompetenzgericht die Aufgabe, die Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten zu entscheiden (Art. 1 TK). Bei der Beschreibung seiner Struktur ist hervorzuheben, dass nach dem entsprechenden Gesetz über Kompetenzgerichtshof vom 25. November 1925[15] die Besetzung aus zwei Präsidenten sowie 14 Mitgliedern bestand, die alle auf Regierungsantrag vom Staatspräsidenten (Art. 2 TK) für fünf Jahren ernannt wurden, wobei die Wiederwahl möglich war (Art. 5 TK). Die strukturelle Besonderheit dieses Gerichts lag an einer personellen Union zwischen dem Kompetenzgerichtshof einerseits und dem Obersten Gericht sowie dem Obersten Verwaltungshof andererseits. Denn nicht nur die beiden Kompetenzgerichtshofpräsidenten, sondern auch je vier weitere Mitglieder der erwähnten Gerichte waren zugleich die Mitglieder (Art. 4 Pkt. a), b) TK). Die übrigen sechs Mitglieder vom Kompetenzgerichtshof wurden, bevor sie formell durch den Staatspräsidenten ernannt werden konnten, aus dem Kreis von Personen auserkoren, die sich über hervorragende Rechtskenntnisse ausgezeichnet hatten und keine öffentlichen Ämter weder im Gerichtwesen noch in der Verwaltung zur Zeit der Wahl bekleideten (Art. 4 Pkt. c) TK).

Organisation, Struktur und Aufgaben der polnischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bis 1939

Die polnische Märzverfassung von 1921 kennt die Verwaltungsgerichtsbarkeit *a posteriori*, d.h. eine solche, welche erst eine konkrete Verwaltungsentscheidung erfordert, um deren Konformität von Verwaltungsgerichten nachprüfen zu lassen. Dem Art. 73 der Verfassung, dem einzigen übrigens im Grundgesetz, welcher der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewidmet wurde, ist zu entnehmen: „Zur Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten im Bereich der Re-

[14] Deutsche Version von Art. 86 der Märzverfassung: „Zur Entscheidung von Streitigkeiten über Zuständigkeit zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten wird durch Gesetz ein besonderer Kompetenzgerichtshof eingesetzt", www.herder-institut.de//uploads/tx_himmat/003_1_014_Maerzverfassung_dt_01.pdf.

[15] Vgl. Ustawa z 25 listopada 1925 o Trybunale Kompetencyjnym, Dz.U. RP Nr. 126, Pos. 897.

gierungs- wie der Selbstverwaltung wird durch besonderes Gesetz eine Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt, die sich in ihrer Organisation auf das Zusammenwirken von Laien- und richterlichen Faktoren stützt, mit einem Obersten Verwaltungstribunal an der Spitze"[16].

Die allgemein formulierten Verfassungsgrundsätze fanden im Gesetz über Obersten Verwaltungshof von 1922 ihre genauere Niederschrift. Gemäß dem Grundsatz, dass man vor dem Verwaltungsgericht eine Konformität der Verwaltungsentscheidungen anfechten kann (Art. 1 NTA), lesen wir im NTA-Gesetz, dass jeder, also sowohl die natürliche als auch juristische Person den Antrag auf die Nachprüfung stellen darf. Was die erste Möglichkeit angeht, muss gesagt werden, dass es sich in diesem Fall keineswegs um den Antrag seitens nur des Geschädigten handelt. Dieses Recht steht jedem Einzelnen, also unabhängig davon, ob die erlassene Verwaltungsentscheidung sein subjektives Recht verletzt hat oder, eben nicht (Art. 5). Was dagegen das Recht anbelangt, einen solchen Antrag seitens der juristischen Person (also z.B. des Staates) zu stellen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Konstruktion in der Relation zwischen dem Staat und der Selbstverwaltung ihre Anwendung findet. Dem Staat steht also auch das Recht zu, die von der Selbstverwaltung erlassenen Akten nachprüfen zu lassen. Die beiden Lösungen berechtigen zur Annahme, dass die Märzverfassungsväter das gesamte Verwaltungshandeln des Staates (Art. 2) unter die Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit stellten.

Laut der zitierten Verfassung wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen als Mehrebenenkonstruktion gesehen. In wie viele Ebenen (Instanzen) gegliedert – darüber gibt der Verfassungstext keine Auskunft. Sicher war nur eins, und zwar, dass an der Spitze der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Oberste Verwaltungshof und nicht das Oberste Gericht stehen wird. Die Begründung dieser Lösung finden wir im NTA-Gesetzentwurf, dass die hohen Kosten beim Aufbau der unteren Verwaltungsgerichtsebenen sowie der Mangel an qualifiziertem richterlichen Personal die Regierung veranlasst haben, dieses Projekt erst in der Zukunft vollenden zu wollen. Dieses ist jedoch bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkrieg nie geschehen.

Man hat sich lediglich entschieden als Provisorium (Art. 35 NTA), die bisherige preußische dreistufige Verwaltungsgerichtsbarkeitsstruktur sowie das Organisations- und Verfahrensmodel in den ehemaligen preußischen Provinzen Westpreußen, Posen und Schlesien aufrechtzuerhalten. Da diese Lösung auch bis 1939 überdauert hat, blieb Polen

[16] Deutsche Version von Art. 73 der Märzverfassung, www.herder-institut.de//uploads/tx_himmat/003_1_014_Maerzverfassung_dt_01.pdf.

in der gesamten Zwischenkriegszeit ein zweigeteiltes Verwaltungsgerichtsbarkeitsgebiet. In der Wojewodschaften Pommern, Posen und Schlesien wurde die Dreiebene weiterhin nach dem preußischen Model praktiziert, dagegen in den allen übrigen Wojewodschaften nahm man sich zum Vorbild das österreichische Einebenemodel. Das führte dazu, dass der Oberste Verwaltungshof für die drei genannten Wojewodschaften die dritte und die letzte, für alle anderen Wojewodschaften jedoch die erste und zugleich die letzte Instanz war.

In der Diskussion über die Struktur und die Aufgaben des polnischen Verwaltungshofs griff man verständlicherweise nach zwei bekannten – aus der Erfahrung bis 1918 – Modellen: zum einen auf das preußische Oberverwaltungsgericht[17] mit Sitz in Berlin und, zum zweiten, auf den österreichischen Verwaltungsgerichtshof[18] mit Sitz in Wien. Dass eben diese beiden Modelle damals generell zur Debatte standen, verwundert wenig, wenn man weiß, dass bis 1918 unter den 107 Richter am österreichischen Verwaltungsgerichtshof elf Polen tätig waren. Was wiederum das preußische Oberverwaltungsgericht angeht, stieß seine – vor 1918 frei vom damaligen nationalen Eifer – Rechtsprechung in der Angelegenheit des polnischen Kultur- und Sportvereins „Sokół" auf Anerkennung, welche dann der Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur viel Popularität in der polnischen Gesellschaft verhalf.

Da die Märzverfassung nur rudimentär geregelt hat, wie der Oberste Verwaltungshof bestehen werden soll, sind die genauen Details in Bezug auf die Zusammensetzung der Richter, ihre Qualifikationen sowie die Berufungsmodalitäten im NTA-Gesetz nachzulesen. Nach ihm bestand das polnische Oberste Verwaltungstribunal aus dem Ersten Präsidenten (*Pierwszy Prezes*)[19], den Kammerpräsidenten (*Prezesi Izb*)[20] sowie den Richtern (Art. 6 Abs. 1 NTA). Sie wurden vom Staatspräsidenten

[17] Vgl. Gesetz vom 3. Juli 1875 betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren, Gesetzsammlung für die Königlichen-Preußischen Staaten, S. 375.

[18] Vgl. Gesetz vom 22. Oktober 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder vom 2. April 1876, Nr. 36, S. 85.

[19] Das Amt des Ersten Präsidenten NTA kleideten: Jan Sawicki (1922–1928), Rudolf Różycki (1928–1932), Jan Kanty Piętak (1932–1933), Władysław Orski (1933–1934) und Bronisław Hełczyński (1934–1939).

[20] Die Zahl der Kammern am Verwaltungsgerichtshof war nicht *per* Gesetz festgelegt und deshalb variierte sie von vier Kammern (1922–1924), über fünf (1924––1932) bis zu drei in den Jahren 1932–1939. Im Jahr 1939 (seit März) hat man sich für nur zwei Kammer entschieden. Die Kammern wurden nach sachlichen Kriterium der Rechtssachen (Anträgen) gegliedert.

auf Antrag des Ministerpräsidenten ernannt (Art. 6 Abs. 2 NTA). Im Absatz 3 des o.g. Artikels steht außerdem, dass alle Tribunalsmitglieder über das abgeschlossene Jurastudium, darunter die Hälfte der Besetzung über die Befähigung zum Richteramt verfügen mussten. Um ein Richter dieses Gerichts zu werden, brauchte man eine über zehnjährige Berufstätigkeit als Richter, Staatsanwalt oder Referendar im Staatsdienst bzw. Rechtsanwalt. In dem letztgenannten Fall musste jedoch die erwähnte Dauer 15 Jahre betragen.

Es wird an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben können, dass das NTA-Gesetz auch die Besoldungsfragen klar regelt. Demzufolge sind die Richter des Verwaltungshofes, was die finanzielle Entlohnung angeht, den Richtern des Obersten Gerichts gleichgestellt (Art. 6 Abs. 1 NTA). Eine Verwirrung stiftet dagegen die nicht ganz in der Verfassung durchdachte Vorschriftsordnung, die Vorrechte der Richter an den ordentlichen Gerichte normiert. Diese Vorrechte sind im Kapitel IV. „Gerichtswesen" der Verfassung nachzulesen. Der Artikel, welcher den Bezug auf den Verwaltungshof nimmt, ist dagegen als Art. 73 im Kapitel III. „Vollziehende Gewalt" zu finden. Es resultiert daraus die Frage, ob auch in diesem Fall von einer Gleichstellung die Rede sein kann. Zwar liefert eine „Ja"-Antwort der Abs. 1 des Art. 6 NTA, man darf jedoch nicht verschweigen, dies folgt nur in Bezug auf die Richter des Obersten Verwaltungshofes. Was solche Vorrechte der Richter an (potenziellen) unteren Verwaltungsgerichten anbelangt, kann man, unter der Berufung auf den Art. 74 der Verfassung und den Art. 25 NTA sagen, dass bestimmt eine solche Gleichstellung zutrifft. Andersrum könnten ja die Richter die Urteile „im Namen der Republik Polen" nicht fällen.

Nach einer Weile der Diskussion zum Thema der Zuständigkeitskompetenz vom Obersten Verwaltungshof hat man sich zu Gunsten des erwähnten österreichischen Modus der Generalklausel entschieden. Die Wirkung von dieser Klausel bedeutet jedoch keineswegs einen uneingeschränkten Automatismus. Denn der polnische Gesetzgeber hat im Art. 3 Pkt. a) bis f) NTA für die enumerative Aufzählung von Sachgebieten vorgesorgt, die der Rechtsprechung vom Verwaltungsgerichtshof entzogen wurden. Diese stellten sich wie folgt vor:

(a) Rechtssachen, die in die Zuständigkeit von ordentlichen und besonderen Gerichte fallen,
(b) Rechtssachen, die dem freien Ermessen der Verwaltungsorgane unterliegen,
(c) Ernennungsangelegenheiten in Bezug auf die öffentlichen Ämter und Posten,

(d) Angelegenheiten betreffend die Repräsentierung des Staates sowie der Bürger gegenüber dem(n) anderen Staat(en),
(e) Angelegenheiten, die in Verbindung mit dem Aufbau der Streitkräfte und Mobilmachung bleiben (mit der Ausnahme von Versorgung und Rekrutierung der Armee) und
(f) Disziplinarsachen.

Gravamina und Lappalien in der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Polens in den Jahren 1922–1939

Nach dem schon zitierten Jaworski[21], wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit von zwei Merkmalen charakterisiert, die jegliche Verwechslung mit anderen Arten vom Staatshandeln ausschließen. Im Gegenteil zur ordentlichen Justiz, die uns sich als eine Kontrolle der Tätigkeit von Einzelnen präsentiert, übt die Verwaltungsgerichtsbarkeit die Kontrolle über das Verwaltungshandeln des Staates aus. Das ist zum einen. Zum anderen ist hier hervorzuheben, dass die Kontrolle über das Staatshandeln von Einzelnen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt wird. Und dies ist wiederum anders als im allgemeinen Gerichtswesen, wo die Kontrolle über die Einzelnen nur vom Staat ausgeführt wird.

Wenn das so ist, wie Jaworski dies darstellt, drängt sich die Frage auf, wie steht es mit der anvisierten Verfassungsankündigung des Art. 73, dass „(...) durch besonderes Gesetz eine Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt (wird), die sich in ihrer Organisation auf das Zusammenwirken von Laien- und richterlichen Faktoren stützt". Die Antwort darauf ist möglichst kurz und zwar, es ist nie dazu gekommen, dass die Laien zur Teilnahme bei der Rechtsprechung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugelassen wurden. Da jedoch diese Verfassungsankündigung auch fast wortgetreu im Art. 1 Abs. 2 NTA abgebildet wurde, entschied man sich unter den neuen politischen Umständen diesen Zusatz nicht nur zu streichen, sondern *per* Verordnung des Staatspräsidenten vom 27. Oktober 1932 das Gesetz über Obersten Verwaltungshof abzuändern[22].

Am 12. Mai 1926 ist Józef Piłsudski auf dem Weg eines Staatsstreichs an die Macht gelangt. Der Marschall, der einst als Oberbefehlshaber der polnischen Streitkräfte die Rote Armee in der entscheidenden Schlacht

[21] Vgl. W.L. Jaworski, *op. cit.*, S. 65–66.

[22] Vgl. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1932 o Najwyższym Trybunale Administracyjnym, Dz.U. RP Nr. 94, Pos. 806.

bei Warschau am 15. August 1920 geschlagen und somit die frisch gewonnene Unabhängigkeit des polnischen Staates verteidigt hat, genoss seitdem den Ruhm des Vaterlandsretters. Die Parole, die seinen *Coup d'Etat* gekleidet hat, war (und ist übrigens bis heute in aller Welt) gleichgeblieben: Die Sanierung des politischen Lebens des Landes. Ganz egal, wie man zu diesen Worthülsen steht, gehört die Austragung des politischen Kampfes zweifelsfrei, entsprechend dem demokratischen Wertekodex, nicht auf die Straßen. Der gewaltsam durchgeführte Umsturz kann weder durch die damaligen parlamentarischen Auswüchse noch durch die Allmacht der Parteien im politischen Leben des Landes gerechtfertig werden. Das einzig Gute, was dem neuen Machthaber zuzuschreiben ist, war sein Widerwille gegen das Rechtsgerüst des Staates schwerwiegend zu rütteln.

Dass der Mai-Umsturz keinen radikalen Bruch mit der Idee von einem Rechtsstaat in Polen bedeutete, beweist die im Grunde genommen kosmetische Änderung des Gesetzes über Obersten Verwaltungshof. Der Gesetzestext wurde zwar umfangreicher (statt wie vorher 39 Artikel umfasste die neue Version 124), dennoch viel präziser als die alte Gesetzfassung. Unter neuen Vorschriften sind u.a. die folgenden zu finden: die Definierung Polnisch als die Amtssprache vor dem Gericht (Art. 5 Abs. 2 NTA n.F.), die Ergänzung der enumerativen Aufzählung von Sachgebieten, die der Rechtsprechung vom Verwaltungsgerichtshof entzogen wurden, um einen einzigen Punkt, der lautete: „Andere Angelegenheiten, falls die besonderen Vorschriften dies so regeln" (Art. 6 Pkt. 7 NTA n.F.), die Verringerung der Zahl der urteilenden Richter von fünf auf drei (Art. 10 Abs. 1 NTA n.F.), die Reduzierung der erforderten Zahl der Berufsrichter in der gesamten NTA-Besetzung von der Hälfte auf ein Drittel (Art. 29 Abs. 3 NTA n.F.) und schließlich die Beschränkung der Öffentlichkeit des Verfahrens, falls dies die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder das Interesse des Staates bzw. die guten Sitten beeinträchtigen konnte (Art. 74 Abs. 2 NTA n.F.).

In den Übergangsvorschriften zu diesem Gesetz findet man noch eine wesentlich wichtigere Änderung, und zwar diese, welche die Zahl der urteilenden Richter betrifft. Es geht um die Regelung von Art. 116 Abs. 1 NTA n.F., die besagt: „Im Zeitraum bis zum 1. Januar 1935 kann der Kammerpräsident veranlassen, die Sachen, welche keine grundlegenden Zweifel erwecken, von einem Richter zu entscheiden". Diese Abweichung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers die Zahl der geprüften Anträge deutlich steigern. Es ist jedoch das Gegenteil eingetroffen, weil man – wie es ein Zufall wollte – *per* ministerieller Anordnung vom 3. Dezember 1932 über die Revision der rechtskräftigen Entschei-

dungen in Bezug auf die Renten von Kriegsinvaliden und Veteranen[23] eine Antragslawine bei dem Verwaltungsgerichtshof ausgelöst hat.

Wenngleich die Einsetzung eines neuen Verwaltungsgerichts für Invaliden (*Inwalidzki Sąd Administracyjny*, ISA)[24] die Arbeitsüberlastung am Verwaltungsgerichtshof in die Ferne gerückt hat, sprechen die eingegangenen Antragszahlen für wenig Hoffnung auf ein baldiges Urteil. Schon nach dem ersten vollen Kalenderjahr (1923) der Arbeit des Verwaltungsgerichts sind 1891 Sachen übriggeblieben, die noch nicht vom Gericht entschieden wurden. Im Jahr 1928 waren es schon 6327, wobei die Zahl der erledigten Rechtssachen von 4420 beeindruckt. Im darauffolgenden Jahr 1929 wurden bei dem Gericht 7344 neue Anträge eingereicht, dagegen 5651 erledigt. Dennoch ist das Verwaltungsgericht damals mit 8021 unentschiedenen Sachen im Rückstand geblieben. Im Jahr des Inkrafttretens des neuen Gesetzes über Oberste Verwaltungshof, d.h. im Jahr 1932 ist das Gericht mit über 16.000 Anträgen im Rückstand gewesen[25].

Dieses Faktum ist einerseits so als Sachverhalt zu bewerten. Andererseits dürfen wir jedoch, im Hinblick auf die steigenden Antragszahlen, von wachsendem Respekt und Vertrauen in die Arbeit des Obersten Verwaltungshofes in der polnischen Gesellschaft sprechen. Dass die Gerichtshofstätigkeit damals gebührend anerkannt wurde, bezeugt auch die Fachliteratur[26], in der man darauf hingewiesen hat, dass die bloße Existenz des Verwaltungsgerichts zähmend auf die Verwaltung wirkte[27].

---

[23] Vgl. Zarządzenie Ministra Opieki Społecznej z 3 grudnia 1932 wydane w porozumieniu z Ministrem Skarbu w sprawie rewizji prawomocnych orzeczeń komisji rewizyjno-lekarskich, względnie inwalidzkich komisji odwoławczych, co do istnienia dowodów związku przyczynowego uszkodzenia zdrowia lub okaleczenia ze służbą wojskową, Monitor Polski Nr. 282, Pos. 331.

[24] Vgl. Ustawa z 26 marca 1935 o Inwalidzkim Sądzie Administracyjnym, Dz.U. RP Nr. 26, Pos. 177. Laut dem Art. 21 ISA sollte dieses Gericht bis 30. September 1940 tätig sein. Nach diesem Datum sollten die ISA zuständigen Sachen erneut vom NTA übernommen werden.

[25] Vgl. A. Chmurski, *Reforma Najwyższego Trybunału Administracyjnego*, Warszawa 1934, S. 21.

[26] Vgl. J.S. Langrod, *Zagadnienia wybrane z praktyki administracyjnej*, Kraków 1938, S. 3–4; W. Wasiutyński, *Glosse*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1935, Bd. XIV, S. 79–80.

[27] Dass die öffentliche Verwaltung den NTA-Richtlinien jedoch nicht wiederspruchlos gefolgt hat, bezeugt am besten die Denkschrift von Ersten NTA-Präsidenten vom 9. April 1933, Okólnik nr 15 Prezesa Rady Ministrów, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1935, Bd. XIV, S. 1–3.

Die gesellschaftliche Achtung, über die oben die Rede war, ist vielen Faktoren zu verdanken. Zuallererst ist die hohe Qualität der Rechtsprechung zu erwähnen. Unabhängig von politischen Querelen, Regierungswechsel und sogar der neuen Verfassung[28] ist die Kognition im Grunde genommen gleich geblieben[29]. Die seit Beginn der vom Verwaltungshof aufgenommenen Arbeit bestimmenden Standards wurden eigentlich bis Kriegsausbruch kaum geändert. Das Verwaltungsgericht hat sich u.a. um die Ausarbeitung der Grundnormen im Gerichtsverfahren verdient gemacht. Die juristische Klärung von den Rechten der Streitparteien im Verwaltungsprozess, die Festlegung vom öffentlichen Charakter der Gerichtsverhandlung, die Pflicht, die Entscheidungen seitens der Verwaltung zu begründen, sowie wann das Verfahren wieder aufzunehmen ist, oder unter welchen Umständen die Verwaltungsentscheidung von Amts wegen aufgehoben werden darf, können hier als die Ersten genannt werden. Auch in der Wahrnehmung der Problematik von *culpa levis* und *culpa lata* in Bezug auf die Verwaltungsentscheidungen gab man sich streitlos einig. Die Verwaltungsentscheidungen, die in Verbindung mit *culpa levis* zu sehen waren, unterlagen dem verwaltungsrechtlichem Prozedere, die mit *culpa lata* dagegen dem ordentlichen Gerichtswesen.

Als *Novum* muss man lediglich die neue Fassung von Art. 72 der Märzverfassung bezeichnen, welche in der Aprilverfassung als Art. 68 Abs. 6 anders justiert wurde. Laut diesem Artikel bestand die Möglichkeit, auf Begehren der Streitpartei den Streit dem ordentlichen Gericht vorzulegen, sofern im konkreten Fall die Strafe von einem Verwaltungsorgan verhängt wurde. Mit anderen Worten, der Artikel legte die Gerichtskontrolle über den Erlass von Strafentscheidungen seitens der Verwaltung fest. Die neue Regelung sah daher vor, dass der Streitpartei gegen einen Verwaltungsakt kein Widerspruch vor Gericht zusteht, falls es um die Verwaltungsentscheidung geht, die Zwangsmittel im Verwaltungsverfahren anzuwenden. Denn diese stellten keine Strafe im juristischen Sinne dar[30].

---

[28] Vgl. Art. 70 Abs. 1 Pkt. b) der neuen Verfassung vom 23. April 1935, Dz.U. RP Nr. 30, Pos. 227. Auch bei W. Komarnicki, *Ustrój państwowy Polski współczesnej. Geneza i system*, Wilno 1937, S. 383–385.

[29] Das beweist die erste NTA-Gesetzänderung vom 25. März 1926. Um der Überschwemmung des Gerichts von offensichtlich unbegründeten Anträgen vorzubeugen, hat man sich entschieden, den Anwaltszwang einzuführen. Der Art. 12 NTA-Gesetzes wurde um den folgenden Absatz ergänzt: „Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben werden, es sei denn, dass der Kläger selbst über das juristische Hochschulstudium verfügt", Dz.U. RP Nr. 37, Pos. 237.

[30] Vgl. W. Komarnicki, *op. cit*., S. 387.

Die Stabilität der Rechtsprechung vom Verwaltungsgericht ist auch aus einer anderen Quelle gespeist. Kurzum ist sie der Personalkontinuität am Gericht zu verdanken. Die erste Besetzung von 22 Richter im Jahr 1922 wurde ein Jahr später um sechs neue Richter ergänzt. Im Jahr 1924 kamen zusätzlich vier, im Jahr 1926 sechs und in den Jahren 1929 und 1930 je ein Richter hinzu. Im Jahr des Inkrafttretens des neuen NTA-Gesetzes wurden zwei neue Richter ernannt. Eine Dekade nach der Einsetzung des Verwaltungstribunals stellten elf Richter fast ein Drittel der gesamten richterlichen Mannschaft, die von Anfang an dem Gericht angehörten[31].

Zwar wuchs die Gesamtzahl der NTA-Richter, sie blieb aber in der ganzen Zwischenkriegszeit eigentlich konstant und hat die Obergrenze von 40 nie überschritten. Wenn man dabei das kleine, ca. 30 Angestellte umfassende Büropersonal am Gericht sowie die damaligen technischen Hilfsmittel berücksichtigt, stellt sich die Zahl von ein paar Tausend der alljährlich zu entscheidenden Rechtssachen umso imposanter dar. Die Bewältigung solcher Antragsmenge wäre ganz bestimmt unvorstellbar gewesen, wäre der Arbeit kein hohes Maß am richterlichen Engagement gezollt. Dass dies in solcher Skala das ausgezeichnete juristische Ausbildungsniveau der Richter erst möglich gemacht hat, ist dabei selbstredend.

Das tugendhafte Verhalten der Verwaltungshofrichter kann hier als eine Überleitung zum viel wichtigeren Problem dienen, und zwar, wie man damals an das Problem des gewissenhaften Verwaltungshandelns heranzugehen versuchte. Denn die doppelte Frage ist nach wie vor offen, ob die Verwaltungsmoral überprüfbar ist? Und dann weiter, wie soll sie – falls es zu einer Verletzung kommt – justitiabel gemacht werden? Die Antwort darauf stellt keine leichte Aufgabe dar, weil man sich in einem Rechtsraum bewegt, dessen Grenzen einmal von extensiven, zum anderen von restriktiven Auslegungen bestimmt werden. Dem französischen Muster *détournement de pouvoir* nachgehend, lässt sich sagen, dass der moralische Rechtsbruch nur dann zur (Rechts)Debatte steht, wenn mit festen Beweisen zu rechnen ist.

Einem weiteren Diskurs setzte der Ausbruch des Zweiten Weltkrieges am 1. September 1939 ein Ende, denn der Krieg zog eine unwiderrufliche Trennlinie in der bis *dato* Erfolgsstory vom Obersten Verwaltungshof mit sich. Seitdem galt es, unter der sowohl deutschen als auch der sowjetischen Bestatzungsmacht im erneut geteilten und ok-

[31] Vgl. Archiv der Neuen Aktenstücke [Archiwum Akt Nowych] in Warschau, Teil VIII. Prezes Rady Ministrów, Signatur 11–35.

kupierten Polen, eine grauenvolle Interpretation der Verwaltungsmoral zu geben. Um zu versuchen sie (wenn dies überhaupt möglich ist) zu verstehen, soll man sich stets vor Augen halten, dass der braune und der rote Totalitarismus nicht nur eine einfache Fortsetzung einer durch die Visionäre des 19. Jahrhunderts begonnenen Demontage der elementaren Wahrheiten darstellte, sondern insbesondere eine Öffnung der Schleusen für den Bedeutungsrelativismus, der darin bestand, dass der allgemein anerkannte soziale Wertekodex durch ein System ersetzt wurde, das aus Scheinwerten bestand, die aus der Abwertung und Relativierung des *principium verum* hervorgingen. Diese ursprüngliche Fähigkeit des Relativismus, vereinbarte Grundsätze aufzugeben, führte die Gesetzmäßigkeit auf Gewässer, auf denen keine Orientierungspunkte existierten. Und wenn – wie Paul Johnson dies exzellent erfasste – die Rechtsstaatlichkeit der Gewalt weicht, und die moralischen Absolutwerten dem Relativismus weichen, tritt eine große Dunkelheit ein, und es gibt keine Möglichkeit mehr, die Engel von den Teufeln zu unterscheiden[32].

[32] Vgl. P. Johnson, *Historia świata*, übersetzung M. Urbański, Londyn 1992, S. 268.

Grzegorz Kościelniak, Bogumił Naleziński

POJĘCIE ORGANU ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ W ŚWIETLE ART. 79 UST. 1 KONSTYTUCJI RP – UWAGI NA TLE ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

1. Do obszarów będących przedmiotem naukowych zainteresowań Profesora Zbigniewa Maciąga zaliczyć można problemy sądownictwa konstytucyjnego, szczególnej mocy prawnej Konstytucji RP, czy gwarancji przestrzegania praw i wolności jednostki[1]. W nawiązaniu do tych zagadnień przedmiotem niniejszych rozważań pragniemy uczynić problematykę skargi konstytucyjnej w Polsce pod rządami Konstytucji RP z 1997 r.[2] Jak łatwo zauważyć, właśnie w tej instytucji prawnej, będącej szczególnym środkiem ochrony statusu prawnego jednostki, skupiają się jak w soczewce problemy związane z gwarancyjną – wobec ustawy zasadniczej – rolą Trybunału Konstytucyjnego. „Normatywna nowość"[3] skargi konstytucyjnej zachęca też do podejmowania wysiłków w celu ciągłego przybliżania szczegółów konstrukcyjnych tego środka

[1] Tytułem przykładu wskazać można choćby rozważania dotyczące problemu wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, zob. Z. Maciąg, *Stosowanie Konstytucji RP a problem niewykonywania wyroków Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Stosowanie Konstytucji RP z 1997 roku – doświadczenia i perspektywy. Międzynarodowa konferencja naukowa*, red. Z. Maciąg, Kraków 2006, s. 273–281.

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.), dalej: Konstytucja.

[3] Przyjąć należy, że skarga konstytucyjna – w postaci odpowiadającej wymogom definicyjnym tej instytucji – w realiach prawnoustrojowych naszego państwa pojawiła się dopiero wraz z wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r.

prawnego. Wiele refleksji przynosi w tym zakresie również analiza coraz bogatszego orzecznictwa polskiego sądu konstytucyjnego w sprawach inicjowanych skargami konstytucyjnymi[4].

2. Czynnikiem odróżniającym polską skargę konstytucyjną od odpowiedników tej instytucji w innych krajach europejskich jest niewątpliwie jej przedmiot[5]. Zgodnie z treścią art. 79 ust. 1 Konstytucji, jest nim ustawa lub inny akt normatywny, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawa albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji. Innymi słowy, przedmiotem skargi konstytucyjnej pozostaje wyłącznie akt stanowienia prawa zastosowany w konkretnej, indywidualnej sprawie skarżącego jako podstawa prawna wydanego orzeczenia. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dostarcza wielu dowodów na pojawiające się u skarżących wątpliwości interpretacyjne, dotyczące właściwie każdego z elementów tak określonego przedmiotu skargi konstytucyjnej[6]. Niniejsze rozważania pragniemy skoncentrować na płaszczyźnie związanej z konstytucyjnym określeniem organów władzy publicznej, które to podmioty – stosując kwestionowane w skardze konstytucyjnej przepisy – aktualizują tym samym legitymację adresatów praw i wolności do skorzystania z tego środka ochrony. W myśl art. 79 ust. 1 Konstytucji, katalog tych organów wyznaczony został dwoma określeniami: „sąd"

[4] Z bogatego katalogu literatury dotyczącej skargi konstytucyjnej warto wskazać choćby następujące publikacje: Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sejmowy" 1998, nr 1; B. Szmulik, *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym*, Warszawa 2006; *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzciński, Warszawa 2000; P. Tuleja, *Skarga konstytucyjna a sądy powszechne – raz jeszcze*, „Państwo i Prawo" 1997, nr 10; P. Tuleja, *Skarga konstytucyjna jako instrument ochrony praw człowieka*, „Polis" 1997, nr 1–2, s. 116–120; P. Tuleja, W. Wróbel, *O niektórych problemach organizacyjnych związanych z rozpatrywaniem przez Trybunał Konstytucyjny indywidualnych skarg konstytucyjnych*, [w:] *Konstytucja. Trybunał Konstytucyjny*, red. C. Banasiński, J. Oniszczuk, Warszawa 1998, s. 188–195; P. Tuleja, *Skarga Konstytucyjna – dziesięć lat doświadczeń*, „Przegląd Legislacyjny" 2007, nr 3, s. 28–46.

[5] B. Naleziński, *Przedmiot skargi konstytucyjnej w Polsce – wybrane problemy na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony*, red. P. Czarny, P. Tuleja, Kraków 2004, s. 163 i nast.

[6] Zob. np. orzeczenia TK z dnia: 14 lipca 2004 r. (Ts 82/03, OTK ZU nr 3/B/2004, poz. 178), 6 października 2004 r. (SK 42/02, OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 97), 7 marca 2006 r. (Ts 24/05, OTK ZU nr 2/B/2006, poz. 94), 3 lipca 2007 r. (SK 4/07, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 83), 23 kwietnia 2008 r. (SK 16/07, nr OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 45), 2 grudnia 2010 r. (SK 11/10, OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 131), 16 listopada 2011 r. (SK 45/09, OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97).

i „organ administracji publicznej". Chociaż wątpliwości wywoływać może precyzyjne określenie desygnatów obydwu wskazanych wyżej pojęć, to jednak przedmiotem analizy pragniemy uczynić wyłącznie konstytucyjne określenie „organ administracji publicznej"[7]. Trzeba podkreślić, że naszym zamiarem nie jest bynajmniej próba skonstruowania zamkniętego katalogu podmiotów (instytucji) mieszczących się w zakresie zastosowania przesłanki z art. 79 ust. 1 Konstytucji. Już w tym miejscu stwierdzić bowiem trzeba, że tworzenie takiego katalogu byłoby niecelowe, a z uwagi na ochronną (podmiotową) funkcję skargi konstytucyjnej – wręcz nieuzasadnione. Na przykładzie dwóch centralnych organów władzy publicznej – Prezydenta RP i Najwyższej Izby Kontroli – pragniemy jedynie wykazać zasadność szerokiego, funkcjonalnego interpretowania pojęcia zastosowanego przez ustrojodawcę. Skoncentrowanie rozważań właśnie na wymienionych wyżej instytucjach władzy publicznej wywołane zostało w głównej mierze przypadkami skarg konstytucyjnych skierowanych do Trybunału Konstytucyjnego w związku ze sprawami, w których właśnie Prezydent RP, bądź też jednostki organizacyjne Najwyższej Izby Kontroli, były podmiotami podejmującymi działania – w ocenie skarżących – naruszające gwarantowane im konstytucyjnie prawa lub wolności. Problem pozytywnej kwalifikacji tych organów w świetle art. 79 ust. 1 Konstytucji był zaś jednym z problemów podnoszonych w toku rozpoznawania skarg[8]. Na kanwie tych przypadków warto więc zastanowić się nad najbardziej adekwatnym z punktu widzenia funkcji skargi konstytucyjnej sposobem rozumienia i stosowania tego przepisu ustawy zasadniczej[9].

3. Ustalenie kręgu desygnatów konstytucyjnej kategorii „organów administracji publicznej" rozpocząć warto od analizy językowej pojęcia zastosowanego w treści art. 79 ust. 1 Konstytucji. Należy zauważyć,

[7] Warto zauważyć, że również pojęcie „sądu" zastosowane w art. 79 ust. 1 Konstytucji wywołało w orzecznictwie pewne kontrowersje odnośnie do zakresu jego zastosowania, w szczególności w kontekście Trybunału Stanu, jak i samego Trybunału Konstytucyjnego. Zob. np. wyrok TK z 8 grudnia 1999 r. (SK 19/99, OTK ZU nr 7/1999, poz. 161) oraz postanowienie TK z 17 listopada 2011 r. (Ts 1/11, OTK ZU nr 6/B/2011, poz. 468).

[8] Por. postanowienia TK z dnia: 19 czerwca 2012 r. (SK 37/08, OTK ZU nr 6/A/2012, poz. 69), 12 czerwca 2013 r. (Ts 38/13, niepubl.), 29 kwietnia 2013 r. (Ts 132/12, OTK ZU nr 4/B/2013).

[9] Punktem wyjścia niniejszych rozważań jest przy tym rozróżnienie funkcji podmiotowej skargi, związanej z ochroną praw podstawowych skarżącego oraz funkcji przedmiotowej, polegającej na zagwarantowaniu (w aspekcie negatywnym) szczególnej mocy prawnej Konstytucji.

że ustrojodawca posłużył się również, zbliżonym treściowo terminem w art. 184 Konstytucji. Zgodnie z tym unormowaniem, kontrola przeprowadzana przez Naczelny Sąd Administracyjny i inne sądy administracyjne ma za przedmiot działalność „administracji publicznej". Już w tym miejscu warto więc rozważyć zasadność potraktowania określenia zastosowanego w art. 184 jako kryterium pozwalającego na zaliczenie określonej instytucji do kategorii organów administracji publicznej w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. O włączeniu danego podmiotu do kręgu tych organów mogłoby więc decydować objęcie jego działalności kontrolą sądów administracyjnych. Tego rodzaju interpretację należy jednak odrzucić. Prowadzi ona bowiem w konsekwencji do zdecydowanie niekorzystnych skutków z punktu widzenia funkcji ochronnej skargi konstytucyjnej. Jej akceptacja oznacza też aprobatę dla sytuacji, w której ustawowe ograniczenie zakresu kognicji sądów administracyjnych w odniesieniu do określonej kategorii działań w sferze administracji publicznej, wyłączałoby podmioty podejmujące te działania z zakresu zastosowania art. 79 ust. 1 Konstytucji[10]. Tym samym, to ustawodawca (zwykły) wyznaczałby w sposób całkowicie nieuprawniony krąg instytucji, których orzeczenia spełniają kryteria warunkujące późniejsze korzystanie ze skargi konstytucyjnej.

4. Z podobnych względów nieprzydatną wskazówką interpretacyjną byłoby w tym zakresie również odwołanie się do postanowień – precyzującej zasady, na jakich dopuszczalne jest korzystanie ze skargi konstytucyjnej – ustawy o Trybunale Konstytucyjnym[11]. Prawodawca w art. 47 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK powtórzył jedynie sformułowanie konstytucyjne, nie definiując go i nie formułując w związku z tym żadnego katalogu podmiotów, które mieściłyby się pod pojęciem organów administracji publicznej[12]. Brak tego rodzaju „legalnej definicji" usprawiedliwić można przede wszystkim ograniczoną swobodą ustawodawcy w tym zakresie. Dokonywanie na poziomie ustawy zwykłej konkretyzacji pojęcia konstytucyjnego napotkać może zarzut niedozwolonego – przede wszystkim

[10] Na marginesie warto zauważyć, że tego rodzaju wyłączenie samo w sobie może wywołać zastrzeżenia co do zgodności z konstytucyjnym zakazem zamykania drogi sądowej (art. 77 ust. 2 w zw. z art. 184 Konstytucji).

[11] Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK).

[12] Warto zauważyć, że również skierowany do parlamentu projekt nowej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym nie zawiera rozwiązań normatywnych, które wprowadzałyby zmiany w powyższym zakresie – zob. Druk sejmowy nr 1590 z dnia 10 lipca 2013 r.

z uwagi na hierarchiczną pozycję Konstytucji – interpretowania jej pojęć w unormowaniach aktu o niższej mocy prawnej. W odniesieniu do rozpoznawania skarg konstytucyjnych przez Trybunał Konstytucyjny (ale także i do innych kompetencji tego organu) wiąże się to również z ograniczeniem roli ustawy zwykłej zawartym w art. 197 Konstytucji[13].

5. Wobec braku konstytucyjnej definicji pojęcia „organy administracji publicznej" pomocne może się więc wydawać odwołanie do ustaleń doktrynalnych. Można bowiem przyjąć założenie, że ustrojodawca z lat 90. XX w., ustalając treść art. 79 ust. 1 Konstytucji, opowiedział się za określonym rozumieniem tego terminu, traktując go jako swoiste „pojęcie zastane", funkcjonujące w obrocie prawnym. W tym kontekście trzeba jednak zauważyć, że w doktrynie prawa trudno odnaleźć jedną powszechnie akceptowaną definicję organu administracji publicznej czy nawet administracji publicznej jako takiej, również termin „administracja" jest rozumiany w sposób bardzo zróżnicowany[14].

Jak słusznie zauważa E. Ochendowski, cechy charakterystyczne administracji, obszary jej funkcjonowania, zadania, struktura i formy działania są tak zróżnicowane, „że ich zdefiniowanie wydaje się prawie niemożliwe"[15]. Formułowane w doktrynie definicje administracji publicznej znacznie się od siebie różnią, m.in. z uwagi na to, że konstruowaniu każdej z nich przyświecał nieco inny cel. Wskazane tu trudności definicyjne najpełniej oddaje pogląd E. Forsthoffa, zgodnie z którym administracji nie da się zdefiniować, a jedynie można ją opisać[16]. Proponowane definicje można przy tym zasadniczo podzielić na pozytywne i negatywne oraz przedmiotowe i podmiotowe[17].

---

[13] Z woli ustrojodawcy przedmiotem uregulowania ustawy zwykłej powinny być jedynie materie związane z organizacją TK oraz trybem postępowania przed tym organem.

[14] W literaturze przedmiotu, podkreśla się, że pojęcie „administracji publicznej" może być różnorodnie interpretowane i postrzegane w różnych kontekstach: socjologicznym, politycznym, językowym i prawnym. W niniejszym opracowaniu, z oczywistych względów, szczególna uwaga zostanie poświęcona jedynie kontekstowi prawnemu. Zob. szerzej: *Administracja publiczna*, red. A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Wrocław 2002; J. Łukaszewicz, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2007, s. 77 i nast.

[15] E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2009, s. 24.

[16] E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil*, München 1996, s. 1.

[17] S. Wrzosek, *Podstawowe pojęcia z zakresu ogólnej części prawa administracyjnego*, [w:] *Encyklopedia prawa administracyjnego*, red. M. Domagała, A. Haładyj, S. Wrzosek, Warszawa 2010, s. 39.

Ustalając znaczenie etymologiczne pojęcia „administracji" należy odwołać się do łacińskiego znaczenia pojęcia *ministrare*, używanego z przedrostkiem „ad". *Ministrare* oznacza 'służyć', 'usługiwać'. Natomiast przedrostek „ad" podkreślał, że działalność ta ma być wykonywana w sposób trwały lub przez długi okres[18]. Toteż przez pojęcie „administracji publicznej" należy rozumieć służebną działalność podmiotów o charakterze publicznym wykonywaną w sposób trwały.

Zgodnie z tzw. negatywną definicją administracji[19], administrację publiczną stanowi działalność państwa, która nie jest ani władzą ustawodawczą ani władzą sądowniczą – wymiarem sprawiedliwości[20].

A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski opowiadają się za definicją przedmiotową (funkcjonalną) wskazując, że administracja publiczna może być „pojmowana jako funkcja państwa i samorządu terytorialnego, polegająca na wykonywaniu zadań publicznych określonych w konstytucji i innych źródłach prawa powszechnie obowiązującego"[21]. Wskazani wyżej autorzy konsekwentnie posługując się tym kryterium podkreślają, że administracja publiczna jest niejako konglomeratem złożonym z administracji państwowej, rządowej, samorządu terytorialnego, samorządu zawodowego, podmiotów prywatnych pełniących funkcje administracji publicznej oraz Kościoła katolickiego, realizującego wyodrębnione zadania publiczne. Definiując pojęcie administracji państwowej podają, że obejmuje ona wszystkie przejawy działalności państwa i wszystkie organy, które są państwowe. W konkluzji stwierdzają więc, że do organów administracji państwowej (będącej częścią administracji publicznej)[22] zaliczyć można każdy organ, który został powołany do realizacji i ochrony interesu publicznego[23].

Z kolei H. Izdebski i M. Kulesza definiują pojęcie „administracji publicznej" jako „zespół działań, czynności i przedsięwzięć organiza-

[18] J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. 1, Kraków 2003, s. 13; J. Łukaszewicz, *op. cit.*, s. 79; M. Kallas, *Ewolucja ustroju centralnej administracji państwowej w latach 1989–1997*, [w:] *Administracja publiczna. Ustrój administracji państwowej centralnej. Komentarz*, red. B. Szmulik, K. Miaskowska-Daszkiewicz, Warszawa 2012, s. 3.

[19] O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsk 1985; W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931.

[20] J. Filipek, *op. cit.*, s. 13; J. Łukaszewicz, *op. cit.*, s. 16 i nast.; H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 95; podobnie M. Kallas, *op. cit.*, s. 3.

[21] *Administracja publiczna*, red. A. Błaś..., s. 5.

[22] J. Boć, *Założenia badawcze struktur administracji publicznej*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 181 i nast.

[23] J. Boć, *Pojęcia*, [w:] *Administracja publiczna*, red. A. Błaś..., s. 47 i nast.

torskich i wykonawczych, prowadzonych na rzecz realizacji interesu publicznego przez różne podmioty, organy i instytucje, na podstawie ustaw i w określonych prawem formach"[24]. Z. Rybicki, S. Piątek wskazują, że przez administrację publiczną należy rozumieć „działania organizatorskie podejmowane przez podmioty reprezentujące władztwo państwowe, a zakres i cele tej działalności określa prawo. Działania te nie obejmują kompetencji przyznanych organom władzy państwowej, wymiarowi sprawiedliwości i kontroli państwowej"[25].

E. Ochendowski określa administrację publiczną konstruując odrębne definicje – podmiotową, przedmiotową[26] i formalną[27]. Administrację w ujęciu podmiotowym „stanowi ogół podmiotów administracji, a więc organy administracji i inne podmioty wykonujące określone funkcje z zakresu administracji publicznej". W ujęciu przedmiotowym jest to „działalność państwa, której przedmiotem są sprawy administracyjne albo inaczej zadania i kompetencje w zakresie władzy wykonawczej". Natomiast w rozumieniu formalnym administracją publiczną jest „cała działalność państwa wykonywana przez podmioty administracji bez względu na to, czy ma ona charakter administracji czy też tego charakteru nie ma".

Podsumowując powyższe uwagi stwierdzić więc można, że interpretacja pojęcia administracji publicznej jednoznacznie wskazuje na jego wieloznaczność – nawet przyjęcie określonego sposobu definiowania (np. przedmiotowo-podmiotowego) prowadzi przedstawicieli doktryny prawa do dalece rozbieżnych konkluzji.

Kierując się wskazaniami zwolenników „metody negatywnej" do organów administracji publicznej zaliczyć należałoby zarówno organy władzy wykonawczej, jak i kontroli państwowej, bez względu na to, czy kontrola będzie sytuowana poza klasycznym trójpodziałem władzy[28], czy też ujmowana jako część władzy wykonawczej[29]. Jednakże – jak to

[24] H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 93.

[25] Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984, s. 9–11; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 171.

[26] Podobnie, w ujęciu podmiotowym oraz przedmiotowym, administrację publiczną definiuje S. Wrzosek, *op. cit.*, s. 39.

[27] E. Ochendowski, *op. cit.*, s. 20–22.

[28] J. Galster, *Najwyższa Izba Kontroli*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998, s. 411; E. Ochendowski, *op. cit.*, s. 24; A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji*, Koszalin 1998, s. 180.

[29] Na przykład I. Lipowicz zalicza NIK do władzy wykonawczej: I. Lipowicz, *Istota administracji*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2011, s. 33.

zauważa J. Zimmerman – nawet zaliczenie Prezydenta RP do organów władzy wykonawczej nie implikuje jeszcze bezpośrednio wniosku, że podmiot ten należy do administracji publicznej[30]. Zbliżone uwagi można sformułować w odniesieniu do NIK. Do podobnie niejednoznacznych konkluzji prowadzi przyjęcie definicji pozytywnych i to zarówno w ich ujęciu podmiotowym, jak i przedmiotowym. Przykładowo bowiem przy odwołaniu się do definicji przedmiotowo-podmiotowej formułowanych przez A. Błasia, J. Bocia, J. Jeżewskiego, H. Izdebskiego i M. Kuleszę czy Z. Niewiadomskiego, możliwe jest zaliczenie do organów administracji zarówno Prezydenta RP, jak i NIK[31]. Z kolei definicje Z. Rybickiego, S. Piątka czy J. Zimmermanna, mające również walor przedmiotowo-podmiotowy, prowadzą do wniosków całkowicie przeciwnych.

Jak łatwo więc zauważyć, uwzględnienie prezentowanych w doktrynie prawa administracyjnego zróżnicowanych definicji pojęcia „administracji publicznej" nie pozwala na jednoznaczne i pozbawione zastrzeżeń włączenie Prezydenta RP i Najwyższej Izby Kontroli do kategorii „organów administracji publicznej", o której mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji.

6. Warto rozważyć więc przydatność odwołania się w interesującym nas zakresie do doktrynalnego pojęcia „organu administracji publicznej". W ślad za J. Starościakiem[32], wskazać można na występujące w literaturze przedmiotu trzy sposoby ujęcia tej kategorii organów: a) teorie „pozytywistyczne", w myśl których organem administracji jest organ, który za taki został uznany *expressis verbis* przez przepis prawa; b) teorie wyjaśniające pojęcie organu administracji za pomocą kryteriów kompleksowych (działanie w imieniu państwa, ustalone prawem kompetencje, wyodrębnienie organizacyjne, właściwe formy działania, określenie osób uprawnionych do działania w imieniu organu); c) teorie kwalifikujące organy na podstawie treści wykonywanych przez nie funkcji"[33].

Pierwsza z wymienionych wyżej metod prowadzi do wniosku wykluczającego obydwa analizowane tutaj podmioty z kręgu organów administracji publicznej. Zarówno ustrojodawca, jak i ustawodawca zwykły, nie zaliczają ich bezpośrednio do takiej kategorii.

---

30 J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 171.

31 Co zresztą czynią sami autorzy: J. Boć, *Pojęcia*..., *op. cit.*, s. 48; J. Boć, *Założenia*..., *op. cit.*, s. 182; H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*, s. 131.

32 J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 53 i nast.

33 *Ibidem*, s. 54 i nast.; S. Wrzosek, *op. cit.*, s. 44.

Warto zauważyć, że definicję legalną[34] pojęcia organ administracji publicznej napotkać można w ustawie Kodeks postępowania administracyjnego. Zgodnie z nią, przez organ administracji publicznej rozumieć należy „ministrów, centralne organy administracji rządowej, wojewodów, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespolonej), organy jednostek samorządu terytorialnego oraz „inne organy państwowe jak i inne podmioty, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych"[35].

Przydatność powołanej wyżej definicji kodeksowej podważają jednak przedstawione już wcześniej zastrzeżenia dotyczące techniki interpretowania pojęć zawartych w Konstytucji za pomocą postanowień ustaw zwykłych. Ponadto stwierdzić należy, że definicja ta nie ma charakteru kompleksowego, zawiera jedynie przykładowe wyliczenie organów zaliczonych do administracji publicznej i skonstruowana została przede wszystkim na potrzeby postępowania administracyjnego (procesowego prawa administracyjnego). Należy ponadto zauważyć, że precyzująca zasady korzystania ze skargi konstytucyjnej ustawa o TK, nie zawiera przepisu odsyłającego do unormowań kodeksu postępowania administracyjnego[36].

Warto więc wskazać na konsekwencje odwołania się do teorii kryteriów kompleksowych (np. J. Boć czy S. Wrzosek). Zgodnie z nią organem administracji publicznej jest „człowiek (lub grupa ludzi w wypadku organu kolegialnego): 1) znajdujący się w strukturze organizacji państwa lub samorządu terytorialnego; 2) powołany w celu realizacji norm prawa administracyjnego, w sposób i ze skutkami właściwymi temu prawu; 3) działający w granicach przyznanych mu przez prawo kompetencji"[37].

---

[34] Natomiast zgodnie z nieobowiązującą już ustawą z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz.U. z 1995 r. Nr 74, poz. 368 ze zm.), organami administracji publicznej były „naczelne i centralne organy administracji państwowej, terenowe organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego oraz inne organy w zakresie, w jakim zostały powołane z mocy prawa do załatwiania spraw z zakresu administracji publicznej" – art. 20 ust. 2. Stąd w oparciu o powyższą definicję do organów administracji publicznej można było zaliczyć zarówno Prezydenta RP, jak i NIK.

[35] Art. 5 § 2 pkt 3 w zw. z art. 1 pkt 2 i 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013, poz. 267).

[36] Art. 20 ustawy o TK, w sprawach nie uregulowanych w tym akcie, do postępowania przed Trybunałem nakazuje jedynie odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

[37] J. Boć, *Pojęcia*..., s. 156; S. Wrzosek, *op. cit.*, s. 44.

Uwzględnienie powyższej teorii umożliwiałoby więc zaliczenie do „organów administracji publicznej" zarówno Prezydenta RP, jak i NIK[38]. Konkluzja taka korespondowałaby też ze stanowiskiem J. Bocia, który – określając krąg desygnatów pojęcia „organ administracji publicznej" – wprost umieszcza w nim Prezydenta RP oraz pośrednio wskazuje na taką możliwości w odniesieniu do NIK[39].

Natomiast zgodnie z ostatnią ze wskazanych wyżej teorii, do organów administracji publicznej zaliczyć można jedynie te podmioty, którym prawo powierza realizację funkcji właściwych dla administracji publicznej – organem administracji publicznej jest więc każdy podmiot wypełniający funkcje administracji publicznej[40]. Podstawową funkcją administracji publicznej jest zaś wykonywanie zadań publicznych[41]. Ponadto w literaturze prawa administracyjnego przypisuje się im pełnienie następujących funkcji: reglamentacyjno-porządkowej (określanej również reglamentacyjną), świadczącej, regulacyjnej, wykonawczej, organizatorskiej, nadzorczo-kontrolnej[42].

Dokonując w świetle powyższych kategorii kwalifikacji Prezydenta RP, można przypisać temu organowi pełnienie w pewnym zakresie niektórych z wymienionych funkcji (np. reglamentacyjno-porządkową i wykonawczą). Z kolei w działalności NIK upatrywać można pełnienia lub przynajmniej współuczestnictwa w wykonywaniu funkcji reglamentacyjno-porządkowej, regulacyjnej, wykonawczej czy nadzorczo-kontrolnej. Trzeba jednak równocześnie wziąć pod uwagę, że tego rodzaju kwalifikacja tych podmiotów wzbudza w doktrynie prawa liczne zastrzeżenia i wątpliwości[43].

W podsumowaniu dotychczasowych rozważań stwierdzić należy, że analiza rozmaitych sposobów definiowania pojęcia „organ administracji publicznej" również nie prowadzi do jednoznacznej i pozbawionej wątpliwości metody precyzyjnego wyznaczenia desygnatów tego pojęcia i udzielenia kategorycznej odpowiedzi na pytanie o zasadność zalicze-

38 Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2005, s. 9–13.

39 J. Boć, *Pojęcia*..., s. 165.

40 S. Wrzosek, Wrzosek, *op. cit.*, s. 44.

41 A. Błaś, *Administracja publiczna w państwie prawa*, [w:] *Administracja publiczna*, red. A. Błaś..., s. 32 i nast.

42 *Administracja publiczna*, red. A. Błaś...; H. Izdebski, M. Kulesza, *op. cit.*; M. Stahl, *Pojęcie administracji, jej cechy i funkcje*, [w:] *Prawo administracyjne. Pojęcie, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 23–26 oraz literatura tam podana.

43 J. Filipek, *op. cit.*, s. 232–233; J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 171.

nia Prezydenta RP i Najwyższej Izby Kontroli do tej kategorii organów państwowych.

Wszystkie powyższe okoliczności skłaniają do wniosku, że skorzystanie z wykładni doktrynalnej nie jest wystarczające do określania zakresu zastosowania omawianej tu przesłanki skargi konstytucyjnej. Na jej podstawie nie można bowiem definitywnie stwierdzić, czy zastosowanie przez Prezydenta RP lub NIK zakwestionowanych w skardze konstytucyjnej przepisów, prowadzi tym samym do aktualizacji legitymacji adresatów praw i wolności do skorzystania z tego środka ochrony konstytucyjnych praw podmiotowych.

7. Analiza przesłanki wydania przez organ administracji publicznej ostatecznego orzeczenia, o którym mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP, wymaga jeszcze odwołania się do systematyki postanowień ustawy zasadniczej i uwzględnienie sposobu ujęcia w nich przez ustrojodawcę innych – „sąsiadujących" ze skargą konstytucyjną – środków ochrony. Na uwagę zasługują w tym kontekście zwłaszcza dwa z nich, tzn. prawo do wynagrodzenia szkody za niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej (art. 77 ust. 1 Konstytucji) oraz prawo wystąpienia z wnioskiem do Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 80 Konstytucji). Jak łatwo zauważyć, w obydwu powołanych przepisach ustawy zasadniczej, statuujących wskazane wyżej środki ochrony, zastosowane zostało pojęcie „organu władzy publicznej". Pojęcie odmienne, o niewątpliwie innym zakresie odniesienia, aniżeli omawiany przez nas termin użyty w art. 79 ust. 1 Konstytucji. Porównanie treściowe obydwu określeń konstytucyjnych bez wątpienia prowadzić musi do wniosku o szerszym (aniżeli wynikający z art. 79 ust. 1) kręgu desygnatów zwrotu „organ władzy publicznej"[44]. Do organów władzy publicznej, odwołując się choćby do zasady podziału władzy w kontekście negatywnej definicji administracji, należałoby więc zaliczyć nie tylko organy „podzielonych i zrównoważonych" władz, o których mowa w art. 10 Konstytucji, ale również instytucje niemieszczące się w klasycznym („monteskiuszowskim") trójpodziale – np. organy kontroli państwowej i ochrony prawa (art. 202–215), Narodowy Bank Polski (art. 227), czy też organy samorządowe (art. 163–172). Posłużenie się przez ustrojodawcę różnymi określeniami, mającymi (przynajmniej z językowego punktu widzenia) odmienne zbiory desygnatów, mogłoby więc *prima facie* sugerować intencję zawężenia zakresu zastosowania omawianej tu przesłanki skargi

[44] *Komentarz do Konstytucji RP*, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, t. 2, teza 11 do art. 77 ust. 1, s. 13 i nast.

konstytucyjnej. Taki wniosek byłby jednak zdecydowanie dysfunkcjonalny z punktu widzenia wskazywanych wyżej celów ochronnych skargi konstytucyjnej.

8. W punkcie 2 niniejszych uwag podkreślona została konieczność uwzględnienia ścisłego związku zachodzącego między sposobem interpretacji pojęcia zastosowanego w art. 79 ust. 1 Konstytucji a samą instytucją skargi konstytucyjnej i funkcjami realizowanymi przez ten środek ochrony. Związek ten wynika przede wszystkim z zespolenia aktywności danego organu (instytucji) z dokonaną przez niego – na podstawie przepisów kwestionowanych w skardze – ingerencją w sferę konstytucyjnych praw i wolności. Z punktu widzenia skarżącego, który zmierza do zainicjowania kontroli konstytucyjności określonych unormowań, nie powinna więc mieć znaczenia kwalifikacja ustrojowa (organizacyjna) podmiotu, wyposażonego w świetle obowiązującego prawa w kompetencję do ich stosowania. Ochronna (podmiotowa) funkcja skargi konstytucyjnej nakazuje więc każdorazowo sytuować ciężar rozważań nie na płaszczyźnie organizacyjnej, związanej z zaliczeniem danego organu do określonej kategorii konstytucyjnej (sądów lub organów administracji publicznej), ale w sferze praw i wolności skarżącego naruszonych wskutek zastosowania zaskarżonych unormowań, jako podstawy prawnej ostatecznego orzeczenia. Wskazane wyżej trudności, związane ze zdefiniowaniem pojęcia organu administracji publicznej, nie powinny więc prowadzić w żadnym wypadku do sytuacji, w której zaistniała ze strony danego podmiotu ingerencja w sferę praw i wolności uniemożliwiłaby skorzystanie ze skargi konstytucyjnej z tego tylko powodu, że podmiot ten nie będzie mieścił się w zakresie wyznaczonym przyjętą (przede wszystkim doktrynalną) definicją tego pojęcia. Taka właśnie konkluzja jest w pełni jest aktualna w odniesieniu do omawianych tu instytucji ustrojowych. Czynnikiem decydującym winno być więc stwierdzenie, że w zakresie przyznanych tym organom kompetencji znalazło się stosowanie norm prawnych, którego efektem było wydanie orzeczenia spełniającego materialne i proceduralne wymogi przewidziane w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP.

Stanowisko powyższe wymaga oczywiście odrębnego odniesienia do obydwu omawianych tu instytucji ustrojowych. W przypadku Prezydenta RP, prawodawca w szerokim zakresie przewiduje bowiem wydawanie przez głowę państwa aktów stosowania prawa, które prowadzić mogą do ingerencji w sferę konstytucyjnych praw i wolności osób fizycznych lub osób prawnych prawa prywatnego. Problemem innego rodzaju jest natomiast kwestia podstawy prawnej działań podejmowanych wówczas

przez Prezydenta. Pamiętać należy, że w wielu przypadkach akty stosowania prawa wydawane przez głowę państwa mają swoją podstawę bezpośrednio i wyłącznie w unormowaniach Konstytucji. Te zaś siłą rzeczy nie mogą być przedmiotem zaskarżenia do Trybunału Konstytucyjnego[45]. Z taką sytuacją mamy do czynienia np. w przypadku realizacji przez głowę państwa jego kompetencji w zakresie nadawania orderów i odznaczeń, czy stosowania prawa łaski (art. 138 i art. 139 Konstytucji). We wszystkich jednak przypadkach, w których podstawą prawną orzeczenia wydanego przez Prezydenta jest przepis ustawy lub innego aktu normatywnego, samo zaś orzeczenie prowadzi – w ocenie skarżącego – do naruszenia gwarantowanego konstytucyjnie jego statusu, należy przyjąć, że dopuszczalne będzie wniesienie skargi konstytucyjnej przeciwko takiemu unormowaniu.

Zasadniczo podobne konkluzje sformułować można w odniesieniu do Najwyższej Izby Kontroli i jej jednostek organizacyjnych. Specyfiki tego organu – z punktu widzenia art. 79 ust. 1 Konstytucji – upatrywać należy jednak nie w problemie zasadności zaliczenia go do sfery administracji publicznej, ale w charakterze jego kompetencji. Wynika to z faktu, że instytucja ta nie posiada zasadniczo uprawnień imperatywnych[46]. Działania władcze Izby stanowią jedynie element składowy czynności podejmowanych w ramach realizacji jej zadań, tzn. prowadzonych czynności kontrolnych. W ich zakresie mieści się np. nałożenie obowiązku udostępnienia dokumentów będących podstawą prowadzonej kontroli[47]. Samo natomiast wystąpienie pokontrolne nie ma już charakteru władczego, jedynym obowiązkiem ciążącym na podmiocie kontrolowanym jest przedstawienie stanowiska w odniesieniu do uwag pokontrolnych, a nie bezwzględny wymóg realizacji tych postanowień. Dlatego też w przypadku wystąpienia pokontrolnego prawodawca nie przewidział skargi do sądu administracyjnego, przyznając podmiotowi poddanemu kontroli niedewolutywny środek odwoławczy, rozpatrywany przez samą NIK. Najwyższa Izba Kontroli może również „pisemnie powiadomić kierownika jednostki nadrzędnej lub właściwy organ pań-

[45] Ta właśnie okoliczność była przyczyną umorzenia postępowania przed TK w sprawie SK 37/08, aczkolwiek warto zwrócić uwagę na odmienne stanowisko wyrażone wówczas w zdaniu odrębnym jednego z sędziów.

[46] Szerzej zob.: G. Kościelniak, *Najwyższa Izba Kontroli organ polityczny czy apolityczny. Rozważania na gruncie polskiego porządku prawnego*, „Res Politicae. Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie", t. 2, red. H. Ćwięk, Częstochowa 2007, s. 43–59.

[47] Zob. art. 29 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2012, poz. 82, ze zm.; dalej: ustawa o NIK).

stwowy lub samorządowy o uwagach, ocenach i wnioskach dotyczących kontrolowanej działalności", a w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, zawiadomić o tym odpowiedni organ państwa[48]. Jeżeli organ ten podejmie następnie określone działania, w szczególności wyda rozstrzygnięcie, to wówczas jednostka kontrolowana będzie mogła skorzystać ze środków odwoławczych (w określonych przypadkach włącznie ze skargą do sądu administracyjnego), zaś po spełnieniu konstytucyjnych i ustawowych wymogów proceduralno-materialnych, także ze skargi konstytucyjnej. Trzeba jednak podkreślić, że orzeczeniem naruszającym konstytucyjne prawa lub wolności (w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji) będzie najczęściej samo rozstrzygniecie organu nadrzędnego nad jednostką kontrolowaną, nie zaś wystąpienie pokontrolne jednostki organizacyjnej NIK.

Podsumowując powyższe uwagi należy więc zauważyć, że w praktyce funkcjonowania jednostek organizacyjnych NIK mało prawdopodobne jest, aby to właśnie same czynności kontrolne jako takie, podejmowane przez tę instytucję, nabrały charakteru pozwalającego na uznanie je za rodzaj orzeczenia naruszającego konstytucyjne prawa lub wolności danego podmiotu. Wydanie takiego orzeczenia (na podstawie przepisów kwestionowanych przez skarżącego) jest zaś warunkiem koniecznym dopuszczalności korzystania ze skargi konstytucyjnej[49]. Ponieważ jednak kontroli NIK – oprócz organów władzy publicznej *sensu stricto*[50] – podlegają również podmioty „niepubliczne"[51], nie można *ex definitione* wykluczyć sytuacji, w których osoby fizyczne lub osoby prawne prawa prywatnego (a więc adresaci konstytucyjnych wolności i praw) poddane zostaną kontroli w zakresie lub według kryteriów niedopuszczalnych w świetle postanowień Konstytucji. Choćby z tego więc względu uprawnione wydaje się rozważenie możliwości zakwestionowania przez te podmioty w drodze skargi konstytucyjnej unormowań ustawowych, które tworzą podstawę prawną do tego rodzaju ingerencji w ich status prawny[52].

---

48 Art. 62 a i 63 ustawy o NIK.

49 Zob. np. postanowienia TK z dnia: 21 marca 2000 r., SK 6/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 66; 4 grudnia 2000 r., SK 10/99, OTK ZU nr 8/2000, poz. 300.

50 Artykuł 202 ust. 1 i 2 Konstytucji.

51 W zakresie, w jakim wykorzystują majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa – art. 202 ust. 3 Konstytucji.

52 Wątpliwości natury konstytucyjnoprawnej wzbudzać może choćby – wskazywany już wyżej – brak mechanizmu sądowej kontroli samego aktu wszczęcia postępowania kontrolnego określonego rodzaju wobec danego podmiotu.

9. Wskazane wyżej dylematy interpretacyjne mogą więc skłaniać do refleksji bardziej ogólnej. Nasuwa się bowiem nieodparcie pytanie o funkcjonalną adekwatność omawianej przesłanki z art. 79 ust. 1 Konstytucji względem samej instytucji skargi konstytucyjnej. Rodzące się wątpliwości odnośnie do kwalifikacji różnych organów państwa, wyposażonych w kompetencje „orzecznicze" wobec adresatów konstytucyjnych praw i wolności, wydają się uzasadniać tezę o zbyt wąskim (podmiotowo) ujęciu przez ustrojodawcę tego elementu konstrukcji skargi konstytucyjnej. Operując dwoma jedynie pojęciami „sądu"[53] i „organu administracji publicznej" prawodawca wymusił niejako dokonywanie – w wielu przypadkach bardzo sztucznej – kwalifikacji konkretnych instytucji pod kątem tylko jednej z dwóch kategorii wymienionych *expressis verbis* w art. 79 ust. 1 Konstytucji. W sytuacji, gdy organem wydającym orzeczenie, spełniające przesłanki wskazane w tym przepisie, nie jest sąd, ani też podmiot wykazujący choćby śladowo typowe (przede wszystkim doktrynalne) cechy organu administracji publicznej, wywołuje to znaczące wątpliwości interpretacyjne. Kierowanie się wyłącznie wykładnią językową prowadzić musiałoby w takiej sytuacji do rezultatów trudnych do pogodzenia z *ratio legis* i funkcjami skargi konstytucyjnej. Przyznanie priorytetu funkcji podmiotowej skargi wywołuje z kolei istotny dysonans pojęciowy, związany z koniecznością uznawania za organy administracji publicznej instytucji nie mieszczących się – z doktrynalnego punktu widzenia – w zakresie tego pojęcia[54].

10. W ocenie autorów niniejszych uwag, przyjęte w art. 79 ust. 1 Konstytucji określenie nie jest więc adekwatne z punktu widzenia celów, dla jakich ustanowiona została instytucja skargi konstytucyjnej. Porównanie treści omawianego przepisu z unormowaniami statuującymi inne środki ochrony praw i wolności (np. art. 77 ust. 1 albo art. 80 Konstytucji) nieodparcie wywołuje pytanie o zasadność zastosowanego zróżnicowania terminologicznego. Wydaje się, że odwołanie się przez ustrojodawcę w treści art. 79 ust. 1 Konstytucji ponownie do kategorii „organów władzy publicznej" znacząco ograniczyłoby wątpliwości

[53] Również w szerokim rozumieniu tego pojęcia, obejmującym także obydwa Trybunały, zob. przyp. 7.

[54] W skrajnym przypadku mogłoby to m.in. prowadzić do uznania za organ administracji publicznej Sejmu lub Senatu, w sytuacji, gdy orzeczenie (np. w kwestii odmowy wyrażenia zgody na pociągnięcia parlamentarzysty do odpowiedzialności sądowej za czyn związany z wykonywaniem mandatu, naruszający prawa osoby trzeciej) odpowiedniej izby parlamentu spełniałoby wymogi przewidziane w art. 79 ust. 1 Konstytucji.

związane z ustaleniem zakresu zastosowania tej przesłanki skargi konstytucyjnej. Rozwiązanie takie przesunęłoby ciężar problemu na – najistotniejszą z punktu widzenia legitymacji do wniesienia skargi konstytucyjnej – kwestię orzeczenia wydanego na podstawie kwestionowanych w niej przepisów. Wyeliminowałoby również – całkowicie niepożądaną z uwagi na gwarancyjną rolę skargi konstytucyjnej – groźbę dodatkowego (obok wyraźnie już ustanowionych w art. 79 ust. 1 Konstytucji) ograniczenia przedmiotu tego środka ochrony praw i wolności. Także analiza orzecznictwa polskiego sądu konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że w przypadku powstających trudności interpretacyjnych związanych z wyznaczaniem zakresu zastosowania przesłanek skargi konstytucyjnej, prymat przyznawany jest funkcji ochronnej skargi. Stanowisko takie, mimo znaczącego „odejścia" od rezultatów, do jakich prowadziłaby wykładnia językowa, czy doktrynalna, uznać należy za w pełni usprawiedliwione, racjonalne i zgodne z „duchem" przepisów ustawy zasadniczej dotyczących zarówno statusu jednostki, jak i środków jego ochrony.

KONSTYTUCJA
A PRAWO PRYWATNE

Zbigniew Witkowski, Agnieszka Bień-Kacała

RÓWNOWAGA BUDŻETOWA JAKO WARTOŚĆ KONSTYTUCYJNA *VERSUS* OCHRONA PRAW JEDNOSTKI?

Równowaga budżetowa jest wartością konstytucyjną podlegającą szczególnej ochronie, zwłaszcza w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Formowanie przez twórców konstytucji zakazów dotyczących nieprzekraczalnego poziomu deficytu budżetowego oraz uwzględnienie rozmaitych innych aspektów wiążących się z tym problemem pod postacią zasad konstytucyjnych, dobitnie potwierdza powyższe ustalenie[1]. Zapewnienie przynajmniej względnej równowagi finansom publicznym państwa sprawia, że państwo to jest zdolne do podejmowania rozmaitych przedsięwzięć finansowych i jest w stanie zadość czynić swoim zobowiązaniom, rozwiązując swoje zwykle liczne zadania i realizując swe cele i interesy[2]. Równowaga budżetowa chroni zatem samo państwo, gwarantując jego funkcjonowanie, ciągłość trwania i jego suwerenność, chociaż mówiąc to, nie wolno abstrahować od faktu, iż dzięki tej równowadze państwo jest w stanie zapewnić też respektowanie licznych praw swoim obywatelom i wpływać na kształtowanie się rzeczywistości gospodarczej kraju. Jest jednocześnie i tak, a uwaga ta dotyczy też państwa demokratycznego, że dążenie do ochrony gospodarki

---

1 M. Zubik, *Budżet państwa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2001, s. 69.

2 *Ibidem*; zob. także wyrok TK w sprawie K 12/94 [w:] *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w 1995 r.* [dalej OTK], cz. 1, Warszawa, s. 27.

budżetowej państwa przed jej kryzysem, a w szczególności przed załamaniem, może stanowić przesłankę dla ograniczania innych zasad czy wartości chronionych konstytucyjnie[3].

Zaiste, w praktyce polski Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podejmował rozmaite rozstrzygnięcia w tych kwestiach dając pierwszeństwo zasadzie równowagi budżetowej nawet przed prawami i wolnościami człowieka i obywatela[4]. Konfrontacja tych wartości staje się jaskrawa zwłaszcza w czasach kryzysu albo przynajmniej napięcia ekonomicznego w państwie. Uwypukla się wówczas konflikt wspomnianych zasad i wartości. W tej sytuacji Trybunał Konstytucyjny staje się stanowczym strażnikiem równowagi budżetowej[5].

Nie ulega jednak wątpliwości, że Trybunał równocześnie rozpoznawany jest w doktrynie jako strażnik i współtwórca praw człowieka[6]. Bywa, że aktywna postawa sędziów TK w zakresie współtworzenia praw człowieka otwiera debatę w kwestii politycznego angażowania się sędziów i jednocześnie prób forsowania przez nich w swoim orzecznictwie własnych wizji społecznych, ustrojowych a nawet politycznych[7]. Sąd konstytucyjny zwykle jednak uszczegóławia ogólnikowo określoną

---

3 M. Zubik, *op. cit.*, s. 65 przyp. 54.

4 Zob. stan faktyczny w sprawie z 7 grudnia 1999 r., K 6/99, w związku z regulowaniem wynagrodzenia w restrukturyzowanym górnictwie. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, red. J. Oniszczuk, Kraków 2000, s. 943.

5 W przywołanej wyżej sprawie K 6/99, „Zdaniem Trybunału przedsiębiorstwa górnicze muszą liczyć się, z tym, że w warunkach kształtowania się nowego ładu gospodarczego przy niekorzystnych wynikach finansowych ich działalności i realnej perspektywie ich likwidacji przy braku radykalnych działań prawno-gospodarczych, państwo może być zmuszone zmienić obowiązujące regulacje prawne, także na ich niekorzyść, po to, aby dostosować je do nowej rzeczywistości gospodarczej. Zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać zatem zmian regulacji prawnych, w tym również zmian, które znoszą lub ograniczają dotychczas zagwarantowane prawa górników […]. Dokonywać to jednak musi się z uwzględnieniem możliwości budżetu państwa, tak aby reforma nie stworzyła realnego dla niego zagrożenia. Wartością konstytucyjnie chronioną, która usprawiedliwia ograniczenie praw górników do wynagrodzenia, jest równowaga budżetu państwa, ponieważ postępowanie oddłużeniowe dotyczy należności daninowych Skarbu Państwa, przesądzających o uszczupleniu dochodów Państwa i zwiększeniu jego wydatków". *Konstytucja…*, s. 943 i nast.

6 K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 246–248.

7 I. Wróblewska, *Zasada państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP*, Toruń 2010, s. 201.

substancję konkretnych praw, przez co prawa te uzyskują swoją treść w procesie stosowania konstytucji. Działalność trybunału związana jest także z ustaleniem granic możliwego, dopuszczalnego konstytucyjnie ograniczenia praw jednostki[8]. Przykładowo, w kontekście konieczności gwarantowania obywatelom minimum bezpieczeństwa prawnego[9] w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że „Jak wszystkie zasady szczegółowe wynikające z art. 2 Konstytucji RP również i ta ostatnia nie jest absolutna i wzgląd na ważny interes publiczny może uzasadniać ograniczenie lub nawet rezygnację z niej. Szczególnie często przywoływanym przez TK dobrem publicznym jest interes finansowy (równowaga budżetowa) państwa"[10].

Rola Trybunału jest więc kolosalna jeśli chodzi o relację ochrony wskazanych wartości. To ten organ wyznacza bowiem dopuszczalne granice konfliktu między równowagą budżetową a statusem jednostki w państwie. Tej relacji właśnie chcielibyśmy poświęcić nieco uwagi w niniejszym artykule.

1. Przechodząc do kwestii szczegółowych warto przypomnieć, że równowagę budżetową tłumaczy się jako taki układ budżetu, w którym wydatki są w całości pokrywane przez dochody lub też dochody przewyższają wydatki[11]. Pojawia się ona także w kontekście zasad budżetowych[12]. Traktowana jest wówczas jako konieczność zachowania odpowiedniej relacji między dochodami i wydatkami państwa. Dochody powinny być co najmniej równe wydatkom. Dopuszczalny jest również deficyt budżetowy, stąd mówi się przeważnie o względnym zrównoważeniu budżetu państwa[13]. Równowaga budżetowa kategoryzowana jest na materialną i formalną. Ta pierwsza oznacza, że wydatki równoważone są rzeczywistymi przychodami. Ta druga zaś odnosi się do sytuacji równoważenia wydatków rozmaitymi dochodami zwrotnymi czy przy zastosowaniu specyficznych metod obliczeniowych.

---

8 *Ibidem*, s. 204.

9 Zob. wyrok TK w sprawie K 22/96.

10 *Ibidem*, s. 232 oraz por. szeroko: J. Skórzewska-Łosiak, *Budżet, finanse publiczne jako wartość konstytucyjna*, [w:] *Konstytucja. Ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci prof. Natalii Gajl*, Warszawa 1999, s. 291 i nast.

11 C. Kosikowski, *Finanse publiczne w świetle Konstytucji RP oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego (na tle porównawczym)*, Warszawa 2004, s. 110.

12 A. Bień-Kacała, *Finanse publiczne*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2011, s. 652.

13 M. Zubik, *op. cit.*, s. 138.

Równowaga budżetowa posiada walor przede wszystkim ekonomiczny i gospodarczy[14], stąd też niekiedy trudno jest opisać ją we wszystkich aspektach poprzez normy prawne. Podkreśla się również stanowczo, że równowaga budżetowa powinna i może być traktowana jako zasada konstytucyjna regulująca zrelatywizowany nakaz projektowania zrównoważonego budżetu kierowany do rządu[15]. Nie ma on charakteru bezwzględnego, art. 220 Konstytucji RP dopuszcza bowiem, choć nie nakazuje, wystąpienie deficytu już na etapie planowania budżetu. Można zatem powiedzieć, że mamy do czynienia z normą konstytucyjną o zasadniczym znaczeniu dla ustroju gospodarczego państwa, reprezentującą istotny, niekiedy limitujący, ładunek aksjologiczny w zakresie ustroju społecznego.

Zasadę ochrony równowagi budżetowej rekonstruuje się na podstawie kilku przepisów konstytucji. Podstawowe budulce tej nienazwanej kategorii to jej art. 216 ust. 5[16] oraz art. 220 w zw. z art. 1 (zasada dobra wspólnego)[17]. Równowaga budżetowa posiada istotny ładunek orzeczniczy od strony merytorycznej. W wyroku z 22 maja 2002 r. (K 6/02) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zapewnienie równowagi budżetowej jest wartością konstytucyjną, gdyż od niej zależy zdolność państwa do działania i rozwiązywania różnorodnych problemów. W orzeczeniu z 20 listopada 2002 r. (K 41/02) TK przypomniał, że zapewnienie równowagi budżetowej państwa wielokrotnie uznawane było za wartość konstytucyjną.

Trybunał dokonywał przy tym niejednokrotnie konfrontowania omawianej wartości z innymi. Przyznawał pierwszeństwo równowadze budżetowej kosztem ochrony praw nabytych m.in. w wypadkach: przej-

---

[14] C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 113 i nast.

[15] W. Sokolewicz, *Artykuł 220, Uwaga 6 i 7*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 4–7.

[16] Art. 216. 5. Nie wolno zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy 3/5 wartości rocznego produktu krajowego brutto. Sposób obliczania wartości rocznego produktu krajowego brutto oraz państwowego długu publicznego określa ustawa.

[17] Art. 220. 1. Zwiększenie wydatków lub ograniczenie dochodów planowanych przez Radę Ministrów nie może powodować ustalenia przez Sejm większego deficytu budżetowego niż przewidziany w projekcie ustawy budżetowej. 2 Ustawa budżetowa nie może przewidywać pokrywania deficytu budżetowego przez zaciąganie zobowiązania w centralnym banku państwa. Zob. Także: *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Szmyt, Warszawa 2010, s. 12.

ściowego zniesienia indeksacji wynagrodzeń w sferze budżetowej oraz zawieszenia systemu waloryzacji wynagrodzeń w sferze budżetowej (np. orzeczenie z 30 listopada 1993 r., K 18/92; wyrok z 17 listopada 2003 r., K 32/02), zawieszenia podwyżki płac dla pracowników państwowych szkół wyższych (np. wyrok z 18 stycznia 2005 r., K 15/03), ograniczenia uprawnień kombatanckich (np. wyrok z 9 marca 2004 r., K 12/02), zawieszenia wypłacania świadczeń z ubezpieczenia społecznego z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych (np. wyrok z 31 stycznia 2006 r., K 23/03), ograniczenia uprawnień gwarantowanych w uprzednio obowiązującym systemie emerytalno-rentowym (np. wyrok z 20 listopada 2001 r., SK 15/01), czy też ograniczenia lub zniesienia ulg podatkowych (np. orzeczenie z 12 stycznia 1995 r., K 12/94 oraz wyrok z 27 lutego 2002 r., K 47/01). Można wyciągnąć stąd zatem wniosek, że jest to kategoria stosunkowo często uzasadniająca ograniczenie praw konstytucyjnych.

Prawa te mogą także przysługiwać podmiotom o publicznym statusie, np. partiom politycznym[18]. Status ten nie chroni przed ograniczeniami praw z uwagi na konieczność ochrony równowagi budżetowej. Trybunał dokonuje konfrontowania wartości. Ochrona równowagi budżetowej ewidentnie więc bywa przeciwstawiana ochronie praw jednostki. I. Wróblewska wręcz zauważa, że „Istotnym z punktu widzenia omawianego problemu jest zaprezentowana [przez TK – przyp. aut.] w wyroku K 10/97 próba sformułowania generalnej reguły zgodnie z którą, fakt, że jakieś zagadnienie poddano regulacji prawa publicznego nakazuje, przy kolizji interesu jednostki z interesem publicznym, uwzględniać w pierwszym rzędzie interes publiczny”[19].

Troska o zachowanie odpowiednich relacji między dochodami i wydatkami budżetowymi jest konstytucyjnym obowiązkiem rządu. Wniosek ten można wywieść przynajmniej z art. 146 ust. 4 pkt 5–7, art. 220 oraz 226 Konstytucji RP. Ponadto Trybunał odniósł konieczność zapewnienia równowagi budżetowej do wszystkich organów państwowych[20]. Spoczywa ona jednak w szczególności na parlamencie jako organie od-

[18] Zob. wyrok TK z 20 stycznia 2010 (Kp 6/09); A. Bień-Kacała, *Ograniczenie finansowania partii politycznych z budżetu państwa a równowaga budżetowa w dobie kryzysu (uwagi na tle wyroku TK z 20 stycznia 2010, Kp 6/09)*, [w:] *Normalność i kryzys. Jedność czy różnorodność*, red. J. Oniszczuk, Warszawa 2010, s. 357–364.

[19] Zob. wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r. (K 10/97) oraz opinię o jego zawartości w: I. Wróblewska, *op. cit.*, s. 233.

[20] Zob. wyrok TK w sprawie K 6/94, s. 94; C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 122; J. Ciak, *Polityka budżetowa*, Toruń 2002, s. 100–101.

powiedzialnym za nadanie budżetowi ostatecznego kształtu normatywnego (np. wyrok z 13 grudnia 2004 r., K 20/04). Identyfikuje się przy tym ograniczenie kompetencji samego parlamentu w sytuacji opisanej w art. 220 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r.[21] Obowiązek dbałości o zachowanie równowagi budżetowej nakładany jest również na prezydenta w ramach trybu legislacyjnego[22].

Równowaga budżetowa pozostaje, co już stwierdzono, pod ochroną Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 27 kwietnia 2005 r. (P 1/05) dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, organ ten dokonał szczegółowej analizy art. 190 ust. 3 Konstytucji RP. W zakresie konieczności dochowania zasady równowagi budżetowej wskazał, że przepis ten formułuje w odniesieniu do odroczenia wejścia w życie wyroku jedynie warunek w postaci konieczności zasięgania opinii Rady Ministrów. Z tego obowiązku Trybunał wywiódł nakaz dbałości o równowagę budżetową państwa. Jest on aktualny w przypadku orzeczeń, które wiążą się z nakładami finansowymi nieprzewidzianymi w ustawie budżetowej. Skorzystanie z tej kompetencji nie jest odnoszone do „wyjątkowych przypadków" czy „szczególnych okoliczności". Zasięgnięcie opinii jest jedynym kryterium w odniesieniu do decyzji o innym terminie utraty mocy obowiązującej przepisów niezgodnych z Konstytucją RP. Trybunałowi Konstytucyjnemu przysługuje zatem stosowna swoboda w korzystaniu z kompetencji przyznanej mu przez art. 190 ust. 3 Konstytucji RP. Swoboda ta nie oznacza jednak dowolności. Chociaż trudno precyzyjnie wyznaczyć uniwersalne granice tej swobody, jej zakres pośrednio determinowany jest konsekwencjami wynikającymi z odroczenia terminu utraty mocy obowiązującej przepisów uznanych za niezgodne z wzorcem kontroli.

Oczywiście o występowaniu takich wyjątków *in concreto* decyduje Trybunał Konstytucyjny, określając w odniesieniu do poszczególnych przepisów objętych jego kontrolą termin utraty mocy obowiązującej. Każde tego rodzaju postanowienie poprzedzone musi być wyważeniem wartości, których naruszenie stanowić będzie dające się przewidzieć następstwo przedłużonego stosowania niekonstytucyjnych przepisów, w stosunku do wartości chronionych odroczeniem wejścia w życie skutków wyroku. Nie ulega wątpliwości, że Trybunał Konstytucyjny winien kierować się zwłaszcza dbałością o zabezpieczenie konstytucyjnych praw i wolności jednostek. Niemniej sam Trybunał dopuszcza, by od-

[21] M. Mazurkiewicz [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 326.

[22] C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 132–134.

roczenie prowadziło do przejściowego utrzymania w mocy przepisów ograniczających konstytucyjne wolności i prawa.

Analiza wyroków Trybunału Konstytucyjnego, w których jedną z kluczowych kwestii był problem odroczenia terminu wejścia w życie wyroku z uwagi na możliwość powstania w konsekwencji wydatków nieprzewidzianych w ustawie budżetowej, prowadzi jednak do wniosku, że organ ten niezwykle oszczędnie korzysta ze wskazanej kompetencji. Odroczenie zaś związane jest z innymi okolicznościami niż sama ochrona równowagi budżetowej. Przeważnie chodzi o konieczność dokonania systemowych zmian w prawie (np. ochrona zdrowia czy system podatkowy)[23]. Obowiązek ten ciąży na ustawodawcy, nie zaś na Trybunale. Do wyjątków należą wyroki, w których sąd konstytucyjny odnosi wprost odroczenie do równowagi budżetowej. Przykładem może być orzeczenie z 15 października 2001 r. (K 12/01), w którym Trybunał Konstytucyjny, kierując się potrzebą uwzględnienia ewentualnych wydatków w toku prac nad budżetem państwa na rok 2002, uznał za celowe odroczyć termin utraty mocy obowiązującej przepisów. Wyrok ten wskazuje natomiast na skorelowanie art. 190 ust. 3 z art. 220 Konstytucji RP z wyłączną kompetencją rządu do ustalania dolnej granicy deficytu budżetowego.

2. W dotychczasowych rozważaniach ustalona została reguła, zgodnie z którą Trybunał Konstytucyjny przeważnie traktuje za uzasadnione ograniczenie praw jednostki w konfrontacji z wymogiem zapewnienia równowagi budżetowej. Warto w tym miejscu zastanowić się nad poszerzeniem kontekstu naszych badań o inne wartości, które z uwagi na normy konstytucyjne uzasadniać mogą ograniczenia w statusie jednostki.

Wśród kategorii uzasadniających ograniczenie praw człowieka i obywatela wpisanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie ma równowagi budżetowej. Znajdziemy tam natomiast jako kryterium dopuszczające takie ograniczenie „bezpieczeństwo państwa"[24]. Bardzo ważny jest w tym kontekście wyrok TK z 30 września 2008 r. (K 44/07). Dotyczył on regulacji pozwalającej na zestrzelenie statku powietrznego w sytu-

[23] Zob. np. wyrok z 4 maja 2004 r. (K 8/03), wyrok z 17 stycznia 2006 r. (U 6/04), wyrok z 7 listopada 2007 r. (K 18/06), wyrok z 11 lutego 2010 r. (K 15/09), wyrok z 26 października 2010 r. (K 58/07) – tu rząd wskazał na możliwość zmniejszenia obciążeń budżetowych w wyniku orzeczenia niekonstytucyjności przepisu.

[24] Zob. szerzej: A. Bień-Kacała, *Równowaga budżetowa a bezpieczeństwo państwa*, [w:] *Innowacja i synergia w Siłach Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej*, t. 2, red. A. Lis, R. Reczkowski, Bydgoszcz 2013, s. 52–66.

acji, gdy miałby on zostać użyty w sposób sprzeczny z prawem i byłoby to uzasadnione względami bezpieczeństwa. Dokonując oceny zgodności elementów systemu prawnego w tak newralgicznej kwestii, jaką jest wyważenie względów bezpieczeństwa publicznego oraz prawa do prawnej ochrony życia poszczególnych osób, Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie przyznaje priorytet wartościom, którymi są życie i godność człowieka. Wartości te stanowią fundament europejskiej cywilizacji i wyznaczają treść znaczeniową centralnego w naszej kulturze pojęcia humanizmu. Są one niezbywalne w tym sensie, że nie dopuszczają „zawieszenia" lub „zniesienia" w konkretnym kontekście sytuacyjnym.

W klarownej zatem sytuacji normatywnej Trybunał Konstytucyjny nie uznał kategorii bezpieczeństwa państwa za uzasadniającą ograniczenie praw jednostki. Jasne jest natomiast, że nie mieliśmy tu do czynienia z realnym zagrożeniem chronionej wartości, a ograniczenie w tym przypadku prowadziłoby do naruszenia istoty ochrony życia. Niemniej obrazuje to konfuzję w zakresie wzajemnych relacji między wartościami chronionymi konstytucyjnie.

Można zastanawiać się nad ewentualną hierarchią *in abstracto* wskazanych dóbr konstytucyjnych. Bezpośrednie wyrażenie w konstytucji może wskazywać na przewagę po stronie bezpieczeństwa. Także ustalenia co do treści relewantnych wartości prowadzić mogą do takiej konstatacji. Równowaga określana jest bowiem jako względna z uwagi na dopuszczalny deficyt budżetowy. W odniesieniu do bezpieczeństwa posługujemy się raczej kategorycznym stwierdzeniem „braku zagrożeń" czy „stanu spokoju". Ograniczenie praw jednostki może nastąpić natomiast z uwagi na wprost wskazane bezpieczeństwo państwa. W odniesieniu do wymogu zapewnienia równowagi budżetowej w państwie takiego określenia nie odnajdujemy w tekście Konstytucji RP. Praktyka orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego wskazuje natomiast *in concreto* na odmienną relację w zakresie ochrony praw jednostki. Wymóg dochowania wierności zasadzie równowagi budżetowej uzasadniał bowiem wielokrotnie obniżenie poziomu ochrony dóbr indywidualnych. W odniesieniu do bezpieczeństwa państwa przytoczone rozstrzygnięcie wskazują na przewagę jednak dóbr indywidualnych.

Wydaje się, że kluczem do rozstrzygnięcia dylematu „ochrona której z wartości" był tu poziom zagrożenia interesujących nas konkretnych wartości. Kryzys ekonomiczny uzasadnia udzielenie przewagi zasadzie równowagi budżetowej. W przypadku zaś bezpieczeństwa wydaje się, że nie było ono zagrożone w momencie orzekania, bądź też Trybunał uznał stan zagrożenia za na tyle niski, iż nie uzasadniał on uszczuplenia indywidualnych wartości. Hierarchia chronionych zasad w konkretnej

sytuacji wydaje się zatem uzależniona od istnienia zagrożenia konkretnych, omawianych kategorii.

Interesująca jest kwestia konfrontacji relewantnych dóbr. Bezpieczeństwo jest przecież finansowane z budżetu państwa, a ten musi pozostać w równowadze podporządkowanej samej egzystencji organizacji państwowej. Bez nakładów środków finansowych stan bezpieczeństwa może okazać się niemożliwy do osiągnięcia. Hierarchia tych wartości kształtowana musi być zatem zależnie od okoliczności konkretnej sprawy oraz konkretnego stanu gospodarczego i politycznego państwa.

3. Dotychczasowe rozważania rodzić mogą także wątpliwości. Równowaga budżetowa należy przecież do kategorii nienazwanych przez ustrojodawcę. Jej substrat treściowy identyfikowany jest przez doktrynę i przez orzecznictwo trybunałowe. Wskazano już, że niezwykle trudno jest go ustalić, z uwagi na niejasne granice, interesującej nas wartości[25]. Po ostatnim orzeczeniu TK dotyczącym wynagrodzeń sędziowskich można zasadnie twierdzić, że ochrona równowagi budżetowej staje się wręcz swego rodzaju fetyszem w orzecznictwie tego organu.

Oto w wyroku z 12 grudnia 2012 r. (K 1/12) Trybunał Konstytucyjny przyznał pierwszeństwo równowadze budżetowej przed konstytucyjnie gwarantowanym wynagrodzeniem sędziowskim odpowiadającym wysokością godności urzędu (art. 178 ust. 2 Konstytucji RP). Zgodnie z ustaleniami Trybunału, przepis ten wyznacza pewien konieczny standard, który musi być respektowany przez ustawodawcę przy ustalaniu ustawowych zasad wynagradzania sędziów[26]. Norma ta stanowi szczególną konstytucyjną gwarancję ochrony wynagrodzeń sędziowskich. Ogranicza ona dopuszczalność ingerencji ustawodawcy w system ich kształtowania. Kategoria ta odczytywana jest wręcz jako element *sine qua non* ustroju sądownictwa. Jest ona istotną materialną gwarancją niezawisłości sędziego. Najważniejszym aspektem godnego wynagrodzenia urzędu sędziego jest to, by sposób ustalania jego wysokości był oparty na obiektywnych, wymiernych przesłankach i działał z mocy samej ustawy. Ten automatyczny mechanizm ma zapobiegać podejmowaniu ocennych decyzji, które mogłyby być instrumentem nacisku na sędziów. Istotna jest, oczywiście, także sama wysokość wynagrodzenia, które powinno zapewniać bezpieczeństwo finansowe sędziemu i jego

[25] Por. szerzej na ten temat interesujące uwagi J. Galstera i D. Lis-Staranowicz, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2012 r. (K 1/12)*, „Przegląd Sejmowy" 2013, nr 4, s. 125–132.

[26] Zob. w tym zakresie wyrok TK z 4 października 2000 r. (P 8/00).

rodzinie, rekompensować rygorystyczne ograniczenia w podejmowaniu innej działalności zarobkowej oraz sprzyjać budowaniu prestiżu urzędu sędziego. Zdaniem Trybunału, wynagrodzenie to powinno być znacząco wyższe od przeciętnego wynagrodzenia w kraju.

Trybunał Konstytucyjny w szczegółowy sposób opisał konstytucyjną kategorię równowagi budżetowej. Zakotwiczył ją w art. 216 Konstytucji RP z 1997 r. W ustępie 5 tego przepisu ustrojodawca ustalił maksymalną dopuszczalną relację długu publicznego do PKB na poziomie 3/5 (60%) rocznego PKB. Celem tej regulacji jest przeciwdziałanie nadmiernemu zadłużaniu się państwa. Ma to zapobiegać powiększaniu się deficytu w kolejnych latach budżetowych. Uzupełnieniem tego przepisu jest art. 220 ust. 1 Konstytucji RP. Służy on osiągnięciu równowagi budżetowej. Jest to stan, w którym wydatki budżetu państwa są względnie równoważone przez dochody. Ustrojodawca dopuszcza jednocześnie istnienie deficytu budżetowego. W przypadku zasady ochrony równowagi budżetowej mamy zatem do czynienia z nienazwaną zasadą ustroju gospodarczego państwa.

Stan gospodarki państwa mierzony jest różnymi metodami. Najczęściej stosowaną jest uznana przez ustrojodawcę relacja długu publicznego (wieloletnich zobowiązań sektora finansów publicznych, powiększanych o deficyt budżetowy z kolejnych lat) do poziomu PKB (łącznej wartości dóbr i usług wytworzonych na terenie danego kraju w ciągu roku). Proporcja ta pozwala określić poziom wydatków państwa na obsługę jego zobowiązań, a także obrazuje możliwość pokrycia bieżących wydatków. Niewątpliwie przekroczenie pewnego pułapu zadłużenia, powodujące, że państwo jest zobowiązane ponosić coraz większe wydatki z tytułu odsetek od pożyczanych kwot, oznacza duże ryzyko i pogarsza jego gospodarcze perspektywy. Zbyt wysoki poziom długu publicznego determinuje spowolnienie rozwoju państwa, prowadząc do stagnacji, a niekiedy nawet do recesji.

W celu zapobieżenia tym niekorzystnym zjawiskom, będącym skutkiem nadmiernego zadłużenia, ustrojodawca określił konstytucyjny limit zadłużenia, a dla uniknięcia zagrożenia jego przekroczeniu, ustawodawca ustanowił dodatkowo dwa tzw. progi ostrożnościowe, których naruszenie nakazuje uruchomienie przez władze państwa stosownych procedur. Za pierwszy próg ustawodawca uznał stan, w którym wartość relacji kwoty długu publicznego do PKB przekracza 50%, za drugi zaś – stan, gdy wartość tej relacji przekracza 55%.

W związku z tym, istotnym problemem konstytucyjnym zidentyfikowanym przez Trybunał była kwestia dopuszczalności czasowego wstrzymania wzrostu wynagrodzeń sędziów z uwagi na przesłankę

stanu nierównowagi finansów publicznych. Stan nierównowagi został przy tym opisany jako sytuacja, w której wartość relacji kwoty długu publicznego do PKB przekracza 50% i toczy się postępowanie w sprawie ograniczenia nadmiernego deficytu.

Dokonano zatem rozległych działań w zakresie zamrożenia czy zmniejszenia obciążeń budżetowych. Niemniej szacowana kwota oszczędności z tytułu „zamrożenia" wynagrodzeń sędziów i prokuratorów wynosi ok. 140 mln zł. W rzeczywistości nie stanowi nawet promila budżetu państwa. Jak wynika z wyliczeń przedstawionych przez Ministra Finansów na kanwie projektu budżetu państwa na rok 2012, oszczędności z tytułu „zamrożenia" wynagrodzeń sędziów wyniosą 93,8 mln zł, przy dochodach budżetu szacowanych na 292,8 mld zł i wydatkach szacowanych na 327,8 mld zł. Wynika z tego, że oszczędności te stanowić będą w przybliżeniu 0,3203‰ dochodów i 0,2861‰ wydatków (odpowiednio: 0,032% i 0,029%).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził jednak, że niewielka skala oszczędności budżetowych z określonego tytułu nie może być istotnym argumentem przemawiającym przeciwko dokonaniu określonych „cięć budżetowych", w tym polegających na „zamrożeniu" wynagrodzeń. Należy zwrócić uwagę, że większość pozycji budżetowych (a przez to również potencjalnych oszczędności) rozpatrywana z osobna, w proporcji do całości budżetu państwa wydaje się nieistotna, niemniej suma wielu nawet niewielkich jednostkowo oszczędności może mieć istotne znaczenie dla kondycji całego budżetu państwa. Fakt, że określone rozwiązania prawne nie pociągają za sobą istotnych oszczędności budżetowych, nie upoważnia do wyciągnięcia wniosku, że nie służą one realizacji konstytucyjnej wartości, jaką jest zapewnienie równowagi budżetowej.

Powodem uchwalenia kwestionowanej regulacji była konieczność ochrony zagrożonej równowagi budżetowej, stanowiącej samoistną wartość konstytucyjną, od której zależy zdolność państwa do działania i wypełniania jego zadań. Konieczność jej ochrony i zachowania wynika z ogółu regulacji zawartych w rozdziale X Konstytucji RP oraz z jej art. 1 stanowiącego, że Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że dobrem szczególnie konstytucyjnie chronionym jest stan finansów publicznych i ochrona przed nadmiernym zadłużaniem się podmiotów publicznych, a dobro to jest w hierarchii konstytucyjnych wartości tak wysoko usytuowane, że chroni je restrykcja konstytucyjna, czyli bezwzględny zakaz nadmiernego zadłużania się państwa. W wyroku z 26 listopada 2001 r., sygn. K 2/00, Trybunał sformułował ponadto dyrektywę „harmonijnego pogodzenia" wartości konstytucyjnych, z uwzględnieniem prio-

rytetowego charakteru równowagi budżetowej i stabilności finansów publicznych.

Pierwszy przypuszczalnie raz w swoim orzecznictwie Trybunał powiązał nierównowagę z konkretnymi wielkościami wskazanymi w konstytucji i w ustawie o finansach publicznych. W związku z nimi uznał za konstytucyjne ograniczenie praw jednostki (abstrahujemy tu od kwestii urzędu sędziego i władzy sądowniczej). Tymczasem doszło do zmiany ustawy o finansach publicznych i wyłączenia stosowania pierwszego progu procedury ostrożnościowej w roku 2013. Tym samym stan nierównowagi przerodził się w stan równowagi. Odpadła jedna z podstawowych przyczyn stanowiska przyjętego w omawianym orzeczeniu trybunałowym.

4. W konkluzji można zasadnie pokusić się o stwierdzenie, że dotychczasowe orzecznictwo TK rodzi nieodparte wrażenie, iż Trybunał w nazbyt bezwzględny sposób chroni równowagę budżetową, a jego analizy i oceny praktycznie, niestety, pozbawione są refleksji nad poprawnością, starannością i kompetencją działania władz publicznych. Jest to bardzo niepokojące zjawisko, z uwagi na powody i skutki kryzysu ekonomicznego. Nie można bowiem obciążać nimi wyłącznie jednostek funkcjonujących w państwie. Kwestii odpowiedzialności władzy za swoje decyzje i jej uczciwości w podejmowaniu rozstrzygnięć rzutujących na stan gospodarki i stanu finansów państwa powinien Trybunał poświęcić więcej uwagi i refleksji w swoim orzecznictwie.

Postrzeganie regulacji prawnych wyłącznie od ich formalnej strony, bez uwzględnienia zasady sprawiedliwości i uczciwości podejmowanych decyzji może paradoksalnie prowadzić do naruszania praw jednostki niejako w majestacie prawa, to zaś w warunkach demokratycznego państwa prawnego należy uznać za zjawisko niepokojące. Pojawiają się wprawdzie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego pierwsze „jaskółki" nowego spojrzenia na problem, ale wciąż są one niewystarczające. I tak oto TK w wyroku z 4 grudnia 2000 r. w sprawie o sygn. K 9/00, zauważył, że „równowaga finansów publicznych stanowi wartość chronioną konstytucyjnie, a stosowane przez państwo środki mające na celu ochronę równowagi finansów publicznych muszą być zgodne z regułami określonymi przez konstytucję" i dodał, że ochrona równowagi budżetowej i stanu finansów publicznych wynika z całokształtu regulacji konstytucyjnych zawartych w rozdziale X Konstytucji RP, szczególnie zaś z art. 216 i 220, ale też z art. 1. Przepis ten stanowi, że „Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli". Wprawdzie ochrona tych

wartości nie ma charakteru ani absolutnego, ani też przeważającego w stosunku do innych wartości konstytucyjnych, to jednak „odwołanie się do dobra wspólnego obywateli, związanego z prawidłowym kształtowaniem stanu finansów publicznych państwa, może jednak wywierać istotny wpływ na ocenę wprowadzonych regulacji ustawowych w kwestiach poszanowania zasad prawidłowej legislacji, w tym tych, które nakazują zachowanie odpowiedniego okresu *vacatio legis*"[27]. To wciąż mało, ale wydaje się, że jest to krok we właściwym kierunku.

[27] Cyt. za: J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 984 i poprzednia.

Mariusz Załucki

WPŁYW ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO NA PRAWO SPADKOWE

1. Prawo spadkowe to dziedzina prawa, której znaczenie w Polsce na przestrzeni ostatnich lat wzrasta. Jedną z przyczyn tego stanu jest m.in. zwiększenie wartości majątków spadkowych po okresie transformacji ustrojowej oraz mobilność obywateli związana z otwarciem granic i wyjazdami zagranicznymi, na tle których zagadnień pojawiają się coraz to nowe konflikty związane z dziedziczeniem. Stabilna dotychczas dziedzina prawa musi mierzyć się więc z kolejnymi wyzwaniami czasów obecnych, gdzie niektóre rozwiązania dyktowane są niejednokrotnie przez wartości moralne i kulturowe odmienne od tych, jakie panowały w okresie, gdy obowiązujące normy prawnospadkowe powstawały. Możliwość nieograniczonych wyjazdów do innego kraju, nabycia tam mienia czy korzystania z instrumentów prawnych służących regulacji spraw na wypadek śmierci, rodzi bowiem szereg nowych problemów[1], z którymi borykać muszą się sądy spadkowe. Ponieważ zaś prawo spadkowe to dziedzina prawa prywatnego o najmniejszym stopniu harmonizacji, tak w Unii Europejskiej, jak i w prawie międzynarodowym[2], rozstrzy-

[1] R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, „Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks" 2010, No. 73, s. 7.

[2] O ile w ogóle można tutaj mówić o jakiejkolwiek harmonizacji. W. Pintens, *Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts*, „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht" 2003, s. 329 i nast.; A.-L. Verbeke, Y.-H. Leleu, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, [w:] *Towards a European Civil Code*, ed. A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.W. Hondius, Ch. Mak, C.E. du Perron, Nijmegen 2011, s. 462–463.

ganie poszczególnych spraw spadkowych z elementem obcym, których jest i będzie coraz więcej, jawi się jako niezmiernie trudne. Rozwiązanie problemu – w jaki sposób i na kogo przenieść całość praw i obowiązków zmarłego, nie jest już bowiem jedynie zadaniem o ograniczonym zasięgu terytorialnym; jego konsekwencje sięgają dalej. Stąd także i wszelkie zmiany w prawie spadkowym winny być dokonywane po starannym i gruntownym rozważeniu możliwych tego konsekwencji, z uwzględnieniem zmieniającej się rzeczywistości.

Punktem odniesienia do zmian, jak i do interpretacji obecnych przepisów, winny być zaś nie tylko koncepcje doktryny lokalnej, ale także, a może przede wszystkim, światowe tendencje rozwoju ustawodawstwa z tej dziedziny, w tym standardy wypracowane na tle regulacji chroniących prawo dziedziczenia, które w ostatnich latach ewoluują w orzecznictwie organów międzynarodowych[3]. Organy te, z racji braku innych inspiracji harmonizacyjnych, mogą bowiem odegrać w przyszłości istotną rolę na drodze ku jednolitości stosowanych w tym obszarze rozwiązań prawnych[4], co może pozwolić na podjęcie próby ujednolicania regulacji prawnospadkowych w bardziej zinstytucjonalizowanej formie. Z tego względu krajowe organy stosujące prawo z tej dziedziny winny obserwować zachodzące przeobrażenia i interpretować obowiązujące prawo także w duchu harmonizacyjnym. Tego rodzaju zadanie, na tle naszego ustawodawstwa krajowego, należy zaś nie tylko do sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, ale także do Trybunału Konstytucyjnego[5], który dokonuje wykładni przepisów prawnospadkowych przez pryzmat Konstytucji RP, opartej przecież – w tej mierze – na regula-

[3] Zob. np. analogiczne rozważania dotyczące zmian konstytucji: W. Sokolewicz, *Korzystanie z obcych wzorów przy projektowaniu nowej konstytucji: konieczność czy możliwość?*, [w:] *Wokół Konstytucji. Pisma wybrane. Wojciech Sokolewicz*, red. J. Wawrzyniak, J. Kielin-Maziarz, Warszawa 2011, s. 227 i nast.

[4] S. Weatherill, *Prospects for the Development of European Private Law Through 'Europeanisation' in the European Court – the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, „European Review of Private Law" 1995, No. 3, s. 308; S. Leible, *Wege zu einem Europäischen Privatrecht. Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des Gemeinschaftsprivatrechts*, Bayreuth 2001, *passim*.

[5] Problematyka działalności Trybunału Konstytucyjnego spotkała się z zainteresowaniem Jubilata, który opublikował m.in. tekst dotyczący niewykonywania wyroków tego organu. Wskazywał w nim, że „konieczne jest wzmocnienie pozycji Trybunału Konstytucyjnego w systemie organów państwa, ponieważ na odpowiednie przygotowanie klasy politycznej do zgodnych z konstytucją działań, w szczególności w parlamencie, chyba jeszcze przez długi czas nie będzie można liczyć". Obserwacja ta znajduje swój wyraz także w działalności Trybunału na gruncie prawnospadkowym, co będę się starał wykazać poniżej.

cjach międzynarodowych. Dotychczasowa aktywność interpretacyjna Trybunału pozwoliła już zresztą na pewne uwspółcześnienie polskiego prawa spadkowego i zracjonalizowanie systemu nabywania praw i obowiązków w drodze dziedziczenia z uwzględnieniem powyższego trendu. Trybunał, jak jednak można sądzić, w tym obszarze nie wypowiedział jeszcze ostatniego słowa. Stąd analizie dotychczasowych i mogących pojawić się w przyszłości w orzecznictwie Trybunału problemów prawnospadkowych poświęcony będzie niniejszy tekst.

2. Przypomnieć należy, że w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.[6], zagadnienia prawnospadkowe związane są przede wszystkim z występującym w jej treści terminem „prawo dziedziczenia", który pojawia się w trzech przepisach (art. 21 ust. 1, 64 ust. 1, 64 ust. 2). Według pierwszego z nich, Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia. Stosownie do treści drugiego, każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia. Trzeci zaś stanowi, że własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. Pojawiające się na tym tle poglądy doktryny[7] związane są przede wszystkim z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza z wyrokiem z 25 lutego 1999 r. w sprawie K 23/98[8] zapadłym na tle zgodności art. 228 § 3 ustawy z 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze[9] z art. 64 ust. 1 i 3 w związku z art. 21 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz wyrokiem z 31 stycznia 2001 r. w sprawie P 4/99[10], dotyczącym zgodności przepisów kodeksu cywilnego w zakresie szczególnych zasad dziedziczenia gospodarstw rolnych ujętych w art. 1058–1087 k.c. z art. 21 ust. 1, art. 64 ust. 1 i art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Ich analiza pozwala m.in. na wysnucie wniosku, że na treść konstytucyjnego prawa dziedziczenia składa się kilka zasadniczych elementów determinujących rozwiązania ustawowe z tego obszaru. Zaliczyć do nich można przede wszystkim pozytywny nakaz stanowienia takiego prawa, które pozostawać będzie w zgodzie z wolą spadkodawcy, gdzie nieodłącznym korelatem swobody dziedziczenia jest swoboda rozrządzania własnością i prawami majątkowymi

6 Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

7 Zob. np.: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 28–29 i 70; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 131–135, 329–336.

8 OTK ZU 1999/2/25.

9 Dz.U. z 1985 r. Nr 54, poz. 288 ze zm.

10 OTK ZU 2001/1/5.

mortis causa[11]. Myśl ta przejawia się zresztą i w późniejszych poglądach Trybunału, który problemy konstytucyjnego prawa dziedziczenia rozważał także w innych orzeczeniach, w tym m.in. w wyroku z 21 maja 2001 r. w sprawie SK 15/00[12], w wyroku z 25 listopada 2003 r. w sprawie K 37/02[13], wyroku z 3 kwietnia 2006 r. w sprawie SK 46/05[14], wyroku z 29 maja 2007 r. w sprawie P 20/06[15], wyroku z 4 września 2007 r. w sprawie P 19/07[16], wyroku z 9 listopada 2010 r. w sprawie SK 10/08[17], czy wyroku z 25 lipca 2013 r. w sprawie P 56/11[18]. Dotychczasowe *acquis constitutionnel,* rozwijane przez dłuższy czas, w sprawach zasadniczych trudno kwestionować[19], zwłaszcza że nie nastąpiła w tym zakresie żadna zmiana przepisów konstytucji czy regulacji międzynarodowych, które mogłyby wpłynąć na postrzeganie publicznego prawa dziedziczenia.

Poglądy Trybunału są na ogół akceptowane i przypominane w doktrynie[20]. Jednak mimo przedstawienia w literaturze zasadniczych koncepcji Trybunału charakteryzujących konstytucyjne prawo dziedziczenia, uznać trzeba, że nieco niedostrzeżonym obszarem jest przejawiająca się we wskazanych orzeczeniach problematyka dziedziczenia z perspektywy regulacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Akt ten, w treści art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego nr 1 do Konwencji stanowi zaś, że „każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności, chyba że w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego",

---

11 A. Mączyński, *Konstytucyjne prawo dziedziczenia*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1172; M. Pazdan, *Konstytucja a prawo spadkowe*, [w:] *Księga pamiątkowa Profesora Marcina Kudeja*, red. A. Łabno, E. Zwierzchowski, Katowice 2009, s. 23–24; M. Załucki, *Konstytucyjne podstawy prawa spadkowego*, [w:] *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, red. R. M. Czarny, K. Spryszak, Toruń 2012, s. 761–780.

12 OTK ZU 2001/4/85.

13 OTK-A 2003/9/96.

14 OTK-A 2006/4/39.

15 OTK-A 2007/6/52.

16 OTK-A 2007/8/94.

17 OTK-A 2010/9/99.

18 Legalis nr 722201.

19 Zob. jednak dalsze uwagi dotyczące orzeczenia SK 10/08.

20 P. Księżak, *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 55 i nast.; W. Borysiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2013, s. 16 i nast.

co w kontekście szerokiej wykładni stosowanej w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (a poprzednio także Europejskiej Komisji Praw Człowieka) oznacza także ochronę dziedziczenia. Dlatego m.in. znaczenie tego przepisu, zwłaszcza w sytuacji geopolitycznej w jakiej się znajdujemy, jest niezwykle istotne. Niewątpliwie świadom był tego Trybunał Konstytucyjny, który przedstawiając konwencyjne rozumienie własności na tle tego przepisu, niejednokrotnie przypomniał właśnie, że ochroną na tle art. 1 Protokołu nr 1 Konwencji objęta jest m.in. swoboda rozrządzania własnym majątkiem na wypadek śmierci. Osadzony w Konwencji nurt interpretacyjny – jak można sądzić – zdominował stanowiska wypowiadane na tle przepisów konstytucyjnych dotyczących ochrony dziedziczenia, dzięki czemu w zasadzie jednolicie uważa się, że publiczna (konstytucyjna) ochrona dziedziczenia oznacza przede wszystkim ochronę spadkodawcy i możliwości dysponowania przezeń zgromadzonym za życia majątkiem na wypadek śmierci.

3. Powyższe obserwacje należy podzielić i podkreślić, że to właśnie w tym kierunku winno podążać nowoczesne prawo spadkowe. Regulacje ustawodawstwa zwykłego winny zatem w pierwszej kolejności stwarzać mechanizmy umożliwiające spadkodawcy realizację jego dyspozycji majątkowych na wypadek śmierci, szanować autonomiczność jego decyzji, a dopiero ewentualnie później brać pod uwagę sytuację innych osób. Wydaje się zresztą, że taki trend interpretacyjny od kilku już lat zaobserwować można w światowej praktyce prawnospadkowej, gdzie coraz częściej uważa się, iż wymogi formalne wynikające z ustawy nie powinny przesłaniać nadrzędnego celu prawa z tej dziedziny, jakim jest realizacja woli zmarłego w kontekście jego dyspozycji majątkowych na wypadek śmierci[21]. Jako przykład posłużyć może tutaj choćby myśl doktryny angloamerykańskiej, która coraz częściej dostrzega tendencję panującą w tamtejszym orzecznictwie sądowym, polegającą na liberalizacji wymagań formalnych rozrządzeń testamentowych mającą na celu utrzymanie woli testatora nawet w sytuacji, gdy jego rozrządzenie nie koresponduje z formami testamentu przewidzianymi przez prawo, jeżeli jego wola może być w precyzyjny sposób odtworzona i nie zachodzi podejrzenie jej sfałszowania[22]. Koncepcja ta pojawiła się m.in. także

[21] M. Załucki, *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych" 2012, nr 2, s. 23–52.

[22] Tendencje te wskazuje m.in. S. van Erp, *New Developments in Succession Law*, „Electronic Journal of Comparative Law" 2007, No. 3, s. 13.

w orzecznictwie sądów australijskich[23], czy w Republice Południowej Afryki, gdzie sąd wskazał, że stosownie do przepisów tamtejszej ustawy (art. 2 ust. 1 i 3 ustawy o testamentach z 1953 r.)[24], co prawda istnieje wymóg formalny podpisania testamentu, to jednak w sytuacji, gdy można przeprowadzić dowody, iż dany dokument zawiera ostatnią wolę spadkodawcy, należy rozważyć jego skuteczność[25]. Wynikiem przyjęcia zbliżonej koncepcji jest choćby przepis art. 714 kodeksu cywilnego Quebecu, według którego testament holograficzny bądź testament sporządzany w obecności świadków, który nie odpowiada wszystkim wymogom formalnym przewidzianym w ustawie, nie będzie z tego powodu nieważny, jeżeli spełnia tylko część tych wymogów, ale na jego podstawie da się bezsprzecznie ustalić ostatnią wolę zmarłego. Jako zmierzającą w podobnym kierunku można ocenić regulację § 2232 w zw. z § 2233 BGB, wedle której osoba niepiśmienna może wyrazić swoją wolę w jakikolwiek inny dopuszczalny sposób, byle tylko było to zrozumiałe dla notariusza sporządzającego testament[26].

4. Na tym tle trzeba zauważyć, że dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w sprawach spadkowych zazwyczaj respektuje światowe tendencje. Dla przykładu można podać, że w orzeczeniu o sygn. K 23/98 Trybunał wskazał m.in., że publiczne prawo dziedziczenia oznacza nie tylko unormowanie samego faktu sukcesji na podstawie testamentu bądź ustawy, mającej miejsce z chwilą otwarcia spadku, a więc śmierci spadkodawcy, ale również spoczywający na organach państwa obowiązek ochrony wszelkich praw obligacyjnych związanych ze spadkiem (jak zapis czy zachowek), a także obowiązek ustanowienia i zabezpieczenia odpowiednich procedur, mających na celu stwierdzenie nabycia spadku, ochronę nabywcy czy dział spadku. Nadto z przepisu art. 21 ust. 1 Konstytucji RP wynika pozytywny nakaz stanowienia takiego prawa, które pozostawać będzie w zgodzie z wolą spadkodawcy. Nieodłącznym korelatem swobody dziedziczenia, jest w związku z tym swoboda rozrządzania własnością i prawami majątkowymi na wypadek śmierci. Z tego też względu zaskarżone w sprawie K 23/98 rozwiąza-

[23] Zob. np. orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Victoria w sprawie Trethewey z 12 marca 2002 r., [2002] VSC 83; orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Queensland w sprawie Mahlo v. Hehir z 19 sierpnia 2011 r., [2011] QSC 243.

[24] *Wills Act 1953*.

[25] Wyrok w sprawie Van der Merwe v Master of the High Court & Another z 6 września 2010 r., [2010] ZASCA 99.

[26] Zob. szerzej: M. Załucki, *Współczesne*..., s. 23–52.

nie prawa spółdzielczego polegające na tym, że spadkobierca chcący zachować odziedziczone prawo o charakterze majątkowym, musiał dokonać dwu czynności zachowawczych, tj. po pierwsze, podjąć określone czynności z zakresu postępowania spadkowego (złożyć wniosek o stwierdzenie nabycia spadku, a następnie dokonanie działu spadku), oraz przedstawić spółdzielni wynik tych postępowań oraz po drugie, po obowiązkowym złożeniu deklaracji członkowskiej (gdyby nie był członkiem spółdzielni) uzyskać musiał pozytywne stanowisko spółdzielni w przedmiocie przyjęcia w poczet jej członków, zostało uznane za sprzeczne z ustawą zasadniczą. Z niedopełnieniem tych czynności zaskarżony przepis art. 228 § 3 prawa spółdzielczego wiązał bowiem sankcję w postaci wygaśnięcia prawa, co prowadzić mogło do takiej sytuacji, że w razie niespełnienia wymagań z art. 228 prawa spółdzielczego, spadkobierca mógł zostać pozbawiony prawa wchodzącego w spadek nawet wtedy, gdy nie wiedział o otwarciu spadku, a więc nie mógł tym samym przedsięwziąć jakichkolwiek czynności w celu uczynienia zadość wymaganiom zaskarżonego przepisu, a tym samym nie mógł zachować swego prawa lub zrzec się go z własnej woli. Stąd Trybunał uznał to rozwiązanie za niekonstytucyjne, wskazując m.in. na niezgodność zaskarżonych przepisów z art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, odwołując się przy tym do powszechnie uznawanej w Europie wykładni, wedle której istnienie przepisu prawa pozbawiającego osobę ograniczonego prawa rzeczowego, z powodów innych niż wskazane w art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji (która w tej mierze stanowi, iż pozbawienie nastąpić może jedynie w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę, oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego, a dopuszczalne wyjątki związane są z działaniem na rzecz interesu powszechnego, lub interesu państwa dotyczącego zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych) stanowić musi naruszenie tej normy[27]. Pogląd ten należy ocenić pozytywnie, jako zmierzający do zracjonalizowania polskiego systemu prawa spadkowego, eliminujący niepewność i uznaniowość organów niepaństwowych, jakimi są spółdzielnie. Ówczesny stan prawny pozostawał bowiem w wyraźnej dysharmonii z podstawowymi standardami dotyczącymi ochrony prawa własności i ograniczonych praw rzeczowych oraz prawa dziedziczenia.

Pozostające w tym nurcie poglądy wyrażone zostały przez Trybunał także w sprawie P 4/99. Wskazał on m.in., że w uwagi na fakt, iż nie

[27] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie K 23/98*, OTK ZU 1999/2/25.

wszystkie osoby fizyczne są w stanie rozrządzić swym majątkiem na wypadek śmierci i że, jak dowodzi doświadczenie życiowe, nie wszystkie to czynią, ustawodawca powinien wprowadzić regulację subsydiarną w stosunku do dziedziczenia opartego na woli spadkodawcy i pozwalającą jednoznacznie ustalić w konkretnym przypadku krąg spadkobierców. Sama konstytucja, choć wyznacza ustawodawcy pewne dyrektywy co do regulacji dziedziczenia ustawowego, nie formułuje ścisłych i jednoznacznych norm, pozwalających na określenie kręgu, kolejności powołania do spadku i wysokości udziałów spadkobierców ustawowych. Według Trybunału należało przy tym podkreślić, że wybór przez ustawodawcę określonego modelu dziedziczenia (np. sukcesja uniwersalna albo odrębne dziedziczenie poszczególnych składników majątku, nabycie spadku już w chwili śmierci spadkodawcy albo dopiero w następstwie jego przyjęcia lub orzeczenia organu państwowego) winien być „konsekwentny", tzn. ustawodawca nie może tworzyć przepisów wyjątkowych, naruszających zasadę równości (równej ochrony) lub inne wartości konstytucyjne. Konstytucja wyznacza więc ramy, w których ustawodawca, regulując problematykę prawa spadkowego, ma znaczny zakres swobody. Powinien on respektować przede wszystkim wskazany wyżej zakaz „ukrytego" wywłaszczenia oraz założenie dostosowania porządku dziedziczenia do przypuszczalnej woli spadkodawcy, co zakłada oparcie takiej regulacji na określonym stopniu typowości i racjonalności postanowień spadkodawcy. Z tego punktu widzenia – zdaniem Trybunału – uzasadniać można zaliczenie do kręgu spadkobierców ustawowych najbliższych krewnych i małżonka spadkodawcy. Należy przy tym jednak podkreślić, że o ile w przypadku skutecznego wyrażenia przez osobę fizyczną jej „ostatniej woli" ustawodawca winien stworzyć mechanizmy pozwalające ją zrealizować, a tylko wyjątkowo i w szczególnie uzasadnionych sytuacjach może umożliwić jej zakwestionowanie, to w przypadku dziedziczenia ustawowego sam ustawodawca kształtuje (w pewnym sensie w zastępstwie spadkodawcy) krąg osób nabywających majątek spadkowy i może on realizować przy tej okazji również inne – obok „odkrycia" woli osoby zmarłej – konstytucyjnie uzasadnione cele[28].

Innym, istotnym stwierdzeniem Trybunału zawartym we wspomnianym orzeczeniu, gdzie *nota bene* organ ten odwołał się przy tym do prawa państw obcych, jest konstatacja że w prawie spadkowym obecna jest norma międzyczasowa (intertemporalna), w myśl której nabycie spadku podlega prawu obowiązującemu w chwili śmierci spadkodawcy,

[28] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r. w sprawie P 4/99*, OTK ZU 2001/1/5.

bez względu na to, kiedy dochodzi do wydania orzeczenia sądowego stwierdzającego nabycie spadku. Według Trybunału norma tej treści, stanowi konkretyzację konstytucyjnej zasady zakazującej wstecznego działania prawa (*lex retro non agit*), będącej właśnie istotnym elementem kultury prawnej państw cywilizowanych. Niewątpliwie także i ta obserwacja, choć pozornie błaha, ma niezwykle istotne znaczenie dla kształtowania ustawodawstwa prawnospadkowego, wyznaczając drogę do zmian regulacji z tego zakresu pro futuro[29].

Do prawa obcego Trybunał odwoływał się m.in. także w sprawie, która miała za przedmiot badanie konstytucyjności kolejności dziedziczenia ustawowego gminy (P 19/07). Wyjaśniając panujące w tej mierze tendencje podkreślił, że np. w prawie anglosaskim dziedziczenie skarbu państwa generalnie traktowane jest jako wyjątkowe zauważając przy tym, że tamtejsza doktryna postuluje, aby krąg spadkobierców był jak najszerszy, a wykładnia testamentów miała na uwadze, że w razie braku wyraźnej intencji testatora, raczej dziedziczyli bliżsi krewni niż dalsi, a już na pewno nie podmioty publicznoprawne[30]. Podniósł przy tym, że także kodeksy innych państw europejskich przewidują szersze kręgi dziedziczenia, niż to jest w prawie polskim. Jako przykład wskazano prawo francuskie, gdzie w ocenie Trybunału, wyraźnie promuje się pozostawienie mienia w prywatnych rękach, choćby dalekiej rodziny, ponieważ państwo dopuszczone jest do dziedziczenia ustawowego dopiero w odległej kolejności[31].

Wskazany przegląd najważniejszych orzeczeń Trybunału, będących – jak można to określić – tzw. „kamieniami milowymi" dla polskiego prawa spadkowego prowadzi do spostrzeżenia, iż myśli Trybunału wypowiadane w obszarze prawa spadkowego nie raz odwoływały się do standardów panujących w innych krajach, będąc – jak można sądzić – swego rodzaju obserwacją tendencji rozwojowych prawa z tej dziedziny. I choć rzadko kiedy Trybunał przywoływał konkretne obce rozwiązania prawne, to jednak obecność światowych koncepcji prawnospadkowych w orzecznictwie tego organu jest łatwo odnotowalna. Ma to istotne znaczenie dla przyszłych rozstrzygnięć konstytucyjnych mających za przedmiot prawo spadkowe, gdyż sposób, w jaki prawo spadkowe rozwija się na świecie nie jest – jak widać – dla Trybunału obojętny.

---

[29] *Ibidem*.

[30] Trybunał powołał się przy tym na pogląd A.H. Oostrehoffa (*Oosterhoff on Wills and Succession*, Scarborough 2001, s. 422–423).

[31] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r. w sprawie P 19/07*, OTK-A 2007/8/94.

Powyższe nie oznacza jednak, że dotychczasowe *acquis constitutionnel* nie jest pozbawione wad. W jednym z ostatnich orzeczeń dotyczących prawa spadkowego Trybunał analizując zgodność przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zachowku (art. 991 k.c.) z konstytucyjnym standardem dziedziczenia wynikającym z art. 64 ust. 1 Konstytucji odwołał się co prawda do poglądów doktryny wskazującej na konieczność śledzenia tendencji panującej na tle ustawodawstw obcych w zakresie rozwiązań chroniących osoby najbliższe spadkodawcy, wskazując przy tym, iż obecna regulacja zachowku występująca w polskim prawie cywilnym jest tylko jedną z możliwości i nie przesądza to o braku zgodności z konstytucją ewentualnej zmiany ustawowego systemu ochrony najbliższych spadkodawcy na inny model, w tym model mieszany czy model roszczeń alimentacyjnych[32]. Niemniej uzasadnienie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jawi się jako przyjmujące raczej klasyczne koncepcje prawa spadkowego, aktualne przed kilkudziesięcioma laty, gdy powstawały przepisy kodeksu cywilnego, niekoniecznie jednak adekwatne do czasów dzisiejszych. Wskazać tutaj trzeba chociażby na zanegowanie przez Trybunał poglądu sądu okręgowego wyrażonego w pytaniu prawnym wszczynającym postępowanie, gdzie sąd zauważył m.in., że historyczne uzasadnienie zachowku utraciło doniosłość w obowiązującym systemie prawnym, a utrzymywanie ustawowych barier przepływu wartości majątkowych tylko po to, aby pozostały one w dyspozycji rodziny, nie znajduje już aksjologicznego usprawiedliwienia[33]. Stanowisko to, coraz odważniej głoszone w literaturze światowej, będące zresztą wynikiem obserwacji niektórych nowoczesnych systemów prawnych (jak np. prawo holenderskie, prawo angielskie, prawo Stanów Zjednoczonych Ameryki)[34], gdzie podnosi się, że system uprawnień osób bliskich na wypadek śmierci spadkodawcy winien być oparty na przesłankach sprawiedliwości społecznej i umożliwiać ingerencję w ostatnią wolę spadkodawcy tylko wówczas, gdy jest to niezbędne[35], wydaje się na tle prawa

[32] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lipca 2013 r. w sprawie P 56/11*, Legalis nr 722201.

[33] *Ibidem*.

[34] Zob. np.: S. van Erp, *op. cit.*, s. 13 i nast.

[35] Zob. np.: B. Dauner-Lieb, *Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung auf dem Prüfstand*, „Forum Familienrecht" 2001, No. 3, s. 79; T.L. Turnipseed, *Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property to Whomever I Choose at My Death (Or How I Learned to Stop Worrying and Start Loving the French)*, „Brandeis Law Journal" 2006, No. 44, s. 737 i nast.; R. Kerridge, *Reform of the Law of Succession: the Need for Change, Not Piecemeal Tinkering*, „Conveyancer and Property Lawyer" 2007, No. 71, s. 47–69; B. Jud, *Reformbedarf im Erbrecht*, w: *ABGB 2011. Chancen und*

polskiego w pełni uzasadnione. Nieco dziwi więc stwierdzenie Trybunału, że inne rozwiązania spotykane na świecie, pozwalające dostosować rozstrzygnięcie do warunków faktycznych każdej indywidualnej sprawy „wprowadzają element niepewności oraz umożliwiają zróżnicowany stopień ingerencji w swobodę testowania”[36]. Nie zauważył Trybunał, że zachowek w każdej ze spraw nie jest taką samą ingerencją w swobodę testowania, bo choć ułamek wynikający z przepisu art. 991 k.c. jest stały (jedna druga bądź dwie trecie), to jednak wartość majątku spadkowego i sytuacja rodzinna spadkobierców koniecznych w każdym wypadku będzie się różnić. Czy rzeczywiście automatyzm rozwiązania występującego w kodeksie cywilnym jest bardziej stabilnym rozwiązaniem z punktu widzenia spadkodawcy i spadkobierców oraz czy rzeczywiście nie umożliwia zróżnicowanego stopnia ingerencji w swobodę testowania – można mieć daleko idące wątpliwości. Zresztą już sam brak elastyczności tej konstrukcji jest wysoce dyskusyjny, przez co stanowisko Trybunału w tej mierze nie jest pełne i do końca zrozumiałe. Przypomnieć tu wypada, że ten sam Trybunał wskazał uprzednio, w sprawie P 4/99, iż „zasada równej ochrony prawa dziedziczenia nie oznacza równości praw spadkobierców. Zróżnicowanie wynikać może przecież z odpowiednio wyrażonej woli spadkodawcy. Nierówność spadkobierców może być też wynikiem również innych przyczyn, w szczególności faktycznej lub prawnej niemożności zapewnienia im takich samych praw do wszystkich przedmiotów wchodzących w skład spadku”[37]. Nie sposób dostrzec tej myśli we wspomnianym poglądzie Trybunału, wyrażonym w sprawie P 56/11. O ile bowiem myśl prawnicza dotycząca prawa spadkowego w Polsce w ostatnich latach się rozwija, o tyle nie sposób oprzeć się wrażeniu, że w poglądach Trybunału – w związku z orzeczeniem P 56/11 – nastąpił pewien regres. Pozostaje jednak mieć nadzieję, że był to tylko „wypadek” przy pracy.

5. Z powyższego wynika, iż działalność Trybunału Konstytucyjnego w obszarze prawa spadkowego, choć może nie nadzwyczaj aktywna (co jednak nie zależy przecież od Trybunału), doprowadziła w prawie polskim do stanu, w którym wypracowany został konstytucyjny standard

Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, ed. C. Fischer-Czermak, G. Hopf, G. Kathrein, M. Schauer, Wien 2008, s. 245–246.

[36] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lipca 2013 r.*..., Legalis nr 722201.

[37] *Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r.*..., OTK ZU 2001/1/5.

dziedziczenia. Mimo pewnych zastrzeżeń, zwłaszcza do ostatniego orzecznictwa tego organu, powstały w ten sposób *acquis constitutionnel* uwzględnia światowe tendencje, respektując m.in. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka związane z interpretacją przepisu art. 1 Protokołu nr 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Biorąc pod uwagę odmienności socjalne, kulturowe i polityczne[38] prawa spadkowego poszczególnych państw europejskich[39], droga, jaką wyznaczył Trybunał oparta jest na doświadczeniach innych ustawodawstw, gdzie coraz wyraźniej przyznaje się prymat ostatniej woli spadkodawcy względem innych wartości podlegających ochronie prawnospadkowej. I choć Trybunał nie wypowiedział się dotychczas jeszcze w wielu sprawach dotyczących prawa spadkowego, jako jednoznaczną wytyczną dla ustawodawcy zwykłego trzeba przyjąć konieczność zapewnienia jednostkom takiej regulacji, która nie tylko pozwoli na przejście praw i obowiązków zmarłego na jego spadkobierców, ale także, a może przede wszystkim, uwzględniać będzie w tym zakresie jego wolę, jeszcze w większym stopniu niż dotychczas. Już dziś można przyjąć, że będzie to droga, którą w przyszłości podążać będą także i inni europejscy ustawodawcy, gdyż ich systemy prawne oparte są przecież na zbliżonych do naszego założeniach. Optymalny model zmian w prawie spadkowym, w przypadku rozwiązań szczegółowych, które będą musiały zadośćuczynić zmieniającej się rzeczywistości społecznej winien zostać więc oparty na tendencji harmonizacyjnej, przy bacznej obserwacji orzecznictwa sądów konstytucyjnych, które z kolei sądy śledzić muszą judykaty Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i aktualne poglądy doktryny, wyrażane w zmieniającej się rzeczywistości[40]. Taka perspektywa pozwoli na wypracowanie wspólnych standardów, które być może w przyszłości pozwolą na zsynchronizowanie europejskiego prawa spadkowego w bardziej zinstytucjonalizowanej formie[41]. Dzisiejszym problemem harmonizacji prawa spadkowego w Europie są bowiem odmienne standardy w kilku kluczowych kwestiach prawnospadkowych[42]: rodzaju

[38] G. Alpa, M. Andenas, *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*, Berlin–Heidelberg 2010, s. 5 i nast.

[39] J. Beckert, *The Longue Duree of Inheritance Law*, „European Journal of Sociology" 2007, No. 48, s. 79 i nast.

[40] T. Barkhuysen, M. van Emmerik, *Constitutionalisation of Private Law: the European Convention on Human Rights Perspective*, [w:] *Constitutionalisation of Private Law*, ed. T. Barkhuysen, S. Lindenbergh, Leiden–Boston 2006, s. 43 i nast.

[41] E. Cashin Ritaine, *National Succession Laws in Comparative Perspective*, „ERA Forum" 2013, No. 14, s. 131–154.

[42] Zob. np.: T. Barkhuysen, M. van Emmerik, *Constitutionalisation*..., s. 50.

transferu praw i obowiązków na wypadek śmierci, zasad dziedziczenia ustawowego i testamentowego, uprawnień osób bliskich spadkodawcy czy odpowiedzialności za długi spadkowe[43]. Jak zaś można sądzić, oparcie w tej mierze legislacji spadkowej na standardzie konstytucyjnym wypracowanym przy uwzględnieniu dorobku innych państw, doktryny i judykatury praw człowieka pozwoli w przyszłości zmniejszyć istniejące różnice[44], zbliżyć ustawodawstwa i otworzyć drogę ku przyszłemu europejskiemu prawu spadkowemu. Aby tak się stało, konieczna jest aktywna rola sądów konstytucyjnych, w tym naszego Trybunału Konstytucyjnego, który będzie spoglądał na prawo spadkowe w szerokiej, długofalowej perspektywie. Konieczna jest więc silna pozycja Trybunału Konstytucyjnego w systemie organów państwa, by m.in. wyznaczać trendy dla przyszłych działań legislacyjnych.

[43] A.-L. Verbeke, Y-H. Leleu, *op. cit.*, s. 463 i nast.; U. Floβmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien–New York 2008, s. 306 i nast.

[44] R. Zimmermann, *The Civil Law in European Codes*, [w:] *Regional Private Laws and Codification in Europe*, red. H.L. MacQueen, A. Vaquer, S. Espiau Espiau, Cambridge 2003, s. 18 i nast.

Jakub Biernat

ROZPORZĄDZENIE PRZEZ SPADKOBIERCĘ UDZIAŁEM W PRZEDMIOCIE NALEŻĄCYM DO SPADKU *DE LEGE FERENDA*

1. W ostatnich latach obowiązujące w Polsce uregulowania składające się na prawo spadkowe były przedmiotem szeregu istotnych nowelizacji[1]. Wprowadzone w ten sposób doniosłe modyfikacje materiału normatywnego, odnoszącego się do wielu zróżnicowanych instytucji prawnospadkowych, uzasadniane były zwykle oczekiwaniami społecznymi oraz uwarunkowaniami społeczno-gospodarczymi. Wydaje się, że znaczenie i złożoność działań już podjętych przez ustawodawcę oraz prace prowadzone nad dalszymi nowelizacjami prawa spadkowego[2], uzasadniają kontynuowanie refleksji nad kształtem obowiązujących norm prawa spadkowego w kontekście społeczno-gospodarczym.

---

[1] W szczególności: ustawą z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 85 poz. 458) wprowadzono do porządku normatywnego instytucję zapisu windykacyjnego oraz zmodyfikowano uregulowania dotyczące dziedziczenia ustawowego, wykonawcy testamentu oraz odpowiedzialności za długi spadkowe; ustawą z 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 79 poz. 662) głęboko zreformowano regulację dotyczącą dziedziczenia ustawowego; ustawą z 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 181 poz. 1287) wprowadzono możliwość sporządzania przez notariuszy aktów poświadczenia dziedziczenia.

[2] W szczególności dotyczą one zmian w uregulowaniu odpowiedzialności za długi spadkowe.

2. Jednym z uregulowań z zakresu prawa spadkowego budzących poważne wątpliwości tak w nauce prawa, jak i praktyce jest uregulowanie odnoszące się do zasad rozporządzania przez spadkobierców udziałami w przedmiotach wchodzących w skład spadku[3]. Uregulowaniu temu nie sposób odmówić doniosłego znaczenia. Tworzące je normy prawne mogą znaleźć zastosowanie zawsze wówczas, gdy do dziedziczenia dochodzi nie jeden, ale większa liczba spadkobierców; wydaje się zaś, że takie sytuacje przeważają w praktyce[4].

[3] W dalszych rozważaniach będę używał, co do zasady, pojęć „przedmiot" i spadek", którymi to pojęciami posługuje się ustawodawca w przepisach regulujących instytucję omawianą w niniejszym opracowaniu. Należy wszakże zaznaczyć, że w istocie zasadne byłoby raczej odwoływanie się odpowiednio do pojęć „prawo majątkowe" i „majątek spadkowy". Zwrot „przedmiot" może sugerować, że jego zakresem objęte są jedynie takie prawa podmiotowe, które dotyczą jakiegoś obiektu materialnego; zwrot „prawo majątkowe" wolny jest od takich konotacji. Należy także wskazać, że choć zasadą jest, iż omawiane uregulowanie znajduje zastosowanie w razie rozporządzenia udziałami w przedmiotach wchodzących w skład spadku, rozumianego jako określone prawa majątkowe przysługujące uprzednio zmarłemu, które przeszły na spadkobierców w wyniku dziedziczenia, to od wskazanej zasady mogą zachodzić pewne wyjątki. Stąd niejednokrotnie zwraca się uwagę na celowość posługiwania się pojęciem „majątku spadkowego", przez który rozumieć należy zespół praw majątkowych objętych wspólnością spadkobierców, których zasadniczą część stanowią prawa majątkowe, wchodzące w skład spadku w chwili jego otwarcia; jednakże istnienie określonych szczególnych unormowań powoduje, że pewne prawa majątkowe nie wchodzące w skład spadku mogą stanowić elementy majątku spadkowego, zaś pewne prawa majątkowe wchodzące w skład spadku mogą być z majątku spadkowego wyłączone. Zob. szerzej: J. Biernat, *Umowa o dział spadku*, Warszawa 2008, s. 86; W. Borysiak, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, s. 404–411; E. Drozd, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. 4, red. J.S. Piątowski, Ossolineum 1986, s. 416; M. Kłos, *Wspólność majątku spadkowego*, Warszawa 2004, s. 36–43; idem, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, t. 10, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2009, s. 611–613 i powołana tam literatura. Wypada zaznaczyć, że instytucja prawna omawiana w niniejszym opracowaniu była żywo dyskutowana, w oparciu o projekt mojego autorstwa, w toku prac zespołu problemowego ds. prawa spadkowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego działającej przy ministrze sprawiedliwości. Wskazany zespół, kierowany przez prof. Maksymiliana Pazdana, przygotowuje w szczególności projekt prawa spadkowego do nowego kodeksu cywilnego.

[4] Zob. np.: E. Drozd, [w:] *System*..., s. 412; J.S. Piątowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. 5, zaktualizował i uzupełnił B. Kordasiewicz, Warszawa 2002, s. 187; S. Wójcik, [w:] *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. 4..., s. 446––447; idem, *Podstawy prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Warszawa 2002, s. 115, 119.

Zgodnie z art. 1036 kc[5] spadkobierca może rozporządzić udziałem w przedmiocie należącym do spadku za zgodą pozostałych spadkobierców, zaś rozporządzenie dokonane w braku zgody któregokolwiek z pozostałych spadkobierców jest bezskuteczne o tyle, o ile naruszałoby uprawnienia przysługujące temu spadkobiercy na podstawie przepisów o dziale spadku. W nauce prawa prezentowane jest trafne zapatrywanie, w świetle którego na tle omawianego uregulowania przez rozporządzenie należy rozumieć dokonanie przez spadkobiercę czynności prawnej prowadzącej do przeniesienia lub obciążenia prawem rzeczowym prawa podmiotowego[6], które ze swej istoty może przysługiwać spadkobiercom w częściach idealnych[7]. Ograniczenie dopuszczalności skutecznego rozporządzenia przez spadkobiercę udziałem w przedmiocie należącym do spadku sprowadza się do możliwości ubezskutecznienia rozporządzenia dokonanego w razie niewyrażenia na nie zgody przez któregokolwiek z pozostałych spadkobierców (art. 1036 zd. 2 kc). Za przeważający w doktrynie i judykaturze należy uznać pogląd, zgodnie z którym uregulowanie wynikające z art. 1036 zd. 2 kc stanowi podstawę dla dokonania działu spadku w stosunku do spadkobiercy, który nie wyraził zgody na rozporządzenie, tak jak gdyby do rozporządzenia udziałem w przedmiocie należącym do spadku nie doszło. Prowadzi to do wniosku, że dokonane rozporządzenie, będąc skutecznym co do zasady z chwilą dokonania czynności prawnej rozporządzającej, powoduje stosowne przekształcenie w zakresie praw podmiotowych stron czynności, jednakże z chwilą przeprowadzenia działu spadku w określonym kształcie traci moc[8].

---

[5] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 121).

[6] A wyjątkowo również, jak się zdaje, zniesienia prawa podmiotowego.

[7] Zob.: E. Drozd, [w:] *System*..., s. 440; M. Kłos, *Wspólność*..., s. 107–110; idem, [w:] *System*..., s. 624–626; J.S. Piątowski, *Prawo*..., s. 191 i powołane tam literatura i orzecznictwo. Por. jednak postanowienie Sądu Najwyższego z 16 lutego 2011 r., IV CKN 1212/00, Legalis nr 49618 oraz uwagi odnoszące się do wierzytelności zawarte w powołanych w niniejszym przypisie pozycjach.

[8] Zob. m.in.: E. Drozd, [w:] *System*..., s. 441–442; M. Gutowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Warszawa 2013, s. 301–303; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, wyd. 5, oprac. i zaktualizował A. Mączyński, Warszawa 1990, s. 205–207; M. Kłos, *Wspólność*..., s. 115–116; idem, [w:] *System*..., s. 626–629; A. Oleszko, *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent" 2001, nr 11, s. 152–153; idem, *Obrót cywilnoprawny w praktyce notarialnej i wieczystoksięgowej*, Kraków 2003, s. 145––146; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 1972, s. 1962–1964; A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2006, s. 291–301; wyrok Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2002 roku,

Uzasadnieniem dla wprowadzenia unormowania polegającego na ograniczeniu dopuszczalności skutecznego rozporządzania przez poszczególnych spadkobierców przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku ma być przede wszystkim potrzeba ochrony pozostałych spadkobierców, która realizowana jest głównie przez zagwarantowanie spadkobiercom możliwości otrzymania w dziale spadku określonych przedmiotów wchodzących w skład spadku, w stanie wolnym od obciążeń ustanowionych przez innych spadkobierców po otwarciu spadku na przysługujących im udziałach, a także przez zagwarantowanie możliwości dokonania prawidłowego zaliczenia darowizn na schedę spadkową. Zwraca się również uwagę, że dopuszczenie rozporządzania udziałami w przedmiotach należących do spadku bez ograniczeń mogłoby prowadzić do naruszenia wewnętrznej integralności spadku przez uwikłanie w stosunki prawne z nim związane osób spoza kręgu spadkobierców. Wreszcie podnosi się, że spadek stanowi pewien zespół składników powiązanych ekonomicznie, a niekiedy również organizacyjnie. Jego odrębność gospodarcza ma zaś przemawiać za zasadnością normatywnych ograniczeń w rozporządzaniu jego elementami[9].

3. Wydaje się, że powołane okoliczności, mające stanowić uzasadnienie dla omawianego uregulowania, mogą być uznane za dyskusyjne. Dzieje się tak przynajmniej z następujących powodów.

Przede wszystkim trzeba wskazać, że umożliwienie spadkobiercom rozporządzania przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku bez zgody współspadkobierców i bez ryzyka sankcji w postaci ubezskutecznienia dokonanego rozporządzenia, w istocie nie ograniczałoby możliwości otrzymania przez określonego spadkobiercę przedmiotu należącego do spadku, pomimo dokonanego uprzednio rozporządzenia udziałem w tym przedmiocie polegającego na jego przeniesieniu. Spadkobierca, który nie wyraził zgody na przeniesienie udziału, zawsze mógłby podjąć działania zmierzające do nabycia prawa w ramach zniesienia współwłasności (zniesienia innego współuprawnienia) z nabywcą (ewentualnie działu spadku i zniesienia współuprawnienia w razie, gdyby wspólność względem danego przedmiotu wynikająca z dziedziczenia utrzymana została w określonym zakresie pomimo

IV CKN 595/00, Legalis nr 278034; postanowienie Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2000 roku, V CKN 1298/00, Legalis nr 48688.

[9] Zob.: J. Gwiazdomorski, *Prawo*..., s. 205; M. Kłos, *Wspólność*..., s. 98; J.S. Piątowski, *Prawo*..., s. 192; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks*..., s. 1961, 1963.

zbycia udziału w tym przedmiocie[10]). Ochrona spadkobiercy w ramach uregulowania zawartego w art. 1036 zd. 2 kc nie jest zatem w tym zakresie w ogóle potrzebna. Zamierzony cel, w postaci nabycia określonego przedmiotu, spadkobierca mógłby bowiem w pełni realizować w ramach innych instytucji prawnych.

Nadto ograniczenie spadkobierców w możliwości rozporządzania przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku bez zgody współspadkobierców i bez ryzyka sankcji w postaci ubezskutecznienia dokonanego rozporządzenia, w istocie nie chroni spadkobierców w sposób kompleksowy przed zaistnieniem sytuacji, w której udział w danym przedmiocie zostaje obciążony. Uregulowanie wynikające z art. 1036 zd. 2 kc dopuszcza ubezskutecznienie jedynie czynności prawnych o charakterze rozporządzającym[11]. Oznacza to, że wskazany przepis nie gwarantuje całkowitej ochrony przed dokonaniem obciążenia, w szczególności nie chroni przed obciążeniem udziału prawem o charakterze obligacyjnym.

Z art. 1036 kc wynika, że opisywane uregulowanie dotyczy wyłącznie rozporządzenia udziałem w przedmiocie należącym do spadku dokonanego przez spadkobiercę. Pomimo niewątpliwej dyskusyjności omawianego zagadnienia wydaje się, że za możliwe do obrony należy uznać stanowisko, w świetle którego oznacza to, iż każde kolejne rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym uprzednio do spadku, następujące po pierwszym rozporządzeniu polegającym na przeniesieniu udziału, nie może być ubezskutecznione, albowiem nie dotyczy przedmiotu należącego do spadku i nie jest dokonywane przez spadkobiercę[12]. Przy przyjęciu powyższego stanowiska ochrona, która ma być realizowana przez zagwarantowanie spadkobiercom możliwości otrzymania w dziale spadku określonych przedmiotów wchodzących w skład spadku w stanie wolnym od określonych obciążeń ustanowionych przez poszczególnych spadkobierców po otwarciu spadku na przysługujących im udziałach, jest relatywnie ograniczona; gaśnie w razie dokonania kolejnego rozporządzenia następującego po pierwszym przeniesieniu udziału.

Można również postawić tezę, że utrzymywanie ograniczenia spadkobierców w możliwości skutecznego rozporządzania przysługującymi

---

[10] Zob. na temat związku pomiędzy działem spadku i zniesieniem współwłasności: J. Biernat, *Umowa*..., s. 49–50; A. Stempniak, *Postępowanie*..., s. 299–300.

[11] Zob.: E. Drozd, [w:] *System*..., s. 440.

[12] Por. jednak: J. Gwiazdomorski, *Prawo*..., s. 209; K. Osajda, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, t. 3, red. K. Osajda, Warszawa 2013, s. 1044; J. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks*..., s. 1963–1964.

im udziałami w przedmiotach należących do spadku, z uwagi na konieczność zagwarantowania prawidłowego zaliczenia darowizn na schedę spadkową, jest rozwiązaniem zbyt daleko idącym. Wskazany efekt mógłby być bowiem osiągnięty przez odpowiednie ukształtowanie przepisów regulujących zaliczanie darowizn na schedę spadkową[13]. Nie ma zatem potrzeby odwoływania się w tym zakresie do ubezskutecznienia rozporządzenia udziałem w przedmiocie należącym do spadku.

Za nie do końca przekonywające należy także uznać stanowisko, zgodnie z którym za ograniczeniami w skutecznym rozporządzaniu udziałami w przedmiotach należących do spadku przemawia potrzeba ochrony wewnętrznej integralności spadku przed włączeniem w stosunki prawne z nim związane osób spoza kręgu spadkobierców. Przede wszystkim nie sposób nie dostrzegać, że w różne stosunki prawne związane ze spadkiem są niemal permanentnie uwikłane podmioty spoza kręgu spadkobierców. Okoliczność ta nie powoduje *per se* rozbicia jedności spadku. Niewątpliwie natomiast ograniczenia w skutecznym rozporządzaniu udziałami w przedmiotach należących do spadku sprzyjają zachowaniu jego integralności. Wydaje się wszakże, że wobec faktu, że na gruncie prawa polskiego istnieją inne instrumenty prawne gwarantujące tę integralność[14], pierwszeństwo przyznać należy tendencji pozwalającej spadkobiercom na swobodne kształtowanie dotyczących ich stosunków prawnych.

Trudno również zgodzić się z tezą, w świetle której za wprowadzeniem do porządku normatywnego ograniczenia spadkobierców w możliwości skutecznego rozporządzania przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku przemawia odrębność gospodarcza spadku. Spadek jest oczywiście masą majątkową cechującą się swoistą odrębnością, nie można jednak uznać go abstrakcyjnie za całość gospodarczą, za pewien organizm gospodarczy funkcjonujący w obrocie i mający osiągać odpowiednie cele gospodarcze, a to dopiero mogłoby być podstawą do uzasadnionego formułowania przedstawionej tezy.

4. Powyższe uwagi zdają się prowadzić do wniosku, że obowiązujące na gruncie polskiego prawa spadkowego unormowanie polegające na ograniczeniu dopuszczalności skutecznego rozporządzania przez poszcze-

[13] Na przykład przez wprowadzenie uregulowania nakazującego uwzględnić przy ustalaniu wartości spadku wartość udziału w przedmiocie należącym do spadku, co do którego doszło do rozporządzenia według stanu z chwili rozporządzenia.

[14] W szczególności zasada surogacji w stosunkach między spadkobiercami – zob. szerzej: J. Biernat, *Umowa*…, s. 94–98 i powołana tam literatura.

gólnych spadkobierców przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku nie gwarantuje należytej i efektywnej realizacji przypisywanych mu celów, które to cele mogą (mogłyby) być realizowane w oparciu o inne instytucje prawne. Nie przesądza to wszakże definitywnie o zasadności postulowania uchylenia tego unormowania. To ostatnie winno być uzależnione od ustalenia, na ile omawiane unormowanie odpowiada aktualnym realiom społeczno-gospodarczym oraz od ustalenia, jaki jest jego związek z innymi instytucjami prawnymi i chronionymi oraz realizowanymi w ich ramach wartościami.

W tym zakresie wskazać wypada przede wszystkim, że uregulowanie, na mocy którego rozporządzenie przez spadkobiercę przysługującym mu udziałem w przedmiocie należącym do spadku może być ubezskutecznione, godzi w istocie w pewność i bezpieczeństwo obrotu prawnego. Dzieje się tak dlatego, że stan niepewności co do definitywnej skuteczności dokonanego rozporządzenia może trwać przez dłuższy czas[15]. Zdarzeniem prawnym kończącym stan niepewności, czy to przez ubezskutecznienie rozporządzenia, czy to przez ostateczne utrzymanie go w mocy jest, co do zasady, dział spadku. Tymczasem dokonanie działu spadku nie jest obligatoryjne[16]. Należy również zwrócić uwagę, że w obecnych realiach społeczno-gospodarczych dział spadku jest zdarzeniem występującym relatywnie rzadko. W sytuacji typowej spadkobiercy realizują swoje cele gospodarcze przez rozporządzanie przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku. Wydaje się również, że można zaryzykować tezę, iż na rozporządzenia takie zgoda pozostałych spadkobierców wyrażana jest jedynie incydentalnie. W parze z dokonaniem rozporządzenia idzie natomiast zwykle przekonanie spadkobierców oraz ich kontrahentów o jego ostatecznym charakterze, wynikające ze specyfiki prawa (zwykle prawa własności) będącego przedmiotem rozporządzenia. Oznacza to, że na gruncie prawa polskiego nieuświadamiany przez zainteresowanych stan niepewności co do definitywności rozporządzenia udziałem w przedmiocie należącym do spadku, występuje stosunkowo często.

W nauce prawa zwraca się również uwagę, że rozwiązanie normatywne przyjęte na gruncie art. 1036 zd. 2 kc może budzić wątpliwości także z uwagi na fakt, iż w istocie ogranicza ono dopuszczalność skutecznego i definitywnego rozporządzania określonymi prawami majątkowymi, które ze względu na swój charakter są, co do zasady, zbywalne.

---

15 Por.: J.S. Piątowski, *Prawo*..., s. 192.

16 Zob.: J. Biernat, *Umowa*..., s. 34 i powołana tam literatura.

Rozwiązanie takie może być uznane za ingerujące w sposób nadmierny w istotę tych praw[17].

Wydaje się również, że efektem rezygnacji z omawianego uregulowania byłaby w szczególności mobilizacja spadkobierców zainteresowanych uzyskaniem poszczególnych przedmiotów wchodzących w skład spadku do podjęcia działań zmierzających do jak najszybszego dokonania działu spadku. Efekt taki, jako prowadzący do ustania, tymczasowej w założeniu ustawodawcy, wspólności majątku spadkowego, należałoby uznać za godny aprobaty[18].

Nie sposób także nie dostrzec, że omawiane uregulowanie jest konstrukcyjnie obce ujęciu działu spadku na gruncie prawa polskiego[19]. Dział spadku w prawie polskim to akt o charakterze translatywnym, skutkiem dokonania którego jest uzyskanie określonych przedmiotów przez poszczególnych spadkobierców z chwilą dokonania działu spadku i ze skutkiem od chwili dokonania działu spadku. Tymczasem omawiane uregulowanie bliższe jest ujęciu działu spadku jako aktu o charakterze deklaratywnym, polegającego na przyjęciu fikcji prawnej, że skutkiem prawnym dokonania działu spadku jest uzyskanie określonych przedmiotów przez poszczególnych spadkobierców z chwilą otwarcia spadku bezpośrednio od spadkodawcy. Należy wskazać, że jedynie tam, gdzie dział spadku ma moc wsteczną od chwili otwarcia spadku, zasadne jest niweczenie skutków prawnych określonych zdarzeń prawnych następujących pomiędzy otwarciem spadku a dokonaniem działu spadku[20].

5. Obowiązujące na gruncie prawa polskiego unormowanie polegające na ograniczeniu dopuszczalności skutecznego rozporządzania przez poszczególnych spadkobierców przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku trudno ocenić pozytywnie. Jak starano się wykazać, z jednej strony ukształtowanie normatywne omawianej instytucji sprawia, że nie pozwala ona na konsekwentną i kompleksową realizację przypisywanych jej celów, które mogą (mogłyby) być osiągnięte przy odwołaniu się do innych instytucji prawnych; z drugiej strony wskazana instytucja zdaje się nie odpowiadać realiom społeczno-go-

[17] Szczególnie dobitnie problem ten ujawnia się w odniesieniu do prawa własności. Por.: M. Kłos, *Wspólność*..., s. 98.

[18] Por.: J. Biernat, *Umowa*..., s. 34 i powołana tam literatura.

[19] Zob.: J. Gwiazdomorski, *Prawo*..., s. 205–207; M. Kłos, *Wspólność*..., s. 130––131.

[20] Zob. szerzej na temat natury prawnej działu spadku: J. Biernat, *Umowa*..., s. 21––23, 36–38.

spodarczym, jej ujęcie budzi wątpliwości natury konstrukcyjnej, zaś jej zastosowanie może prowadzić do ingerencji w inne wartości chronione normami prawnymi.

Powyższe zdaje się przemawiać za celowością rozważenia podjęcia nowelizacji prawa spadkowego polegającej na rezygnacji z omawianego uregulowania, a w konsekwencji umożliwienia spadkobiercom rozporządzania przysługującymi im udziałami w przedmiotach należących do spadku na zasadach ogólnych.

Piotr Feczko

ORGAN W DOKTRYNACH PRAWA CYWILNEGO I ADMINISTRACYJNEGO

Wprowadzenie

Instytucja prawna organu należy do podstawowych instytucji współczesnego systemu państwa i prawa. Jest ważną instytucją dla każdej z dyscyplin nauk prawnych. Ma istotne znaczenie pod względem większości poszczególnych dyscyplin naukowych prawa. Jego podstawowego charakteru dla dzisiejszej nauki administracji nie sposób deprecjonować. Podobnie organ ma także istotne znaczenie dla sfery prawa kanonicznego.

Tekst dotyczy instytucji prawnej organu w doktrynie prawa cywilnego oraz w doktrynie prawa administracyjnego. Dla tych obu poszczególnych dyscyplin naukowych prawa wzmiankowana instytucja prawna ma szczególne znaczenie. Jednakże inną podstawową rolę odgrywa ta instytucja względem prawa cywilnego, a inną dla prawa administracyjnego. Z drugiej strony należy zważyć na istotne powiązania między nimi. Dlatego autor przedstawia ową relację tych instytucji prawnych.

Organ w doktrynie prawa cywilnego

Względem zagadnień konstrukcji osób prawnych wyróżnia się (od XIX stulecia) w literaturze cywilistycznej, ale też i w ogólnej teorii prawa – przede wszystkim dwa nurty (wskazane już we wstępie historyczno-prawnym) – teorie realne i teorie fikcji.

Teorie fikcji w największym uproszczeniu opierają się na założeniu, że tylko człowiek może być podmiotem, zaś osoby prawne są wytworem przyjęcia przez ludzi pewnej konwencji[1]. Wyróżnić można wśród nich teorie: majątku celowego, własności kolektywnej, tzw. właściwe teorie fikcji (np. ujęcie H. Kelsena) oraz teorię von Savigny'ego.

Teorie realistyczne starają się – przynajmniej częściowo wykazać – istnienie osób prawnych w rzeczywistości. W szczególności antropomorfizują osobę prawną (np. wolę osoby prawnej uważają za duszę, a związek ludzi na ciało, które dzieli się na członki). Zaliczają się do nich teorie: organiczne, których przedstawicielem był O. von Gierke (z nich wywodzi się tzw. teoria organów przyjęta w polskim k.c.) i instytucjonalne (zorganizowanych kolektywów)[2].

Na rzecz omówienia tego zagadnienia autor tekstu odwoła się też do przodków współczesnej polskiej cywilistyki. F. Zoll pisał jeszcze pod panowaniem austriackim tak: „osoby prawnicze, jako to: państwo, kraje, gminy, stowarzyszenia, spółki, […] podobnie jak osoby fizyczne, powstają, rozwijają się, zmieniają i gasną i w tym znaczeniu istnieją – są istotami – żyją […] mają też swoją własną wolę, która polega wprawdzie na tym, co pewni ludzie, będący organami osób prawniczych łącznie postanowią w zakresie celem osób prawniczych określonym"[3].

Natomiast w latach trzydziestych tenże sam autor twierdził, że „osoby prawne mają przez te organy zdolność do działania […] osoba prawna ma swoje organy, […] które tworzą wolę osoby prawnej, objawiają i wykonują. Kto jest organem osoby prawnej i jaki jest zakres działania każdego organu zależy od jej ustroju i organizacji […] określamy osobę prawną jako twór socjalny, któremu prawo przyznaje osobowość dla łatwiejszego dopięcia pewnego społecznego celu […] tylko wtedy działanie pewnych ludzi może zostać uznane za działanie organów osoby prawnej, jeśli zachodzą następujące warunki: 1) człowiek działający jako organ osoby prawnej musi być do tego na podstawie ustroju osoby prawnej powołany 2) musi działać w zakresie dla tego organu właściwym 3) […] jeżeli normy prawne tego wymagają, we formie tymi normami przypisanymi – zakres działania poszczególnych organów jest różny […] i tak: gmina może działać w pewnym zakresie przez swego wójta, w innym

---

1 Przykładowo anglosascy przedstawiciele tego kierunku (np. W. Flume) wspominają o „sztucznym tworze, niewidzialnym, namacalnym i istniejącym jedynie w zamierzeniu prawa".

2 T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004, s. 23–50.

3 F. Zoll, *Prawo prywatne w zarysie. Przedstawione na podstawie ustaw austriackich*, Lwów 1910, s. 16.

tylko przez radę gminną, w innym wreszcie przez kogokolwiek z gminy, np. gdy chodzi o wykonywanie prawa paszenia bydła na gminnej łące”[4].

Natomiast R. Longchamps pisał: „osobami prawnemi nazywamy pewne urządzenia społeczne, które w życiu prawem występują jako jednostki mające własne prawa i obowiązki […]. Statut korporacji […] spełnia on przez ustanowienie i oznaczenie kompetencji organów, tj. ludzi, upoważnionych do powzięcia woli dla związku”[5].

Na to ujęcie R. Longchampsa autor chciałby zwrócić szczególną uwagę, albowiem określa on instytucję prawną mianem „urządzenia”, a na użytek tego tekstu – jego autor posługuje się określeniami „mechanizmu” i „urządzenia”. Po przywołaniu poglądów przodków dzisiejszej polskiej cywilistyki wskazane zostaną twierdzenia cywilistów powojennych.

Zacząć wypada od G. Bieńka, stwierdzającego że „podmiotami stosunków cywilnoprawnych są – poza osobami fizycznymi – osoby prawne, wyposażone w zdolność prawną, które mogą mieć własne prawa i obowiązki, nabywając je i zbywając we własnym imieniu. Do społecznego istnienia osoby prawnej niezbędne jest jednak skonstruowanie organizacji, która zespalałaby określoną grupę ludzi do osiągnięcia skonkretyzowanych celów, a ponadto w swoich regułach strukturalnych wskazuje, jakie działania, jakich ludzi i w jakich okolicznościach liczą się jako działania danej organizacji. Substratem osoby prawnej jest więc organizacja ludzka, bez której osoba prawna nie mogłaby funkcjonować”[6].

Zaś T. Bigo pisał – opisując teorie woli dotyczące osób prawnych: „teoria germanistyczna, zwana także organistyczną (twórca jest O. Gierke) […] reprezentuje ona najskrajniejszy antropomorfizm […] osoba prawna jest społecznym organizmem, podobnym do organizmu ludzkiego, który prowadzi własna egzystencję i posiada własną wolę, różną od woli jednostek należących do organizmu społecznego”[7].

Następnie zwrócić trzeba uwagę na poglądy przedstawicieli nauki prawa cywilnego bezpośrednio dotyczące organów osoby prawnej – przykładowo M. Pazdan twierdzi: „mechanizm działania osoby prawnej objaśniany jest – według przeważającego współcześnie poglądu – z wykorzystaniem teorii organów […]. W myśl teorii organów do tworzenia

4 Idem, *Prawo cywilne*, Poznań 1931, s. 163–164, 168.

5 R. Longchamps, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922 s.107 i 120.

6 G. Bieniek, H. Pietrzykowski, *Reprezentacja Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2006, s. 15.

7 T. Bigo, *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1990, s. 33.

i urzeczywistniania woli osoby prawnej powołane są jednostki (osoby fizyczne) wchodzące w skład jej organów. Mimo, że z psychologicznego punktu widzenia wola organu jest wolą jednostki lub zespołu ludzi tworzących organ, to z prawnego punktu widzenia stanowi ona wolę osoby prawnej. Charakter organu jednostce lub zespołowi ludzi nadają przepisy określające ustrój danej osoby prawnej. Działanie określonej jednostki (zespołu ludzi) tylko wtedy zostanie uznane za działanie samej osoby prawnej, gdy jest to jednostka (zespół ludzki), która rzeczywiście pełni funkcję organu, jej działanie mieści się w kompetencjach danego organu oraz zostało podjęte (w sposób wyraźny bądź dorozumiany) jako działanie organu"[8]. Podobnie wypowiada się J. Kremis: „według przyjętej w prawie polskim tzw. teorii organów, osoba prawna działa przez swoje organy. Działania tych organów uznawane są za działania samej osoby prawnej, organ stanowiący strukturalną część osoby prawnej artykułuje zaś wolę osoby prawnej"[9].

Należy odnotować poglądy A. Woltera: „teoria organiczna, której twórcą jest O. Gierke, polega na antropomorfizacji, tj. na uznaniu osoby prawnej za realny, psychofizyczny organizm ukształtowany na wzór organizmu biologicznego z własną wolą, własnymi organami, a w konsekwencji z pełną zdolnością do działań prawnych. Istota „związkowa jest więc podobnie jak człowiek istotą żywą. Teoria ta nawiązuje do średniowiecznych instytucji prawa germańskiego, ma zabarwienie mistyczne [...]. Organ składa się z osób fizycznych, które zgodnie z przepisami określającymi ustrój danej osoby prawnej tworzą i urzeczywistniają jej wolę [...] z punktu widzenia prawa jest ona wolą osoby prawnej. Organ nie jest podmiotem stosunków prawnych, jest nim sama osoba prawna [...]. Działanie organu traktuje się jako działanie samej osoby prawnej"[10].

Szczególnie należy tutaj zwrócić uwagę na to, że wspomniany cywilista wywodzi, iż organ (tutaj oczywiście osoby prawnej w prawie cywilnym) nie jest podmiotem (i nie ma podmiotowości). Ma to znaczenie dla późniejszych twierdzeń w niniejszym tekście.

Z kolei E. Gniewek pisze, że wedle przepisu art. 38 k.c. przyjmuje się zasadę tzw. reprezentacji osoby prawnej przez organy. W polskim prawie cywilnym i jego doktrynie zdecydowanie przeważa klasyczna teoria organu, która neguje koncepcję przedstawicielstwa i traktuje działania organu osoby prawnej jako działania jej samej, albowiem osoba

[8] *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 197.

[9] *Podstawy prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2005, s. 56–57.

[10] A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1968, s. 161 i 209.

prawna działa przez swoje organy. Czynności prawne dokonane przez organ stanowią czynność danej osoby prawnej. Podobnie wszelkie wady oświadczenia woli organu osoby prawnej zalicza się stosownie na rachunek osoby prawnej. Analogicznie jest z ocenianiem dobrej czy złej woli osoby prawnej. Ponieważ osoby prawne działają wedle treści wspomnianego przepisu „w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie", to konsekwencją tego jest „złożona sytuacja normatywna" i dlatego autor ten wskazuje na potrzebę każdorazowej lektury przepisów ustrojowych właściwych dla poszczególnych osób prawnych i badanie indywidualnych statutów[11].

Analogicznie E. Gniewek twierdzi: „zdolność do czynności prawnych osoby prawnej jest realizowana przez jej organ bądź organy. Według przyjętej w prawie polskim tzw. teorii organów, osoba prawna działa przez swoje organy. Działania tych organów uznawane są za działania samej osoby prawnej, organ stanowiący strukturalną część osoby prawnej artykułuje zaś wolę osoby prawnej. Tak więc oświadczenie woli złożone przez organ osoby jest oświadczeniem woli tej osoby. Podmiotem stosunków cywilnoprawnych wynikłych z działania organu staje się wiec sama osoba prawna. Działanie organu można przypisać osobie prawnej, gdy osoba fizyczna lub osoby fizyczne tworzące organ dokonują w sposób wyraźny lub dorozumiany czynności prawnej w charakterze organu tej osoby i działają w prawnie ustalonym zakresie jego umocowania (w granicach kompetencji danego organu)[12]. Na uwagę w wywodach tegoż współcześnie uznanego na gruncie polskiej cywilistyki autora zasługują szczególnie wskazania odnośnie do kompetencji organu, jak i roli właściwych unormowań dla danego organu.

Natomiast J. Frąckowiak odpowiada na pytanie, „jak osoba prawna działa przez swoje organy" i podaje definicję organu osoby prawnej[13]: jako „osoba lub osoby fizyczne, które zostają formalnie powołane do pełnienia funkcji w organie i których zachowanie w warunkach prawem określonych, traktowane jest jako zachowanie osoby prawnej".

Ta zaś definicja cywilistyczna jest wedle opinii autora trafna i może być użyteczna też dla badania problemów prawa administracyjnego (jako materiał porównawczy).

---

[11] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008, s. 90–91.

[12] *Podstawy prawa cywilnego*..., s. 56–57.

[13] Wcześniej wywodzi też na temat zachowań osób niebędących organami, które to są *ex lege* uznawane za zachowania osób prawnych, czyli o przypadkach Skarbu Państwa i handlowych spółek osobowych.

Wspomniany autor wyróżnia warunki, jakie muszą być spełnione, aby móc przypisać działaniu osoby fizycznej działanie za osobę prawną, a to: 1) istnienie danej osoby prawnej, 2) z ustawy lub statutu wynika ustrój systemu organów tej osoby oprawnej, 3) konkretna osoba fizyczna jest wskazana jako piastun organu, 4) zachowanie tej osoby (fizycznej) mieści się w zakresie zachowania wyznaczonego dla organu osoby prawnej.

J. Frąckowiak dostrzega też, że – w sensie normatywnym – można mówić o istnieniu organów danej osoby prawnej, gdy nie tylko wynika z jej regulacji ustrojowych, jakie ma organy, ale dopiero wtedy, gdy można bez istotnych wątpliwości ustalić kto jest piastunem tego organu. Ponadto zdecydowanie odróżnia piastuna organu od przedstawiciela, co wynika z regulacji k.c., a też z tego, iż przedstawiciel jest z reguły osobą odrębna od danej osoby prawnej i nie jest niezbędny do tego, aby dana osoba prawna mogła dokonać skutecznie czynności prawnych. Niekiedy może się zdarzyć, że (np. przy kreacji danej osoby prawnej) osoba prawna nie będzie miała organów, a będzie miała kuratora, aczkolwiek zasadniczym zadaniem kuratora jest doprowadzenie do sytuacji, kiedy dojdzie do praworządnego powołania osoby prawnej[14]. Osoba fizyczna występująca jako piastun organu osoby prawnej nie jest w świetle prawa człowiekiem, a elementem konstrukcji osoby prawnej.

Tu należy podkreślić raz jeszcze sposób definiowania kolejnego uznanego cywilisty, a to taki, że posługuje się określeniem „konstrukcja".

Ponadto istotne znaczenie ma to, jak jest skonstruowany sam organ osoby prawnej, a to, czy składa się z jednego piastuna, czy z wielu i czy ci sami piastuni oświadczają wolę, co ją podejmują. Sytuacja jednego upoważnionego organu, który ma jednego piastuna nie rodzi żadnych problemów i ocena zachowania danej osoby prawnej jest „dokonywana przez pryzmat zachowania piastuna jej organu". Natomiast jeśli organ ma piastunów w liczbie mnogiej, to ta sytuacja może rodzić istotne trudności[15]. Z poglądów tego autora na przytoczenie zasługuje szczególnie twierdzenie, że „poprzez wydanie aktu normatywnego powstają osoby prawne, które są jednostkami organizacyjnymi samego państwa

[14] J. Frąckowiak wspomina także o przejawiającej się w części doktryny (np. S. Sołtysiński) i niektórych orzeczeniach SN koncepcji dotyczącej trzech rodzajów przedstawicielstwa, a to wynikających z: 1) ustawy, 2) z oświadczenia woli, 3) ze struktury osoby prawnej (tzw. organizacyjne).

[15] Na przykład, czy, kiedy, w jakiej formie i ilu piastunów skutecznie oświadczy wole organu za osobę prawną (i czy jest wymagana dodatkowa zgoda na dokonanie danej czynności prawnej), ale tego wątku nie rozwijam, nie wydaje mi się bowiem niezbędny dla mojej pracy.

lub jednostki organizacyjnymi składającymi się z państw, bądź są to jednostki organizacyjne finansowane i kontrolowane przez państwo. Osoba prawna powstaje wtedy z chwilą wejścia w życie aktu normatywnego lub ewentualnie w dniu oznaczonym w tym akcie"[16].

Taki wywód (wspomnianego cywilisty) podkreśla znaczenie aktu normatywnego dla problematyki instytucji prawnej organu, a zauważyć warto, że współczesne prawo administracyjne (z organem administracji publicznej włącznie) i kontrola sądowa jego wykonywania – nie mogą istnieć bez aktu normatywnego, który jest niezbędny dla prawa przedmiotowego.

A. Klein także wypowiada się na analizowany temat definiując organ osoby prawnej jako: „część składowa konstrukcji osoby prawnej, która pozwala określone zachowanie się osób fizycznych traktować jako zachowanie się samej osoby prawnej; nie dotyczy ono sfery związanej z osobą fizyczna jako podmiotem, lecz sfery innego podmiotu – osoby prawnej". Natomiast wedle tego autora sama osoba prawna jest stworzona na wzór konstrukcji osoby fizycznej[17].

Twierdzenia tego autora podkreślają oderwanie instytucji organu od osoby (osób) fizycznych i związanie go z osobą prawną, z którą działania organu są tożsame. Ma to znaczenie komparystyczne względem analizowania tej instytucji prawnej wobec obu poszczególnych dyscyplin prawa. Jest to istotne dla możliwego spojrzenia na system prawny jako rodzaj pewnego mechanizmu, z poszczególnymi instytucjami jako jego urządzeniami.

Organ w doktrynie prawa administracyjnego

Na samym początku analizy pojęć należy zaznaczyć trudności wynikające z aktualnie nieuporządkowanego stanu siatki pojęciowej prawa administracyjnego.

I. Lipowicz pisze: „uznając wtórność siatki pojęciowej wobec prawa i rzeczywistości, F. Longchamps postulował takie jej zmienianie, aby była adekwatna do obowiązującego prawa, przydatna w jego interpretacji, krytyce i modyfikacji oraz spójna wewnętrznie [...] mierząc się z dylematem «postęp–tradycja», głosił, że prawo administracyjne stanowi

[16] J. Frąckowiak [w:] *System prawa prywatnego*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1031–1054.

[17] A. Klein, *Ewolucja instytucji osobowości prawnej*, [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. Łętowska, Wrocław 1983, s. 76 i 152.

fragment porządku prawnego, którego «szata pojęciowa» zawiera bezcenny depozyt humanizmu, ładu i praworządności. Obowiązkiem nauki prawa i w ogóle prawników jest strzec go przy rewizji pojęć. Z drugiej strony, F. Longchamps podkreślał konieczność uwzględniania przez naukę prawa zmieniającego się otoczenia. Postulował w związku z tym korzystanie z pojęć, które mogą się rozwijać stosownie do kierunku zmian w prawie i społeczeństwie. Uznawał bowiem za naturalny proces «stałego krążenia pojęć» pomiędzy językiem prawa i językiem nieprawników"[18].

Natomiast P. Przybysz stwierdził: „możność używania tradycyjnych pojęć nie jest równoznaczna z potrzebą ich używania. O potrzebie używania danego pojęcia powinno świadczyć stwierdzenie, że jest ono bardziej użyteczne od innych pojęć, czy – mówiąc inaczej – że jest prostsze, to znaczy stosowane w szerszym zakresie oraz uwarunkowane mniejsza liczbą założeń wstępnych. Tak rozumiana prostota tradycyjnych pojęć prawa administracyjnego budzi wątpliwości"[19].

Z kolei J. Caban pisał o wymogu harmonizacji terminologii prawa administracyjnego na poziomie od wspólnot europejskich do subregionów: „1. Należy zestandaryzować uregulowania prawne administracji – instytucji europejskich, krajowych oraz samorządowych; 2. […] wskazane byłoby sięgnięcie do źródłosłowów językowych (greki, łaciny); 3. […] pojęć elementarnych, takich jak: kontrola, dozór, nadzór […] nie należy zastępować sztucznym językowo monitoringiem czy przejrzystością, przejmowanymi z obcego kręgu kulturowego […] oraz wzorowanie działalności administracji na wzorcowo funkcjonującym przedsiębiorstwie […]; 4. za istotne badania należy uznać […] dotyczącej: systemów (podsystemów) organizacyjnych administracji, prawa podmiotów administracyjnych, prawa urzędniczego, […] pracowników administracji […]; 5. kryterium systematyzującym […] sama działalność administracji różnego typu […] Chyba byłaby to praca ponad siły"[20].

Każdy badający zagadnienia prawa administracyjnego staje wobec tych trudnych wyzwań. Jednakże autor uważa, że nie jest to sytuacja beznadziejna, gdyż jest przekonany, iż opierając na wykształconych zasadniczych podstawach prawa administracyjnego i posługując się po-

[18] I. Lipowicz, *Dylematy zmiany siatki pojęciowej w nauce prawa administracyjnego*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 40–41.

[19] P. Przybysz, *Tradycyjne pojęcia prawa administracyjnego – potrzeba i sposób ich dalszego używania*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*…, s. 58.

[20] J. Caban, *Wymogi i kryteria badań w zakresie harmonizacji terminologii prawa administracyjnego*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*…, s. 63–64.

prawnie regułami rozumowania, można – także dziś – wypowiadać się trafnie na gruncie nauki prawa administracyjnego.

Już W. Jaworski twierdził: „kto wykonywa administrację, kto jest podmiotem administracji? Niemcy mówią: «Traeger der Verwaltung». Konstrukcja odpowiedzi na to pytanie opiera się na personifikacji państwa, tj. na tym obrazie, wedle którego państwo jest także osobą [...] podmiotami administracji są państwo oraz te związki publiczne, którym pozytywne prawodawstwo przyznaje charakter i naturę osób prawnych [...] jak bowiem w organizmie żywym funkcje spełniają organy, tak samo mówi się o organach państwa, względnie o organach innych publicznych prawnych osób. Wedle tego porównania przeto państwo administruje, względnie inne osoby publiczne prawne, przez organy, którymi są: głowa państwa, rząd tj. ministrowie i podwładne im organy”[21].

W tej wypowiedzi zwrócić należy uwagę na powiązanie owego „podmiotu administracji” z organem osoby prawnej i cywilistycznymi teoriami dotyczącymi osób prawnych.

M. Jaroszyński zdefiniował organ administracji państwowej następująco: „organem państwowym nazywamy wyodrębnioną część aparatu państwowego (jednostkę organizacyjną) powołaną do wykonywania oznaczonych przez prawo zadań państwowych przy zastosowaniu środków wypływających z przysługujących państwu zwierzchniej władzy (imperium)”[22].

Ta definicja (dzisiaj nieco zdezaktualizowana przez to, że administracja jest dziś „publiczna”, a „państwowa” tylko w części i to kurczącej się) wskazuje na konieczność wyodrębnienia organizacyjnego i konieczność oznaczenia przez prawo jej zadań (i w tym zakresie jest jak najbardziej zasadna).

Natomiast J. Filipek przedstawia zagadnienie organu administracyjnego w sposób następujący: „organ administracyjny jest całością integralnie ze sobą połączonych elementów normatywnych porządku prawnego i elementów faktycznie istniejącej rzeczywistości [...] nie może uchodzić za organ [...] podmiot, którego istnienie i funkcjonowanie nie znajduje w prawie uzasadnienia [...] musi być także faktycznie powołany do życia niezbędnymi w tej mierze nienormatywnymi aktami generalnymi i indywidualnymi konkretyzującymi w swoim zakresie normatywny stan prawny albo i niekiedy wyprzedzającymi normatywne regulacje [...]. Instytucja, która uchodzi za organ administracyjny, musi

[21] W. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego*, Warszawa 1924, s. 137.

[22] M. Jaroszyński, [w:] M. Jaroszyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, *Polskie prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 1956, s. 162.

faktycznie istnieć i być zdolna do działania w sferze społecznej rzeczywistości [...] musi być wyposażony przez prawo administracyjne w zdolność działania i zdolność podejmowania działań prawnych w imieniu administracji [...] z urzędnikiem lub zespołem urzędników identyfikuje także organ administracyjny kodeks postępowania administracyjnego. Według przepisów w nim zawartych jest organem administracyjnym każdy podmiot, który prowadzi postępowanie, podpisuje w imieniu administracji państwowej decyzje, wydaje postanowienia [...] nie jest identyczny z osobą, która działa w jego imieniu [...] osoba spełniająca funkcję organu jest konieczną jego częścią składową, bez której organ administracyjny nie może istnieć [...] organ administracyjny nie jest także identyczny z urzędem administracyjnym"[23]. W tym ujęciu przede wszystkim istotne jest położenie akcentu na powiązanie pozytywnego unormowania z rzeczywistym istnieniem i zdolnością do faktycznego działania. Koncepcja ta w jej zasadniczej części jest (i ocenie autora dalej będzie) dalej aktualna, gdyż oparta jest na podstawach prawa administracyjnego.

Z kolei E. Iserzon wypowiedział się w następujący sposób: „podwaliną państwa jako organizacji przymusu jest system prawny. Nie ma prawa bez państwa i nie ma państwa bez prawa [...]. Mówiąc, że państwo – osoba prawna, kolektyw – wydaje rozkazy i zakazy, dokonuje czynności prawnych [...] stosujemy przenośnię, wyrażamy myśl za pomocą figury stylistycznej (mowy obrazowej). Faktycznie wszystkich czynności dokonują za państwo ludzie do tego przez prawo powołani. Tych ludzi, którzy są powołani do dokonywania czynności przypisanych państwu jako osobie, nazywamy organami państwa. Organem tego rodzaju może być nie jeden człowiek, lecz kolektyw ludzki działający łącznie. Co sprawia, że czynność lub zaniechanie pewnych osób jest przypisywane państwu? Sprawia to fakt, że są z mocy prawa organami państwa. Inaczej – sprawia to prawo"[24]. Tenże autor podkreślił autorytatywny charakter instytucji organu, a i zarazem jego nieodłączny związek z osobą państwa.

Zaś J. Starościak za organ administracyjny uważał „wyodrębnioną jednostkę w organizacji państwowej, posiadającą ustalony prawem, jej tylko właściwy zakres działania, oraz podejmująca to działanie za pośrednictwem określonych prawem osób i w swoistych dla niej formach prawnych" i wyróżniał następujące cechy organu: a) działanie w imieniu

[23] J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*. cz. 1, Kraków 1995, s. 201–205.

[24] E. Iserzon, *Prawo administracyjne. Podstawowe instytucje*, Warszawa 1968, s. 75–76.

państwa, b) wyodrębnienie organizacyjne, c) ustalone prawem kompetencje, d) substrat osobowy organu, e) właściwe formy działania"[25]. Ta definicja dość często jest powoływana we współczesnej polskiej nauce prawa administracyjnego. Ma charakter podsumowujący i na czas jej tworzenia miała charakter kompletny (dziś nie każdy organ administracji działa w imieniu państwa, a np. samorządu gminnego wykonując jego zadania własne).

Zatem A. Wiktorowska pisze: „każda osoba prawna działa przez swoje organy […]. Organ danej osoby prawnej wyraża wolę tej osoby i osoba ta ponosi wszelkie skutki wynikające z działań swoich organów. Dotyczy to wszelkich podmiotów prawa […] przez kilkadziesiąt lat pojęcie organu administracji państwowej było w polskiej nauce prawa administracyjnego pojęciem łatwym do zdefiniowania. Tak było dzięki ówczesnej scentralizowanej strukturze aparatu państwowego i braku samorządu terytorialnego. Cały niemal aparat administracyjny był faktycznie scentralizowany i tworzył jednolitą strukturę […]. W definicjach organu […] przed 1990 […] podkreślano, że organ administracji państwowej cechuje: wyodrębnienie organizacyjne wewnątrz aparatu państwowego, wykonywanie funkcji administracji i posiadanie własnych kompetencji, czyli przyznanych przez ustawę możliwości władczego działania w imieniu państwa […]. Sytuacja zmieniła się radykalnie w 1990 r., kiedy przywrócono […] samorząd terytorialny. Scentralizowaną administrację rządową przeciwstawiono zdecentralizowanej strukturze władz (zwanych też organami) gminy […]. Sytuacja ta doprowadziła do zamieszania terminologicznego"[26]. Doktryna musiała na tą zmianę ustrojową zareagować.

Dlatego J. Boć proponuje zmodyfikowaną definicję organu administracji publicznej: „organ administracji publicznej to człowiek (lub grupa ludzi w przypadku organu kolegialnego), znajdujący się w strukturze organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego, powołany w celu realizacji norm prawa administracyjnego w sposób i ze skutkami właściwymi temu prawu, działający w granicach przyznanych mu przez prawo kompetencji". Natomiast wedle tego autora „organem administrującym jest każdy podmiot, któremu prawo stwarza podstawy do przydania funkcji administrowania, a przydanie to nastąpi"[27]. Autor zasadnie kładzie nacisk na charakter wykonawczy organu administracji. Tutaj też pojawia się w mojej dysertacji po raz pierwszy – współcześnie prefero-

[25] *Prawo administracyjne*, red. J. Starościak, Warszawa 1965, s. 53.

[26] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006, s. 101–102.

[27] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2007, s. 129–132.

wana przez znaczną część doktryny – koncepcja „organu administrującego". Na razie ją tylko autor notyfikuje, a poświęci jej swoją ocenę kiedy przytoczy ostatnie wywody bieżącej polskiej doktryny prawa administracyjnego.

Jednakże J. Jagoda i M. Jeronimek piszą: „nie ma zatem analogii pomiędzy organem osoby prawnej a organem administracji[28]. Pierwszy z nich wyraża wolę osoby prawnej, drugi zaś – w granicach posiadanych kompetencji – własną wolę"[29]. Z pewnego punktu widzenia ich twierdzenie jest zasadne, ale wyłaniają się tu liczne pytania – w tym przede wszystkim takie: czy organ administracji wykonuje ową „własną wolę", czy może jednak wolę ustawodawcy, czy norm prawa przedmiotowego i co z takimi organami administracji, które są przede wszystkim organami danych osób prawnych, a organami administracji są dopiero pochodnie względem tegoż, że są organami danych osób prawnych (np. samorządowych)?

Natomiast E. Ochendowski z kolei nawet nie definiuje organu administracji czy organu administrującego, czy też organu władzy publicznej, a poprzestaje na wskazaniu warunków, jakie winien spełniać organ administracji rządowej (wyodrębniona część aparatu administracji rządowej, działanie w imieniu i na rachunek państwa, uprawnienie do korzystania ze środków władczych, działanie w zakresie przyznanych mu kompetencji) i organ jednostki samorządu terytorialnego (wyodrębnienie organizacyjnie, działanie w imieniu i na rachunek danej jednostki samorządu, korzystanie ze środków władczych, działanie w zakresie przyznanych mu kompetencji)[30]. Należy zauważyć, że jest to dość nieskomplikowana adaptacja wspomnianych ujęć – m.in. szczególnie Starościaka. Niemniej wydaje się dość trafna (szczególnie w zakresie realiów zmiany ustrojowej).

Na gruncie administracyjnego prawa pozytywnego najistotniejsze znaczenie ma definicja legalna z art. 5 k.p.a.[31], której konstrukcja ma

---

[28] Jest to pogląd – w moim ujęciu – daleko idący, gdyż jestem przekonany, że należy przy naukowym badaniu pojęć starać się zbadać także te pojęcia, które są dla analizowanego pojęcia istotne, a tak właśnie jest z pojęciem organu w prawie cywilnym. Liczy ono już ponad dwa tysiące lat, od czasów „kiedy to słońce wzeszło po raz pierwszy nad miastem siedmiu pagórków".

[29] J. Jagoda, M. Jeronimek, *Pojęcie organu w prawie samorządowym*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*..., s. 197.

[30] E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2006, s. 230.

[31] Rozumie się przez to ministrów, centralne organy administracji rządowej, wojewodów, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespolonej), organy jednostek samorządu

doniosłe znaczenie dla stosujących prawo administracyjne w praktyce, a w ciągu wielu lat jej obowiązywania narosło do niej stosunkowo powszechnie dostępne, znane i ustabilizowane orzecznictwo sądowe. Liczne szczegółowe przepisy dotyczące regulacji szczególnych bądź szczegółowych postępowań przewidują wielokrotne sytuacje, kiedy to *ex lege* podmiot prawa niewymieniony *expressis verbis* w wzmiankowanym przepisie, będzie w prawie wydając decyzję administracyjną (zgodnie z art. 1, pkt. 2 k.p.a.).

Na uwagę zasługuje tekst o organie w kolejnym tomie nowego *Systemu prawa administracyjnego* B. Adamiak, który co prawda dotyczy przede wszystkim aspektów proceduralnych, ale jego fragmenty można także tu wskazać. Otóż problematyka organu (prowadzącego postępowanie administracyjne) jest splotem ustrojowego i materialnego prawa administracyjnego, a nie tylko prawa procesowego. Instytucja organu administracji (prowadzącego postępowanie) nie jest bezpośrednio oparta na konstytucji (jak to jest z sądami i trybunałami). Organ administracji można odnajdować w konstytucji jedynie pośrednio, a to jako organ władzy publicznej działający na podstawie i w granicach prawa czy organ samorządu terytorialnego (względnie bądź innego samorządu). Istotne jest wyposażenie organu administracji nie tylko w kompetencję w materialnym prawie administracyjnym, ale też zapewnienie odpowiedniego modelu budowy aparatu administracji wedle ustrojowego prawa administracyjnego, jak i wynikające ze wspomnianych praw (materialnego i ustrojowego) potrzeba zmian prawa procesowego[32].

Porównawczo autor przytoczy twierdzenia niemieckiego prawa administracyjnego wedle H. Maurera. Organy (*Organe*) są prawnie stworzonymi instytucjami podmiotu administrującego (*Vertwaltungstraeger*), które realizują jego właściwość. Organ jest istotnym elementem, wszystkich osób prawnych i można go spotkać we wszystkich działach prawa. Zbiorcze podmioty prywatnego także mają swoje organy (np. S.A. [A.G.]) ma zarząd, radę nadzorczą i walne zgromadzenie].

terytorialnego (organy gminy, powiatu, województwa, związków gmin, związków powiatów, wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starostę, marszałka województwa oraz kierowników służb, inspekcji i straży działających w imieniu wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starosty lub marszałka województwa, a ponadto samorządowe kolegia odwoławcze) oraz organy i podmioty wymienione w art. 1 pkt 2 (innymi podmiotami, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw określonych w pkt 1, tj. sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych).

[32] B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *System prawa administracyjnego. Prawo procesowe administracyjne*, t. 9, Warszawa 2010, s. 98–99.

W sektorze państwowym występują: organy konstytucyjne (umocowane konstytucyjnie i działające w obszarze konstytucyjnoprawnym), organy administracyjne oraz organy orzecznictwa (sądy).

Taki organ ma cechy charakterystyczne: instytucjonalne (istnieje niezależnie od swojej obsady, lecz nie jest osoba prawną, a jej częścią) i funkcjonalne (realizuje swoje kompetencje przejściowe w sposób pośredni dla ostatecznie zobowiązanego podmiotu administracyjnego). Podmioty administracyjne mają zazwyczaj niejeden organ, między którymi to stosunki są reglamentowane prawnie.

Organ i urząd są instytucjonalnymi jednostkami funkcyjnymi. Urząd (*Amt*) to najmniejsza jednostka administracyjna i jest wyposażony w zinstytucjonalizowany zakres zadań przypisanych danej osobie. Innymi słowy – reasumując – podmiot administracyjny to twór organizacyjny posiadający zdolność prawną, a organ administracyjny to taki twór bez zdolności prawnej. Zaś piastun organu to osoba fizyczna[33]. Autor tego tekstu zauważa, że ten wywód z nauki niemieckiej także podkreśla oderwanie instytucji organu administracji w szczególności od takich pojęć, jak urząd czy osoba prawna.

Należy tu podkreślić – odnośnie do powyższych wywodów na temat kwestii podmiotowości organu administracji – że podobny sposób ich ujęcia wystąpił też we współczesnej literaturze naukowej prawa administracyjnego (w *Systemie prawa administracyjnego*, t. 6: *Podmioty administrujące*)[34].

Aktualna polska nauka prawa administracyjnego (dla której reprezentatywny można uznać ów nowo wydawany *System prawa administracyjnego*) ma istotne problemy z odpowiedzią na pytanie, co to jest organ administracji publicznej (zwany tu dalej o.a.p.), a nawet także z odpowiedzią, czy dalej należy używać tego pojęcia. Niestety, nie daje konstruktywnej, pewnej propozycji, jakiej nowej instytucji powinno się tymczasem używać. Na pewno podkreśla (i zasadniczo trafnie to czyni), że:

a) o.a.p. to konstrukcja powiązana z osobą prawną i jej organami;
b) nie jest bezsprzecznie uregulowany w prawie pozytywnym;
c) podobnie dzieje się na gruncie doktryny, gdzie istniej wiele ujęć o.a.p., które można zaklasyfikować do co najmniej trzech grup ([I] kładące główny akcent na substrat osobowy organu, [II] wyodrębniające o.a.p. z aparatu publicznego i [III] przemieniające instytucję o.a.p, w organ administrujący);

[33] H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne*, Wrocław 2003, s. 234–240.

[34] *System prawa administracyjnego. Podmioty administrujące*, t. 6, red. R. Hauser et al., Warszawa 2011, s. 50 i nast.

d) część doktryny usiłuje oprzeć tę instytucję na płaszczyźnie prawa procesowego;
e) obecnie popularna jest w doktrynie koncepcja organu administrującego;
f) konsekwentnie urząd jest czymś innym, niż o.a.p.[35].

Zauważyć tu też należy – jak dużo powstało tych ujęć i definicji, co może oznaczać, że żadna z nich nie została trwale i powszechnie zaakceptowana, a tylko niektóre z nich są częściej przywoływane, a to w celu konstrukcji jeszcze innego, następnego ujęcia, które ma być – zgodnie z deklaracjami czy intencjami danego autora – nowatorskie i doskonalsze względem poprzednich. Niemniej postulat solidności badacza wymagał od autora podania zarysu dotychczasowego dorobku nauki – szczególnie współczesnego. Nawet jeśli można mieć liczne zastrzeżenia do nieraz dominującego tzw. subiektywistycznego punktu widzenia na prawo administracyjne, to trzeba się z nim liczyć i brać go pod uwagę, gdyż w znacznym zakresie podzielają go zarówno same organy, sądy, ustawodawca, jak i doktryna.

Podsumowanie

Z przytoczonych twierdzeń obydwóch doktryn dobitnie wynika, że inną rolę (i uregulowanie) ma instytucja prawna organu w prawie cywilnym, a inną w prawie administracyjnym. Podobnie zasadniczo inne są metody tych poszczególnych dyscyplin prawa. Jednakże występują między tymi dwoma ujęciami pewne powiązania. Podobnie trzeba podkreślić, że organ – w ciągu rozwoju prawa najpierw zaistniał w prawie cywilnym.

Pewnym zakresem pozytywnego porządku prawnego, gdzie szczególnie dochodzi do styku ujęć (i metod) organu wedle prawa cywilnego i administracyjnego jest sfera postępowania sądowo-administracyjnego. W procesie tym dochodzi do współwystępowania obu tych instytucji prawnych organu (tj. wedle obydwóch wspomnianych praw). Organ administracji publicznej jest legalnie kontrolowanym nosicielem *imperium*. Natomiast organ w ujęciu cywilistycznym działa tam za podmiot poddany *imperium* i mający interes zasadniczo różny od interesu organu administracji publicznej, którego akt zaskarżono do sądu. Mieszanie tych obu ról wypacza nie tylko zasady, cele i funkcje kontroli sądowo-administracyjnej, ale także metody – administracyjną i cywilistyczną.

[35] *Ibidem*, s. 61–77.

Iga Bałos

PRAWO WŁAŚCIWE DO OCENY ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ SPORU W MIĘDZYNARODOWYM ARBITRAŻU HANDLOWYM

U Pana Profesora Zbigniewa Maciąga, na drugim roku studiów, zdawałam swój pierwszy ustny egzamin. Jego wynik był bardzo dobry, co cieszyło mnie co najmniej podwójnie, przez wzgląd na wysokie wymagania Pana Profesora. Gdy to stresujące wydarzenie dobiegło końca, Pan Profesor wspomniał coś o „zostawieniu mnie w katedrze". Zupełnie nie wiedziałam, co miał na myśli, ale wystawiona mi ocena nie zwiastowała raczej niczego złego. I rzeczywiście, po obronie pracy magisterskiej rozpoczęłam pracę w Krakowskiej Akademii, prowadząc między innymi zajęcia z prawa konstytucyjnego, powierzone mi przez Pana Profesora. Mimo że ostatecznie moje zainteresowania naukowe i zawodowe dotyczą innej gałęzi prawa, zawsze pozostanę wdzięczna Panu Profesorowi za pomoc w rozpoczęciu pracy dydaktyczno-naukowej, zainteresowanie jej przebiegiem oraz dobrą radę, na którą wiem, że zawsze mogę liczyć.

* * *

I. Arbitraż zdaje się w Polsce cieszyć rosnącą, aczkolwiek powoli, popularnością. W polskiej tradycji językowej ten sposób rozstrzygania sporów nazywany jest sądownictwem polubownym, co znalazło odzwierciedlenie w treści przepisów, regulujących jego przebieg na gruncie prawa polskiego[1]. Istota prywatnego wymiaru sprawiedliwości sprowa-

[1] Część V Kodeksu postępowania cywilnego, ustawy z 17 listopada 1964 r. (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296) otrzymała tytuł „Sąd polubowny (arbitrażowy)".

dza się do tego, „że zwaśnione strony zgodnie wskazują osobę trzecią, która ma wydać wyrok rozstrzygający ich spór”[2]. Arbitraż wykorzystują przede wszystkim podmioty prowadzące działalność gospodarczą i jest on wówczas zwany arbitrażem handlowym. Wyrok sądu polubownego ma moc równą wyrokowi sądu państwowego, po jego uznaniu lub, odpowiednio, stwierdzeniu wykonalności, przez sąd powszechny. Arbitraż cechuje brak formalności postępowania oraz elastyczny charakter procedur. Korzystając z autonomii woli, strony samodzielnie zarządzają przebiegiem rozstrzygania konfliktu. Mogą zatem wybrać odpowiadającą im formę arbitrażu, zasady wedle których będzie się toczyć postępowanie, osoby rozstrzygające spór oraz to, czy wyrok zostanie wydany w oparciu o zastosowanie przepisów stanowionego prawa, czy też zasady słuszności. Autonomia stron nie jest jednak nieograniczona. Biorąc pod uwagę interes publiczny i funkcje wymiaru sprawiedliwości, nie wszystkie typy sporów nadają się do rozstrzygnięcia przez sąd prywatny. Rolą ustawodawcy jest takie wyznaczenie przedmiotowego zakresu sporów, które mogą być rozstrzygane przez sąd polubowny, by z jednej strony stworzyć regulacje uwzględniające autonomię woli stron, a z drugiej umożliwić działanie państwa w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości, w przypadkach uzasadnionych interesem publicznym. W literaturze podnosi się, że wyznaczanie granicy pomiędzy kompetencjami sądownictwa prywatnego i powszechnego, stanowi jedną z form sprawowania kontroli przez państwo nad sądownictwem polubownym[3]. Podsumowując, granica swobody kontraktowania, w tym możliwości poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, leży tam, gdzie rozpoczyna się publiczna misja w orzekaniu[4].

Właściwość sporu, od której ustawodawca uzależnia możliwość rozstrzygnięcia go przez sąd polubowny, nazywana jest zdatnością arbitrażową[5]. Jej zakres różni się w ustawodawstwach poszczególnych państw, co jest spowodowane odmiennymi koncepcjami porządku pu-

[2] A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 29.

[3] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 97.

[4] T. Carbonneau, F. Janson, *Cartesian Logic and Frontier Politics*, [w:] *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergance and Evolution. Liber Amicorum Eric Bergsten*, red. S. Kroll i in., Alphen aan den Rijn 2011, s. 455.

[5] Pojęcie „zdatność arbitrażowa” zostało wprowadzone do polskiego języka prawniczego niedawno. Zaproponował je w 2005 r. A.W. Wiśniewski. Zob.: A.W. Wiśniewski, *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sądy polubowne – struktura problemu (cz. 1.)*, „Prawo Spółek” 2005, nr 4, s. 10.

blicznego oraz różnym nastawieniem do instytucji arbitrażu. Zgodnie ze znowelizowanymi w 2005 r. przepisami k.p.c.[6], zdatność arbitrażową, na podstawie art. 1157, mają spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe, mogące być przedmiotem ugody, z wyjątkiem spraw o alimenty. Na mocy przepisów szczególnych ustawodawca wyłączył zdatność arbitrażową sporów w przedmiocie uznania postanowień wzorca umowy za niedozwolone[7] oraz w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych[8].

II. Szereg okoliczności wynikających z uwarunkowań arbitrażu powoduje, że jest on szybszym i przyjemniejszym sposobem rozstrzygania sporów, niż postępowanie przed sądem państwowym. W określonych okolicznościach może być także znacząco wypłynąć na obniżenie kosztów, związanych z egzekwowaniem prawa. Nie jest jednak prawdą, że samo postępowanie przed sądem polubownym jest tanie lub tańsze niż poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego. Dokonując globalnej oceny kosztów związanych z postępowaniem arbitrażowym, należy jednak pamiętać, że dla przedsiębiorców pojęcia „koszt" i „zysk" nie zawsze wiążą się bezpośrednio z określoną sumą pieniężną[9]. Istotne znaczenie mają także czas poświęcony na rozstrzygnięcie sporu, wpływ postępowania na pozycję rynkową przedsiębiorcy oraz przyszłe kontakty gospodarcze z podmiotem, który jest oponentem procesowym. Wśród cech charakterystycznych arbitrażu wymienia się taką, która przez zwolenników sądownictwa polubownego traktowana jest jako zaleta, a przez resztę jako wada. Zasada, że postępowanie przed sądem arbitrażowym jest jednoinstancyjne, bywa przedstawiana jako okoliczność zwiększająca ryzyko wydania nieprawidłowego orzeczenia, które nie podlega kontroli organu wyższej instancji. Z drugiej strony podkreśla się, że przyspiesza to znacznie procedurę rozstrzygania sporu. Dla stron istotne znaczenie mają także bardziej elastyczne zasady

[6] Ustawą z 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2005 r. Nr 178, poz. 1478), uchylono dotychczasowe przepisy, dotyczące postępowania przed sądem polubownym, zawarte w Księdze III, pierwszej części k.p.c.

[7] Zgodnie z art. 479^{41}k.p.c., w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, sąd nie może wydać wyroku tylko na podstawie uznania powództwa, niedopuszczalne jest także zawarcie w tym przypadku ugody.

[8] Na mocy art. 477^{12} k.p.c., w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych nie jest dopuszczalne zawarcie ugody.

[9] T. Wardyński, *Arbitraż a koszty konfliktu*, [w:] *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*, red. M. Łaszczuk i in., Warszawa 2012, s. 653 i nast.

postępowania, które w całości mogą być wynikiem porozumienia stron. Arbitraż jest wybierany często przez wzgląd na kompetencje arbitrów, którzy są wybierani do rozstrzygnięcia konkretnego sporu. Kolejną cechą charakterystyczna arbitrażu jest poufność postępowania. Zachowanie w tajemnicy okoliczności, w związku z którymi doszło do sporu, podnoszonych w trakcie rozprawy argumentów oraz samego rozstrzygnięcia, umożliwi przedsiębiorcy utrzymanie dotychczasowej pozycji rynkowej i określonej renomy. Minimalizuje to także ryzyko, że osoby trzecie, zachęcone przebiegiem postępowania, zaczną wytaczać kolejne powództwa w podobnych stanach faktycznych.

Mając na uwadze wady i zalety arbitrażu w literaturze podkreśla się, że w sporach o charakterze międzynarodowym, arbitraż handlowy jest bezkonkurencyjny w stosunku do postępowania przed sądem powszechnym[10]. Na taką ocenę wpływa neutralny charakter forum do rozstrzygania sporu, co eliminuje uprzywilejowanie jednej ze stron. Dotyczy to sytuacji, w których, przykładowo, wówczas, gdy postępowanie toczy się przed sądami państwa, w którym siedzibę ma tylko jedna ze stron sporu. Zwykle o jurysdykcji będzie rozstrzygać miejsce siedziby pozwanego. Z punktu widzenia powoda, zarówno przepisy prawa procesowego, jak i materialnego, są obce. Obcy, nawet jeżeli dobrze znany, pozostaje także język postępowania, w którym sąd wydaje wyrok. Arbitraż gwarantuje także zachowanie neutralności składu orzekającego. Strony mogą wskazać arbitrów, będących obywatelami innych państw niż te, z których pochodzą strony sporu. Postępowanie przed sądem polubownym w sprawach z elementem obcym, umożliwia uniknięcie multiplikacji jurysdykcji, co wpłynie korzystnie na koszty rozstrzygania sporu oraz czas, w którym do tego dojdzie. Jak wynika z danych udostępnionych przez najbardziej renomowany stały sąd arbitrażowy o globalnym wymiarze, Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy przy Międzynarodowej Izbie Handlowej[11], spory z udziałem polskich podmiotów pojawiają się często. Dane te są wręcz zaskakujące, biorąc pod uwagę stosunkowo niewielkie zainteresowanie arbitrażem w wymiarze krajowym[12]. Wedle

[10] A. Szumański, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego*, [w:] *System prawa handlowego*, t. 8: *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2011, s. 26.

[11] Więcej informacji na temat instytucji znajduje się na stronie internetowej www.iccpolska.pl.

[12] P. Nowaczyk, *Sąd arbitrażowy przy KIG w latach 2006–2009*, [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski i in., Warszawa 2010, s. 872 i nast.

danych z 2008 r.[13], Polska zajmowała 16. miejsce w kategorii najczęściej występujących narodowości wśród stron postępowania, Warszawa była na 11. miejscu wśród najczęściej wybieranych miejsc arbitrażu, prawo polskie było 8. najczęściej wybieranym, a język polski znalazł się na 9. pozycji. W 2006 r. zajął on 4. miejsce, zaraz po języku angielskim, francuskim i hiszpańskim.

Mimo że w przypadku sporów z elementem obcym, arbitraż zdaje się mieć więcej zalet niż wad, należy wziąć pod uwagę ewentualne problemy związane z faktem, iż nie zawsze strony postępowania zechcą wykonać wyrok dobrowolnie. W opisanym przypadku strona może skorzystać z procedury, odpowiednio, uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego. W przypadku sporów z elementem obcym, wykonanie wyroku sądu polubownego ma miejsce w innym państwie niż to, które było siedzibą arbitrażu. Cyrkulację orzeczeń arbitrażowych, które zapadły w kraju innym niż ten, w którym żąda się uznania lub wykonania wyroku, ułatwia Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych (dalej Konwencja nowojorska)[14]. Przepisy wspomnianej umowy międzynarodowej wpisują się w tradycję regulacji przychylnych arbitrażowi. W art. V Konwencji nowojorskiej, wyliczono kilka przesłanek, upoważniających sąd państwowy do odmowy uznania lub wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego. Jedną z uwzględnionych przeszkód jest stwierdzenie przez sąd kraju, w którym postawiono żądanie uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego, że według prawa tego kraju, przedmiot sporu nie może być rozstrzygnięty w drodze arbitrażu[15]. Odmienność krajowych regulacji, dotyczących zdatności arbitrażowej sporu, może zatem doprowadzić do odmowy wykonania lub uznania zagranicznego wyroku arbitrażowego przez sąd danego państwa. Wspomniany przepis Konwencji nowojorskiej można jednak potraktować jedynie jako punkt wyjścia do dyskusji na temat zasad, wedle których należy dokonywać ustalenia prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu.

III. W literaturze przedmiotu wylicza się kilka zagadnień związanych z arbitrażem, które wymagają odrębnego omówienia przez pryzmat

[13] Dane za: A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, *Źródła prawa o arbitrażu handlowym-polskiego i międzynarodowego*, [w:] *System prawa handlowego*..., s. 83.

[14] Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 r. (dalej Konwencja nowojorska), Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41.

[15] Art. V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej.

prawa prywatnego międzynarodowego. Prawo właściwe należy ustalić dla: umowy o arbitraż, zdolności arbitrażowej stron umowy o arbitraż, umowy stron sporu z arbitrem, przedmiotu sporu, postępowania arbitrażowego, a także dla zdatności arbitrażowej[16].

Mimo że przedmiotem niniejszego artykułu jest ustalanie prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu, warto zwrócić uwagę na przepisy polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym w kontekście prawa właściwego dla umowy o arbitraż. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r. nie zawierała żadnych norm, których hipoteza odnosiłaby się wprost do arbitrażu[17]. W nowej polskiej ustawie, Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.[18], problematyce kolizyjno-prawnej arbitrażu poświęcono osobny rozdział. Mimo że nie rozstrzygnięto w jego ramach kompleksowo o wszystkich wymienionych powyższej kwestiach, uchwalenie przepisów poświęconych arbitrażowi stanowi postęp w stosunku do poprzednio obowiązującej ustawy. Rozdział 8 nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe składa się z dwóch artykułów. Przedmiotem ich regulacji jest prawo właściwe dla umowy o arbitraż oraz jej forma. Zgodnie z art. 39, umowa o arbitraż podlega prawu wybranemu przez strony. W przypadku braku wyboru prawa, umowa ta podlega prawu państwa, w którym znajduje się uzgodnione przez strony miejsce arbitrażu. Jeżeli strony go nie uzgodniły, wówczas umowa o arbitraż podlega prawu właściwemu dla stosunku prawnego, którego spór dotyczy. Wystarczy jednak, jeżeli umowa jest skuteczna według prawa państwa, w którym postępowanie arbitrażowe się toczy lub w którym sąd arbitrażowy wydał orzeczenie. Treść tych przepisów realizuje postulaty zgłaszane przez przedstawicieli polskiej doktryny[19]. Artykuł 40 przewiduje, że forma umowy o arbitraż podlega prawu państwa miejsca arbitrażu. Wystarczy jednak za-

[16] J. Poczobut, *Zagadnienia kolizyjno-prawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, [w:] *System prawa handlowego*..., s. 141. J. Balcarczyk wylicza cztery takie zagadnienia. Wymienia wśród nich: postępowanie przed sądem polubownym wraz z problematyką składu; stosunki prawne między arbitrami i stronami; podstawę rozstrzygnięcia sprawy oraz konieczność ustalenia prawa właściwego dla samej umowy o arbitraż. J. Balcarczyk, *Wybrane problemy związane z projektem ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, „Rejent" 2009, nr 7–8, s. 11.

[17] Ustawa z 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. z 1965 r. Nr 46, poz. 290.

[18] Ustawa z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432.

[19] M. Pazdan, *Prawo właściwe do oceny zapisu na sąd polubowny*, „Rejent" 2003, nr 10, s. 182; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 94.

chowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, któremu umowa o arbitraż podlega.

Przepisy te, mimo że rozstrzygają jedynie o wybranych problemach kolizyjno-prawnych związanych z arbitrażem, wypełniają pewną lukę. Otóż kwestia prawa właściwego dla umowy o arbitraż oraz jej formy, znalazła się poza przedmiotem uregulowania zarówno Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych[20], jak i Rozporządzenia w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)[21].

Prawo właściwe dla pozostałych kwestii wyliczonych powyżej, ustalane jest przede wszystkim w oparciu o przepisy umów międzynarodowych. Podstawowe znaczenie w tym kontekście mają takie źródła prawa, jak Konwencja nowojorska oraz Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym (dalej Konwencja europejska)[22]. Jeżeli w regulacjach międzynarodowych brak jest miarodajnych norm kolizyjnych, należy odszukać prawo właściwe na podstawie przepisów prawa krajowego[23].

IV. Ustawodawca polski nie uchwalił przepisów, w oparciu o które należy ustalić prawo właściwe dla zdatności arbitrażowej sporu. Podobna luka występuje w wielu ustawodawstwach, a do rzadkości należą sytuacje odmienne[24]. Prawdopodobnie we względu na tę prawidłowość, w literaturze pojawiło się stanowisko, wedle którego prawo stanowiące statut umowy o arbitraż, obejmuje zakresem także kwestię zdatności arbitrażowej sporu[25]. Dominujący jest jednak pogląd odmienny[26].

---

[20] Konwencja rzymska o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otworzona do podpisu w Rzymie 19 czerca 1980 r., Dz.Urz. UE C 169, 08.07.2005, s. 10.

[21] W art. 1 ust. 2 lit. e., wyraźnie wyłączono z zakresu obowiązywania rozporządzenia zapisy na sąd polubowny. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz. Urz. UE L 177, 04.07.2008, s. 6.

[22] Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie 21 kwietnia 1961 r., Dz.U. z 1964 r. Nr 40, poz. 270.

[23] T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit*., s. 75.

[24] Do wyjątków należy prawo hiszpańskie, które zawiera reguły umożliwiające ustalenie prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej. J. Poczobut, *op. cit*., s. 171.

[25] B. Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favour arbitrandum*: *un réexamen*, „Journal du Droit International" 1994, s. 909.

[26] T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit*., s. 97.

Całkowity brak lub nazbyt ogólny charakter przepisów, zarówno krajowych, jak i norm prawa międzynarodowego, powoduje, że rozstrzygnięcie wedle jakiego prawa należy oceniać zdatność arbitrażową sporu, odbywa się w drodze wykładni systemowej lub doktrynalnej. Regulacje w przedmiotowym zakresie zawiera co prawda Konwencja nowojorska oraz Konwencja europejska, jednak ich przepisy mogą być stosowane jedynie na wybranych etapach postępowania arbitrażowego i postarbitrażowego. Wybór odpowiedniego łącznika lub łączników, umożliwiających ustalenie prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej, jest przedmiotem nieustającej dyskusji. Jest ona co prawda interesująca, ale także frustrująca[27], ze względu na brak zgodności co do optymalnego rozwiązania. Wyjątkowo trafna jest uwaga, że „panuje zgodność, co do tego, iż brak zgodności stanowi jedyny wspólny mianownik, który można odnaleźć pomiędzy stanowiskiem arbitrów, sądów krajowych i przedstawicieli doktryny w przedmiocie prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu"[28]. W literaturze prezentuje się kilka różnych kryteriów, które mogą być podstawą do ustalenia prawa właściwego dla tej instytucji[29]. Wylicza się wśród nich: prawo ojczyste strony lub jednej ze stron umowy o arbitraż; prawo właściwe dla stosunku prawnego, do którego odnosi się umowa o arbitraż; prawo obowiązujące w siedzibie sądu arbitrażowego; prawo państwa, którego sąd byłby kompetentny do rozstrzygnięcia sporu w braku umowy o arbitraż; prawo państwa, w stosunku do którego zachodzi największe prawdopodobieństwo, że będzie miejscem wykonania orzeczenia arbitrażowego; prawo właściwe dla umowy o arbitraż; kumulatywnie stosowane prawo ojczyste strony lub jeden ze stron umowy o arbitraż oraz prawo właściwe dla umowy o arbitraż.

---

[27] G. Herrmann, *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration*, [w:] *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, ed. J.D.M. Lew, L. A. Mistelis, Alphen aan den Rijn 2007, s. 235.

[28] K.H. Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, [w:] *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ed. P. Sanders, Deventer–Boston 1987, s. 177.

[29] Zostały one zebrane m.in. w: J.D. M. Lew, L.A. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haga 2003, s. 196. Przytoczeni autorzy przedstawiają osiem, nie siedem, kryteriów ustalania prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej. Uważam jednak, że rozwiązanie, by oceniać ją wedle powszechnie stosowanych i uznawanych za podstawowe zasad prawa, nie powinno znaleźć się w tym wyliczeniu, gdyż nie prowadzi do wyodrębnienia łącznika normy kolizyjnej, co stanowi natomiast cechę wspólną pozostałych koncepcji.

Opowiadano się także za oderwaniem instytucji zdatności arbitrażowej od wszelkich krajowych porządków prawnych i stosowaniem dla jej oceny zasad prawa powszechnie stosowanych i uznawanych za podstawowe. Opracowywano także sposoby ustalenia prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu z pominięciem konieczności jednoznacznego wyboru któregoś z proponowanych łączników. Postulowano, przykładowo, by oceniać przedmiotową kwestię z uwzględnieniem domniemania na korzyść zdatności arbitrażowej, chyba że jej brak jasno wynika z norm prawa właściwego dla stosunku będącego przedmiotem sporu oraz prawa obowiązującego w miejscu arbitrażu. Proponowano także ustalanie prawa właściwego w oparciu o „punkt ciężkości" danej sprawy i ustalenie, z którym systemem prawnym wykazuje ona najbliższy związek. Zaproponowano także metodę teleologiczną, zakładającą, że w procesie ustalania prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu najważniejsze jest uwzględnienie autentycznej woli stron, potrzeb międzynarodowego handlu oraz społeczności arbitrażowej[30]. Autor metody podkreśla słabe punkty innych koncepcji wskazując, że jednoznaczne kryteria prowadzące do ustalenia prawa właściwego szybko ulegną dezaktualizacji, ze względu na dynamikę stosunków gospodarczych o międzynarodowym charakterze. Dodaje także, że rozwiązanie oparte na odszukiwaniu w sprawie jej najważniejszego elementu, „punktu ciężkości", jest bezużyteczne w przypadku sporów o prawdziwie międzynarodowym charakterze. Podkreśla, że w przypadku arbitrażu międzynarodowego nie powinno się oceniać sprawy przez pryzmat wyłącznie jednej jurysdykcji. Metoda teleologiczna, zdaniem autora, mimo że wymaga więcej pracy od sędziów, jest najlepszym narzędziem do rozwiązywania takich problemów, jak kwestia prawa właściwego do oceny zdatności arbitrażowej sporu. Tego typu rozwiązania skutkują brakiem pewności prawa, a aspekt ten nabiera szczególnego znaczenia w arbitrażu z jakkolwiek zdefiniowanym elementem obcym. Strony postępowania powinny móc ocenić, czy spór ma zdatność arbitrażową i czy wyrok arbitrażowy będzie podlegał wykonaniu we wskazanym państwie, a nie jedynie przypuszczać, jak wypowie się w tej sprawie sąd. Założenia metody teleologicznej powinny stanowić dyrektywę

[30] F. Gonzalez de Cossio, *The Problem of the Relevant Arbitrability*, publikacja dostępna na stronie www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Problem%20of%20Relevant%20Arbitrability.pdf, nie podano daty publikacji. Doktryna w zasadzie nie odnosi się do tej teorii, wspominam jednak o niej ze względu na reputację jej autora, który cieszy się opinią doskonałego i doświadczonego praktyka w dziedzinie arbitrażu międzynarodowego.

dla racjonalnego ustawodawcy, który tworząc regulacje prawne winien uwzględniać ich cel oraz sytuację i oczekiwania adresatów normy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby normy, będące podstawą do ustalania prawa właściwego dla oceny zdatności arbitrażowej sporu, miały konstrukcję kaskadową.

V. Rozstrzygając o tym, jakie kryterium będzie najbardziej adekwatne do ustalenia prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej, należy wziąć pod uwagę etap postępowania, na którym do tej oceny ma dojść. Paradoksalnie prezentację tego zagadnienia zacznę od końcowego etapu, czyli od postępowania postarbitrażowego. Punktem wyjścia będzie analiza art. V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej. Podejście to jest uzasadnione kilkoma względami. Przede wszystkim, stronami tej umowy międzynarodowej, w której opisano zasady uznawania i stwierdzania wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, uwzględniając problem oceny zdatności arbitrażowej, są 149 państwa[31]. Po drugie, ze względu na powszechność obowiązywania Konwencji nowojorskiej, zasady w niej przyjęte, stanowią swoistego rodzaju wzorzec postępowania także i w takich stanach faktycznych, które nie są objęte zakresem przedmiotowym tej umowy międzynarodowej.

Zgodnie z art. V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej, może dojść do odmowy uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego, jeżeli właściwa władza kraju, w którym postawiono żądanie uznania lub wykonania stwierdzi, że według prawa tego kraju, przedmiot sporu nie może być rozstrzygnięty w drodze arbitrażu. W opisanych okolicznościach obowiązuje zatem zasada *legis fori*. Przepisy konwencji nie sugerują sądom państwowym, że mogą istnieć okoliczności, w których ocena zdatności arbitrażowej wedle *legis fori* nie znajdzie uzasadnienia. Wyrażona w cytowanym artykule zasada kreuje jednak jedynie kompetencję sądu, nie narzucając mu obowiązku wydania orzeczenia o określonej treści. Przedstawiciele doktryny zaczęli się zatem zastanawiać, czy biorąc pod uwagę relacje w zakresie jurysdykcji pomiędzy sądami państwowymi a sądami arbitrażowymi, przytoczona zasada zawsze znajdzie zastosowanie. Za okoliczność uzasadniającą zakwestionowanie bezrefleksyjnego i automatycznego stosowania przez sąd państwowy łącznika *legis fori*, uznaje się związek sprawy z systemem prawnym siedziby sądu. Podaje się także dodatkowy argument, który został sformułowany w związku z dość radykalnym postrzeganiem kwestii zdatności arbitrażowej jako

[31] Dane za: www.uncitral.org.

niemającej w ogóle charakteru materialnoprawnego[32] i traktowania jej jako instytucji skutkującej jedynie rozdzieleniem jurysdykcji sądów państwowych od arbitrażowych[33]. W ramach powyższej koncepcji można przyjąć, że zastosowanie *legis fori* jest uzasadnione wyłącznie wtedy, gdy spór, który rozstrzygnął sąd arbitrażowy byłby przedmiotem jurysdykcji sądu orzekającego o uznaniu lub wykonaniu orzeczenia arbitrażowego, gdyby nie sporządzono zapisu na sąd polubowny. Jeżeli spór stanowiący istotę sprawy nie wykazuje żadnego terytorialnego związku z państwem, w którym ma być wykonane orzeczenie sądu arbitrażowego, poza samą okolicznością złożenia stosownego wniosku w tymże państwie, nie ma zatem uzasadnienia dla ochrony jurysdykcji sądów tego państwa. Skoro nie przysługiwała im nigdy jurysdykcja w danej sprawie, nie ma zatem podstaw do jej ochrony poprzez egzekwowanie krajowych granic zdatności arbitrażowej.

Popieram postulat o rozważnym stosowaniu łącznika *legis fori*. Artykuł V ust 2 lit. a Konwencji nowojorskiej nie nakłada wcale obowiązku na sądy krajowe, by weryfikowały zdatność arbitrażową sporu wedle *legis fori*, przyznaje im jedynie kompetencję w tym zakresie. Sądy krajowe mogą zatem orzekać pozytywnie w przedmiocie uznania lub wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego, nawet jeżeli rozstrzygnięty spór nie posiada zdatności arbitrażowej wedle prawa obowiązującego w siedzibie sądu. Taka decyzja sądu może być wynikiem liberalnego podejścia do arbitrażu międzynarodowego oraz założenia, że dopóki wykonanie lub uznanie orzeczenia nie jest sprzeczne z zasadami porządku publicznego, postanowienie w tym zakresie może być pozytywne. Wiąże się to także z ocennym podejściem sądu do sporów wyłączonych spod zdatności arbitrażowej i wyróżnianiu spośród nich takich, których rozstrzygnięcie w drodze arbitrażu zawsze będzie naruszało porządek publiczny, podczas gdy w innych przypadkach konsekwencje nie są tak dalece ingerujące w tę sferę. Dokonując wykładni literalnej art. V ust. 2 lit. a, nie można sądom jednak odmówić prawa do odmowy wykonania orzeczenia w powyższych okolicznościach, ponieważ prawo do takiej decyzji, niezależnie od stopnia lub w ogóle istnienia powiązania sprawy z obszarem jurysdykcji sądu, przyznano sądom krajowym wprost w przepisach Konwencji.

---

[32] Koncepcję uważam za radykalną, ponieważ zdatność arbitrażowa jest ściśle powiązana ze sferą materialnoprawną ze względu na to, że chroni określony rodzaj stosunków materialnoprawnch.

[33] S. Brekoulakis, *Law Applicable to Arbitrability: Revisitng the Revisited lex fori*, [w:] *Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, ed. L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis, Alphen aan den Rijn 2009, s. 99.

Sąd państwowy będzie musiał ustalić prawo właściwe dla zdatności arbitrażowej także w innych okolicznościach, niż wniosek o uznanie lub wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego. Taka konieczność pojawi się także w przypadku zarzutu zapisu na sąd polubowny podniesionego przed sądem państwowym, wniosku o uchylenie krajowego orzeczenia arbitrażowego, a także w mniej częstych sytuacjach, jak udzielenie pomocy przez sąd w postępowaniu arbitrażowym toczącym się na obszarze jego jurysdykcji lub gdy postępowanie arbitrażowe nie będzie miało określonej lokalizacji. Wymienione przypadki różnią się od tych objętych zastosowaniem Konwencji nowojorskiej mniejszym stopniem „ostateczności" względem samego orzeczenia arbitrażowego. Chodzi bowiem o rozstrzygnięcie kwestii albo zanim orzeczenie zostanie w ogóle wydane, albo problemów nijako „wpadkowych", nie determinujących losów samego orzeczenia sądu polubownego. Powoduje to konieczność zastanowienia się, czy praktyka odpowiedniego stosowania art. V ust. 2 lit. a Konwencji nowojorskiej jest w takich przypadkach uzasadniona.

Pierwsza sytuacja to rozstrzyganie o prawie właściwym dla zdatności arbitrażowej przez sąd państwowy na etapie zanim wyrok sądu polubownego został wydany, czyli w przypadku podniesienia przed sądem państwowym zarzutu zapisu na sąd polubowny. Zgodnie z art. VI ust. 2 zd. drugie Konwencji europejskiej, sąd w którym wszczęto sprawę, może nie uznać umowy o arbitraż, jeżeli wedle prawa jego kraju dany spór nie może być przedmiotem rozpoznania arbitrażowego. Ta norma kolizyjna jest miarodajna do ustalenia istnienia i ważności umowy o arbitraż, powstaje więc pytanie, czy dotyczy bezpośrednio kwestii zdatności arbitrażowej. Można odnieść wrażenie, że w literaturze przedmiotu zbyt łatwo utożsamia się instytucję zdatności arbitrażowej z ważnością umowy[34]. Myśl ta zostanie rozwinięta poniżej.

Na przestrzeni lat i obserwacji orzeczeń sądowych, ukształtowało się kilka koncepcji. Proponowano, by stosować odpowiednio art. V ust. 1 lit. a Konwencji nowojorskiej, zgodnie z którym sąd na wniosek strony odmawia wykonania lub uznania orzeczenia arbitrażowego m.in. w przypadku, gdy umowa o arbitraż jest nieważna wedle prawa kraju, w którym orzeczenie arbitrażowe zostało wydane. Odpowiednie stosowanie polegałoby na stosowaniu prawa państwa, w którym orzeczenie arbitrażowe zostałoby wydane, gdyby doszło do postępowania polubownego[35]. Spośród innych koncepcji można wspomnieć o stosowaniu

[34] Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, s. 130 i 131.

[35] A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Interpretation Model*, Deventer–Antwerp–Boston 1981, s. 126.

prawa ojczystego stron sporu, a także prawa, wedle którego oceniano ważność umowy o arbitraż. Zaproponowano też rezygnację z oceny zagadnienia przez pryzmat jakiegokolwiek krajowego porządku prawnego na rzecz stosowania reguł konwencyjnych, co jest trudne o tyle, że w przypadku Konwencji nowojorskiej, odnoszą się one wprost jedynie do braku zdatności arbitrażowej już rozstrzygniętego sporu[36].

Przychylam się do poglądu, by w takich przypadkach stosować *legem fori*, z uwzględnieniem wszystkich zastrzeżeń poczynionych w odniesieniu do etapu wydania przez sąd postanowienia w przedmiocie orzekania o uznaniu lub wykonaniu orzeczenia arbitrażowego wydanego za granią. W taki sam sposób rozstrzygnęłabym problem w odniesieniu do uchylenia przez sąd państwowy orzeczenia arbitrażowego krajowego o charakterze międzynarodowym.

VI. W ramach powyższy rozważań, nie można pominąć analizy problemu z perspektywy arbitra. To on, a nie sąd państwowy, będzie w pierwszej kolejności ustalał, czy jest kompetentny do rozstrzygnięcia sporu. W literaturze można spotkać stanowisko, że „dla arbitra nie jest ważne to, czy spór posiada zdatność arbitrażową, ale to, że strony chcą go poddać pod arbitraż"[37]. Uważam jednak, że do obowiązków arbitra, wiążących się z dochowaniem należytej staranności przy świadczeniu usługi, należy poinformowanie stron o ewentualnych trudnościach, które mogą się pojawić na etapie przymusowego wykonania orzeczenia. Jeżeli pomimo takiej informacji, strony są gotowe podjąć ryzyko, wówczas rzeczywiście dla arbitra najważniejsza powinna być wola stron.

W odniesieniu do etapu postępowania przed arbitrem, nie można mówić o stosowaniu *legis fori,* prawa obowiązującego w siedzibie władzy orzekającej, ponieważ sąd arbitrażowy tak rozumianego *fori* nie posiada. W miejscu siedziby orzekania arbitra obowiązuje natomiast *lex loci arbitrii*. Prawdą jest, że *lex fori* do l*ex loci arbitrii* mają się do siebie tak, jak postępowanie przed sądem państwowym do postępowania arbitrażowego[38]. Podkreśla się, że *lex loci arbitrii* powinno być stosowane jedy-

[36] Szerzej i przekrojowo: B. Hanotiau, *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, „Arbitration International" 1996, Vol. 12, No. 4, s. 391.

[37] H. Pamboukis, *On Arbitrability: Arbitrator as a Problem Solver*, [w:] *Arbitrability. International and Comparative Perspektives*, ed. L.A. Mistelis, S. Brekoulakis, Alphen aan den Rijn 2008, s. 130.

[38] S. Brekoulakis, *Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (Diminishing) Relevance of "Lex Fori" and "Lex Loci Arbitri"*, [w:] *Conflict of Laws in International Arbitration*, ed. F. Ferrari, S. Kroll, Munich 2011, s. 117.

nie wówczas, gdy rozstrzygany spór jest powiązany z miejscem siedziby arbitrażu[39]. Jeżeli miejsce to będzie także miejscem wykonania orzeczenia arbitrażowego, znacznie maleje ryzyko uwzględnienia przez sąd ewentualnego wniosku o uchylenie orzeczenia. Mimo iż dyskusyjne jest, czy arbiter ma obowiązek brać pod uwagę treść prawa, obowiązującego w prawdopodobnym miejscu wykonania orzeczenia, podkreślam raz jeszcze, że należyta staranność w świadczeniu tego typu usług nakłada na arbitra taką powinność. W niektórych stanach faktycznym będzie zatem uzasadnione, by arbiter brał pod uwagę prawo prawdopodobnego miejsca wykonania orzeczenia. Sądy arbitrażowe powinny w tym zakresie kierować się przede wszystkim pragmatyzmem i potrzebami gospodarczymi stron sporu[40].

VII. Z przedmiotowym zagadnieniem wiąże się jeszcze jeden bardzo ważny problem. Niektórzy przedstawiciele doktryny zdają się nie zauważać w aspekcie kolizyjno-prawnym żadnej różnicy pomiędzy tzw. *contractual arbitrability* (ang.), obejmującą kwestie istnienia umowy o arbitraż, ważności i jej zakresu, a instytucją zdatności arbitrażowej. Konsekwencją takiego rozumowania jest stwierdzenie, że kwestię zdatności arbitrażowej rozstrzyga prawo, wedle którego ocenia się ważność umowy o arbitraż. Należy się zgodzić, że konsekwencją braku zdatności arbitrażowej będzie co najmniej bezskuteczność umowy o arbitraż. Nie oznacza to jednak wcale, że kwestie te są tak samo traktowane w płaszczyźnie prawa prywatnego międzynarodowego. Jest wręcz przeciwnie! Ustalanie prawa właściwego dla tych dwóch kwestii odbywa się na podstawie dwóch odmiennych norm kolizyjnych, mimo że w efekcie ich stosowania może się okazać, iż wskazują na prawo tego samego państwa[41].

VIII. Pojawiające się do tej pory w polskiej literaturze opracowania przedmiotowego tematu, cechuje lakoniczność i brak rozważań odnoszących się do poszczególnych etapów postępowania arbitrażowego. Dodatkowo pomija się w nich arbitra jako podmiotu, który także, poza sądem państwowym, bada zdatność arbitrażową sporu. Wyczerpująco temat ujął natomiast A.W. Wiśniewski[42]. Zaproponował czytelną kaska-

[39] S. Brekoulakis, *Law Applicable*..., s. 111.

[40] S. Brekoulakis, *Arbitrability and conflict*..., s. 134 i 135.

[41] K.P. Berger, *Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?*, [w:] *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series*, ed. A.J. van den Berg, Haga 2007, s. 303 i 303.

[42] A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy*..., s. 188.

dę łączników, w oparciu o które należy ustalać prawo właściwe do oceny zdatności arbitrażowej, uwzględniając rożne etapy postępowania przed sądem polubownym. Oddzielnie traktuje sytuację, w której chodzi o uznanie lub wykonanie w Polsce zagranicznego orzeczenia arbitrażowego i postuluje, by w tym przypadku bezwzględnie stosować *legem fori*. Dla innych okoliczności, takich jak uchylenie wydanego w Polsce wyroku sądu arbitrażowego, zarzut zapisu na sąd polubowny podniesiony przed polskim sądem państwowym albo udzielenie pomocy w funkcjonowaniu arbitrażu toczącego się w Polsce lub niemającego określonej lokalizacji, autor opowiada się za następującą kaskadą łączników. Jeżeli spór należy do wyłącznej jurysdykcji polskich sądów albo prawo polskie jest wedle polskiej normy kolizyjnej właściwe dla przedmiotu sporu, należy stosować łącznik *legis fori*. W odniesieniu do reszty przypadków właściwe będzie, zdaniem autora, w pierwszej kolejności prawo wybrane przez strony dla oceny zdatności arbitrażowej sporu, a w braku takiego wyboru, prawo przypuszczalnego państwa uznania lub wykonania orzeczenia albo prawo najściślej związane w przedmiotem sporu. Prawo właściwe dla umowy o arbitraż można zastosować dopiero, gdy zawiodą próby podejmowane na podstawie wcześniej wymienionych łączników. Mniej usystematyzowane kryteria doboru łączników niż sąd państwowy, może stosować sąd arbitrażowy. Autor podkreśla, że arbiter jest przede wszystkim związany wolą stron, nawet jeżeli zachodzi ryzyko, iż wyrok arbitrażowy nie zostanie uznany lub wykonany. Mimo to, arbiter dążąc do skutecznego rozstrzygnięcia sporu, powinien brać pod uwagę prawo obowiązujące w miejscu arbitrażu oraz prawo państwa, w którym zachodzi prawdopodobieństwo wykonania wyroku arbitrażowego.

Dobór łączników w ramach kaskady zaproponowanej przez A.W. Wiśniewskiego uważam za przekonujący, jednak z uwzględnieniem poczynionych uprzednio uwag, zakładających możliwości odstąpienia od stosowania *legis fori* przez sąd orzekający w przedmiocie uznania lub wykonania orzeczenia zagranicznego.

IX. Podsumowując powyższe rozważania można powtórzyć przytaczaną powyżej już myśl, że „panuje zgodność co do tego, iż brak zgodności stanowi jedyny wspólny mianownik, który można odnaleźć pomiędzy stanowiskiem arbitrów, sądów krajowych i przedstawicieli doktryny w przedmiocie prawa właściwego dla zdatności arbitrażowej sporu”[43]. Sytuacja ta wpływa negatywnie na pewność prawa i nie ułatwia podjęcia

[43] K.H. Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, [w:] *Comparative Arbitration Practice and Public Policy*..., s. 177.

decyzji o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Mimo że w literaturze pojawiają się przekonujące rozwiązania tego problemu, przyjęcie ich ze własne pozostaje wyłącznie w sferze dobrowolnego uznania sądu państwowego lub arbitrażowego. Pewne standardy, wedle których ustala się prawo właściwe dla oceny zdatności arbitrażowej, zostały wypracowane dla postępowania postarbitrażowego w arbitrażu zagranicznym. Stało się to możliwe dzięki powszechności obowiązywania Konwencji nowojorskiej. Dodatkowo, jej stosunkowo wąski zakres zastosowania ułatwił ustalenie pewnego kompromisu przy dokonywaniu wykładni art. V ust. 2 lit. a. Nie bez znaczenia jest także tzw. *arbitration-friendly* (ang. przychylne arbitrażowi)[44] nastawienie członków międzynarodowej społeczności. Należy jednak podkreślić, że wciąż nie wypracowano powszechnie akceptowanej odpowiedzi na pytanie, czy sąd państwowy może ocenić zdatność arbitrażową sporu wedle innego prawa niż to, obowiązujące w siedzibie sądu a jeżeli tak, to w obliczu jakich okoliczności. Nie ma także porozumienia co do zasad, którymi powinien kierować się arbiter ustalając prawo właściwe dla zdatności arbitrażowej sporu. Jak wynika z zaprezentowanego przeglądu stanowisk doktryny, wykładnia obowiązujących przepisów nie pozwala dojść do jednoznacznych i spójnych wniosków. Być może jest to zatem odpowiedni czas, by naukowa dyskusja przeistoczyła się w propozycję konkretnych rozwiązań legislacyjnych.

[44] Termin ten jest tak często i powszechnie wykorzystywany w literaturze przedmiotu, że autorzy coraz rzadziej objaśniają jego znaczenie. Cechy prawa, jurysdykcji oraz środowiska *arbitration-friendly* zob.: M. Blessing, *Drafting Arbitration Cluses*, [w:] *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, WIPO, Geneva 1994, s. 112 i nast.

Jacek Zygmunt Szwaja

ORGANIZOWANIE RODZINNEJ PIECZY ZASTĘPCZEJ JAKO PROCES ADMINISTROWANIA (UWAGI W ZWIĄZKU Z ART. 72 UST. 2 KONSTYTUCJI RP)

Zgodnie z art. 72 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. „Dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych”[1]. Powyżej wskazane prawo zawarte w katalogu wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych[2], ujmowanych w ramach tradycyjnego podziału praw człowieka jako tzw. prawo drugiej generacji[3], jest normą, której realizacja nakłada na władze publiczne szereg obowiązków. Ich prawidłowe wykonanie wymaga nie tylko odpowiedniej regulacji prawnej, ale przede wszystkim właściwego i prawidłowego procesu stosowania owej regulacji. Omawiając sposób ujmowania tych praw w poszczególnych tradycjach konstytucyjnych podkreśla się, że wskazane prawa uznawane są „nie tyle za prawa podmiotowe jednostki, ile bardziej za cele polityki państwa”[4]. Ograniczając dalsze rozważania do prawa wymienionego w art. 72 ust. 2 Konstytucji RP, należy zająć stanowisko co do stosowania powyższego przepisu. W szczególności ustalenia wymaga, czy wskazany przepis stosuje się

---

1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 z zm. (dalej Konstytucja RP).

2 Art. 64–76 Konstytucji RP.

3 Na temat podziału praw człowieka zob. np.: B. Gronowska, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, J. Galster, B. Gronowska, A. Bień-Kacała, W. Szyszkowski, Toruń 1998, s. 83.

4 *Ibidem*.

bezpośrednio, czy też niezbędne jest tutaj pośrednictwo innych norm ustawowych.

Rozważając tę kwestię z punktu widzenia „władz publicznych" należy zaznaczyć, że w aktualnym stanie prawnym problematyka rodzinnej pieczy zastępczej regulowana jest przepisem ustawy zwykłej. W tym stanie rzeczy zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji RP doznaje ograniczenia, w szczególności nie ma miejsca samoistne stosowanie ustawy zasadniczej. Można natomiast mówić o współstosowaniu konstytucji. W takim wypadku norma konstytucyjna zawarta w art. 72 ust. 2 Konstytucji RP będzie stosowana jednocześnie z ustawą zwykłą[5].

Inaczej kształtuje się kwestia stosowania przepisu, gdy rozważać ją z pozycji dziecka jako adresata powyższej normy. W tym wypadku „stosowanie" polega w istocie na „skorzystaniu z upoważnień udzielonych adresatowi normy"[6]. Uwzględniając powyższy pogląd przyjmuję, że zgodnie z zasadą bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych[7], jak i z treścią art. 81 Konstytucji RP, prawa dziecka określonego w art. 72 ust. 2 Konstytucji RP można dochodzić bezpośrednio wykorzystując konstytucyjnie określone środki ochrony wolności i praw[8]. Inaczej kwestia ta była ujęta w Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z 17 marca 1921 r.[9] W konstytucji tej art. 103 *ab initio* stanowił „Dzieci bez dostatecznej opieki rodzicielskiej, zaniedbane pod względem wychowawczym – mają prawo do opieki i pomocy państwa w zakresie oznaczonym ustawą". W konstytucjach z roku 1935[10] i 1952[11] omawiane prawo nie było wyróżnione.

Powyższe uwagi stanowić mogą punkt wyjścia do bliższej analizy wskazanego prawa. Opieka i pomoc, o której mowa w art. 72 ust. 2 Konstytucji RP, jest udzielana w różnym zakresie i formach. Wśród nich naczelne miejsce przypada instytucji prawnej[12], jaką jest piecza zastęp-

---

5 Zagadnienie form bezpośredniego stosowania konstytucji omawia W. Jakimowicz, *Bezpośrednie stosowanie przepisów konstytucji przez organy administracji publicznej*, cz. 1: *Stosowanie prawa przez organy administracji publicznej*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2008, nr 5, s. 17–20.

6 J. Galster, *Propedeutyka wiedzy o konstytucji*, [w:] *Prawo konstytucyjne*..., s. 33.

7 Art. 8 ust. 2 Konstytucji RP.

8 Art. 77–80 Konstytucji RP.

9 Dz.U. RP Nr 44, poz. 267.

10 Ustawa konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 r., Dz.U. Nr 30, poz. 227.

11 Ustawa z 22 lipca 1952 r. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. Nr 33, poz. 232 ze zm.

12 Pojęcie instytucji jest tutaj używane w znaczeniu instytucji-mechanizmu, będącej, jak ujmuje to H. Kupiszewski „wiązką reguł prawnych rządzących pew-

cza. Jako instytucja prawna stanowiła ona i stanowi obecnie przedmiot regulacji przede wszystkim w obrębie prawa rodzinnego w ścisłym znaczeniu, jak i norm z zakresu prawa administracyjnego, składających się na prawo dotyczące rodziny[13].

W strukturze Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[14], według stanu prawnego na dzień 1 stycznia 2012 r., regulacja prawna dotycząca pieczy zastępczej została wyraźnie zaznaczona i poszerzona, a przepisy k.r.o. zawierają obecnie „zręby uregulowań odnoszących się do tworzenia i funkcjonowania rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka i instytucjonalnych form pieczy zastępczej"[15].

W odniesieniu do zasad i form opieki nad rodziną i dzieckiem, w tym pieczy zastępczej, w dalszym ciągu dominują jednak unormowania z obszaru prawa administracyjnego. Taki stan prawny istnieje, mimo że powyższa regulacja pełni wobec norm prawa rodzinnego i przepisów k.r.o. rolę służebną, umożliwiając realizację jego celów w zakresie pieczy nad dzieckiem, w przypadku, gdy piecza ta w różnych sytuacjach i z różnych przyczyn nie jest wykonywana przez rodziców, w następstwie czego ma charakter zastępczy[16].

Przepisy administracyjne dotyczące rodziny, poczynając od 1 stycznia 2012 r., zostały wzbogacone o nową regulację. Zawarta jest ona w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej[17]. Istotnym motywem podjęcia i wprowadzenia tej regulacji było przekonanie, wyrażone w uzasadnieniu rządowego projektu wskazanej ustawy, że dotychczasowy model realizacji pieczy nad dzieckiem i rodziną i jego

ną instytucją-organem lub określoną sytuacją prawna". H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1968, s. 26 (za: B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne*, Warszawa 2010, s. 104).

13 Według M. Andrzejewskiego, prawo dotyczące rodziny jest to zbiór norm należących do różnych gałęzi prawa wyodrębniony według kryterium funkcji, jaką jest ochrona rodziny. M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 5.

14 Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r. poz. 788 z zm. (dalej k.r.o.).

15 M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 160.

16 Problematykę pieczy zastępczej jako instytucji prawa rodzinnego oraz postępowania w sprawach z zakresu pieczy zastępczej omawia szczegółowo M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 160–178 oraz 181–182.

17 Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst pierwotny: Dz.U. Nr 149, poz. 887; zmiany: Dz.U. z 2011 r. Nr 288, poz. 1690, Dz.U. z 2012 r. poz. 579, Dz.U. z 2012 r. poz. 1519; tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 135; zmiany: Dz.U. z 2013 r. poz. 154, Dz.U. z 2013 r. poz. 866) (dalej ustawa).

instrumenty wymagają zmian. Uznano też, że nowy system winien być odrębnym elementem polityki rodzinnej państwa, uregulowanym nowym, systemowym aktem prawnym w sposób kompleksowy regulującym problematykę wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej[18].

Treść art. 72 ust. 2 Konstytucji RP uzasadnia zwrócenie uwagi na instytucję pieczy zastępczej z punktu widzenia działań podejmowanych w tej dziedzinie przez władze publiczne. W obowiązującym stanie prawnym organizowanie pieczy zastępczej jest zadaniem powiatu[19]. Na tej jednostce samorządu terytorialnego spoczywa więc obowiązek podejmowania i prowadzenia działań, o których mowa w wskazanym przepisie Konstytucji RP. Zasadne jest więc rozważenie, jak zakwalifikować owe działania. W szczególności należy rozstrzygnąć, czy mamy tu do czynienia z procesem administrowania, czy też owe działania mają inny charakter. Według B. Adamiak, „w doktrynie prawa i postępowania administracyjnego znaczenia pojęć „proces", „procedura", „postępowanie administracyjne" są sporne[20]. Co do pojęcia „proces administrowania", autorka przytoczyła stanowisko K. Jandy-Jendrośki i J. Jendrośki, którzy stwierdzili, że jest to „ciąg działań organów administrujących w państwie w zakresie realizacji zadań administracji państwowej, np. ciąg działań w zakresie organizacji usług, ciąg działań kontrolnych, koordynacyjnych, itd. Pojęcie to obejmuje kierunki działania administracji, regulowane zarówno prawem administracyjnym, ustrojowym, jak i prawem materialnym i proceduralnym"[21]. Przyjmując powyższe rozumienie „procesu administrowania" uważam, że można o nim mówić w odniesieniu do organizowania pieczy zastępczej. W obecnym stanie prawnym, w odróżnieniu od poprzedniej regulacji dotyczącej opieki nad rodziną i dzieckiem[22], zasady i formy sprawowania pieczy zastępczej oraz pomocy w usamodzielnianiu jej pełnoletnich wychowanków realizowane są w ramach systemu pieczy zastępczej. System ten „to zespół osób, instytucji i działań mających na celu zapewnienie czasowej opieki i wychowania dzieciom w przypadkach niemożności sprawowania opie-

[18] Rządowy projekt ustawy o wspieraniu rodzin zastępczych i systemie pieczy zastępczej – uzasadnienie s. 2 (druk sejmowy nr 3378 wniesiony 17 września 2010).

[19] Art. 32 ust. 2 ustawy.

[20] B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 98.

[21] K. Jandy-Jendrośka, J. Jendrośka, *System jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 3, Wrocław 1978, s. 130 i 131. Cyt. Za: B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 98.

[22] Do 31 grudnia 2011 r. zagadnienia te regulowała ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst pierwotny: Dz.U. Nr 64, poz. 593).

ki i wychowania przez rodziców"[23]. Użycie w przytoczonym przepisie wyrazu „zespół" pozwala przyjąć, że mamy do czynienia z trzema powiązanymi ze sobą elementami systemu, jakimi są „osoby", „instytucje" i „działania", które tworzą uporządkowany układ w zakresie pieczy zastępczej. Wskazana wyżej norma ustawy, określająca pojęcie „system pieczy zastępczej", mająca, jak sądzę, charakter normy zadaniowej[24], może stanowić punkt wyjścia do dalszej analizy ciągu działań jednostek organizacyjnych systemu pieczy zastępczej. Działania te są różne w zależności od formy, w jakiej jest sprawowana piecza zastępcza. W tym zakresie ustawa wyróżnia formę rodzinną[25] oraz formę instytucjonalną[26]. Formami rodzinnej pieczy zastępczej są: 1) rodzina zastępcza[27] oraz 2) rodzinny dom dziecka[28]. Rodziny zastępcze dzielą się na: a) spokrewnione [z dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej – uwaga moja JZS], b) niezawodowe, c) zawodowe (w tym rodzina zawodowa pełniąca funkcję pogotowia rodzinnego i rodzina zawodowa specjalistyczna)[29].

Należy zaznaczyć, że przyjęte w ustawie rozwiązania prawne dotyczące pieczy zastępczej są w większości zgodne z założeniami przedstawionymi w projekcie rządowym powyższej ustawy[30] i przyznają zdecydowany prymat pieczy zastępczej sprawowanej w formach rodzinnych[31]. W projekcie, wskazując kierunki proponowanych rozwiązań, założono „dalszy rozwój rodzinnej pieczy zastępczej przez zaproponowanie rozwiązań, które zachęcałyby do tworzenia takich form pieczy"[32], a także „dalszy rozwój rodzinnych domów dziecka, jednak odmiennie niż obec-

[23] Art. 2 ust. 2 ustawy.

[24] Przez „normy zadaniowe" T. Woś rozumie reguły wyznaczające kierunki działania, cele i zadania administracji publicznej. T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, A. Krawiec, M. Kamiński, T. Kiełkowski, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2013, s. 29. Na temat norm zadaniowych zob. też: J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2000, s. 37.

[25] Art. 34 ust. 1 ustawy.

[26] Art. 34 ust. 2 ustawy. Problematyka dotycząca pieczy zastępczej sprawowanej w formie instytucjonalnej została, z uwagi na temat niniejszego opracowaniu, pominięta.

[27] Art. 39 ust. 1 ustawy.

[28] Art. 39 ust. 2 ustawy.

[29] Art. 39 ust. 1 pkt 1, 2, 3 ustawy.

[30] Druk sejmowy nr 3378, wniesiony 15 września 2010.

[31] Założenie to zostało potwierdzone regulacją zawartą wart. 112^7 § 1 k.r.o., zgodnie z którą sąd umieszcza dziecko w instytucjonalnej pieczy zastępczej, jeżeli brak jest możliwości umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej.

[32] Druk sejmowy nr 3378, s. 3.

nie [tj. wg stanu prawnego obowiązującego w dacie wniesienia projektu – uwaga moja JZS] zorganizowanych i usytuowanych"[33].

Omawiając proces administrowania w zakresie ustanowienia i funkcjonowania pieczy zastępczej sprawowanej w formach rodzinnych należy zwrócić uwagę zarówno na jego stronę podmiotową, jak i przedmiotową.

Ustawowe określenie pojęcia „system pieczy zastępczej" wyróżnia co najmniej jeden podmiotowy element systemu – osoby[34]. Nie jest natomiast jasne, w jakim znaczeniu użyto pojęcia „instytucje", a w szczególności, czy jest to element podmiotowy systemu – „instytucja – organ" (np. organizator rodziny zastępczej), czy też pojęcie to użyte zostało w znaczeniu „instytucja – mechanizm" (np. instytucja finansowego wsparcia systemu pieczy zastępczej)[35].

Ustawa zawiera pełną listę jednostek organizacyjnych systemu pieczy zastępczej, co oznacza, że tworzy ona katalog zamknięty[36]. W zakresie pieczy zastępczej wykonywanej w formach rodzinnych są to: jednostki organizacyjne jednostek samorządu terytorialnego wykonujące zadania w zakresie pieczy zastępczej, organizatorzy rodzinnej pieczy zastępczej oraz podmioty, którym zlecono realizację zadań z zakresu systemu pieczy zastępczej. Wymieniona lista nie uwzględnia organów administracji rządowej, do których w zakresie systemu pieczy zastępczej należą również określone zadania[37].

Jak zaznaczono wyżej, pieczę zastępczą, niezależnie od formy jej sprawowania, organizuje powiat. Nie oznacza to jednak, że jego pozycja jest „monopolistyczna" i w zakresie pieczy zastępczej kompetencja przysługuje tylko jemu. Jest inaczej, gdyż zgodnie z ustawą, obowiązek organizacji pieczy zastępczej spoczywa na jednostkach samorządu terytorialnego [wszystkich – podkreślenie moje JZS] oraz na organach administracji rządowej[38]. W związku z tym należy ustalić, kto w imieniu jednostek samorządu terytorialnego oraz administracji rządowej i w jakim zakresie ma obowiązek prowadzenia działań dotyczących pieczy zastępczej, a także, jakie zadania ustawodawca powierzył powiatowi, a jakie wymienionym wyżej pozostałym podmiotom[39].

---

33 *Ibidem*, s. 4.

34 Art. 2 ust. 2 ustawy *ab initio*.

35 Na temat znaczenia pojęcia „instytucja" zob. szerzej: B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *op. cit.*, s. 104.

36 Art. 2 ust. 3 ustawy.

37 Art. 186 i art. 187 ustawy.

38 Art. 3 ust. 1 ustawy.

39 Zob. szerzej: J.Z. Szwaja, *Formy działania jednostek samorządu terytorialnego w odniesieniu do pieczy zastępczej*, „Państwo i Społeczeństwo" 2012, nr 3, s. 9–10.

Ustawa formułuję zasadę domniemania zadań i kompetencji powiatu w zakresie pieczy zastępczej[40]. Dominująca pozycja powiatu wyraża się w wyznaczeniu tej jednostce samorządu terytorialnego do realizacji 15 zadań własnych[41] oraz 2 zadań zleconych[42]. Niewielka liczba zadań z zakresu pieczy zastępczej należy do zadań gminy (1 zadanie) i samorządu wojewódzkiego (3 zadania).

Gmina współfinansuje pobyt dziecka w rodzinie zastępczej oraz rodzinnym domu dziecka (zadanie własne)[43]. Ustawa ustala wysokość wydatków ponoszonych przez gminę w tym zakresie[44].

Samorząd wojewódzki opracowuje programy dotyczące systemu pieczy zastępczej, promuje nowe rozwiązania w tym zakresie[45] oraz sporządza sprawozdania rzeczowo-finansowe z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz przekazywanie ich właściwemu wojewodzie (zadania własne)[46]. Zadania z zakresu systemu pieczy zastępczej w województwie wykonuje samorządowa jednostka organizacyjna, jaką jest regionalny ośrodek polityki społecznej[47].

Inny charakter mają zadania ustalone dla organów administracji rządowej. Zadania wojewody spełniają przede wszystkim funkcje kontrolne. Wojewoda monitoruje realizację zadań samorządu gminnego, powiatowego i województwa oraz zgodność zatrudnienia pracowników jednostek organizacyjnych wspierania systemu pieczy zastępczej z wymaganymi kwalifikacjami, gromadzi sprawozdania rzeczowo-finansowe z zakresu wspierania systemu pieczy zastępczej oraz przekazuje je ministrowi właściwemu do spraw rodziny, współdziała z ministrem właściwym do spraw rodziny przy opracowywaniu, realizacji i finansowaniu programów wspierania systemu pieczy zastępczej[48].

---

40 Art. 182 ust. 2 ustawy.

41 Art. 180 ustawy.

42 Art. 181 ustawy.

43 Art. 176 pkt 5 ustawy.

44 Art. 191 ust. 8 ustawy.

45 Zob. np.: dokument „Proponowane zmiany do ustawy z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej", przyjęty 24 lipca 2013 r. na posiedzeniu grupy roboczej do spraw pieczy zastępczej Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w Krakowie (niepublikowany).

46 Art. 183 pkt 2–4 ustawy oraz art. 14 ust. 1 pkt 4a ustawy z 5 czerwca 1988 r. o samorządzie wojewódzkim (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 596 ze zm.).

47 Art. 185 ust. 1 ustawy.

48 Art. 183 pkt 2–4 ustawy oraz art. 14 ust. 1 pkt 4a ustawy z 5 czerwca 1988 r. o samorządzie wojewódzkim (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 596 ze zm.).

Zadania ustalone dla ministra właściwego w sprawach rodziny są typowe dla organu administracji publicznej realizującego w skali państwa sprawy rozwoju systemu pieczy zastępczej nad dzieckiem[49]. Minister monitoruje realizację zadań wynikających z ustawy, wspiera finansowo powiatowe programy dotyczące rozwoju systemu pieczy zastępczej, może dokonywać kontroli i oceny realizacji tych programów, zatwierdza programy szkoleń organizowanych dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, rodziny zastępczej niezawodowej lub do prowadzenia rodzinnego domu dziecka i udostępnia listę zatwierdzonych programów szkoleń w Biuletynie Informacji Publicznej, zleca i finansuje badania, ekspertyzy i analizy w obszarze działań systemu pieczy zastępczej; opracowuje i finansuje rządowe programy systemu pieczy zastępczej, określa zadania administracji publicznej w zakresie utrzymania i rozwoju systemu informatycznego w jednostkach organizacyjnych systemu pieczy zastępczej oraz sprawowania nadzoru nad funkcjonowaniem tego systemu, współdziała z organizacjami pozarządowymi w zakresie wspierania systemu pieczy zastępczej, gromadzi dane ze sprawozdań rzeczowo-finansowych z zakresu wspierania systemu pieczy zastępczej przekazywanych przez wojewodę[50].

Analizując problematykę strony podmiotowej organizacji pieczy zastępczej należy zaznaczyć, że jednostki samorządu terytorialnego i organy administracji rządowej realizują obowiązek nie tylko same, lecz we współpracy z innymi podmiotami spoza administracji publicznej, zarówno państwowymi (sądy i ich organy pomocnicze, policja), jak i o charakterze mieszanym (publiczne i niepubliczne instytucje oświatowe i podmioty lecznicze) oraz niepublicznymi (środowiska lokalne, kościoły i związki wyznaniowe, organizacje społeczne)[51].

Jedną z form współpracy jest zlecanie zadań należących do sfery zadań publicznych. Zlecanie i realizacja zadań następuje na zasadach i w sposób ustalony dla działalności pożytku publicznego[52]. Stanowi również przykład prywatyzacji zadań publicznych[53]. Z zakresu pieczy

---

49 Art. 5 pkt 23a i art. 28a pkt 4 ustawy z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (jednolity tekst Dz.U. z 2013 r. poz. 743).

50 Art. 187 ust. 1 pkt 1–8, art. 187 ust. 2, art. 187 ust. 4 i 5, art. 188 ustawy.

51 Art. 3 ust. 2 ustawy.

52 Art. 3 ust. 1, art. 4 ust. 1 pkt 1a, art. 11–19a ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536 ze zm.).

53 Problematykę tę omawia m.in. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 32–34 i 91–94.

zastępczej sprawowanej w formach rodzinnych zlecona może być organizacja rodzinnego domu dziecka[54] oraz wykonywanie funkcji organizatora rodzinnej pieczy zastępczej[55]. Wymienione zadania mogą być zlecone organizacjom pozarządowym prowadzącym działalność w zakresie wspierania rodziny, pieczy zastępczej lub pomocy społecznej oraz osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym Kościoła katolickiego, innych kościołów i związków wyznaniowych, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności w zakresie systemu pieczy zastępczej lub pomocy społecznej[56].

Realizacja zadań z zakresu systemu pieczy zastępczej następuje z uwzględnieniem zasady pomocniczości[57]. Dotyczy to w szczególności realizowania zadań na zasadzie zlecenia[58]. Zasada pomocniczości odnosi się przede wszystkim do bezpośrednich beneficjentów uprawnionych do opieki i pomocy władz publicznych, a więc dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej oraz jego rodziców. Do kręgu beneficjentów można, jak sądzę, zaliczyć również rodzinę zastępczą, rodzinę pomocową i prowadzącego rodzinny dom dziecka. Sprawując pieczę zastępczą osoby te współpracują z ośrodkiem adopcyjnym, koordynatorem rodzinnej pieczy zastępczej i organizatorem rodzinnej pieczy zastępczej[59].

Uwzględniając pozycję powiatu przy wykonywaniu zadań z systemu pieczy zastępczej, dalszą charakterystykę procesu administrowania organizacją pieczy zastępczej, ograniczam w zasadzie do omówienia działań prowadzonych przez tę jednostkę samorządu terytorialnego. Taki wybór uzasadnia również jednoznaczna dyspozycja art. 32 ust. 2 ustawy – „Pieczę zastępczą organizuje powiat"[60].

Zadania powiatu w zakresie pieczy zastępczej starosta wykonuje za pośrednictwem samorządowej jednostki organizacyjnej, jaką jest powiatowe centrum pomocy rodzinie[61] (PCPR) oraz organizatora rodzinnej pieczy zastępczej (organizator r.p.z.)[62]. W zakresie podmiotowym organizacji rodzinnej pieczy zastępczej w powiecie pozycja PCPR jako wykonawcy wymienionego zadania jest zróżnicowana. Możliwe są tu

[54] Art. 190 ust. 1 w związku z art. 60 ust. 1 ustawy.

[55] Art. 190 ust. 1 w związku z art. 76 ust. 1 ustawy.

[56] Art. 190 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy.

[57] Szerzej zob.: H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2001, s. 90–93.

[58] Art. 3 ust. 3 ustawy.

[59] Art. 40 ust. 2 ustawy.

[60] Art. 32 ust. 2 ustawy.

[61] Dalej PCPR.

[62] Dalej organizator r.p.z.

trzy rozwiązania. Gdy na organizatora r.p.z. zostaje wyznaczona przez starostę tylko jednostka organizacyjna powiatu, jest nią PCPR. W tym przypadku w strukturze organizacyjnej PCPR tworzy i wyodrębnia się zespół do spraw pieczy zastępczej. Jest on wewnętrzną jednostką organizacyjną PCPR podległą służbowo kierownikowi PCPR[63]. Drugie rozwiązanie ma miejsce wtedy, gdy realizacja zadań organizatora r.p.z. zostaje zlecona jednemu podmiotowi zewnętrznemu[64]. Trzecie zachodzi wtedy, gdy na terenie jednego powiatu działa więcej niż jeden organizator r.p.z.[65]. Zadania organizatora r.p.z. wykonywane są wtedy równocześnie i równolegle przez PCPR i podmioty zewnętrzne lub wyłącznie przez te ostatnie. W takim przypadku celowe jest ewentualnie ustalenie, pomiędzy organizatorami r.p.z., podziału zadań i zawarcie między nimi w tej sprawie umowy (porozumienia)[66].

Proces administrowania wymaga także rozważenia jego strony przedmiotowej. Wskazany proces prowadzony jest po to, aby ustawowo wyznaczony dla systemu pieczy zastępczej cel[67] został osiągnięty i prawidłowo wykonany. Sposób realizacji celu nie jest przy tym dowolny, przeciwnie, winien uwzględniać podmiotowość dziecka i rodziny oraz prawa dziecka, a piecza zastępcza zapewnia, jak przyjmuje ustawodawca, wyraźnie określone efekty i rezultaty[68]. Podejmowane w ramach omawianego systemu działania muszą być prowadzone zgodnie z prawem. Jak stwierdził J. Filipek, omawiając na tle relacji pomiędzy nauką administracji a nauką prawa administracyjnego sposób wykonywania administracji publicznej, „cały byt administracji publicznej i jej funkcjonowania muszą znajdować w obowiązującym prawie dostateczną pod-

[63] Zob. np.: Regulamin organizacyjny PCPR w Jarosławiu. Zgodnie z powyższym aktem wewnętrznym: 1) funkcjonowanie PCPR – u opiera się na zasadach jednoosobowego kierownictwa, podziału czynności pomiędzy zespoły i stanowiska pracy; 2) komórkami organizacyjnymi Centrum są zespoły i samodzielne stanowiska pracy (między innymi Zespół ds. pieczy zastępczej); 3) komórki organizacyjne podejmują i prowadzą sprawy związane z realizacją zadań Centrum w zakresie określonym w regulaminie; 4) Centrum pełni rolę organizatora rodzinnej pieczy zastępczej; 5) Do zadań Zespołu ds. pieczy zastępczej należy w szczególności 16 zadań.

[64] Art. 190 ust. 1 ustawy.

[65] Art. 76 ust. 2 ustawy.

[66] Na temat równoległego wykonywania zadań publicznych oraz wykorzystywania umów (porozumień) do prywatyzacji zadań publicznych zob.: S. Biernat, *op. cit.*, s. 55–64 i 12–130.

[67] Art. 2 ust. 2 *in fine*.

[68] Art. 4 oraz art. 33 ustawy.

stawę"[69], a wprowadzanie w życie przez administrację publiczną prawa „ma być pełne, skuteczne, sprawne i w miarę oszczędne, tj. wykazywać zalety dobrego administrowania"[70].

Czynności prawne i faktyczne związane z umieszczeniem dziecka w pieczy zastępczej[71] nie rozpoczynają, jak mogłoby się *prima facie* wydawać, procesu administrowania w zakresie organizacji pieczy zastępczej. W przypadku rodzinnej pieczy zastępczej jego rozpoczęcie ma miejsce wcześniej. Zarazem powyższy proces ma swój dalszy ciąg. W tym stanie rzeczy zasadne jest przyjęcie, że omawiany proces to ciąg działań administracji publicznej i innych podmiotów, w ramach którego wyróżniam cztery stadia:

1) stadium wstępne, którego przedmiotem jest przygotowanie do realizacji zadań w zakresie pieczy zastępczej;
2) stadium początkowe, jakim są działania związane z umieszczeniem dziecka w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka i przyjęciem dziecka do rodzinnej pieczy zastępczej;
3) stadium realizacji, które obejmuje zadania podejmowane w okresie pobytu dziecka w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka;
4) stadium końcowe, w trakcie którego realizowane są przedsięwzięcia w związku zakończeniem wykonywania rodzinnej pieczy zastępczej.

Analiza przepisów ustawy dotyczących rodzinnej pieczy zastępczej pozwala, jak sądzę, przyjąć, że w wymienionych wyżej stadiach organizacja tej pieczy obejmuje następujące czynności, które mogą być zaliczone do następujących grup[72]:

– grupa 1 (pomoc) – czynności, których celem jest udzielanie pomocy rodzinom zastępczym oraz prowadzącym rodzinne domy dziecka w sprawowaniu pieczy zastępczej,
– grupa 2 (zarządzanie) – czynności podejmowane dla osiągnięcia, w poszczególnych stadiach, celów rodzinnej pieczy zastępczej w sposób efektywny, a zarazem skuteczny,
– grupa 3 (kontrola) – czynności mające na celu sprawdzenie i na podstawie jego wyników ustalenie, czy rodzinna piecza zastępcza jest sprawowana w sposób prawidłowy, a w szczególności dokonanie oceny, czy możliwy jest powrót dziecka do jego rodziny.

---

69 J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. 1, Kraków 1995, s. 37.

70 *Ibidem*, s. 37 *in fine*.

71 Art. 35 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 58 ust. 1 i ust. 2 ustawy. Zob. też: art. 12 a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. Nr 180, poz. 1493, ze zm.).

72 W nawiasach podano skrót określający rodzaj czynności wykonywanej w danej grupie.

Powyższy podział nie oznacza, że realizowana czynność będzie zawsze w sposób jednoznaczny zaliczona wyłącznie do jednej z wymienionych grup. W takim przypadku cel, forma i warunki realizacji tej samej czynności są złożone, a czynność taka może być zaliczona jednocześnie do kilku grup.

Czynności podejmowane w wyżej wymienionych stadiach, dotyczą wielu podmiotów. Są nimi głównie wymienieni wyżej beneficjenci rodzinnej pieczy zastępczej, ale również te podmioty, we współpracy z którymi, powiat – jako organizujący rodzinną pieczę zastępczą – wykonuje zadania z zakresu tej formy pieczy zastępczej.

Zaznaczyć należy, że zgodnie z ustawą, w rodzinnej pieczy zastępczej podjęcie czynności, co do zasady, następuje „z urzędu". Taki sposób inicjowania prowadzonego w związku z tym postępowania wynika z wyznaczenia powiatowi obowiązku organizacji pieczy zastępczej. Podejmowanie niektórych czynności następuje na wniosek rodziny zastępczej oraz prowadzącego rodzinny dom dziecka. Różnie ujęta jest kwestia powinności wykonania czynności. W większości wykonanie czynności przez starostę, organizatora r.p.z. czy inny uprawniony podmiot jest obligatoryjne.

Omawiany proces obejmuje wiele działań. Jak wspomniano wyżej, w stosunku do regulacji z zakresu prawa rodzinnego zawartej w przepisach k.r.o. mają one charakter służebny. Rozgraniczenie kompetencji sądu i organów administracji publicznej w zakresie pieczy zastępczej jest wyraźne[73]. Zgodnie z nim, w pieczy zastępczej sprawowanej w formach rodzinnych, sprawy organizacji, funkcjonowania oraz finansowania rodzin zastępczych i rodzinnych domów dziecka regulują przepisy ustawy.

Regulacja ustawy dotycząca pieczy zastępczej wskazuje, że zamiarem ustawodawcy było, aby działania i czynności w tym zakresie podejmowane były kompleksowo i w sposób uporządkowany. W związku z tym nieobojętna jest kolejność ich wykonywania, co uzasadnia wyróżnienie w tym procesie poszczególnych jego stadiów.

Podejmowanie i realizowanie działań stanowi zarazem wykonanie obowiązku organizacji pieczy zastępczej[74]. Każde z nich dla swojej zgodności z prawem i poprawności wymaga zastosowania jakieś formy, chociaż nie zawsze jest ona w ustawie wyraźny określona[75]. W literaturze prawa administracyjnego dla określenia „sposobów działania admi-

[73] Art. 112^2 k.r.o.

[74] Art. 3 ust. 1 ustawy.

[75] J.Z. Szwaja, *Formy działania*..., s. 12–15.

nistracji publicznej używa się nazwy: forma działania administracji"[76]. Formy te są klasyfikowane według wielu kryteriów podziału, spośród których dla omawianego procesu administrowania szczególne znaczenie ma kryterium władztwa oraz kryterium skutku prawnego[77].

Rozważając zagadnienia organizacji pieczy zastępczej nie sposób pominąć także kwestii dotyczącej procedury, jaka obowiązuje przy podejmowaniu poszczególnych działań czy wręcz załatwianiu spraw z jej zakresu. Różnorodność zadań wyznaczonych w tym obszarze administracji publicznej, z których wiele realizowanych jest w sferze wewnętrznego działania administracji sprawia, że proces stosowania norm materialnego prawa administracyjnego regulującego instytucję pieczy zastępczej w jej formie rodzinnej charakteryzuje się brakiem jednolitej procedury regulowanej normami prawa procesowego[78]. Na powyższy stan ma wpływ również służebna rola regulacji administracyjnoprawnej, dotyczącej pieczy zastępczej w stosunku do regulacji cywilnoprawnej z zakresu prawa rodzinnego. W sferze zewnętrznej działania administracji postępowanie jest w różnym stopniu sformalizowanie. Jedynie niekiedy podlega ono zasadom i regułom ogólnego postępowania administracyjnego lub postępowania egzekucyjnego w administracji.

Działanie administracji w zakresie rodzinnej pieczy zastępczej jest zróżnicowane również w zależności od adresata powyższego działania. W szczególności wyraża się ono w różnicy pomiędzy sytuacją prawną rodziny zastępczej spokrewnionej, a sytuacją pozostałych rodzajów rodzin zastępczych oraz prowadzącego rodzinny dom dziecka. W zależności od stopnia ingerencji prawnej w sferę praw i obowiązków osób sprawujących powyższą pieczę można, według mnie, wyróżnić następujące podmiotowe zakresy regulacji:

– regulację A – obejmującą wszystkie formy rodzinnej pieczy zastępczej[79] w sposób jednolity: rodzinę zastępczą spokrewnioną, rodzinę zastępczą niezawodową, rodzinę zastępczą zawodową, w tym zawodową pełniącą funkcje pogotowia rodzinnego i zawodową specjalistyczną oraz rodzinny dom dziecka W ostatnio wymienionej formie regulacja dotyczy osoby prowadzącej rodzinny dom dziecka[80];

---

[76] J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 276.

[77] *Ibidem*, s. 277–280.

[78] Szerzej na temat norm prawa procesowego zob.: T. Woś, [w:] T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, A. Krawiec, M. Kamiński, T. Kiełkowski, *op. cit.*, s. 25–29.

[79] Art. 39 ust. 1 ustawy.

[80] Rodzinny dom dziecka jest formą rodzinnej pieczy zastępczej. Podmiotem regulowanym jest zazwyczaj osoba prowadząca rodzinny dom dziecka.

– regulację B – dotyczącą wszystkich form rodzinnej pieczy zastępczej z wyłączeniem rodziny zastępczej spokrewnionej. W tym przypadku rodzina zastępcza spokrewniona nie jest objęta tą regulacją;
– regulację C – dotyczącą rodziny zastępczej zawodowej oraz rodzinnego domu dziecka. Zakres podmiotowy regulacji nie obejmuje rodziny zastępczej spokrewnionej oraz rodziny zastępczej niezawodowej;
– regulację D – dotyczącą rodziny pomocowej[81].

Czynności podejmowane w wyżej wymienionych stadiach dotyczą wielu podmiotów. Tutaj, jedynie w celu ilustracji istniejącego stanu rzeczy w zakresie rodzinnej pieczy zastępczej, warto podać kilka danych statystycznych. Wynika z nich, że wśród ogólnej liczby rodzin zastępczych przeważają rodziny zastępcze spokrewnione. Według stanu na 31 grudnia 2012 r., łączna liczba rodzin zastępczych wynosiła 39841, w tym 25836 rodzin spokrewnionych. W rodzinach zastępczych przebywało łącznie 56606 dzieci, w tym 33769 w rodzinach spokrewnionych, ponadto działało 228 rodzinnych domów dziecka, w których przebywało 1476 dzieci[82].

STADIUM WSTĘPNE

Głównym przedmiotem działań realizowanych w powyższym stadium jest przygotowanie administracji publicznej do wykonywania zadań w zakresie pieczy zastępczej sprawowanej w formach rodzinnych. Obowiązek organizacji pieczy zastępczej, w zakresie ustalonym ustawą, jest dla jednostek samorządu terytorialnego i organów administracji rządowej zadaniem stałym[83]. Nie oznacza to jednak, że poszczególne działania związane z jego realizacją wykonywane mają być ciągle i zawsze. Cechą charakterystyczną większości podejmowanych w omawianym stadium działań jest ich powtarzalność. Są one ponawiane w terminach ustalonych w ustawie, bądź w zależności od potrzeb. Przykładem działań, jakie w powiatach winny być stale wykonywane, jest między innymi zapewnienie dzieciom pieczy zastępczej[84], tworzenie warunków do po-

[81] Rodzina pomocowa nie jest zaliczana do formy pieczy zastępczej.

[82] Źródło: opracowanie własne Departamentu Polityki Rodzinnej Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, na podstawie sprawozdań MPiPS-03 oraz sprawozdania rzeczowo-finansowego z wykonywania zadań z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, 2012 r. (stan na dzień 31 grudnia 2012 r.). Opracowanie jest przedstawione na stronie internetowej MPiPS; www.mpips.gov.pl/wsparcie-dla-rodzin-z-dziecmi/opieka-zastepcza-nad-dzieckiem/dane-statystyczne.

[83] Art. 3 ust. 1 ustawy.

[84] Art. 180 pkt 2 ustawy.

wstawania i działania rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka i rodzin pomocowych[85], organizowanie wsparcia dla rodzinnej pieczy zastępczej[86], realizacja powiatowych programów dotyczących rozwoju pieczy zastępczej[87] i rządowych programów wspierania systemu pieczy zastępczej[88]. Przykładem działań ponawianych jest opracowywanie 3-letnich programów pieczy zastępczej lub sporządzanie sprawozdań rzeczowo-finansowych z zakresu systemu pieczy zastępczej[89]. Niewykluczone są również działania jednorazowe, chociaż można je również uznać za powtarzalne. Dotyczy to ustalania corocznego limitu rodzin zastępczych zawodowych oraz wyznaczania organizatora rodzinnej pieczy zastępczej. Pierwsze zadanie realizowane jest przy opracowywaniu programu pieczy zastępczej. Wykonywane jest ono co 3 lata, lecz z mocą obowiązującą na okres jednego roku[90]. Wyznaczanie organizatora rodzinnej pieczy zastępczej jest czynnością jednorazową, która jednak będzie musiała być powtórzona w przypadku zmiany tego podmiotu[91]. Wymienione wyżej przykładowo działania podejmowane są w celu organizacji pieczy zastępczej w formach rodzinnych jako wyznaczonego powiatom zadania traktowanego kompleksowo. Taki stan rzeczy rzutuje na rodzaj działań podejmowanych w stadium początkowym. W większości są to działania faktyczne (np. zbieranie informacji niezbędnych dla zapewnienia dzieciom pieczy zastępczej, tworzenie warunków do powstawania i działania rodzin zastępczych, rodzinnych domów dziecka i rodzin pomocowych, organizowanie szkoleń)[92]. Omawiając tę kategorię działań A. Błaś stwierdził, że działania te „podejmowane są poza postępowaniem administracyjnym, niezwiązane z decyzjami administracyjnymi (czy szerzej: poza aktami administracyjnymi), a więc niezwiązane z konkretyzacją norm prawnych procesowych”[93].

Pośrednie miejsce pomiędzy stadium wstępnym a następującym po nim stadium podstawowym przypada działaniom, których podjęcie i wykonanie warunkuje możliwość faktycznego objęcia dziecka pieczą

85 Art. 180 pkt 4 ustawy.

86 Art. 180 pkt 7 ustawy.

87 Art. 180 pkt 1 ustawy (powyższe programy dalej jako programy pieczy zastępczej).

88 Art. 181 pkt 1 ustawy.

89 Art. 180 pkt 14 ustawy.

90 Art. 180 pkt 1 *in fine* ustawy.

91 Art. 180 pkt 9 ustawy.

92 Art. 180 pkt 2, art. 180 pkt 4, art. 180 pkt 6 stawy.

93 A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publiczne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 310.

zastępczą. Ich celem jest wybór i przygotowanie osób, które pieczę zastępczą mają sprawować w formie rodzinnej, tj. w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka. Działania w tym zakresie prowadzone są przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej. Powyższy wybór przebiega różnie w zależności od typu rodziny.

W stosunku do kandydatów niespokrewnionych z dzieckiem wybór przeprowadzany jest obligatoryjnie. Działania obejmują kolejno: nabór kandydatów[94], przeprowadzenie oceny wstępnej kandydata, a po jej dokonaniu skierowanie go na szkolenie[95], wydanie na wniosek kandydata zaświadczenia kwalifikacyjnego[96], umieszczenie danych o osobach zakwalifikowanych w rejestrze prowadzonym przez starostę[97].

W odniesieniu do kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej spokrewnionej nabór, dokonanie oceny wstępnej i skierowanie na szkolenie nie są obowiązkowe. Nie jest przewidziane również wydanie, zarówno na wniosek, jak i z urzędu, zaświadczenia kwalifikacyjnego. Można więc przyjąć, że w stadium początkowym wybór kandydatów dla takiej rodziny bądź nie jest przeprowadzany, bądź też podejmowane działania nie mają charakteru wyboru w znaczeniu tu omawianym.

W zakresie szkolenia wymagania dla kandydatów ustalone są niejednolicie[98]. Dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, rodziny zastępczej niezawodowej lub do prowadzenia rodzinnego domu dziecka szkolenie jest, jak pośrednio wynika to z ustawy, obowiązkowe[99]. Szkolenie przeprowadzane jest według programu zatwierdzanego, na wniosek podmiotu szkolącego, przez ministra właściwego do spraw rodziny w formie decyzji[100]. W obecnym stanie prawnym ukończenie szkolenia i potwierdzenie jego odbycia stanowi, według mnie, dodatkowy warunek kwalifikacyjny, którego spełnienie jest niezbędne, aby móc pełnić funkcję rodziny zastępczej niespokrewnionej z dzieckiem lub prowadzić rodzinny dom dziecka[101]. Dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej spokrewnionej szkolenie można

---

94 Art. 76 ust. 4 pkt 1 ustawy.

95 Art. 43 w związku z art. 44 ust. 1 oraz art. 42 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

96 Art. 45 ustawy.

97 Art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy.

98 Art. 44 ust. 1 i art. 45 z art. 44 ust. 5 ustawy.

99 Art. 43, 44 ust. 1, 45 *in fine* ustawy.

100 Art. 44 ust. 1, ust. 2, ust. 3 ustawy oraz Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 9 grudnia 2011 r. w sprawie szkoleń dla kandydatów do sprawowania pieczy zastępczej (Dz.U. Nr 274, poz. 1620).

101 Art. 44 ust. 1 oraz art. 45 ustawy.

prowadzić według indywidualnego planu szkolenia w zależności od potrzeb rodziny i dziecka. Z literalnego brzmienia ustawy należy przyjąć, że posiadanie świadectwa ukończenia szkolenia dla wskazanych kandydatów nie jest obowiązkowe[102]. W tym stanie rzeczy zasadnym jest rozważenie *de lege ferenda* uregulowania kwestii ukończenia szkolenia, z utrzymaniem możliwości szkolenia kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej spokrewnionej według programu indywidualnego i potwierdzenia tego faktu w sposób jednolity.

Pozostałe warunki i wymagania, jakie muszą spełniać osoby, aby mogło być im powierzone pełnienie funkcji rodziny zastępczej oraz prowadzenie rodzinnego domu dziecka, zostały wymienione enumeratywnie i co do zasady dotyczą rodziny zastępczej każdego typu lub prowadzącego rodzinny dom dziecka w sposób jednakowy[103].

Omówione wyżej działania składają się w sumie na czynność, jaką jest kwalifikowanie osób kandydujących do pełnienia funkcji rodziny zastępczej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka. Ustawodawca nie określił wyraźnie, czy wymienione działania mają bezpośredni związek z wykonaniem orzeczenia sądu w sprawie umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, a zatem, czy realizowane winny być w stadium początkowym, czy też taki związek nie zachodzi, co pozwala realizować owe działania w stadium wstępnym. Uważam, że winny być one podejmowane odpowiednio wcześniej, w stadium początkowym, z dwóch względów. Po pierwsze po to, aby faktyczne umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej niezawodowej lub zawodowej, względnie w rodzinnym domu dziecka nastąpiło w chwili, gdy kandydat zamierzający pełnić funkcję takiej rodziny lub prowadzić rodzinny dom dziecka, będzie już odpowiednio przygotowany do jego przyjęcia. Po wtóre, aby starosta mógł bez zbędnej zwłoki rozstrzygnąć, komu – w konkretnym, indywidualnym przypadku – będzie powierzona piecza zastępcza, o ile nie zostało to ustalone w orzeczeniu sądu. Nieco odmiennie kwestia terminu podjęcia i realizacji działań kwalifikacyjnych przedstawiać się może w przypadku rodzin zastępczych spokrewnionych. Będzie to mia-

[102] Obowiązek posiadania świadectwa ukończenia szkolenia dotyczy tylko kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, rodziny zastępczej niezawodowej lub do prowadzenia rodzinnego domu dziecka. Patrz art. 44 ust. 1 ustawy.

[103] Art. 42 ust. 1, pkt 1–7 ustawy. Wyjątki od zasady jednolitej regulacji określa art. 42 ust. 2 ustawy (warunek niekaralności za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe nie dotyczy rodziny zastępczej spokrewnionej) oraz art. 42 ust. 3 ustawy (warunek posiadania stałego źródła dochodów przez co najmniej jedną osobę w rodzinie dotyczy rodziny zastępczej niezawodowej).

ło miejsce szczególnie wtedy, gdy wniosek o pełnienie funkcji rodziny takiego typu zgłoszony zostanie przez uprawnionych krewnych dziecka bezpośrednio do sądu. W takiej sytuacji, po wydaniu orzeczenia sądu o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej spokrewnionej, zadanie organizatora rodzinnej pieczy zastępczej sprowadzać się będzie do wykonania powyższego orzeczenia.

STADIUM POCZĄTKOWE

Głównym przedmiotem w powyższym stadium jest regulacja łącząca się z umieszczeniem dziecka w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka i przyjęciem dziecka do rodzinnej pieczy zastępczej. Wyróżnione stadium, a ściślej biorąc realizowane w nim czynności, wykraczają poza sferę wewnętrzną działania powiatu jako podmiotu organizującego pieczę zastępczą. Są to zarówno działania faktyczne, jak i działania prawne. Rodzaj działań zależy to od celu, jaki ma być osiągnięty. Gdy jest nim jedynie wykonanie orzeczenia sądu o umieszczeniu dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, wydanego zanim czynność ta nastąpiła, bądź też przyjęcie dziecka do wskazanej pieczy, uważam, że są to działania faktyczne. Nie są one jednak obojętne zarówno dla sytuacji prawnej dziecka, jak i rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka[104]. Natomiast w przypadku braku takiego orzeczenia ustawa dopuszcza rozwiązania doraźne. Podstawą prawną umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej nie jest wówczas orzeczenie sądu, lecz umowa cywilnoprawna lub czynność konsensualna.

Przyjmując, że termin „umieszczenie w pieczy zastępczej" w przepisach ustawy[105] oraz k.r.o.[106] został użyty w znaczeniu „kierować w jakieś miejsce; wyznaczać miejsce pobytu", można uznać, iż regulacja prawna dotycząca czynności, jaką jest umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej sprawowanej w formie rodzinnej, obejmuje trzy sytuacje. Są nimi:

1) pierwsza, podstawowa, obowiązująca co do zasady, zgodnie z którą wyłączną podstawą prawną omawianej czynności jest orzeczenie sądu wydane w sprawie o umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej,
2) druga, uzupełniająca, stanowiąca wyjątek od sytuacji przedstawionej powyżej w punkcie 1, ma miejsce wtedy, gdy podstawą tą jest:

[104] Szerzej na temat pośrednich skutków prawnych działań faktycznych w sferze praw i obowiązków jednostki zob.: J. Zimmermann, *op. cit.*, s. 280.

[105] Zob. m.in. art. 35 ust. 1 i art. 36 ustawy.

[106] Art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o.

a) umowa zawarta przez starostę z rodziną zastępczą lub prowadzącym rodzinny dom dziecka,
b) oświadczenie woli złożone przez rodzinę zastępczą zawodową pełniącą funkcję pogotowia rodzinnego,

3) trzecia, w przypadku której podstawą prawną dokonania tej czynności jest umowa między starostą a rodziną pomocową.

Ad. 1. Zasadą jest, że umieszczenie dziecka następuje na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego wydanego w formie postanowienia[107]. Należy dodać, że postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania[108]. Sąd przesyła orzeczenie do właściwego miejscowo powiatowego centrum pomocy rodzinie i zwraca się o skierowanie dziecka do pieczy zastępczej. Taki sposób postępowania określa się w literaturze jako tryb o charakterze sądowym z uzupełniającym udziałem organów administracyjnych[109].

Ad. 2. Umieszczenie dziecka może nastąpić również na innej podstawie. Ma to miejsce w dwóch przypadkach, które zarazem stanowią wyjątki od zasady omówionej w punkcie 1.

a) Pierwszy z nich uzasadniony jest pilną koniecznością podjęcia takiego działania. Wówczas, na wniosek lub za zgodą rodziców dziecka, umieszczenie go w rodzinnej pieczy zastępczej następuje na podstawie umowy. Powyższa umowa zawierana jest między rodziną zastępczą lub prowadzącym rodzinny dom dziecka a starostą właściwym miejscowo ze względu na miejsce zamieszkania tej rodziny lub miejsce prowadzenia rodzinnego domu dziecka[110].
b) W przypadku drugim dziecko zostaje umieszczone w rodzinie zastępczej zawodowej pełniącej funkcję pogotowia rodzinnego na innej podstawie niż orzeczenie sądu. Omawiana sytuacja ma miejsce wtedy, gdy wskazana wyżej rodzina przyjmuje dziecko doprowadzone przez policję lub Straż Graniczną[111]. Zachodzi również wówczas, gdy owo przyjęcie następuje na wniosek samego dziecka, jego rodziców lub innej osoby. Ma to miejsce wtedy, gdy w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą

[107] Art. 35 ust. 1 ustawy; art. 516, art. 568 § 1 i art. 598^{13} ustawy z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) oznaczonej w dalszym ciągu skrótem k.p.c.

[108] Art. 578 § 1 k.p.c.

[109] M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 182 *ab initio*.

[110] Art. 35 ust. 2 ustawy; M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 182.

[111] Art. 58 ust. 1 pkt 2 ustawy.

w rodzinie, pracownik socjalny wykonujący obowiązki służbowe, korzystając z przyznanego mu prawa, odbiera dziecko z rodziny i umieszcza je w rodzinie zastępczej[112]. Przyjęcie dziecka wymaga zawsze uzyskania zgody takiej rodziny. Odmowa jej udzielenia jest dopuszczalna w szczególnie uzasadnionych przypadkach, taksatywnie wymienionych w ustawie[113]. Zaznaczyć jednak należy, że w obydwu omawianych wyżej sytuacjach przyjęcie dziecka ma podwójny charakter. Jest zarazem czynnością faktyczną, jak i czynnością prawną. Ta ostatnia dokonywana jest w formie oświadczenia woli złożonego przez powyższą rodzinę.

Ad. 3. Odrębnie unormowana jest kwestia umieszczenia dziecka w rodzinie pomocowej. Regulacja ustawowa wskazuje, że podstawą prawną powyższej czynności nie jest orzeczenie sądu, lecz umowa zawarta przez starostę z powyższą rodziną. Takie rozwiązanie jest uzasadnione, gdy uwzględni się funkcję, jaką w systemie pieczy zastępczej ma pełnić wymieniona rodzina, okoliczności, w jakich jest ona powoływana oraz stosunkowo niedługi czas pobytu dziecka w takiej rodzinie[114]. Mimo to uważam, że powyższa sytuacja jest wyjątkiem od zasady określonej w art. 35 ust. 1, omówionej powyżej w punkcie 1, zgodnie z którą umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej następuje na podstawie orzeczenia sądu. Dlatego też należałoby wyraźnie podkreślić szczególny charakter omawianego rozwiązania. W związku z tym zasadny jest wniosek *de lege ferenda*, aby przepis art. 35 ust. 1 ustawy został zmieniony i otrzymał brzmienie następujące „Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej następuje na podstawie orzeczenia sądu, z zastrzeżeniem ust. 2 oraz art. 58 ust. 1, art. 75 ust. 1 i art. 103 ust. 2".

W sytuacjach opisanych wyżej (punkty: 2a, 2b, 3) umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej ma charakter doraźny[115]. Podejmowane w nich działania pozostają pod nadzorem sądu opiekuńczego[116]. W celu umożliwienia jego wykonywania, starosta ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić sąd o zawartej umowie (sytuacja opisana

[112] Art. 58 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 12 a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. Nr 180, poz. 1493 ze zm.). Kwestię tę omawiam bliżej w odrębnym opracowaniu, *Zadania samorządu terytorialnego wobec kryzysu*, [w:] *Szanse i wyzwania społeczne w okresie wychodzenia z kryzysu*, red. A. Mirski, „Państwo i Społeczeństwo" 2012, nr 4, s. 103.

[113] Art. 58 ust. 2 ustawy.

[114] Art. 73 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 75 ust. 6 ustawy.

[115] Art. 35 ust. 4, art. 58 ust. 4 oraz art. 75 ust. 6 ustawy.

[116] Art. 579^1 § 1 i §2 k.p.c.

w punktach 2a oraz 3)[117], natomiast wskazana wyżej rodzina zastępcza jest obowiązana niezwłocznie, nie później niż w ciągu 24 godzin, zawiadomić o przyjęciu dziecka właściwy sąd, a nadto starostę oraz ośrodek pomocy społecznej[118] (sytuacja opisana w punkcie 2b). Powyższe zawiadomienia stanowią dla sądu podstawę do niezwłocznego wszczęcia postępowania opiekuńczego[119].

Podstawa prawna pełnienia funkcji rodziny zastępczej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka jest różna w zależności od typu rodziny. W przypadku rodziny zastępczej spokrewnionej oraz rodziny zastępczej niezawodowej, powierzenie pełnienia funkcji następuje zazwyczaj na wniosek tej rodziny złożony bezpośrednio do sądu i po wydaniu przez sąd orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej w rodzinie, która o to wnioskowała. W takim wypadku w postanowieniu sądu podane są nie tylko dane osobowe dziecka, ale również dane tej rodziny. Możliwa jest również sytuacja, w której sąd orzeka o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej bez wskazania jej formy, albo bez wskazania danych dotyczących rodziny zastępczej lub rodzinnego domu dziecka. Zaznaczyć jednak należy, że w świetle regulacji k.r.o. umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej powinno w zasadzie nastąpić po wyczerpaniu wszelkich innych form pomocy rodzinie dziecka[120]. Jeżeli jednak umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej jest niezbędne, winno ono nastąpić w rodzinnej formie tej pieczy, w miarę możliwości na terenie powiatu miejsca zamieszkania dziecka[121]. W przypadku, gdy sąd nie wskaże rodziny zastępczej (rodzinnego domu dziecka), zadanie to należy do organizatora r.p.z., działającego w powiecie, na terenie którego dziecko będzie przebywać w pieczy zastępczej. Organizator r.p.z. dokonuje kwalifikacji osób kandydujących do pełnienia funkcji rodziny zastępczej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka oraz wydaje zaświadczenia kwalifikacyjne zawierające potwierdzenie ukończenia szkolenia, opinię o spełnianiu warunków i ocenę predyspozycji do sprawowania pieczy zastępczej[122].

---

[117] Art. 35 ust. 2 *in fine* oraz art. 75 ust. 3 ustawy.

[118] Art. 58 ust. 3 ustawy.

[119] Art. 579^1 § 1 i §2 k.p.c. Patrz art. 47 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

[120] Art. 112^3 k.r.o.

[121] Art. 112^7 k.r.o.

[122] W praktyce działania powiatowych centrów pomocy rodzinie osoby zgłaszające gotowość do pełnienia funkcji rodziny zastępczej podają (w formie kwestionariusza) dane osobowe własne oraz informacje o członkach rodziny zgłaszającego, sytuacji materialnej, zdrowotnej (zgłaszającego i pozostałych członków

W przypadku rodziny zastępczej niezawodowej spełniającej warunki do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, albo kandydata spełniającego warunki do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka, powierzenie pełnienia powyższych funkcji następuje po wydaniu orzeczenia przez sąd o umieszczeniu dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej oraz po zawarciu umowy między starostą (lub z jego upoważnienia kierownikiem powiatowego centrum pomocy rodzinie) a rodziną zastępczą niezawodową[123] lub wskazanym wyżej kandydatem[124]. Zawarcie umowy następuje na ich wniosek. Katalog (otwarty) elementów, które powinna zawierać umowa, a także minimalny okres, na jaki zawiera się umowę, został określony w ustawie. W sprawach nieuregulowanych w umowie mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy zlecenia.

Umowę z prowadzącym rodzinny dom dziecka zawiera starosta lub podmiot, któremu powiat zlecił organizowanie rodzinnego domu dziecka. Umowa powyższa reguluje pracę prowadzącego rodzinny dom dziecka. Jest to umowa o świadczenie usług, do której – zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego – stosuje się przepisy dotyczące zlecenia. Katalog (otwarty) elementów, które powinna zawierać umowa, a także minimalny okres, na jaki zawiera się umowę, został określony w ustawie[125].

Umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej nie ogranicza się tylko do wykonania orzeczenia sądu w ścisłym tego słowa znaczeniu. Obejmuje również czynności związane z przygotowaniem rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka na przyjęcie dziecka (udzielenie szczegółowych informacji o dziecku i jego sytuacji rodzinnej, przekazanie dokumentacji dotyczącej dziecka)[126]. Wykonanie tych czynności jest obowiązkiem organizatora rodzinnej pieczy zastępczej. Ich rodzaj i charakter pozwala przyjąć, że są to działania faktyczne materialno-techniczne, administracyjno-prawne, zewnętrzne.

Omawiając skutki prawne powyższych czynności należy zaznaczyć, że z dniem faktycznego umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub

rodziny), rodzinnej, a nadto przedstawiają motywację uzasadniającą podjęcie starań o pełnienie funkcji rodziny zastępczej i informację o umiejętnościach wychowawczych oraz o gotowości kandydata do przyjęcia dziecka (podano na podstawie praktyki Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie w Wieliczce). Zob. też: Zarządzenie nr 17/2012 Dyrektora Warszawskiego Centrum Pomocy Rodzinie z 30 maja 2012 r. w sprawie wprowadzenia zasad umieszczania dzieci w pieczy zastępczej Warszawskiego Centrum Pomocy Rodzinie.

123 Art. 54 ust. 1–8 ustawy.

124 Art. 55 ust. 1 ustawy.

125 Art. 62 ust. 1–3 ustawy.

126 Art. 47 ust. 1 i 2 ustawy.

rodzinnym domu dziecka, gdy następuje to zarówno w sytuacji opisanej w punkcie 1 (podstawa prawna: orzeczenie sądu), jak i w przypadkach, gdy dokonuje się bez orzeczenia sądu (sytuacje opisane w punktach 2a, 2 b oraz 3), wymienione podmioty podejmują obowiązek sprawowania pieczy nad dzieckiem i jego wychowania[127]. Zakres zadań ustalony w przepisie 49 ustawy określony został węziej niż w prawie rodzinnym[128]. Ustawa nie uwzględnia faktu, że sprawowanie pieczy nad dzieckiem umieszczonym w pieczy zastępczej i jego wychowanie jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem przyjmujących dziecko do rodzinnej pieczy zastępczej. Ponadto ustawa pomija prawo i obowiązek rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka do reprezentowania dziecka w sprawach bieżącej pieczy nad nim i jego wychowania. Regulacja omawianej kwestii *de lege lata* jest, według mnie, niewłaściwa. Zasadne jest, aby *de lege ferenda* regulacja powyższa była zgodna z przepisami k.r.o.

Faktyczne umieszczenie dziecka, zarówno w rodzinie zastępczej każdego typu, jak i w rodzinnym domu dziecka, następuje po uzyskaniu zgody rodziców zastępczych lub prowadzącego rodzinny dom dziecka[129]. W obowiązującym stanie prawnym forma tej czynności prawnej nie jest określona. Dopuszczalna jest więc każda forma. Z uwagi na doniosłość udzielenia wymienionej zgody na przyjęcie dziecka uważam za celowe, aby w tym zakresie nastąpiła zmiana. *De lege ferenda* czynność prawna, o której mowa w art. 36 ustawy, winna mieć formę pisemną[130]. Proponowana regulacja będzie przydatna nie tylko dla osób wskazanych w powołanym przepisie ustawy, ale również dla wszystkich innych podmiotów uczestniczących w omawianym procesie administrowania, w szczególności dla powiatowych centrów pomocy rodzinie.

Stadium realizacji

Określenie „realizacja" wydawać się może niewłaściwe. Mimo to uważam, że jego użycie jest zasadne, gdy uwzględni się dwie okoliczności.

---

[127] Art. 49 ustawy.(sytuacje opisane w pkt 2 a i 2 b) oraz art. 73 ustawy (sytuacja opisana w pkt 3).

[128] Art. 112^1 k.r.o.

[129] Art. 36 ustawy.

[130] W praktyce taka forma jest stosowana, np. w Powiatowym Centrum Pomocy Rodzinie w Wieliczce oświadczenie woli o wyrażeniu zgody na przyjęcie dziecka do rodzinnej pieczy zastępczej, składane jest w formie pisemnej.

Po pierwsze, że obowiązek organizacji rodzinnej pieczy zastępczej spoczywa na jednostkach samorządu terytorialnego oraz na organach administracji rządowej i realizowany jest we współpracy z wieloma innymi podmiotami[131]. Po wtóre, że pieczę zastępczą w powyższej formie pełnią nie jej organizatorzy, lecz osoby tworzące rodzinę zastępczą lub rodzinny dom dziecka[132]. Osoby te nie „organizują" owej pieczy w takim znaczeniu, o jakim mowa w artykule 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy. Natomiast sprawując pieczę zastępczą współpracują z ośrodkiem adopcyjnym, koordynatorem rodzinnej pieczy zastępczej i organizatorem rodzinnej pieczy zastępczej[133]. Biorąc pod uwagę różnice pomiędzy organizowaniem rodzinnej pieczy zastępczej a jej pełnieniem, można przyjąć, że stadium realizacji obejmuje czynności podejmowane przez wskazanych wyżej organizatorów powyższej pieczy w związku z pobytem dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej. Stadium realizacji obejmuje okres od faktycznego objęcia dziecka pieczą zastępczą do zakończenia pobytu dziecku w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka z przyczyn lub powodów określonych w ustawie, nie dłużej niż do osiągnięcia przez dziecko pełnoletności. Ramy czasowe powyższego stadium wyznaczają zarazem cel pieczy zastępczej. Okres przebywania w pieczy zastępczej, jak określa to art. 112^4 k.r.o., winien trwać do czasu zaistnienia warunków umożliwiających powrót dziecka do rodziny, albo umieszczenia go w rodzinie zastępczej[134]. Można przyjąć, co pośrednio wynika z tej regulacji, że – jak określił to M. Andrzejewski – „piecza zastępcza, jak na to wskazuje brzmienie tego pojęcia, jest zastępcza, tzn. nie może wypierać pieczy rodziców – jej celem jest wspieranie rodziny (rzecz można: w czasie zastępstwa)"[135]. Nie omawiając szerzej tej kwestii należy jedynie zaznaczyć, że zadania powiatu jako jednostki samorządu terytorialnego, której ustawodawca powierzył organizowanie pieczy zastępczej, winny być wykonywane tak, by rodzinna piecza zastępcza zapewniła osiągnięcie wyznaczonych jej rezultatów[136]. W tym celu podejmowane są też czynności oceniające.

W stadium realizacji dokonywana jest systematycznie ocena sytuacji dziecka przebywającego w rodzinnej pieczy zastępczej, a także ocena rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka. Powyższe

131 Art. 3 ust. 1, ust. 2, ust. 3 ustawy.

132 Art. 41 ust. 1 ustawy.

133 Art. 40 ust. 2 ustawy.

134 Art. 112^4 KRO oraz art. 33 pkt 1 ustawy.

135 M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 161.

136 Art. 33 ustawy.

oceny spełniają nie tylko funkcję informacyjną, lecz ich wynik jest przede wszystkim podstawą do podjęcia przez sąd rozstrzygnięcia w sprawie dotyczącej dalszego pobytu dziecka w pieczy zastępczej, względnie tego pobytu w ocenianej rodzinie zastępczej lub w rodzinnym domu dziecka prowadzonym przez osobę ocenianą. Ustawa określa szczegółowo cel dokonywania oceny, jej formę podmiotową, terminy oraz jej znaczenie w postępowaniu sądowy w sprawach umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej[137]. Przedmiotowa regulacja uwzględnia funkcjonowanie pieczy zastępczej w dwóch różnych formach – rodzinnej i instytucjonalnej. Znalazło to wyraz w odmiennej regulacji omawianej problematyki, w zależności od tego, jakiej formy pieczy zastępczej dotyczy. W związku z tą regulacją rozważyć można kwestię charakter prawnego powyższych ocen. Biorąc pod uwagę ich cel, sposób przeprowadzenia oraz pośredni wpływ na wynik postępowania sądu uważam, że wykazuje ona pewne cechy działania kontrolnego. Dotyczy to w szczególności oceny rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka pod względem predyspozycji do pełnienia powierzonej im funkcji oraz jakości wykonywanej pracy. Bezsporny jest fakt, że przeprowadzenie oceny należy do zakresu działania organizatora r.p.z., a więc podmiotu działającego w istocie z upoważnienia organu, jakim jest starosta. Nie pozostawia też wątpliwości fakt, że wynik oceny ma decydujące znaczenie dla pełnienia przez określoną osobę lub osoby funkcji rodziny zastępczej lub prowadzenia rodzinnego domu dziecka. Można również przyjąć, że wskazany wynik może stanowić swego rodzaju „zalecenie pokontrolne", które winno być uwzględnione przy rozstrzyganiu kwestii rozwiązania umowy zawartej z podmiotem kontrolowanym. Biorąc jednak pod uwagę służebną rolę regulacji administracyjnej w dziedzinie pieczy zastępczej uważam, że brak jest wystarczających przesłanek, aby można było przyjąć, iż mamy tu do czynienia z kontrolą administracyjną w ścisłym tego słowa znaczeniu. Jest to raczej ocena kontrolna, której przeprowadzanie zostało powierzone powiatowi jako jednostce samorządu terytorialne wyznaczonej do organizowania pieczy zastępczej, nad którą nadzór sprawuje sąd.

W stadium realizacji, podobnie jak w stadium początkowym procesu administrowania w zakresie organizacji rodzinnej pieczy zastępczej, szereg przedsięwzięć, działań i czynności należy do zakresu działania organizatora r.p.z. Różny jest jednak status prawny adresatów tych działań. W stadium realizacji nie są to kandydaci zamierzający pełnić

[137] Art. 128–134 ustawy. Problematykę dotyczącą wskazanych ocen omawia szerzej M. Andrzejewski, *op. cit.*, s. 172–173.

funkcję rodziny zastępczej lub prowadzić rodzinny dom dziecka, lecz rodzina zastępcza spokrewniona lub osoby, które pełnią powyższą funkcję lub wskazany dom prowadzą. W zakresie działań organizatora r.p.z. przeważają czynności zaliczone do grupy 1 (pomoc) oraz grupy 2 (zarządzanie). Moim zdaniem takie rozwiązanie jest jak najbardziej właściwe. Dotyczy to w szczególności czynności pomocowych. Analizując w tej kwestii postanowienia ustawy można przyjąć, że obowiązkowi realizacji tych czynności odpowiada prawo beneficjentów rodzinnej pieczy zastępczej do korzystania z efektów powyższych czynności[138]. Dla tych ostatnich znaczenie powyższych czynności jest istotne, pozwala bowiem zapewnić dziecku zaspokajanie wielu jego potrzeb, a zarazem pełnić pieczę zastępczą w sposób właściwy.

W omawianym stadium, obok organizatora r.p.z., funkcjonuje koordynator rodzinnej pieczy zastępczej[139]. Podstawową funkcją koordynatora r.p.z. jest sprawowanie opieki nad rodzinami zastępczymi i rodzinnymi domami dziecka. Koordynator r.p.z. jest wyznaczany przez organizatora r.p.z. i swoje zadania pełni zawodowo. Wyznaczenie koordynatora r.p.z. następuje po zasięgnięciu opinii osób sprawujących rodzinną pieczę zastępczą[140]. Zaznaczyć należy, że zarówno założenia do ustawy, jak i obowiązująca regulacja, zdają się wyrażać przekonanie, iż w zakresie rodzinnej pieczy zastępczej, obok działań powiatu jako organizującego pieczę zastępczą, celowe są dalsze działania podejmowane równolegle. Takimi wydają się zadania i czynności powierzone do wykonywanie koordynatorowi r.p.z. Ich charakter i zakres jest zbliżony do działań, jakie określa ustawa w zakresie pracy z rodziną dziecka[141]. W szczególności regulacja dotycząca funkcji i statusu prawnego koordynatora r.p.z. jest porównywalna z rozwiązaniami, jakie w tym zakresie dotyczą asystenta rodziny[142]. Dotychczasowa regulacja dotycząca koordynatora r.p.z. w praktyce stosowania ustawy nie została oceniona w pełni pozytywnie. Przyczyną takiej oceny jest, jak sądzę, nieuwzględnienie bądź też niewłaściwe uwzględnienie stanowiska środowiska rodzin zastępczych i rodzinnych domów dziecka co do roli koordynatora r.p.z., a nawet potrzeby sprawowania przez niego opieki. Przychylając się do

[138] Obowiązkowi np. udzielenia rodzinie zastępczej porady prawnej (przez organizatora r.p.z.) odpowiada prawo do bezpłatnego skorzystania przez tę rodzinę z powyższej porady (art. 76, ust. 4, pkt 10 ustawy).

[139] Dalej koordynator r.p.z.

[140] Art. 77–79 ustawy.

[141] Art. 77 z art. 15 ustawy.

[142] Art. 77–79 z art. 12–17 ustawy.

opinii wyrażanych w tej kwestii przez rodziny zastępcze, w obecnej regulacji wprowadzono zmianę. Zgodnie z nią, dotychczasowe wyznaczanie koordynatora r.p.z., jakie następuje z urzędu, będzie dokonywane na wniosek rodziny zastępczej lub rodzinnego domu dziecka[143].

W stadium realizacji ważna jest regulacja dotycząca, ogólnie biorąc, świadczeń finansowych (świadczenia na pokrycie kosztów utrzymania dziecka, dodatki, dofinansowanie wypoczynku, utrzymanie lokalu mieszkalnego, inne nieprzewidziane koszty związane z opieką i wychowaniem dziecka itp.), jakie przysługują w związku z pełnieniem funkcji rodziny zastępczej lub prowadzeniem rodzinnego domu dziecka[144]. Nie omawiając jej bliżej należy jedynie zaznaczyć, że sposób tej regulacji wskazuje, iż postępowanie w sprawie przyznania świadczeń jest postępowaniem administracyjnym. Świadczenia są udzielane na wniosek rodziny zastępczej, rodziny pomocowej oraz prowadzącego rodzinny dom dziecka. Przyznanie oraz odmowa przyznania powyższych świadczeń, dodatków i dofinansowania do wypoczynku następuje w drodze decyzji administracyjnej. W postępowaniu tym wzruszenie decyzji, na mocy której strona (rodzina zastępcza, rodzina pomocowa, prowadzący rodzinny dom dziecka) nabyła prawo, następuje nie tylko w przypadkach i na zasadach regulowanych przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego[145]. Jest także dopuszczalne w czterech innych przypadkach:

1) zmiany przepisów regulujących prawo do świadczeń, dodatków i dofinansowania do wypoczynku[146],
2) zmiany sytuacji osobistej rodziny zastępczej, rodziny pomocowej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka[147],
3) zmiany sytuacji osobistej, dochodowej lub majątkowej umieszczonego dziecka[148],
4) marnotrawienia, przez rodzinę zastępcza, rodzinę pomocową lub prowadzącego rodziny dom dziecka, przyznanych świadczeń[149].

---

[143] Art. 77 ust. 1 ustawy w brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 16 lit. a) ustawy z 27 kwietnia 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 579), która wejdzie w życie 1 stycznia 2015 r.

[144] Regulacja zawarta w art. 80 do 92 ustawy.

[145] Ustawa z 14 czerwca 1960 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 267 (dalej k.p.a.).

[146] Art. 88 ust. 5 *ab initio* ustawy.

[147] Art. 88 ust. 5 *in media* ustawy.

[148] Art. 88 ust. 5 *in fine* ustawy.

[149] Art. 88 ust. 6 ustawy.

W trzech pierwszych przypadkach zmiana lub uchylenie decyzji jest fakultatywne, w przypadku czwartym – obligatoryjne.

Odmienna regulacja dotyczy wynagrodzenia przysługującego rodzinie zastępczej zawodowej, rodzinie pomocowej oraz prowadzącemu rodzinny dom dziecka. Wysokość wynagrodzenia oraz sposób wypłaty określają w tych przypadkach umowy zawarte między starostą a wyżej wymienionymi[150].

STADIUM KOŃCOWE

Stadium końcowe stanowi ostatnią cześć procesu administrowania, którego przedmiotem jest organizowaniem pieczy zastępczej. W jego trakcie realizowane są czynności podejmowane, ogólnie ujmując, w związku z zakończeniem wykonywania pieczy zastępczej. W przypadku rodzinnej pieczy zastępczej, wzmiankowane zakończenie wynika z wielu przyczyn. Różne są też skutki prawne powyższej sytuacji. Zostaną one wymienione i omówione w dalszej części rozważań. Wcześniej należy przypomnieć, że – jak była o tym mowa wyżej – zadania wykonywane w systemie pieczy zastępczej, w tym w jej formie rodzinnej, dotyczą wielu podmiotów. W związku z tym, wyprzedzając nieco dalsze rozważania, należy zaznaczyć, iż skutki prawne zakończenia wykonywania pieczy zastępczej są zróżnicowane i zależą od tego, kogo dotyczą. Dlatego stosując kryterium podmiotowe, celowe jest omówienie zagadnienia przyczyn i skutków prawnych zakończenia wykonywania pieczy zastępczej odrębnie, a to najpierw w odniesieniu do dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej, a następnie w stosunku do pełniących rodzinną pieczę zastępczą.

A. Zakończenie wykonywania rodzinnej pieczy zastępczej w odniesieniu do dziecka obejmuje trzy sytuacje:

1. osiągnięcie przez dziecko pełnoletności; w tym przypadku piecza zastępcza nad dzieckiem wygasa z mocy prawa[151];

2. stwierdzenie ustania przyczyny umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej i przesłanie przez organizatora r.p.z. do właściwego sądu informacji o możliwości powrotu dziecka do jego rodziny. W przypadku, gdy sąd po przeprowadzeniu stosownego postępowania ustali, że zaist-

[150] Odpowiednio: art. 54, ust. 3, pkt 9, art. 75 ust. 2, pkt 6, art. 60, ust. 2, pkt 7 ustawy.

[151] Art. 37 ust. 1 ustawy.

niały warunki umożliwiające powrót dziecka do rodziny albo umieszczenie go w rodzinie przysposabiającej, zakończenie wykonywania pieczy zastępczej następuje na mocy orzeczenia sądu[152]. Ustawa reguluje trzy przypadki, w których nie następuje zakończenie wykonywania pieczy zastępczej. Ma to miejsce, gdy:

1) sąd (po otrzymaniu zawiadomienia starosty o niewypełnianiu lub niewłaściwym wypełnianiu przez rodzinę zastępczą lub prowadzącego rodzinny dom dziecka swoich funkcji) zmieni orzeczenie o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej z przyczyn, o których mowa wyżej. W takim przypadku, po ponownym umieszczeniu dziecka, piecza zastępcza jest sprawowana dalej. W związku z omawianą sytuacji ustawa reguluje kwestię powiadomienia sądu o możliwościach realizacji pieczy zastępczej dla dziecka oraz realizacji obowiązku zapewnienia dziecku (do czasu ponownego umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej) opieki i wychowania[153];
2) niezbędne jest zapewnienie dziecku pieczy w innej rodzinie zastępczej lub w innym rodzinnym domu dziecka w sytuacji, gdy przeciwko osobie pełniącej funkcję rodziny zastępczej lub prowadzącemu rodzinny dom dziecka wszczęto postępowanie karne o umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego. Powyższe rozwiązanie trwa do czasu prawomocnego zakończenia postępowania[154];
3) piecza zastępcza zostaje powierzona rodzinie pomocowej. Sytuacja ta występuje w przypadku czasowego niesprawowania opieki nad dzieckiem przez rodzinę zastępczą lub prowadzącego rodzinny dom dziecka (np. w okresie nieprzewidzianych trudności lub zdarzeń losowych w rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka)[155].

W praktyce mogą zachodzić i inne sytuacje, w których, jak sądzę, nie można przyjąć, że ma miejsce zakończenie wykonywania pieczy zastępczej. Następuje jedynie zmiana co do pełniącego pieczę zastępczą w formie rodzinnej lub instytucjonalnej. W każdym takim przypadku ma miejsce dalsze objęcie dziecka pieczą zastępczą, mimo iż dotychczasowa piecza nie jest lub nie może być wykonywana. Sprawa umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej winna być rozstrzygana przez sąd, który orzekając o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej zazwyczaj będzie zmieniał orzeczenie wydane w tej sprawie wcześniej. W tych przypad-

[152] Art. 47 ust. 6 ustawy; art. 112^4 k.r.o.

[153] Art. 71 ustawy.

[154] Art. 50 ust 1 ustawy.

[155] Art. 73 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy.

kach powiatowi, jako organizującemu pieczę zastępczą, pozostają do realizacji w trybie administracyjnym czynności pomocowe oraz zarządzające podejmowane w związku z obowiązkiem wykonania orzeczenia sądu. Jest możliwe dalsze objęcie dziecka pieczą zastępczą, mimo że dotychczasowa piecza nie jest lub nie może być wykonywana.

W razie zakończenia wykonywania pieczy zastępczej w związku z osiągnięciem pełnoletności ulega zmianie sytuacja prawna dziecka. Ograniczając uwagi tylko do kwestii regulowanych ustawą należy wskazać i omówić zmiany dotyczące dziecka, które osiągnęło pełnoletność przebywając w pieczy zastępczej sprawowanej w formy rodzinnej. Ustawa reguluje:

1) warunki dalszego przebywania tej osoby w dotychczasowej rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka. W tym przypadku nie jest ona objęta pieczą zastępczą. Jej pobyt jest ograniczony czasowo, gdyż nie może trwać dłużej niż do ukończenia 25 roku życia. Nadto musi być spełniony drugi warunek, który można określić jako uzasadnienie pobytu. Jest nim pobieranie nauki w ściśle określonych formach lub legitymowanie się orzeczeniem o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności i uczenie się (również w ściśle określonych formach)[156];
2) uprawnienia, jakie przysługują osobie opuszczającej, po osiągnięciu pełnoletności, rodzinę zastępczą lub rodzinny dom dziecka. Osobie powyższej, zwanej w ustawie „osobą usamodzielnianą" na warunkach określonych w ustawie 1) przyznaje się pomoc na: a) kontynuowanie nauki, b) usamodzielnieni, c) zagospodarowanie 2) udziela się pomocy w uzyskaniu: a) odpowiednich warunków mieszkaniowych b) zatrudnienia. Pomijając szczegółowe omawianie regulacji dotyczącej pomocy dla osób usamodzielnianych, należy jedynie zaznaczyć, że postępowanie w sprawach udzielenia powyższej pomocy jest postępowaniem administracyjnym. Wszczęcie postępowania następuje na wniosek. Omawiane postępowanie w wielu kwestiach normowane jest odmiennie, niż ma to miejsce w przypadku regulacji określonej przepisami k.p.a. Przyznanie oraz odmowa przyznania omawianej pomocy następuje w drodze decyzji. Proces administrowania w zakresie udzielania wyżej wskazanej pomocy przewiduje dokonywanie szeregu czynności o charakterze kontrolnym. Przyjęte rozwiązania przewidują realizację działań pomocowych według indywidualnego, zatwierdzonego przez kierownika PCPR programu usamodzielnienia.

[156] Art. 37 ust. 2, pkt 1, litera a, b, c, d oraz pkt 2, litera a, b, c, d, e.

W procesie tym, obok osoby usamodzielnianej, funkcjonuje wskazana przez nią osoba, pełniąca funkcję opiekuna usamodzielnienia[157].

B. Zakończenie wykonywania pieczy zastępczej ma miejsce również z przyczyn dotyczących rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka a także rodziny pomocowej. Regulacja zakresu podmiotowego pełniących rodzinną pieczę zastępczą, jak zaznaczono to wyżej, jest zróżnicowana[158]. Owe zróżnicowanie odnosi się również do omawianej obecnie kwestii.

W przypadku regulacji dotyczącej wszystkich typów rodziny zastępczej oraz prowadzącego rodzinny dom dziecka (regulacja A) zakończenie wykonywania pieczy zastępczej może nastąpić w sytuacji:

1) niewypełniania przez rodzinę zastępczą lub prowadzącego rodzinny dom dziecka swoich funkcji lub wypełnianie ich niewłaściwie. W takim przypadku starosta zawiadamia właściwy sąd. Zakończenie wykonywania pieczy zastępczej przez wymieniony podmiot następuje wówczas, gdy sąd zmieni orzeczenie o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej zawodowej lub rodzinnym domu dziecka z przyczyn wymienionych wyżej[159];
2) niespełniania przez rodzinę zastępczą lub prowadzącego rodzinny dom dziecka określonych w ustawie wymagań podmiotowych i przedmiotowych, stanowiących warunek powierzenia danej osobie pełnienia funkcji rodziny zastępczej oraz prowadzenia rodzinnego domu dziecka[160].

W obydwu przedstawionych sytuacjach istotną rolę dla ustalenia istnienia przesłanek co do zawieszenia wykonywania pieczy zastępczej i rozstrzygnięcia tej kwestii spełnia prawidłowe dokonanie oceny osób pełniących rodzinną pieczę zastępczą. Oceny wymienionych podmiotów dokonuje organizator r.p.z. pod względem predyspozycji do pełnienia powierzonej im funkcji oraz jakości wykonywanej pracy. Ocena ta winna być dokonywana systematycznie, na warunkach i w terminach ustalonych w ustawie, z uwzględnieniem ujętych w niej kryteriów[161].

---

[157] Art. 140–153 ustawy oraz Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 3 sierpnia 2012 r. w sprawie udzielania pomocy na usamodzielnienie, kontynuowanie nauki oraz zagospodarowanie (Dz.U. z 2012 r., poz. 954).

[158] Zob. uwagi dotyczące wyróżnionych podmiotowych zakresu regulacji (regulacja A, B, C, D).

[159] Art. 71 ustawy.

[160] Warunki te zostały wymienione enumeratywnie. Zob.: art. 42 ust. 1 pkt 1–7 ustawy.

[161] Art. 132–134 ustawy.

W przypadku rodziny zastępczej spokrewnionej oraz rodziny zastępczej niezawodowej orzeczenie sądu o zmianie orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej jest jedyną podstawą zakończenia wykonywania pieczy zastępczej.

Kwestia zakończenia wykonywania pieczy zastępczej może być również rozważona w związku z regulacją, która dotyczy tylko rodzin zastępczych zawodowych oraz prowadzących rodzinny dom dziecka (regulacja C). W tym wypadku zakończenie wykonywania pieczy zastępczej, niezależnie od uregulowania tej kwestii w orzeczeniu sądu, wymaga rozwiązania umowy o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej zawartej między starostą a rodziną zastępczą zawodową lub umowy o prowadzenie rodzinnego domu dziecka, zawartej między starostą a prowadzącym rodzinny dom dziecka. W obydwu przypadkach umowa określa między innymi warunki i sposób zmiany oraz rozwiązania umowy[162]. Należy przyjąć, że zakończenie wykonywania pieczy jest zdarzeniem, które w każdym wypadku skutkuje rozwiązaniem umowy. Tym samym rodzina zastępcza lub prowadzący rodzinny dom dziecka przestają pełnić powierzoną im funkcję. Omawiana umowa może być też rozwiązana z innych powodów (np. co do zasady w przypadku opuszczenia przez rodzinę zastępczą zawodową terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub powiatu z którego starostą została zawarta umowa)[163].

Końcowy wniosek wynikający z przeprowadzonej analizy przepisów prawnych odnoszących się do pieczy zastępczej sprowadza się do stwierdzenia, że wskazane byłoby wprowadzenie do już istniejącej regulacji pewnych uściśleń (w szczególności związanych z wykonywaniem rodzinnej pieczy zastępczej przez rodziny zastępcze spokrewnione) oraz uzupełnień (np. regulujących postępowanie w przypadku rezygnacji rodziny zastępczej lub prowadzącego rodzinny dom dziecka z wykonywania tej funkcji).

[162] Art. 54 ust. 3, pkt 15; art. 62 ust. 2, pkt 16 ustawy.

[163] Art. 54 ust. 5 ustawy.

Stanisław Witkowski

ZDOLNOŚĆ SPÓŁEK PRAWA HANDLOWEGO Z UDZIAŁEM SKARBU PAŃSTWA LUB JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO DO WNIESIENIA SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Poruszony przez autora temat wydaje się już dosyć dobrze opracowany zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. Nie oznacza to jednak, że temat ten został już całkowicie wyjaśniony. Wręcz przeciwnie, prezentowane poglądy świadczą o dużej rozbieżności pomiędzy ich autorami. Brak jednolitości nie jest tylko domeną samej doktryny. Podobnie sytuacja wygląda również i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK). Pomimo, że zagadnienie było przedmiotem orzeczeń wydawanych przez cały skład TK[1], to trudno jest uznać je za wystarczająco wyjaśnione, szczególnie że w samym tym orzeczeniu wyrażone zostały aż cztery zdania odrębne. Ponadto należy wspomnieć, o czym szerzej będzie mowa poniżej, że TK jest w swoich poglądach raczej niekonsekwentny. Można też odebrać wrażenie, że czym dalej idzie na tym polu orzecznictwo, tym większe wiążą się z tym wątpliwości.

Autor dokonuje poniżej szczegółowej analizy stanowiska TK, wraz ze stanowiskami zawartymi w głosach odrębnych. Jest ona uzupełniona poglądami doktryny. Na samym końcu podjęta jest próba oceny dotychczasowego dorobku zawartego w orzecznictwie.

Punktem wyjścia do badania stanowiska TK w odniesieniu do zdolności skargowej spółek prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa

[1] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

oraz jednostek samorządu terytorialnego, jest prezentacja kryteriów, którymi się on posługuje. Pozwalają one na odpowiedź na fundamentalne w tym zakresie pytanie – czy skarga wnoszona przez taki podmiot powinna być merytorycznie rozpatrzona, czy też TK powinien odmówić jej rozpoznania. Kryteria, o których mowa, to kryterium majątkowe oraz funkcjonalne.

Kryterium majątkowe opiera się na badaniu charakteru majątku skarżącego i odpowiedzi na pytanie, czy jest on prywatny, czy publiczny. W przypadku gdy działalność danego podmiotu opiera się w całości na własności publicznej mamy do czynienia z publicznym podmiotem gospodarczym. Gdy jednakże brak jest elementu publicznego, to skarżący jest prywatnym podmiotem gospodarczym. Przykładem podmiotów publicznych jest jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, państwowa osoba prawna czy też spółka komunalna, której udziały należą w 100% do jednostki samorządu terytorialnego[2].

Kryterium majątkowe okazuje się niewystarczające w sytuacji, gdy przedmiotem badań jest podmiot prowadzący swoją działalność na podstawie majątku mieszanego, tj. publiczno-prywatnego. W takiej sytuacji kryterium majątkowe może stanowić jedynie punkt wyjścia do dalszych rozważań opartych o następne kryterium, tj. funkcjonalne. W tym znaczeniu pełni ono rolę rozwinięcia kryterium majątkowego. Jego istota sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy organy szeroko pojętego państwa obejmującego również samorząd terytorialny, mają decydujący wpływ na działalność skarżącego[3]. W takiej sytuacji wpływ wywierany przez inne podmioty jest nieistotny. Irrelewantna jest również jego forma organizacyjnoprawna. Kryterium funkcjonalne posłużyło TK do oceny zdolności skargowej spółki prawa handlowego, w której Skarb Państwa nie posiadał całości udziałów, a jedynie ich część. Niemniej analiza wzajemnych relacji pomiędzy kapitałem prywatnym i publicznym pozwoliła TK dojść do wniosku, że ten drugi posiada decydujący wpływ na funkcjonowanie skarżącego[4].

W celu ułatwienia realizacji powyżej przedstawionych kryteriów, TK odwołał się w swoim rozumowaniu do pojęcia *przedsiębiorcy publicznego* oraz *publicznego podmiotu gospodarczego*, pomimo że nie wspomina o nich Konstytucja RP. Pojęciem tym objęte zostały nie tylko spółki prawa handlowego, ale także inne formy prowadzenia działalności gospo-

[2] Postanowienie TK z 20 grudnia 2007 r., SK 67/05.

[3] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

[4] Postanowienie TK z 8 kwietnia 2008 r., SK 80/06.

darczej przez państwo[5]. Powyższe określenia zostały skonstruowane przy pomocy definicji występujących w polskich i europejskich aktach prawnych[6]. Podejście to spotkało się z krytyką już w samym TK. Przede wszystkim zwrócono uwagę na fakt, że Konstytucja RP nie posługuje się powyższymi pojęciami, a poszukiwanie ich w ustawach lub dyrektywach było nieprawidłowe, gdyż akty te zdefiniowały określenie gospodarczej działalności państwa tylko na własne potrzeby[7]. Poza tym wykluczenie danej kategorii podmiotów tj. *przedsiębiorców publicznych* z zakresu ochrony gwarantowanej konstytucyjnymi wolnościami i prawami wymaga co najmniej, aby konstytucja o nich wspominała[8].

Zaproponowane przez TK kryteria są niewątpliwie na tyle precyzyjne, że umożliwiają w praktyce przeprowadzenie linii podziału pomiędzy podmiotami je spełniającymi oraz całą resztą. Wniosek ten nie powinien budzić wątpliwości w przypadku kryterium majątkowego, gdyż okoliczność oparcia w całości działalności skarżącego na majątku publicznym niewątpliwie odróżnia go od innych podmiotów opartych na majątku prywatnym lub publiczno-prywatnym. Podobnie kryterium funkcjonalne opierając się na odpowiedzi na pytanie, kto wywiera na skarżącego decydujący wpływ, czy szeroko rozumiane państwo, czy też kapitał prywatny, pozwala co do zasady na odróżnienie tych dwóch grup podmiotów. Wskazuje na to chociażby praktyka niektórych organów państwo-

---

5 Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

6 W konstruowaniu kryterium funkcjonalnego TK odwołał się do definicji przedsiębiorcy publicznego zawartej w następujących aktach prawnych: art. 2 pkt 14 ustawy z 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404, ze zm.); art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz.U. Nr 191, poz. 1411, ze zm.); art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy Komisji 80/723/EWG z 25 czerwca 1980 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE L 195, 29.07.1980, s. 35); art. 2 pkt b dyrektywy Komisji nr 2006/111/WE z 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. UE L 318, 17.11.2006, s. 17).

7 Postanowienie TK z 8 kwietnia 2008 r., SK 80/06 (zdanie odrębne sędziego Bohdana Zdziennickiego).

8 Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Marka Kotlinowskiego).

wych[9]. Pozostaje oczywiście kwestia przysługujących TK możliwości zbadania powyższych zagadnień, o czym będzie mowa dalej.

W kontekście omawiania powyższych dwóch kryteriów zasadne wydaje się zwrócenie uwagi na występującą pomiędzy nimi niespójność. Kryterium funkcjonalne jest niewątpliwie szersze od majątkowego. Nie oznacza to jednak, że kryterium majątkowe zawiera się w kryterium funkcjonalnym. Wynika ona z faktu, że z jednej strony służą one do oceny zdolności skargowej tych samych kategorii podmiotów, z drugiej jednak opierają się one na nie do końca tożsamych przesłankach. Z tego płynie wniosek, że wystąpienie przesłanki determinującej zastosowanie kryterium majątkowego nie zawsze jest wystarczającym uzasadnieniem dla stwierdzenia, iż są podstawy do zastosowania kryterium funkcjonalnego, gdyż inne okoliczności, na których to kryterium się opiera, mogą sugerować odmienny wniosek. Przykładem, w którym doszłoby do kolizji pomiędzy powyższymi kryteriami, jest skarga konstytucyjna złożona przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, będącej w całości własnością gminy, której udziały są przedmiotem zastawu. Przy tym zastawnikowi, będącemu podmiotem prywatnym, przysługuje wyłączne uprawnienie wykonywania prawa głosu z udziałów. Rozumowanie to stawia pod znakiem zapytania przedstawiony powyżej pogląd TK, zgodnie z którym kryterium funkcjonalne stanowi uzupełnienie i rozszerzenie kryterium materialnego. A poza tym, gdyby nawet tak było, oznaczałoby to, że kryterium majątkowe zawarte jest w kryterium funkcjonalnym, co stawia konieczność postawienia pytania o zasadność posługiwania się dwoma tymi kryteriami, gdy jedno z nich wyczerpuje całość zagadnienia.

W doktrynie zaproponowane zostały kryteria służące do określenia, czy dany podmiot gospodarczy jest przejawem gospodarczej aktywności państwa, czy też kapitału prywatnego. Są one dzielone na: ustrojowe, kapitałowe i funkcjonalne[10]. Pierwsze z nich akcentuje formę prawną danego podmiotu, tj. publicznoprawną lub prywatnoprawną. Istotą kryterium kapitałowego jest zbadanie, czy państwo posiada w danej

[9] Przykładem może być prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w którego postępowaniach bardzo często konieczne jest ustalenie podmiotów dominujących w stosunku do stron postępowania administracyjnego. Bez takiej analizy niemożliwe byłoby przeprowadzenie niektórych postępowań (w szczególności postępowań koncentracyjnych, w których konieczna jest odpowiedź, czy wnioskodawca należy do określonej grupy kapitałowej).

[10] A. Szafrański, *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008, s. 90.

spółce więcej niż 50% kapitału. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, ponad 50% udział państwa w badanej spółce determinuje jej publiczny charakter, niezależnie czy z tym udziałem jest związany decydujący wpływ na tę spółkę[11]. Ostatnie kryterium pozwala na analizę przypadków, w których udział państwa w badanej spółce jest niższy niż 50%. W takiej sytuacji analiza sprowadza się do oceny oddziaływania państwa na dany podmiot. W przypadku posiadania przez państwo decydującego wpływu należy już mówić o *przedsiębiorcy publicznym*[12].

Powyżej przedstawiona metodologia, stanowiąca podstawę kryterium funkcjonalnego, nie została jednolicie zaakceptowana w orzecznictwie. Zwrócono uwagę na trudności związane z oceną, czy państwo ma decydujący wpływ na działalności skarżącego[13]. Wynikają one z dynamicznej struktury własnościowej spółki prawa handlowego, czego skutkiem może być inny w niej udział Skarbu Państwa w momencie, gdy dochodzi do naruszenia jej praw oraz w momencie wnoszenia skargi do TK. Przyjęte przez TK rozumowanie może skutkować, z jednej strony, odmową przyjęcia skargi konstytucyjnej wniesionej przez podmiot publiczny w momencie naruszenia jego praw, który jednakże utracił przymiot publiczności przed wniesieniem skargi. Z drugiej zaś dopuszczalna będzie skarga podmiotu prywatnego, którego charakter uległ zmianie na publiczny jeszcze przed wystąpieniem do TK ze skargą. W świetle powyższego, aby ustalić zdolność skargową, konieczna jest analiza wpływu państwa na skarżącego w momencie naruszenia jego praw. Przeprowadzenia takiego badania wymaga dostępu do dokumentów, co do których nie ma wymogu ich załączenia do skargi konstytucyjnej. Dodatkowo przyjęcie powyższego założenia wymaga opracowania kryteriów oceny, kiedy państwo ma decydujący wpływ na skarżącego, a kiedy już nie. Kryteria te, jak wynika z powyższego, będą wykraczały poza analizę procentowego udziału w spółce poszczególnych jej członków, co powoduje, że będą one miały charakter nieostry i ocenny. Podstawą ich ustalenia będą okoliczności faktyczne nie wynikające w większości przypadków z orzeczeń, w związku z którymi została wniesiona skarga konstytucyjna, oraz z innych dokumentów dołączanych do skargi. Konsekwentnie ustalanie decydującego wpływu wykracza poza zakres kontroli wstępnej skargi konstytucyjnej. Należy także zauważyć, że decydujący wpływ może wynikać z powszechnie obowiązujących aktów

[11] *Ibidem*, s. 93–96.

[12] *Ibidem*, s. 96–98.

[13] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego).

prawnych, odnoszących się do określonej grupy adresatów, w tym takich, które w całości bazują na prywatnym majątku[14].

Podzielając i rozwijając przedstawione powyżej wątpliwości co do możliwości TK w przedmiocie zastosowania omawianych kryteriów, trzeba zwrócić uwagę na następujące kwestie. Niewątpliwie inna jest sytuacja TK w przypadku, gdy odwołuje się do kryterium majątkowego, a inna, gdy bazuje na kryterium funkcjonalnym. W pierwszym przypadku jedyna kwestia, którą TK musi zbadać jest sprawdzenie, do kogo należy majątek, na podstawie którego prowadzi działalność skarżący. Należy w związku z tym zastanowić się, czy informacje, którymi dysponuje TK w toku postępowania ze skargi konstytucyjnej są wystarczające. Praktycznie jedynym dokumentem stanowiącym źródło tych informacji, który jest załączany do skargi konstytucyjnej jest odpis z Krajowego Rejestru Sądowego skarżącego[15]. Jest on, oprócz pełnomocnictwa, niezbędny do wykazania umocowania do złożenia skargi przez osobę ją podpisującą, w przypadku gdy skarga jest składana przez podmioty, w stosunku do których TK stosuje omawiane dwa kryteria. W odpisie tym, niezależnie od okoliczności, czy jest on aktualny czy pełny, znajdują się dane niezbędne do ustalenia kto jest wyłącznym właścicielem danego podmiotu. Można mieć jednak uzasadnione wątpliwości, czy informacja kto jest właścicielem skarżącego jest wystarczająca, aby móc w pełni stosować kryterium majątkowe. Spełnia ona swoje zadanie jeśli właścicielem jest bezpośrednio Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego, ale okazuje się całkowicie niewystarczająca, jeśli właścicielem jest inny podmiot, będący w dalszej kolejności bezpośrednią lub pośrednią własnością państwa w szerokim rozumieniu. W takiej sytuacji niezbędna jest szczegółowa analiza struktury całej grupy kapitałowej, do której należy skarżący, której to informacji nie znajdzie się w jego odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego. Z kolei kryterium funkcjonalne opiera się na odpowiedzi na pytanie, kto jest podmiotem dominującym wobec skarżącego. Wywieranie decydującego wpływu na dany podmiot związane jest m.in. z kwestią posiadanych udziałów lub akcji w tym podmiocie. Informacje na ten temat znajdują się w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego, ale tylko jeśli jest mowa o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółce osobowej. W przypadku spółki akcyjnej dane dotyczące jej akcjonariatu są jedynie wtedy poda-

[14] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Piotra Tulei).

[15] Taki wniosek płynie z treści art. 47 ustawy o TK, określającego formalne wymagania dla skargi konstytucyjnej.

wane, jeśli jest ona własnością jednej osoby. Dodatkowo aktualność zachowuje powyższy argument związany z niemożnością zbadania tylko na bazie odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego pośredniego udziału w skarżącym. Niezależnie jednakże od aspektu majątkowego, czyli własności udziałów w skarżącym, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego nie daje żadnych informacji odnoszących się do istnienia innych przesłanek wskazujących na występowanie zależności pomiędzy skarżącym a państwem w szerokim znaczeniu. Odnalezienie takich zależności wymaga analizy dodatkowych dokumentów będących w posiadaniu skarżącego, takich jak umowa spółki czy statut, czy też umowy z podmiotami trzecimi. TK może oczywiście w toku postępowania wystąpić do skarżącego o przedłożenie dodatkowych dokumentów, do czego prawo daje mu, zgodnie ze swoim orzecznictwem, art. 19 ustawy o TK[16]. Jest to jednak dodatkowe działanie, wykraczające poza standardowe rozpoznanie wstępne skargi konstytucyjnej wnoszonej przez podmioty, do których potencjalnie mogą znaleźć zastosowanie powyższe dwa kryteria.

Kwestia możliwości ustalenia przez TK, czy w danej sprawie powinno dojść do zastosowania kryterium majątkowego lub funkcjonalnego może mieć praktyczne konsekwencje. W dotychczasowym orzecznictwie kryteria te zostały zastosowane czterokrotnie[17], przy czym w dwóch sprawach dotyczyły tego samego podmiotu[18], co niewątpliwie ułatwiło TK analizę charakteru skarżącego. Dodatkowo w trzech sprawach orzeczenia zostały wydane nie na etapie wstępnego rozpoznania, gdzie co do zasady właśnie takie kwestie jak brak zdolności skargowej powinny zakończyć postępowanie, ale na etapie rozpoznania merytorycznego. Równolegle w dwóch sprawach[19], które TK rozpatrzył merytorycznie i wydał wyrok, skarżącym był podmiot, którego większościowym akcjonariuszem był Skarbu Państwa. W uzasadnieniu obydwu wyroków brak jest jakiejkolwiek analizy zdolności skargowej w związku z tym faktem. Ponadto w szeregu innych spraw[20], których inicjatorami były podmioty

[16] Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 77.

[17] Sprawy o sygnaturach – SK 21/07, SK 80/06, SK 67/05, Ts 37/11.

[18] Chodzi o KGHM Polska Miedź SA.

[19] Wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., SK 37/01; wyrok TK z 2 marca 2004 r., SK 53/03. Skarżącym było tutaj Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, którego głównym akcjonariuszem jest Skarb Państwa (zob. *Akcjonariat*, [30.10.2013], www.pgnig.pl/bip/748).

[20] Postanowienie TK z 4 lutego 2009 r., Ts 321/08. Inicjatorem postępowania było tutaj Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Star-Wik" sp. z o. o. Jest to spółka prawa handlowego, której właścicielem jest Gmina Starogard Gdański.

spełniające powyższe kryteria, TK co prawda nie rozpatrzył ich merytorycznie, jednakże podstawą rozstrzygnięć TK były inne kwestie niż brak zdolności skargowej, który w tych orzeczeniach nie był w ogóle analizowany. Na uwagę zasługują te z powyższych rozstrzygnięć, gdzie TK wydał postanowienie o niedopuszczalności wydania wyroku. Innymi słowy skarga konstytucyjna w tych sprawach została w toku postępowania wstępnego uznana za zasługującą na merytoryczne rozstrzygnięcie[21]. Powyższe wskazuje, że większości rozpatrzonych spraw TK nie zastosował ani kryterium majątkowego, ani funkcjonalnego, pomimo że zgodnie ze swoją linią orzeczniczą powinien to uczynić. Powodów, dla których tak się stało nie można odnaleźć w uzasadnieniach komentowanych orzeczeń, ale sam fakt istnienia takiej praktyki oraz proporcje pomiędzy liczbą spraw, w których te kryteria zostały użyte, oraz tymi, gdzie do tego nie doszło, sygnalizują ich ograniczoną praktyczną użyteczność. Nie należy się temu dziwić. Istnieje bowiem rozbieżność pomiędzy omawianymi kryteriami, a wymogami dotyczącymi skarg konstytucyjnych podmiotów, które potencjalnie tym kryteriom mogą podlegać. Dlatego też wskazane byłoby, aby już w skardze konstytucyjnej znalazły się informacje pozwalające ocenić, czy do danego skarżącego mają zastosowanie powyższe dwa kryteria. Może to być obowiązek przedłożenia schematu grupy kapitałowej, w której znajduje się skarżący wraz ze wskazaniem występujących pomiędzy poszczególnymi

Postanowienie TK z 18 lipca 2005 r., SK 25/04. Skarżącym był System Gazociągów Tranzytowych „EuRoPol Gaz" SA – spółka kontrolowana pośrednio przez państwo polskie i rosyjskie (zob. *O firmie*, (30.10.2013), www.europolgaz.com.pl/firma_wladze.htm – z informacji podanych na stronie wynika, że pakiet kontrolny należy do Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. kontrolowanego przez państwo polskie (zob. *Akcjonariat*, (30.10.2013), www.pgnig.pl/bip/748/), oraz do OAO Gazprom, który jest kontrolowany przez państwo rosyjskie (zob. Gazprom – *Joint Stock Company*, (30.10.2013), www.eng.gazprom-questions.ru/?id=10#c289)). Postanowienie TK z 2 grudnia 2010 r., SK 11/10. Skarżącym było PZU S.A., w którym Skarb Państwa posiadał w momencie rozpatrywania skargi wysoki udział determinujący konieczność zbadania, czy nie ma zastosowania kryterium formalne (zob. Relacje inwestorskie, (30.10.2013), www.pzu.pl/relacje-inwestorskie/spolka/akcjonariat).

[21] W tym kontekście na uwagę zasługuje sprawa o sygn. SK 11/10, a wcześniej Ts 318/08, gdzie skarżącym było PZU S.A. Wskutek wstępnej kontroli TK odmówił nadania skardze biegu, na co zostało wniesione zażalenie, w wyniku którego TK zmienił zaskarżone postanowienie i nadał skardze dalszy bieg. Spór dotyczący nadania skardze dalszego biegu dotyczył całkowicie innych kwestii niż zdolność skargowa. Zagadnienie to w ogóle nie zostało poruszone w omawianych orzeczeniach.

członkami tej grupy powiązań wskazujących na posiadanie pośredniej lub bezpośredniej pozycji dominującej wobec skarżącego. Autor na tym etapie nie rozwija tej kwestii ze względu na okoliczność, że nałożenie ewentualnych dodatkowych obowiązków na skarżących jest w pierwszej kolejności warunkowane odpowiedzią na pytanie o zasadność omawianych kryteriów, co będzie miało miejsce w dalszej części.

TK uznał konieczność wprowadzenia powyższych dwóch kryteriów ze względu na okoliczność, że państwo realizuje swoje funkcje zarówno w formie *imperium*, jak i *dominium*. Działalność państwa w formie prywatnoprawnej ma miejsce także w sferze gospodarczej, za pośrednictwem różnego rodzaju powołanych do tego podmiotów. Podmioty te w związku z tym realizują *funkcje władzy publicznej*[22]. Stanowisko to zostało poddane krytyce w zdaniu odrębnym. Wskazano, że spółka prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa nie posiada żadnych kompetencji władczych. Jej działalność prowadzona jest wyłącznie w sferze *dominium*. Dodatkowo, w komentowanym orzeczeniu, prowadzona przez skarżącą działalność nie stanowiła przejawu wykonywania zadań publicznych. Świadczyła ona usługi dostarczania energii elektrycznej, na którym to rynku działają także spółki bez kapitału Skarbu Państwa[23].

Stanowisko TK, uzasadniające zasadność powyższych dwóch kryteriów, zostało oparte na wykładni art. 20 i 22 Konstytucji RP. TK, analizując wzajemną zależność tych przepisów uznał, że podstawą wolnorynkowego ustroju gospodarczego państwa jest własność prywatna. Wynika to z charakteru społecznej gospodarki rynkowej, która zgodnie z art. 20 Konstytucji RP, oparta jest m.in. na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej. Z tego sprzężenia wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej wynika, że konstytucyjną gwarancją z art. 22 Konstytucji RP objęta jest działalność gospodarcza, której materialną podstawę stanowi własności prywatna[24]. *A contrario* świadczy to o tym, że konstytucyjną ochroną w zakresie podejmowanej działalności gospodarczej nie jest objęta działalność prowadzona przez państwo, a także instytucje publiczne wykorzystujące mienie Skarbu Państwa oraz inne państwowe osoby prawne. Z charakteru obu przepisów wynika, że nie mają one zastosowania do działań państwa w zakresie podejmowanej działalności gospodarczej. Państwo w takim wypadku dysponuje znaczną swobodą tworzenia, likwidacji i kształto-

[22] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

[23] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego).

[24] Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

wania podmiotów, przy pomocy których uczestniczy w obrocie gospodarczym[25]. Jego działalność podlega innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych[26]. W doktrynie zauważa się, że art. 22 Konstytucji RP zawiera w sobie zarówno zasadę ustroju, jak i prawo podmiotowe. Analizując ten przepis jako źródło zasady ustroju należy uznać, że określa ona szereg elementów odnoszących się nie tylko do podmiotów prywatnych, ale także do państwa oraz samorządu terytorialnego. Wynika z niej możliwość podjęcia takiej działalności przez podmioty włączone w strukturę własnościową państwa i samorządu terytorialnego. Z punktu widzenia jednakże tego przepisu jako źródła prawa podmiotowego – wolności działalności gospodarczej – argumentuje się, że nie obejmuje ona swoim zakresem podmiotów publicznych[27].

Powyższe stanowisko nie zostało jednolicie przyjęte w orzecznictwie. Zgodnie z odmiennym poglądem[28] w Konstytucji RP nie ma żadnych barier ograniczających aktywność państwa w gospodarce oraz brak jest konstytucyjnych preferencji tylko dla własności prywatnej. Z art. 21 ust. 1 Konstytucji RP wynika, że odnosi się bowiem nie tylko do własności prywatnej, ale również publicznej, a więc znajdującej się w rękach Skarbu Państwa i innych publicznych osób prawnych. Powiązanie tego przepisu z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP prowadzi do konkluzji, że ochrona własności jest równa dla wszystkich właścicieli (prywatnych i publicznych). Niedopuszczalne jest zatem uprzywilejowanie lub dyskryminacja jakiegokolwiek podmiotu własności – prywatnego lub publicznego (art. 32 Konstytucji RP)[29]. Byłoby to możliwe, gdyby podmioty z udziałem majątku publicznego oraz te które w całości są własnością kapitału prywatnego nie posiadały wspólnej cechy relewantnej. Na taki brak nie wskazuje jednakże tylko sam udział Skarbu Państwa w danym podmiocie gospodarczym[30].

---

25 Postanowienie TK z 20 grudnia 2007 r., SK 67/05.

26 Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

27 L. Garlicki, *Komentarz do art. 22*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 9–10.

28 Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego).

29 Podobnie zob. wyrok TK z 9 stycznia 2007 r., P 5/05.

30 M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 2: *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 315.

Wnioski te należy odnieść do art. 20 Konstytucji RP. Pomimo że mowa jest w nim o *własności prywatnej*, jednakże odnosi się to nie tylko do własności pojedynczych osób fizycznych, ale także osób prawnych, np. spółek kapitałowych. Na kapitał własny (innymi słowy „prywatny") tych ostatnich podmiotów może składać się kapitał nie tylko osób fizycznych, ale i innych osób prawnych (w tym Skarbu Państwa). Do podobnych konkluzji prowadzi analiza rodzajów własności, o której jest mowa w konstytucji. Wymienia ona, obok własności prywatnej, także własność państwową i samorządową. Dodatkowo z art. 216 ust. 3 Konstytucji RP wynika prawo państwa do tworzenia monopolu gospodarczego. „Skoro więc państwo – zgodnie z wolą ustrojodawcy – może działać na rynku specjalnie wyłączonym, to tym bardziej może prowadzić działalność gospodarczą w ramach zakreślonych przez art. 20 Konstytucji RP"[31].

Zauważa się także, że określenie własność prywatna ma na celu podkreślenie, że obecna koncepcja własności ma inny charakter od tej, która wynikała z konstytucji z 1952 r[32]. Innymi słowy, zaakcentowana została zmiana ustrojowa polegająca na odejściu od wynikającej z marksistowskiej doktryny dominacji własności społecznej, w tym przede wszystkim własności państwowej[33]. Dlatego też użyte przez ustrojodawcę pojęcie własności prywatnej nie ma jakiegoś dalej idącego samoistnego znaczenia. Służy ono podkreśleniu rynkowego charakteru gospodarki, w której dominuje własność prywatna, nie zaś potraktowaniu tej formy własności jako jedynej i dominującej. W ten sposób ustrojodawca zagwarantował ochronę własności prywatnej na poziomie co najmniej takim samym, jak własności publicznej[34], na co wskazuje też i TK[35].

Brak możliwości powoływania się przez państwo na swobodę działalności gospodarczej wynika też, zdaniem TK, z analizy art. 216 ust. 2 Konstytucji RP. Upoważnił on ustawodawcę do uregulowania zasad i trybu nabywania, zbywania, obciążania nieruchomości, udziałów lub akcji oraz emisji papierów wartościowych przez Skarb Państwa, Na-

---

31 Postanowienie TK z 8 kwietnia 2008 r., SK 80/06 (zdanie odrębne sędziego Bohdana Zdziennickiego).

32 Postanowienie TK z 22 maja 2007 r., SK 70/05 (zdanie odrębne sędzi Ewy Łętowskiej) oraz postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego).

33 M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55 k.c.*, Kraków 1997, s. 40.

34 S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003, s. 116–117.

35 Wyrok TK z 29 maja 2001 r., K 5/01.

rodowy Bank Polski lub inne państwowe osoby prawne. Zdaniem TK należy z tego wnioskować, że zawiera on także zezwolenie na bardzo głęboką ingerencję ustawodawczą w działalność gospodarczą państwowych osób prawnych, gdyż powinien być interpretowany według reguły *a maiori ad minus*[36]. Konsekwentnie państwo ma swobodę kształtowania form prawnych, w jakich występuje w obrocie gospodarczym. Może tworzyć nowe formy organizacyjne, korzystać z już istniejących w obrocie, charakterystycznych dla kapitału prywatnego lub też nawet zezwolić na prowadzenie takiej działalności bezpośrednio przez jednostki budżetowe niewyposażone w odrębną osobowość prawną. Niezależnie jednak od organizacyjno-prawnej formy prowadzenia działalności gospodarczej, państwo nie staje się podmiotem praw i wolności wynikających z rozdziału II Konstytucji RP[37]. W doktrynie zwraca się uwagę, że zakres podmiotowy art. 216 ust. 2 Konstytucji RP należy interpretować szeroko i obejmuje on wszystkie państwowe osoby prawne[38], czyli jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, których mienie jest w całości mieniem państwowym[39]. W grupie tej znajdują się takie podmioty, jak przedsiębiorstwa państwowe, jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, państwowe uczelnie wyższe, Narodowy Bank Polski, Agencja Mienia Wojskowego[40]. Jednakże TK wskazuje, że państwo nie może całkowicie dowolnie kształtować swojego udziału w życiu gospodarczym. W sytuacji, w której działa wspólnie z podmiotami prywatnymi i dopuszcza taką kooperację w formach właściwych dla prawa prywatnego, powinno przestrzegać zasad ustanowionych dla analogicznych form prawnych, przy pomocy których działają podmioty prywatne[41].

Powyższe stanowisko TK odmawiające zdolności skargowej podmiotów, których udziałowcem jest państwo, opiera się na założeniu, że podjęcie przez państwo działalności w formach prywatnych nie powoduje zmiany charakteru takiego podmiotu z publicznego na prywatny. Innymi słowy, zdolność skargowa jest badana poprzez odpowiedź na pytanie, czy właściciel lub podmiot mający dominujący wpływ na skar-

36 Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

37 Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

38 W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 216 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz IV*, red. L. Garlicki..., s. 10.

39 Art. 1a ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz.U. z 2012 r., poz. 1224)

40 A. Kidyba, *Komentarz do art. 40 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, red. A. Kidyba, program informacji prawniczej Lex 2012.

41 Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

żącego ma charakter prywatny, czy też publiczny. Metodologia ta wzbudziła kontrowersje w orzecznictwie. Zgodnie z głosem krytycznym, nie można stawiać znaku równości pomiędzy Skarbem Państwa a spółką, w której ma on swoje udziały. Spółka jest odrębnym podmiotem od swoich udziałowców, których skład podlega dynamicznym zmianom[42]. Podobnie nie można utożsamiać jej majątku z majątkiem jej udziałowców. Niezależnie od tego, czy wpłaty na kapitał spółki pochodzą ze źródeł prywatnych czy publicznych, to ma on jednolity charakter bez podziału na część prywatną i publiczną. Tym samym majątek spółki jest własnością w rozumieniu art. 64 Konstytucji RP, a nie art. 218, który reguluje własność Skarbu Państwa. Dlatego też odrębność występująca pomiędzy spółką a jej udziałowcami przekłada się także na odrębność podmiotowość na gruncie konstytucyjnych wolności i praw. Spółka prawa handlowego jest podmiotem uprawnionym z tytułu konstytucyjnych wolności i praw, a nie zobowiązanym do zapewnienia ich przestrzegania, tak jak państwo. Nie realizuje ona swoich zadań przy wykorzystaniu metod władczych oraz jej celem jest generowanie zysku, a nie administrowanie sprawami publicznymi[43]. Tym samym niezasadny jest argument mówiący, że w sprawie, w której skarżącym jest spółka, gdzie dominującym udziałowcem jest Skarb Państwa, dochodzi do tożsamości podmiotu uprawnionego i zobowiązanego na gruncie konstytucyjnych wolności i praw, czyli innymi słowy, merytoryczne rozpatrzenie takiej skargi stanowi rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego[44].

Dodatkowo wskazuje się, że w zakresie kryterium majątkowego mieszczą się szkoły publiczne i konsekwentnie należałoby im odmówić zdolności skargowej. Wniosek taki jest nie do pogodzenia z treścią art. 70 ust. 5 Konstytucji RP, który zawiera gwarancję autonomii szkół wyższych. Jest to określone prawo i w przypadku jego naruszenia szkoła wyższa powinna mieć instrumenty służącego do jego ochrony, czyli w tym wypadku prawo do złożenia skargi konstytucyjnej[45].

Argumentacja przeciwników wykluczenia z zakresu zdolności skargowej przedsiębiorców z dominującym udziałem państwa oparła się też

[42] Podobnie A. Krzywoń, *Glosa do postanowienia z 20 XII 2007, SK 67/05 (zdolność skargowa spółek akcyjnych z udziałem Skarbu Państwa)*, „Państwo i Prawo" 2008, z. 8, s. 141.

[43] *Ibidem*, s. 143.

[44] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Marka Kotlinowskiego). Podobnie braku tożsamości Skarbu Państwa i spółki z udziałem Skarbu Państwa dopatruje się w tym samym orzeczeniu sędzia Andrzej Rzepliński.

[45] M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, [w:] *System prawa administracyjnego*..., s. 315.

na orzecznictwie ETPCz[46]. Zgodnie ze stanowiskiem tego sądu, nawet podmioty będące w całości własnością państwa mają prawo do złożenia skargi na gruncie konwencji[47]. ETPCz analizując zdolności skargową w pierwszej chronologicznie ze spraw, wypracował test mający służyć odpowiedzi na pytanie, czy skarżący ma charakter organizacji rządowej, czy może pozarządowej. W skład tego testu wchodzi badanie statusu prawnego skarżącego, posiadane przez niego prawa, naturę jego działalności i kontekst, w jakim jest ona prowadzona oraz stopień niezależności od władz[48]. Stosując te kryteria ETPCz w obydwu rozpatrywanych sprawach doszedł do wniosku, że skarżący realizują określoną misję publiczną polegającą na emisji programów radiowych i telewizyjnych. To spostrzeżenie było powodem dalszej analizy zależności skarżących od władz państwowych. ETPCz odwołał się w niej do aktów ustrojowych obydwu podmiotów. Zauważył, że narzucają one na nie obowiązki niezależnego i bezstronnego działania. Ponadto w przypadku radia francuskiego w skład ciała zarządzającego tym podmiotem wchodzą w większości osoby nie powoływane przez państwo, ale przez specjalny niezależny organ, odpowiedzialny w szczególności za ochronę niezależności i bezstronności sektora radia publicznego. W drugim przypadku, gdzie skarżącym był nadawca austriacki, członkowie organu zarządzającego byli w większości powoływani przez państwo. Jednakże zdaniem ETPCz nie ma to znaczenia, gdyż osoby, zgodnie z obowiązującym prawem, nie są związane żadnymi wytycznymi, a jedynie obowiązującym prawem. W obydwu rozpatrywanych sprawach skarżący byli publicznymi nadawcami, których majątek w całości pochodził od państwa. W przypadku radia francuskiego było ono własnością państwową, natomiast w drugiej sprawie skarżący był publiczną fundacją, co zdaniem ETPCz znaczyło, że nie był on własnością państwową. W obydwu rozpatrywanych sprawach skarżący nie byli monopolistami na rynku prowadzonej przez siebie działalności i spotykali się tam z konkurencją ze strony prywatnych podmiotów. Wskazywało to na brak relewantnych różnic pomiędzy skarżącymi, a ich prywatnymi konkurentami. Dodatkowo na uwagę zasługuje pogląd ETPCz, przyznający zdolność skargową podmiotom gospodarczym wykonującym określone zadania publiczne lub pozostającym pod kontrolą państwową ze względu na większościo-

[46] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Andrzeja Rzeplińskiego).

[47] Wyrok ETPCz z 7 grudnia 2006 r. (sprawa Österreichischer Rundfunk p. Austrii), wyrok ETPCz z 30 marca 2004 r. (sprawa Radio France i inni p. Francji).

[48] Wyrok ETPCz z 30 marca 2004 r. (sprawa Radio France i inni p. Francji).

we udziały państwa w danym skarżącym[49], jeśli ich główną aktywnością jest prowadzenie zwykłej działalności gospodarczej[50].

Z drugiej jednakże ETPCz wydał orzeczenia, w których uznał skargi podmiotów gospodarczych powiązanych z państwem za niedopuszczalne[51]. Dotyczyło to skarżących, których główną misją była realizacja zadań publicznych, takich jak zarządzanie określonymi sektorami gospodarki[52] lub sprawowanie państwowego monopolu w odniesieniu do określonej gałęzi działalności gospodarczej[53]. Skarżący nie prowadzili żadnej innej niezależnej działalności. Ponadto byli oni własnością państwa, zostali przez nie utworzeni i byli przez nie zarządzani. Decyzji ETPCz nie zmienił fakt, że forma prawna skarżących miała charakter prywatnoprawny.

Niezależnie od powyżej zaprezentowanej krytyki obydwu kryteriów, pojawiły się w orzecznictwie także argumenty skierowane przeciwko samemu kryterium funkcjonalnemu. Wskazano, że może być ono wykorzystywane *ad casum*, natomiast nie może stanowić generalnej reguły. Wynika to z okoliczności, że nie zawsze jest ono uzupełnieniem kryterium materialnego. Przejęcie przez TK definicji przedsiębiorcy publicznego w takim kształcie, jak to ma miejsce w ustawie o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców[54], może skutkować, że za przedsiębiorcę publicznego zostanie uznany nawet podmiot, w którym Skarb Państwa ma mniejszościowy pakiet udziałowy[55]. Ze względu na istotę omawianej ustawy, która jest inna niż kontrola konstytucyjności prawa w drodze skar-

[49] Wyrok z 17 grudnia 2007 r., ETPCz (sprawa Islamic Republic of Iran Shipping Lines przeciwko Turcji).

[50] Wyrok ETPCz z 22 listopada 2007 r. (sprawa Ukraine-Tyumen przeciwko Ukrainie).

[51] Wyrok ETPCz z 8 września 1997 r. (sprawa Renfe przeciwko Hiszpanii), wyrok ETPCz z 27 stycznia 2009 r. (sprawa State Holding Company Luganskvugillya przeciwko Ukrainie).

[52] Wyrok ETPCz z 27 stycznia 2009 r. (sprawa State Holding Company Luganskvugillya przeciwko Ukrainie).

[53] Wyrok ETPCz z 8 września 1997 r. (sprawa Renfe przeciwko Hiszpanii).

[54] Ustawa z 22 września 2006 r. (Dz.U. Nr 191, poz. 1411, ze zm.).

[55] Dotyczy to nawet takich sytuacji, w których kapitał prywatny stanowi zdecydowaną większość w stosunku do kapitału publicznego – zob. postanowienie TK z 15 lutego 2012, Ts 37/11, gdzie odmówiono rozpatrzenia skargi konstytucyjnej podmiotowi nad którym kontrolę sprawował inny podmiot kontrolowany tylko w ok. 27% przez Skarb Państwa.

gi konstytucyjnej, nie można automatycznie przyjąć, że zawsze taki przedsiębiorca publiczny będzie realizował zadania władzy publicznej. Niezależnie od tego, uniemożliwienie złożenia skargi konstytucyjnej podmiotowi z udziałem Skarbu Państwa ogranicza prawa pozostałych udziałowców. Sytuację t trzeba ocenić z punktu widzenia zasady, na której TK zbudował zdolność skargową osób prawnych – miała ona służyć intensyfikacji ochrony osób fizycznych tworzących daną osobę lub korzystających z jej działalności. Odmowa przyjęcia skargi od podmiotu z udziałem prywatnym, szczególnie większościowym, stanowi zaprzeczenie tej zasady[56]. Należy też zauważyć, że prawa majątkowe osób prywatnych podlegają zawsze identycznej ochronie, niezależnie od tego, czy taki podmiot dysponuje nimi bezpośrednio, czy też oddał je do dyspozycji publicznego podmiotu[57]. Wniosek taki wypływa też, zdaniem TK, z zasady społecznej gospodarki rynkowej, która nakazuje aby państwo i inne instytucje publiczne pozostające w kooperacji z podmiotami prywatnymi działały w formach i na zasadach rynkowych. Wiąże się z tym konieczność przestrzegania zasad ustanowionych dla analogicznej współpracy podmiotów prywatnych[58].

Analizę powyżej przedstawionych stanowisk przemawiających za prawidłowością stosowania kryterium majątkowego i funkcjonalnego oraz krytycznych w stosunku do tego poglądu, trzeba zdaniem autora rozpocząć od odpowiedzi na pytanie, czyja zdolność skargowa jest przedmiotem badania dokonanego przez TK. Z formalnego punktu widzenia nie ulega wątpliwości, że skarżącym we wszystkich powyżej komentowanych orzeczeniach była spółka prawa handlowego, występująca jako jednoosobowa spółka Skarbu Państwa oraz jako podmiot z udziałem także kapitału prywatnego. Przypatrując się jednak bliżej argumentom użytym przez TK można nabrać wątpliwości, czy przedmiotem ich analizy była rzeczywiście bezpośrednio spółka prawa handlowego. Stanowisko większości sędziów TK ma swoje źródło w interpretacji art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji RP. Wykładając te dwa przepisy TK zauważył, że konstytucja nie chroni własności publicznej oraz opartej na takiej własności działalności gospodarczej. Charakter publiczny uzyskuje własność ze względu na okoliczność, że prawo to jest wykonywane przez państwo w szerokim rozumieniu obejmującym też i samorząd.

[56] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Piotra Tulei).

[57] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędzi Sławomiry Wronkowskiej).

[58] Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

Dlatego też, zdaniem TK, własność państwa w szerokim znaczeniu nie podlega ochronie konstytucyjnej. Skoro zaś na tej własności mogą bazować inne podmioty, to należy wnioskować, że „zdolność skargowa nie przysługuje państwu ani jego formom organizacyjnym, za które należy uznać publiczne podmioty gospodarcze”[59]. W swoim rozumowaniu TK wyszedł od analizy zdolności skargowej państwa, aby następnie utożsamić państwo z powołanym przez niego do życia podmiotem gospodarczym. Zdaniem autora ten tok rozumowania jest nieprawidłowy, gdyż w analizowanych sprawach to nie państwo było skarżącym, ale spółka prawa handlowego. Dlatego też TK w swoim rozumowaniu powinien wyjść od analizy charakteru takiego podmiotu, w którym to badaniu ewentualne powiązania majątkowe tego podmiotu z państwem byłyby jedynie jednym z elementów wpływających na końcowy wniosek. Tak właśnie postąpił ETPCz w przywołanych powyżej sprawach, czego skutkiem była konkluzja całkowicie przeciwstawna do poglądu reprezentowanego przez TK.

Ze względu na powyższe, w pierwszej kolejności na poparcie zasługuje zarzut dotyczący utożsamienia przez TK państwa oraz skarżącego. Rację mają sędziowie i przedstawiciele doktryny przywołani powyżej, argumentujący, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy akcjonariuszami lub udziałowcami, a spółkami, w skład których oni wchodzą. TK dokonując oceny zdolności skargowej spółek prawa handlowego *de facto* dokonał oceny zdolności skarbowej ich właścicieli, w przypadku jednoosobowych spółek Skarbu Państwa lub tylko niektórych z właścicieli, w przypadku innych spółek. Rozumowanie to narusza istotę osobowości prawnej. Odrębność osoby prawnej od osób wchodzących w jej skład stanowi jedną z fundamentalnych zasad polskiego systemu prawnego. Jej naruszenie jest bardzo ryzykowne i zdaniem autora nieuzasadnione. Po pierwsze sama konstytucja wspomina o instytucji osoby prawnej, np. w art. 216 ust. 2, więc nie można uznać, że jest to instytucja obca prawu konstytucyjnemu. Po drugie, ze względu na kluczowe znaczenie tej instytucji w polskim porządku prawnym, nie można, zdaniem autora, argumentować, że na gruncie konstytucji osobowość prawna ma całkowicie inne znaczenie niż w prawie cywilnym. A taka konkluzja wypływa z faktu uznania tożsamości osoby prawnej i tworzących ją podmiotów.

Konsekwentnie analiza zdolności skargowej spółki prawa handlowego powinna się opierać na badaniu jej cech charakterystycznych. W tym świetle kryterium majątkowe i funkcjonalne powinno być wykorzystane

[59] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

tylko jako jeden z elementów oceny. Nieprawidłowe jest, zdaniem autora, ograniczenie się tylko do nich, gdyż oznaczałoby to opisane powyżej utożsamienie spółki prawa handlowego z jej właścicielem. Całokształt cech charakterystycznych spółki prawa handlowego, na którą Skarb Państwa posiada dominujący wpływ oraz jednoosobowej spółki Skarbu Państwa wskazuje, zdaniem autora, że są to podmioty mieszczące się w zakresie sformułowania *każdy*, o którym mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji PR. Przedstawione poniżej rozumowanie zostało podzielone na dwie części. W pierwszej przedstawione zostaną argumenty przemawiające za prawidłowością powyższego stwierdzenia, a w drugiej autor zastanowi się czy przyznanie omawianym spółkom zdolności skargowej powyższych mogłoby mieć negatywny wpływ na instytucję skargi konstytucyjnej.

Badając charakter spółki prawa handlowego oraz jednoosobowej spółki Skarbu Państwa należy po pierwsze zauważyć, że nie realizują one funkcji publicznych[60]. Prowadzą działalność na podstawie kodeksu spółek handlowych, zgodnie z wolą swoich właścicieli i w zakresie określonym przez przepisy tego kodeksu. Zwykle jest to działalność gospodarcza, aczkolwiek niewykluczona jest inna forma aktywności, na co wskazuje kazus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością[61]. Działalność ta wkomponowuje te podmioty w określony rynek, na którym występują one na równi z innymi podobnymi osobami, w szczególności takimi, które prowadzą swoją działalność w oparciu o całkowicie prywatny majątek.

Od zasady niezrealizowania przez omawiane podmioty funkcji publicznych są wyjątki. Można je podzielić na dwie kategorie. W pierwszej znajdują się podmioty, które realizują określone przypisane im prawem funkcje publiczne[62]. Natomiast do drugiej należy zaliczyć osoby, w których przypadku wykonywanie zadań publicznych nie jest rezultatem ich określonej sytuacji prawnej, tylko faktycznej[63].

Zdaniem autora trudno jest wypracować szczegółowe rozwiązania w odniesieniu do obydwu kategorii, gdyż wymagają one analizy stanu

[60] Podobnie Andrzej Rzepliński w postanowieniu TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

[61] Art. 151 § 1 ksh.

[62] Przykładem może być Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych SA w Warszawie, którego zadania zostały ujęte m.in. w art. 48 ustawy 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2010 r., Nr 211, poz. 1384 ze zm.).

[63] Przykładem może być Przedsiębiorstwo Motoryzacyjne „Polmozbyt Szczecin" sp. z o.o. – skarżący w sprawie o sygn. akt SK 54/08, która zakończyła się wyrokiem TK z 25 maja 2009 r.

prawnego i faktycznego konkretnego postępowania. Możliwe jest jednakże przedstawienie pewnych ogólnych spostrzeżeń. Nałożenie na spółkę prawa handlowego prawnego obowiązku realizacji określonych funkcji publicznych kreuje związek pomiędzy państwem występującym w roli ustawodawcy, a tym przedsiębiorcą. Nie można z góry założyć, że związek ten będzie miał charakter horyzontalny, czego skutkiem będzie uznanie analizowanej spółki za zobowiązanego na gruncie konstytucyjnych wolności i praw. Raczej należałoby zastanowić się, na ile relacja pomiędzy tą spółką a państwem nie ma charakteru wertykalnego, dającego jej prawo do kwestionowania nałożonych na nią unormowań w drodze powoływania się na konstytucyjne wolności i prawa. Takie podejście determinuje konieczność uznania zdolności skargowej jako jedynego środka ochronnego przed działaniem prawotwórczym państwa. W opinii autora przywołana w uzasadnieniu wyroku TK[64] z 6 kwietnia 2011 r. ustawa z 18 marca 2009 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych[65] jest jaskrawym przykładem takiej sytuacji. Analizowany akt prawny nakłada na określone w nim podmioty gospodarcze dodatkowe obowiązki, które stanowią jednocześnie ograniczenie ich swobody decyzyjnej w zakresie funkcjonowania czy rozporządzania własnym mieniem. Powodem takiego działania ustawodawcy jest kluczowe znaczenie dla państwa takich sektorów gospodarki, jak energia elektryczna, ropa naftowa i gaz ziemny. Występowanie ważnego interesu publicznego nie może jednakże usprawiedliwić wszelkich ograniczeń nakładanych na przedsiębiorców. Muszą one podlegać określonym m.in. w ustawie zasadniczej kryteriom oraz musi istnieć mechanizm umożliwiający weryfikację przestrzegania tych wymogów. Taką instytucją w odniesieniu do konstytucji jest skarga konstytucyjna.

Realizowanie funkcji publicznych wyłącznie ze względu na uwarunkowania faktyczne rodzi duże wątpliwości co do możliwości kwestionowania zdolności skargowej takich podmiotów. Wynika to przede wszystkim z okoliczności, że sama czynności faktyczna nie może być źródłem kompetencji, mogą one wynikać jedynie z obowiązującego prawa. Z kolei brak własnych kompetencji uniemożliwia zakwalifikowanie skarżącego jako podmiotu zobowiązanego na gruncie konstytucyjnych wolności i praw.

[64] Sygn. akt SK 21/07.

[65] Dz.U. Nr 65, poz. 404.

Po drugie, zgodzić należy się z zaprezentowanym powyżej stanowiskiem doktryny oraz wyrażonym w zdaniach odrębnych do orzeczeń TK, że odmowa rozpatrzenia skarg konstytucyjnych jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz spółek, na które Skarb Państwa ma dominujący wpływ stanowi naruszenie zawartej w art. 32 Konstytucji RP zasady równości. Obydwa omawiane rodzaje podmiotów prowadzą działalność w formie prywatnoprawnej, uregulowanej przede wszystkim w kodeksie spółek handlowych. Dlatego też wewnętrzna organizacja takich podmiotów oraz relacje pomiędzy nimi, a ich właścicielami są identyczne, jak w przypadku spółek działających w całości na podstawie majątku prywatnego. Nie dotyczy to spółek, w których Skarb Państwa nadal posiada większość akcji[66] oraz jednoosobowych spółek Skarbu Państwa. Ich sytuacja jest dodatkowo uregulowana przede wszystkim w ustawie komercjalizacji i prywatyzacji[67] oraz w ustawie o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa[68]. Zgodnie z regulacjami zawartymi w tym ustawach, spółki te są ograniczone w rozporządzaniu swoim mieniem[69] lub wprowadzone są specjalne procedury rozporządzania mieniem[70] i podejmowaniu określonych działań[71]. Dodatkowo też uregulowane są zagadnienia dotyczące obsady personalnej organów tych spółek[72]. Analiza tych regulacji wskazuje, że w większości przypadków są to dodatkowe warunki, które z powodze-

66 Art. 19–19b ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji.

67 Ustawa z 30 sierpnia 1996 r. (Dz.U. z 2013, poz. 216).

68 Ustawa z 8 sierpnia 1996 r. (Dz.U. z 2012, poz. 1224).

69 Zob. w odniesieniu do jednoosobowych spółek Skarbu Państwa – art. 5a ust. 1 ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa – uzależnienie ważności czynności rozporządzającej mieniem o wartości powyżej 50 tys. euro od zgody ministra do spraw Skarbu Państwa. W odniesieniu do wszystkich omawianych spółek – art. 19b ustawy o komercjalizacji prywatyzacji – ważność czynności prawnych określonych w tym przepisie uzależniona jest od zgody rady nadzorczej.

70 Art. 19 ustawy o komercjalizacji prywatyzacji, który wprowadza procedurę przetargową dla zbywania składników mienia określonych w tym przepisie.

71 Art. 18 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, narzucający spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa podejmowanie decyzji w przypadkach określonych w przepisie przez walne zgromadzenie.

72 Zob. 12, 13 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji nakładające na jednoosobowe spółki Skarbu Państwa obowiązek wyboru członków rady nadzorczej przez walne zgromadzenie oraz określające kto takim członkiem nie może zostać i art. 19a ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji zakładające, w przypadku wszystkich omawianych rodzajów spółek, obowiązek wyboru członków zarządy przez radę nadzorczą.

niem mogłyby się znaleźć w statutach lub umowach spółek i mają na celu wewnętrzne uporządkowanie sposobu podejmowania decyzji oraz zapewnienie przejrzystości zbywania składników mienia. Jedyne nadzwyczajne uprawnienie przysługujące państwu wobec jednoosobowych spółek Skarbu Państwa, polegające na konieczności uzyskania zgody na rozporządzenie majątkiem powyżej określonej wartości, nie może zostać potraktowane jako zmieniające charakter tej spółki w zasadniczym stopniu, gdyż jest to uprawnienie o charakterze kontrolnym, przy czym zakres tej kontroli jest w znacznym stopniu ograniczony. Podsumowując należy stwierdzić, że regulacje prawne leżące u podstawy funkcjonowania jednoosobowych spółek Skarbu Państwa i spółek, na które Skarb Państwa wywiera dominujący wpływ, nie różnią się na tyle od przepisów, na podstawie których działają podmioty z całościowym kapitałem prywatnym, aby można było uznać, iż mamy do czynienia z dwoma różnymi kategoriami podmiotów.

Powyższego wniosku nie jest w stanie zmienić, zdaniem autora, brzmienie art. 216 ust. 2 Konstytucji RP. Po pierwsze, odnosi się on tylko do jednoosobowych spółek Skarbu Państwa, pozostawiając poza zakresem swojego zainteresowania spółki, na które Skarb Państwa wywiera dominujący wpływ[73]. Po drugie, nawet w odniesieniu do jednoosobowych spółek Skarbu Państwa przepis ten ma ograniczone zastosowanie. Zastrzega on na rzecz państwa działającego jako ustawodawca określoną kompetencję w stosunku do takich spółek polegającą na możliwości uregulowania określonych w tym przepisie zagadnień w drodze ustawy. Ustawami takimi są, przykładowo, przywołana powyżej ustawa o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. Istnienie omawianego przepisu konstytucyjnego oznacza, że w zakresie zastrzeżonym dla regulacji ustawowej ograniczone są konstytucyjne wolności i prawa jednoosobowych spółek Skarbu Państwa. Należy jednakże zauważyć, że to ograniczenie nie wyczerpuje całości spektrum potencjalnej aktywności takich spółek. Odnosi się ono tylko do niektórych czynności przekraczających co do zasady[74] zwykły zarząd w prowadzonej przez nią działalności. Konsekwentnie bieżąca działalność tych podmiotów, na którą składają się czynności zwykłego zarządu pozostaje poza zakresem art. 216 ust. 2 Konstytucji RP. Po trzecie,

[73] Podobnie zob. wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

[74] Autor użył sformułowania co do zasady, gdyż możliwa jest potencjalnie sytuacja, w której przedmiotem działalności jednoosobowej spółki Skarbu Państwa będzie obrót nieruchomościami. W takich okolicznościach zakres regulacji art. 216 ust. 2 Konstytucji PR w zasadniczy sposób dotykałby jej bieżącej działalności.

powyższej konkluzji nie zmienia okoliczność, że może dojść do sytuacji, w której przedmiotem skargi konstytucyjnej będzie regulacja znajdująca się w sferze zainteresowania art. 216 ust. 2 Konstytucji RP. Wtedy, zdaniem autora, skarga konstytucyjna powinna zostać merytorycznie rozpatrzona, z uwzględnieniem ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw skarżącego wynikających z omawianego przepisu.

Po trzecie trzeba zauważyć, że analiza podstaw prawnych funkcjonowania omawianych rodzajów spółek nie pozwala na uznanie, że posiadają one jakiekolwiek kompetencje. A z ich posiadaniem doktryna wiąże możliwość uznania danego podmiotu za powiązany z władzą publiczną[75]. Dodatkowo z faktu braku kompetencji wynika, że nie ma do nich zastosowania zawarta w art. 7 Konstytucji RP zasada legalizmu. Nie mają one obowiązku działania tylko wtedy, gdy prawo przewiduje taką możliwość, wręcz na odwrót – analiza ustawowych podstaw funkcjonowania tych podmiotów wskazuje, że ma do nich zastosowanie zasada, że mogą podejmować wszelkie działania, jeśli nie są one zabronione przez prawo. Przyjęcie odmiennej koncepcji na gruncie ustawowym, czyli związanie ich zasadą legalizmu, spowodowałoby ich całkowitą dysfunkcjonalność ze względu na brak przepisów regulujących ich kompetencje. Nie ulega wątpliwości, co zresztą jest słusznie potwierdzane przez TK, że to ustawy powinny być interpretowane zgodnie z konstytucją, a nie konstytucja zgodnie z ustawami. Problem polega jednakże na tym, że z jednej strony nie można racjonalnie uznać na gruncie ustawowym, że do badanych spółek ma zastosowanie ma zasada legalizmu. Z drugiej strony brak jest w konstytucji wyraźnych norm, które pozwalałyby uznać, że są to podmioty związane art. 7 Konstytucji RP, a wręcz z brzmienia tego przepisu wynika coś innego, gdyż jest on zaadresowany do *organów władzy publicznej*.

Po czwarte, kontynuując wyrażoną powyżej myśl, zgodnie z którą trudno jest uznać, że jednoosobowe spółki Skarbu Państwa oraz spółki pozostające pod dominującym wpływem Skarbu Państwa nie mają kompetencji, można poczynić następujące spostrzeżenie. TK wydając omawiane w niniejszym artykule postanowienia odmawiające merytorycznego rozpoznania skarg konstytucyjnych, uznał że podmioty te nie posiadają konstytucyjnych praw i wolności. Innymi słowy, w aktualnej sytuacji nie posiadają one na gruncie konstytucji ani praw, ani

[75] J. Trzciński, *Zakres podmiotowy i podstawa skargi konstytucyjnej*, [w:] *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzciński, Warszawa 2000, s. 53; idem, *Podmiotowy zakres skargi konstytucyjnej*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 213.

kompetencji, co skazuje je na niebyt, gdyż nie mogą na jej gruncie podjąć efektywnie żadnych działań. Tą okoliczność trzeba skonfrontować z omawianymi powyżej argumentami wskazującymi na dużą niezależność tych spółek od państwa, która odpowiada w zasadzie niezależności spółki z udziałem kapitału prywatnego od jej właścicieli, oraz brakiem realizacji przez nie zadań publicznych. Innymi słowy, mamy do czynienia z podmiotami, które nie stanowią części całości będącej w tym wypadku państwem, które, gdyby tak było, mogłyby być reprezentowane przez państwo na gruncie konstytucji. Podsumowując podmioty te, pomimo posiadania podmiotowości na gruncie ustawowym, na gruncie konstytucji mogą być jedynie przedmiotem.

Po piąte, TK zaprezentował pogląd, w którym uznał on, że współpraca państwa z podmiotami prywatnymi przy wykorzystaniu instrumentarium prywatnoprawnego powinna się rządzić zasadami charakterystycznymi dla sektora prywatnego[76]. Stanowisko to, sprzeczne z kryterium funkcjonalnym, wkomponowuje się w przedstawiona powyżej opinię wyrażoną w zdaniu odrębnym przez sędziego Piotra Tuleję[77], zgodnie z którą stosowanie kryterium funkcjonalnego stanowi zaprzeczenie zasady intensyfikacji ochrony osób fizycznych wchodzących, oprócz Skarbu Państwa, w skład spółki z mieszanym publiczno-prywatnym kapitałem. Zdaniem autora głosy te zasługują na uznanie. Uzupełnienia wymaga jedynie argumentacja krytyczna wobec kryterium funkcjonalnego i rozszerzenie całego rozumowania także na kryterium majątkowe. Spółka z kapitałem mieszanym publiczno-prywatnym posiada dwa rodzaje właścicieli – państwo i podmioty prywatne. Zarówno państwo, jak i udziałowcy prywatni mogą wpływać na spółkę metodami prywatnoprawnymi, czyli przewidzianymi w kodeksie spółek handlowych, takimi jak udział w walnych zgromadzeniach, wybór członków do innych organów spółki. Zarówno państwo, jak i udziałowcy prywatni posiadają równe prawa w tym zakresie, nie można mówić o uprzywilejowaniu żadnego z nich. Jednakże państwo posiada dodatkowo jeszcze jeden instrument oddziaływania na spółkę, tj. przy pomocy kreowania aktów prawnych. Udziałowcy prywatni takich możliwości już nie mają. TK stosując kryterium funkcjonalne wzmocnił tym samym państwo w stosunku do podmiotów prywatnych w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Rozumowanie to ma także zastosowanie do kryterium majątkowego. Jedyna różnica polega na tym, że porównywa-

[76] Wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00.

[77] Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Piotra Tulei).

nymi grupami nie są udziałowcy prywatni i publiczni w jednej spółce, ale ci sami udziałowcy posiadający całościowy udział w dwóch różnych spółkach. Państwo mogąc regulować działalność i stosunki wewnętrzne w spółkach, w których posiada 100% udział w sposób całkowicie dowolny przy pomocy aktów normatywnych, jest niewątpliwie w lepszej sytuacji niż podmioty prywatne, które nierzadko stoją na czele grup kapitałowych większych niż ta, na czele której stoi Skarb Państwa. Instrumenty normatywne są niewątpliwie skuteczniejszym środkiem oddziaływania, niż mające podobną treść postawienia statutów czy umów spółek. Przykładem jest art. 5 ust. 1 ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa. Jego naruszenie powoduje nieważność czynności prawnej, czyli wywiera skutek także wobec osób trzecich. Odmiennie, czynność prawna naruszająca statut lub umowę spółki jest ważna i wywołuje skutek wobec osób trzecich[78].

Na koniec, analizując czy przyznanie zdolności skargowej jednoosobowej spółce Skarbu Państwa i spółce, na którą Skarb Państwa ma dominujący wpływ, może naruszyć samą instytucję skargi konstytucyjnej autor jest zdania, że nie wywoła to żadnej dysfunkcjonalności tej instytucji. Zrealizowana zostanie zarówno funkcja ochronna w postaci ochrony analizowanych podmiotów przed państwem, jak i kontroli konstytucyjności prawa. Nie można zgodzić się z wnioskiem TK, jakoby rozpatrzenie takiej skargi stanowiło *de facto* rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego[79]. Uzupełniając, podzielane przez autora, rozumowanie przedstawione w tym zakresie przez sędziego Marka Kotlinowskiego w zdaniu odrębnym[80], należy odwołać się do powyżej przedstawionego stwierdzenia, że omawiane podmioty nie mają żadnych przyznanych im prawem kompetencji. W związku z tym nie można rozpatrywać ich skargi w kategoriach potencjalnego sporu kompetencyjnego.

78 Zob. przykładowo art. 17 § 3, 249 § 1 ksh.

79 Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07.

80 Postanowienie TK z 6 kwietnia 2011 r., SK 21/07 (zdanie odrębne sędziego Marka Kotlinowskiego).

Małgorzata Malczyk

POWAGA RZECZY OSĄDZONEJ (*RES IUDICATA*) POSTANOWIEŃ CO DO ISTOTY SPRAWY – ZAGADNIENIA WYBRANE

Postępowanie cywilne toczące się przed sądami powszechnymi i Sądem Najwyższym, normują przede wszystkim przepisy ustawy kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zmianami). Na ich postawie wyróżnia się dwa tryby postępowania rozpoznawczego: tryb procesowy i nieprocesowy. Postępowanie nieprocesowe stanowi w pełni równorzędny w stosunku do postępowania procesowego tryb postępowania rozpoznawczego, choć kodeks postępowania cywilnego wprowadza domniemanie trybu procesowego, zgodnie bowiem z przepisem art. 13 § 1 zd. 1, sąd rozpoznaje sprawy w procesie, chyba że ustawa stanowi inaczej. W związku z powyższym zaliczenie danej sprawy do grupy tych spraw, które winny być rozpoznawane w trybie nieprocesowym, musi jasno wynikać z obowiązujących przepisów prawa. Jakakolwiek wątpliwość w tej mierze powinna być rozstrzygnięta na rzecz trybu procesowego.

Sama nazwa „postępowanie nieprocesowe" zastąpiła z chwilą wejścia w życie kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r. nazwę „postępowanie niesporne", która w okresie międzywojennym oraz w latach 1945––1964 przyjęta była na oznaczenie obecnego trybu nieprocesowego.

Tryb postępowania rozpoznawczego podlega badaniu przez przewodniczącego, który w razie potrzeby wydaje zarządzenie dotyczące skierowania sprawy do właściwego trybu, na które zażalenie nie przysługuje[1]. Jeżeli sprawę wszczęto lub prowadzono w trybie niewłaściwym,

[1] Orzeczenie SN z 22 lipca 1994 r., III CZP 87/94, OSP 1995 r., nr 3, poz. 60.

sąd rozpozna ją w trybie właściwym lub przekaże właściwemu sądowi do rozpoznania w takim trybie. Sąd, któremu sprawa została przekazana, jest związany postanowieniem o przekazaniu sprawy, chyba że jest to sąd wyższego rzędu (przekazanie sądowi wyższego rzędu jest możliwe w sprawach o ubezwłasnowolnienie, sprawach z zakresu przepisów o przedsiębiorstwach państwowych i o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego oraz w sprawach o orzeczenie separacji na zgodny wniosek i jej zniesienie, w tych kategoriach spraw sądem pierwszej instancji jest bowiem sąd okręgowy). Sąd ten w razie stwierdzenia swej niewłaściwości przekaże sprawę innemu sądowi, który uzna za właściwy, nie wyłączając sądu przekazującego. Czynności dokonane w sądzie niewłaściwym pozostają w mocy, ale każdy z uczestników postępowania może żądać powtórzenia tych czynności sądu, które zostały dokonane bez jego udziału (art. 201 KPC). Na postanowienie sądu o podjęciu postępowania w innym trybie oraz na postanowienie o przekazaniu sprawy właściwemu sądowi równorzędnemu lub niższemu w celu rozpoznania jej we właściwym trybie, przysługuje zażalenie (art. 394 § 1pkt 1 KPC). Niewłaściwy tryb postępowania sąd pierwszej instancji bierze pod rozwagę z urzędu, w każdym stanie sprawy (art. 202 zd. 3 KPC). Trzeba też zaznaczyć, że uczestnicy nie mogą w drodze umowy prorogacyjnej zmieniać trybu postępowania rozpoznawczego, o tym bowiem decyduje ustawodawca. Ponadto należy przypomnieć, że dyspozycją przepisu art. 46 KPC objęta jest tylko umowa o właściwość miejscową sądu, i to z wykluczeniem właściwości wyłącznej.

W postępowaniu apelacyjnym niewłaściwy tryb postępowania rozpoznawczego może być przedmiotem badania sądu drugiej instancji jedynie na zarzut podniesiony przez skarżącego w apelacji, i to tylko w granicach zaskarżenia (art. 378 § 1 zd. 1 KPC). Uchybienie polegające na przeprowadzeniu postępowania przez sąd w niewłaściwym trybie, nie skutkuje nieważnością postępowania, dlatego w konsekwencji nie jest brane przez sąd drugiej instancji pod uwagę z urzędu (art. 378 § 1 KPC). Nieważność postępowania może być w tym wypadku pośrednim skutkiem rozpoznania sprawy w niewłaściwym trybie, ale bezpośrednia jej przyczyna musiałaby być inna, np. pozbawienie możności obrony swych praw[2].

Regulując postępowanie rozpoznawcze w trybie nieprocesowym, ustawodawca posłużył się metodą odesłania. Zgodnie z treścią przepisu art. 13 § 2 KPC przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w tym kodeksie, chyba że

[2] Orzeczenie SN z 21 sierpnia 1990 r., II CZ 160/90, OSNCP 1991 r., nr 8–9, poz. 115.

przepisy szczególne stanowią inaczej. Stosowanie przepisów o procesie w postępowaniu nieprocesowym jest dopuszczalne wtedy, gdy łącznie spełnione są następujące warunki:
– brak jest szczególnych przepisów regulujących to postępowanie,
– nie sprzeciwia się temu istota postępowania nieprocesowego.

W konsekwencji mamy do czynienia z przepisami, które w ogóle nie mogą być stosowane w postępowaniu nieprocesowym (np. przepisy o współuczestnictwie i interwencji głównej oraz ubocznej[3], przypozwaniu, powództwie wzajemnym), przepisami stosowanymi odpowiednio tzn. z uwzględnieniem koniecznych modyfikacji wynikających z istoty trybu nieprocesowego (np. przepisy o orzeczeniach, zawieszeniu i umorzeniu postępowania), oraz przepisami uzupełniającymi postępowanie nieprocesowe, co do których nie ma potrzeby ich modyfikacji (np. przepisy ogólne o pismach procesowych i o doręczeniach).

Ścisły związek pomiędzy procesem cywilnym a postępowaniem nieprocesowym, przy zachowaniu zasady równorzędności obu trybów, uwidocznia się również w sferze wzajemnego oddziaływania tych postępowań na siebie. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 177 § 1 pkt 1 KPC, który znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu nieprocesowym, sąd może zawiesić postępowanie, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku innego toczącego się postępowania cywilnego, np. jeżeli w toku postępowania w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku zostanie postawiony zarzut niegodności dziedziczenia, sąd może zawiesić postępowanie do czasu zakończenia sprawy o niegodność dziedziczenia[4].

Nie sposób wreszcie nie zaznaczyć, że przedmiotem postępowania nieprocesowego jest roszczenie procesowe, składające się z dwóch elementów: dokładnie określonego żądania oraz okoliczności faktycznych to żądanie uzasadniających. Są one obligatoryjnymi składnikami każdego wniosku o wszczęcie postępowania, które tworzą jego treść. Należy wobec powyższego przyjąć, że o przedmiocie postępowania nieprocesowego decyduje treść wniosku o wszczęcie postępowania. Zasada ta zna jednak wiele wyjątków, a to dlatego, że postępowanie nieprocesowe w wypadkach wskazanych w ustawie może być wszczęte z urzędu (art. 506 KPC). Sąd może wszcząć postępowanie nieprocesowe (albo jego część) z urzędu lub może być ono wszczęte zarówno na wniosek, jak i z urzędu, m.in. w sprawach: rodzinnych i opiekuńczych (art. 569 § 2, 570 z wyjątkiem art. 598 [1] i n. KPC), o uchylenie postanowienia o stwierdzeniu zgonu osoby żyjącej (art. 543 KPC), o uchylenie ubezwła-

[3] Orzeczenie SN z 2 czerwca 1965 r., II CZ 51/65, Lex nr 5818.

[4] Z uzasadnienia uchwały 7 sędziów SN z 26 lutego 1968 r., III CZP 101/67, OSNCP 1968 r., nr 12, poz. 203.

snowolnienia, gdy ustaną przyczyny dla których je orzeczono (art. 559 § 1 KPC), o zabezpieczenie spadku (art. 635 § 1 KPC), o uchylenie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, jeżeli uchylone zostało postanowienie o uznaniu za zmarłego lub stwierdzeniu zgonu spadkodawcy (art. 678 KPC). W takich wypadkach zakres postępowania wyznacza sąd, przy czym nie jest on związany treścią wniosku o wszczęcie postępowania, o ile został wniesiony. Cofnięcie wniosku o wszczęcie postępowania jest bezskuteczne w sprawie, której wszczęcie mogło nastąpić z urzędu (art. 512 § 2 KPC). Kodeks postępowania cywilnego przewiduje również i takie kategorie spraw, w których mimo tego, że postępowanie może być wszczęte tylko na wniosek, to jednak w pewnym zakresie wyznaczonym przez ustawę sąd działa z urzędu (np. art. 670 i 677 KPC w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku, art. 619 KPC w sprawie o zniesienie współwłasności). W konsekwencji sąd nie jest w tym zakresie związany treścią wniosku o wszczęcie postępowania. W postępowaniu nieprocesowym, tak jak w procesie, przedmiot postępowania może ulegać zmianom w jego toku. Jest to konsekwencją dokonywania czynności procesowych przez uczestników postępowania, ich udziału w postępowaniu dowodowym w sprawie. Jednakże po rozpoczęciu posiedzenia albo po złożeniu przez któregokolwiek z uczestników oświadczeń na piśmie cofnięcie wniosku jest skuteczne tylko wtedy, gdy inni uczestnicy nie sprzeciwili się temu w terminie wyznaczonym (art. 512 § 1 KPC).

Sięgając do myśli przewodniej tego szkicu podnieść trzeba, że powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) orzeczenia sądowego polega na tym, iż prawomocne formalnie (por. art. 363 w zw. z art. 13 § 2 KPC) postanowienie co do istoty sprawy zapadłe w postępowaniu nieprocesowym musi wiązać sąd i uczestników postępowania oraz w zasadzie wykluczać ponowne postępowanie sądowe w tej samej sprawie, gdy została ona już prawomocnie rozstrzygnięta co do istoty[5]. Cecha prawomocności formalnej może i powinna być utożsamiana z niezaskarżalnością orzeczenia. Niezaskarżalność orzeczenia, która gwarantuje jego stabilność, polega na niemożności zaskarżenia orzeczenia (braku zwykłych środków zaskarżenia), a to wskutek: wyczerpania przysługujących środków zaskarżenia, nieskorzystania z przysługującego środka zaskarżenia, uchybienia terminowi do wniesienia środka zaskarżenia lub też wydania orzeczenia, które nie jest zaskarżalne.

[5] W. Siedlecki, *Postępowania cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1987, s. 325 i nast.; K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1997, s. 160–161. Na temat poglądów doktryny co do prawomocności materialnej zob.: *System prawa procesowego cywilnego*, t. 3, Warszawa–Wrocław–Kraków 1986, s. 73 i nast.

W postępowaniu nieprocesowym merytoryczne orzeczenia sądu mają wyłącznie formę postanowień (postanowienia co do istoty sprawy, por. art. 516, 518 zd. 1 KPC). Prawomocne postanowienie co do istoty sprawy korzysta, co do zasady, z przymiotu *res iudicata*, zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 523 zd. 1 KPC, prawomocne postanowienie orzekające co do istoty sprawy nie może być zmienione ani uchylone, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Przepisy szczególne Księgi drugiej KPC, dość często przewidują możliwość zmiany lub uchylenia prawomocnego postanowienia co do istoty sprawy (np. art. 542 i 543 dotyczące uchylenia postanowienia o uznaniu za zmarłego albo stwierdzającego zgon, 559 i n. dotyczące uchylenia postanowienia o ubezwłasnowolnieniu, na mocy art. 577 sąd opiekuńczy może zmienić swe postanowienie nawet prawomocne, jeżeli wymaga tego dobro osoby, której postępowanie dotyczy. Przepisami szczególnymi są też art. 678 i 679 § 3, dotyczące uchylenia postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku). Ponadto prawomocne postanowienie oddalające wniosek sąd może zmienić w razie zmiany okoliczności sprawy (art. 523 zd. 2 KPC)[6].

Jak wskazał Sąd Najwyższy, regulacja z art. 523 KPC ma charakter wyjątkowy, stwarza bowiem zainteresowanemu – w razie zmiany okoliczności sprawy – możliwość wystąpienia o zmianę prawomocnego postanowienia oddalającego wniosek, bez potrzeby wszczynania nowego postępowania co do tego samego przedmiotu. Szczególna regulacja zawarta w art. 523 zd. drugie KPC nie wyłącza stosowania – na podstawie art. 13 § 2 KPC – do prawomocności i powagi rzeczy osądzonej orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym przepisów art. 363–366 KPC.

Oznacza to, że postanowienia co do istoty sprawy wydane w postępowaniu nieprocesowym zarówno uwzględniające, jak i oddalające wniosek korzystają – co do zasady – z powagi rzeczy osądzonej. Dla określenia granic przedmiotowych powagi rzeczy osądzonej istotny jest przedmiot rozstrzygnięcia sądu i podstawa faktyczna tego rozstrzygnięcia[7].

---

[6] Mając na uwadze wyżej wskazaną możliwość zmiany lub uchylenia prawomocnego postanowienia co do istoty sprawy, przewidzianą niekiedy przez przepisy szczególne ustawy procesowej oraz możność zmiany przez sąd prawomocnego postanowienia oddalającego wniosek w razie zmiany okoliczności sprawy, przywołać należy również pogląd, po myśli którego postanowienia co do istoty sprawy korzystają z tymczasowej (względnej) powagi rzeczy osądzonej. Szerzej na ten temat zob.: J. Policzkiewicz, W. Siedlecki, E. Wengerek, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1980, s. 80.

[7] Postanowienie SN z 28 kwietnia 2005 r., III CK 433/04, LEX nr 277127.

Konkludując trzeba stwierdzić, że prawomocne postanowienia co do zasady wiążą sąd, który je wydał, w zasadzie bowiem nie mogą być przezeń zmienione lub uchylone (chyba że przepis szczególny stanowi inaczej). Nie powinno budzić wątpliwości to, że moc wiążącą mają pozytywne postanowienia co do istoty sprawy, co w konsekwencji oznacza że są one zrównane z prawomocnymi wyrokami w procesie, które wiążą nie tylko sąd, który je wydał, ale także inne sądy oraz organy państwowe oraz organy administracji publicznej, a wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby (art. 365 § 1 KPC). Prawomocne postanowienia co do istoty sprawy oddalające wniosek, również korzystają *z res iudicata,* o ile po uprawomocnienia się postanowienia nie zaszła zmiana okoliczności sprawy[8].

Wniesienie wniosku o wszczęcie postępowania w tej samej sprawie, w której zapadło pozytywne postanowienie co do istoty sprawy, skutkować zatem winno odrzuceniem wniosku (art. 199 § 1 pkt 2 w zw. z art. 13 § 2 KPC), chyba że wyjątkowo kodeks postępowania cywilnego dopuszcza zmianę lub uchylenie takiego orzeczenia. Analogiczną decyzję procesową powinien podjąć sąd w razie ponownego wniesienia wniosku o wszczęcie postępowania, w sprawie w której wniosek oddalono, a nie doszło do zmiany okoliczności sprawy. Jednakże orzecznictwo prezentuje w tej ostatniej kwestii odmienne stanowisko, przyjmując że przepis art. 523 zd. 2 KPC otwiera wprawdzie możliwość złożenia wniosku o zmianę prawomocnego postanowienia w razie zmiany okoliczności sprawy, lecz nie wyklucza tego, aby zainteresowany podmiot zamiast wystąpić z takim wnioskiem wszczął nowe postępowanie. Sąd nie może z urzędu „potraktować" wniosku o wszczęcie nowego postępowania jako wniosku o zmianę prawomocnego postanowienia[9].

Jak zauważyła judykatura, z treści art. 523 KPC wynika, że w postępowaniu nieprocesowym kształtuje się w sposób specyficzny obo-

[8] W postępowaniu nieprocesowym związanie prawomocnym postanowieniem orzekającym co do istoty sprawy – odmiennie niż w procesie (art. 365 § 1 k.p.c.) – zależy od charakteru orzeczenia. W wypadku postanowień uwzględniających żądanie wniosku związanie ma charakter bezwzględny, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 523 zd. pierwsze k.p.c.), natomiast postanowienia oddalające wniosek mogą być zmieniane przez sąd w razie zmiany okoliczności sprawy, zaszłych po uprawomocnieniu się takiego postanowienia (art. 523 zd. drugie k.p.c.). Przez „okoliczności sprawy" należy przy tym rozumieć stan faktyczny, decydujący o oddaleniu wniosku. Do zmiany prawomocnego postanowienia na podstawie art. 523 zd. drugie k.p.c. może dojść w następstwie złożenia wniosku o zmianę poprzedniego postanowienia oddalającego wniosek, postanowienie SN z 2 kwietnia 2008 r., III CSK 313/07, LEX nr 627210.

[9] *Ibidem*.

wiązywanie zasady powagi rzeczy osądzonej. Dotyczy to zwłaszcza prawomocnych postanowień oddalających wniosek, które mogą zostać zmienione „w razie zmiany okoliczności sprawy". Pod pojęciem „okoliczności sprawy" należy rozumieć stan faktyczny decydując o oddaleniu wniosku, co łączy się z zagadnieniem tzw. prekluzji materiału dowodowego. Najogólniej rzecz ujmując polega ona na tym, że z chwilą uprawomocnienia się postanowienia rozstrzygającego meritum sprawy, ulega prekluzji materiał dowodowy, stanowiący podstawę faktyczną zapadłego orzeczenia. Wymaga podkreślenia, że prekluzja dotyczy tylko tych okoliczności faktycznych, które były podstawą zastosowania przez sąd normy materialnoprawnej, decydującej o oddaleniu wniosku, natomiast nie podlegają jej pozostałe dowody i twierdzenia, które dla rozstrzygnięcia sprawy nie miały znaczenia[10]. Uczynione w zdaniu drugim art. 523 KPC odstępstwo od zasady powagi rzeczy osądzonej dotyczy sytuacji, gdy po wydaniu postanowienia oddalającego wniosek uległy zmianie okoliczności, które istniały w chwili jego wydania i stały na przeszkodzie całkowitemu lub częściowemu uwzględnieniu wniosku. Przez „okoliczności sprawy" w znaczeniu użytym w tym przepisie rozumieć należy stan faktyczny decydujący o oddaleniu wniosku, a nie ocenę prawną tego stanu faktycznego[11].

Zgodnie z art. 523 KPC postanowienia oddalające żądanie sąd może zmienić w razie zmiany okoliczności sprawy, a jedynie na podstawie przepisów szczególnych mogą być zmienione albo uchylone prawomocne postanowienia orzekające, co do istoty uwzględniające żądanie (np. art. 539–543 dotyczące uchylenia postanowień orzekających uznanie za zmarłego lub stwierdzenie zgonu, art. 678, 679, 690 § 2 KPC dotyczące zmiany i uchylenia postanowień o stwierdzenie nabycia spadku). W pozostałym zakresie związanie ma charakter bezwzględny. Oznacza to, że jeśli nie ulegną zmianie okoliczności sprawy i nie znajdują zastosowania żadne przepisy szczególne, prawomocne postanowienie oddalające wniosek korzysta z powagi rzeczy osądzonej (art. 366 w zw. z art. 13 § 2 KPC)[12].

[10] Postanowienie SN z 21 sierpnia 2008r., IV CSK 231/08, LEX nr 590263.

[11] Postanowienie SN z 22 stycznia 2003 r., IV CKN 1689/00, LEX nr 78286, postanowienie SN z 21 marca 1971 r., III CRN 429/72, OSP 1973/10/196.

[12] Postanowienie SN z 5 listopada 2010 r., I CSK 73/10, LEX nr 786551.

Agnieszka Cyrul-Kubiak

PRAWA KONSUMENTA W UMOWACH O DOSTARCZANIE TREŚCI CYFROWYCH W ŚWIETLE DYREKTYWY 2011/83/EU

Wprowadzenie

Rewolucja cyfrowa oraz rozwój Internetu zasadniczo zmieniły sposoby promocji i sprzedaży produktów oraz świadczenia usług w ostatnich dwóch dekadach. Powstały także produkty i usługi, które są nabywane i wykorzystywane jedynie za pośrednictwem sieci teleinformatycznej. Korzyści związane z digitalizacją i handlem elektronicznym, takie jak zwiększenie szybkości obrotu, ułatwienie dostępu, zmniejszenie kosztów, trudno obecnie przecenić. Jednakże nowe technologie generują także specyficzne problemy prawne. Ich rozwiązanie natrafia na trudności wynikające z nieadekwatności dotychczasowych rozwiązań prawnych do specyfiki relacji kontraktowych nawiązywanych w środowisku cyfrowym.

Zmiany w prawie nie nadążają za tempem rozwoju technologicznego. Wykorzystywanie tradycyjnych instrumentów prawnych do rozstrzygania sporów prawnych związanych z handlem elektronicznym w pewnych przypadkach budzi wątpliwości. Nie były one bowiem konstruowane na potrzeby obrotu elektronicznego i nie uwzględniają jego specyfiki. Widać to świetnie na przykładzie regulacji prawnych odnoszących się do praw konsumentów. Dotychczasowe uregulowania w tym zakresie przewidują przejrzyście określone gwarancje o szerokim zakresie dla konsumentów w umowach zawieranych lub wykonywanych w świecie

realnym, natomiast w przypadku umów zawieranych i wykonywanych w Internecie, status konsumenta jest niepewny.

Znaczenie detalicznego handlu elektronicznego dla globalnego wzrostu gospodarczego (w tym także dla rozwoju gospodarczego Polski), jest ogromne, co potwierdzają badania różnych instytucji[1]. Z uwagi na to, brak przejrzystej regulacji prawnej dostosowanej do specyfiki obrotu elektronicznego uznano za istotny hamulec w rozwoju tego sektora[2]. W związku z tym obecnie wprowadzana reforma prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej ma na celu wypełnienie tej luki. Zaproponowane zostały regulacje, które wyraźnie zabezpieczają interesy konsumenta w handlu elektronicznym, tak aby zwiększyć jego zaufanie i zachęcić go do intensywniejszego wykorzystywania tego kanału dystrybucji.

PRAWA KONSUMENTA W UE

Obrót konsumencki ma swoją specyfikę. Zazwyczaj umowy zawierane z konsumentem są indywidualnie przygotowywane przez przedsiębiorcę w formie wzorca umownego (formularza) do wielokrotnego wykorzystania, bez możliwości zmiany lub renegocjacji jej treści. Umowy w obrocie konsumenckim zawierane są między stronami o nierównej pozycji rynkowej i wiedzy. Właśnie przywrócenie równowagi w relacjach kontraktowych w tym zakresie było powodem wprowadzenia licznych regulacji prawnych, poświęconych ochronie konsumenta w prawie Unii Europejskiej, a następnie w systemach prawnych państw członkowskich[3].

---

1 *Electronic and Mobile Commerce*, „OECD Digital Economy Papers", No. 228, OECD Publishing. www.dx.doi.org/10.1787/5k437p2gxw6g-en; J. Skorupska, *Raport E-commerce 2012. Rynek w Polsce*, http://www.ecommercepolska.pl/files/Raport-E-commerce-2012-Rynek-w-Polsce.pdf.

2 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego", Bruksela, 13.04.2011, KOM (2011) 206, www./eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:pl:PDF, s. 13; Digital products: EU consumers need clear rights – BEUC position paper, www.beuc.org/BEUCNoFrame/Docs/2/BEGAOPBAMAELDAGOIOLDNAJEPDWY9DBWAY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2012-00832-01-E.pdf.

3 Analiza europejskiego prawa konsumenckiego stanowi przedmiot następujących publikacji: E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004; *EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis*, ed. H. Schulte-Nölke, University at Bielefeld 2008, www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_intro_en.pdf.

W celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów na rynku wewnętrznym UE, ustawodawca unijny wprowadził między innymi szeroki katalog informacji przedkontraktowych, których obowiązek przekazania w odpowiedni sposób konsumentowi obciąża przedsiębiorcę, szereg wymogów, co do treści i formy umów, konsumenckie prawo odstąpienia od umowy, szczególny reżim odpowiedzialności sprzedawcy za niezgodność towaru z umową, ochronę przed nieuczciwymi postanowieniami umownymi lub nieuczciwymi praktykami handlowymi[4]. Regulacje te jednak powstawały przed erą Internetu i nie uwzględniały jego specyfiki. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do umów konsumenckich o dostarczanie treści cyfrowych. Odpowiednie, wyraźne regulacje prawne oraz liczne działania edukacyjne podejmowane na różnych poziomach, zwiększyły świadomość konsumentów w zakresie praw im przysługujących w tradycyjnym obrocie detalicznym. Brak jest natomiast wyraźnej regulacji statusu konsumenta w umowach zawieranych i wykonywanych w sieci teleinformatycznej. Celem tego artykułu jest wskazanie nowych rozwiązań wprowadzanych w dyrektywie 2011/83/EU w sprawie praw konsumentów, w zakresie umów o dostarczanie treści cyfrowych, której termin implementacji został oznaczony na 13 czerwca 2014 r.[5]

---

[4] W związku z tematem tego artykułu wymienić należy przede wszystkim: Dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość. Dz.U. UE L 144, 04/06/1997, P. 0019–0027. Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji. Dz.U. UE L 171, 07/07/1999, P. 0012–0016. Dyrektywa Rady 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich. Dz.U. UE L 095, 21/04/1993, P. 0029–0034. Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.U. UE L 149, 11/06/2005, P. 0022–0039.

[5] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/EU z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.U. UE L304/64, 22.11.2011 (dalej cytowana jako: Dyrektywa 2011/83/EU).

POJĘCIE TREŚCI CYFROWYCH

Rozważania w niniejszym opracowaniu odnosić się będą do obrotu konsumenckiego, którego przedmiotem są umowy o dostarczanie treści cyfrowych (używać będę także określenia produkty cyfrowe). Obejmują one programy komputerowe, aplikacje, usługi nawigacyjne, gry, dzwonki, zdjęcia, muzyka, filmy, e-książki itp. zakupione w Internecie, dostarczane konsumentowi online za pośrednictwem transmisji strumieniowej, pliku do pobrania lub jako dostęp do pamięci na platformie teleinformatycznej. Charakterystyczne jest to, że strony tego typu umów nie muszą posługiwać się trwałym, fizycznym, materialnym nośnikiem danych cyfrowych (np. CD, DVD, pendrive). Ponadto dostęp do zasobów cyfrowych w sieci konsument uzyskuje nie tylko za pośrednictwem komputerów, ale i telewizorów, tabletów, smartfonów czy czytników e-booków funkcjonujących w sieci. Z uwagi na dynamiczne zmiany technologiczne w tym zakresie, założyć należy stałe wzbogacanie i wzrost różnorodności formatów, urządzeń i kanałów dystrybucji produktów cyfrowych oferowanych konsumentom.

Zakwalifikowanie produktów cyfrowych do grupy towarów konsumpcyjnych wzbudza szereg wątpliwości w prawie UE, z uwagi na brak wyraźnych przepisów w tym zakresie. W rezultacie powstały poważne niespójności między systemami prawnymi państw członkowskich UE, co do tego, w jaki sposób regulować prawa i zobowiązania stron w umowach o dostarczanie produktów cyfrowych w obrocie B2C. Zazwyczaj produkty cyfrowe są traktowane, jako „towary" tylko, gdy są dostarczane na nośniku fizycznym (na płycie CD lub DVD). Natomiast, gdy produkty cyfrowe dostarczane są online, nie mieszczą się w ramach konwencjonalnej definicji „towaru" i tym samym pozbawiają konsumenta możliwości powołania się na ochronę wynikającą z przepisów im poświęconych[6]. Zwykle konsument w tego typu umowach zmuszony zostaje do poszukiwanie ochrony w ogólnych przepisach prawa kontraktowego. W rezultacie powstaje istotna różnica w zakresie ochrony

[6] Dotyczy to szczególnie wątpliwości co do zakresu stosowania ustaw implementujących dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji. Dz.U. UE L 171, 07/07/1999, P. 0012–0016. W prawie polskim ustawa z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej (Dz.U. 2002, Nr 43, poz. 169), implementująca dyrektywę 1999/44/WE, wyraźnie ogranicza swój zakres zastosowania do rzeczy ruchomych.

konsumenta. Tylko konsument, kupujący np. książkę wydrukowaną na papierze, korzysta z ugruntowanych już zasad i jasnego systemu środków ochrony prawnej, podczas gdy ten sam konsument nabywający online książkę w formie e-booka, ma problemy ze znalezieniem podstawy prawnej dla ewentualnych roszczeń.

Treści cyfrowe dostarczane online bywają tej kwalifikowane jako usługi. Podział na towary i usługi konsumpcyjne ma istotne znaczenie w obrocie konsumenckim, z uwagi na zakres praw i obowiązków stron w relacjach kontraktowych[7]. Ogólnie rzecz biorąc usługi powinny być świadczone z należytą starannością, co też stanowi podstawowe kryterium dla oceny zakresu odpowiedzialności usługodawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Przedsiębiorca – usługodawca ponosi zasadniczo odpowiedzialność, gdy naruszenie obowiązku działania z należytą starannością zostanie wykazane przez konsumenta według reguł prawa kontraktowego[8]. Natomiast w obrocie towarami konsumpcyjnymi, odpowiedzialność za jakość towaru ciąży na przedsiębiorcy przez okres 2 lat z mocy ustawy, przy równoczesnym korzystnym dla konsumenta uregulowaniu ciężaru dowodu. Uznanie więc produktów cyfrowych dostarczanych online za usługi może zwiększyć jedynie istniejącą niepewność co do prawnego statusu konsumenta.

Zwrócić należy też uwagę, że produkty cyfrowe mogą być także chronione prawem autorskim. W obrocie towarami konsumpcyjnymi konsument nabywa własność rzeczy ruchomej, natomiast nabywając produkty cyfrowe w sieci konsument uzyskuje prawo do korzystania w zakresie wynikającym z licencji konstruowanej zgodnie z ogólnymi regułami prawa autorskiego. Niejasne dla konsumenta zwykle jest to, czy może on dokonywać prywatnych kopii na własny użytek czy też kopii zapasowych bez zgody uprawnionego z tytułu praw autorskich[9],

---

[7] Final report, Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts'. University of Amsterdam. Research commissioned by the European Commission (2011), www.ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf, p. 39 (dalej Final report 2011, University of Amsterdam).

[8] *Ibidem*, s. 172.

[9] W zakresie prawa do tworzenia kopii zapasowych obecnie jedyną wyraźną wskazówką jest regulacja zawarta w art. 5 dyrektywy 2009/24/WE w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.Urz. UE L 111 z 05.05.2009, s. 16). Wynika z niej, że w braku szczególnych przepisów umownych, trwałe lub czasowe powielanie programu komputerowego jakimikolwiek środkami i w jakiej-

jak i czy może „odsprzedać" produkt, który już mu nie jest potrzebny[10].

Charakterystyczne dla produktów cyfrowych jest ich ścisłe powiązane z pewnymi typami usług, takimi jak: pobranie pliku z sieci, uzyskanie dostępu do gry w trybie online, aktualizacja oprogramowania czy systemów operacyjnych, dostęp do oprogramowania znajdującego się w chmurze, przechowywanie zasobów cyfrowych w chmurze, utrzymywanie wirtualnych światów itp. Zwykle nazywane są one usługami powiązanych i świadczone są przez dostawcę treści cyfrowych na podstawie umowy o dostarczenie treści cyfrowych lub odrębnej umowy o świadczenie usług powiązanych, zawartej w tym samym czasie, co umowa o dostarczenie treści cyfrowych. Tego typu usługi są funkcjonalnie powiązane z produktem cyfrowym, w sposób warunkujący jego prawidłowe używanie zgodnie z właściwościami. Ich odróżnienie, w przypadku nieprawidłowości w procesie używania produktu, zwykle stanowić będzie problem dla konsumenta, co w rezultacie utrudnia stosowanie reguł odpowiedzialności za jakość w obrocie konsumenckim.

W związku z wyżej wymienionymi problemami z zakwalifikowaniem produktu cyfrowego do grupy towarów lub usług, w wypowiedziach przedstawicieli nauki pojawiła się propozycja porzucenia tego tradycyjnego podziału. Uważa się, że produkty cyfrowe posiadają charakter *sui generis* i wymagają podejścia indywidualnego[11]. Wobec tego postuluje się skonstruowanie w tym zakresie ochrony konsumenta w oparciu o dotychczasowe instrumenty prawne związane z obrotem towarami konsumpcyjnymi, które zostaną uzupełnione lub zmodernizowane tam, gdzie jest to niezbędne dla dostosowane ich do umów o dostarczanie treści cyfrowych.

DYREKTYWA 2011/83/EU W SPRAWIE PRAW KONSUMENTÓW

Reforma prawa konsumenckiego w Unii Europejskiej przeprowadzona została pod hasłem wspierania rozwoju rynku wewnętrznego dla kon-

kolwiek formie, częściowo lub w całości, nie wymaga zezwolenia uprawnionego, jeśli jest konieczne do użycia programu przez uprawnionego nabywcę zgodnie z zamierzonym celem.

[10] Wprowadzanie do obrotu używanych licencji na oprogramowanie komputerowe pobrane z Internetu było przedmiotem orzeczenia TSUE – Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wielka izba) z 3 lipca 2012 r. UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp (C-128/11).

[11] Final report 2011, University of Amsterdam, s. 178.

sumentów, opartego na właściwej równowadze pomiędzy wysokim poziomem ochrony konsumentów i konkurencyjnością przedsiębiorstw. Istotne znaczenie miało także zapewnienie prawidłowego funkcjonowania jednolitego rynku cyfrowego[12]. Nowa dyrektywa 2011/83/EU przede wszystkim modernizuje dotychczasowe, fragmentaryczne regulacje i stara się je usystematyzować. Z drugiej strony, po raz pierwszy wyraźnie reguluje prawa konsumenta w umowach o dostarczanie treści cyfrowych w handlu elektronicznym.

Zgodnie z art. 2 m dyrektywy 2011/83/EU, treści cyfrowe oznaczają dane wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej. Stanowią one odrębny przedmiot umów i nie mieszczą się zasadniczo w pojęciu towarów, które w dyrektywie ograniczono do materialnych rzeczy ruchomych. Ponadto ustawodawca unijny wyraźnie potwierdza, że umowy o dostarczanie treści cyfrowych online, nie powinny być klasyfikowane, ani jako umowy sprzedaży, ani jako umowy o świadczenie usług[13]. Jedynie w sytuacji, gdy treści cyfrowe dostarczane na trwałym nośniku (np. CD lub DVD), powinny być traktowane tak jak towary w rozumieniu dyrektywy.

Istotną nowością jest również wyszczególnienie w dyrektywie 2011/83/EU pewnych typów informacji technicznych, które powinny zostać przekazane konsumentowi przed zawarciem umowy o dostarczanie treści cyfrowych. Poza ogólnymi wymogami informacyjnymi przedsiębiorca powinien poinformować konsumenta w jasny i zrozumiały sposób o funkcjonalnościach i mającej znaczenie interoperacyjności treści cyfrowych. Pojęcie funkcjonalności treści cyfrowych odnosić się ma do możliwych sposobów ich wykorzystywania, np. do śledzenia zachowania konsumenta. Ponadto w ramach informacji o funkcjonalnościach konsument powinien uzyskać dane o braku lub o istnieniu jakichkolwiek ograniczeń technicznych, takich jak ochrona za pośrednictwem zarządzania prawami autorskimi do treści cyfrowych lub kodowania regionalnego. W zakresie informacji o interoperacyjności przedstawione powinny zostać konsumentowi informacje dotyczące standardowego sprzętu i oprogramowania komputerowego, z którym treści cyfrowe są kompatybilne, np. system operacyjny, wymagana wersja oraz pewne cechy sprzętu komputerowego.

---

[12] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Agenda for Europe COM (2010) 245 final/2, p. 13, www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:EN:PDF.

[13] Ust. 19 w preambule do dyrektywy 2011/83/EU.

Ustawodawca unijny zwrócił uwagę na konieczność dostosowania prawnych wymogów informacyjnych do ograniczeń technicznych niektórych nośników np. istnieją ograniczenia związane z liczbą znaków na ekranie niektórych telefonów komórkowych. W takich przypadkach przedsiębiorca powinien spełnić minimalne wymogi informacyjne i odesłać konsumenta do innego źródła informacji, na przykład podając bezpłatny numer telefonu lub hiperłącze do strony internetowej przedsiębiorcy, na której stosowne informacje są bezpośrednio udostępnione i łatwo dostępne[14].

Zawieranie umowy o dostarczanie treści cyfrowych online musi odpowiadać wymaganiom określonym dla umów zawieranych na odległość. Z uwagi na to przedsiębiorca ma obowiązek dostarczyć konsumentowi potwierdzenie zawarcia umowy na trwałym nośniku w rozsądnym terminie po zawarciu umowy na odległość, a najpóźniej w chwili dostarczenia towarów lub przed rozpoczęciem świadczenia usługi.

W dyrektywie 2011/83/EU zagwarantowano konsumentowi prawo do odstąpienia od umowy, które znajdzie zastosowanie także w przypadku umów o dostarczanie treści cyfrowych online. Ogólny termin do odstąpienia od umowy wynosi 14 dni i jest liczony od dnia zawarcia umowy. Jednakże prawo konsumenta do odstąpienia od umowy tego typu jest faktycznie iluzoryczne. Nie można bowiem odstąpić od umowy o dostarczania treści cyfrowych online, jeżeli spełnienie świadczenia rozpoczęło się za uprzednią wyraźną zgodą konsumenta, który przyjął do wiadomości, że w związku z tym utraci prawo do odstąpienia od umowy.

Jeżeli spełnianie świadczenia nie rozpoczęło się, bądź rozpoczęło się bez zgody konsumenta uzyskanej w sposób określony w dyrektywie, konsument zachowuje prawo do odstąpienia od umowy. Warunkiem dla rozpoczęcia biegu terminu do odstąpienia jest prawidłowe poinformowanie konsumenta o istnieniu możliwości odstąpienia. W szczególności przedsiębiorca powinien udostępnić konsumentowi odpowiedni unijny formularz pouczenia i odstąpienia od umowy[15]. Jeżeli przedsiębiorca nie udzielił konsumentowi informacji o prawie do odstąpienia od umowy, okres na odstąpienie od umowy upływa po 12 miesiącach od zakończenia początkowego okresu na odstąpienie od umowy. W przypadku przekazania konsumentowi prawidłowych informacji w ciągu 12 miesięcy, okres na odstąpienie od umowy wygasa po upływie 14 dni po dniu, w którym konsument otrzymał te informacje.

[14] Ust. 36 w preambule do dyrektywy 2011/83/EU; art. 8 ust. 4. Dyrektywy 2011/83/EU.

[15] Stanowią one załączniki do dyrektywy 2011/83/EU.

W celu skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy, konsument informuje przedsiębiorcę o swojej decyzji o odstąpieniu przed wygaśnięciem okresu na odstąpienie od umowy. Przedsiębiorca może udostępnić konsumentowi opcję elektronicznego wypełnienia i wysłania wzoru formularza odstąpienia od umowy lub jakiegokolwiek innego jednoznacznego oświadczenia na stronie internetowej przedsiębiorcy. W takich przypadkach przedsiębiorca niezwłocznie przesyła konsumentowi na trwałym nośniku potwierdzenie odbioru takiego odstąpienia od umowy, np. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Gdyby doszło, wbrew zasadom określonym w dyrektywie, do rozpoczęcia spełniania świadczenia przed upływem terminu do odstąpienia od umowy o dostarczanie treści cyfrowych, powstaje problem zwrotu kosztów. Zgodnie z art. 14 ust. 4 b dyrektywy 2011/83/EU, konsument nie ponosi kosztów dostarczania treści cyfrowych online, jeżeli nie udzielił uprzednio swojej wyraźnej zgody na rozpoczęcie spełniania świadczenia przed zakończeniem 14-dniowego okresu do odstąpienia, jak i gdy nie został poinformowany o utracie przysługującego mu prawa do odstąpienia od umowy w chwili udzielania zgody na rozpoczęcie spełniania świadczenia przed zakończeniem 14-dniowego okresu do odstąpienia. Rozpoczęcie spełniania świadczenia w takich wypadkach następuje na ryzyko przedsiębiorcy. Ponadto konsument nie ponosi kosztów także wtedy, gdy przedsiębiorca nie dostarczył mu potwierdzenia zawarcia umowy na trwałym nośniku w rozsądnym terminie po zawarciu umowy na odległość, a najpóźniej w chwili dostarczenia treści cyfrowych oraz potwierdzenia uprzedniej wyraźnej zgody konsumenta i przyjęcia przez niego do wiadomości utraty prawa do odstąpienia od umowy.

Podsumowanie

Rozwiązania przyjęte w dyrektywie niewątpliwie ocenić należy pozytywnie. Z pewnością przyczyni się ona do zwiększenia przejrzystości w relacjach prawnych w handlu elektronicznym. Jednakże można wskazać obszary, gdzie nie nastąpiły istotne zmiany. W zakresie umów o dostarczanie treści cyfrowych nadal konsumenci będą mieli trudności z korzystaniem, w przypadku wadliwego produktu cyfrowego, z ustawowej odpowiedzialności za jakość, ciążącej na sprzedawcy[16]. Natomiast pozy-

[16] University of Amsterdam. Final Report 2011, p. 124; M.B.M. Loos, Ch. Mak, *Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content*, Euro-

tywnie ocenić należy zobowiązanie, w treści dyrektywy, Komisji do badania potrzeby dalszej harmonizacji przepisów w odniesieniu do treści cyfrowych. Oznacza to bowiem, że ustawodawca unijny bierze pod uwagę dynamiczny charakter stosunków w handlu elektronicznym i gotowy jest podjąć dalsze inicjatywy ustawodawcze w tym zakresie.

pean Parliament's Committee on Legal Affairs 2012, p. 7, http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120618ATT47122/20120618ATT47122EN.pdf.

Konrad Kohutek

RYNEK WŁAŚCIWY A TRANSAKCJE HANDLU ELEKTRONICZNEGO: OCENA Z PERSPEKTYWY PRAWA ANTYMONOPOLOWEGO

Oddziaływanie sprzedaży internetowej na konkurencję: zarys zjawiska

Internet odgrywa obecnie coraz większą rolę w funkcjonowaniu różnych aspektów życia społecznego (jak np. wymiar informacyjny, biznesowy, kulturalny, towarzyski, rozrywkowy). Medium to również istotnie oddziałuje na handel, kreując konkurencyjny dla sprzedaży tradycyjnej kanał dystrybucji towarów. Dane statystyczne z ostatnich lat świadczą o wzroście zakupów w sieci (*online sales*) oraz o zwiększaniu się wartości rynków internetowych[1].

[1] W całej Europie wartość rynku internetowego szacowana jest na 200,5 miliarda dolarów (w 2011 r.), przy ciągłej tendencji wzrostowej (zob. *Centre for Retail Research*, dostępne na: www.retailresearch.org; dane z 24 stycznia 2013 r). Podobną wartość rynek ów przedstawia w Stanach Zjednoczonych, wynosząc (także w 2011 r.) 202 miliardy dolarów, przy czym przewiduje się, że do 2016 r. wartość ta sięgnie 326 miliardów dolarów (zob. *Forrester Research Online Retail Forecast* 2011–2016 (U.S.)). Również w Polsce obserwuje się regularny wzrost znaczenia handlu elektronicznego: w 2006 r. działały 2762 sklepy internetowe, podczas gdy w 2011 r. ich liczba przekroczyła 10 800, a w 2012 r. – 12 117 (*Raport e-Handel Polska 2012*, s. 6; dostępny na: www.sklepy24.pl).

Sprzedaż internetowa (a także wiążące się z nią zjawiska) nie mogą pozostawać bez wpływu na konkurencję, a w konsekwencji także na ramy prawne służące jej ochronie w interesie publicznym. Chodzi tu o wszelkie zjawiska powiązane z procesem nabywania towarów (tj. począwszy od podejmowania decyzji w tym przedmiocie, wyboru danego towaru, porównania konkurencyjnych ofert, skończywszy na realizacji płatności). Skupiając się na tych najistotniejszych spośród wspomnianych zjawisk, wskazać należy, że zakupy przez Internet:

- po pierwsze, doprowadziły do znaczącego zredukowania kosztów szukania ofert (*search costs*), w tym kosztów pozyskiwania informacji o produktach (w ten sposób intensyfikując przede wszystkim – choć nie tylko – konkurencję cenową),
- po drugie, obniżyły koszty operacyjne i dystrybucyjne (przez umożliwienie zawierania transakcji bezpośrednio między konsumentem a producentem, tj. z pominięciem pośredników/dystrybutorów[2]),
- po trzecie, zwiększyły zjawisko asymetrii informacyjnej między sprzedawcą a kupującym (zwłaszcza z powodu braku możliwości fizycznej weryfikacji produktu przed zawarciem umowy),
- po czwarte wreszcie, istotnie poszerzyły geograficzny zakres realizacji transakcji[3] (brak konieczności spotkania między zbywcą a nabywcą sprawia, że w istocie – przynajmniej potencjalnie – rynek ma, a z pewnością może mieć, wymiar globalny).

PRZEDMIOT OPRACOWANIA; POZYCJA WYZNACZENIA RYNKU WŁAŚCIWEGO W STOSOWANIU PRAWA ANTYMONOPOLOWEGO

Niniejsze opracowanie koncentrować będzie się na ostatnim z wyżej wskazanych zjawisk, czyli identyfikacji (zakresu) rynków sprzedaży internetowej oraz ich oddziaływania na rynki sprzedaży tradycyjnej, przy czym odnosić się ono będzie nie tylko do wymiaru terytorialnego, ale także produktowego tych rynków. Problematyka ta ukazana zostanie z perspektywy unormowań publicznego prawa ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego).

---

[2] Oczywiście Internet doprowadził równocześnie do wzrostu znaczenia pośredników elektronicznych, tj. różnych platform handlowych, ułatwiających zawarcie transakcji i – w większości przypadków (poza nabywaniem np. samochodów) – finalizacji tych transakcji online.

[3] Wskazane cechy handlu elektronicznego wymienia się jako te, które oddziałują na konkurencję; zob. np. *Vertical Restraints for On-line Sales 2013*, OECD Policy Roundtables DAF/COMP (2013)13, www.oecd.org, s. 5, 17–21 [13.09.2013].

Określenie rynku – zwanego w tym prawie jako rynek właściwy (*relevant market*) – odgrywa kluczową rolę w stosowaniu reguł antymonopolu[4], mając znaczący (a nierzadko determinujący) wpływ na kwalifikację zachowań przedsiębiorców (jako dozwolone lub zakazane, w tym karalne). Od tego, w jaki sposób zdefiniowany zostanie rynek właściwy w danej sprawie, zależy ocena wpływu badanej praktyki na rynek, w tym stwierdzenie, czy praktyka ta skutkuje ograniczeniem konkurencji (zob. art. 6 ust. 1 u.o.k.k./art. 101 TFUE[5]) za szkodą dla interesu publicznego o jakim mowa w art. 1 ust. 1 u.o.k.k.[6]. Produktowe i geograficzne zakreślenie granic rynku właściwego decyduje o tym, jaka wielkość udziału w danym rynku zostanie skalkulowana i przypisana danemu przedsiębiorca. Z wielkością tego udziału, reguły antymonopolu wiążą zaś określone skutki prawne, jak np. przy ocenie pozycji dominującej[7] (zob. art. 4 pkt 10 u.o.k.k.[8]), dla stosowania tzw. reguły *de minimis* (art. 7 ust.1 u.o.k.k.[9]), czy też przy ocenie wpływu koncentracji na konkurencję (art. 18–20 u.o.k.k.).

---

[4] W ekonomiczno-prawnej literaturze przedmiotu, nie bez racji wskazuje, się nawet, że instytucja rynku właściwego często odgrywa wręcz krytyczną rolę (*critical role*) w stosowaniu prawa konkurencji; zob. np. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurements*, London 2010, s. 107.

[5] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 306, 17.12.2007, s. 1). Zarówno art. 6 ust. 1 u.o.k.k., jak i art. 101 ust. 1 TFUE zakazują zawierania porozumień mających na celu lub skutkujących ograniczeniem konkurencji.

[6] Zgodnie z tym przepisem, ustawa antymonopolowa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Na temat interpretacji pojęcia interesu publicznego do jakiego odwołuje się ów przepis, zob. np.: K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów*, „Państwo i Prawo" 2010, z. 7, s. 45–56.

[7] Odnośnie do zagadnienia posiadania takiej pozycji na rykach internetowych, zob.: P. Semeniuk, *Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 5 (2) s. 27–52.

[8] Przepis ten przewiduje (inna sprawa, że budzące ekonomiczne wątpliwości) domniemanie, że przedsiębiorca, którego udział w rynku właściwym przekracza 40% posiada pozycję dominującą. Nadużywanie tej pozycji jest zaś objęte zakazem (zob. art. 9 u.o.k.k. oraz art. 102 TFUE).

[9] Przepis ten (z zastrzeżeniem najcięższych ograniczeń konkurencji, o jakich mowa w art. 7 ust. 3 u.o.k.k.) przewiduje ustawowe wyłączenie zakazu porozumień antykonkurencyjnych w odniesieniu do tych porozumień, które łączą przedsiębiorców o relatywnie niskim udziale w rynku, tj. 5% – w przypadku porozumień horyzontalnych (udział łączny) oraz 10% – w przypadku porozumień wertykalnych (udział każdej ze stron).

POJĘCIE RYNKU WŁAŚCIWEGO W PRAWIE KONKURENCJI

W polskim prawie antymonopolowym rynek właściwy został legalnie zdefiniowany[10]. Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[11], pod pojęciem rynku właściwego rozumieć należy rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Definicja ta znajduje zastosowanie do wszelkich branż działalności oraz niezależnie od metody sprzedaży (oferowania) towarów. Należy ja zatem odnosić także do wyznaczania rynków właściwych dla towarów, które stanowią przedmiot handlu elektronicznego.

Na podstawie treści przytoczonej definicji wyodrębnić można dwa zasadnicze wymiary rynku właściwego, wymiar produktowy (asortymentowy) oraz wymiar geograficzny (terytorialny)[12].

RYNEK WŁAŚCIWY PRODUKTOWO A TRANSAKCJE HANDLU ELEKTRONICZNEGO

Zasadniczym kryterium definiowania rynku właściwego pod względem produktowym, jest substytutywność (zastępowalność) towaru z punktu widzenia nabywcy (substytutywność popytowa), przy czym pewne znaczenie może mieć także substytutywność podażowa (jakkolwiek kryterium to odgrywa rolę pomocniczą, dodatkową[13]). Odnosząc powyższe

[10] Definicja ta opiera się na koncepcji przyjętej przez Komisję Europejską (dalej Komisja), która z kolei wzorowała się na orzecznictwie unijnym; zob. pkt 7–9 obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do obwieszczenia w sprawie rynku właściwego dla celów wspólnotowego (obecnie unijnego) prawa konkurencji (97/C 372/03) (Dz.Urz. WE C 372, 09.12.1997, s. 5) (dalej obwieszczenie Komisji w sprawie rynku właściwego); zob. też wyrok Trybunału z 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV* przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1978, s. 207.

[11] Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm. (dalej u.o.k.k.).

[12] Jakkolwiek w obrocie występują również inne (ustawowo niewymienione) wymiary rynku właściwego, jak np. wymiar czasowy czy też rynek wyznaczony w oparciu o szczebel obrotu, na jakim działają przedsiębiorcy; zob. np.: T. Skoczny, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2009, s. 216–217.

[13] K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2014 (wyd. 2 w druku).

na grunt rynków sprzedaży internetowej, zagadnieniem kluczowym staje się ustalenie, czy z punktu widzenia nabywców (w dużej mierze konsumentów końcowych) sam fakt, że określona transakcja dochodzi (może dojść) do skutku online, czyni ją – a ściślej produkt nabywany za pomocą tej metody – na tyle różną (różny) od transakcji offline, iż produkt kupowany w ten pierwszy sposób należałoby zaliczać do innego rynku właściwego pod względem asortymentowym, z tego powodu, że produkt ów nie jest (przestaje być) substytucyjny wobec tożsamego produktu nabywanego offline. Twierdząca odpowiedź na to pytanie oznaczałaby w istocie wyodrębnienie osobnego rynku właściwego produktowo tylko z uwagi na sam fakt metody sprzedaży (w tym oferowania) produktu. Odpowiedzi taka nie jest wszak właściwa. Oczywiście poszczególne branże handlowe mogą odznaczać się cechami specyficznymi, rzutującymi na sposób wyznaczania (zakres) rynków właściwych pod względem asortymentowym; jednakże jako zasada ogólna (punkt wyjścia) dla dalszej analizy, błędna byłaby segmentacja rynku określonego na rynek sprzedaży online i offline[14], przede wszystkim z przyczyn faktycznych, ale po części także i prawnych.

Po pierwsze, z doświadczenia życiowego wynika, że konsumenci w zasadniczej większości przypadków przy podejmowaniu decyzji nabywczych kierują się przede wszystkimi takimi kryteriami, jak cena i jakość danego produktu, przy czym (w zależności od rodzaju danego towaru) większe lub mniejsze znaczenie mogą mieć także takie czynniki, jak wygląd, funkcjonalność czy też innowacyjność danego towaru. Fakt, czy produkt ów zostanie dostarczony przez kuriera/pocztą (przy transakcji online), czy też odebrany osobiście w sklepie tradycyjnym (przy transakcji offline) przez nabywcę ma już drugorzędne znaczenie (choć oczywiście – w zależności od przypadku – także może być to istotne). Oczywiście dokonując zakupu w sieci nabywca (w sposób jednoznaczny) zweryfikować może mniejszą ilość czynników (cech) danego towaru (oferty), które mają wpływ na jego decyzję nabywczą, niż w przypadku zakupu tradycyjnego. Ten rodzaj ryzyka nabywcy (wynikający ze wspomnianej wyżej asymetrii informacyjnej) – a ściślej negatywne skutki tego ryzyka – minimalizowany jest wszakże przez przyznanie nabywcy (konsumentowi) uprawnienia do odstąpienia od umowy zawieranej

[14] Jak np. internetowy rynek sprzedaży książek o określonej tematyce oraz rynek sprzedaży tych produktów w księgarniach, czy też rynek sprzedaży zabawek (AGD, sprzętu sportowego, wyposażenia domu etc.) oferowanych online oraz tradycyjny (offline) rynek tych produktów (oczywiście każdego z nich z osobna).

na odległość[15] (do jakiej bez wątpienia należy sprzedaż online). Poza tym stosunkowo znaczna ilość towarów odznacza się takimi cechami, których weryfikacja – w podobnym lub wręcz analogicznym stopniu – może odbyć się zarówno off-, jak i online[16]. W związku z tym, mając świadomość występowania (nawet istotnych) różnic w samej metodyce nabywania towarów w sieci oraz w sklepach tradycyjnych, stwierdzić należy, że różnice te (przynajmniej co do zasady) nie powodują braku substytutywności określonych (rzeczowo/rodzajowo) tożsamych towarów.

Nie podzielam stanowiska Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK), który – przede wszystkim w oparciu o samo wyspecyfikowanie różnic między sprzedażą online oraz offline[17] – za odrębny (od rynku sprzedaży offline) uznał rynek detalicznej sprzedaży internetowej książek niespecjalistycznych oraz rynek detalicznej sprzedaży internetowej nagrań muzycznych na nośnikach tradycyjnych (zajmując w tej materii stanowisko odmienne od Komisji[18]). Znamienny jest także fakt, że – w szczególności z racji na takie zawę-

---

15 Konsument, który zawarł umowę na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa (zatem dotyczy to także transakcji internetowych) może w terminie 14 dni odstąpić od tej umowy bez podawania przyczyny i bez ponoszenia kosztów (art. 27 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, opublikowanej w Dzienniki Ustawy w dniu 26 czerwca 2014 r.).

16 Generalnie dotyczy to tych wszystkich produktów, dla których mniejsze (lub żadne) znaczenie mają takie cechy, jak wygląd, techniczne zasady funkcjonowania, zapach itp.

17 Jak np. proces dokonywania zakupów, profil konsumenta, cena i wartość sprzedaży; zob. decyzja Prezesa UOKiK z 3 lutego 2011 r. Nr DKK – 12/11 (dostępne na: www.uokik.gov.pl). Wskazane przez ów organ cechy z pewnością stanowią czynniki różnicujące sprzedaż online od sprzedaży offline. Artkuł 4 pkt 9 u.o.k.k. nie przewiduje wszakże jako kryterium wyodrębnienia osobnego rynku produktowego występowania różnic miedzy danym towarem (lub metodą jego oferowania), a wymaga analizy (wyspecyfikowania) takich kryteriów (miar substytutywności towarów), które faktycznie oddziaływać będą na decyzje nabywcze, czyniąc określone towary wymienialnymi (lub skutku takiego nie powodując). K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *op. cit.* Same fizyczne cechy różnicujące towary (względnie sposoby ich sprzedaży) są – a z pewnością mogą być – wadliwym wskaźnikiem substytutywności (zwłaszcza z ekonomicznego punktu widzenia); zob. np. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, s. 27.

18 Jej zdaniem, nowoczesne (w tym sprzedaż internetowa) oraz tradycyjne kanały dystrybucji składają się na jeden rynek sprzedaży detalicznej (w danym wypadku książek) dla odbiorcy końcowego; zob. np. decyzję z 15 października 2007 r. (Case No COMP/M.4611 Egmont/Bonier) oraz decyzję z 7 stycznia 2004 r. (Case No COMP/M.2978 Lagardere/Natexis/VUP).

żenie produktowego rynku właściwego – organ antymonopolowy zakazał przeprowadzenia planowanej koncentracji[19]; prawdopodobne jest zaś, iż w razie braku wyodrębniania jako osobnego rynku internetowej sprzedaży wspomnianych produktów, organ ów nie uznałby, iż na skutek dokonania zgłoszonej mu transakcji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona (m.in. z powodu braku przekroczenia przez łączny udział w rynku właściwym stron koncentracji progu 20%[20]). Także w piśmiennictwie cytowana wyżej decyzja Prezesa UOKiK jest przedmiotem krytycznej oceny[21].

Po drugie, wątpliwe jest, czy na segmentację rynków właściwych produktowo z racji samej odrębnej metody sprzedaży (tj. off- czy online) zezwala brzmienie definicji legalnej z art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Przepis ten wymienia bowiem trzy kryteria („miary"[22]) substytutywności towaru, tj. przeznaczenie, cenę oraz właściwości (w tym jakość). Językowa wykładnia przemawia za przyjęciem, że jest to zamknięty katalog tych kryteriów[23] (taki charakter ma także rozwiązanie zawarte w obwieszczeniu Komisji[24]). Wprawdzie można kontrargumentować, że przecież w obrocie (w tym w orzecznictwie[25]) wyróżniane były rynki na pod-

[19] Zob. cyt. dwa przypisy wyżej decyzja, w której Prezes UOKiK zakazał dokonania koncentracji mającej polegać na przejęciu przez Narodowy Fundusz Inwestycyjny Empik Media & Fashion SA (spółka holdingowa stojącą na czele grupy kapitałowej, zajmującej się sprzedażą detaliczną m.in. książek oraz prasy, nagrań muzycznych, filmów) kontroli nad Merlin.pl SA (zajmującą się głównie internetową sprzedażą detaliczną m.in. książek, nagrań muzycznych, filmów, multimediów).

[20] Zob. wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji (dokument z 23 listopada 2010 r.; dostępny na: www.uokik.gov.pl), s. 34.

[21] M. Radomyski, *The EMPiK and Merlin concentration prohibition: Would the European Commission reach a similar verdict? Case comment to the decision of the President of the Office for Competition and Consumer Protection of 3 February 2011 – Merlin.pl S.A. and NFI EMPiK Media & Fashion S.A (DKK-12/2011)*, "Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies" 2012, Vol. 5 (6), s. 297–311.

[22] Takiego terminu używa się w doktrynie, zob. np.: T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji*..., s. 225.

[23] Przepis ten nie posługuje się zwrotem „w szczególności" oznaczającym przykładowy charakter katalogu określonych czynników, przesłanek itp.

[24] Pkt 7 obwieszczenia Komisji w sprawie rynku właściwego, zgodnie z którym „właściwy rynek produktowy składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie".

[25] Zob. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z 26 kwietnia 1995 r. XVII Amr 74/94; Wokanda 1996/5/55, w którym wskazano, że rynek właściwy „obejmuje łącznie co najmniej pięć elementów: podmiot rynku (określenie towaru), fazę obrotu

stawie kryteriów, które literalnie nie zostały w wymienione w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Niemniej dotyczyło to takich kryteriów (a w zasadzie subkryteriów) – jak np. faza/szczebel obrotu – które można „przypisać" któremuś z kryteriów (miar) wyraźnie wskazanych w tym przepisie[26]. Powyższe nie oznacza zarazem podważenia zasadności zaliczania do osobnych rynków asortymentowych rynków sprzedaży tożsamego produktu z wykorzystaniem różnych kanałów dystrybucji. Taka kwalifikacja będzie wszak właściwa w przypadku gdy na skutek oferowania danego (tożsamego) towaru za pośrednictwem odmiennej metody sprzedaży – zmienia się zarazem jego przeznaczenie[27] (jak ma to miejsce np. w odniesieniu do rynku sprzedaży piwa w sklepach, tj. z przeznaczeniem do konsumpcji poza miejscem zakupu oraz osobnego rynku sprzedaży piwa w punktach gastronomicznych (restauracjach, pubach), tj. z przeznaczeniem do konsumpcji w miejscu zakupu[28]. Tymczasem nie można twierdzić, a z pewnością przyjmować jako zasady ogólnej, że tożsamy produkt (np. książka, sprzęt RTV, zabawka) powinny być zaliczane do odrębnego rynku produktowego tylko z powodu, iż ofero-

towarowego (zbyt, hurt, detal), funkcję strony rynku (podaż, popyt), czasowy aspekt obrotu oraz terytorium".

[26] Tym bardziej, że poza kryterium ceny, zarówno kryterium właściwości oraz przeznaczenia są relatywnie szeroko skonstruowane. Tym samym – przykładowo – nie można podważać zasadności wyróżnienia odrębnego rynku asortymentowego dla hurtowej sprzedaży produktu X oraz dla detalicznej sprzedaży tegoż produktu. Hurtowa sprzedaż (rodzajowo tożsamego) produktu ma bowiem (przynajmniej zazwyczaj) inne przeznaczenie (tj. zakup w celu dalszej odsprzedaży – w tym detalicznej) niż sprzedaż detaliczna (zakup w celu konsumpcji – także na potrzeby działalności gospodarczej).

[27] Jakkolwiek rozumiane w sposób zawężający. Odnosząc się bowiem do powołanego tu przykładu rynków sprzedaży piwa (w sklepach i w punktach gastronomicznych), można przecież twierdzić, że wyodrębnienie tych rynków nie jest prawidłowe („sztuczne"), gdyż w istocie w obu przypadkach – finalnie – chodzi o konsumpcję danego towaru, a różne są tylko okoliczności (miejsce) tej konsumpcji. Przeznaczenie towaru jest więc takie samo, a na pewno podobne. W danym przypadku należy wszak wskazać, że za zasadnością wyodrębnienia dwóch rynków w danym wypadku przemawia także „cena" (która wprost wskazana została w art. 4 pkt 9 u.o.k.k.). Jej wysokość różni się (co najmniej dwu- a czasem i trzy- lub czterokrotnie) w zależności od tego, czy (rzeczowo) tożsamy produkt (piwo) nabywamy w sklepie czy w pubie.

[28] Zob. pkt 17 wyroku Trybunału z 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89 Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG (Zb.Orz. z 1991, s. I-00935), a także np. decyzję Komisji z 7 marca 2008 r. (Case No COMP/M.4952 – Carlsberg Scottish & Newcastle Assets; decyzję Komisji z 26 października 2011 r. (Case No COMP/M.2569 – Interbrew/Beck's).

wany jest zarówno w sklepie tradycyjnym (jeden rynek) oraz w sklepie internetowym (drugi – osobny – rynek).

Powyższe uwagi dotyczące zagadnień wyznaczania rynków właściwych produktowo w handlu elektronicznym nie podważają zasadności różnicowania (a zarazem) zawężania jako odrębnych (od rynków sprzedaży tradycyjnej), rynków tzw. platform handlu elektronicznego (jak np. e-bay, Amazon, Allegro). Platformy te kreują określony (jakkolwiek istotny) model handlu elektronicznego, polegający na pośredniczeniu w zawieraniu transakcji. Należy je wszakże odróżnić od stron (witryn) internetowych pojedynczych sprzedawców[29], oferujących niejako „własne" towary do sprzedaży (a zatem przedsiębiorców nie funkcjonujących jako pośrednicy handlowi). W literaturze wskazuje się, że „ustalenie, czy platformy handlu elektronicznego działają na rynku właściwym odrębnym od tradycyjnych form handlu zależy od oferowanych przez nie usług"; w razie zaś uznania odrębności rynku usług świadczonych przez te platformy, zasadna może się stać dalsza ich segmentacja z uwagi na asortyment (specjalizację) oferowanych produktów[30].

Rynek właściwy geograficznie a transakcje handlu elektronicznego

Wyznaczniki prawidłowego definiowania rynku właściwego w sprawach antymonopolowych kreuje handel elektroniczny w aspekcie terytorialnej identyfikacji takiego rynku. Ponieważ transakcje (a także w zasadzie wszelkie poprzedzające ją zachowania „zbywcy i nabywcy[31]) odbywają się w cyberprzestrzeni, zasadniczy czynnik determinujący geograficzne granice rynków – czyli odległość – ma mniejsze znaczenie. Z punktu widzenia doprowadzenia do danej transakcji oraz jej zawarcia online, np. między sprzedawcą z siedzibą w Australii czy w Ameryce a nabyw-

[29] B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Warszawa 2010, s. 59.

[30] *Ibidem*, s. 123–128 oraz cyt. tam decyzje Komisji. B. Targański konkluduje, że z racji nierzadko wysokiego stopnia specjalizacji produktów oferowanych przez daną platformę, zasadne jest mówienie o konkurencji występującej jedynie między platformami działającymi w ramach poszczególnych branż, tzw. platform wertykalnych (jak np. Aeroexchange – branża lotnicza, czy też Chemconnect – branża chemiczna).

[31] Czyli przekazanie informacji o samym produkcie, jego cenie, zaprezentowanie oferty handlowej (sposób płatności i dostawy), porównywanie danej oferty z ofertą konkurujących sprzedawców – w tym porównywanie cen.

cą z Polski, zachodzą bardzo niewielkie (a może wręcz żadne) – rzeczowo istotne[32] – różnice w porównaniu z sytuacją, gdy tego rodzaju transakcja zawierana jest między wskazanym nabywcą a sprzedawcą np. z Czech lub z Niemiec (a może nawet sprzedawcą „tylko" z innego województwa lub powiatu z kraju). Internet znacząco obniżył bariery jakie – w przypadku tradycyjnego handlu – występują przy wyznaczaniu rynków właściwych geograficznie[33]. Nie oznacza to wszakże, że w przypadku handlu elektronicznego fizyczna odległość całkowicie utraciła na znaczeniu, przestając stanowić realną barierę. Także przy transakcjach online – relatywnie często – rynki właściwe pod względem geograficznym mają wymiar krajowy[34], a nawet (jakkolwiek już rzadziej) regionalny lub lokalny[35]. W tym kontekście warto wskazać, że w Polsce jedynie co trzeci sklep internetowy prowadzi także sprzedaż w innych krajach Unii Europejskiej[36].

Istotnym (a może wręcz głównym) kryterium dla wyznaczenia granic rynku geograficznego dla zakupów internetowych jest proporcja kosztów dostawy nabywanego towaru do jego ceny. Im niższy procent koszty te reprezentować będą w całkowitym koszcie transakcji (obejmującym cenę towaru i koszt dostawy), jakie ciążyć będą na nabywcy, tym – co do zasady – szersze będą granice terytorialne rynku właściwego. Nierzadko procent ów będzie równy zero, gdyż sprzedawcy pokrywać będą koszt dostawy[37]. Możliwe jest zatem, że koszt dostawy będzie

[32] Pomijam zatem takie różnice, jak np. ojczysty język stron transakcji (jakkolwiek w kontaktach handlowych między obcokrajowcami i tak główne znaczenie ma zazwyczaj język angielski), czy też różna waluta (fluktuacje kursów walut – które w okresie kilku dni/tygodni nie są z reguły istotne – stanowią nieznaczny czynnik wpływający na cenę produktu).

[33] Czasem twierdzi się nawet, że „w handlu elektronicznym żadne bariery geograficzne zdają się nie występować" („no geographical barriers seem to exist in electronic trade"), a sprzedawca i nabywca znajdują w odległości „jednego kliknięcia" („just one click away"). *Vertical Restraints for On-line Sales*..., s. 19.

[34] Jako krajowy wyznaczony został np. rynek sprzedaży detalicznej produktów odzieżowych prowadzonej przez Internet (decyzja Prezesa UOKiK z 15 marca 2012 r. Nr DKK – 20/2012 – zgoda na koncentrację polegającą na przejęciu przez MIH Allegro B.V. kontroli nad Agito S.A) bądź też rynek internetowych katalogów teleadresowych oraz sprzedaży powierzchni reklamowej w tych katalogach (decyzja Prezesa UOKiK z 22 kwietnia 2008 r. Nr DKK 37/08 – zgoda na koncentrację polegającą na przejęciu kontroli przez EDSA Holdings Sweden AB nad Ditel SA); zob. też B. Targański, *Ochrona konkurencji*..., s. 128, 129.

[35] Zob. np. *Vertical Restraints for On-line Sales*..., s. 19–20.

[36] *Raport e-Handel Polska 2012* (www.sklepy24.pl), s. 13.

[37] Co zazwyczaj ma miejsce w przypadku, gdy wartość zakupów przekracza określony poziom (np. „dla zakupów powyżej 500 zł dostawa gratis").

– w wielkościach bezwzględnych – znaczący (np. kilkaset złotych), jednakże stanowić będzie zaledwie kilka (np. ok. 5%) kosztów całkowitych, powodując tym samym, iż nabycie danego produktu będzie dla nabywcy bardziej opłacalne niż jego zakup w sklepie tradycyjnym (w którym cena często jest wyższa[38]). Oczywiście może być i tak, że koszt transportu w wysokości 10 zł stanowić będzie nawet ok. 40–50% wspomnianych kosztów[39], czyniąc transakcję online w istocie nieopłacalną (zwłaszcza, jeśli nabywca produktu może samemu kupić go w sklepie tradycyjnym, nawet jeśli w przypadku takim cena jest nieznacznie, np. o 10–20% wyższa, niż w sklepie internetowym).

Wracając do wspomnianej wyżej kwestii proporcji kosztów towaru do jego ceny, trudno jest w sposób generalny (a zarazem jednoznaczny) określić granicę procentową, której przekroczenie wykluczy przynależność określonych sklepów internetowych do danego rynku terytorialnego. Kwestie tę należałoby rozpatrywać *ad casum* w zależności od branży (rodzajów) produktów stanowiących przedmiot transakcji. W tym miejscu można jedynie wskazać, że – zdaniem Prezesa UOKiK (jakkolwiek wyrażonym ogólnie w odniesieniu do definiowania rynków właściwych pod względem geograficznym) – 8% udział kosztów transportu w cenie produktu stanowi istotną barierę wpływającą na ograniczenie rynku właściwego do danego terytorium[40].

Należy wreszcie dodać, że na granice terytorialne rynku wpływ mogą mieć także preferencje (zwyczaje/przyzwyczajenia) konsumentów z danego państwa lub regionu, a także język (mający spore znaczenie w przypadku takich produktów, jak np. książki, filmy na DVD). W takim wypadku towary spełniające oczekiwania konsumentów z danego państwa (regionu) oferowane są (w większości przypadków) przez sklepy (tradycyjne oraz internetowe), które zlokalizowane są na terytorium obejmującym obszar tegoż państwa (regionu). Jednocześnie koszty dostawy nie stanowią w tym wypadku kryterium decydującego.

Refleksje końcowe

Poruszone w niniejszym artykule kwestie – choć dotyczą doniosłego zagadnienia w zakresie prawidłowego stosowania reguł publicznoprawnej

[38] Ponadto nierzadko bywa tak, że również przy sprzedaży tradycyjnej konieczna jest zapłata za dostawę towaru – w przypadku braku możliwości własnego transportu (dotyczy zwłaszcza towarów o większych gabarytach).

[39] Np. w przypadku zakupu paczki piłeczek do tenisa stołowego.

[40] Decyzja Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r. Nr RWA – 48/2006 (dostępna na: www.uokik.gov.pl) oraz cytowane tam decyzje Komisji Europejskiej.

ochrony konkurencji – odnoszą się jedynie do niektórych problemów, jakie pojawiają się przy wdrażaniu (egzekwowaniu) tych reguł w związku z dokonywaniem transakcji handlu elektronicznego. Już choćby w zakresie samej tematyki rynków właściwych, na osobną publikację zasługuje np. złożona problematyka rynków reklamy internetowej[41].

Kluczowym – a zarazem nieanalizowanym w niniejszym opracowaniu zagadnieniem – jest oczywiście ewaluacja samych zachowań przedsiębiorców internetowych z perspektywy ich zgodności z regułami prawa ochrony konkurencji[42]. Warto jednak przypomnieć, że na ocenę tą istotny wpływ będzie mieć sposób (zakres) wyznaczenia rynku właściwego w danej sprawie, której przedmiot stanowią zachowania handlowe tych przedsiębiorców.

[41] Na ten temat, zob. np.: B. Targański, *Sprzedaż aktywna i pasywna w usługach marketingu internetowego*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 5 (2), s. 18–27; P. Semeniuk, *op. cit.*, s. 27–52.

[42] Na ten temat, zob. np.: G.A. Manne, J.D. Wright Harvard, *Google and The Limits of Antitrust: The Case Against The Case Against Google*, „Journal of Law and Public Policy", Winter 2011, s. 176–244; R. Pardolesi, L. Arnaudo, *Single-Firm Conduct: A Discipline in Search of Itself (Try with Google?)*, www.ssrn.com; J.D. Ratliff, D.L. Rubinfeld, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, „Journal of Competition Law and Economics" 2010, s. 1–34; A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2013, nr 3 (2), s. 23–43; K. Kohutek, *Internetowa dystrybucja towarów w prawie konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem wytycznych Komisji do rozporządzenia nr 330/2010 w sprawie porozumień wertykalnych)*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 11, s. 36–43; K. Kohutek, *Rynki wyszukiwarek internetowych a zarzut nadużycia pozycji dominującej (na tle unijnej sprawy przeciwko Google)*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2014, nr 10 (w druku).

Hanna Knysiak-Molczyk

SKUTKI NARUSZENIA ZASADY UDZIELANIA INFORMACJI W POSTĘPOWANIU ADMINISTRACYJNYM I SĄDOWOADMINISTRACYJNYM

I. Informacją jest każdy czynnik, który jego odbiorca może wykorzystywać dla bardziej sprecyzowanego, celowego działania[1], dzięki któremu zmniejsza się stopień niewiedzy odbiorcy oraz który wnosi do jego świadomości element nowości. Obecnie trudno wyobrazić sobie procedurę, w której strony byłyby pozbawione prawa do uzyskania informacji, gdyż jego realizacja wpływa bezpośrednio na możliwość prawidłowego korzystania z uprawnień oraz realizowania obowiązków procesowych. Prawo to zyskało rangę zasady ogólnej w szczególności w postępowaniu administracyjnym oraz sądowoadministracyjnym, w których zasada informowania oraz jawności postępowania są rozumiane jako „stan względnego braku przeszkód, aby być poinformowanym, jako stan dostępu do informacji w szerokim tego słowa rozumieniu"[2].

Gwarancje proceduralne określonego prawa wymagają jednak przede wszystkim ich prawidłowej realizacji, co nie zawsze ma miejsce w konkretnym postępowaniu. W niniejszym opracowaniu chcę wskazać konsekwencje, jakie może wywoływać naruszenie zasady informowania w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym.

---

1 *Encyklopedia popularna*, Warszawa 1982, s. 294.

2 T. Górzyńska, *Zasada jawności w administracji*, „Państwo i Prawo" 1988, nr 6, s. 16.

II. Zasada informowania została ujęta jako zasada ogólna postępowania administracyjnego w art. 9 k.p.a., zgodnie z którym organy administracji publicznej są obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Organy czuwają nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu nieznajomości prawa, i w tym celu udzielają im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek[3]. Realizacja zasady informowania w moim przekonaniu wywiera istotny wpływ na realizację innych zasad ogólnych postępowania administracyjnego, w szczególności zasady praworządności (art. 6 i 7 k.p.a.), prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.), budzenia zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej (art. 8 k.p.a.), czynnego udziału stron w postępowaniu (art. 10 § 1 k.p.a.), przekonywania (art. 11 k.p.a.) czy ugodowego załatwiania spraw (art. 13 k.p.a.)[4]. Tym samym naruszenie zasady informowania może pociągać za sobą naruszenie innych zasad ogólnych postępowania administracyjnego.

Realizacja zasady informowania może przybierać formę ogólną, polegającą na udzielaniu informacji o całokształcie sytuacji faktycznej i prawnej danego podmiotu lub szczegółową, polegającą na udzielaniu informacji o poszczególnych uprawnieniach lub obowiązkach danego podmiotu[5]. Realizacja obowiązku informowania o charakterze ogólnym następuje co do zasady wyłącznie w wyniku realizacji powołanej wyżej normy art. 9 k.p.a., natomiast realizacja obowiązku informowania w formie szczegółowej następuje w wyniku realizacji przez organy administracji publicznej obowiązków wynikających z przepisów szczególnych k.p.a. Rolę gwarancji prewencyjnych realizacji zasady informowania pełnią w szczególności instytucje pouczeń i zawiadomień oraz uzasadniania rozstrzygnięć organów administracji publicznej[6]. Naruszenie zasady informowania może zatem być również rozważane w dwóch płaszczyznach:

– ogólnej, polegającej na naruszeniu wyłącznie zasady wynikającej z art. 9 k.p.a. (choć – o czym była już mowa wyżej – takie naruszenie

[3] Na temat zakresu czasowego, podmiotowego i przedmiotowego zasady informowania zob.: H. Knysiak-Molczyk, *Granice prawa do informacji w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2013, s. 57–70.

[4] Związki powyższych zasad z zasadą informowania omawiam szerzej w: H. Knysiak-Molczyk, *ibidem*, s. 100–112.

[5] W. Taras, *Informowanie obywateli przez administrację*, Warszawa–Wrocław–Kraków 1992, s. 88.

[6] H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 71–99.

często implikuje naruszenie innych zasad ogólnych postępowania administracyjnego),
– szczegółowej, polegającej na naruszeniu normy regulującej instytucję stanowiącą uszczegółowienie powyższej zasady ogólnej, w powiązaniu z naruszeniem zasady informowania wynikającej z art. 9 k.p.a.

Naruszenie ogólnej zasady udzielania informacji może nastąpić zarówno przez odmowę udzielenia informacji, jak również udzielenie informacji niepełnej (niewyczerpującej) lub udzielenie informacji błędnej (nienależytej), wprowadzającej w błąd[7].

W przepisach k.p.a. nie została w sposób wyraźny wskazana sankcja, jaką pociąga za sobą naruszenie zasady informowania wyrażonej w art. 9, jednakże w orzecznictwie sądów administracyjnych konsekwentnie przyjmuje się, że takie naruszenie stanowi wystarczającą, samodzielną podstawę uchylenia decyzji administracyjnej[8], „formalnie nawet odpowiadającej prawu materialnemu. Ma to miejsce w szczególności wówczas, gdy z okoliczności sprawy wynika, że to właśnie błędna informacja lub jej brak spowodowały zachowanie strony przynoszące w rezultacie niekorzystne dla niej skutki"[9].

Naruszenie przez organ administracji publicznej obowiązku informacyjnego może być także uznane „za obiektywny element winy (bezprawność), stanowiący jedną z przesłanek odpowiedzialności deliktowej"[10]. Podmiot uprawniony do uzyskania informacji, który poniósł szkodę z powodu naruszenia przez organ administracji publicznej obowiązku informowania, może zatem dochodzić roszczenia odszkodowawczego w drodze powództwa przed sądem powszechnym. Postać realizacji obowiązku informowania o charakterze ogólnym stanowi także wynikający z art. 80 i 81 k.p.a. obowiązek informowania strony o całokształcie zgromadzonego przez organ administracji publicznej materiału dowodowego[11]. Uchybienie obowiązkowi wynikającemu z powyższych prze-

[7] Wyrok WSA w Warszawie z 8 grudnia 2010 r., I SA/Wa 1064/10, LEX nr 750550.

[8] Tak np. NSA w wyroku z 1 lutego 2011 r., II OSK 230/10, LEX nr 965211 i WSA we Wrocławiu w wyroku z 24 stycznia 2012 r., IV SA/Wr 600/11, LEX nr 1146145.

[9] Wyrok NSA z 3 lutego 2011 r., II GSK 41/10, LEX nr 1071133.

[10] Tak NSA w wyrokach: z 25 listopada 2008 r., II GSK 461/08, LEX nr 523486 i z 27 lutego 2008 r., II GSK 402/07, LEX nr 471101.

[11] Zgodnie z art. 80 k.p.a., organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona. Natomiast zgodnie z art. 81 k.p.a. okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możność wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów, chyba że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 10

pisów stanowi naruszenie prawa procesowego, które ma istotny wpływ na wynik sprawy, stanowiąc tym samym podstawę uchylenia decyzji w postępowaniu odwoławczym. Uniemożliwienie stronie wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów, stanowi również naruszenie wynikającej z art. 10 § 1 k.p.a. zasady czynnego udziału strony w postępowaniu. W konsekwencji jest podstawą wznowienia postępowania administracyjnego zakończonego decyzją ostateczną, na żądanie strony, w oparciu o art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a., który stanowi, że w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wznawia się postępowanie, jeżeli strona bez własnej winy nie brała w nim udziału[12].

W płaszczyźnie szczegółowej naruszenie przepisów regulujących instytucje procesowe stanowiące gwarancje prewencyjne realizacji zasady informowania może przybierać postać kwalifikowanych (rażących) naruszeń prawa, będących przesłankami wznowienia postępowania administracyjnego, statuowanymi przepisami art. 145 § 1 pkt 4 i 5 k.p.a. W postępowaniu zwyczajnym tego rodzaju uchybienia stanowią podstawę uchylenia zaskarżonej decyzji w postępowaniu odwoławczym, natomiast w postępowaniu nadzwyczajnym – podstawę uchylenia zaskarżonej decyzji lub stwierdzenia, że została ona wydana z naruszeniem prawa w postępowaniu wznowionym.

Przesłanka uzasadniająca wznowienie postępowania administracyjnego w oparciu o art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. obejmuje zarówno sytuacje, w których strona bez własnej winy w ogóle nie brała udziału w postępowaniu, w żadnym jego stadium, jak i wypadki, gdy strona nie uczestniczyła w niektórych, istotnych fazach postępowania, bez swojej winy, w szczególności z przyczyn leżących po stronie organu administracyjnego. Powyższa przesłanka zachodzi w szczególności, gdy w postępowaniu administracyjnym (zarówno zwyczajnym, jak i nadzwyczajnym):

– organ administracji publicznej nie zawiadamia strony o wszczęciu postępowania z urzędu lub na żądanie innej strony postępowania, a następnie prowadzi postępowanie bez jej udziału[13],
– organ administracji publicznej nie zawiadamia strony o poszczególnych istotnych czynnościach postępowania wyjaśniającego lub czyni to, lecz niestarannie, w sposób, który uniemożliwia stronie wzięcie w nich udziału (w tym także przez wprowadzenie strony w błąd co do rodzaju czy zakresu czynności)[14],

§ 2 k.p.a., to jest okoliczności umożliwiające organowi administracji publicznej odstąpienie od realizacji zasady czynnego udziału strony w postępowaniu.

12 H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 114.

13 Wyrok NSA z 14 lutego 2012 r., I OSK 1169/11, LEX nr 1120577.

14 Wyrok WSA w Krakowie z 7 lutego 2012 r., II SA/Kr 1306/11, LEX nr 1112661.

– organ pierwszej instancji nie zawiadamia strony o wniesieniu odwołania przez inną stronę lub uczestnika na prawach strony, a w konsekwencji postępowanie odwoławcze jest prowadzone bez udziału strony[15].

Wznowienie postępowania na podstawie przesłanki z art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. następuje bez względu na to, czy powyższe naruszenie wywarło wpływ na treść decyzji administracyjnej[16].

Istnienie powyższej przesłanki wznowienia postępowania jest ściśle powiązane z realizacją wynikającej z art. 10 § 1 k.p.a. zasady czynnego udziału strony w postępowaniu, która z kolei pozostaje w ścisłym związku z prawidłową realizacją zasady informowania. Naruszenie zasady czynnego udziału strony w postępowaniu, a w konsekwencji powstanie przesłanki wznowienia postępowania, z uwagi na to, że strona nie brała w nim udziału bez swojej winy, może zostać spowodowane niepoinformowaniem strony o toczącym się postępowaniu, jak i nieudzieleniem jej informacji o zakresie uprawnień procesowych na konkretnym etapie postępowania. Strona nie bierze udziału w postępowaniu bez swojej winy zarówno wówczas, gdy organ narusza obowiązki informacyjne wynikające np. z art. 61 § 4 k.p.a., art. 79 § 1 k.p.a. czy art. 81 k.p.a., przez co uniemożliwia stronie wzięcie zarówno czynnego, jak i biernego udziału w postępowaniu, oraz wówczas, gdy organ realizuje obowiązki informacyjne pozwalające na wzięcie przez stronę biernego udziału w postępowaniu, lecz narusza te obowiązki informacyjne, które pozwalają na czynny (aktywny) w nim udział, przez realizację konkretnych uprawnień procesowych (np. organ nie informuje strony o jej uprawnieniach wynikających z art. 79 § 2 k.p.a. czy art. 95 § 1 k.p.a.)[17].

Naruszenie zasady informowania może także stanowić podstawę wznowienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 145 § 1 pkt 5 k.p.a., zgodnie z którym w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wznawia się postępowanie, jeżeli wyjdą na jaw istotne dla sprawy nowe okoliczności faktyczne lub nowe dowody istniejące w dniu wydania decyzji, nieznane organowi, który wydał decyzję. Wznowienie postępowania administracyjnego na powyższej podstawie ma miejsce, gdy są spełnione łącznie następujące przesłanki:

---

[15] J. Litwin, *Wznowienie postępowania z powodu niedopuszczenia do uczestnictwa*, „Palestra" 1965, nr 10, s. 42 i nast.

[16] Tak m.in.: WSA w Krakowie w wyroku z 6 lutego 2012 r., II SA/Kr 569/11, LEX nr 1109381.

[17] H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 115.

- ujawnione okoliczności faktyczne lub dowody są nowe, w tym rozumieniu, że zostały nowo odkryte lub po raz pierwszy zgłoszone przez stronę,
- okoliczności faktyczne lub dowody, na których opiera się żądanie wznowienia postępowania, istniały w chwili wydania decyzji ostatecznej,
- okoliczności faktyczne lub dowody, o których mowa, nie były znane organowi, który wydał decyzję[18],
- okoliczności faktyczne lub dowody mogły mieć wpływ na odmienne rozstrzygnięcie sprawy, co oznacza, że w sprawie zapadłaby decyzja co do swej istoty odmienna od rozstrzygnięcia dotychczasowego, przy czym wystarczające jest prawdopodobieństwo wydania takiej decyzji[19].

Naruszenie zasady informowania polegające na niepoinformowaniu strony o jej uprawnieniach związanych z realizacją zasady czynnego udziału w postępowaniu, takich jak prawo do inicjatywy dowodowej, prawo do brania czynnego udziału w czynnościach postępowania dowodowego, czy też prawo do wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów może w okolicznościach konkretnej sprawy administracyjnej prowadzić do kwalifikowanego naruszenia przepisów prawa procesowego, realizującego powołaną wyżej przesłankę wznowienia postępowania administracyjnego, jeżeli organ administracji publicznej nie zrealizuje obowiązku ustalenia stanu faktycznego sprawy zgodnie z rzeczywistością, wynikającego z zasady prawdy obiektywnej, ukształtowanej w art. 7 k.p.a. Realizacja powyższej zasady ogólnej, gdy w postępowaniu nie bierze udziału strona lub jedna ze stron, może być znacznie utrudniona, a często niemożliwa, z powodu braku wiedzy organu administracji publicznej o istniejących środkach dowodowych.

Do naruszenia zasady prawdy obiektywnej może dojść także poprzez naruszenie wynikających z art. 83 § 3 k.p.a. obowiązków informacyjnych wobec świadków. Nie można uznać za dowód zgodny z prawem dowodu z zeznań świadka, jeżeli świadek ten nie został przed złożeniem zeznań pouczony o prawie odmowy zeznań lub odpowiedzi na pytania. Uchybienie powyższe może mieć istotny wpływ na wynik sprawy[20], gdyż zeznania uzyskane w sposób sprzeczny z treścią art. 83 § 3 k.p.a. nie

[18] B. Adamiak, [w]: B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 669–672.

[19] Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 15 marca 2012 r., II SA/Go 78/12, LEX nr 1138495; H. Knysiak-Molczyk, *op. cit.*, s. 116.

[20] Wyrok WSA w Lublinie z 30 kwietnia 2008 r., II SA/Lu 85/08, LEX nr 487228.

mogą stanowić podstawy dokonania prawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy[21].

Do pośredniego naruszenia zasady informowania może dojść również w wyniku naruszenia przepisów statuujących obowiązek przeprowadzenia rozprawy. W doktrynie szczególnie dyskusyjna jest kwestia skutków naruszenia przepisów szczególnych, znajdujących się poza k.p.a., statuujących obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego w formie rozprawy administracyjnej. Zdaniem G. Łaszczycy[22], uchybienie w takim wypadku obowiązkowi przeprowadzenia rozprawy stanowi rażące naruszenie prawa procesowego, a tym samym przesłankę stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej w oparciu o art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Z kolei NSA w wyroku z 2 marca 1983 r.[23] przyjął, że w wypadku, gdy z postanowienia przepisu szczególnego wynika obowiązek przeprowadzenia rozprawy administracyjnej, organ administracji publicznej nie jest władny do odstąpienia od przeprowadzenia rozprawy. Wydanie decyzji administracyjnej bez przeprowadzenia rozprawy stanowi wówczas naruszenie przepisów postępowania administracyjnego, które ma istotny wpływ na wynik sprawy i powinno stanowić podstawę uchylenia decyzji przez sąd administracyjny.

Nieprzeprowadzenie rozprawy w innych wypadkach wskazanych w art. 89 k.p.a. stanowi naruszenie prawa procesowego, lecz nie można z góry przesądzić, czy naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Jednakże nieprzeprowadzenie rozprawy w wypadkach, gdy postępowanie wyjaśniające powinno zostać przeprowadzone w takiej formie, może prowadzić do naruszenia zasady informowania, a to z tej przyczyny, że rozprawa jest tą formą postępowania wyjaśniającego, w której zostały ukształtowane szczególne obowiązki informacyjne organu administracji publicznej, których realizacja powinna mieć miejsce w trakcie rozprawy, związane z realizacją uprawnień procesowych strony, o których mowa w art. 95 § 1 k.p.a.[24].

Istotnym przejawem naruszenia zasady informowania jest niewłaściwe uzasadnienie rozstrzygnięcia organu administracji publicznej[25].

---

21 H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 117.

22 G. Łaszczyca, [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 580.

23 SA/Kr 1179/82, OSPiKA 1984, nr 7–8, poz. 140 z krytyczną glosą H. Poleszaka.

24 H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 117–118.

25 Choć w dalszej części rozważań będzie mowa o uzasadnieniu decyzji, należy pamiętać, że uzasadnienie stanowi także element postanowienia, na które służy zażalenie lub skarga do sądu administracyjnego oraz postanowienia wydanego

Uzasadnienie decyzji pełni w postępowaniu administracyjnym niezwykle istotną funkcję informacyjną przez wyjaśnienie stronie (stronom), na jakiej podstawie faktycznej i prawnej została oparta decyzja. Jest także wyrazem prawidłowego przeprowadzenia przez organ procesu rozpoznawczego i dedukcyjnego w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy. Zadaniem uzasadnienia jest wyjaśnienie rozstrzygnięcia, stanowiącego dyspozytywną część decyzji administracyjnej. Uzasadnienie powinno pełnić funkcję edukacyjno-perswazyjną w stosunku do adresatów decyzji, jak również umożliwiać kontrolę poprawności rozstrzygnięcia. Z tego względu motywy decyzji powinny być tak ujęte, aby strona mogła poznać tok rozumowania poprzedzającego wydanie rozstrzygnięcia oraz zrozumieć i w miarę możliwości zaakceptować zasadność przesłanek faktycznych i prawnych, jakimi kierował się organ przy załatwianiu sprawy. Prawidłowo sporządzone uzasadnienie daje ponadto możliwość pełnej i merytorycznej weryfikacji decyzji, w tym również w postępowaniu sądowoadministracyjnym[26]. W pełni podzielam pogląd J. Zimmermanna, że „ujawnianie motywów decyzji administracyjnej staje się jednym z głównych i podstawowych elementów jawności w postępowaniu administracyjnym"[27].

Nieprawidłowe sporządzenie uzasadnienia decyzji może stanowić naruszenie prawa procesowego w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, co z kolei wywiera skutek w postaci uchylenia decyzji, czy to w postępowaniu odwoławczym, czy też w postępowaniu sądowoadministracyjnym[28]. Jednak nie każda nieprawidłowość uzasadnienia decyzji jest wadą, która powoduje uchylenie decyzji. Podzielam pogląd, że „lakoniczność uzasadnienia, jak też brak szczegółowego odniesienia się do wszystkich zarzutów odwołania, wskazuje co prawda na niedochowanie należytej dbałości o jego jakość, co prowadzi w dalszej kolej-

na skutek rozpoznania zażalenia. Regulacje k.p.a. dotyczące uzasadnienia decyzji mają – na podstawie art. 126 k.p.a. – odpowiednie zastosowanie także do uzasadnień postanowień.

[26] Zob. wyroki WSA w Opolu z 27 kwietnia 2012 r., II SA/Op 8/12, LEX nr 1212208 i z 21 grudnia 2011 r., II SA/Op 465/11, LEX nr 1153063.

[27] J. Zimmermann, *Motywy decyzji administracyjnej i jej uzasadnienie*, Warszawa 1981, s. 97.

[28] WSA we Wrocławiu w wyroku z 15 marca 2012 r. (III SA/Wr 693/11, LEX nr 1139507) trafnie przyjął, że „obowiązkiem organu odwoławczego przy uzasadnianiu decyzji jest ustosunkowanie się do wszystkich zarzutów podnoszonych przez stronę w trakcie toczącego się postępowania. Niewykonanie tego obowiązku stanowi naruszenie prawa procesowego w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, a to z kolei skutkuje uchyleniem zaskarżonych decyzji".

ności do uchybienia zasadzie przekonywania (art. 11 k.p.a.), jednak nie dyskredytuje podjętego rozstrzygnięcia. Jeżeli motywy podjętej decyzji są w uzasadnieniu wystarczająco wyeksponowane, a rezultat postępowania jest zgodny z prawem, to samo formalne naruszenie przepisów k.p.a., powstałe na etapie redagowania jej uzasadnienia, nie może być oceniane jako istotne"[29]. Natomiast pominięcie w uzasadnieniu decyzji okoliczności faktycznych, mogących mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, niewątpliwie stanowi naruszenie przez organ przepisów o postępowaniu administracyjnym w stopniu wywierającym istotny wpływ na wynik sprawy[30].

Jak wynika z powyższych rozważań, naruszenie zasady informowania przejawiające się w naruszeniu konkretnych, realizujących tę zasadę instytucji procesowych, może przybierać różne postacie. Skutkiem naruszenia zasady informowania może być uchylenie decyzji w postępowaniu odwoławczym lub w postępowaniu nadzwyczajnym służącym weryfikacji decyzji ostatecznej, w tym zarówno w administracyjnym trybie wznowienia postępowania administracyjnego, jak i w trybie zewnętrznym, sądowoadministracyjnym[31]. Z punktu widzenia kontroli sprawowanej przez sąd administracyjny naruszenia zasady informowania mogą stanowić podstawę uchylenia zaskarżonej decyzji w całości lub w części z uwagi na naruszenie prawa dające podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego lub z uwagi na inne naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na wynik sprawy, w oparciu o art. 145 § 1 pkt 1 lit. b lub c p.p.s.a. lub stwierdzenia wydania decyzji z naruszeniem prawa w oparciu o art. 145 § 1 pkt 3 p.p.s.a.

Naruszenie zasady informowania nie musi przy tym przybierać formy wyraźnej i oczywistej, lecz może polegać na naruszeniu przez organ szczegółowych obowiązków informacyjnych, przy pomocy których są realizowane inne zasady ogólne postępowania administracyjnego.

III. W postępowaniu sądowoadministracyjnym zasada informowania jest realizowana za pośrednictwem różnorodnych instytucji procesowych. Nie została ona skonstruowana w ustawie z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[32] tak wyraźnie,

[29] Wyrok WSA w Warszawie z 12 marca 2012 r., I SA/Wa 1565/11, LEX nr 1137289.

[30] Wyrok WSA w Krakowie z 21 grudnia 2011 r., II SA/Kr 1261/11, LEX nr 1102251.

[31] H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 119.

[32] Tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm. (dalej p.p.s.a.).

jak ma to miejsce w k.p.a., niewątpliwie jednak znajduje wyraz w treści art. 6 p.p.s.a., zgodnie z którym sąd administracyjny powinien udzielać stronom występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego potrzebnych wskazówek co do czynności procesowych oraz pouczać je o skutkach prawnych tych czynności i skutkach zaniedbań. Uzyskanie odpowiedniej informacji jest warunkiem koniecznym prawidłowej realizacji zasady równouprawnienia stron w postępowaniu, przez umożliwienie wyrównania szans strony, która nie jest reprezentowana przez profesjonalnego (zawodowego) pełnomocnika – adwokata lub radcę prawnego[33].

Zakres pouczeń, wynikający z art. 6 p.p.s.a., obejmuje jedynie wskazówki „potrzebne", to jest takie, których udzielenie na danym etapie postępowania jest celowe i uzasadnione z uwagi na okoliczności konkretnej sprawy, w tym również osobiste właściwości stron i stopień skomplikowania sprawy. Sąd administracyjny powinien pouczyć stronę zwłaszcza o tych czynnościach procesowych, których niepodjęcie na danym etapie postępowania może spowodować istotne pogorszenie jej pozycji procesowej. Przykładowo, jeśli strona w jakikolwiek sposób dała do zrozumienia, że chciałaby skorzystać z prawa pomocy, sąd powinien poinformować ją o możliwości i trybie ubiegania się o przyznanie tego prawa.

Obowiązki o charakterze informacyjnym spoczywające na sądach administracyjnych wynikają również z licznych przepisów p.p.s.a., w szczególności regulujących instytucje pouczeń. Obowiązek udzielania pouczeń jest przewidziany w szczególności w:

– art. 49 § 1 p.p.s.a., zgodnie z którym, jeżeli pismo strony nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, przewodniczący wzywa stronę o jego uzupełnienie lub poprawienie w terminie siedmiu dni pod rygorem pozostawienia pisma bez rozpoznania, chyba że ustawa stanowi inaczej,
– art. 70 § 2 p.p.s.a., zgodnie z którym w razie zaniedbania obowiązku zawiadamiania sądu przez strony i ich przedstawicieli o każdej zmianie swego miejsca zamieszkania, adresu do doręczeń lub siedziby, pismo pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia,

[33] Obowiązek udzielania potrzebnych wskazówek stronie ciąży na sądzie administracyjnym także wówczas, gdy strona jest reprezentowana przez doradcę podatkowego lub rzecznika patentowego. Powyższe rozwiązanie należy ocenić negatywnie, jako prowadzące do „istotnego zróżnicowania pozycji procesowej profesjonalnych pełnomocników stron" (J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 54).

chyba że nowy adres jest sądowi znany. O powyższym obowiązku i skutkach jego niedopełnienia sąd powinien pouczyć stronę przy pierwszym doręczeniu. Powyższa reguła nie znajduje zastosowania do doręczenia skargi o wznowienie postępowania sądowoadministracyjnego,

– art. 140 p.p.s.a., zgodnie z którym stronie działającej bez adwokata lub radcy prawnego, obecnej przy ogłoszeniu wyroku, przewodniczący udzieli wskazówek co do sposobu i terminów wniesienia środka odwoławczego. Stronie działającej bez adwokata lub radcy prawnego, która na skutek pozbawienia wolności była nieobecna przy ogłoszeniu wyroku, sąd z urzędu w ciągu tygodnia od ogłoszenia wyroku doręcza odpis jego sentencji z pouczeniem o terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia. Jeżeli sąd doręcza odpis sentencji wyroku wydanego na posiedzeniu niejawnym stronie działającej bez adwokata lub radcy prawnego, poucza ją o terminie i sposobie wniesienia środka odwoławczego,
– art. 163 § 2 p.p.s.a. który stanowi, że postanowienia wydane na posiedzeniu niejawnym sąd doręcza z urzędu stronom. Gdy stronie przysługuje środek zaskarżenia, postanowienie należy doręczyć z uzasadnieniem. Doręczając postanowienie należy pouczyć stronę występującą w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia,
– art. 210 § 1 p.p.s.a., zgodnie z którym strona traci uprawnienie do żądania zwrotu kosztów, jeżeli najpóźniej przed zamknięciem rozprawy bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia nie zgłosi wniosku o przyznanie należnych kosztów. Stronę działającą bez adwokata lub radcy prawnego sąd powinien pouczyć o skutkach niezgłoszenia wniosku w powyższym terminie[34].

Ścisły związek z zasadą informowania ma również instytucja uzasadniania orzeczeń sądów administracyjnych. Wojewódzkie sądy administracyjne mają obowiązek uzasadniania z urzędu wyłącznie wyroków uwzględniających skargi. Uzasadnienie wyroku oddalającego skargę wojewódzki sąd administracyjny ma obowiązek sporządzić na wniosek strony zgłoszony w terminie siedmiu dni od dnia ogłoszenia wyroku lub doręczenia jego sentencji. Postanowienia wojewódzkich sądów administracyjnych ogłoszone na rozprawie podlegają uzasadnieniu i doręczeniu stronom z urzędu, gdy podlegają zaskarżeniu. Postanowienia, na które przysługuje środek zaskarżenia, sąd ma obowiązek doręczyć stronom z uzasadnieniem. Naczelny Sąd Administracyjny ma obowią-

[34] H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 125–126.

zek sporządzania z urzędu uzasadnień wszystkich orzeczeń, zarówno wyroków, jak i postanowień.

Podobnie jak uzasadnienie decyzji w postępowaniu administracyjnym, także uzasadnienie orzeczenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym pełni istotną rolę informacyjną, przez umożliwienie stronom poznania motywów rozstrzygnięcia oraz daje rękojmię, że sąd administracyjny dołożył należytej staranności przy jego podejmowaniu. Prawidłowe uzasadnienie orzeczenia sądu pierwszej instancji jest także konieczne dla prawidłowego wywiedzenia zarzutów skargi kasacyjnej czy zażalenia. Strona, która chce merytorycznie polemizować ze stanowiskiem sądu, musi znać motywy rozstrzygnięcia oraz argumenty przemawiające za jego prawidłowością.

Ścisły związek z zasadą informowania ma także instytucja jawności postępowania sądowoadministracyjnego, gdyż podmioty uczestniczące w posiedzeniach sądowych także w ten sposób uzyskują informacje o przebiegu postępowania i podejmowanych w jego ramach czynnościach procesowych. Zgodnie z art. 10 p.p.s.a., rozpoznanie spraw w postępowaniu sądowoadministracyjnym odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Artykuł 90 p.p.s.a. natomiast precyzuje, że posiedzenia sądowe są jawne, a sąd orzekający rozpoznaje sprawy na rozprawie, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej. Odbycie w sprawie posiedzenia niejawnego jest wyjątkiem i wobec powyższego musi mieć wyraźną podstawę ustawową. Jawność rozpoznania sprawy na posiedzeniu jawnym może podlegać częściowemu ograniczeniu lub wyłączeniu z uwagi na warunki lokalowe, jakimi dysponuje konkretny sąd administracyjny oraz poprzez instytucję posiedzenia przy drzwiach zamkniętych, uregulowaną w art. 96 p.p.s.a., zgodnie z którym sąd z urzędu zarządza odbycie całego posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, jeżeli publiczne rozpoznanie sprawy zagraża moralności, bezpieczeństwu państwa lub porządkowi publicznemu, a także gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące informacje niejawne. Nadto sąd na wniosek strony zarządza odbycie posiedzenia przy drzwiach zamkniętych, jeżeli wymaga tego ochrona życia prywatnego strony lub inny ważny interes prywatny[35].

Z uwagi na to, że w postępowaniu sądowoadministracyjnym zasada informowania jest realizowana za pośrednictwem różnorodnych instytucji procesowych, zróżnicowane mogą być także postacie naruszeń

[35] Szerzej na temat ograniczenia jawności posiedzeń jawnych w postępowaniu sądowoadministracyjnym: H. Knysiak-Molczyk, *op. cit*., s. 134–136.

powyższej zasady, jak również ich wpływ na prawidłowość procesu podejmowania orzeczenia sądowego.

Gwarancje realizacji zasady informowania w postępowaniu sądowoadministracyjnym stanowią instytucje procesowe, a zatem ich naruszenie będzie mogło stanowić podstawę skargi kasacyjnej sformułowaną w art. 174 pkt 2 p.p.s.a. Zgodnie z powyższym przepisem podstawą skargi kasacyjnej może być naruszenie przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „wpływ na wynik sprawy" oznacza, że pomiędzy uchybieniem procesowym a wydanym w sprawie orzeczeniem podlegającym zaskarżeniu musi zachodzić związek przyczynowy. Związek ów nie musi być realny, wystarczy że z powodu uchybienia procesowego istnieje hipotetyczna możliwość wydania odmiennego rozstrzygnięcia sprawy. W doktrynie i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że wystarczy, że wnoszący skargę kasacyjną uprawdopodobni istnienie potencjalnego związku przyczynowego pomiędzy uchybieniem proceduralnym a wynikiem postępowania sądowoadministracyjnego. Przyjęcie odmiennego założenia stawiałoby bowiem wnoszącego skargę kasacyjną w niezwykle trudnej sytuacji, gdyż w szeregu wypadków ustalenie realnego związku przyczynowego między uchybieniem procesowym a rozstrzygnięciem sprawy można określić jako abstrakcyjne[36].

Dla skuteczności podstawy skargi kasacyjnej wpływ naruszenia procesowego na wynik sprawy musi być „istotny", skarżący musi zatem wykazać, że następstwa stwierdzonych nieprawidłowości w postępowaniu miały wpływ na treść zaskarżonego skargą kasacyjną orzeczenia[37]. Skuteczność skargi kasacyjnej opartej na podstawie kasacyjnej wskazanej w art. 174 pkt 2 p.p.s.a. zależy zatem od tego, czy skarżący wskazał naruszone przepisy postępowania sądowoadministracyjnego, uzasadnił ich naruszenie i wyjaśnił, jaki był potencjalny, istotny wpływ naruszenia wskazanych przepisów postępowania sądowoadministracyjnego na wynik sprawy, to jest na treść wyroku. W skardze kasacyjnej, w której podniesiono zarzut oparty na podstawie kasacyjnej z art. 174 pkt 2 p.p.s.a., powinien w jej uzasadnieniu znaleźć się wywód obrazujący, że gdyby nie było naruszenia wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów

[36] Eadem, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2010, s. 235 oraz powołana tamże w przypisie 55 literatura i orzecznictwo NSA.

[37] Zob. powołane przez H. Knysiak-Molczyk, *Skarga*..., s. 235, w przypisie 56 orzecznictwo NSA oraz wyroki NSA z 5 października 2012 r., I FSK 1913/11, LEX nr 1233622 i I FSK 1912/11, LEX nr 1233620.

postępowania sądowoadministracyjnego, mogłoby to sprawić, że sąd administracyjny mógłby wydać wyrok odmiennej treści[38].

Skuteczną podstawę skargi kasacyjnej, w oparciu o art. 174 pkt 2 p.p.s.a., stanowi nieudzielenie stronie występującej bez profesjonalnego pełnomocnika wskazówek co do czynności procesowych i pouczenia o skutkach prawnych tych czynności oraz zaniedbań, to jest naruszenie art. 6 p.p.s.a.[39]. Gdy nie ma przepisów szczegółowych, konkretyzujących obowiązek informowania, uchybienia sądu administracyjnego obowiązkowi określonemu w art. 6 p.p.s.a. powinny być oceniane w świetle kryteriów wskazanych w art. 174 pkt 2 i art. 183 § 2 p.p.s.a.[40]. Nie można zatem wykluczyć, iż wyżej opisane naruszenie będzie stanowić podstawę nieważności orzeczenia sądowego, w oparciu o art. 183 § 2 pkt 5 p.p.s.a., z uwagi na fakt, iż strona została pozbawiona możności obrony swych praw.

Powyższa przesłanka nieważności postępowania sądowoadministracyjnego jest ściśle związana z obowiązkiem zapewnienia stronie prawa do procesu sądowego ukształtowanego zgodnie z regułami sprawiedliwości i jawności, i prowadzonego zgodnie z zasadą sprawiedliwości proceduralnej. Pojęcie „pozbawienia strony możności obrony jej praw" nie jest jednak jednoznacznie definiowane w doktrynie i orzecznictwie NSA. Zgodnie z jednym z prezentowanych w tym zakresie poglądów powyższy termin należy rozumieć ściśle. Pozbawienie strony możności obrony jej praw wystąpi zatem jedynie w razie zaistnienia kardynalnych uchybień dotyczących udziału strony w postępowaniu sądowym, wyłączających w sposób bezwzględny możliwość obrony, a nie jakichkolwiek usterek czy utrudnień w tym zakresie[41]. Jest jednak prezentowany także odmienny pogląd, przyjmujący, że „pojęcie «niemożności» pozwala na objęcie nim różnych stanów faktycznych, gdyż ustawa nie zawęża nieważności postępowania do wypadku całkowitego pozbawienia strony możliwości obrony. A zatem pozbawienie strony możliwości obrony należy oceniać w każdym konkretnym przypadku i nie należy go utożsamiać z sytuacją całkowitego wyłączenia strony od udziału w postępo-

[38] Wyrok NSA z 18 listopada 2011 r., I OSK 2034/10, LEX nr 1149290.

[39] Z. Kmieciak, *Podstawy skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Państwo i Prawo" 2005, nr 1, s. 25.

[40] J P. Tarno, *op. cit.*, s. 53.

[41] W szczególności w wypadku wydania wyroku bez zawiadomienia strony o rozprawie poprzedzającej jego wydanie; por. wyroki NSA z 21 lutego 2006 r., II GSK 378/05, LexPolonica nr 2052806 i z 26 stycznia 2011 r., II OSK 149/10, Lex nr 952958. Tak również m.in.: M. Piekarski, *Pozbawienie strony możności obrony swych praw w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1964, s. 49, 62–75.

waniu"[42]. Podzielam drugie z przedstawionych stanowisk, które wydaje się również obecnie przeważać w doktrynie i orzecznictwie[43]. Zarzut pozbawienia strony możliwości obrony jej praw powinien być badany zawsze z odniesieniem się do okoliczności konkretnej sprawy. W celu ustalenia, czy doszło do pozbawienia strony możności obrony jej praw należy rozważyć, czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych, następnie ustalić, czy uchybienie to miało wpływ na możność strony działania w postępowaniu, zaś w ostatniej kolejności zbadać, czy pomimo wystąpienia powyższych okoliczności strona miała możność obrony swoich praw mimo zaistniałych uchybień procesowych. Pozbawienie strony możności obrony jej praw będzie miało miejsce jedynie w sytuacji łącznego spełnienia wszystkich wyżej wymienionych przesłanek[44]. Nieważność postępowania zachodzi zatem wówczas, gdy wskutek naruszenia przez sąd przepisów postępowania strona nie uczestniczy w istotnej części postępowania, nie otrzymuje zawiadomień i zostaje pozbawiona możliwości przedstawienia swego stanowiska, i nie ma możliwości usunięcia skutków tych uchybień na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku. Nie można zatem generalnie przesądzić, że określone naruszenie przepisu prawa będzie stanowić podstawę nieważności z uwagi na pozbawienie strony możności obrony jej praw. W określonych stanach faktycznych jednak naruszenie art. 6 p.p.s.a. może stanowić wyżej opisaną przesłankę nieważności postępowania sądowoadministracyjnego. Jako przykład takiego stanu faktycznego można wskazać w szczególności niepouczenie osoby głęboko chorej psychicznie o potrzebie ustanowienia pełnomocnika procesowego[45], czy też niepouczenie strony w zawiadomieniu o terminie rozprawy o jej prawach lub obowiązkach wynikających z faktu wydania orzeczenia w sytuacji, gdy sąd miał informacje o złym stanie zdrowia strony i niemożności wzięcia przez nią udziału w rozprawie[46].

Reasumując należy stwierdzić, że naruszenie art. 6 p.p.s.a. może w określonych sytuacjach stanowić nie tylko usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, lecz również przyczynę nieważności postępowania

---

[42] Wyrok NSA z 25 stycznia 2006 r., II OSK 437/05, Lex nr 196457. Tak również m.in.: W. Siedlecki, *Nieważność procesu cywilnego*, Warszawa 1965, s. 127–129.

[43] G. Rząsa, *Nieważność postępowania sądowoadministracyjnego jako podstawa skargi kasacyjnej*, Warszawa 2011, s. 217–218 oraz powołaną tamże s. 217, w przypisach 47 i 48 literaturę i orzecznictwo.

[44] Wyrok NSA z 5 października 2006 r., I OSK 561/06, Lex nr 288997.

[45] Tak SN w wyroku z 7 lipca 2005 r., II UK 271/04, OSNP 2006, nr 5–6, poz. 95.

[46] Tak NSA w postanowieniu z 19 kwietnia 2006 r., II OZ 391/06, LEX nr 360349.

sądowoadministracyjnego, która pozwala Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu na wyjście poza granice skargi kasacyjnej. Sąd odwoławczy bowiem, zgodnie z art. 183 § 1 p.p.s.a., bierze pod rozwagę z urzędu nieważność postępowania, niezależnie od skonstruowania stosownego zarzutu jako podstawy skargi kasacyjnej. Zgodnie z art. 186 p.p.s.a. natomiast NSA rozpoznając skargę kasacyjną uchyla wyrok także w części niezaskarżonej, jeżeli zachodzi nieważność postępowania. Sąd odwoławczy nie jest zatem w tym wypadku związany ani podstawami skargi kasacyjnej, ani granicami zaskarżenia.

Naruszeniami przepisów postępowania, stanowiącymi usprawiedliwione podstawy skargi kasacyjnej, mogą być również naruszenia przepisów szczególnych, stanowiących gwarancję realizacji w postępowaniu sądowoadministracyjnym zasady informowania, jeśli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy. Naruszenia przepisów szczególnych mogą także, w konkretnych okolicznościach, stanowić podstawę nieważności postępowania sądowoadministracyjnego z uwagi na wyżej przedstawioną przesłankę pozbawienia strony możności obrony jej praw.

Bliższego przyjrzenia się wymagają jednak – w moim przekonaniu – kwestie związane z zasadą jawności postępowania sądowoadministracyjnego, szczególnie w kontekście posiedzeń sądowych oraz instytucji uzasadniania orzeczeń.

Do nieważności postępowania ze względu na pozbawienie strony możności obrony jej praw może prowadzić rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym w sytuacji, gdy nie było ku temu ustawowej podstawy, jednak dotyczy to wyłącznie sytuacji, w których strona została realnie pozbawiona prawa do obrony. Nie powoduje natomiast nieważności postępowania rozpoznanie z naruszeniem zasady jawności kwestii incydentalnych, jeżeli orzeczenie kończące postępowanie zostało wydane na posiedzeniu, o którym strony zostały prawidłowo zawiadomione[47].

Istotną rolę informacyjną odgrywa zawiadomienie o posiedzeniu. Naruszenie przepisów procesowych określających termin i formę zawiadomienia może w określonych wypadkach stanowić skuteczną podstawę skargi kasacyjnej. Podstawa taka będzie miała miejsce w szczególności w wypadku:

– naruszenia art. 90 § 2 p.p.s.a. przez zbyt późne doręczenie stronie lub jej pełnomocnikowi zawiadomienia o rozprawie[48],

[47] G. Rząsa, *op. cit.*, s. 311.

[48] Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 16 kwietnia 2009 r., II SA/Go 706/08, LexPolonica nr 2063027, w którym Sąd orzekł, że „naruszenie art. 90 § 2 p.p.s.a.

– niezawiadomienia strony działającej osobiście lub jej pełnomocnika o terminie rozprawy, w sytuacji, gdy podmioty te nie wzięły w niej udziału,
– przeprowadzenia posiedzenia bez udziału strony lub jej pełnomocnika w terminie wcześniejszym, niż wskazany w zawiadomieniu o posiedzeniu,
– wadliwej treści zawiadomienia o posiedzeniu (np. co do określenia strony, przedmiotu sprawy lub celu posiedzenia), jeśli mogła ona doprowadzić do usprawiedliwionej dezorientacji strony, która wskutek tej pomyłki nie wzięła udziału w posiedzeniu[49].

Powyższe naruszenia w konkretnych stanach faktycznych mogą być także rozpatrywane jako przesłanka nieważności postępowania z powodu pozbawienia strony możności obrony swych praw.

Podstawę skargi kasacyjnej może stanowić wadliwość uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji, jeżeli uchybienie w tym zakresie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Wadliwość uzasadnienia orzeczenia sądu pierwszej instancji może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej, gdy treść uzasadnienia nie pozwala na dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia[50]. Sytuacja taka ma miejsce, gdy z uwagi na treść uzasadnienia nie ma możliwości dokonania jednoznacznej rekonstrukcji podstawy rozstrzygnięcia, to jest ustalenia przesłanek, którymi kierował się wojewódzki sąd administracyjny, podejmując zaskarżone orzeczenie[51], w szczególności wówczas, gdy uzasadnienie nie zawiera któregoś z elementów konstrukcyjnych wymienionych w art. 141 § 4 p.p.s.a.[52]. Prawidłowo skonstruowane uzasadnienie orzeczenia jest niezbędne dla należytego wywiedzenia zarzutów skargi kasacyjnej, gdyż strona – chcąc merytorycznie polemizować ze stanowiskiem sądu – musi poznać dokładnie argumenty przemawiające za rozstrzygnięciem zawartym w zaskarżonym orzeczeniu[53].

Naruszenie prawa stanowi niewątpliwie lakoniczne i ogólnikowe uzasadnienie wyroku uchylającego decyzję administracyjną, pozbawia-

przez zbyt późne doręczenie stronie (tym bardziej pełnomocnikowi) zawiadomienia o rozprawie nie stanowi pozbawienia jej możliwości obrony swych praw, stanowi jednak uchybienie procesowe, mogące mieć wpływ na wynik sprawy".

[49] G. Rząsa, *op. cit*., s. 3249–3250 i powołane tamże w przypisie 130 orzecznictwo.

[50] Tak NSA m.in. w wyrokach: z 5 kwietnia 2012 r., I FSK 1002/11, LEX nr 1166035 i z 23 lutego 2012 r., II GSK 174/11, LEX nr 1137904.

[51] Wyrok NSA z 10 lipca 2012 r., II GSK 1012/12, LEX nr 1225696.

[52] Wyroki NSA z 10 lipca 2012 r., II GSK 1807/11, LEX nr 1219231, z 10 maja 2012 r., I FSK 996/11, LEX nr 1189737.

[53] Tak NSA w wyroku z 7 marca 2012 r., I OSK 2141/11, LEX nr 1145087.

jące stronę informacji o przesłankach rozstrzygnięcia, a organ administracji wskazówek do co kierunku prowadzenia dalszego postępowania administracyjnego[54]. Ogólnikowe uzasadnienie stanowi uchybienie, które może mieć wpływ na wynik sprawy, gdyż w praktyce uniemożliwia stronie ocenę i kontrolę toku rozumowania sądu, a co za tym idzie – pozbawia ją możliwości polemizowania z jego oceną stanu faktycznego i prawnego sprawy[55].

W orzecznictwie NSA jako wadliwości uzasadnienia stanowiące skuteczną podstawę skargi kasacyjnej z art. 174 pkt 2 p.p.s.a. są postrzegane następujące wypadki:

- brak uzasadnienia któregokolwiek z rozstrzygnięć sądu pierwszej instancji lub uzasadnienie obejmuje rozstrzygnięcie, którego brak w sentencji orzeczenia[56],
- sąd pierwszej instancji nie odniósł się do zarzutów podniesionych w skardze i stanowisk pozostałych stron oraz nie przedstawił ich oceny[57],
- uzasadnienie nie zawiera stanowiska co do stanu faktycznego przyjętego za podstawę zaskarżonego rozstrzygnięcia[58],
- przedstawiona przez sąd pierwszej instancji ocena stanu faktycznego może budzić uzasadnione podejrzenie, że kontrola legalności postępowania organu administracji publicznej przeprowadzona przez WSA została ograniczona wyłącznie do wybranych dowodów przeprowadzonych w tym postępowaniu, co uniemożliwia merytoryczną kontrolę oceny zastosowania prawa materialnego, wobec wątpliwości co do zakresu rozpoznania okoliczności spornych,
- brak wskazań co do dalszego postępowania w sprawie lub zalecenia niezrozumiałe, pozostające w sprzeczności z oceną prawną, niemożliwe do wykonania[59].

---

54 Tak NSA w wyroku z 31 maja 2004 r., FSK 119/04, LexPolonica nr 369781.

55 Postanowienie NSA z 19 grudnia 2012 r., II FZ 1004/12, LEX nr 2140467.

56 Wyroki NSA: z 10 lipca 2012 r., II GSK 1012/12, LEX nr 1225696, z 26 kwietnia 2012 r., II GSK 410/11, LEX nr 1232716 i z 19 marca 2012 r., II GSK 85/11, LEX nr 1135531.

57 Wyroki NSA: z 23 czerwca 2008 r., I OSK 249/07, LEX nr 496177, z 29 sierpnia 2012 r., II FSK 205/11, LEX nr 1218368, z 20 marca 2012 r., II GSK 169/11, LEX nr 1219000.

58 Wyroki NSA: z 4 września 2012 r., II GSK 1411/12, LEX nr 1221344, z 27 lipca 2012 r., I FSK 1467/11, LEX nr 1217333, z 8 marca 2012 r., II GSK 101/11, LEX nr 1137845.

59 Wyroki NSA: z 24 stycznia 2013 r., II FSK 1103/11, LEX nr 1269895, z 1 czerwca 2012 r., II GSK 823/12, LEX nr 1215561, z 6 stycznia 2006 r., II FSK 133/05,

Jak wynika z powyższych rozważań naruszenie zasady informowania w postępowaniu sądowoadministracyjnym może przybierać postać naruszenia różnych przepisów procedury i wywierać istotny wpływ na kwestię oceny prawidłowości orzeczenia sądowego, zarówno w postępowaniu odwoławczym, jak i w postępowaniu ze skargi o wznowienie postępowania sądowoadministracyjnego, gdyż naruszenie przepisów postępowania stanowiących gwarancje realizacji zasady informowania może stanowić skuteczną podstawę skargi kasacyjnej z art. 174 pkt 2 p.p.s.a., jak również przesłankę nieważności postępowania sądowoadministracyjnego z uwagi na pozbawienie strony możności obrony jej praw. Jednakże ustalenie, czy naruszenie zasady informowania stanowi skuteczną podstawę skargi kasacyjnej (w tym także przesłankę nieważności postępowania sądowoadministracyjnego) nie jest możliwe *in abstracto*, lecz wymaga dokonania analizy okoliczności zachodzących w konkretnej sprawie. Jeśli następstwa stwierdzonych nieprawidłowości w postępowaniu mogły mieć wpływ na treść zaskarżonego skargą kasacyjną orzeczenia, wówczas naruszenie zasady informowania będzie stanowić skuteczną podstawę kasacyjną w oparciu o art. 174 pkt 2 p.p.s.a. Jeśli z kolei wskutek powyższych nieprawidłowości dojdzie do pozbawienia strony możności obrony jej praw, będzie to skutkować nieważnością postępowania, którą sąd odwoławczy powinien uwzględnić z urzędu. Jeśli natomiast orzeczenie stanie się prawomocne, strona będzie mogła je skutecznie kwestionować w trybie skargi o wznowienie postępowania sądowoadministracyjnego z przyczyn nieważności, w oparciu o art. 271 pkt 2 p.p.s.a., jeżeli wskutek naruszenia przepisów prawa była pozbawiona możności działania, chyba że przed uprawomocnieniem się orzeczenia niemożność działania strony ustała, to jest miała ona możliwość usunięcia istniejącej wadliwości postępowania w jego toku, przez wniesienie zwykłego środka odwoławczego.

IV. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że prawo do informacji niewątpliwie stanowi istotną gwarancję ochrony praw procesowych uczestników postępowania administracyjnego i sądowoadministracyjnego. Skuteczność powyższej gwarancji zależy natomiast od prawidłowej realizacji zasady informowania, nie tylko w jej aspekcie ogólnym, lecz również szczególnym, wyrażającym się w licznych instytucjach procesowych w ramach obu omawianych procedur.

LexPolonica nr 396748, z 13 września 2006 r., II FSK 1099/05, LEX nr 262073, z 19 czerwca 2008 r., I OSK 1346/07, LexPolonica nr 2002844.

Zarówno w postępowaniu administracyjnym, jak i sądowoadministracyjnym istnieją skuteczne środki prawne pozwalające na usunięcie z obrotu prawnego rozstrzygnięć, które zapadły w postępowaniu wadliwym z punktu widzenia realizacji zasady udzielania informacji. Rozwiązania proceduralne zapewniają zatem we właściwy sposób realizację zasady informowania. Niepokój budzi natomiast bogate orzecznictwo sądów administracyjnych wskazujące na liczne wypadki naruszeń zasady informowania zarówno w postępowaniu administracyjnym, jak i sądowoadministracyjnym.

KONSTYTUCJA
A PRAWO FINANSOWE

Apoloniusz Kostecki

Z ZAGADNIEŃ PODMIOTOWOŚCI PRAWNOFINANSOWEJ

1. Po transformacji gospodarczej prawu finansowemu, w tym zwłaszcza prawu podatkowemu, przywrócona została istotna rola. Niestety, nauka prawa finansowego nie zajmuje się w dostatecznym stopniu zagadnieniami teoretycznymi. Brak w szczególności tzw. części ogólnej prawa finansowego[1]. Nie oznacza to jednak braku zainteresowania nauki prawa finansowego problemami teoretycznymi. Do problemów tych zaliczyć należy podmiotowość prawnofinansową. Liczne istotne ustalenia nauki prawa, stworzone dla potrzeb instytucji podmiotowości prawnej, posiadają swoje znaczenie także w odniesieniu do instytucji podmiotowości prawnofinansowej, będącej jedną z kategorii podmiotowości prawnej. Dla istoty podmiotowości prawnofinansowej ma walor pogląd wyrażony przez F. Longchamps'a, że samo pojęcie podmiotowości prawnej, podobnie jak pojęcie stosunku prawnego, należy do kategorii pojęć umownych, których przyjęcie lub odrzucenie jest sprawą wyboru pomiędzy różnymi możliwościami[2]. Pojęcie to jest przydatne zarówno dla dokonywania określonych uogólnień, jak również dla stanowienia i stosowania prawa finansowego, jednakże przydatność tego pojęcia może kształtować się różnie w odniesieniu do poszczególnych dziedzin prawa finansowego.

Koncepcja podmiotowości prawnej wykształcona najwcześniej i w sposób najpełniejszy w doktrynie prawa cywilnego nie mogła nie

---

1 C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005, s. 11.

2 F. Longchamps, *O pojęciu stosunku prawnego w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Vratislaviensis" 1964, nr 19, Prawo XII, s. 39.

wywrzeć wpływu na koncepcję podmiotowości również w innych gałęziach prawa. Następowało przy tym często mechaniczne przejmowanie cywilnoprawnych pojęć przez inne dyscypliny prawa. Przykład może stanowić nieuzasadnione przejęcie m.in. przez naukę prawa finansowego pojęcia „osobowość prawna", przeobrażonego następnie w pojęcie „osobowość prawnofinansowa" i używanego jako synonim „podmiotowości prawnofinansowej". Należy zauważyć, że „osobowość prawna" stanowi instytucję właściwą wyłącznie prawu cywilnemu, którego podmioty występują z reguły w dwojakiej postaci „osób", niewykazujących cech zasadniczej przeciwstawności normatywnej, a mianowicie w postaci osób fizycznych i osób prawnych"[3].

Charakterystycznym zjawiskiem jest stopniowe uwalnianie się spod wpływów doktryny cywilnoprawnej w zakresie tradycyjnego ujmowania podmiotowości prawnej. Można to zjawisko zaobserwować nie tylko w takich dyscyplinach prawniczych, jak nauka prawa administracyjnego czy finansowego, ale również i w samej doktrynie cywilnoprawnej, na gruncie której dotychczasowy dychotomiczny podział podmiotów prawa cywilnego na osoby fizyczne i osoby prawne ulega przełamaniu, m.in. na rzecz jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi. Warto wspomnieć rozważania A. Stelmachowskiego, który nie zawahał się jako cywilista stwierdzić, że „osobowość prawna pozostaje w gruncie rzeczy jednym z reliktów poprzedniej epoki, tracącym coraz bardziej na znaczeniu"[4].

Niezależnie od znaczenia nadawanego pojęciu „podmiotowość prawna", istnieje z reguły zgodność poglądów co do istoty tej instytucji. Uważa się powszechnie, że podmiotowość prawna jest cechą normatywną, a więc właściwością, w którą wyposażają daną jednostkę obowiązujące normy prawne. Ta istotna cecha instytucji podmiotowości prawnofinansowej została wyraźnie wyeksponowana stosunkowo wcześnie w polskiej doktrynie prawa finansowego[5].

Z faktem, że podmiotowość prawna jest cechą normatywną, wiąże się zagadnienie sposobu wyposażania w tę właściwość jednostek życia społecznego przez przepisy. Istnieją w tym zakresie rozmaite możliwości, zwłaszcza jeśli chodzi o różnego rodzaju twory życia społecznego, jak m.in. jednostki organizacyjne. Jedna z możliwości polega na określeniu przez przepisy wymogu lub zespołu wymogów, których spełnienie

[3] S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, Warszawa 1974, s. 283.

[4] A. Stelmachowski, *Czy kryzys osoby prawnej?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1968, nr 3, s. 199.

[5] O. Joffe, M. Szarogrodski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1963, s. 171.

warunkuje korzystanie z przymiotu podmiotowości prawnej. Inaczej mówiąc, jednostka spełniająca wynikające z norm prawnych wymogi uznawana jest za ,,podmiot prawa".

Biorąc pod uwagę fakt, że podmiotowość prawnofinansowa jest szczególną kategorią podmiotowości prawnej, niestety, nie rysują się optymistyczne perspektywy co do możliwości sformułowania jednoznacznej definicji podmiotowości prawnofinansowej, która nie byłaby przy tym tak ogólna, że utraciłaby w istocie rzeczy walory przydatności praktycznej. Z tych powodów celowe jest przedstawienie zakresu stosowania pojęcia „podmiotowość prawnofinansowa" oraz pojęć pochodnych w nauce prawa finansowego.

2. Pojęcie „podmiotowość prawnofinansowa" a także pojęcia pochodne, jak „podmiot prawnofinansowy" czy ewentualnie „zdolność prawnofinansowa" oraz „zdolność do działań prawnofinansowych", nie występują w polskim prawie finansowym jako pojęcia normatywne o charakterze ogólnym. Natomiast prawodawstwo podatkowe, stanowiące integralną część ustawodawstwa finansowego, posługuje się bezpośrednio pojęciem „podmiot podatkowy", jako istotnym elementem konstrukcji podatku, a zarazem jednym z rodzajów „podmiotu prawnofinansowego". Pojęcie „podmiot podatkowy" ma swoje tradycje i podobnie jak sama instytucja podatku, ukształtowało się na gruncie ustawodawstwa przedwojennego. Zostało ono przejęte przez powojenne ustawodawstwo podatkowe, znajdując odzwierciedlenie w polskiej nauce prawa finansowego, zarówno w opracowaniach podręcznikowych, jak i w rozprawach naukowych[6].

Warto podkreślić, że nauka prawa finansowego przez długi okres zadowalała się jedynie konstrukcjami w zakresie podmiotowości podatkowej, nie dokonując próby sformułowania ogólnego pojęcia „podmiotowość prawnofinansowa", mającego zastosowanie do wszystkich dziedzin prawa finansowego. Określenie zakresu pojęcia „podmiotowość prawnofinansowa" natrafia obiektywnie z wielu przyczyn na szczególne trudności. Podstawową przyczynę stanowi konieczność uwzględnienia różnorodnych cech, właściwych zróżnicowanym rodzajom podmiotów publicznej działalności finansowej w zakresie poszczególnych dziedzin prawa finansowego. Trudności polegające na ustaleniu wspólnych zna-

[6] L. Kurowski, *Wstęp do nauki prawa finansowego*, Warszawa 1976, s. 164–166; K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 144–146. Szczególnie interesująca jest w tym zakresie monografia M. Kalinowskiego, *Podmiotowość prawna podatnika*, Toruń 1999.

mion cechujących podmiotowość różnych dziedzin prawa finansowego zwiększa ponadto niejednorodność charakteru regulacji prawnofinansowych, czy ciągłe ich zmiany powodowane reagowaniem na wszelkie przemiany rzeczywistości społeczno-gospodarczej.

Doszukując się pierwowzorów podmiotowości prawnofinansowej w posiadającej bogate tradycje „podmiotowości prawnopodatkowej", należy zastrzec, że pojęcia podmiotu podatkowego używa się na gruncie rozwiązań normatywnych, a także z reguły i w literaturze na oznaczenie podmiotu zobowiązanego do świadczenia podatkowego, czyli podatnika. Stąd ustawodawca podatkowy był zawsze zainteresowany ze względów fiskalnych do możliwie jak najszerszego ujmowania zakresu tak traktowanej podmiotowości prawnopodatkowej. Tym też tłumaczyć należy kreowanie przez ustawodawcę podatkowego podmiotów podatkowych w postaci różnorodnych tworów społecznych, obejmujących m.in. różne „zbiory" osób fizycznych, jak m.in. małżonkowie, rodzina, „ognisko domowe", osoby pozostające we wspólnym gospodarstwie domowym itp. Tym celom służyć miała również swoista personifikacja określonych składników majątkowych (jak np. „masa spadkowa", „spadek nieobjęty", spadek wakujący"[7]).

Na tle konstrukcji normatywnych ukształtowało się w nauce prawa finansowego szerokie pojmowanie instytucji „podmiotowości prawnopodatkowej". Pojawiło się szereg teorii nawiązujących do instytucji prawnej podmiotu podatkowego, ukształtowała się prawnofinansowa instytucja podmiotowości podatkowej, sformułowane zostały specyficzne pojęcia dotyczące podmiotowej strony stosunku prawnopodatkowego, jak m.in. pojęcie podmiotu podatkowego „w znaczeniu formalnym" i „w znaczeniu materialnym", instytucja „podmiotowej kumulacji podatkowej", instytucja „przerzucalności podatków", pojęcie „podatnika", a obok niego pojęcie „płatnika podatku" i „inkasenta podatku", jako swoistych „osób trzecich" uczestniczących w realizacji świadczenia podatkowego, pojęcie wspomnianego „spadku nieobjętego" itp. W odniesieniu do niektórych pojęć zaobserwować można swoiste ich adaptowanie dla ogólnych potrzeb prawa finansowego, tworzące z nich ogólne pojęcia prawa finansowego.

Do tego rodzaju pojęć zaliczyć należy przede wszystkim pojęcia „podmiotu czynnego" i „podmiotu biernego", które stały się pojęciami uniwersalnymi w odniesieniu do podmiotowości prawnofinansowej

[7] Np. art. 1 pkt 4 ustawy z 16 lipca o państwowym podatku dochodowym i podatku majątkowym (od 1923 r. o państwowym podatku dochodowym), tekst jedn.: Dz.U. z 1936 r. Nr 2, poz. 6.

pomimo budzących zastrzeżeń, zwłaszcza, jeśli chodzi o pojęcie „podmiot bierny". Mianowicie pojęcie podmiot czynny odnosi się do podmiotów publicznoprawnych wyposażonych w określone kompetencje w odniesieniu do podmiotów biernych, które z kolei będąc podmiotami zależnymi, zmuszone są do poddania się określonym obowiązkom, wynikającym z kompetencji podmiotów czynnych, co nie wyklucza, że przysługują im także określone uprawnienia.

Normatywny charakter swoistej instytucji, jaką stanowi podmiotowość w zakresie publicznej działalności finansowej, jest konsekwencją przyznawania przez normy prawa finansowego właściwych jej cech określonym kategoriom jednostek życia społecznego, a także szczególnym jego tworom. Stwierdzenie to ma istotne znaczenie, gdyż wskazuje na konieczność wyprowadzania tych cech bezpośrednio z norm prawa finansowego, jakkolwiek u podstaw przepisów kreujących określone kategorie podmiotów prawa finansowego leżą z reguły przesłanki, motywy natury ekonomicznej, co uznać można również za specyficzną cechę instytucji podmiotowości prawnofinansowej. Na gruncie polskiego prawa finansowego przyznanie podmiotowości prawnofinansowej następuje z reguły w sposób wyraźny, generalny, kategorialny, czyli kreowane zostają określone kategorie podmiotów prawnofinansowych.

Przyznawanie podmiotowości prawnofinansowej określonym jednostkom życia społecznego w sposób wyraźny stosowane jest z reguły na gruncie prawa podatkowego jedynie w odniesieniu do podmiotów biernych, przy pomocy zwrotu normatywnego „podmiotem podatkowym jest", po którym następuje szczegółowe wyliczenie określonych jednostek życia społecznego. Niekiedy przyznawanie atrybutu podmiotowości prawnofinansowej następuje w sposób dorozumiany przez określenie uprawnień prawnofinansowych i obowiązków prawnofinansowych, które norma prawa finansowego wiąże z określoną kategorią jednostek życia społecznego. Kreowanie podmiotów prawnofinansowych na tej drodze wskazuje pośrednio na treść podmiotowości prawnofinansowej, której nie można oddzielać od określonych uprawnień i obowiązków prawnofinansowych. Wyposażenie danej jednostki życia społecznego w atrybut podmiotowości prawnofinansowej jest równoznaczne z określeniem w stosunku do niej w sposób bezpośredni lub pośredni określonych uprawnień i obowiązków i odwrotnie – przyznanie jej określonych uprawnień i nałożenie na nią odpowiednich obowiązków prawnofinansowych przesądza o jej wyposażeniu w podmiotowość prawnofinansową.

Problematyka uprawnień i obowiązków prawnofinansowych, i to w odniesieniu do różnych dziedzin prawa finansowego, stanowiła sto-

sunkowo wcześnie szczególny przedmiot zainteresowań C. Kosikowskiego[8]. Na szczególne uznanie zasługuje dokonanie przez tego autora przykładowego zestawienia rodzajów uprawnień i obowiązków prawnofinansowych tzw. podmiotów biernych, sformułowanych w odniesieniu do różnych dziedzin prawa finansowego. Kreowanie bowiem określonych kategorii podmiotów prawnofinansowych następuje z reguły na podstawie norm prawa finansowego należących do określonej dziedziny prawa finansowego, w związku z czym stają się one niejednokrotnie podmiotami jedynie w zakresie określonego wycinka publicznej działalności finansowej. W ten sposób dochodzi do wykształcania się podmiotów prawnofinansowych o zwężonym zakresie, jak na przykład podmiotów prawa budżetowego, podmiotów prawa walutowego, podmiotów prawa dewizowego („rezydent" dewizowy, czy „nierezydent" dewizowy) itp., które stanowią szczególne, węższe kategorie podmiotów prawnofinansowych, analogicznie jak wskazywane poprzednio podmioty podatkowe.

Przyczyny tego zjawiska dopatrywać się należy m.in. właśnie w braku części ogólnej prawa finansowego. Pozwoliłaby ona bądź na wskazanie określonych kategorii podmiotów prawnofinansowych, co wydaje się zresztą niezwykle trudne z uwagi na znaczne zróżnicowanie wewnętrzne poszczególnych dziedzin publicznej działalności finansowej oraz szeroki jej zakres, bądź na określenie ogólnych cech lub też zespołów bliżej określonych cech, których wystąpienie w stosunku do danej jednostki życia społecznego równoznaczne byłoby z korzystaniem przez nią z przymiotu podmiotowości prawnofinansowej.

3. Wart zasygnalizowania jest stosunek przedstawicieli nauki prawa finansowego do instytucji podmiotowości prawnofinansowej, zarówno w okresie przed transformacją ustrojową w 1989 roku, jak i po jej dokonaniu.

Instytucja „podmiotowości prawnofinansowej" znalazła swoje miejsce w polskiej doktrynie prawa finansowego dopiero w połowie XX wieku. Wcześniej nie był to termin rozpowszechniony. Problematyka podmiotowości prawnofinansowej, poza ewentualnie podmiotowością prawnopodatkową, pomijana była w większości opracowań podręcznikowych z zakresu prawa finansowego, wykazujących wysoki poziom teoretycznych uogólnień[9]. Nie stała się ona również przedmiotem rozpraw naukowych, nawet w przypadku rozważań nad statusem prawnym

[8] C. Kosikowski, *Prawno-finansowe uprawnienia i obowiązki, stosunki i zobowiązania*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1: *Instytucje ogólne*, Wrocław 1982, s. 150 i nast.

[9] K. Ostrowski, *op. cit*.

organów państwowych, odgrywających decydującą rolę w zakresie publicznej działalności finansowej[10].

Podkreślenia wymaga fakt, że stosunkowo wcześnie dostrzeżono konieczność posługiwania się pojęciami ściśle związanymi z instytucją podmiotowości prawnofinansowej[11], używając takich pojęć, jak „uprawnienia prawnofinansowe", „obowiązki prawnofinansowe", „stosunki prawnofinansowe" oraz pojęcia – co wymaga szczególnego podkreślenia – „zdolności prawnej w zakresie prawa finansowego", stanowiącego synonim „zdolności prawnofinansowej".

Na uwagę zasługuje, że zdolność prawnofinansową wiązano ściśle z obowiązkami i uprawnieniami prawnofinansowymi, w szczególności czynił to M. Weralski, wysuwając przy tym na plan pierwszy obowiązki prawnofinansowe. Ścisłe wiązanie zdolności prawnofinansowej z tymi dwoma elementami stosunku prawnofinansowego wynikało zresztą z przyjętego założenia, że zdolność prawnofinansowa polega na zdolności posiadania „uprawnień i obowiązków" prawnofinansowych. Dostrzegając, że obowiązki i uprawnienia prawnofinansowe mogą posiadać również jednostki, które nie są uznawane ani za podmioty obrotu cywilnoprawnego, ani też za podmioty prawa administracyjnego, M. Weralski doszedł do wniosku, że zdolność prawnofinansowa odbiega w sposób wyraźny od zdolności cywilnoprawnej i zdolności administracyjnoprawnej. Uznając państwo za najważniejszy z podmiotów stosunków prawnofinansowych, uważał za właściwe wskazać, że interesy państwa reprezentuje minister finansów wyposażony w związku z tym również w zdolność prawnofinansową.

Szerokie traktowanie zakresu podmiotowości prawnofinansowej znalazło wyraz w reprezentowanych poglądach, że zdolność prawnofinansową posiadają w pierwszym rzędzie organy i jednostki realizujące publiczną działalność finansową, do których należą wszelkie organy władzy i administracji państwowej oraz podległe im jednostki organizacyjne, a zwłaszcza organy finansowe i podległe im jednostki[12]. Za drugą kategorię jednostek wyposażonych w zdolność prawnofinansową uznawano natomiast osoby prawne, a w szczególności ówczesne przedsiębiorstwa państwowe oraz organizacje i instytucje społeczne. Do trzeciej kategorii zaliczano osoby fizyczne, a także „spadki wakujące".

Z kolei interesujące jest nawiązywanie przez L. Kurowskiego w zakresie problematyki podmiotowości prawnofinansowej do abstrakcyj-

[10] C. Kosikowski, *Rola ministra finansów w systemie zarządzania finansami w państwach socjalistycznych*, Łódź 1976.

[11] *Prawo finansowe*, oprac. M. Weralski, Warszawa 1963, s. 38 i nast.

[12] *Ibidem*, s. 41 i nast.

nego stosunku prawnego zawartego w normie prawnofinansowej oraz traktowanie w związku z tym podmiotowości prawnofinansowej *expressis verbis* jako cechy normatywnej[13]. W związku z traktowaniem podmiotów norm prawa finansowego jako podmiotów stosunków prawnofinansowych wyróżniano na wzór podmiotów podatkowych „podmiot czynny" oraz „podmiot bierny", utożsamiając jednak podmiot czynny z „podmiotem uprawnionym", a podmiot bierny z „podmiotem zobowiązanym", co budzić może pewne wątpliwości. L. Kurowski dostrzegając niemożność traktowania wszystkich podmiotów normy prawnofinansowej *ex aequo*, wyodrębniał „podmiot publiczny normy prawnofinansowej". Do podziału podmiotów prawa finansowego na podmioty czynne i podmioty bierne nawiązał w obszernych rozważaniach w okresie późniejszym także C. Kosikowski[14].

Traktowanie podmiotowości prawnofinansowej jako cechy normatywnej znajdowało wyraz w rozważaniach na temat statusu prawnofinansowego jednostek budżetowych. L. Kurowski wskazywał w szczególności, że z punktu widzenia uznawania jednostek budżetowych za podmiot prawnofinansowy nie ma znaczenia fakt wyposażenia ich w „osobowość prawną", gdyż o tym, czy jednostka budżetowa będzie „podmiotem prawnofinansowym", zadecyduje fakt, „czy dana jednostka budżetowa występuje, czy nie występuje jako podmiot norm prawa finansowego"[15], które nadają jej, jako dysponentowi środków budżetowych, określony zakres praw i obowiązków. Podkreślając fakt, że „w każdym przypadku przynajmniej po jednej stronie normy prawnofinansowej musi występować podmiot o charakterze publicznym"[16], traktował jako zasadniczy podmiot publiczny normy prawnofinansowej samo państwo.

Na uwagę zasługuje, że stosunkowo wcześnie pojawiły się opracowania w zakresie podmiotowości prawnofinansowej dotyczące określonych dziedzin prawa finansowego. Należą do nich interesujące prace dotyczące: podmiotowości prawnofinansowej jednostek budżetowych[17], podmiotowości prawnofinansowej w zakresie podatków[18], czy podmiotowo-

[13] L. Kurowski, M. Weralski, *Prawo finansowe*, Warszawa 1968, s. 40.

[14] C. Kosikowski, *Prawo finansowe. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 64 i nast.

[15] L. Kurowski, *Prawo*..., s. 38.

[16] *Ibidem*.

[17] T. Augustyniak-Górna, *Podmiotowość finansowo-prawna jednostek budżetowych*, „ZNUŁ" 1979, nr 65.

[18] W. Olszowy, *Niektóre zagadnienia prawne podmiotowości podatkowej*, Acta Universitatis Lodziensis" 1977, z. 31.

ści prawnofinansowej osób fizycznych[19]. Uznawaniu samego państwa za naczelny podmiot publicznej działalności finansowej, posługujący się pieniądzem, przy pomocy którego dokonuje się wydatków i pobiera dochody, towarzyszyło silne podkreślenie faktu wykonywania publicznej działalności finansowej w imieniu państwa „przez bardzo liczne inne podmioty", jak organy władzy i administracji publicznej oraz inne instytucje państwowe, jak zakłady, przedsiębiorstwa itp.[20]. Do podmiotów wykonujących działalność w imieniu państwa zaliczano w ten sposób każdy podmiot obowiązany i jednocześnie uprawniony do wykonywania określonej dla niego działalności państwowej, w tym i państwowej działalności finansowej. We wspomnianych poglądach występowało wyraźne przeciwstawienie państwa jako naczelnego podmiotu publicznej działalności finansowej innym podmiotom (jednostkom) państwowym działającym w jego imieniu. Na uwagę zasługuje zwłaszcza ścisłe wiązanie podmiotowości prawnofinansowej z faktem przyznania przez normy prawa finansowego danej jednostce życia społecznego określonych uprawnień lub nałożenia na nią określonych obowiązków[21].

Wśród zagadnień o charakterze ogólnym, związanych z problematyką podmiotowości prawnofinansowej, w literaturze wiele uwagi poświęcono kwestii traktowania Skarbu Państwa jako podmiotu prawa finansowego. Jest charakterystyczne, że w ówczesnej literaturze prawnofinansowej instytucja skarbu państwa budziła ze strony niektórych autorów sprzeciw. L. Kurowski uważał, że podstawianie w prawie finansowym w miejsce pojęcia państwa pojęcia skarbu państwa spowodowałoby „rozdwojenie podmiotowości państwa (państwo i skarb państwa) w sposób oczywiście sprzeczny z zasadą jedności władzy i jedności własności państwowej"[22]. Dowodził on, że „socjalistycznemu" prawu finansowemu wystarcza pojęcie państwa jako naczelnego podmiotu państwowej działalności finansowej, którego prawa i obowiązki są realizowane „z jego ramienia" i w jego imieniu przez liczne organy i instytucje państwowe. W sposób bardziej umiarkowany wyrażał swój pogląd na temat zbędności instytucji skarbu państwa jako instytucji prawa finansowego M. Weralski, stwierdzając, że w zakresie prawa finansowego „państw socjalistycznych" nie ujawniła się potrzeba posługiwania się pojęciem

[19] Idem, *Podmiotowość finansowo-prawna osób fizycznych*, „Acta Universitatis Lodziensis" 1979, z. 65.

[20] L. Kurowski, *O pojęciu skarbu państwa w prawie socjalistycznym*, „Studia Prawnicze" 1970, nr 26–27, s. 38.

[21] *Ibidem*, s. 94.

[22] *Ibidem,* s. 99.

skarbu państwa, a w nauce prawa finansowego sprawa celowości posługiwania się tym pojęciem także nie została ostatecznie wyjaśniona"[23].

W odróżnieniu od tych autorów, N. Gajl w obszernej monografii poświęconej skarbowi państwa dostrzegała przydatność tej instytucji również w „socjalistycznym" prawie finansowym wyrażając w szczególności pogląd, że w gospodarce tej „zarówno przesłanki ustrojowe, jak i obowiązujące przepisy normatywne pozwalają na postawienie znaku równości pomiędzy gospodarką budżetową a gospodarką i własnością skarbu państwa"[24]. N. Gajl mocno podkreślała, że wykonując funkcje gospodarcze skarb państwa[25] realizuje zadania państwa, lecz w obrocie prawnym występuje przede wszystkim w roli prywatnoprawnej, tzn. właściciela, który włada, korzysta i rozporządza majątkiem państwowym. To skarb państwa decyduje o sposobie, rozmiarach i formach prawnych prowadzenia przez państwo działalności gospodarczej.

Zdaniem C. Kosikowskiego problematyka prawna skarbu państwa jest skomplikowana, równocześnie bowiem instytucja ta jest utożsamiana z własnością państwową, z działalnością gospodarczą państwa, z zasobami budżetu państwa i państwowych funduszy celowych, z prywatnoprawną podmiotowością państwa w sferze obrotu cywilnego itd.[26]. Uważał także, iż znamiennym jest, że przepisy prawa finansowego nie wymieniają skarbu państwa w rzędzie jednostek sektora finansów publicznych, chociaż pojęcie to stało się nowym sposobem na oznaczenie reżimu prawnego części podmiotów prawa finansowego[27]. Znajduje to wyjaśnienie w tym, że za takie jednostki uważa się jednostki organizacyjne skarbu państwa, wydzielone przez skarb państwa pod względem rachunkowym i majątkowym, lecz niemające odrębnej podmiotowości prawnej (jednostki budżetowe, zakłady budżetowe, gospodarstwa pomocnicze i środki specjalne w jednostkach budżetowych). Są one podmiotami prawa finansowego, ponieważ przepisy prawne określają odrębnie dla nich uprawnienia i obowiązki oraz przewidują zasady i formy odpowiedzialności za ich wykonywanie. Występują w roli podmiotów biernych, a niektóre z nich (organy administracji publicznej) także w roli podmiotów czynnych prawa finansowego. Nie zmienia to jednak faktu, że skarb państwa pozostaje również podmiotem prawa finansowego.

W ostatnich latach omawianego okresu, poprzedzającego proces transformacji ustrojowej z 1989 roku, szczególna rola w rozwoju nauki

[23] M. Weralski, *Finanse i prawo finansowe*..., s. 122.

[24] N. Gajl, *Budżet a skarb państwa*, Warszawa 1974, s. 428.

[25] Eadem, *Skarb państwa*, Warszawa 1996, s. 386 i nast.

[26] C. Kosikowski, *Prawo*..., s. 71 i nast.

[27] Idem, *Sektor finansów publicznych w Polsce*, Warszawa 2006, s. 17 i nast.

prawa finansowego przypadła liczącemu pięć tomów dziełu na temat systemu instytucji prawnofinansowych, stanowiącego pracę zbiorową licznych przedstawicieli polskiej doktryny prawa finansowego[28]. Autorom dzieła przyświecała idea przyczynienia się do wyodrębnienia części ogólnej prawa finansowego, czemu służyła znaczna część treści pierwszego tomu, traktująca o ogólnych instytucjach prawnofinansowych[29]. Spośród tych ogólnych instytucji związanych w określonym zakresie z instytucją podmiotowości prawa finansowego wymienić należy m.in. opracowania na następujące tematy: podmiotowości prawnofinansowej[30], prawnofinansowych uprawnień i obowiązków oraz stosunków prawnych i zobowiązań[31], instrumentów prawnofinansowych[32], a także systemów w prawie finansowym[33].

4. Przedstawione w ogólnym zarysie stanowiska przedstawicieli nauki prawa finansowego w zakresie kształtowania się instytucji podmiotowości prawnofinansowej oraz powiązanych z nią instytucji przed transformacją ustrojową skłaniają do zastanowienia się nad wpływem na kształt tych instytucji transformacji ustrojowej z 1989 roku, a także kierunkiem, w jakim poszły badania tych instytucji ze strony przedstawicieli nauki prawa finansowego. W publikacjach okresu po przemianach ustrojowych bardzo często nawiązywano i nadal nawiązuje się do osiągnięć nauki prawa finansowego dotyczących instytucji podmiotowości prawnofinansowej w poprzednim okresie.

Jakkolwiek brak monograficznego opracowania problematyki podmiotowości prawnofinansowej, to uczyniono i w dalszym ciągu czyni się dalsze kroki zmierzające w tym kierunku. Służą temu niewątpliwie dwa rodzaje opracowań, a mianowicie opracowania traktujące o podmiotowości prawnofinansowej w poszczególnych dziedzinach prawa finansowego, jak i opracowania na temat zagadnień ogólnych w zakresie podmiotowości prawnofinansowej.

Jeśli chodzi o opracowania pierwszego rodzaju, to poza wymienionymi poprzednio opracowaniami T. Augustyniak-Górnej i W. Olszowego szczególnie cenna jest monografia M. Kalinowskiego na temat podmio-

[28] *System instytucji prawno-finansowych PRL*, Warszawa 1982–1986 (redaktorem naczelnym był M. Weralski, a współredaktorem A. Kostecki).

[29] *Ibidem*, s. 89–427.

[30] A. Kostecki, *Podmiotowość prawnofinansowa*, [w:] *ibidem*, s. 124–149.

[31] C. Kosikowski, *Prawnofinansowe uprawnienia i obowiązki oraz stosunki i zobowiązania*, [w:] *ibidem*, s. 150–180.

[32] M. Weralski, *Instrumenty prawnofinansowe*, [w:] *ibidem*, s. 210–222.

[33] N. Gajl, *Systemy w prawie finansowym*, [w:] *ibidem*, s. 405–426.

towości prawnopodatkowej[34]. Jej szczególne walory polegają na obszernym i wyczerpującym omówieniu zarówno teoretycznej, jak i normatywnej płaszczyzny skomplikowanej wewnętrznej struktury instytucji podmiotowości prawnopodatkowej. Na uwagę zasługuje poprzedzenie omawiania problematyki podmiotowości prawnopodatkowej ogólnymi rozważaniami na temat podmiotowości prawnej.

Brak jest poza wymienioną wyżej monografią innych monograficznych opracowań dotyczących podmiotowości prawnofinansowej w zakresie poszczególnych dziedzin („przedmiotowych systemów") prawa finansowego. Dlatego wymaga podkreślenia fakt istnienia pewnych opracowań drugiego rodzaju, dotyczących ogólnych zagadnień podmiotowości prawnofinansowej, które pojawiają się zwłaszcza w cenionych pracach o charakterze podręcznikowym. Wśród tych opracowań wymienić należy przede wszystkim liczne opracowania C. Kosikowskiego[35], związane z podmiotowością prawnofinansową w oparciu o przesłankę, że stanowi ona instytucję o charakterze normatywnym, ściśle związaną z regulowanymi normami prawa finansowego uprawnieniami i obowiązkami podmiotów czynnych i podmiotów biernych stosunków prawnofinansowych. Istotną cechą tych opracowań jest ich oryginalność, polegająca na bezpośrednim powiązaniu tych uprawnień i obowiązków ze strukturą wewnętrzną norm prawa finansowego, a mianowicie hipotezą, dyspozycją i sankcją, a także z ich imperatywno-atrybutywnym charakterem. Zwraca uwagę fakt, że rozważania dotyczące w istocie rzeczy instytucji podmiotowości prawno finansowej zawarte są w rozdziałach traktujących o normach prawa finansowego. Niezwykle pozytywnie ocenić należy również wnikanie w kwestie związane z podmiotowością prawnofinansową w obszarach poszczególnych działów prawa finansowego, jak prawo budżetowe, prawo podatkowe, prawo walutowe, prawo dewizowe oraz prawo rynku finansowego.

W zakresie drugiego rodzaju opracowań na uwagę zasługuje również zwięzłe opracowanie M. Kalinowskiego poświęcone podmiotowości prawnofinansowej. Stanowi ono podrozdział cenionego podręcznika *Finanse publiczne i prawo finansowe,* pod red. C. Kosikowskiego i E. Ruśkowskiego[36]. W opracowaniu tym sformułowano na wstępie ogólną definicję

[34] M. Kalinowski, *Podmiotowość*...

[35] Szczególnie reprezentatywne w tym zakresie są następujące prace C. Kosikowskiego: *Prawo finansowe. Część ogólna*...; *Prawo finansowe w Unii Europejskiej*..., a także [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2008.

[36] M. Kalinowski, *Podmiotowość prawnofinansowa*, [w:] *Finanse publiczne i prawo*..., s. 66 i nast.

podmiotowości prawnofinansowej podkreślając m.in. jej normatywny charakter w zakresie przyznawania określonym podmiotom przez przepisy prawa finansowego zdolności posiadania określonych praw i obowiązków, a także zdolności do ich wykonywania. Opracowanie zawiera szereg interesujących wątków związanych z podmiotowością prawnofinansową. Na szczególną uwagę zasługuje jednak stwierdzenie, że na gruncie prawa finansowego nie da się stworzyć jednolitej konstrukcji podmiotowości prawnofinansowej, mającej swój walor w odniesieniu do wszystkich działów prawa finansowego, co znajduje uzasadnienie w tym, że „każdy dział prawa finansowego posiada swoje odrębne podmioty"[37].

Drugim rodzajem opracowań objęte są również wspomniane wyżej rozważania dotyczące czynnych podmiotów i biernych podmiotów prawa finansowego, które to określenia na stałe weszły w zakres podmiotowości prawnofinansowej. Z tych względów wymagają one szerszej wzmianki. Stosowanie podziału podmiotów stosunków prawnofinansowych na podmioty czynne i podmioty bierne, co ma również istotne znaczenie dla wyodrębnienia prawa finansowego jako gałęzi prawa, wymaga nadania innej treści tym pojęciom, pozwalającej w każdym przypadku odróżnić podmiot czynny od podmiotu biernego w danym stosunku prawnofinansowym.

W tej sytuacji słuszne byłoby uznać za podmiot czynny stosunku prawno-finansowego ten podmiot, któremu obowiązujące normy prawa finansowego przyznają uprawnienia do kształtowania treści podstawowego stosunku prawnofinansowego. Odpowiednio za bierny podmiot stosunków prawnofinansowych należałoby uznać podmiot zobowiązany do poddania się autorytatywnej konkretyzacji stosunku prawnego przez inny podmiot, a więc przez czynny podmiot stosunku prawnofinansowego. W tym ujęciu podmiot czynny zajmuje w danym stosunku prawnofinansowym nadrzędną pozycję w stosunku do podmiotu biernego. Przesłanką nadrzędności o specyficznym charakterze, niekoniecznie opartym na atrybucie „władczości", jest w tym przypadku fakt reprezentowania przez czynny podmiot stosunku prawnofinansowego szerszego interesu społecznego w porównaniu z interesem reprezentowanym przez podmiot bierny.

W ocenie C. Kosikowskiego, określanie części podmiotów prawa finansowego mianem podmiotów biernych prawa finansowego nie jest w pełni adekwatne[38]. Oznaczenie podmiotów prawa finansowego na-

[37] *Ibidem*, s. 66.

[38] C. Kosikowski, *Prawo finansowe. Część ogólna*..., s. 64 i nast.

stępuje zatem ze względu na ich uprawnienia i obowiązki (podmioty bierne) lub kompetencje (podmioty czynne). Sprawia to, jego zdaniem, że status prawnofinansowy podmiotów prawa finansowego jest zróżnicowany przede wszystkim ze względu na odmienne wzorce zachowań, jakie formułuje się wobec podmiotów biernych i czynnych. Do podmiotów biernych ustawodawca kieruje nakazy i zakazy oraz bodźce pozytywne i negatywne. Dla podmiotów czynnych oznacza ich kompetencje, oczekując, iż umożliwią podmiotom biernym korzystanie z uprawnień i wypełnianie obowiązków[39]. C. Kosikowski podkreśla, że podmioty bierne prawa finansowego mają uprawnienia i obowiązki o charakterze materialnym i proceduralnym. Te ostatnie na ogół nie mają charakteru samoistnego, lecz stanowią konsekwencję istnienia uprawnień i obowiązków materialnych. Inaczej jest z uprawnieniami i obowiązkami podmiotów czynnych prawa finansowego. Są to w przewadze uprawnienia i obowiązki proceduralne, gdyż z takimi właśnie wiąże się realizacja uprawnień i obowiązków materialnych podmiotów biernych prawa finansowego[40]. O statusie prawnofinansowym podmiotów biernych nie można mówić w sensie uniwersalnym. O tym, jaki jest zakres ich uprawnień i obowiązków prawnofinansowych decyduje bowiem szereg różnych okoliczności, głównie związanych z wymogami polityki finansowej państwa, nie zaś tylko z właściwościami podmiotów biernych prawa finansowego. C. Kosikowski uważa, że nie można jednak zaprzeczyć również wpływu na zakres uprawnień i obowiązków takich okoliczności, jak czy są to: osoby fizyczne lub osoby prawne bądź jednostki organizacyjne nie mające osobowości prawnej; podmioty krajowe czy zagraniczne; podmioty publiczne (państwowe lub komunalne) bądź podmioty prywatne; podmioty wykonujące działalność gospodarczą lub nie wykonujące tej działalności; podmioty będące jednostkami sektora finansów publicznych; podmioty wyłącznie uprawnione do świadczeń pieniężnych ze strony państwa czy też podmioty zobowiązane wobec państwa do ponoszenia danin publicznych[41].

Niektórzy autorzy koncentrują się na kategoriach podmiotów finansów publicznych, np. Teresa Dębowska-Romanowska wyróżnia podmioty z punktu widzenia władztwa finansowego państwa i jego przekazywania na rzecz innych podmiotów[42]. Kategorie tych podmiotów zależą ponadto od modelu państwa. I tak w państwach unitarnych występują dwa typy

[39] Idem, *Naprawa finansów publicznych w Polsce*, Białystok 2011, s. 41–42.

[40] Idem, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej*..., s. 30.

[41] *Ibidem*, s. 30–31.

[42] T. Dębowska-Romanowska, [w:] *Prawo finansowe*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2000, s. 5–6.

podmiotów: państwo oraz jednostki samorządu terytorialnego; w państwach federacyjnych dodatkowo – republiki, kraje, stany itp.[43].

Jako przykład poglądów występujących na gruncie literatury prawnopodatkowej warto podać, że R. Mastalski rozróżnia podmiot podatkowy (podatnika), stanowiący element konstrukcji podatku oraz podmioty stosunku prawnopodatkowego. Podmiot podatku jest to jednostka życia społecznego, na którą ustawa nakłada obowiązek podatkowy. Uważa natomiast, że podmiotem stosunku prawnopodatkowego jest państwo jako podmiot czynny oraz podatnik, czy płatnik lub inkasent, a nawet inny podmiot. Podmioty te mogą być określone według zasad innych gałęzi prawa (np. osoby fizyczne lub prawne z prawa cywilnego) lub występować tylko w prawie podatkowym (np. podatkowa grupa kapitałowa)[44].

5. Z przedstawionych poglądów w zakresie instytucji podmiotowości prawnofinansowej można wyciągnąć wniosek, że instytucja ta nie rysuje się w sposób jednoznaczny. Już teraz jednak możliwe jest zarysowanie kierunków badań nad podmiotowością prawnofinansową oraz jej ogólną koncepcją.

Przy konstruowaniu koncepcji podmiotowości prawnofinansowej należy – wydaje się – przyjąć następujące podstawowe wymogi: po pierwsze wymóg uwzględnienia faktu, że podmiotowość prawnofinansowa jest cechą normatywną, determinowaną charakterem publicznej działalności finansowej, po drugie – wymóg traktowania podmiotowości prawnofinansowej jako pojęcia jednolitego w swej treści, wyrażającego całokształt elementów składających się na podmiotową stronę stosunku prawnofinansowego, a więc obejmującego zarówno tzw. zdolność prawnofinansową, jak i tzw. zdolność do działań prawnofinansowych, a także wymóg oparcia podmiotowości prawnofinansowej na szczególnych właściwościach, które powinny cechować jednostki życia społecznego uznawane za podmioty prawa finansowego, przy czym właściwości te powinny być określone na tyle ogólnie, ażeby mieściły w sobie treści charakterystyczne dla różnych podmiotów, a jednocześnie na tyle szczegółowo, ażeby nie stracić z pola widzenia treści właściwej dla publicznej działalności finansowej.

Z tych względów wydaje się celowe wprowadzenie odróżnienia pojęcia podmiotów stosunków prawnofinansowych, do których odnieść można jedynie bardzo ogólne pojęcie podmiotowości w wyżej wskazanym ujęciu, od pojęcia podmiotów publicznej działalności finansowej,

[43] *Ibidem*, s. 10.

[44] R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012, s. 44.

stanowiących szczególną – o podstawowym jednak znaczeniu – kategorię podmiotów stosunków prawnofinansowych. Przez podmioty publicznej działalności finansowej należałoby w związku z tym rozumieć tylko te podmioty stosunków prawnofinansowych, które realizują publiczną działalność finansową. Jedynie w stosunku do tej kategorii podmiotów, możliwe jest sformułowanie koncepcji podmiotowości prawnofinansowej, która odpowiadałaby wszystkim wyżej wymienionym wymogom. Tak pojmowana kategoria „podmiotów publicznej działalności finansowej", jakkolwiek nadal wewnętrznie zróżnicowana, wykazuje jednak wystarczającą jednorodność z punktu widzenia treści społeczno-gospodarczej, ażeby objąć ją jednolitą koncepcją podmiotowości prawnofinansowej.

Ten właśnie wzgląd stanowi przesłankę wymogu posługiwania się konsekwentnie jednolitym pojęciem podmiotowości prawnofinansowej, która nie powinna być przy tym traktowana jako swoistego rodzaju suma „zdolności prawnofinansowej" i „zdolności do działań prawnofinansowych". Można mieć bowiem obawy co do tego, czy zwłaszcza obowiązki podmiotów realizujących publiczną działalność finansową mogą być w ogóle rozpatrywane w kategoriach „zdolności" lub „możliwości" ich posiadania, czy też ich urzeczywistniania poprzez własne działanie.

Poza tak ujętym kręgiem „podmiotów publicznej działalności finansowej" pozostają jedynie osoby fizyczne oraz podmioty gospodarki prywatnej, znajdujące się co prawda w zasięgu publicznej działalności finansowej, ale nie wykonujące i nie realizujące (w zasadzie) publicznej działalności finansowej. Ze względu na to, że mogą one stanowić „podmioty stosunków prawnofinansowych", są również przedmiotem zainteresowania nauki prawa finansowego, jednak wyłącznie w tej płaszczyźnie, przy czym ich status prawny oceniany jest z reguły na podstawie przepisów prawa cywilnego.

Mogłoby się wydawać, że przyjęcie przedstawionej koncepcji ograniczenia instytucji „podmiotowości prawnofinansowej" do podmiotów publicznej działalności finansowej rozwiązuje trudności w zakresie sformułowania koncepcji podmiotowości prawnofinansowej, odpowiadającej wyżej określonym wymogom. Tak jednak nie jest, gdyż propozycja powyższa stanowi jedynie przesłankę realizacji tych wymogów. Spełnienie każdego z nich wiąże się bowiem z szeregiem teoretycznych możliwości, których ujawnienie i poddanie analizie stanowi warunek umożliwienia optymalnego wyboru przy konstruowaniu normatywnego kształtu instytucji podmiotowości prawnofinansowej dla potrzeb przyszłej części ogólnej systemu prawa finansowego.

Irena Czaja-Hliniak

KONSTYTUCYJNE PODSTAWY BANKU CENTRALNEGO W POLSCE

1. W konstytucjach państw Unii Europejskiej[1], a także innych państw na świecie, w różny sposób znajdowały i znajdują wyraz regulacje prawnofinansowe, co determinuje rolę konstytucji jako źródła prawa finansowego. We współczesnych państwach wykształciły się rozmaite modele[2] – jedne konstytucje regulują szeroko zagadnienia prawnofinansowe, ujmując je w wyodrębnionej części, bez osobnego wyodrębnienia, albo z wyodrębnieniem podstawowych zagadnień, przy ujęciu niektórych zagadnień w pozostałej części konstytucji (aktualny model polski). Inne konstytucje regulują zagadnienia prawnofinansowe w sposób wąski lub, biorąc pod uwagę historyczne ujęcie, całkowicie je pomijają. Zjawisko wąskiego ujmowania uwidacznia się szczególnie w konstytucjach niektórych państw członkowskich UE, stojących na stanowisku, że należy opierać się bezpośrednio na regulacjach prawa wspólnotowego.

Przedmiot konstytucyjnych regulacji prawnofinansowych sukcesywnie ulegał rozszerzaniu. Początkowo, tradycyjnie regulacje obejmowały zagadnienia budżetowe (planowania i wykonywania wydatków oraz ich kontroli) i danin publicznych, zwłaszcza podatków. Przewidywały wymóg ustawowej formy dla stanowienia budżetu i nakładania danin publicznych. Kolejno w konstytucjach ujmowane były zagadnienia długu publicznego, a następnie systemu pieniężnego i bankowego, zwłaszcza bankowości centralnej.

---

1 Dalej UE.

2 Zob. bliżej: C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005, s. 58 i nast.

2. Ewolucję tę warto wskazać na przykładzie polskich rozwiązań. Pierwsza międzywojenna ustawa z 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[3], przewidywała uchwalanie budżetu państwa na rok następny w formie ustawy (art. 4). Ponadto zastrzegała w art. 6 formę ustawy dla zaciągania pożyczki państwowej, zbycia, zamiany i obciążania nieruchomego majątku państwowego, nałożenia podatków i opłat publicznych, ustanowienia ceł i monopolów, ustalenia systemu monetarnego oraz przyjęcia gwarancji finansowej przez państwo. Rząd miał obowiązek przedstawiania corocznie zamknięcia rachunków państwowych do parlamentarnego zatwierdzenia (art. 7). Natomiast przewidziano, że sposób sprawowania kontroli parlamentarnej nad długami państwa zostanie uregulowany w odrębnej ustawie (art. 8). Konstytucja stanowiła także w art. 92, że wszyscy obywatele mają obowiązek ponosić wszelkie ciężary i świadczenia publiczne, ustanowione na podstawie ustaw. Na podkreślenie zasługuje przede wszystkim szeroki przedmiotowy zakres regulacji, zastrzeżenie nakładania danin publicznych i innych ciężarów w drodze ustawowej, a w szczególności uwzględnienie także ustalania systemu monetarnego. Rozwiązania te uznać można za nowoczesne jak na ówczesne czasy.

Ustawa z 2 sierpnia 1926 r. zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej z 17 marca 1921 r.[4], dokonała znacznego rozszerzenia problematyki budżetowej w drodze uregulowania podstawowych zagadnień procesu budżetowego.

Z kolei ustawa konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 r.[5] w zakresie zagadnień budżetowych przewidywała w art. 50, że inicjatywa ustawodawcza w sprawie budżetu należała wyłącznie do rządu, oraz że Sejm nie mógł bez zgody rządu uchwalić w ustawach wydatków niemających pokrycia w budżecie (art. 50). Zastrzegała również w art. 51 formę aktu ustawodawczego m.in. dla zaciągania pożyczek państwowych, zbywania lub obciążania majątku państwowego powyżej określonej wartości, nakładania podatków lub opłat publicznych, ustanawiania ceł lub monopoli, ustalenia systemu monetarnego, a także przyjęcia gwarancji finansowej przez skarb państwa. W odrębnym rozdziale VII regulowała zasady procedury budżetowej[6].

W zasadzie zakres regulacji konstytucji kwietniowej w odniesieniu do zagadnień prawnofinansowych pokrywał się z Konstytucją marcową po jej nowelizacji z 1926 r.

---

3 Dz.U. Nr 44, poz. 267, ze zm., zwana Konstytucją marcową.

4 Dz.U. Nr 78, poz. 442.

5 Dz.U. Nr 30, poz. 227, zwana Konstytucją kwietniową.

6 Art. 58–60.

Regulacja powojenna w bardzo wąskim zakresie uwzględniała zagadnienia prawnofinansowe. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm ustawodawczy 22 lipca 1952 r.[7] ograniczyła się wyłącznie do ustalenia, że Sejm uchwala corocznie budżet państwa (art. 19 ust. 2).

Powrót do szerszej regulacji, lecz także ograniczonej tylko do zagadnień budżetowych, nastąpił w ustawie konstytucyjnej z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym[8]. W ramach regulacji procedury budżetowej[9] należy wyraźnie podkreślić rozwiązanie, którego nie ma nawet w obecnej Konstytucji. Art. 22 ust. 2 stanowił, że Sejm dokonywał oceny wykonania ustawy budżetowej, a w razie nieotrzymania absolutorium, Rada Ministrów podawała się do dymisji (ust. 3). Ponadto ustawa konstytucyjna ujmowała problematykę dochodów jednostek samorządu terytorialnego, nadzoru nad nimi i ich zrzeszania się[10].

3. Obecna Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.[11] stosunkowo szeroko ujmuje problematykę prawnofinansową. Przede wszystkim został wyodrębniony Rozdział X, zatytułowany „Finanse publiczne". Mimo, że może to sugerować skoncentrowanie problematyki prawnofinansowej w tym rozdziale, w rzeczywistości problematyka ta znalazła wyraz także w innych rozdziałach Konstytucji z uwzględnieniem przedmiotowego kryterium podziału Konstytucji. Sam Rozdział X dotyczy głównie procedury budżetowej (art. 219–226). Ponadto, co ma niezwykle istotne znaczenie, przewidziana została zasada wyłączności ustawowej w sprawach podatkowych (art. 217), organizacji skarbu państwa i sposobu zarządzania majątkiem skarbu państwa (art. 218), sposobu gromadzenia i wydatkowania środków publicznych, nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości, udziałów, akcji oraz emisji papierów wartościowych przez skarb państwa, Narodowy Bank Polski lub inne państwowe osoby prawne, ustanawiania monopoli, zaciągania pożyczek oraz udzielania gwarancji i poręczeń finansowych przez państwo[12]. Diametralne znaczenie ma zasada wyrażona w art. 216 ust. 5 dotycząca górnej granicy długu publicznego, zgodnie z którą nie wol-

[7] Dz.U. Nr 33, poz. 232, ze zm.

[8] Dz.U. Nr 84, poz. 426.

[9] Art. 20–22.

[10] Art. 73–75.

[11] Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.

[12] Art. 216 ust. 1–4.

no zaciągać pożyczek lub udzielać gwarancji i poręczeń finansowych, w następstwie których państwowy dług publiczny przekroczy trzy piąte wartości rocznego produktu krajowego brutto. Sposób obliczania długu oraz PKB poddane zostały również wyłączności ustawowej.

Z kolei obszerny artykuł 217 poświęcony został problematyce Narodowego Banku Polskiego, czyli banku centralnego państwa, co zostanie dalej bliżej omówione. Należy jednak już na wstępie podkreślić objęcie Konstytucją problematyki tegoż banku i systemu monetarnego.

Problematyka prawnofinansowa, jak wspomniano, znalazła również wyraz w innych miejscach Konstytucji. I tak warto wspomnieć o obowiązku do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków (art. 84), obowiązku zgody w formie ustawy na ratyfikację umowy międzynarodowej dotyczącej znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym[13], dochodach jednostek samorządu terytorialnego[14], czy kontroli Najwyższej Izby Kontroli, w tym kontroli finansowej[15].

4. Jak wspomniano, Konstytucja reguluje również problematykę bankowości centralnej oraz monetarną (walutową). Na podkreślenie zasługuje zagadnienie gwarancji, jakie stwarza bezpośrednia regulacja w Konstytucji dla określonego podmiotu publicznoprawnego, w tym wypadku NBP jako banku centralnego. Warto mieć także na uwadze aspekt historyczny zagadnienia. Inaczej podchodzi się bowiem do określonej problematyki w państwach o długiej, bogatej tradycji rozwiązań demokratycznych, a odmiennie rysuje się to w państwach, które powracają do rozwiązań demokratycznych po długim okresie realnego socjalizmu i obowiązywania specyficznych form działalności. Od zakończenia II wojny do połowy 1981 r. NBP podporządkowany był organom wykonawczym. Stąd uniezależnienie NBP od tych organów potraktowane zostało jako sukces, a równocześnie stanowiło przesłankę dla zmodyfikowania modelu jego działalności. Dlatego istotne znaczenie miało w miarę obszerne uregulowanie statusu banku, a zwłaszcza zagwarantowanie jego niezależności bezpośrednio w Konstytucji. Konstytucja oraz ustawa z 27 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim[16] usytuowały NBP wśród najbardziej niezależnych banków centralnych na świecie[17].

[13] Art. 89 ust. 1 pkt 4.

[14] Art. 167 i 168.

[15] Art. 203 i 204.

[16] Tekst pierwotny: Dz.U. Nr 140, poz. 938; tekst jednolity: Dz.U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2, ze zm., dalej zwana ustawą o NBP.

[17] W. Baka, *Niezależność i odpowiedzialność banku centralnego*, „Prawo Bankowe" 2002, nr 5, s. 21.

Zamieszczenie w Konstytucji regulacji priorytetowych aspektów, jak niezależność NBP (personalna, instytucjonalna, funkcjonalna i finansowa), cele i rola, daje gwarancję faktycznego ich funkcjonowania w praktyce, oczywiście przy założeniu, że regulacje te spełniają wymóg precyzji i pełnej poprawności merytorycznej oraz zgodności z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (TWE), Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Statutem Europejskiego Systemu Banków Centralnych (ESBC) i Statutem Europejskiego Banku Centralnego (EBC) oraz innymi regulacjami wspólnotowymi. Praktyka taka ma uniemożliwić faktyczne ograniczanie samodzielności i kompetencji NBP w drodze regulacji ustaw zwykłych. Twórcy ustaw będą musieli mieć na uwadze względnie łatwe uznanie w takim przypadku przez Trybunał Konstytucyjny niezgodności określonych przepisów z Konstytucją. Konstytucyjne regulacje i ich zakres w zasadniczy sposób determinują jakość tworzenia nowych regulacji prawnych, a w konsekwencji również ich stosowania.

Nawet najlepiej sformułowane lecz o ograniczonym zakresie przedmiotowym regulacje konstytucyjne mogą powodować tendencję do ograniczania roli NBP ustawami bez możliwości znajdowania należytej ochrony w Konstytucji. W obecnych realiach szersza konstytucyjna regulacja uzasadniona jest wobec tego nie tylko względami merytorycznymi, ale i pozamerytorycznymi. Za tą argumentacją przemawiają przypadki, jakie miały miejsce w regulacjach ostatniego okresu, które wykazują, że swoistego rodzaju zagrożenie stanowi w szczególności nie bezpośrednie, wyraźne ograniczanie roli NBP ale pośrednie, wprowadzane przy okazji regulowania ustawami innych zagadnień z szeroko rozumianego zakresu prawa bankowego.

5. Art. 227 Konstytucji w ust. 1 określa Narodowy Bank Polski[18] jako centralny bank państwa. Charakter banku jako banku centralnego pociąga za sobą określone atrybuty, które również zostały ujęte w Konstytucji. Przede wszystkim została zawarta podstawa systemu monetarnego. NBP przysługuje bowiem wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. NBP odpowiada za wartość polskiego pieniądza. Rozwiązania te stanowią wyraz niezależności funkcjonalnej banku.

W ust. 2 określone zostały organy NBP. Obowiązuje model kilkuorganowy, najczęściej występujący we współczesnej bankowości centralnej. Organami są: Prezes NBP oraz dwa organy kolegialne w postaci Zarządu

[18] Dalej NBP.

NBP i Rady Polityki Pieniężnej. Określony w ust. 3 sposób powoływania Prezesa NBP stanowi wyraz zasady niezależności personalnej. Prezes powoływany jest przez Sejm na wniosek Prezydenta RP, a kadencja trwa 6 lat. Zachowaniu tej niezależności służy zastrzeżenie (ust. 4), że Prezes nie może należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej niedającej się pogodzić z godnością jego urzędu. Zastosowane rozwiązanie służyć ma eliminacji wywierania ewentualnych nacisków na Prezesa, czyli wyraża równocześnie tzw. niezależność instytucjonalną, która oznacza, że przy realizacji zadań nie można przyjmować wytycznych lub sugestii od żadnych podmiotów trzecich.

Ustalony został skład Rady Polityki Pieniężnej oraz sposób jej powoływania. Z urzędu Radzie przewodniczy Prezes NBP. Członkami Rady muszą być osoby wyróżniające się wiedzą z zakresu finansów, powoływane na 6-letnią kadencję w równej liczbie przez Prezydenta Rzeczypospolitej, Sejm i Senat. Taki sposób powoływania Rady również stanowi przejaw niezależności personalnej. Rada wyposażona została w niezwykle istotne kompetencje (ust. 6), przekazane jej z zakresu wcześniejszych kompetencji Sejmu. Rada ustala bowiem corocznie założenia polityki pieniężnej, będące podstawą funkcjonowania systemu monetarnego. Założenia te Rada przedkłada do wiadomości Sejmowi równocześnie z przedłożeniem przez Radę Ministrów projektu ustawy budżetowej. Konsekwentnie Rada w ciągu pięciu miesięcy od zakończenia roku budżetowego składa Sejmowi sprawozdanie z wykonania założeń polityki pieniężnej. Warto wspomnieć, że sprawozdanie to nie podlega procedurze zatwierdzania przez Sejm. W uprawnieniach i zdolności do kształtowania polityki pieniężnej i wypełniania innych funkcji statutowych znajduje również wyraz niezależność funkcjonalna NBP.

Ust. 7 z kolei pozostawia do regulacji ustawowej (wyłącznie) organizację i zasady działania NBP oraz szczegółowe zasady powoływania i odwoływania jego organów.

Czwarty aspekt niezależności banku centralnego znajduje wyraz w niezależności finansowej. Obejmuje ona m.in. zasady tworzenia i podziału funduszy Banku. Znajduje również wyraz bezpośrednio w Konstytucji (poza art. 227) w regulacji dotyczącej zasad uchwalania budżetu państwa, a mianowicie w normie, że ustawa budżetowa nie może przewidywać pokrywania deficytu budżetowego przez zaciąganie zobowiązania w centralnym banku państwa (art. 220 ust. 2), co także stanowi, obok funduszy, gwarancję niezależności finansowej banku.

6. Konstytucyjny status NBP znalazł rozwinięcie we wspomnianej ustawie z 1997 r. o NBP. Warto wskazać na wybrane, najistotniejsze jej regulacje dla statusu banku.

Niezależność funkcjonalna NBP polega na wyłącznym prawie do emisji waluty krajowej oraz ustalaniu i prowadzeniu własnej polityki pieniężnej. Jak wspomniano, Konstytucja stanowi, że NBP odpowiada za wartość polskiego pieniądza, ustawa o NBP w art. 3, iż podstawowym celem NBP jest utrzymanie stabilnego poziomu cen, przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej Rządu, o ile nie ogranicza to podstawowego celu NBP. Określenia te nie pozostają w sprzeczności. Ustawa posługuje się sformułowaniem występującym w prawie wspólnotowym, pomimo uchwalenia jej znacznie wcześniej niż nastąpiło przystąpienie do Unii Europejskiej (UE). Po wejściu do UE NBP należy do Europejskiego Systemu Banków Centralnych (ESBC), składającego się z Europejskiego Banku Centralnego (EBC) i z Narodowych Banków Centralnych (NBC) wszystkich państw członkowskich. Prawo wspólnotowe przewiduje, że głównym celem ESBC jest utrzymanie stabilności cen, a ponadto, przy zachowaniu priorytetu tego celu, wspieranie polityki gospodarczej poszczególnych członków UE[19]. W uchwalanych corocznie przez Radę Polityki Pieniężnej założeniach polityki pieniężnej znajduje się, nawiązujące do terminologii unijnej, sformułowanie strategii bezpośredniego celu inflacyjnego.

Drugi aspekt niezależności funkcjonalnej polega na uchwalaniu przez Radę Polityki Pieniężnej tzw. parametrów obiegu pieniężnego, do których zalicza się przede wszystkim podstawowe stopy procentowe, dalej stopy rezerw obowiązkowych banków komercyjnych, stopy oprocentowania tych rezerw oraz tzw. operacje otwartego rynku. Szczególnie duże znaczenie ma uchwalanie podstawowych stóp procentowych, czyli stopy kredytów refinansowego, lombardowego[20] i redyskontowego.

Ustawa o NBP rozwija konstytucyjną niezależność personalną. Znajduje ona przede wszystkim wyraz w ograniczonych możliwościach odwoływania Prezesa NBP. Kadencja Prezesa nie może trwać dłużej niż dwie

[19] Status ESBC i EBC wynikał z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) z 25 marca 1957 (tekst skonsolidowany: Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2), a w szczególności z tytułu VII: Polityka gospodarcza i walutowa oraz z załączonego do Traktatu protokołu w sprawie ESBC i EBC, zwanego Statutem ESBC i EBC. Obecnie regulacje zawarte są w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) i załączonym do traktatu protokole ustanawiającym statut ESBC i EBC (wersja skonsolidowana: Dz.Urz.UE C 326 z 26 października 2012 r.).

[20] Art. 42 ust. 4 ustawy o NBP traktuje obecnie kredyt lombardowy jako rodzaj kredytu refinansowego.

kolejne kadencje. Odwołanie może nastąpić wyjątkowo, tj. w przypadku długotrwałej choroby, skazania wyrokiem sądowym za przestępstwo, orzeczenia przez Trybunał Stanu zakazu zajmowania kierowniczych stanowisk oraz złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego, stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem sądu[21]. Niezależność personalna znajduje wyraz również w sposobie powoływania i odwoływania pozostałych organów NBP, tj. Zarządu i Rady Polityki Pieniężnej[22] oraz przewodniczenia im z urzędu przez Prezesa NBP, co dotyczyło poprzednio, czyli do wejścia w życie ustawy z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym[23], także dawnej Komisji Nadzoru Bankowego. W tym ostatnim zakresie nastąpiło osłabienie roli NBP. Ustawa określa liczebność Rady Polityki Pieniężnej: Prezes oraz dziewięciu członków powoływanych po trzech przez konstytucyjnie przewidziane organy oraz ogranicza ich członkostwo do jednej 6-letniej kadencji. Podobnie jak Konstytucja nakłada ograniczenia na Prezesa, ustawa nakłada ograniczenia na członków Zarządu i Rady Polityki Pieniężnej, np. zakaz zajmowania innych stanowisk, prowadzenia działalności zarobkowej lub publicznej, poza np. pracą naukową, dydaktyczną i autorską[24].

Niezależność finansowa NBP sprowadza się przede wszystkim do posiadania odpowiednich funduszy własnych[25], czyli funduszu statutowego, wynoszącego 1,5 miliarda złotych oraz funduszu rezerwowego, z górną granicą w tej samej wysokości, tworzonego z rocznych odpisów z zysku. Zasady tworzenia i podziału funduszy własnych uniemożliwiają wywieranie nacisku finansowego przez rząd lub parlament na decyzje banku. Na niezależność finansową składają się również takie elementy, jak[26] podział zysku, w tym jego odprowadzanie do budżetu państwa czy powiązania z bankami komercyjnymi, regulowane ustawą o NBP. Ponadto znajduje ona wyraz we wspomnianym konstytucyjnym zakazie pokrywania deficytu budżetu państwa.

7. W związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, istotne zagadnienie stanowi status i rola Narodowego Banku Polskiego oraz jego relacja do instytucji unijnych.

---

21 Art. 9 ust. 5.

22 Odpowiednio art. 9 ust. 4 i 5 i art. 13 ust. 5.

23 Dz.U. Nr 157, poz. 1119.

24 Art. 13, 14 i 18.

25 Art. 60–62 ustawy o NBP.

26 W. Baka, op. cit., s. 23.

Obecnie NBP pełni wszystkie typowe funkcje banku centralnego, czyli jest bankiem emisyjnym, bankiem państwa i bankiem banków[27]. Do czasu przystąpienia NBP do strefy euro[28], niezwykle ważna jest funkcja emisyjna[29]. NBP posiada wyłączne uprawnienie do emitowania znaków pieniężnych, będących prawnymi środkami płatniczymi na terenie kraju. Regulowanie wszelkich kwestii związanych z emisją należy do kompetencji Prezesa NBP, np. wzorów i wartości nominalnej banknotów i monet, wycofywania z obiegu znaków pieniężnych, tryb wymiany zużytych lub uszkodzonych znaków czy zatrzymywania fałszywych znaków[30]. NBP reguluje ilość pieniądza znajdującego się w obiegu drogą stosowania instrumentów polityki pieniężnej. Ponieważ ogólna ilość pieniądza zależy również od rozmiarów kredytów udzielanych przez banki komercyjne, NBP oddziałuje na te banki drogą obowiązkowych (administracyjnych) oraz dobrowolnych (rynkowych) instrumentów. Do instrumentów obowiązkowych powszechnie stosowanych należą rezerwy obowiązkowe banków komercyjnych, oprocentowane od czasu przystąpienia do UE, oraz stopa tychże rezerw, a do instrumentów stosowanych w przypadku zagrożenia realizacji polityki pieniężnej – limity ilościowe, czyli pułapy kredytowe oraz obowiązkowe, nieoprocentowane depozyty w NBP od zagranicznych środków wykorzystywanych przez banki[31]. Do instrumentów dobrowolnych, realizujących funkcję NBP jako banku banków, zaliczane jest refinansowanie banków, a także operacje otwartego rynku, operacje depozytowo-kredytowe z bankami komercyjnymi oraz walutowe. Refinansowanie przybiera postać udzielania kredytów: refinansowego, w tym lombardowego, oraz redyskontowego[32]. Ponadto istnieje możliwość udzielania kredytu technicznego, który stanowi formę zabezpieczonej pożyczki z banku centralnego, spłacanej w ciągu dnia operacyjnego; nie jest on uważany jednak za instrument polityki pieniężnej, a służy poprawie efektywności rozrachunków międzybankowych[33] przeprowadzanych przez NBP.

---

27 E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 379.

28 O czym niżej.

29 Art. 31–37 ustawy o NBP oraz art. 68 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jednolity: Dz.U. z 2000 r. Nr 72, poz. 665, ze zm).

30 Art. 33–35 ustawy o NBP.

31 Art. 38–46 ustawy o NBP.

32 Art. 42, 44 i 48 ustawy o NBP.

33 Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 368.

NBP jako bank państwa realizuje różnorodne funkcje[34]. Do podstawowych należy wykonywanie obsługi budżetu państwa, obsługi bankowej kredytów i pożyczek w stosunkach międzypaństwowych, współdziałanie z organami państwa w realizacji polityki gospodarczej państwa, współdziałanie z ministrem finansów w opracowywaniu planów finansowych państwa, opiniowanie projektów aktów normatywnych z zakresu polityki gospodarczej oraz projektu ustawy budżetowej i prognozy balansu płatniczego. Ponadto NBP realizuje politykę walutową oraz ustala kursy walut obcych i wartości dewizowych.

NBP realizuje funkcje centralnej bankowej instytucji dewizowej drogą gromadzenia rezerw dewizowych i zarządzania nimi[35], zapewniania bezpieczeństwa obrotu dewizowego przez sprawowanie kontroli wynikającej z przepisów prawa dewizowego, zwłaszcza w zakresie obrotu wartościami dewizowymi wraz z udzielaniem indywidualnych zezwoleń dewizowych[36]. NBP może być członkiem międzynarodowych instytucji finansowych i bankowych. NBP reprezentuje Polskę w międzynarodowych instytucjach bankowych, a także (o ile Rada Ministrów nie postanowi inaczej) w międzynarodowych instytucjach finansowych. Dotyczy to głównie Międzynarodowego Banku Współpracy Gospodarczej, Międzynarodowego Banku Inwestycyjnego, Banku Światowego oraz Międzynarodowego Funduszu Walutowego[37].

Polska, jako państwo członkowskie UE, posiada status państwa z derogacją, co polega na tym, że państwa te objęte są tzw. regulacją szczególną. Jej treść sprowadza się do niestosowania szeregu rozwiązań wynikających z prawa wspólnotowego. Co istotne, nie ma miejsca przeniesienie kompetencji emisji waluty na EBC. Nie stosuje się również zasad jednolitej polityki monetarnej ESBC, czyli nie ma obowiązku przestrzegania wtórnych źródeł prawa wspólnotowego w tym zakresie. Obywatele tych państw nie posiadają uprawnienia kandydowania na funkcje w organach EBC.

Państwa te winny dążyć do spełnienia dwojakiego rodzaju tzw. kryteriów konwergencji[38], czyli konwergencji prawnej i ekonomicznej[39]. Prawna – ma zapewnić zgodność regulacji krajowych z traktatowymi

[34] Art. 21–24 i 51 ustawy o NBP.

[35] Art. 52 ustawy o NBP.

[36] Art. 8 ustawy z 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe (Dz.U. Nr 141, poz. 1178, ze zm.).

[37] Art. 5 i 11 ustawy o NBP.

[38] Określonych w TWE i TFUE.

[39] C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej*, Bydgoszcz–Warszawa 2008, s. 35–36.

dotyczącymi niezależności ESBC i banków centralnych przy realizacji ich zadań na terytorium państw członkowskich. Państwa objęte derogacją mają obowiązek dostosowania prawa krajowego regulującego status banku centralnego do prawa wspólnotowego i statutu ESBC i EBC. Konwergencja ekonomiczna zaś ma spełnić i utrzymać dwie kategorie kryteriów: budżetowe i monetarne. Rola NBP rysuje się w szczególności w odniesieniu do kryteriów monetarnych, tj. inflacyjnego – dotyczącego stopnia stabilności cenowej, walutowego – dotyczącego granic odchyleń kursów walut od kursu centralnego i kryterium stóp procentowych – dotyczącego poziomu długookresowych stóp procentowych. Ponadto państwa z derogacją mają obowiązek konsultowania z EBC projektów aktów dotyczących instrumentów polityki pieniężnej. Prawo krajowe winno być dostosowane do tzw. dyrektyw bankowych[40], zawierających m.in. regulacje dotyczące tzw. norm ostrożnościowych odnoszących się do sektora bankowego, a także sposobu tworzenia i funkcjonowania instytucji kredytowych na terenie Wspólnoty[41].

Obecnie NBP nie posiada obowiązków i uprawnień banków centralnych państw strefy euro. Udział NBP w strukturach organizacyjnych EBC jest bardzo ograniczony. Praktycznie sprowadza się on do członkostwa w Radzie Ogólnej, ponieważ prezes NBP nie wchodzi do Rady Prezesów EBC. Jak każdy bank centralny państwa unijnego, NBP zbiera dane statystyczne dla EBC oraz opiniuje projekty aktów prawnych EBC.

Na tle zasygnalizowanych zagadnień wyraźnie rysuje się więc status NBP jako banku niezależnego, wyposażonego w bardzo szeroki zakres kompetencji i równocześnie w wąskim zakresie powiązanego ze strukturą ESBC i EBC.

8. Bezsporna jest konieczność zmian Konstytucji w związku z zamiarem przystąpienia do strefy euro[42]. Dyskusyjny jest jedynie zakres treści bezpośrednio regulowanych w Konstytucji RP, zakres odesłany do uregulowania w ustawach zwykłych oraz termin tychże regulacji. Konieczność określonego zakresu zmian jest zdeterminowana członkostwem Polski w UE oraz szczegółowymi regulacjami prawa wspólnotowego, dotyczącego pozycji, roli i zakresu każdego banku centralnego państwa

[40] E. Fojcik-Mastalska, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 11.

[41] Obecnie podstawowe znaczenie ma dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/48/WE z 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.Urz.UE L 2006.177.1); wersja przeredagowana, ze zm.

[42] C. Kosikowski, *Naprawa finansów publicznych w Polsce*, Białystok 2011, s. 78.

strefy euro. W momencie przystąpienia do UE Polska zobowiązała się m.in. do przyjęcia regulacji odnoszących się do Unii Gospodarczej i Walutowej, spełnienia warunków konwergencji, przyjęcia euro i wejścia NBP do ESBC.

Biorąc pod uwagę wspomniane powyżej przesłanki można postulować również w materii dotyczącej systemu monetarnego, zamieszczenie podstawowych regulacji wprost w Konstytucji RP. W miarę wczesna zmiana konstytucji może przemawiać na korzyść przy ewentualnym podejmowaniu decyzji przez Radę Europy o uchyleniu derogacji, pamiętając że między innymi brana jest pod uwagę regulacja dotycząca zgodności celów narodowych banków centralnych z celami ESBC oraz niezależności tychże banków we wszystkich jej aspektach[43]. Stąd należy postulować bezpośrednie zamieszczenie w Konstytucji RP uregulowania statusu NBP jako podmiotu wchodzącego w skład ESBC i realizującego zadania ESBC, jego niezależności oraz funkcjonowania euro w systemie monetarnym. Należy mieć również na uwadze, że wprawdzie NBP przekaże kompetencje emisyjne i prowadzenia polityki pieniężnej na rzecz EBC, ale Prezes NBP wejdzie w skład organu decyzyjnego EBC, jakim jest Rada Prezesów. W ten sposób NBP będzie uczestniczył w prowadzeniu polityki pieniężnej strefy euro. Podejmowanie decyzji w zakresie polityki pieniężnej ma w strefie euro charakter scentralizowany, jednak ich realizacja odbywa się zgodnie ze wspólnotową zasadą subsydiarności w sposób zdecentralizowany Stąd realizacji polityki pieniężnej dokonuje nie tylko EBC, ale również wszystkie narodowe banki centralne strefy euro. W szczególności NBP będzie dokonywać emisji euro w zakresie określonym przez EBC oraz pozostanie w jego gestii przeprowadzanie operacji otwartego rynku i operacji depozytowo-kredytowych, choć określanie samych zasad tych operacji należy do ESBC. Całość wspomnianej działalności wymaga konstytucyjnej niezależności NBP. Z uwagi na obecnie skomplikowany politycznie proces legislacyjny, należy postulować również szybkie podjęcie odpowiednich prac.

Biorąc pod uwagę przesłanki powołania Rady Polityki Pieniężnej, przebieg jej dotychczasowej działalności, relację do innych organów i instytucji wydaje się zasadne całkowite jej zlikwidowanie, a przynajmniej brak działalności w strukturach NBP przy równoczesnej zmianie kompetencji.

Podobnie bezsporna jest konieczność daleko idącej zmiany ustawy regulującej status i działalność NBP. Pewne zagadnienia, jak rodzaj

[43] Idem, *Prawne aspekty wejścia Polski do strefy euro*, „Państwo i Prawo" 2008, nr 12, s. 25.

podstawowego celu działalności, przesądzone faktem przynależności do ESBC i konieczności realizacji zadań wskazanych przez EBC, łącznie z emisją euro na zlecenie EBC, muszą zostać dostosowane do TFUE oraz statutów ESBC i EBC. Szczególnie należy zwrócić uwagę na precyzyjne znowelizowanie rozdz. 6 ustawy o NBP, dotyczącego instrumentów polityki pieniężnej stosowanych przez NBP wobec banków komercyjnych. Wobec automatycznego odpadnięcia instrumentów związanych bezpośrednio z polityką monetarną, które przejdą do gestii EBC, tym bardziej ustawa musi zapewnić możliwość skutecznego stosowania pozostałych instrumentów oddziaływania na banki komercyjne przez NBP w roli banku banków. Instrumenty te muszą jeszcze w większym stopniu niż obecnie ulec dostosowaniu do instrumentów stosowanych już obecnie przez banki centralne państw strefy euro oraz przez EBC.

W nowych regulacjach winny być precyzyjnie określone kompetencje poszczególnych organów NBP, wzajemne ich relacje, stosunek NBP do władz państwowych, a w szczególności zakres odpowiedzialności Prezesa. Należy tu wskazać na występujące w literaturze wątpliwości związane z odpowiedzialnością przed Trybunałem Stanu[44].

Dokonując zmiany Konstytucji wydaje się, że powrócić należy do problemu charakteru i mocy prawnej aktów normatywnych wydawanych przez organy NBP, w szczególności przez jego Prezesa, który winien posiadać uprawnienie do wydawania rozporządzeń[45]. Na marginesie należy zaznaczyć, że problem nie będzie posiadał tak wielkiego znaczenia jak obecnie, gdy kompetencje walutowe i planowania polityki pieniężnej przejdą na EBC. Nadal pozostanie jednak dostateczny zakres przedmiotu wymagającego regulacji prawnych przez organy NBP. Trybunał Konstytucyjny odrzucił możliwość traktowania ustawy o NBP jako obowiązujących norm, upoważniających do wydawania przez NBP aktów wykonawczych powszechnie obowiązujących. Trybunał uznał prawo wydawania przez organy NBP (Radę Polityki Pieniężnej i Zarząd) aktów prawa wewnętrznego w ramach systemu bankowego przyjmując, że z charakteru konstytucyjnych uprawnień NBP wynika funkcjonalna podległość banków komercyjnych bankowi centralnemu w zakresie polityki pieniężnej[46]. W doktrynie występuje pogląd o braku podległości organizacyjnej banków wobec NBP[47] i władz nadzorczych. Obecnie akty

[44] Idem, *Pozycja Narodowego Banku Polskiego i jego organów w prawie polskim (stan obecny i postulaty na przyszłość)*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 11, s. 27.

[45] E. Fojcik-Mastalska, *Ocena aktualnego stanu prawa bankowego i rysujące się kierunki jego zmian*, „Prawo Bankowe" 2006, nr 3, s. 35–36.

[46] Wyrok z 28 czerwca 2000 r. (K25/99), OTK ZU nr 5 z 2000 r., poz. 141.

[47] E. Fojcik-Mastalska, *op. cit*.

wydawane przez Prezesa NBP mają charakter aktów międzybankowych, które nie wiążą banków tak, jak typowe akty prawa wewnętrznego[48]. Zagadnienie tym bardziej wymaga wyraźnego uregulowania. Zgodzić się należy z poglądem, że najprostszym rozwiązaniem byłoby konstytucyjne wyposażenie NBP w prawo wydawania rozporządzeń wykonawczych i odpowiednie sformułowanie upoważnień ustawowych[49].

9. Podsumowując, w Konstytucji RP winien być utrzymany art. 227 dotyczący NBP. W artykule tym winien znaleźć wyraz status banku dotyczący niezależności personalnej organów banku, w szczególności Prezesa, a także niezależności instytucjonalnej. Uwzględnić należy zasadę realizacji celów i zadań ESBC i wchodzenia NBP w jego skład. Winna znaleźć również wyraz zasada obowiązywania euro. Powinien zostać utrzymany przepis przewidujący regulację działania NBP w drodze ustawy.

Do rozważenia pozostaje zagwarantowanie dla NBP odpowiedniej pozycji w nadzorze finansowym (bankowym) oraz organach określonych Komisji, Komitetów czy Funduszy.

Wydaje się zasadne zlikwidowanie Rady Polityki Pieniężnej, a przynajmniej wyodrębnienie jej ze struktur NBP, przy równocześnie oczywistej zmianie zakresu kompetencji.

W Konstytucji winny pozostać regulacje dotyczące gwarancji niezależności finansowej NBP, w szczególności w postaci zakazu pokrywania deficytu budżetowego.

Celowe byłoby wyraźne uregulowanie odpowiedzialności NBP, w szczególności Prezesa.

Powinno również nastąpić (w odpowiednim miejscu Konstytucji RP) rozszerzenie regulacji dotyczącej porządku prawnego w postaci objęcia nim rozporządzeń Prezesa NBP oraz określenia przedmiotu regulacji w drodze rozporządzeń.

[48] Eadem, *Podstawowe źródła prawa bankowego po nowelizacji*, „Prawo Bankowe" 2002, nr 4, s. 51.

[49] A. Bałaban, *Glosa do wyroku TK z dnia 28 czerwca 2000 r.* (sygn. akt K 25/99), „Przegląd Sejmowy" 2001, nr 1, s. 83.

Paweł Klimek

OPODATKOWANIE DOCHODÓW A STANDARDY KONSTYTUCYJNE W MIĘDZYWOJNIU

Wprowadzenie

Opracowanie uwzględnia dwie myśli przewodnie: analizę modelu konstytucyjnej regulacji prawa podatkowego w międzywojniu oraz możliwości wzorowania się współcześnie na rozwiązaniach dotyczących opodatkowania dochodów z okresu międzywojennego.

Jak zauważa C. Kosikowski, konstytucyjne regulacje finansów publicznych początkowo dotyczyły dwóch podstawowych ich instytucji – podatków i budżetu, a rozwój tych regulacji polegał na utrwalaniu zdobytych przywilejów społecznych i coraz szerszym ujmowaniu w nich zagadnień finansowych[1]. Z czasem regulacje te zaczęły również dotyczyć zasad budżetowych i podatkowych[2], przy jednoczesnym podkreśleniu odrębności legislacji prawnofinansowej, zwłaszcza ustawy budżetowej i ustaw podatkowych. Zakres konstytucyjnej regulacji finansów publicznych jest więc wynikiem ewolucji, a poszczególne konstytucje można przyporządkować do jednego z trzech modeli, a mianowicie:

---

1 C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, Warszawa 2005, s. 55–56.

2 W tym wymogu ustawowej formy dla nakładania podatków, zakazu wprowadzania poza ustawami przywilejów podatkowych, powszechności, równości, sprawiedliwości oraz dogodności. Inspiracją dla tych rozwiązań są więc przede wszystkim zasady podatkowe sformułowane już przez A. Smitha. Zob. A. Smith, *Badania nad naturą i przyczyną bogactwa narodów*, t. 2, tłum. S. Wolff, O. Einfeld, Z. Sadowski, A. Prejbisz, B. Jasińska, Warszawa 1954, ss. 594 i nast.

1) takiego, który finansom publicznym poświęca odrębne miejsce,
2) takiego, który traktuje je stosunkowo szeroko lub wąsko,
3) takiego, który w ogóle nie poświęca im uwagi[3].

Współcześnie konstytucje państw europejskich w zakresie danin publicznych regulują co najmniej prawo parlamentu do nakładania ich w drodze ustawy, a tylko niektóre poświęcają podatkom więcej miejsca, normując treść ustawy podatkowej oraz formułując niektóre zasady podatkowe, co ma istotne znaczenie dla kształtowania treści ustaw podatkowych, ich wykładni i stosowania. Celem takich rozwiązań jest uniemożliwienie nadawania ustawom podatkowym charakteru blankietowego i oddawania *de facto* władzy legislacyjnej organom wykonawczym[4]. Sytuacja taka ukształtowała się jednak w drodze historycznego rozwoju i miała już miejsce w okresie międzywojnia.

Nawiązując do pierwszej, z dwóch myśli przewodnich niniejszego opracowania, analizie należy poddać prawnopodatkowe, a także pośrednio dotyczące podatków, regulacje konstytucji międzywojennych, w celu przypisania ich do wskazanych modeli oraz uwypuklenia polskiego wkładu w ewolucyjny rozwój prawa podatkowego.

GENEZA I ZNACZENIE REGULACJI DOTYCZĄCYCH OPODATKOWANIA DOCHODÓW W MIĘDZYWOJNIU

Klęska i ostateczny rozbiór Rzeczypospolitej Obojga Narodów, do których przyczyniła się, między innymi, niska efektywność podatków dochodowych, opartych na doktrynie fizjokratycznej[5], takich jak kwarta sprawiedliwa[6] i ofiara wieczysta[7], a także sukces Prus i Wielkiej Brytanii w wojnach z Francją, a następnie długi i stabilny rozwój gospodarczy tych państw, możliwy m.in. dzięki konstrukcjom wydajnych podatków: *schedular income tax* (cedularny podatek dochodowy) i *globalen einkom-*

[3] C. Kosikowski, *op. cit.*, s. 56.

[4] *Ibidem*, s. 140.

[5] R. Rybarski, *Skarbowość Polski w dobie rozbiorów*, Kraków 1937, s. 250–259 i 272–335.

[6] Wprowadzona na mocy ustawy z 7 maja 1764 r., Kwarta sprawiedliwa, *Volumina Legum. Przedruk zbioru praw staraniem XX. Pijarow*, t. 7, nakładem i drukiem Jozafata Ohryzki, Petersburg 1859–1860, s. 37–43. Dalej oznaczany jako: VL VII, 37–43 [*Volumina Legum*, nr tomu, strony].

[7] Wprowadzona na mocy ustawy z 6 kwietnia 1789 r. Ofiara wieczysta Prowincyów oboyga narodów na powiększenie sił kraiowych (VL IX, 73–74).

mensteuer (globalny podatek dochodowy)[8] spowodowały, że w XX wieku, po odrodzeniu Rzeczypospolitej, poszukując efektywnych źródeł podatkowych, postanowiono zasadniczo nie nawiązywać do rozwiązań przedrozbiorowych i skorzystać z doświadczeń zagranicznych. Wśród nich za szczególnie warte powielenia, z uwagi na doświadczenie w ich stosowaniu, uznano rozwiązania dawnych zaborców. Porównując ich systemy podatkowe zauważono, że najbardziej zacofany był system rosyjski, w którym podatek dochodowy nie występował, w austriackim, podatek ten, choć istniał, to nie stanowił głównego źródła dochodów, natomiast w systemie pruskim opodatkowanie pośrednie odgrywało mniejszą rolę, a podstawowym źródłem dochodów był podatek dochodowy i uzupełniający go podatek majątkowy[9].

Dlatego też uznając za najoptymalniejsze rozwiązania cesarstwa niemieckiego, gdzie wspomniany podatek regulowała *Bekanntmachung der Texte des Einkommensteuergesetz und des Ergaenzungssteuergesetz vom 19 Juni 1906* (ustawa o podatku dochodowym i podatku majątkowym z 19 czerwca 1906 r.)[10], na jej wzór uchwalono ustawę z 16 lipca 1920 r. o państwowym podatku dochodowym i podatku majątkowym[11], która jednocześnie stanowiła jeden z pierwszych, zunifikowanych aktów polskiego prawa podatkowego. Pośpiech nie zaszkodził jednak konstrukcji międzywojennego podatku dochodowego i wciąż jest on uznawany

---

[8] Konstrukcje te uznaje się za bazowe dla dwóch podstawowych typów opodatkowania dochodów. Pierwsza z nich polega na opodatkowaniu dochodów z poszczególnych źródeł przychodów (ceduł), natomiast druga na opodatkowaniu całkowitego (globalnego) przyrostu czystego majątku, bez względu na źródła jego pochodzenia. Zob.: R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2009, s. 368––369.

[9] K. Ostrowski, *Polityka finansowa Polski przedwrześniowej*, Warszawa 1958, s. 71––80.

[10] *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten* [Zbiór ustaw pruskich], rok 1906, s. 259.

[11] Dz.U. Nr 82, poz. 550, ze zm. Treść tej ustawy bardzo szybko modyfikowano m.in. przez wykluczenie kwestii dotyczących podatku majątkowego i przeniesienie pozostałych do ustawy z 14 lipca 1923 r. o państwowym podatku dochodowym (Dz.U. Nr 77, poz. 607, ze zm.), dalej zwanej ustawą o międzywojennym podatku dochodowym. Niemniej ustawa ta również była wielokrotnie zmieniana, dlatego też dalsza jej analiza zostanie oparta na jej tekście jednolitym z obwieszczenia ministra skarbu z 14 grudnia 1935 r. (Dz.U. z 1936 r. Nr 2, poz. 6, ze zm.) oraz rozporządzeniu ministra skarbu z 27 kwietnia 1936 r. w sprawie wykonania ustawy o państwowym podatku dochodowym (Dz.U. Nr 40, poz. 301, ze zm.), dalej zwanym rozporządzeniem wykonawczym.

w doktrynie za jeden z najdoskonalszych w historii polskiego prawodawstwa[12].

Szczególnie wysoko należy oceniać ówczesne regulacje dotyczące opodatkowania spadków wakujących, sposobu ustalania dochodów głowy rodziny oraz zwyżek i zniżek mających charakter prorodzinny[13]. Przede wszystkim jednak ustawę o międzywojennym podatku dochodowym należy cenić za syntetyczność i przejrzystość. Na ujednolicony tekst wspomnianej ustawy składało się zaledwie 36 836 znaków. Nawet więc mając na uwadze tekst rozporządzenia wykonawczego, uwzględniający 86 139 znaków i tekst dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z 14 listopada 1935 r. o specjalnym podatku od wynagrodzeń, wypłacanych z funduszów publicznych[14] – 7922 znaków, należy zauważyć, że w sumie w międzywojniu materię opodatkowania regulowano w oparciu o 130 897 znaków tekstu prawnego[15].

Rozwiązania międzywojenne nie były jednak wolne od wad. W tym zwłaszcza rozporządzenie wykonawcze nie spełniało kilku ówczesnych standardów konstytucyjnych i wraz z dekretem o specjalnym podatku

[12] C. Kosikowski, *Naprawa finansów publicznych w Polsce*, Białystok 2011, s. 297––298.

[13] P. Klimek, *Prawnofinansowe instrumenty polityki prorodzinnej – postulat zmian inspirowanych brytyjskim systemem Child Trust Fund*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały" 2013, nr 1, s. 133–134.

[14] Dz.U. Nr 82, poz. 503, ze zm., wydanym na podstawie art. 1 ustawy konstytucyjnej z 6 listopada 1935 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania dekretów (Dz.U. Nr 81, poz. 501) w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 227), dalej zwanego dekretem o specjalnym podatku od wynagrodzeń.

[15] Dla porównania, na obecnie regulujące analogiczną materię ujednolicone teksty ustaw: z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 361, ze zm.), z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 74, poz. 397, ze zm.), z 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. Nr 144, poz. 930, ze zm.) oraz z 24 sierpnia 2006 r. o podatku tonażowym (Dz.U. Nr 183, poz. 1353, ze zm.) składa się aż 959 199 znaków, nie wspominając już nawet, że do ustaw tych również wydano rozporządzenia wykonawcze. Dotyczą one jednak wyłącznie kwestii technicznych jak sposoby i terminy płatności podatków dochodowych, stąd też można je właściwie pominąć. Pozwala to stwierdzić, że objętość regulacji dotyczącej takiej samej materii wzrosła w porównaniu z międzywojniem o ok. 780%. Odwracając proporcję można natomiast zauważyć, że objętość międzywojennych aktów regulujących opodatkowanie dochodów stanowi zaledwie ok. 13,5% objętości aktów regulujących tę materię współcześnie.

od wynagrodzeń, stanowi ono przykład degenerowania najspójniejszego w polskiej historii systemu opodatkowania dochodów.

Podsumowując należy zauważyć, że w ostatnim niemal dwuipółwieczu, w którym prawo podatkowe rozwijało się najdynamiczniej w całej historii ludzkości[16], państwo polskie w nieco ponad 20 lat zostało wymazane z mapy Europy, przez ponad jeden wiek znajdowało się pod zaborami, przez prawie 15 lat międzywojnia pod rządami autorytarnymi, a przez niemal 45 lat po II wojnie światowej organizowało gospodarkę planową, opartą na przedsiębiorstwach stanowiących własność społeczną. Dlatego wskazując na drugą myśl przewodnią niniejszego opracowania i mając na uwadze, że współcześnie można wzorować się tylko na niektórych rozwiązaniach międzywojennych dotyczących opodatkowania dochodów – zwłaszcza tych uchwalonych pod rządami ustawy z 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[17], warto analizować także ich niedociągnięcia. W historii polskiego prawodawstwa podatkowego nie ma bowiem innych, do których można byłoby nawiązać obecnie i kontynuować jego ewolucję.

Niemniej z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania przedstawione zostaną tylko niektóre z niekonstytucyjnych rozwiązań wspomnianych aktów z okresu międzywojnia oraz przykłady ich zastosowania w praktyce na podstawie ówczesnych okólników Ministerstwa Skarbu[18].

Międzywojenne standardy konstytucyjne prawa podatkowego

Spoglądając na genezę standardów konstytucyjnych prawa podatkowego w międzywojniu, warto odnotować, że już ustawa rządowa z 3 maja 1791 r.[19] w rozdziale VI stanowiła, że „w izbie poselskiey naypierwey decydowane będą wszystkie proiekta [...] ustanowienia wieczystych podatków – i – poborów doczesnych". Natomiast pierwsza międzywojenna

[16] Za początek tego rozwoju należy uznać opublikowanie zasad podatkowych przez A. Smitha w 1776 r. A. Smith, *An Inquiry into the Nature And Causes of Welth of Nations*, London 1776.

[17] Dz.U. Nr 44, poz. 267, ze zm., dalej zwana konstytucją marcową.

[18] Okólniki te opublikowano w opracowaniu pod redakcją J. Szkandery – naczelnika Wydziału Ministerstwa Skarbu. Zob. *Kodeks podatkowy*, red. J. Szkandera, Związek Pracowników Skarbowych Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 1938.

[19] VL IX 220–225, dalej zwana konstytucją 3 maja.

regulacja o charakterze ustrojowym – tzw. mała konstytucja z 1919 r.[20] w pkt. 1 stanowiła, że „Władzą suwerenną i ustawodawczą w Państwie Polskim jest Sejm Ustawodawczy". Nie było więc do końca pewne, czy Sejm dysponował wówczas wyłącznym prawem nakładania podatków, ale w każdym razie z pewnością mógł je powierzyć Naczelnikowi państwa. Kolejną międzywojenną regulacją o charakterze ustrojowym była ustawa konstytucyjna z 15 lipca 1920 r. zawierająca statut organiczny województwa śląskiego[21].

Art. 4 pkt 17 statutu organicznego, w ramach autonomii finansowej, upoważniał Sejm śląski do wydawania ustaw w materii podatków[22] stosownie do przepisów ustawy, regulującej m.in. stosunek systemu podatkowego śląskiego do państwowego. Ustawy tej nigdy jednak nie uchwalono, ponieważ jej treść wymagała nieosiągalnego kompromisu i zatwierdzenia jednocześnie przez Sejm Rzeczypospolitej i Sejm śląski (art. 5 ust. 1)[23]. Do czasu uregulowania tego stosunku, w myśl art. 5 ust. 2 statutu organicznego w województwie śląskim miały obowiązywać ustawy uchwalone przed 1919 r. (pkt 1), a także później przez władze niemieckie, pruskie, czeskie i komisje międzysojusznicze, o ile Sejm śląski wyraził na nie zgodę (pkt 2), ustawy Sejmu śląskiego o dodatkach do podatków bezpośrednich nie przekraczających 100% wysokości podatku, chyba że na wyższe wyraził zgodę minister skarbu (pkt 3), a także ustawy podatkowe, wprowadzające jednolitą regulację w całej Rzeczypospolitej, których moc rozciągała się na terytorium województwa śląskiego. W przypadku tym uregulowane podatki miały wchodzić w miejsce analogicznych, poprzednio obwiązujących (pkt 4). Niemniej w myśl art. 5 ust. 3 także Sejm śląski został uprawniony do ujednolicenia podatków, dotąd pobieranych na ziemiach śląskich i utrzymywania tych, które obowiązywały w czasie objęcia władzy przez Polskę na tych ziemiach. Ponadto dochód z podatków pobieranych na terenie województwa śląskiego miał w całości wpływać do jego skarbu, który prowadził własną administrację podatkową (art. 5 ust. 4). Z kolei tylko część tych wpływów w postaci tzw. Tangenty, obliczanej zgodnie z dodatkiem do art. 5 statutu organicznego, miała być przekazywana do budżetu państwa (ust. 5)[24].

[20] Uchwała Sejmu z 20 lutego 1919 r. o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika państwa (Dz. Pr. P.P. Nr 19, poz. 226, ze zm.).

[21] Dz.U. Nr 73 poz. 497, ze zm., dalej zwana statutem organicznym.

[22] W tym też zakresie statut organiczny nawiązał do konstytucji 3 maja.

[23] W. Dąbrowski, *Stosunek skarbu śląskiego do skarbu państwa*, Katowice 1939, s. 9.

[24] Wbrew przepisom statutu organicznego było więc wprowadzenie przymusowych monopoli państwowych (spirytusowego, tytoniowego, zapałczanego, od

Następnym aktem o charakterze ustrojowym była konstytucja marcowa, warto zauważyć, że jej art. 3 ust. 1 i 2 stanowiły, iż zakres ustawodawstwa państwowego obejmował stanowienie wszelkich praw publicznych i sposobu ich wykonywania. Niemniej część „zakresu ustawodawstwa", zwłaszcza z dziedziny administracji i gospodarki, miano przekazać jednostkom samorządu terytorialnego (ust. 4). Rozwijając te postanowienia w art. 6 ust. 1 stwierdzono jednak, że nałożenie podatków mogło nastąpić tylko na mocy ustawy[25]. Dlatego też zgodnie z art. 69, źródła dochodowe państwa i jednostek samorządu terytorialnego miały zostać ściśle rozgraniczone ustawami. Z kolei art. 38 stanowił, że żadna ustawa nie mogła stać w sprzeczności z konstytucją, ani naruszać jej postanowień. W myśl art. 44 ust. 2 Prezydent Rzeczypospolitej, w celu wykonania ustaw i z powołaniem się na upoważnienie ustawowe, miał prawo wydawania rozporządzeń wykonawczych, zarządzeń, rozkazów i zakazów oraz zapewniać ich wdrożenie na drodze przymusu (ust. 2). Takie prawo w zakresie swojego działania mieli także ministrowie i władze im podległe (ust. 3). Przepisy te regulowały więc także hierarchię źródeł prawa.

Ponadto warto nadmienić, że art. 81 konstytucji marcowej stanowił, iż sądy nie miały prawa badania należycie ogłoszonych ustaw, a także nie przewidziano w niej instytucji na kształt Trybunału Konstytucyjnego, który byłby uprawniony do badania skarg na zgodność ustaw z konstytucją i uchylania ich przepisów. Jednak w art. 77 stwierdzono, że sędziowie byli niezawiśli i podlegali tylko ustawom, a w art. 73, że do orzekania o legalności aktów administracyjnych miało zostać powołane sądownictwo administracyjne, na czele z Najwyższym Trybunałem Administracyjnym. O ile więc sędziowie nie mieli prawa uchylenia przepisów rozporządzenia niezgodnego z ustawą lub konstytucją, o tyle mogli jednak, z uwagi na taką niezgodność, odmówić ich zastosowania w konkretnym przypadku.

Co więcej, w myśl art. 71 odwołanie od „orzeczeń" organów zarówno rządowych, jak i samorządowych było dopuszczalne do jednej wyższej instancji, o ile ustawy nie przewidywały wyjątków w tym zakresie. Kon-

soli i loterii) w miejsce podatków pośrednich, które znacząco uszczupliły dochody województwa śląskiego. Na poparcie tej tezy W. Dąbrowski przytoczył definicję podatku A. Krzyżanowskiego i E. Taylora oraz ustalił, że w efekcie w latach 1924–1938 województwo śląskie nadpłaciło na rachunek budżetu państwa ok. 71 mln zł (czyli ok. dwóch trzecich wszystkich środków, które wpłynęły tytułem tangenty). W. Dąbrowski, *op. cit.*, s. 22 i 37.

[25] Konstytucja marcowa, tak jak statut organiczny, również nawiązała więc do rozwiązań konstytucji 3 maja.

stytucja marcowa ustanawiała więc zasadę dwuinstancyjności postępowania stanowiącą gwarancję realizacji zasady pewności prawa podatkowego w aspekcie proceduralnym.

Natomiast na podstawie art. 109 ust. 1 i 2 każdy obywatel miał prawo zachowania narodowości i pielęgnowania mowy i właściwości narodowych, przy czym osobne ustawy miały zapewniać mniejszościom pełny i swobodny rozwój ich właściwości narodowościowych przy pomocy autonomicznych związków o charakterze publiczno-prawnym w obrębie jednostek samorządu terytorialnego. Z kolei, w myśl art. 111 ust. 1 żaden obywatel nie mógł być z powodu wyznania i przekonań religijnych ograniczony w prawach, przysługujących innym obywatelom. Przytoczenie tych ostatnich ze wskazanych przepisów jest o tyle istotne, że choć nie zawierały one bezpośrednio norm prawa podatkowego, to właśnie one pośrednio kształtowały charakter międzywojennej zasady równości opodatkowania, na której naruszenie wskażą przytoczone dalej przykłady.

Przewrót majowy zmienił charakter rządów w Polsce z demokracji parlamentarnej w rządy autorytarne, także w zakresie władztwa podatkowego, mianowicie na mocy ustawy z 2 sierpnia 1926 roku, zmieniającej i uzupełniającej Konstytucję Rzeczypospolitej z 17 marca 1921 r.[26], choć znaczna część jej postanowień dotyczyła usprawnienia procedury budżetowej (art. 3), to jednak przede wszystkim przesunięto ciężar władzy na rzecz egzekutywy, w tym głównie prezydenta. Na podstawie art. 4 otrzymał on, na wniosek Rady Ministrów umotywowany orędziem, możliwość rozwiązania Sejmu i Senatu „przed upływem czasu, na który zostały wybrane, jednak tylko raz jeden z tego samego powodu". Co więcej, na postawie art. 5 w czasie, gdy Sejm i Senat były rozwiązane, aż do chwili ponownego zebrania się Sejmu uzyskał także „w razie nagłej konieczności państwowej" możliwość wydawania rozporządzeń z mocą ustawy. Rozporządzenia te nie mogły jednak dotyczyć m.in. zmiany konstytucji i materii podatkowych (ust. 1). Przepis ten nie miał jednak aż takiego znaczenia jak ust. 2, który jak mogłoby się pozornie, z punktu widzenia techniki legislacyjnej wydawać, wprowadzał tylko wyjątek. W istocie jednak ust. 2 stanowił, że na postawie ustawy można było upoważnić prezydenta do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy w czasie i zakresie, przez tę ustawę wskazanym z wyjątkiem zmiany konstytucji. Rozporządzenia mogły więc regulować materię podatkową. Ponadto w myśl ust. 3 rozporządzenia te traciły moc obowiązującą, jeżeli nie zostały złożone Sejmowi w ciągu 14 dni po najbliższym jego posiedzeniu lub też, jeżeli po ich złożeniu zostały przezeń uchylone.

[26] Dz.U. Nr 78, poz. 442, dalej zwana nowelą sierpniową.

Jeszcze bardziej wzmocniono władzę wykonawczą na mocy postanowień ustawy konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r.[27], której art. 2 ust. 1 i 2 stanowiły, że na czele państwa stał prezydent. Kolejnym przepisem dobrze oddającym charakter tego aktu były: art. 5 ust. 3 stanowiący, że granicą wolności obywatelskich było dobro powszechne. Tym samym w oparciu o niedookreślone pojęcie, zawsze można było je ograniczyć. Warto także zauważyć, że w odróżnieniu od konstytucji marcowej, kwietniowa nie przewidywała m.in. zasady dwuinstancyjności postępowania i w efekcie nie gwarantowała w pełni zasady pewności prawa podatkowego w aspekcie proceduralnym. Z kolei art. 6 konstytucji kwietniowej stanowił, że obywatele winni byli państwu wierność oraz rzetelne spełnianie nakładanych przez nie obowiązków. Tym samym utrzymano m.in. obowiązek ponoszenia przez nich ciężarów podatkowych.

Wracając jednak do roli Prezydenta RP, warto zauważyć, że w myśl art. 11, jako czynnik nadrzędny miał on harmonizować działania naczelnych organów państwowych. Dlatego też, w myśl art. 12 lit. b – zwoływał i rozwiązywał Sejm i Senat. W skutek permanentnego niezwoływania Sejmu i Senatu prezydent sam mógł jednak wydawać akty ustawodawcze, na co wskazywały przywołane dalej przepisy konstytucji kwietniowej. W efekcie parlament praktycznie został pozbawiony władzy ustawodawczej, a co najmniej została ona znacząco ograniczona. Art. 16 regulował wybór prezydenta. Choć nie jest on najistotniejszy z punktu widzenia niniejszego opracowania, to warto jednak zauważyć, że dawał poważną możliwość nieskrępowanego sprawowania władzy przez kilka kadencji. Konstytucja kwietniowa umacniała więc autorytaryzm, w tym także w zakresie władztwa podatkowego.

Jeżeli chodzi o kompetencje Sejmu, to art. 31 ust. 1 stanowił, że sprawował on funkcje ustawodawcze, do niego należało nakładanie ciężarów na obywateli. Przepis ten w żadnym zakresie nie oddawał jednak jego rzeczywistej roli, ponieważ w myśl art. 49 ust. 1 aktami ustawodawczymi były ustawy oraz dekrety Prezydenta Rzeczypospolitej. Natomiast w myśl ust. 2 żaden akt ustawodawczy nie mógł stać w sprzeczności z Konstytucją RP. W myśl art. 51 nałożenie podatków lub monopoli mogło nastąpić tylko na mocy aktu ustawodawczego. Ponadto art. 55 ust. 1 stanowił, że ustawa mogła upoważniać prezydenta do wydawania dekretów w czasie i zakresie przez nią oznaczonym, upoważnieniem tym nie mogła być jednak objęta zmiana konstytucji. Z kolei art. 57 ust. 1 podkreślając pozycję wspomnianych dekretów stanowił, że miały one moc ustawy i ilekroć konstytucja lub ustawy dla unormowania ja-

[27] Dz.U. Nr 30, poz. 227, dalej zwana konstytucją kwietniową.

kiejś dziedziny wymagały ustawy, dziedzina ta mogła być unormowana również dekretem (ust. 2).

Ponadto warto zauważyć, że na mocy art. 81 ust. 2 konstytucji kwietniowej uchylono wszystkie przepisy konstytucji marcowej z wyjątkiem art. 99, 109–118 i 120, dotyczących m.in. wspomnianych swobód religijnych i praw mniejszości narodowych, co miało szczególne znaczenie dla realizacji zasady równości w zakresie dowodowym na gruncie podatku dochodowego, o czym dalej.

Podsumowując, kształt uchwalonej prawie 9 lat po przewrocie majowym konstytucji kwietniowej był daleki od standardów, które przewidywał statut organiczny i przed nowelą sierpniową konstytucja marcowa, a nawet konstytucja 3 maja. Po zamachu stanu prezydent dysponował pełnym władztwem podatkowym.

KONSTYTUCYJNOŚĆ REGULACJI DOTYCZĄCYCH PAŃSTWOWEGO PODATKU DOCHODOWEGO

Dobrym przykładem braku realizacji norm konstytucji marcowej, jeszcze przed przewrotem majowym, jest praktyka związana z art. 27 ust. 1 ustawy o międzywojennym podatku dochodowym regulującym zniżkę prorodzinną. Choć przysługiwała ona podatnikom z mocy ustawy, to w praktyce ciężarem udowodnienia okoliczności wskazujących na prawo do skorzystania z niej i tak obciążano podatników, naruszając tym samym zasadę pewności. Co więcej, za dowody stwierdzające liczbę członków rodziny będących na utrzymaniu podatnika uznawano tylko zaświadczenia urzędowe wszelkich organów administracji państwowej lub samorządowej. Nie uznawano natomiast zaświadczeń żydowskich gmin wyznaniowych[28], chociaż wspomniany art. 109 ust. 2 konstytucji marcowej zapowiadał, że miały one uzyskać statut publiczno-prawny w obrębie jednostek samorządu terytorialnego. Natomiast, zgodnie z okólnikiem Ministerstwa Skarbu z 17 października 1925 r.[29], w przypadkach, gdy władze skarbowe miały wątpliwości co do wysokości zeznanego przez osobę duchowną wyznania rzymsko-katolickiego dochodu z czynności duszpasterskich, miały zwracać się o potwierdzenie wskazanych przez nią danych do właściwej kurii diecezjalnej. W efekcie respektowano dane przedstawione przez kurie, ale już nie przez żydowskie gminy wyznaniowe, naruszając zasadę równości.

[28] Okólnik Ministerstwa Skarbu z 28 listopada 1924 r. (L.D.P.O. 2401/II).

[29] Nr D.P.P. 4525/II.

Przykładem wykorzystania rozwiązań konstytucyjnych, wprowadzonych po przewrocie majowym, jest zwolnienie przedmiotowe od międzywojennego podatku dochodowego, wprowadzone na podstawie art. 33 ust. 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 kwietnia 1927 r. o rozbudowie miast[30]. Objęto nim przez 10 lat od daty ukończenia budowy dochody z domów mieszkalnych, nowo wybudowanych lub wykończonych w okresie od dnia wydania wspomnianego rozporządzenia. Na przykładzie tym można zauważyć, że upoważnienie do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy dawało znacznie większe możliwości wprowadzania tzw. nowelizacji optymalizacyjnych, pod wpływem lobbingu[31]. O ile bowiem rozwiązania te stymulowały rozwój budownictwa mieszkaniowego, o tyle były jednak przede wszystkim korzystne dla podatników, którzy mieszkania budowali i zbywali, ewentualnie budowali i wynajmowali.

Choć przed II wojną światową np. już S. Rosmarin zauważał, że dla zachowania zgodności rozporządzenia z ustawą podatkową, a w efekcie także z konstytucją kwietniową, która dopuszczała nałożenie podatku wyłącznie na mocy aktu ustawodawczego (art. 51), nie wolno było do przepisów prawa podatkowego wprowadzać dodatków ani rozróżnień[32], to jednak w drodze rozporządzenia wykonawczego zawężano i zmieniano zakres stosowania ustawy o międzywojennym podatku dochodowym odnośnie dochodu z działalności rolniczej. W art. 15 ust. 1 wspomnianej ustawy tylko lakonicznie stwierdzono bowiem, że za przychód z działalności rolniczej uważano także przychód z produkcji, mającej związek gospodarczy z posiadłością gruntową. Niemniej, choć w myśl §25 rozporządzenia wykonawczego do dochodu z ubocznego przemysłu gospodarczego zaliczano dochód z przemysłu, który miał związek z posiadłością gruntową, jak dochód z gorzelni, browarów, krochmalni, młynów, cegielni, wyrobisk piasku, gliny, kamienia, torfu i itp., to jednak zgodnie z §27, za dochód z gruntów niesłużących do celów gospodarstwa rolnego uznano dochód z upraw warzyw, owoców, kwiatów itp. Z kolei §28 ust. 1 regulował dochód z gruntów w dzierżawie, który traktowano jak dochód z gospodarstwa we własnym zarządzie.

[30] Dz.U. Nr 42, poz. 372.

[31] Por. odpowiednio: W. Modzelewski, *Nowelizacje optymalizacyjne ustaw materialnego prawa podatkowego – istota problemu*, [w:] *Podatki oraz prawo podatkowe wobec zjawisk kryzysogennych*, Materiały pokonferencyjne WPiA Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s. 103.

[32] S. Rosmarin, *Prawo podatkowe a prywatne w świetle wykładni prawa*, Lwów 1939, s. 195.

Do dochodu tego doliczano jednak także wartość mieszkania dodanego do dzierżawy i zajętego przez dzierżawcę lub jego rodzinę[33]. Natomiast w myśl ust. 3 do kosztów prowadzenia gospodarstwa podlegających potrąceniu u dzierżawcy zaliczano m.in. zapłacony czynsz dzierżawny łącznie z wartością innych świadczeń w pieniądzach i w naturze, obciążających go na korzyść wydzierżawiającego. Jeżeli świadczenia te pokrywał dzierżawca produktami swego gospodarstwa albo pracą własną, swoich krewnych, służących i inwentarza żywego, wówczas potrącenie było dopuszczalne, gdy świadczenia te zostały ujęte w przychodach wydzierżawiającego[34].

Przykładem naruszenia zasady sprawiedliwości są regulacje dotyczące dochodu z najmu. W myśl art. 16 ust. 1 ustawy o międzywojennym podatku dochodowym, za dochód ten uważano całoroczny czysty czynsz za wynajem domów, lokali, placów, ogrodów przy domach itp. oraz odszkodowanie za używanie urządzonej przez właściciela instalacji gazu, wodociągu, windy itp. Za dochód z budynków zajmowanych w całości lub części przez właściciela, członków jego rodziny lub z wszelkich bezpłatnych zużytkowań budynków uważano czystą wartość użytkowania, jaką budynek lub jego cześć stanowiły ze względu na ich jakość i położenie oraz miejscowe stosunki (ust. 2). Przepis ten uniemożliwiał więc unikanie opodatkowania przez zawieranie umów użyczenia i faktyczne pobieranie czynszu poza umową. Regulację tę należy jednak uznać za zbyt dotkliwą. Na jej podstawie opodatkowaniu podlegał bowiem również podatnik, który w rzeczywistości nie odnotowywał żadnych przychodów z tytułu użyczenia.

Kolejnym przykładem regulacji zawartej w rozporządzeniu wykonawczym rozszerzającej obowiązki podatnika ponad te wynikające z ustawy o międzywojennym podatku dochodowym, są regulacje dotyczące odliczeń od dochodu, których katalog regulował art. 10 ust. 1 wspomnianej ustawy zawierający m.in.: odsetki od długów, renty i trwałe ciężary oparte na tytułach prawnych, opłaty wnoszone na mocy prawa

[33] Przepis ten nie budził wątpliwości w przypadkach, gdy świadczenie mieszkania dzierżawca uzyskiwał dodatkowo, nieodpłatnie od wydzierżawiającego. Mógł jednak budzić poważne zastrzeżenia, jeżeli cena tego świadczenia była wliczona w cenę dzierżawy.

[34] Przepis ten wprowadzał więc niesprawiedliwą odpowiedzialność dzierżawcy, za prawidłowe opodatkowanie wydzierżawiającego, co może budzić poważne zastrzeżenia w zakresie jego konstytucyjności, a także samej sprawiedliwości społecznej, skoro przeważnie uboższy dzierżawca musiał odpowiadać za działania z reguły bogatszego wydzierżawiającego.

lub umowy za siebie i członków rodziny do kas zapomogowo-pożyczkowych, emerytalnych, ubezpieczalni społecznych lub od nieszczęśliwych wypadków. §17 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego stanowił jednak, że odliczenia wskazane w art. 10 ust. 1 nie mogły być dokonywane, jeżeli zostały już uwzględnione jako wydatki zaliczane do kosztów uzyskania przychodu[35]. Jeszcze dalej szedł §17 ust. 2 stanowiąc, że odsetki i renty mogły podlegać odliczeniu, jeżeli obciążały źródła dochodu podlegającego podatkowi i pozostawały w związku gospodarczym z tymi źródłami[36].

Ponadto warto przytoczyć art. 38 ust. 1 ustawy o międzywojennym podatku dochodowym, który stanowił, że zmiany jakie zachodziły w ciągu roku podatkowego w wysokości dochodu lub wszystkich innych stosunkach podatnika, nie mogły wypłynąć na zmianę kwoty podatku należnej za ten rok, z wyjątkiem okoliczności przewidzianych na gruncie art. 34 i 35 (śmierć, zaniechanie działalności przez towarzystwa i zakłady zobowiązane do publicznego składania rachunków). Niemniej jeżeli wskutek nieszczęśliwych okoliczności lub nadzwyczajnych wydarzeń zdolność płatnicza osoby fizycznej znacznie osłabła, wówczas organ podatkowy mógł na jej wniosek, złożony najpóźniej do końca roku podatkowego, umorzyć odpowiednią część wymierzonego podatku (ust. 2). W praktyce postępowanie w zakresie umorzenia podatku na podstawie art. 38 ust. 2 było jednoinstancyjne, zgodnie bowiem z §48 ust. 3 rozporządzenia wykonawczego od decyzji w zakresie umorzenia podatku nie przysługiwało odwołanie[37].

---

[35] Brak wprowadzenia tego przepisu na gruncie samej ustawy był najprawdopodobniej niedopatrzeniem. Warto jednak zauważyć, że wprowadzenie go na gruncie samego rozporządzenia było wbrew standardom konstytucyjnym, w myśl których przepis wykonawczy nie może zmieniać zakresu i treści przepisu wykonywanego.

[36] Przepis ten zastrzegał więc wymóg przewidziany w art. 9 ustawy o międzywojennym podatku dochodowym dla kosztów i jak można domniemywać, tylko kosztów, a nie odliczeń, skoro ustawodawca nie wskazał go wyraźnie w art. 10.

[37] Przepis ten, choć pozostawał w zgodzie z konstytucją kwietniową, był jednak sprzeczny z nie uchylonym wówczas art. 7 ustawy z 15 marca 1934 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 1936 r. Nr 14, poz. 134, ze zm.), dalej zwanej międzywojenną ordynacją podatkową, który w zgodzie jeszcze z art. 71 konstytucji marcowej, gwarantował dwuinstancyjność postępowania podatkowego.

KONSTYTUCYJNOŚĆ REGULACJI DOTYCZĄCYCH SPECJALNEGO PODATKU OD WYNAGRODZEŃ

Na podstawie kilku pozaustawowych przepisów zwalniających[38], międzywojennemu podatkowi dochodowemu przestały podlegać uposażenia większości funkcjonariuszy państwowych. Rozwiązanie to było o tyle zasadne, że opodatkowanie uposażeń wypłacanych ze środków budżetowych powodowało tylko konieczność wykonywania dodatkowych obliczeń i operacji finansowych, które obciążając księgowość podmiotu publicznego i tak skutkowały powrotem części z tych uposażeń na rachunek budżetu.

Niemniej na podstawie art. 1 ust. 1 w zw. z art. 11 dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z 14 listopada 1935 r. o specjalnym podatku od wynagrodzeń, wypłacanych z funduszów publicznych[39] z dniem 15 listopada 1935 r. zaczęto pobierać wspomniany podatek. Pierwotnie, na podstawie art. 9 ust. 1 dekretu o specjalnym podatku od wynagrodzeń w całości podatek ten stanowił dochód budżetu państwa i nie można było doliczać do niego żadnych dodatków (ust. 2), a przysługujące na mocy szczególnych przepisów zwolnienia od podatków nie miały do niego zastosowania (ust. 3)[40]. Dopiero na mocy art. 1 i 3 ustawy z 30

[38] Takich, jak: art. 8 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 28 października 1933 r. o uposażeniu funkcjonariuszy państwowych (Dz.U. Nr 86, poz. 663), art. 4 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 28 października 1933 r. o uposażeniu wojska (Dz.U. Nr 86, poz. 664), art. 4 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 28 października 1933 r. o uposażeniu sędziów w sądownictwie powszechnym i administracyjnym oraz prokuratorów (Dz.U. Nr 56, poz. 665), art. 6 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 28 października 1933 r. o uposażeniu oficerów i szeregowych Policji Państwowej i Straży Granicznej (Dz.U. Nr 86, poz. 666), §16 rozporządzenia Rady Ministrów z 1 stycznia 1934 r. o uposażeniu pracowników przedsiębiorstwa Polskie Koleje Państwowe (Dz.U. Nr 4, poz. 24), §9 rozporządzenia Rady Ministrów z 1 stycznia 1934 r. o uposażeniu pracowników państwowego przedsiębiorstwa Polska Poczta, Telegraf i Telefon (Dz.U. Nr 4, poz. 26).

[39] Dz.U. Nr 82, poz. 503, ze zm., wydanym na podstawie art. 1 ustawy konstytucyjnej z 6 listopada 1935 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania dekretów (Dz.U. Nr 81, poz. 501) w zw. z art. 55 ust. 1 ustawy konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 227), dalej zwanego dekretem o specjalnym podatku od wynagrodzeń.

[40] Tym samym pogwałcono autonomię finansową województwa śląskiego i to nie tylko dlatego, że wspomniany już art. 5 ust. 2 pkt 3 statutu organicznego dawał Sejmowi Śląskiemu prawo pobierania dodatków do wszelkich podatków bezpośrednich bez zgody ministra skarbu, o ile nie przekraczały 100% podatku, ale

marca 1936 r. o zmianie dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z 14 listopada 1935 r. o specjalnym podatku od wynagrodzeń, wypłacanych z funduszów publicznych[41], zmieniono brzmienie wspomnianego art. 9 ust. 1 i wyjątkowo należności z tytułu specjalnego podatku od wynagrodzeń funkcjonariuszy samorządowych, z dniem 1 kwietnia 1936 r. zaczęły trafiać do kas jednostek samorządu terytorialnego, związków międzykomunalnych lub innych instytucji i banków samorządowych.

Ponadto warto zauważyć, że w praktyce nie wszystkie wynagrodzenia funkcjonariuszy publicznych zostały objęte specjalnym podatkiem od wynagrodzeń, ponieważ okólnikiem Ministerstwa Skarbu z 20 kwietnia 1936 r.[42], na podstawie art. 123 międzywojennej ordynacji podatkowej wprowadzono zwolnienia dodatków: drużyn konduktorskich i parowozowych PKP, szoferów i konduktorów samochodów przedsiębiorstwa PKP, za pracę w pocztach ruchomych, za konwój poczty kolejami oraz na drogach bitych, za służbę nocną, a także dodatków sezonowych, które dotyczyły także dodatków określanych mianem ryczałtów: obchodowych dla funkcjonariuszy przydzielonych do nadzoru dróg wodnych, objazdowych dla nadzorców dróg i mostów, nawigacyjnych dla funkcjonariuszy niższego stopnia – zatrudnionych na obiektach pływających[43].

---

także z uwagi na to, że art. 5 ust. 4 tego statutu stanowił, że dochód z podatków i opłat pobieranych ze Śląska będzie wpływać do skarbu śląskiego. Ponadto wdrożenie tego podatku stanowiło wyraźny przejaw degeneracji systemu podatkowego przez nieracjonalnego ustawodawcę, ponieważ dla osiągnięcia zbliżonego efektu fiskalnego wystarczyło usunąć wspomniane pozaustawowe przepisy zwalniające od międzywojennego podatku dochodowego.

41 Dz.U. Nr 23, poz. 187.

42 Nr D.V. 2638/1/36.

43 Zwolnienia te zostały wprowadzone bezprawnie, ponieważ art. 123 międzywojennej ordynacji podatkowej uprawniał jedynie ministra skarbu do umarzania: w całości lub w części należności z tytułu podatków, grzywien, odsetek od zaległości i kosztów egzekucyjnych (§1), podatku w razie klęsk żywiołowych należnego od podatników obszaru objętego klęską (§2). Przy czym umorzenie całości lub części podatku powodowało także umorzenie w odpowiednim stosunku dodatków i należności ubocznych, z wyjątkiem kosztów egzekucyjnych, których umorzenie mogło nastąpić w drodze odrębnego aktu (§3). Ponadto minister skarbu miał możliwość przeniesienia nadmienionych uprawnień na podległe mu władze skarbowe (§4). Na podstawie tego przepisu, minister skarbu dysponował więc jedynie prawem stosowania ulg w spłacie zobowiązań podatkowych. Natomiast wskazane wyżej zwolnienia miały charakter pierwotny, a więc wymiarowy. Dlatego też wdrożenie należy określić mianem nadużycia prawa.

PODSUMOWANIE

Mała konstytucja w ogóle nie poświęcała uwagi zagadnieniom podatkowym. Należy więc zakwalifikować ją do trzeciego z modeli wskazanych na wstępie. Najszerzej w międzywojniu zagadnienia podatkowe regulowała konstytucja marcowa, wskazując nie tylko na zasadę wymogu ustawowej formy dla nałożenia podatków, ale także odwołując się bezpośrednio do zasady pewności w aspekcie proceduralnym i pośrednio do zasady równości. Po przewrocie majowym na mocy noweli sierpniowej władztwo podatkowe zostało w znacznym zakresie przeniesione z parlamentu na autorytarną władzę wykonawczą, którą ugruntowała i jeszcze bardziej wzmocniła konstytucja kwietniowa. Naruszano tym samym zasadę wymogu ustawowej formy dla nałożenia ciężarów podatkowych, którą zawierała już konstytucja 3 maja, a także statut organiczny.

Zarówno jednak konstytucję marcową, nawet po noweli sierpniowej, jak i statut organiczny oraz konstytucję kwietniową należy zakwalifikować do drugiego z modeli wskazanych na wstępie. Przy czym należy wyraźnie podkreślić, że kolejność wymienienia tych aktów nie jest przypadkowa, a mianowicie wskazuje ona na obszerność zakresu, w jakim dotyczyły one regulacji prawa podatkowego. Niemniej żadna ze wskazanych regulacji nie poświęcała finansom publicznym całkowicie odrębnego miejsca.

Ponadto w okresie międzywojnia władze centralne nie przestrzegały w pełni statutu organicznego i tym samym nie szanowały autonomii finansowej województwa śląskiego, do czego przyczynił się zarówno Sejm i Senat, wprowadzając monopole, których błędnie nie uważano za podatki, jak i Prezydent RP wdrażając specjalny podatek od wynagrodzeń. Nie wydawano także ustaw, o których wspominały ustawy konstytucyjne, co krzywdziło nie tylko m.in. województwo śląskie, ale także mniejszości narodowe i wyznaniowe, łamiąc tym samym zasadę równości. Co więcej, brak możliwości ochrony praw obywateli dopełniał brak instytucji na kształt Trybunału Konstytucyjnego. Ponadto po wydaniu konstytucji kwietniowej częściowo nie przestrzegano zasady dwuinstancyjności postępowania podatkowego, pomimo tego, że wciąż pozostawała uregulowana w międzywojennej ordynacji podatkowej, a sama konstytucja już jej nie przewidywała. W efekcie naruszano więc zasadę pewności prawa podatkowego w aspekcie proceduralnym.

Warto także zauważyć, że w takich sytuacjach, jak np. wydawanie decyzji organów w sprawie zaniechania wymiaru podatku na podstawie przepisów uprawniających do udzielania ulg w spłacie zobowiązań podatkowych lub nieuzasadnione interpretowanie prawa na korzyść po-

datnika, w ramach działalności administracji podatkowej dochodziło do nadużyć prawa przez organy, których sądownictwo administracyjne nie było w stanie zbadać, gdyż skargi na działania organów wnoszą tylko podatnicy niezadowoleni z ich decyzji.

Możliwość regulowania kwestii podatkowych w drodze rozporządzeń z mocą ustawy, a potem dekretów mogła skutkować niepożądanymi przejawami zjawiska lobbingu. Ponadto w międzywojniu miały miejsce praktyki zmiany treści i zakresu ustawy o międzywojennym podatku dochodowym w oparciu o rozporządzenie wykonawcze. Tym samym rozporządzenie wykonawcze z założenia stanowiące pożądane narzędzie wykładni legalnej dla niezwykle syntetycznej ustawy stało się także instrumentem nadużyć władzy wykonawczej.

Mimo to poza funkcją wykonawczą rozporządzenie pełniło także rolę legalnego komentarza ustawy o międzywojennym podatku dochodowym, do czego można odnieść się pozytywnie, z wyjątkiem tych fragmentów, w których rozporządzenie wykraczało poza ramy ustawy. Należy przy tym podkreślić, że głównie dzięki rozporządzeniu, sama ustawa mogła zawierać tak syntetyczne normy prawa podatkowego i nie charakteryzować się nadmierną kazuistyką, która zaburzałaby jej przejrzystość. Jeżeli bowiem podatnik lub organ miał wątpliwości odnośnie do interpretacji danego przepisu ustawy, zawsze mógł posłużyć się rozporządzeniem. Rolę komentarza pełniły także okólniki Ministerstwa Skarbu, warto jednak pamiętać o tym, że w sprawiedliwym systemie podatkowym takowe powinny być jawne i ogólnodostępne, żeby nie naruszać realizacji zasady pewności.

Wyciągając natomiast wnioski w zakresie możliwości nawiązania lub wzorowania się współcześnie na niektórych rozwiązaniach międzywojennych, należy zauważyć, że w obliczu konieczności częstych zmian ustawodawczych, mających miejsce w związku ze stosowaniem przez podatników schematów unikania opodatkowania, rozporządzenie wykonawcze stanowiło bardziej efektywny instrument dostosowywania prawa podatkowego do zmieniających się realiów, gwarantujący większą stabilność samych ustaw podatkowych.

Na brak syntetyczności i przejrzystości współczesnych aktów regulujących opodatkowanie dochodów wpływa m.in. powielanie wielu rozwiązań w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych i w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych. W tym też zakresie należałoby powrócić do rozwiązań międzywojennych i jednej ustawy o podatku dochodowym zawierającej regulacje wspólne dla opodatkowania zarówno osób fizycznych, jak i prawnych.

Jerzy Serwacki

TAJEMNICA SKARBOWA

Prawo do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji

Wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji zapewnia się w Polsce każdemu na mocy art. 54 ust. 1 Konstytucji RP[1]. Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, co obejmuje także dostęp do dokumentów, którymi dysponują te organy (art. 61 ust. 1–2 Konstytucji RP). Jednak już sam tryb udzielania tych informacji nie może być dowolny, a ma wynikać z przepisu rangi ustawowej. Co ważniejsze – konstytucja dopuszcza także możliwość ograniczenia prawa do informacji (art. 61 ust. 3), jednak zastrzega, że może to nastąpić tylko na mocy przepisu rangi ustawowej, ze względu na określoną w tym przepisie potrzebę ochrony wolności i praw innych osób czy podmiotów gospodarczych, ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Prawo do uzyskiwania informacji przez obywateli i inne podmioty zostało też uwzględnione w wielu ustawach regulujących działania publiczne – w szczególności ustawy o samorządzie gminnym, o samorządzie powiatowym oraz o samorządzie województwa[2], podkreślają jawny charakter działalności organów samorządu terytorialnego, obejmujący

---

[1] Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

[2] Art. 11b ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2013 r., poz. 594 z późn. zm.); art. 8a ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2013 r., poz. 595 z późn. zm.); art. 15a ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2013 r., poz. 596 z późn. zm.).

między innymi prawo obywateli do uzyskiwania informacji, w tym prawo dostępu do dokumentów wynikających z wykonywania zadań publicznych. Zgodnie z wymienionymi ustawami, ograniczenia jawności działania organów samorządowych są dopuszczalne, ale muszą mieć formę ustawową.

Także w dziedzinie statystyki publicznej[3] wprowadzono wprawdzie powszechną dostępność zebranych danych statystycznych, ale nie mogą być udostępniane dane jednostkowe, które mogłyby być zidentyfikowane i powiązane z konkretną osobą, czy dane indywidualne dotyczące działalności gospodarczej, charakteryzujące wyniki ekonomiczne poszczególnych podmiotów (w szczególności jeśli na daną agregację składa się mniej niż trzy podmioty lub udział jednego podmiotu w określonym zestawieniu jest większy niż trzy czwarte całości).

Najszerszy zakres regulacji dziedziny informacji publicznej przypisać trzeba przepisom ustawy o dostępie do informacji publicznej, w których punktem wyjścia jest powszechne prawo dostępu do informacji publicznej, bez potrzeby wykazywania interesu prawnego lub faktycznego osoby wykonującej swoje uprawnienie[4]. Jednak prywatność osoby fizycznej czy tajemnica przedsiębiorcy ograniczają, zgodnie z przepisami wymienionej ustawy[5], prawo dostępu do informacji publicznej, chyba że podmiot, którego informacja dotyczy zrezygnuje z przysługującej mu ochrony. Ochrona mająca na względzie interes strony nie ma zastosowania także wtedy, gdy postępowanie dotyczy podmiotów wykonujących zadania publiczne, a w szczególności osób pełniących funkcje publiczne – w zakresie tych zadań i funkcji.

Przedstawionych zasad trzeba przestrzegać między innymi wtedy, gdy informacja publiczna miałaby być pozyskana dla celów prasowych, gdyż prawo prasowe, w zakresie prawa dostępu prasy do informacji publicznych, odsyła do przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej[6].

Podobny zakres dostępu do informacji ustanowiono w dziedzinie zamówień publicznych[7], bo choć umowy zawierane w tych sprawach są

---

3 Art. 14 i 38 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2012 r., poz. 591 z późn. zm.).

4 Art. 2 ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

5 Art. 5 wspomnianej wyżej ustawy.

6 Art. 3a ustawy z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.).

7 Art. 139 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.).

jawne, to podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Także w dziedzinie partnerstwa publiczno-prywatnego dostępność informacji jest zapewniona przez nałożenie na podmioty publiczne obowiązku zamieszczania ogłoszeń o planowanym partnerstwie publiczno-prywatnym nie tylko w Biuletynie Zamówień Publicznych czy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ale także w Biuletynie Informacji Publicznej[8].

Regulacje dotyczące dostępu do informacji publicznej mają oczywiste znaczenie dla prawnego unormowania tajemnicy skarbowej i dla stosowania przyjętych w tym względzie rozwiązań, bo akta sprawy administracyjnej (w tym sprawy podatkowej) i zawarte w nich materiały, jako odnoszące się do działania podmiotów publicznych, stanowią informację publiczną[9]. Tak więc oprócz kwestii pozyskiwania informacji, nie zawsze jawnych, na potrzeby prowadzonego postępowania administracyjnego (w tym podatkowego), analizie trzeba poddać kwestię udostępniania innym podmiotom informacji, które znajdują się w tych aktach.

Ochrona prywatności osób fizycznych i tajemnicy przedsiębiorców

Konkretyzacja ochrony prywatności osoby fizycznej czy tajemnicy przedsiębiorcy realizowana jest nie tylko w przepisach o ochronie informacji niejawnych, ale także w przepisach o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

W szczególności w ordynacji podatkowej[10], mimo ustanowionej zasady jawności postępowania podatkowego (art. 129), zastrzeżono, że postępowanie to jest jawne wyłącznie dla podmiotów będących stroną tego postępowania. Oznacza to, że nie można odmówić wglądu do akt sprawy podmiotowi będącemu jedną ze stron toczącego się postępowania, choćby w aktach znajdowały się informacje objęte ochroną prywatności i tajemnicy gospodarczej, ale równocześnie oznacza wprowadzenie w odniesieniu do podmiotów niebędących stroną danego postępowania tajemnicy skarbowej, której wprawdzie ustawowo nie zdefiniowano, ale

[8] Art. 5 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 z późn. zm.).

[9] Por. wyrok WSA w Warszawie z 7 maja 2004 r., II SA/Wa 221/04, LEX nr 146742.

[10] Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.).

poświęcono jej odrębny dział ordynacji[11]. Objęcie tajemnicą skarbową indywidualnych danych zawartych w deklaracjach i innych dokumentach będących w dyspozycji organów podatkowych dotyczy nie tylko postępowania podatkowego, ale także prowadzonych przez organy podatkowe czynności sprawdzających, kontroli podatkowej, postępowania o przestępstwa lub wykroczenia skarbowe. Idzie tu oczywiście o ochronę danych zawartych nie tylko w dokumentach złożonych przez podatników, płatników czy inkasentów podatkowych[12], ale także w dokumentach będących w dyspozycji organów podatkowych (dokumentacja rachunkowa) i w dokumentach pozyskanych przez organy podatkowe[13]. W tym ostatnim przypadku szczególne znaczenie mają informacje uzyskane z banków oraz innych instytucji finansowych.

INFORMACJE PODATKOWE

Wśród dowodów stosowanych w postępowaniu podatkowym informacje podatkowe są dowodami szczególnymi, charakterystycznymi dla tego postępowania. Idzie tu najczęściej o informacje uzyskane przez organy podatkowe z banków, ale także z takich instytucji finansowych, jak zakłady ubezpieczeń, fundusze inwestycyjne, fundusze emerytalne, domy maklerskie czy spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Informacji podatkowych w oparciu o art. 182 ordynacji podatkowej, mogą żądać naczelnicy urzędów skarbowych i naczelnicy urzędów celnych, a zakres tych informacji może dotyczyć w szczególności posiadanych przez dany podmiot rachunków, obrotów i stanów na tych rachunkach, zawartych umów depozytowych, obrotów papierami wartościowymi czy posiadanych indywidualnych kont emerytalnych. Wprawdzie ordynacja podatkowa zastrzega, że organy podatkowe występujące z żądaniem udzielenia informacji podatkowej „powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę szczególnego zaufania między instytucjami finansowymi a ich klientami"[14], ale sama możliwość pozyskiwania przez organy podatkowe informacji podatkowych przeczy zaufaniu klientów do instytucji finansowych, narusza sferę prywatności osób fizycznych i tajemnicę gospodarczą przedsiębiorców. Jedynym sposobem zapobieżenia przez

[11] Dział VII (art. 293–305).

[12] B. Brzeziński, *Informacje i dokumentacja w prawie podatkowym*, [w:] *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, red. B. Brzeziński, Toruń 2009, s. 298.

[13] Z. Ofiarski, *Ogólne prawo podatkowe. Zagadnienie materialnoprawne i proceduralne*, Warszawa 2013, s. 498.

[14] Art. 184 § 1 ordynacji podatkowej.

stronę postępowania podatkowego wystąpieniu o udzielenie informacji podatkowej jest samodzielne udzielenie organowi podatkowemu informacji z danego zakresu (lub upoważnienie organu podatkowego do pobrania tych informacji), ale i tak organ podatkowy może uznać, że informacje udzielone przez stronę wymagają uzupełnienia lub porównania z informacjami pochodzącymi z instytucji finansowej. Wobec takich rozwiązań niewielkie znaczenie ma obowiązek zastosowania przez organ podatkowy szczególnego trybu wystąpienia o udzielenie informacji podatkowej (żądanie pisemne w formie postanowienia, którego odpis należy doręczyć dyrektorowi nadrzędnej izby skarbowej lub dyrektorowi nadrzędnej izby celnej). Krytyczne podejście do posługiwania się w polskim postępowaniu podatkowym informacjami podatkowymi uzyskanymi z banków i innych instytucji finansowych nasuwa także uwagę, że informacja podatkowa nie może być początkowym źródłem dowodowym postępowania podatkowego, gdyż można ją zastosować jedynie wtedy, gdy z dowodów już zgromadzonych w toku postępowania wynika potrzeba ich uzupełnienia lub porównania z informacjami pochodzącymi z instytucji finansowej[15]. Niewielkie znaczenie ma też narzucony organom podatkowym przez przepisy ordynacji podatkowej[16] obowiązek przechowywania akt, w których znajdują się indywidualne informacje uzyskane od banku lub innej instytucji finansowej, w pomieszczeniach zabezpieczonych zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

W dyspozycji organów podatkowych znajdują się także informacje o założonych i zlikwidowanych rachunkach bankowych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, uzyskane od banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, ale w oparciu o inną podstawę prawną. Art. 82 § 2 ordynacji podatkowej nakazuje wymienionym instytucjom finansowym okresowe przekazywanie tych informacji podatkowych ministrowi finansów, a on udostępnia je naczelnikom urzędów skarbowych, naczelnikom urzędów celnych, dyrektorom izb skarbowych i dyrektorom izb celnych oraz dyrektorom urzędów kontroli skarbowej.

Organy podatkowe dysponują więc szeregiem informacji, dotyczących osób fizycznych i podmiotów gospodarczych, pozyskanych z różnych źródeł, w tym informacjami podatkowymi pochodzącymi z banków i innych instytucji finansowych, a rozwiązania prawne dotyczące zakresu tajemnicy skarbowej są zróżnicowane w zależności od rodzaju

[15] Por. art. 182 § 1 ordynacji podatkowej.

[16] Art. 296 § 1 pkt 1.

podmiotu chcącego uzyskać informację od organu podatkowego i w zależności od rodzaju informacji, która miałaby być przez organ podatkowy udostępniona.

UDOSTĘPNIANIE INFORMACJI OBJĘTYCH TAJEMNICĄ SKARBOWĄ

Dostęp do informacji pochodzących z banku lub innej instytucji finansowej przysługuje naczelnikowi urzędu skarbowego lub urzędu celnego, pracownikowi lub funkcjonariuszowi tego urzędu załatwiającemu sprawę oraz ich bezpośrednim przełożonym[17]. Oznacza to, że wójt, burmistrz czy prezydent miasta, choć są organami podatkowymi, nie tylko nie mogą wystąpić do instytucji finansowej z żądaniem udzielenia informacji podatkowej, ale też nie mają dostępu do informacji będących w dyspozycji naczelnika urzędu skarbowego czy naczelnika urzędu celnego, poza numerami rachunków bankowych w sprawach dotyczących świadczeń rodzinnych lub świadczeń pieniężnych wypłacanych w przypadku bezskuteczności egzekucji alimentów. Ordynacja podatkowa nie zezwala także na udostępnienie im akt, zawierających informacje uzyskane od instytucji finansowych w ramach indywidualnych informacji podatkowych (poza sprawami dotyczącymi świadczeń rodzinnych lub świadczeń pieniężnych wypłacanych w przypadku bezskuteczności egzekucji alimentów). Można sądzić, że idzie tu o realizację zasady, iż wykorzystanie informacji będących w posiadaniu organu podatkowego odbywa się wewnątrz jego struktur organizacyjnych[18], ale przecież krąg podmiotów, którym naczelnicy urzędów skarbowych i naczelnicy urzędów celnych mają prawo udostępniać akta zawierające indywidualne informacje podatkowe uzyskane z instytucji finansowych, jest szeroki (art. 297 § 1) i obejmuje nawet takie podmioty, jak Żandarmeria Wojskowa, Służba Więzienna czy Biuro Ochrony Rządu. W niekorzystnej sytuacji prawnej w świetle przepisów o tajemnicy skarbowej jest też biegły powołany w toku postępowania podatkowego lub kontroli podatkowej. Organ podatkowy określa zakres opinii biegłego, ale przepisy ordynacji podatkowej nie zezwalają na udostępnienie mu akt sprawy podatkowej, w której ma wydać opinię, w sytuacji, gdy w aktach znajdują się indywidualne informacje uzyskane od banku lub innej instytucji finansowej (art. 298 pkt 6 ordynacji podatkowej). Jedyne rozwiązanie

[17] Art. 295 pkt 1 ordynacji podatkowej.

[18] Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 27 czerwca 2012 r., IV SA/Wr154/12, LEX nr 1265484.

w tym przypadku polega na wyłączeniu z akt danej sprawy indywidualnych informacji uzyskanych od banku lub innej instytucji finansowej[19], ale być może nie w każdej sytuacji tak okrojone akta będą stanowiły materiał wystarczający do wydania opinii przez biegłego.

Jeszcze szerszy zakres uprawnień podmiotowych wyznaczono dla udostępniania przez naczelników urzędów skarbowych i naczelników urzędów celnych akt, które nie zawierają indywidualnych informacji podatkowych pochodzących z instytucji finansowych. Zakres ten, istotnie poszerzany w ostatnich latach, oparty jest na wyliczeniu podmiotów uprawnionych, które jest tylko pozornie zamknięte (art. 298 ordynacji podatkowej), bo kończy się na możliwości udostępniania akt także „innym organom – w przypadkach i na zasadach określonych w odrębnych ustawach oraz ratyfikowanych umowach międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska".

Dodatkową listę podmiotów uprawnionych do uzyskania informacji zawartych w aktach spraw podatkowych zawiera art. 299 § 3 ordynacji podatkowej, z tym jednak, że nie mogą to być informacje indywidualne, które uzyskano od instytucji finansowych. Jest charakterystyczne, że także tutaj (podobnie jak w przepisach, o których była mowa wcześniej) współmałżonek strony postępowania podatkowego nie jest wymieniony wśród podmiotów uprawnionych do uzyskania informacji z akt danej sprawy. Tylko w przypadku, gdyby informacje znajdujące się w aktach sprawy podatkowej współmałżonka potrzebne były dla rozstrzygnięcia sprawy alimentacyjnej, informacje takie mogą być uzyskane, ale drogą pośrednią, na żądanie sądu, przed którym toczy się sprawa alimentacyjna[20]. Informacji z akt sprawy podatkowej nie może uzyskać także wierzyciel, którego dłużnik jest stroną postępowania podatkowego[21]. W razie konieczności uzyskania takiej informacji można to osiągnąć tylko przez działanie komornika sądowego w związku z toczącym się postępowaniem egzekucyjnym lub zabezpieczającym (art. 229 § 3 pkt 8 ordynacji podatkowej). Komornik jednak, który wystąpił o udostępnienie informacji z akt sprawy podatkowej, musi uiścić opłatę[22], z której

[19] M. Masternak, *Biegły w postępowaniu podatkowym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2001, nr 2, s. 117; zob. też art. 299 § 1 ordynacji podatkowej.

[20] Wyrok NSA z 6 marca 2002 r., I SA/Wr 1436/00, LEX nr 54302.

[21] Pismo z 13 maja 2009 r. Izby Skarbowej w Poznaniu, ILPB2/415-204/09-3/ES.

[22] Rozporządzenie Ministra Finansów z 30 grudnia 2008 r. w sprawie wysokości opłaty uiszczanej na rachunek organu podatkowego za udostępnienie informacji komornikom sądowym oraz trybu jej pobierania i sposobu uiszczania (Dz.U. Nr 237, poz. 1664 z późn. zm.).

nie zwalnia nawet fakt, że organ podatkowy na zapytanie komornika udzielił odpowiedzi, iż w aktach sprawy informacje potrzebne komornikowi się nie znajdują[23].

Poza przypadkami szczegółowo uregulowanymi w ordynacji podatkowej, naczelnik urzędu skarbowego, naczelnik urzędu celnego, dyrektor izby skarbowej lub dyrektor izby celnej może ujawnić informacje objęte tajemnicą skarbową jeśli uzyska na to zgodę ministra finansów. Ta jeszcze dalej idąca możliwość działania organów publicznych wbrew tajemnicy skarbowej skłania do krytycznej oceny poszerzania zakresu wyjątków od zasady, które niekiedy mają pozór racjonalności (ważny interes publiczny, związany ze skutecznością prowadzonych postępowań kontrolnych i podatkowych), ale niekiedy skłaniają do ostrej krytyki[24], jak na przykład uzasadnianie działania wbrew tajemnicy skarbowej tym, że „ujawnienie tych informacji urzeczywistni prawo obywateli do ich rzetelnego informowania o działaniach organów podatkowych i jawności życia publicznego" (art. 292b ordynacji podatkowej). C. Kosikowski uważa w tym względzie za paradoksalne, że uzasadnianie ujawniania tajemnicy skarbowej ma służyć realizacji prawa obywateli do informacji publicznej, skoro ujawnia się dane podatników, nie zaś dane dotyczące działalności organów podatkowych[25].

Analiza zastosowanych w tym względzie konstrukcji normatywnych może nasuwać myśl o jedynie deklaratoryjnym działaniu tajemnicy skarbowej, czy wręcz o zastosowaniu rozwiązań, które w praktyce stają się iluzoryczne. Tajemnica skarbowa doznaje tak wielu wyjątków[26], że można mówić o dysproporcji między ochroną interesów prywatnych a ochroną interesów publicznych, przy wyraźnym wyeksponowaniu interesów fiskalnych państwa. Zakres ograniczania tajemnicy skarbowej prowadzi faktycznie do jej całkowitego uchylenia w odniesieniu do organów administracji finansowej[27], które ponadto mogą informacje uzyskane od banków przekazywać dalej innym podmiotom.

---

[23] Pismo z 14 września 2011 r. Izby Skarbowej w Łodzi IPTPB3/4230-6/11-2/MF.

[24] J. Gliniecka, *Wyjątek od zasady tajemnicy skarbowej czy zaprzeczenie jej istoty?*, „Prawo i Podatki" 2007, nr 3, s. 16.

[25] C. Kosikowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, [w:] R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, M. Popławski, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2011 (wyd. 4).

[26] J. Gliniecka, *Tajemnica skarbowa*, [w:] *Prawo podatkowe*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2012, s. 67.

[27] J. Gliniecka, *Tajemnica skarbowa*, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2013, s. 1178.

Marek Klink

KONSTYTUCYJNE PRZESŁANKI MODYFIKACJI KWALITATYWNYCH I KWANTYTATYWNYCH ELEMENTÓW KONSTRUKCJI PODATKU

1. Występujący system norm prawnych cechuje szereg wzajemnych relacji, z których na szczególną uwagę zasługują normy wywierające wpływ na kształt systemu podatkowego. Zaznaczyć należy, że ustawa z 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[1], ustala hierarchię źródeł prawa[2], zgodnie z którą przyznaje konstytucji jej największą moc prawną. Poprzez takie ujęcie ustawodawca przesądza o zależnościach występujących pomiędzy hierarchicznie ujętymi normami prawnymi. Nadmienić należy, że ustawa zasadnicza stanowi podstawowe źródło tworzenia norm prawnych, co tym samym powoduje, iż akty niższej rangi winny być zgodne z ustaloną hierarchią.

Ten pozornie prosty układ hierarchii źródeł prawa był niejednokrotnie naruszany przez ustawodawcę, na co wielokrotnie zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny[3]. Nadto należy zauważyć, że Konstytucja RP zawiera normy będące podstawą kształtowania systemu prawa w państwie demokratycznym. Wymóg zachowania ustawy dla uregulowań z zakresu finansów publicznych stał się standardem konstytucyjnym[4], chociaż jak wyżej wspomniano, istnieją tendencje do obchodzenia tego

---

1 Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 [dalej: Konstytucja RP].

2 Art. 87 ust. 1 Konstytucji RP.

3 Art. 188.

4 C. Kosikowski, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2003, s. 54.

standardu. Wymóg ten nabiera szczególnego charakteru w odniesieniu do stanowienia podatków i innych ciężarów publicznych[5]. Konstytucja RP nie ogranicza się jedynie do ustawowego wymogu stanowienia ciężarów publicznych, ale wymóg ten odnosi również do określania podmiotów podatku, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków. Przyjęte rozwiązania konstytucyjne wyeliminowały, występującą uprzednio, możliwość dokonywania konkretyzacji pola obowiązków podatkowych w drodze aktów prawnych niższego rzędu, w tym przede wszystkim rozporządzeń Rady Ministrów bądź ministra finansów[6].

Nie ulega wątpliwości, że funkcjonowanie państwa zależy nie tylko od systemu źródeł prawa, lecz równie istotne znaczenie przypisać należy źródłom finansowania jego działalności[7]. Reguły zawarte w art. 217 oraz art. 84 Konstytucji RP wyrażają tzw. zasadę władztwa podatkowego państwa, stanowią one podstawę nakładania podatków, których celem jest finansowanie potrzeb publicznych[8]. Należy także zwrócić uwagę na doniosłość tego rozwiązania w konstytucji, w której określony został zakres regulacji ustawowej w konkretnej gałęzi prawa[9]. Warto wspomnieć, że historyczne już normy Ustawy Konstytucyjnej Rzeczypospolitej Polskiej z 17 marca 1921 r.[10] oraz Ustawy Konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r.[11], zawierały również dyrektywy dotyczące podatków. Natomiast Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22 lipca 1952 r.[12], wręcz przeciwnie – nie za-

5 Art. 217 Konstytucji RP.

6 M. Klink, *Preferencje podatkowe jako konstrukcje prawne w zakresie unikania podwójnego opodatkowania w ramach podatku od spadków i darowizn*, [w:] *Prawo finansowe po transformacji ustrojowej. Międzynarodowe i europejskie prawo podatkowe*, red. I. Mirek, T. Nowak, Łódź 2013, s. 511.

7 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 maja 2004 r., K 40/02 [dostęp: Legalis]. Trybunał podkreślił znaczenie równowagi finansów publicznych i ochrony przed nadmiernym zadłużaniem się podmiotów publicznych.

8 T. Dębowska-Romanowska, *Obliczanie podatku a gwarancje praw obywatelskich*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 7, s. 32; eadem, *Prawo finansowe. Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, Warszawa 2010, s. 116 i nast.

9 W. Nykiel, *Ulgi i zwolnienia w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2002, s. 37; E. Fojcik-Mastalska, R. Mastalski, *Zasada zupełności ustawowej w prawie podatkowym*, [w:] *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci prof. Natalii Gajl*, Warszawa 1999, s. 391.

10 Dz.U. Nr 44, poz. 267.

11 Dz.U. Nr 30, poz. 227.

12 Dz.U. Nr 33, poz. 232.

wiera reguł odnoszących się do opodatkowania. Fakt ten opisywany jest w literaturze przedmiotu jako przyczyna degradacji prawa podatkowego w ówczesnym czasie[13].

Źródła finansowania działalności państwa, określone są w ustawie z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[14], jako katalog środków publicznych[15]. W bogatej gamie środków publicznych[16] dominującą rolę odgrywają daniny publiczne[17], stanowiąc wielkość oscylującą w granicach 86% prognozowanych dochodów budżetowych[18]. Konkretyzacja źródeł finansowania działalności samorządu, dokonana została w ustawie z 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego[19]. Ustawa ta określa katalog dochodów podatkowych samorządów, do których zalicza m.in. udział gmin[20], powiatów[21] oraz województw[22] w ogólnej kwocie wpływów z podatku dochodowego od osób fizycznych[23], a także w ogólnej kwocie wpływów z podatku dochodowego od osób prawnych[24].

2. Warto zwrócić uwagę na fakt, że konstrukcja danin publicznych, złożona z elementów kwalitatywnych oraz kwantytatywnych ulega ewolucji na skutek licznych obiektywnych, jak i subiektywnych czynników. W tym przypadku ewolucję należy utożsamiać z procesem, polegającym na stopniowych zmianach cech danin publicznych, powstałych na skutek wprowadzanych nowelizacji. Aby jednak działania te mogły nastąpić, muszą istnieć nie tylko racjonale uwarunkowania, lecz przede wszystkim czynności te muszą być dokonane z zachowaniem norm prawnych,

---

13 J. Małecki, A. Gomułowicz, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2006 [dostęp: LexPolonica].

14 Tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 885 [dalej: ustawa o finansach publicznych].

15 Art. 5 ustawy o finansach publicznych.

16 E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2011 [dostęp: Lexpolonica].

17 Art. 5 ust. 2 ustawy o finansach publicznych.

18 Załącznik nr 1 do ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy budżetowej na rok 2013 (Dz.U. poz. 1212).

19 Tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 80, poz. 526 [dalej: ustawa o dochodach jednostek samorządu terytorialnego].

20 Art. 4 ust. 2 i 3 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego.

21 *Ibidem*, art. 5 ust. 2 i 3.

22 *Ibidem*, art. 6 ust. 2 i 3.

23 *Ibidem*, art. 2 pkt 5.

24 *Ibidem*, art. 2 pkt 6.

wśród których szczególne znaczenie posiada ustawa zasadnicza oraz wynikające z niej zasady.

3. Związek zasad prawnych wynikających z Konstytucji RP z systemem podatkowym, z uwagi na m.in. hierarchię źródeł prawa, jest oczywisty. Fakt ten przesądza także o konieczności zachowania zgodności przepisów prawa podatkowego z normami konstytucyjnymi. Normy te wywodzą się z konstytucyjnych zasad prawnych określanych jako trwałe, pewne i niezmienne. Warto odnotować fakt, że zasady te posiadają zróżnicowany charakter, genezę oraz formę występowania. Nie ulega wątpliwości, że wiele z nich wynika wprost z treści ustawy zasadniczej, lecz są i takie, które zawdzięczają swój kształt orzecznictwu oraz doktrynie. Wiele konstytucyjnych zasad wykazuje związek z prawem podatkowym, jednak na szczególną uwagę zasługuje zasada sprawiedliwości społecznej[25], zasada wolności działalności gospodarczej[26] oraz zasada równości wobec prawa[27].

Nie ulega wszakże wątpliwości, że ustrojodawca dopuścił możliwość poboru danin publicznych jedynie na podstawie ustawy. Równocześnie, zgodnie z art. 217 Konstytucji RP, ustawowo określone muszą być elementy kwalitatywne podatku: podmiot podatku i przedmiot opodatkowania oraz stawki podatkowe będące elementem kwantytatywnym[28]. Co prawda konstytucja pomija fakt określenia kwantytatywnego elementu konstrukcji podatku, jakim jest podstawa opodatkowania, a także innych czynników, m.in. związanych z poborem danin publicznych, jednakże i te elementy muszą być wyrażone ustawowo[29]. Fakt braku w Konstytucji RP istotnego elementu konstrukcji podatku, jakim niewątpliwie jest podstawa opodatkowania, może stwarzać wątpliwości co do możliwości wskazania tego elementu choćby w odrębnym akcie wykonawczym[30]. W literaturze przedmiotu podstawa opodatkowania definiowana jest jako ilość odpowiednich jednostek miary, wyrażająca

25 Art. 2 Konstytucji RP.

26 Art. 20 i 22 Konstytucji RP.

27 Art. 32 Konstytucji RP.

28 Zob. szerzej: T. Dębowska-Romanowska, *Uwagi o sposobie definiowania przedmiotu i podstawy opodatkowania z punktu widzenia obliczenia prawidłowej (jednej i jedynej) kwoty podatku*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci profesora Apoloniusza Kosteckiego. Studia z dziedziny prawa podatkowego*, red. B. Brzeziński, Toruń 1998, s. 40.

29 C. Kosikowski, *Legislacja finansowa*, Warszawa 1998, s. 73 i nast.

30 Idem, *Źródła prawa podatkowego w świetle Konstytucji*, „Glosa" 1999, nr 7, s. 2.

ujęcie ilościowe, czyli kwantyfikację przedmiotu opodatkowania[31]. Pogląd doktryny, w zakresie którego tak istotny element, jakim jest podstawa opodatkowania nie może pozostawać poza regulacją ustawową[32] jest słuszny.

W literaturze przedmiotu uznaje się ustawową formę regulacji konstrukcji podatków jako powszechnie akceptowaną we współczesnych ustawodawstwach zasadę, nazywaną zasadą wyłączności ustawowej[33]. Warto zwrócić uwagę na szczególny charakter stanowienia ustaw podatkowych, względem których włączony został tzw. pilny tryb prac legislacyjnych[34].

4. Istotna jest rola zwolnień podatkowych, których zasadniczym zadaniem jest oddziaływanie na zakres podmiotowy oraz przedmiot opodatkowania. Natomiast oddziaływanie na podstawę opodatkowania, stawki podatku, a także kwotę podatku, stanowi podstawowe zadanie instytucji ulg podatkowych. W literaturze przedmiotu występuje pogląd, według którego na kształt zwolnień oraz ulg podatkowych zasadniczy wpływ mógłby wywierać katalog zasad podatkowych. Pomimo wniosków doktryny, nie znalazł on swojego źródła w Konstytucji RP[35].

Reguły zawarte w ustawie zasadniczej nie tylko wskazują możliwość wprowadzania ulg i zwolnień podatkowych, lecz nawet oznaczają domniemane sfery, powiązane z ich zastosowaniem. Jak wcześniej wspomniano, ustawodawca posiada szeroką swobodę w zakresie kształtowania danin publicznych, w tym także czynników modyfikujących ich zasadnicze elementy konstrukcyjne. Fakt ten determinuje swobodę ustawodawcy w zakresie kształtowania konstrukcji dotyczących zarówno instytucji zwolnień, jak i ulg podatkowych, co potwierdzane jest przez orzecznictwo w zakresie tej materii[36]. Kształt danin publicznych, zgodnie z przedstawionym powyżej stanowiskiem, związany jest z czynnikami politycznymi i gospodarczymi. W przypadku rodzaju oraz formy zwolnień i ulg podatkowych, zasada ta nie jest w pełni respektowana, gdyż przesłankami decydującymi o zakresie i przedmiocie zwolnień

31 K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 144 i nast.

32 W. Nykiel, *op. cit.*, s. 38.

33 *Ibidem*, s. 36.

34 Art. 123 ust. 1 Konstytucji RP.

35 W. Morawski, *Ulgi i zwolnienia w prawie podatkowym*, Gdańsk 2003, s. 95.

36 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 1997 r., K. 26/97, LexPolonica nr 325990; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 listopada 1999 r., K. 28/98, LexPolonica nr 343920.

i ulg podatkowych, zgodnie z literaturą przedmiotu i orzecznictwem, są ich potencjalne skutki ekonomiczne[37] oraz społeczne[38].

Swoboda kształtowania konstrukcji prawnofinansowej danin publicznych oznacza także, możliwość tworzenia różnorodnych form i sposobów opodatkowania, zróżnicowania wysokości stawek podatkowych, a także zróżnicowania w zakresie wymiaru i poboru podatku. Działania te doprowadziły do występowania szerokiej gamy szczególnych ustaw podatkowych wykazujących liczne oryginalne cechy. Konstytucyjne przesłanki dotyczące wyznaczania kształtu konstrukcji danin publicznych, a tym samym m.in. zwolnień i ulg podatkowych, wykazują wszakże wysoką swobodę decyzyjną po stronie ustawodawcy. Wymienione wcześniej zasady konstytucyjne, a mianowicie zasada sprawiedliwości społecznej oraz zasada równości wobec prawa, wyznaczają granicę ingerencji ustawodawcy zakres konstrukcji danin publicznych, polegających także na kształtowaniu zwolnień i ulg podatkowych.

5. Konstytucyjna zasada równości wobec prawa[39] ma istotne znaczenie zarówno w sferze stanowienia prawa, jak i jego stosowania. Aspekty te nie mogą pomijać legislacji oraz stosowania norm prawa podatkowego. Literatura przedmiotu[40] wyróżnia pojęcia równości wobec prawa podatkowego, rozumianego jako jednakowe stosowanie prawa podatkowego wobec wszystkich adresatów normy podatkowej oraz równość w prawie podatkowym będąca postulatem stanowienia takiego prawa podatkowego, w zakresie którego nie dochodzi do przypadków faworyzowania lub dyskryminacji do określonych adresatów norm prawnopodatkowych. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące stosowania zasady równości wskazuje jako istotę, wymóg stosowania równych reguł wobec wszystkich podmiotów charakteryzujących się daną cechą[41]. Takie stanowisko pozwala na konstruowanie norm prawa podatkowego, zgodnie z którymi w przypadku zróżnicowania sytuacji prawnej, możliwe jest wprowadzanie odmiennych rozwiązań prawnych.

---

37 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 29 maja 1996 r., K 22/95 [dostęp: Legalis].

38 J. Oniszczuk, *Podatki i inne daniny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2001, s. 33 i nast.

39 Ogólne zasady sformułowane zostały przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 3 marca 1997 r. P. 2/87, LexPolonica nr 312368.

40 J. Małecki, A. Gomułowicz, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010 [dostęp: LexPolonica].

41 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 stycznia 2001 r., K. 5/2000, LexPolonica nr 351608.

Istota zasady równości wymaga, aby do tych samych zdarzeń prawnych stosowane były te same następstwa prawnopodatkowe. Występują jednak przypadki, w których ustawodawca odmiennie traktuje podmioty posiadające wspólną cechę, fakt ten stanowi co prawda wyjątek od zasady równości, ze względu na uwarunkowania umożliwiające takie postępowanie. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie rozstrzygał w kwestii przypadków stosowania odstępstw od zasady równości, jednakże jego stanowisko w tej materii nie jest jednoznaczne.

6. Zgodnie z argumentacją Trybunału Konstytucyjnego, zasadę równości należy łączyć z inną zasadą, a mianowicie sprawiedliwości społecznej, podkreślając to w orzecznictwie: „dla prawidłowego ustalenia normatywnej treści konstytucyjnej zasady równości należy podkreślić, że równość wobec prawa zakłada istnienie wspólnej, istotnej cechy, uzasadniającej równe traktowanie obywateli”[42]. Przyjęte stanowisko Trybunału Konstytucyjnego oddaje wyraz tzw. równości kompensacyjnej, zakładającej możliwość odstępstwa od zasady równości wobec prawa w warunkach gdy:

1) wprowadzone przez prawodawcę zróżnicowania są racjonalnie uzasadnione, biorąc pod uwagę cel i treść przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma,
2) waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie podmiotów podobnych, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku różnego traktowania podmiotów podobnych,
3) regulacja prawna znajduje podstawę w wartościach, zasadach lub normach konstytucyjnych uzasadniających odmienne traktowanie podmiotów podobnych[43].

Zasada sprawiedliwości społecznej ujęta w art. 2 Konstytucji RP istotnie wpływa na treść innych norm konstytucyjnych, a zwłaszcza na rozumienie wspominanej powyżej zasady równości[44]. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dostrzega się występujące relacje pomiędzy zasadą państwa prawnego, a zasadą sprawiedliwości społecznej. Zgod-

[42] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 11 kwietnia 1994 r. K. 10/93, LexPolonica nr 303767. Glosa aprobująca: E. Fojcik-Mastalska, R. Mastalski, „Państwo i Prawo” 1994, nr 11, s. 103.

[43] J. Małecki, A. Gomułowicz, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010 [dostęp: LexPolonica].

[44] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, komentarz do art. 2 [dostęp: Legalis].

nie ze stanowiskiem Trybunału, zasad tych nie należy przeciwstawiać ani też traktować jako odrębne wzorce konstytucyjne[45]. Założenia wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny oznaczają nakaz stosowania tych samych reguł w stosunku do podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej. Dzięki takiemu ujęciu instytucje zwolnień oraz ulg podatkowych umożliwiają z założenia, bardziej precyzyjne dostosowanie obciążenia podatkowego do indywidualnej sytuacji podatnika. Trybunał Konstytucyjny podkreślił także wagę zwolnień podatkowych jako ustawowego wyjątku w zakresie odstępstwa od zasady sprawiedliwości podatkowej[46], tj. powszechności i równości opodatkowania"[47].

7. Wynikająca z art. 217 Konstytucji RP kompetencja przyznawania w drodze ustawy „ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków" może rodzić, całkowicie z resztą zasadne, wątpliwości w zakresie interpretacji znaczeniowej tego określenia. Zastosowanie do interpretacji wykładni językowej, wykazuje występowanie instytucji ulg podatkowych oraz instytucji zwolnień podatkowych. Jakkolwiek w doktrynie przedmiotu występuje pogląd, zgodnie z którym kategoria ulg podatkowych związana jest jedynie z czynnością o charakterze proceduralnym dotyczącym ulgi w zapłacie podatku[48]. Odmienne stanowisko wraża pogląd aprobujący rozszerzenie użytego pojęcia „ulg" w zakresie elementów konstrukcji podatku[49]. Pewne wątpliwości znaczeniowe przypisać należy użytemu sformułowaniu „podmiotów zwolnionych z podatków", ponieważ to wyrażenie sugeruje możliwość stanowienia zwolnień jedynie o charakterze podmiotowym. Warto wspomnieć znaczenie instytucji zwolnień podatkowych, poprzez którą określone podmioty w określonych stanach faktycznych zwolnione są z opodatkowania. Dzięki powiązaniu zakresu podmiotowego podatku z jego przedmiotem opodatkowania, a także następujących po nich pozostałych elementów konstrukcji podatku, skutki opodatkowania rzutują na podmiot podatku. Stwierdzić należy także, że ustawodawca

[45] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 kwietnia 2000 r. K. 8/98, LexPolonica nr 346199.

[46] A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001, s. 22 i nast.

[47] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 29 maja 1996 r. K 22/95 [dostęp: Legalis].

[48] H. Dzwonkowski, *Elementy konstrukcyjne podatku w świetle art. 217 Konstytucji*, „Glosa" 1999, nr 6, s. 2.

[49] W. Nykiel, *op. cit.*, s. 39.

określił ekonomiczne skutki zwolnień i ulg podatkowych, a nie sposób ich wyrażenia.

8. Z zasady demokratycznego państwa[50] wywodzi się zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jak podkreślane jest w literaturze, zasada ta oznacza możliwość prowadzenia aktywności gospodarczej, społecznej oraz rodzinnej, bez obawy przed zaskakującymi zmianami przepisów prawa[51]. Stwierdzić należy, że nagła i radykalna zmiana konstrukcji norm podatkowych będzie uznawana za działanie niepożądane oraz niezgodne z zasadami konstytucyjnymi. Dlatego wprowadzenie zróżnicowanych oraz rozległych rozwiązań w zakresie regulacji podatkowych, uznać należy za stan niepożądany. Ponadto tworzenie rozbudowanych konstrukcji w zakresie ulg i zwolnień podatkowych w wielu przypadkach zaciera idee opodatkowania. Tym sposobem, co prawda instytucje zwolnień i ulg podatkowych wywołują określone zdarzenia o pozytywnym charakterze[52], niemniej ich nadmiar budzi wątpliwości i zastrzeżenia interpretacyjne.

9. Zasada równości zawarta w art. 32 Konstytucji RP, w przypadku stosowania jej w sposób bezwarunkowy zapewnia równość wszystkich, nie uwzględniając istotnych różnic występujących pomiędzy jednostkami. Analiza pojęcia „równość" wskazuje, że przesłankami umożliwiającymi zróżnicowanie podatników winny stanowić występowanie odmiennych cech lub odmiennych stanów fatycznych. Stwierdzenie to, choć radykalne, powoduje że trudno odnaleźć identyczne podmioty znajdujące się w identycznych przypadkach. Co więcej, stany, w których podatnicy posiadają identyczne łączne cechy oraz znajdują się w identycznych stanach faktycznych, w zasadzie nie istnieją. Poprzez takie pojmowanie równości powiązanej z identycznością, nie sposób dostosować norm prawnych, w tym dotyczących prawa podatkowego, do zindywidualizowanych sytuacji podatników. Zatem równość w znaczeniu dosłownym jest niemożliwa do osiągnięcia. Istotnym problemem jest zatem określenie granicy opodatkowania, zachowując jednocześnie postulat równości. Przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny stanowisko zakłada

[50] Zob. także: Z. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1948 r.)*, Białystok 1998.

[51] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 1997 r. K. 26/96, LexPolonica nr 325990.

[52] Zwolnienie z podatku, zmniejszenie kwoty podatku, mają na celu pobudzenie lub stymulację określonego rodzaju aktywności.

możliwość kreowania grupowo zindywidualizowanych zwolnień podatkowych, „jeżeli przyświecają temu wyjątkowi od zasady powszechności obciążenia podatkowego cele społeczno-gospodarcze wyrażające wartości chronione konstytucyjnie”[53].

10. Zawarta w art. 71 Konstytucji RP zasada ochrony rodziny i małżeństwa, zgodnie z którą państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej winno uwzględniać dobro rodziny, stanowi przesłankę związaną z możliwością tworzenia oddziaływań względem kwalitatywnych oraz kwantytatywnych elementów konstrukcji podatku. Za przykład rozwiązań prawnych w tym zakresie posłużyć mogą normy zawarte w ustawie z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn[54] oraz ustawie z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych[55], a także reguły opodatkowania objęte ustawą z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych[56]. Na uwagę zasługują także regulacje dotyczące zwolnienia z opodatkowania w ramach podatku od spadków i darowizn. Ma to miejsce w przypadku nieodpłatnego nabycia rzeczy lub praw majątkowych od osób zaliczonych do kręgu najbliższej rodziny[57]. Systemowe rozwiązanie występuje także w ramach podatku od czynności cywilnoprawnych, wprowadzając zwolnienie w przypadku zawarcia umowy pożyczki pomiędzy osobami najbliższymi[58]. Ponadto konstrukcja opodatkowania przychodów osiąganych przez osoby fizyczne objęta ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych, w swoim kształcie i założeniu, stanowi potwierdzenie konstytucyjnej zasady ochrony rodziny i małżeństwa. Czyni to poprzez m.in. możliwość zmiany reguł obliczenia podatku dochodowego małżonków dzięki wspólnemu rozliczeniu[59] dochodów małżonków lub preferencyjny sposób obliczenia podatku przez osoby samotnie wychowujące dzieci[60].

---

[53] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 1998 r. K. 12/98, LexPolonica nr 334068.

[54] Tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 93, poz. 768 z późn. zm. [dalej: ustawa o podatku od spadków i darowizn].

[55] Tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 101, poz. 649 z późn. zm. [dalej: ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych].

[56] Dz.U. z 2012 r. poz 361 z późn. zm. [dalej: ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych].

[57] Art. 4a ustawy o podatku od spadków i darowizn.

[58] Art. 9 pkt 10 lit b i c podatku od czynności cywilnoprawnych.

[59] Art. 6 ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

[60] *Ibidem*, art. 6 ust. 4.

W konstrukcję podatku dochodowego od osób fizycznych wprowadzone zostały liczne zwolnienia związane ze wsparciem rodziny[61]. Na szczególną uwagę zasługuje możliwość zastosowania ulgi, redukującej kwotę podatku w przypadku wychowywania dzieci[62].

11. Wskazana zasada oraz przykłady wybranych modyfikacji elementów konstrukcji podatku łączyć należy z inną konstytucyjną zasadą, a mianowicie dotyczącą opieki państwa nad małżeństwem i rodziną[63]. Wskazane powyżej wybrane przykłady tworzenia zróżnicowań w zakresie konstrukcji danin publicznych potwierdzane są nie tylko normami ujętymi w art. 71 Konstytucji RP, lecz stanowią dowód na wypełnienie założeń zasady opieki państwa na małżeństwem i rodziną zgodnie z normami art. 18 Konstytucji RP. Za bezpośrednie przykłady stosowania założeń zasady opieki państwa nad małżeństwem i rodziną, poza podanymi powyżej, posłużyć mogą liczne rozwiązania występujące w podatku dochodowym od osób fizycznych. Ta konstrukcja opodatkowania stwarza szeroki katalog zwolnień podatkowych ujętych w art. 21 podatku dochodowego od osób fizycznych, spośród których na uwagę zasługuję zwolnienie przychodów uzyskiwanych w ramach świadczeń alimentacyjnych[64] oraz otrzymywanych świadczeń z pomocy społecznej[65]. Nadmienić wypada, że ustawodawca wyłączył spod opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych zarówno przychody z tytułu podziału wspólnego majątku małżonków[66], jak i świadczeń na zaspokojenie potrzeb rodziny[67].

12. Kolejna z konstytucyjnych reguł postuluje otoczenie szczególną opieką weteranów walk o niepodległość, a zwłaszcza inwalidów wojennych[68]. Postulat ten jest realizowany przez liczne konstrukcje prawne wynikające z szerokiej gamy aktów normatywnych[69], aczkolwiek są i takie normy,

---

61 *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 8.

62 *Ibidem*, art. 27f.

63 Art. 18 Konstytucji RP.

64 Art. 21 ust. 1 pkt 127 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

65 *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 79.

66 *Ibidem*, art. 2 ust. 1 pkt 2.

67 *Ibidem*, art. 2 ust. 1 pkt 7.

68 Art. 19 Konstytucji RP.

69 Ustawa z 29 maja 1974 r. o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 101, poz. 648, późn. zm.); ustawa z 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będą-

których zadaniem jest wywołanie szczególnej sytuacji w ramach obciążeń podatkowych. Za przykład takich rozwiązań służyć mogą normy z zakresu zwolnień podatkowych zawarte w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych. Mianowicie ustawodawca objął zwolnieniem wybrane renty[70], otrzymywany przez kombatantów ryczałt energetyczny[71] oraz dodatek kombatancki[72] i niektóre inne świadczenia[73].

13. Ustawa zasadnicza ujęła w swych ramach także szczególne prawo, a mianowicie prawo osób niepełnosprawnych do pomocy państwa[74]. Brak konstytucyjnej definicji pojęcia osoby niepełnosprawnej nie jest przeszkodą, gdyż rozwinięcie postanowień konstytucyjnych znajduje wyraz w ustawie z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych[75]. Warto przytoczyć pogląd Trybunału Konstytucyjnego, zdaniem którego normy art. 69 Konstytucji RP zawiera jedynie „stwierdzenie istnienia obowiązków władzy publicznej do wykreowania stosownych mechanizmów legislacyjnych"[76]. Poza tym określeniem Trybunał Konstytucyjny stwierdził także o swobodzie wyboru działań służących do realizacji przypadających zadań[77]. Elementami potwierdzającymi działania państwa w zakresie pomocy osobom niepełnosprawnym są m.in. nomy zawarte w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych, w których zawarte zostały reguły zwolnień oraz ulg podatkowych. W podatku dochodowym od osób fizycznych zwolnione zostały z opodatkowania otrzymane świadczenia na rehabilitację zawodową, społeczną i leczniczą osób niepełnosprawnych, finansowane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, z zakładowych funduszy rehabilitacji osób

cych ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r. poz. 400); ustawa z 19 sierpnia 2011 r. o weteranach działań poza granicami państwa (Dz.U. Nr 205, poz. 1203).

70 Art. 21 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, art. 21 ust. 1 pkt 74 lit a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych; art. 21 ust. 1 pkt 75 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

71 Art. 21 ust. 1 pkt 25 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

72 *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 98.

73 *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 27 lit. b.

74 Art. 69 Konstytucji RP.

75 Tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 z późn. zm.

76 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 października 2007 r. sygn. P 28/07 [dostęp: Legalis].

77 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 marca 1999 r. sygn. K 35/98 [dostęp: Legalis].

niepełnosprawnych lub zakładowych funduszy aktywności[78]. Poza tym w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych jest ulga podatkowa, której celem jest umożliwienie odliczenie od podstawy opodatkowania wydatków na cele rehabilitacyjne oraz wydatków związanych z ułatwieniem wykonywania czynności życiowych[79]. Rozwiązanie to łączyć należy z konstytucyjną przesłanką[80] tworzenia rozwiązań prawnych w tym zakresie.

14. Istotnym czynnikiem społecznym, zawartym w Konstytucji RP stanowi pomoc władz publicznych w zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli[81]. Pomoc ta przybiera różne formy znajdujące wyraz w licznych normach prawnych[82]. Wiele z nich wiąże się konstrukcjami zwolnień podatkowych zawartych m.in. w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych. Jak już wspomniano, kształt licznych zwolnień podatkowych ujętych w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych ma na celu realizację wielu działań o charakterze społecznym. Niektóre z nich należy utożsamiać z działaniami dotyczącymi zaspokajania potrzeb mieszkaniowych obywateli. Przykłady tych działań obrazują w szczególności: zwolnienie otrzymanej kwoty zwrotu niektórych wydatków związanych z budownictwem mieszkaniowym[83], dopłat do oprocentowania kredytów preferencyjnych[84] oraz zwolnienie stosowane w przypadku odpłatnego zbycia nieruchomości, z równoczesnym przeznaczeniem środków uzyskanych z odpłatnego zbycia nieruchomości, na własne cele mieszkaniowe[85]. Warto nadmienić, że konstrukcja opodatkowania zawarta w ustawie z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych[86], dotycząca podatku od nieruchomości, zawiera

[78] Art. 27 ust. 1 pkt 27 lit. a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

[79] *Ibidem*, art. 26 ust. 1 pkt 6. Precyzyjny katalog możliwych odliczeń tzw. wydatków na cele rehabilitacyjne ujęty został w art. 26 ust. 7a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

[80] Art. 69 Konstytucji RP.

[81] *Ibidem*, art. 75.

[82] Ustawa z 29 sierpnia 2005 r. o zwrocie osobom fizycznym niektórych wydatków związanych z budownictwem mieszkaniowym (Dz.U. Nr 177, poz. 1468 z późn. zm.); ustawa z 8 września 2006 r. o finansowym wsparciu rodzin innych osób w nabywaniu własnego mieszkania (tekst jednolity: Dz.U. z 2012 r. poz. 90).

[83] Art. 21 ust. 1 pkt 123 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

[84] *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 124.

[85] *Ibidem*, art. 21 ust. 1 pkt 131.

[86] Tekst jednolity: Dz.U z 2010 r. Nr 95 poz. 613 z późn. zm. [dalej: ustawa o podatkach i opłatach lokalnych].

zróżnicowane przedmiotowo stawki podatkowe, spośród których najkorzystniejsze rozwiązanie stosowane jest w stosunku do opodatkowania nieruchomości mieszkalnych[87]. Ulga podatkowa[88] zawarta w ustawie o podatku od spadków i darowizn, poprzez możliwość wyłączenia z opodatkowania 110 m^2 powierzchni użytkowej budynku lub lokalu, w istotny sposób przyczynia się do obniżenia obciążania podatkowego. Zaznaczyć należy, że możliwość ta przysługuje jedynie osobom, które nabywają nieruchomość zaspokajającą ich potrzeby mieszkaniowe oraz spełniają dodatkowo określone ustawą warunki.

15. Przedstawione okoliczności potwierdzają możliwość dostosowania norm dotyczących kwalitatywnych oraz kwantytatywnych elementów konstrukcji podatku wobec grup podmiotów wykazujących pewne cechy wspólne oraz względem zbieżnych stanów faktycznych. Tworzenie rozwiązań prawnych polegających na modyfikacji elementów konstrukcji podatku jest prawnie umocowane, o ile jego zakres nie narusza konstytucyjnych zasad[89]. Zawarte w ustawie zasadniczej wzorce postępowania stanowią przesłanki dla tworzenia rozwiązań prawnofinansowych, których celem jest realizacja postanowień wynikających z tychże wzorców.

[87] Art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

[88] Art. 16 ustawy o podatku od spadków i darowizn.

[89] W. Morawski, *op. cit.*, s. 102.

Krzysztof Skotnicki, Aldona Domańska

PRZEZNACZANIE PRZEZ PODATNIKA CZĘŚCI NALEŻNEGO PODATKU DOCHODOWEGO OD OSÓB FIZYCZNYCH NA RZECZ PARTII POLITYCZNEJ

Problem finansowania partii politycznych należy do jednego z bardziej kontrowersyjnych i niesłychanie ważnych tematów w każdym demokratycznym państwie, gdyż stanowią one niezbędny element funkcjonowania demokracji parlamentarnej[1]. Wzbudza on przy tym wiele emocji, zarówno wśród polityków, którzy wydają się być tym najbardziej zainteresowani, jak i społeczeństwa. Jest to w pełni zrozumiałe. Z jednej strony jest bowiem w pełni oczywiste, że we współczesnym świecie skuteczne uprawianie polityki absolutnie nie jest możliwe bez posiadania znacznych środków pieniężnych. Są one potrzebne tak na bieżące funkcjonowanie, jak i stale rosnące koszty kampanii wyborczych, które obecnie coraz częściej upodabnia się do działania *stricte* marketingowego i do zwykłej reklamy. Z drugiej natomiast strony na całym świecie bardzo widoczny jest proces zdecydowanego zmniejszania się zainteresowania obywateli sprawami polityki i wręcz odwracania się od niej, czego najdobitniejszym przejawem jest zmniejszająca się frekwencja

[1] Zainteresowanie tą problematyką znajduje wyraz w licznych publikacjach, przykładowo: *Finansowanie polityki. Wybory, pieniądze, partie polityczne*, red. M. Walecki, Warszawa 2000; A. Ławniczak, *Finansowanie partii politycznych*, Warszawa 2001; *Kulisy finansowania polityki*, red. M. Walecki, Warszawa 2002; *Finansowanie polityki w Polsce na tle europejskim*, red. M. Chmaj, Toruń 2008; M. Bidziński, *Finansowanie partii politycznych w Polsce*, Warszawa 2011; A. Gorgol, *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011.

podczas różnego rodzaju powszechnych wyborów. Zjawisku temu towarzyszy też przeświadczenia, że przy występowaniu wielu istotnych potrzeb ważnych dla społeczeństwa, przeznaczania tak znacznych środków na politykę, a w tym w szczególności na partie polityczne, zdecydowanie nie powinno mieć miejsca, zaś partie polityczne nie powinny otrzymywać jakichkolwiek środków publicznych.

Należy przypomnieć, że sposób finansowania partii politycznych na przestrzeni ponad stu kilkudziesięciu lat znacznie ewoluował, ulegając ciągłym przeobrażeniom i odbywając się przy zastosowaniu różnych metod i form[2]. Początkowo ich działalność finansowana była przez nielicznych partyjnych notabli, odgrywających w nich dominującą rolę, ale i narażonych na poniesienie znacznych strat. Później, gdy partie przybrały masowy charakter, koszty ich funkcjonowania pokrywane były przede wszystkim ze środków pozyskiwanych ze składek członkowskich i ewentualnie uzupełniane z innych źródeł. Od dłuższego już jednak czasu, w pewnej mierze również dlatego, że obecnie w demokratycznych państwach nie ma już w zasadzie partii masowych, finansowanie partii politycznych odbywa się z różnych źródeł, w tym przede wszystkim zewnętrznych, wśród których najważniejsze są środki pochodzące od państwa[3]. Przegląd metod i źródeł finansowania partii politycznych i ich analiza pokazuje przy tym ich olbrzymią różnorodność, jak i prowadzi do wniosku, że współcześnie pieniądze publiczna stanowią i prawdopodobnie muszą pozostać głównym źródłem finansowania partii politycznych[4].

Jednym z zewnętrznych źródeł dochodów partii politycznych są darowizny. Jest to sposób niesłychanie zróżnicowany, a jednocześnie rodzący poważne niebezpieczeństwa. Tych, którzy czynią to bezinteresownie i jedynie ze względu na swoje oglądy polityczne, jest bowiem raczej niewielu, nie dokonują też oni na ogół darowizn o znacznej wartości finansowej. Donatorzy wpłacający wyższe kwoty oczekują natomiast z reguły na pewne przyszłe korzyści, najczęściej materialne, a rzadziej związane z objęciem jakiegoś stanowiska. Z tego też względu zrodziła się potrzeba prawnego ograniczenia przekazywania partiom darowizn, jak

---

[2] Szerzej na ten temat zob.: K. Skotnicki, *Metody i formy finansowania partii politycznych*, „Przegląd Sejmowy" 2014, nr 1, s. 29–48.

[3] A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 50; M. Bidziński, *op. cit.*, s. 41–42.

[4] E. Barany, *Logika finansowania partii politycznych: doświadczenia słowackie*, [w:] *Prawne aspekty funkcjonowania partii politycznych w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. A. Domańska, K. Skotnicki, Łódź 2003, s. 225; K. Skotnicki, *op. cit.*, s. 48.

i uczynienie udzielania takiego wsparcia bardziej przejrzystym. I w tym przypadku występują znaczne rozbieżności pomiędzy poszczególnymi państwami zarówno w wysokości dopuszczalnej darowizny (sięgającej nawet wielu tysięcy euro), jak i obowiązku ujawniania darczyńców (wszyscy, bądź tylko tacy, którzy wpłacili powyżej określonej kwoty)[5].

Specyficzną formą darowizny są kwoty przekazywane partiom politycznym przy okazji płacenia podatku dochodowego. I w tym przypadku występują bowiem różnice – może być to kwota odliczana od podstawy obliczania tego podatku (tak jest np. w Niemczech), bądź może to być określona część płaconego podatku (tak jest np. we Włoszech). Na ogół podatnik decyduje o tym, na fundusz której partii politycznej czy też na który fundusz wyborczy przekazuje część płaconego podatku. Mają jednak miejsce również rozwiązania, w których podatnik jedynie deklaruje takie przekazanie, ale nie ma możliwości wskazania konkretnej partii czy funduszu. Tak jest przykładowo we Włoszech i w Stanach Zjednoczonych. We Włoszech od 1997 r. podatnik może przekazać w ten sposób 0,004% należnego podatku, natomiast w Stanach Zjednoczonych można przekazać 3 dolary z należnego podatku na Prezydencki Fundusz Wyborczy. I to dopiero państwo przyznaje następnie środki partii bądź funduszowi[6].

W Polsce, jak wiadomo, źródła finansowania partii politycznych są różne. Ustawa z 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych[7] w art. 24 ust. 1 stanowi, iż środki finansowe mogą być przez partie polityczne pozyskiwane ze składek członkowskich, darowizn, spadków, zapisów, dochodów z majątku, określonych ustawami dotacji i subwencji oraz kredytów bankowych. Jak zasadnie podkreśla Mariusz Bidziński, „Jak się zdaje, zakres przedmiotowy obowiązującej regulacji – na tle rozwiązań przyjętych w [...] państwach europejskich – spełnia «standardy» współczesnych demokracji"[8].

Dotacje przekazywane są partiom politycznym w związku z wyborami do Sejmu, Senatu i Parlamentu Europejskiego, natomiast subwencje przeznaczone są na działalność statutową. Obok ustawy o partiach politycznych, ich wypłacanie uregulowane jest w ustawie z 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy[9]. Z dotacji i subwencji mogą jednak korzystać wyłącznie partie, które otrzymają podczas wyborów określony procent

[5] *Ibidem*.

[6] *Ibidem*.

[7] Tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r. Nr 155, poz. 924.

[8] M. Bidziński, *op. cit.*, s. 262.

[9] Dz.U. Nr 21, poz. 112 ze zm.

głosów i wyliczane są zgodnie z przyjętymi algorytmami, w których bardzo istotne znaczenie ma liczba uzyskanych w wyborach głosów przez listę wyborczą komitetu wyborczego partii politycznej lub komitetu koalicyjnego, który ona tworzy.

Od 2001 r., kiedy został ukształtowany obecny sposób finansowania partii politycznych w Polsce, uznany wówczas wręcz za „rewolucyjny"[10], pojawiają się u nas rozmaite propozycje dokonania w nim zmian. Niektóre z nich zmierzają wręcz do likwidacji wypłacania partiom subwencji i dotacji z budżetu państwa[11]. Z uwagi na temat niniejszego opracowania szczególne znaczenie ma jednak projekt przedłożony w dniu 19 czerwca 2013 r. przez posłów z Klubu Poselskiego Ruch Palikota (obecnie Klub Poselski Twój Ruch), który przewiduje likwidację finansowania partii politycznych z budżetu państwa i ustanowienie w to miejsce możliwości dobrowolnego przeznaczania przez podatnika części podatku dochodowego od osób fizycznych na rzecz jednej partii politycznej. Wysokość takiej darowizny nie mogłaby jednak przekraczać 0,5% podatku należnego do zapłacenia przez podatnika, jednak nie wyższej niż 0,5% maksymalnej kwoty należnego podatku dochodowego od osób fizycznych, liczonego od kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej w roku podatkowym, za który składane jest zeznanie podatkowe (druk nr 1648).

Wnioskodawcy wskazują w *Uzasadnieniu*, że wzorują się na analogicznej konstrukcji, która obowiązuje na podstawie ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zgodnie z którą podatnik może dobrowolnie przekazać 1% należnego podatku dochodowego od osób fizycznych na rzecz organizacji pożytku publicznego. Wyjaśniają jednocześnie, że ustanowiony limit, poprzez wskazanie górnej granicy kwoty liczonej od kwoty minimalnego wynagrodzenia, ma służyć kilku celom. Jak podkreślają, rozwiązanie to „ma służyć temu, by z jednej strony każdy obywatel mógł współuczestniczyć w decydowaniu o tym, która partia powinna być finansowana z płaconego przez niego podatku, a jednocześnie by nie została naruszona zasada równości wobec prawa, w szczególności by uniknąć sytuacji, w której osoby uzyskujące wysokie dochody i w konsekwencji płacące wysokie kwoty podatku dochodowego, miałyby większy wpływ na finansowanie danej partii politycznej niż osoby uzyskujące skromniejsze dochody". Według poczynionego przez wnioskodawców wyliczenia, kwota podat-

[10] F. Rymarz, *Jawność i kontrola finansowania działalności statutowej partii (w praktyce Państwowej Komisji Wyborczej)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 3, s. 34.

[11] Propozycję taką przedłożył 26 czerwca 2013 r. Klub Poselski Platforma Obywatelska (druk nr 1649).

ku przekazana w 2013 r. przez podatnika na rzecz partii politycznej nie przekraczałaby 4 zł.

We wprowadzonym rozwiązaniu widzą również inne zalety, takie jak niewątpliwie pozytywne skutki dla budżetu państwa poprzez eliminację wydatków na partie polityczne czy wymuszenie przez cały okres kadencji Sejmu i Senatu większej aktywności partii politycznych w kontaktach z wyborcami. „Zakłada się również – piszą następnie w *Uzasadnieniu* – że projektowana ustawa zwiększy wśród obywateli poczucie realnego wpływu na losy państwa poprzez współfinansowanie partii politycznych rzeczywiście realizujących programy, z którymi utożsamia się wyborca czy potencjalny wyborca. Efekt ten powinien właśnie zapewnić oderwania skutku finansowania partii politycznych od aktu wyborczego, a szerzej kampanii wyborczej".

Wnioskodawcy kładą też duży nacisk na będącą elementem konstytucyjnej zasady pluralizmu politycznego (art. 11) równość partii politycznych. Jak bowiem podkreślają w *Uzasadnieniu*, „proponowane rozwiązanie zrealizuje jeszcze jeden istotny cel w postaci zrównaniu sytuacji prawnej wszystkich partii politycznych, likwidując podział na te partie, które legitymują się odpowiednią reprezentacją parlamentarną, a w konsekwencji uzyskujące subwencje z budżetu państwa oraz te partie, które są wykluczone z budżetowego współfinansowania ze względu na słaby wynik wyborczy. W ten sposób propozycje niniejszego projektu mogą wpłynąć pozytywnie na spektrum partii funkcjonujących na arenie politycznej w naszym kraju, a także na umożliwienie dotarcia do wyborców z programem przez partie mniejsze lub nowopowstałe".

Przywołanej przez wnioskodawców argumentacji trudno odmówić w wielu przepadkach racji. Szczególnie istotny wydaje się właśnie ten, który akcentuje wprowadzenie równości partii politycznych, mocno wątpliwe z tego punktu widzenia jest bowiem rozwiązanie, w którym subwencje czy dotacje przyznawane są wyłącznie tym partiom, które uzyskają w wyborach do Sejmu co najmniej 3% ważnych głosów, bądź jeżeli koalicja, której taka partia jest członkiem, uzyska co najmniej 6% ważnych głosów. W literaturze przedmiotu akcentuje się, że rozwiązania takie są tymi, które pozbawiają zdecydowaną większość partii politycznych możliwości uzyskania subwencji, utrwalając tym samym scenę polityczną i zamykając ją przed innymi ugrupowaniami[12].

Bogusław Banaszak przywołuje w Komentarzu do Kodeksu wyborczego słowa Szymona Weissa, który powiedział: „tak ustala się zasady finansowania partii politycznych, by jak najbardziej utrudnić wejście do

[12] P. Uziębło, *Zasada równości wyborów parlamentarnych w państwach europejskich i południowoamerykańskich*, Warszawa 2013, s. 287.

parlamentu małym ugrupowaniom. Przekonanie o tym, że tzw. plankton polityczny psuje demokrację i że właściwiej lepiej by było, gdyby nie istniał, jest chyba najszkodliwszym z politycznych mitów. Są setki przykładów, że najciekawsze idee, nieszablonowe pomysły nie powstają w partiach wielkich i ociężałych, ale właśnie w małych ugrupowaniach"[13].

Posiadanie środków pieniężnych ma szczególne znaczenie zwłaszcza podczas wyborów, a przy tym współcześnie nie ma chyba partii, która mogłaby samodzielnie udźwignąć koszty wyborów. Stąd też coraz częstszą, zwłaszcza w krajach Ameryki Południowej, staje się sytuacja, w której przekazywanie pieniędzy partiom politycznym, w tym zwłaszcza na kampanię wyborczą, dokonywane jest jeszcze przed jej rozpoczęciem, nie zaś dopiero po jej zakończeniu[14] i adresowane jest nie tylko do ugrupowań już zasiadających w parlamencie, ale także dopiero nowopowstałych[15]. Stwarza to partiom politycznym większe szanse na przekonanie wyborców do swoich programów i kandydatów[16].

Niektóre elementy argumentacji posłów Ruchu Palikota (Twojego Ruchu) jednak nie przekonuję. Tak oceniamy wywody o zwiększeniu aktywności wyborców i partii politycznych w przypadku wprowadzeniu dobrowolnych odpisów części należnego podatku dochodowego od osób fizycznych na partie polityczne. Partie polityczne zawsze ubiegają się przecież o poparcie elektoratu, gdyż wybory w sensie politycznym trwają oczywiście stale i jedynie zwiększa się ich intensywność w okresie poprzedzającym ich formalne zarządzenie, a zwłaszcza po tym fakcie. Naiwnością jest chyba również twierdzenie, że podatnik zainteresuje się życiem politycznym tylko z tego względu, iż będzie mógł dokonać odpisu należnego podatku. To wymaga większej kultury politycznej społeczeństwa, ta zaś za wysoka nie jest, w czym wielka zasługa samych polityków.

Propozycja zgłoszona przez posłów Klubu Parlamentarnego Ruch Palikota (Twój Ruch) wymaga jednak rozważenia jeszcze innej, bardzo złożonej kwestii. Projekt ustawy przewiduje mianowicie określone zadania dla naczelników urzędów skarbowych. Przewiduje się bowiem, że na naczelnika urzędu skarbowego właściwego miejscowo dla złożenia zeznania podatkowego ma być nałożony obowiązek przekazywa-

[13] Sz. Weiss, *Dajmy szansę planktonowi. Stabilność polityczna rządu nie musi iść w parze ze skutecznością działania*, „Do Rzeczy" 2013, nr 19, s. 68; cyt. za: B. Banaszak, [w:] *Kodeks wyborczy. Komentarz*, art. 150, Nb 2, Warszawa 2014.

[14] P. Uziębło, *op. cit.*, s. 295, 301 i 325.

[15] Tak jest np. na Cyprze; *ibidem*, s. 298.

[16] *Ibidem*, s. 284.

nia na rzecz jednej partii politycznej działającej na podstawie ustawy o partiach politycznych i wpisanej do ewidencji partii politycznych na zasadach określonych w tej ustawie, kwoty wynikającej z zeznania i dyspozycji podatnika, po jej zaokrągleniu do pełnych dziesiątek groszy w dół (ma to czynić w okresie od maja do lipca roku następującego po roku podatkowym, za które składane jest zeznanie podatkowe, na rachunek bankowy partii politycznej). Natomiast na naczelnika urzędu skarbowego właściwego według siedziby partii politycznej miałby być nałożony obowiązek przekazania tej partii politycznej we wrześniu roku następującego po roku podatkowym zbiorczej informacji o danych identyfikacyjnych podatników (imiona, nazwiska i adresy), w tym obojga małżonków podlegających na ich wniosek łącznemu opodatkowaniu, którzy przekazali na rzecz tej partii odpisy od podatku, jak i ich wysokość.

Oznacza to tym samym, że dwaj naczelnicy (z wyjątkiem sytuacji, w której naczelnik urzędu właściwego miejscowo dla złożenia zeznania podatkowego jest jednocześnie naczelnikiem urzędu skarbowego właściwego według siedziby partii politycznej) będą posiadać informację o tym, której partii politycznej podatnik przeznaczył dopuszczalną część należnego podatku dochodowego od osób fizycznych. Tym samym państwo, a konkretnie władze publiczne, nabędą informację o poglądach politycznych obywateli, którzy zdecydują się na przekazanie części podatku dochodowego od osób fizycznych na rzecz partii politycznych, a więc informację o bardzo szczególnym charakterze. W naszym przekonaniu należy zastanowić się, czy powinno mieć to miejsce.

Dla dalszych rozważań podstawowe znaczenie mają art. 47 i art. 51 Konstytucji RP, a w szczególności jego ust. 2, jak i art. 53 ust. 7. Pierwszy z nich ustanawia prawo do prywatności, natomiast drugi jest związany z pierwszym i zapewnia ochronę danych i informacji dotyczących przede wszystkim osób fizycznych. Konstytucja w art. 47 na pierwszym miejscu gwarantuje ochronę prawną życia prywatnego, nie wyjaśniając jednak tego pojęcia. Wydaje się dlatego, że chociaż niewątpliwie nie jest ono jednoznaczne, należy traktować je tak, jak czyni to Europejski Trybunał Praw Człowieka, a więc interpretować bardzo szeroko[17]. Z tego punktu widzenia przekonania polityczne należą do sfery życia prywatnego i są elementem światopoglądu. Art. 51 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje natomiast jednostce prawo do ochrony danych osobowych

[17] I. Roagna, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Podręcznik praw człowieka Rady Europy*, Strasbourg 2012, s. 12.

i nieujawniania dotyczących jej informacji, a zatem tylko ona może nimi swobodnie dysponować. W doktrynie i w praktyce rozróżniane są dane osobowe zwykłe i wrażliwe (sensytywne), którymi m.in. są poglądy polityczne[18].

Władze publiczne nie mogą, zgodnie z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP, pozyskiwać, gromadzić i pozyskiwać i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. W wyroku z 20 listopada 2002 r. w sprawie o sygn. akt K 41/02 Trybunał Konstytucyjny podkreślił: „art. 51 ust. 2 konstytucji chroni obywateli, wprowadzając dla władz publicznych (ustawodawczej, wykonawczej, sądowniczej) zakaz wkraczania w autonomię informacyjną jednostki w sposób zbędny z punktu widzenia standardów demokratycznego państwa prawa". Konstytucja posługuje się wprawdzie w tym przypadku wyjątkowo mało precyzyjnym pojęciem „niezbędne", ale wyraźnie podkreśla ono, że pozyskiwane i gromadzone informacje muszą być nieodzowne, koniecznie potrzebne, których ujawnienie nie jest naruszeniem sfery prywatności jednostki. Władze publiczne nie mogą zatem pozyskiwać i gromadzić wszystkich informacji, lecz musi to być uzasadnione potrzebami demokratycznego państwa. Zasadą działania władzy publicznej jest dlatego niepozyskiwanie, niegromadzenie i nieudostępnianie informacji o obywatelach, zaś odwrotne działania mają mieć charakter wyjątkowy[19].

Dla czynionych tu rozważań zasadne wydaje się również zwrócenie uwagi na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w myśl którego przesłankami dopuszczalności prawnego ograniczenia praw i wolności jest to, że „mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw". Jest to niewątpliwie katalog zamknięty, który nie może być rozszerzony i nie może być nawet rozszerzająco interpretowany. Opiniowany projekt ustawy spełnia wprawdzie przesłankę formalną ograniczenia prawa do ochrony danych osobowych, nie można natomiast tego powiedzieć o jego stronie materialnej, gdyż trudno w tym przypadku mówić o jakiejkolwiek proporcjonalności czy też zachowaniu istoty tego prawa. Ingerencja w prawo do ochrony danych

[18] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009, s. 281.

[19] M. Wyrzykowski, *Ochrona danych – zagadnienia konstytucyjne*, [w:] *Ochrona danych osobowych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 1999, s. 27–28.

osobowych przewidziana w projekcie ustawy jest niewątpliwie nadmierna, nie ma wręcz takiej konieczności, aby jednostka ujawniała państwu swoje preferencje polityczne. Oceny tej nie zmienia fakt dobrowolności dokonywania odpisu. Konstytucja w art. 51 ust. 2 zakazuje bowiem pozyskiwania i gromadzenia przez władze publiczne informacji o obywatelach tak uzyskiwanych w następstwie wprowadzanego obowiązku, jak i przekazywanych dobrowolnie czy pozyskanych w inny, np. przypadkowy sposób. Nie uważamy również, aby była jakaś szczególna wartość konstytucyjna, z uwagi na ochronę której należałoby zbierać informacje o poglądach politycznych obywateli. A tak pośrednio będzie się działo w przypadku dokonywaniu odpisu części należnego podatku dochodowego od osób fizycznych na partie polityczne.

Można zresztą przywołać jeszcze jedne argument przemawiający, naszym zdaniem, przeciwko ujawnianiu przez podatnika preferencji wyborczej, którym jest tajność głosowania podczas wyborów. Ustanowiona jest ona po to, aby wyborca nie obawiał się w przyszłości jakichkolwiek konsekwencji ze strony władz publicznych za treść swojego głosu. Przekazując część płaconego przez siebie podatku na rzecz określonej partii politycznej wyborca ujawni swoje poglądy polityczne, a niewątpliwie nie każdy chce to czynić.

Uważamy dlatego, że ustanowienie rozwiązania proponowanego w projekcie ustawy jest mocno dyskusyjne i naruszające „niezbędność" pozyskiwanej przez władzę publiczną informacji o obywatelach. W przywołanym już wyroku TK w sprawie K 41/02 podkreślił on, że wkroczenie władz w prawo do ochrony danych osobowych musi być niezbędne (konieczne), a nie jedynie „wygodne" czy „użyteczne". Wprowadzenie proponowanej regulacji w kształcie przewidzianym w druku nr 1648 spowoduje, że przy niechęci znacznej części polskiego społeczeństwa do partii politycznych doprowadzi to do pogorszenia sytuacji finansowej tych niezbędnych elementów funkcjonowania demokracji parlamentarnej i spowoduje pozyskanie przez władze publiczne informacji, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie. Władze publiczne nie powinny mieć informacji o poglądach politycznych poszczególnych obywateli, gdyż podważa to demokratyczny charakter państwa i upodabnia do państwa totalitarnego. Uznajemy dlatego za konieczne wskazanie na potrzebę rozważenia zasadności wprowadzenia do polskiego systemu prawnego możliwości dobrowolnego przekazywania części należnego podatku dochodowego od osób fizycznych na partie polityczne.

Jerzy Nowakowski

KREDYT BANKOWY – INSTRUMENT FINANSOWY NIEZBĘDNY DLA GOSPODARKI

Profesorze Zbigniewie, Audentes fortuna iuvat et labor omnia vincit.

Kredyt bankowy dla gospodarki (przedsiębiorstw) nabrał znaczenia: teoretycznego, praktycznego i prawnego. Znaczenie teoretyczne kredytu podniósł, rozwinął i uzasadnił w swoich pracach Joseph Alois Schumpeter. Teoria ruchu okrężnego, przedstawiona przez Schumpetera w monografiach m.in.: *Teoria rozwoju gospodarczego*, *Kapitalizmu, socjalizmu, demokracja*, stała się inspiracją dla wielu ekonomistów, finansistów, bankierów, ale również dla polityków gospodarczych do wyjaśnienia i wykorzystania kredytu do rozwoju gospodarczego[1].

Znaczenie praktyczne kredytu spowodowało powstanie banków depozytowo-kredytowych i nieustannego popytu na kredyt. Z kolei znaczenie prawne kredytu polegało na stworzeniu prawa, na bazie którego mogły i mogą funkcjonować banki (prawo bankowe) i prawa, na podstawie którego funkcjonuje gospodarka (np. prawo spółek handlowych).

Właśnie te trzy filary: teoria, praktyka, prawo – były podwalinami rozwoju gospodarek. Jeśli w jakimś regionie świata politycy, dyktatorzy, oligarchowie i inni odrzucali te podstawowe treści (wartości), gospodarka przeżywała kryzys a w najlepszym przypadku recesję.

W Europie system bankowy wydawał się bezpieczny dopóki rynki finansowe i gospodarka wzajemne się wspierały. Rozdział rynków finansowych od gospodarki najwcześniej pojawił się w USA. Kredyty banko-

[1] A. Glapiński, *Kapitalizm, demokracja i kryzys państwa podatków*, Warszawa 2004.

we nie były kierowane do gospodarki, tylko w znacznej części na rynki finansowe. Takie rozumienie teorii ruchu okrężnego okazało się błędne i prowadziło wprost do kryzysu. Kredyty były udzielane osobom fizycznym niemającym zdolności kredytowej, bezrobotnym i bez zabezpieczeń. Tak powstała grupa kredytobiorców nazwanych potoczne „ninja" (*no income, no job, no assets*).

Środki na takie kredyty generowały Spółki Specjalnego Przeznaczenia – SPV (*Special Purpose Vehicle*), które w procesie sekurytyzacji aktywów (nawet w części straconych kredytów) generowały kapitał przeznaczony na kolejne kredyty. Tak powstał rynek subprime, na którym obligacje (dług) nie były wykupowane przez emitentów. Obligacje te stały się przyczyną kryzysu na Islandii, w Irlandii i kilku innych krajach.

Kryzys w krajach UE (np. Grecja, Cypr, Portugalia, Hiszpania) wynikał również z tego, że kredyty nie były kierowane do przedsiębiorstw (gospodarki), lecz przeznaczone na konsumpcję. W tym przypadku również nastąpiło odejście od koncepcji Schumpetera, kredyty bowiem nie były przeznaczone na wspieranie innowacyjności, konkurencyjności i rozwoju gospodarki. Zatem odejście od teorii wskazanej przez Schumpetera okazało się błędem, do tego bardzo kosztownym.

We wszystkich krajach, które dotknął kryzys koszty ponieśli podatnicy. Natomiast banki stały się beneficjentami pomocy publicznej, trudno bowiem wyobrazić sobie, aby jakiś duży bank europejski (tabela 1) mógł zbankrutować. Wówczas kryzys przekształciłby się w katastrofę.

Tablica 1. Największe banki UE (strefa euro)

	AKTYWA W EURO	ZATRUDNIENIE W TYSIĄCACH
Deutsche Bank	2,2 bln	98
Commerzbank	800 mld	54
BNP Paribas	1,7 bln	190
Credit Agricole	1,5 bln	80
Societe Generale	1,3 bln	154
ING Groom	1,4 bln	83
Santander	1,4 bln	187
Banco Bilbao	800 mld	116
Raiffeisen Bank	500 mld	60

Źródło: dane EBC, 2012.

Siłę finansową sektora bankowego w UE w porównaniu do PKB krajów wskazują dane w tabeli 2.

Tabela 2. Aktywa sektora bankowego krajów UE na koniec 2012 r.

Kraj	Aktywa w % w stosunku do PKB	Kraj	Aktywa w % w stosunku do PKB
Luksemburg	2165,3	Szwecja	296,5
Malta	786,8	Belgia	288,5
Cypr	716,3	Włochy	269,5
Irlandia	713,7	Grecja	228,2
Wielka Brytania	496,2	Słowenia	143,2
Dania	472,4	Łotwa	128,3
Holandia	415,9	Czechy	125,9
Francja	397,4	Estonia	115,7
Hiszpania	341,2	Węgry	114,2
Portugalia	337,1	Polska	93,0
Austria	315,5	Słowacja	83,6
Finlandia	311,8	Litwa	74,3
Niemcy	311,1	Rumunia	69,2
		Bułgaria	68,9

Źródło: dane EBC.

Praktycznie w każdym kraju UE, w przypadku kryzysu sektora bankowego, środki publiczne nie są i nie będą wystarczające, aby kryzys zatrzymać. Tym bardziej, że wszystkie kraje UE są zadłużone, co ilustruje tabela 3.

Tabela 3. Dług publiczny krajów UE w % PKB

Kraj	Dług w % PKB	Kraj	Dług w % PKB
Estonia	11	Austria	68
Bułgaria	20	Cypr	70
Luksemburg	23	Holandia	72
Rumunia	39	Malta	76
Łotwa	40	Niemcy	82
Szwecja	40	Węgry	82
Litwa	41	Hiszpania	88
Dania	45	Wielka Brytania	86
Czechy	48	Francja	92
Słowacja	55	Belgia	105
Finlandia	77	Irlandia	125
Słowacja	56	Portugalia	127
Polska	57	Włochy	130
		Grecja	161

Źródło: dane EBC (zaokrąglone do części całkowitych), 2012 r.

Następnemu kryzysowi w UE może zapobiec zbudowanie jednolitego prawa w UE, które zapobiegałoby tworzeniu się silnych kapitałowo konglomeratów finansowych (np. największy bank na świecie, Deutsche Bank, ma aktywa przekraczające 82% PKB Niemiec).

Tak duże instytucje finansowe, jakimi są banki, w aktywach swoich mają coraz więcej długu państw, jednostek publicznych, a coraz mniej kredytów kierowanych do gospodarki. Oceny ratingowe długu państw powodowały m.in. to, że banki nie przeprowadzały oceny zdolności kredytowej emitenta długu i bezkrytycznie (również na skutek różnych uwarunkowań politycznych) powiększały tymi długami własny portfel inwestycyjny.

Podobnie wygląda ocena tej części portfela inwestycyjnego banku, jakim jest portfel kredytowy. Mimo, że praktyka bankowa wykształciła wiele metod i modeli do oceny ryzyka kredytowego, to w portfelach kredytowych banków istnieją stracone kredyty, banki bowiem, aby zwiększyć sprzedaż kredytów, obniżają wymagania stawiane kredytobiorcom, w tym zabezpieczenie osobiste i rzeczowe. Zabezpieczenia osobiste i rzeczowe oparte są na solidnych podstawach prawnych[2]. Jednak wybór zabezpieczenia zależy od banku. W tabeli 4 przedstawiony jest portfel kredytowy polskiego sektora bankowego w latach 2009–2012 na tle PKB Polski.

Tabela 4. Portfel kredytowy sektora bankowego w Polsce (bez należności sektora finansowego)

ROK		2009	2010	2011	2012
Produkt krajowy brutto (ceny bieżące)	w mln zł	1 344 505	1 416 585	1 528 127	1 595 264
	rok poprzedni = 100	–	105,4	107,9	104,4
Produkt krajowy brutto (ceny stałe)	rok poprzedni = 100	–	103,9	104,5	101,9

[2] M.S. Wiatr, *Ryzyko w działalności bankowej*, [w:] *Bankowość*, red. M. Zaleska, Warszawa 2013.

Należności od sektora niefinansowego w polskim systemie bankowym	w mln zł	641 226	698 532	800 699	810 411
	rok poprzedni = 100	–	108,9	114,6	101,2
	względem PKB (ceny bieżące)	47,7%	49,3%	52,4%	50,8%
	w mln zł	222 080	219 688	264 513	272 266
	rok poprzedni =100	–	98,9	120,4	102,9
	w mln zł	414 412	475 425	531 990	533 237
	rok poprzedni = 100	–	114,7	111,9	100,2
	w mln zł	217 762	267 508	318 996	321 768
	rok poprzedni = 100	–	122,8	119,2	100,9
	w mln zł	132 171	134 057	130 336	124 420
	rok poprzedni = 100	–	101,4	97,2	94,7

Źródło: dane NBP.

Analizując portfel kredytów dla przedsiębiorstw przeznaczonych na innowacyjność, konkurencyjność, rozwój – można zauważyć (tabela 5), że wolumen tego portfela zatrzymał się na poziomie około 17% PKB, co w przypadku gospodarki, która ma aspiracje, by się rozwijać, jest zbyt mało.

Tabela 5. Udział (w %) kredytów dla przedsiębiorstw w stosunku do PKB w Polsce

Rok	2009	2010	2011	2012
Udział kredytów dla przedsiębiorstw w %	16,5	15,5	17,3	17,1

Źródło: na podstawie danych NBP.

Jakość portfela inwestycyjnego banku ma decydujący wpływ na działalność i funkcjonowanie banku. W sytuacjach krańcowych duży wolumen straconych kredytów i niewykupionych obligacji, weksli, prowadzi do bankructwa i likwidacji banku. Aby bankructwo banku nie wpłynęło negatywnie na działalność sektora bankowego, a tym samym nie zachwiało stabilnością sektora bankowego, w UE wdraża się koncepcję unii bankowej. Koncepcja ta określa cztery filary docelowej Unii Gospodarczej i Walutowej, tj.:

- zintegrowane ramy finansowe,
- zintegrowane ramy budżetowe,
- zintegrowane ramy polityki gospodarczej,
- legitymację i odpowiedzialność demokratyczną.

W zintegrowanych ramach finansowych istotną rolę ma odgrywać unia bankowa[3]. Z kolei w ramach unii bankowej istotny ma być europejski mechanizm uporządkowanej likwidacji banków (*resolution fund*), nieuporządkowana bowiem likwidacja banku, czyli bankructwo, prowadzi do zaburzeń w części lub całej gospodarce, co uzależnione jest od wielkości banku. Dotychczasowe prawo obowiązujące w krajach UE nie zapobiegło kryzysowi. W Polsce w latach 2009–2012 żaden bank nie zbankrutował i nie korzystał z pomocy publicznej. Być może, jest to skutecznym egzekwowaniem prawa przez sektor bankowy. Prawo „bankowe" w Polsce uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej potencjalnego kredytobiorcy. Zdolność kredytowa jest rozumiana jako zdolność do spłacenia kredytu wraz z odsetkami w terminie przewidzianym w umowie kredytowej.

Celem unii bankowej jest nie tylko uporządkowana likwidacja banków, ale stworzenie takiego systemu bankowego w UE (w początkowym okresie w unii monetarnej), który będzie bezpieczny i który ma służyć gospodarce m.in. kredytując działalność przedsiębiorstw. Zatem, to jak dobre prawo powstanie w UE, tak bezpieczny będzie sektor bankowy i lepiej rozwijająca się gospodarka.

[3] M. Zaleska, *Unia bankowa – koncepcja i wyzwania*, [w:] *Unia bankowa*, red. M. Zaleska, Warszawa 2013.

KONSTYTUCJA
A PRAWO KARNE

Marek J. Lubelski

IDEA KARY SŁUSZNEJ W ŚWIETLE KONSTYTUCJI I KODEKSU KARNEGO Z 1997 R.

Udzielenie odpowiedzi na wydawałoby się oczywiste i proste pytanie – jaka jest istota kary, którą posługuje się współczesne prawo karne, nie jest wcale łatwe, przeciwnie – spotkać można w nauce odpowiedzi nie tylko rozbieżne, ale wręcz wzajemnie się wykluczające. Oczywiste jest, że kara, jak zwykle w wykładzie akademickim określamy – kryminalna (czy też sądowa), jest dolegliwością, która dotyka sprawcę przestępstwa, na skutek wydania prawomocnego orzeczenia skazującego sądu karnego, w jego dobrach ściśle osobistych, przy czym współcześnie trzeba mówić w pierwszym rzędzie o wolności osobistej[1]. Wolności, którą

[1] Zasadniczo chodzi o jedno fundamentalne dobro – wolność, rzecz jasna w wyniku dominacji w praktyce sądów karnych kary pozbawienia wolności, wprawdzie najczęściej warunkowo zawieszonej. Zob. np.: T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012. Jak ustala T. Szymanowski (s. 117) w 2010 r. udział skazań na karę pozbawienia wolności wynosił 67,1% wśród skazań ogółem, zaś przy pominięciu skazań z art. 178a k.k., czyli sprawców przestępstwa prowadzenia pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym – aż 78%. Udział kary grzywny w skazaniach ogółem w 2010 r. 21,3% zaś kary ograniczenia wolności 11,5%. Wielkości te są w miarę stabilne w dłuższym czasie (T. Szymanowski obejmuje analizą okres od 1987 r.). Trudno, mówiąc o obrazie współcześnie w Polsce orzekanych kar nie powiedzieć o wymiarze, w jakim karanie dotyczy czci człowieka, choć Konstytucja RP wyraźnie o czci nie mówi (przywołanie art. 30 Konstytucji RP nie będzie tu jednak chyba bezzasadne) – wyrok karny oparty jest przecież na przypisaniu winy i z tego choćby tylko tytułu wyraża potępienie sprawcy czynu zabronionego przez prawo pod groźbą

opisać można jako prawo do swobodnego poruszania się, podejmowania swobodnych decyzji o miejscu pobytu, sposobie spędzania czasu, ubiorze, wyglądzie, kontaktach z innymi osobami, zajęciach, w tym zajęciach zarobkowych, sposobie spędzania wolnego czasu itd.[2] Wolność taka gwarantowana jest obywatelom (i nie tylko obywatelom) konstytucją, zachodzi więc oczywista sprzeczność między prawem do wolności i karą przewidzianą za przestępstwa, co rozwiązane jest w konstytucji formułą „pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i trybie określonych w ustawie" (art. 41.1. Konstytucji RP)[3]. Ustawa karna nie wypowiada się jednak w jakikolwiek sposób co do sensu czy jakkolwiek inaczej rozumianej istoty kary – mówi, za co kara sądowa (kryminalna) może być wymierzona, czyli tak naprawdę odsyła jedynie wprost do katalogu czynów karalnych zawartego w przepisach

kary. Przy karze grzywny trudno nie mówić o gwarantowanych konstytucją prawach majątkowych człowieka – każdy ma prawo do własności, własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy (art. 64 Konstytucji RP) – znamienne, że konstytucja nie mówi tu o „pozbawieniu prawa do własności" – i zapewne słuszne z karnistycznego punktu widzenia – współczesne prawo karne nie zna już całkowitego przepadku wszelkich praw majątkowych, czyli konfiskaty majątku, co było znane poprzedniemu ustawodawstwu karnemu, choćby kodeksowi karnemu z 1969 r., nie mówiąc o czasach np. carskich i rugowaniu z majątków po powstaniu styczniowym. Trzeba na wstępie poczynić jeszcze jedną uwagę – kara, w swej istocie (a zasadniczo także w nazwie, różnica wyraża się w zastąpieniu słów „kara pozbawienia wolności" słowami „kara aresztu") jest taka sama w prawie wykroczeń, nieuchronnie mówiąc więc o karze kryminalnej i czynach nią zagrożonych, mówię także o prawie wykroczeń (kodeks wykroczeń, ustawa z 20 maja 1971 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 482, zm. poz. 829). Pozbawienie wolności czy ograniczenie wolności, o charakterze represyjnym (nie mówiąc tu o innych przypadkach *de facto* internowania – np. przymusowego odosobnienia osoby noszącej wirusy zakaźnej choroby czy zagrażającej sobie i otoczeniu osoby cierpiącej na ostrą psychozę) może też być skutkiem stosowania rozstrzygnięć przewidzianych przepisami innych ustaw, jak np. może nastąpić w wyniku tymczasowego aresztowania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa, przewidzianego przepisami procedury karnej. Znane procedurze karnej środki przymusu mogą polegać na ograniczeniu prawa do przemieszczania się, o którym mówi art. 52 Konstytucji RP. O tych pozakodeksowych aspektach, nie będzie w niniejszym tekście mowy.

[2] Wyliczyłem elementy składowe kary pozbawienia wolności wedle (wybranych) przedmiotów regulacji ustawy kodeks karny wykonawczy (ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 90, poz. 557, z późn. zm.) a w szczególności rozdziału X (art. 67 i nast.).

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, zm.: Dz.U. Nr 200 z 2006 r., poz. 1471; Nr 114 z 2009 r., poz. 946).

części szczególnej kodeksu karnego czy innych ustawach karnych, które to przepisy mówią, jaka kara i w jakiej minimalnej oraz maksymalnej wysokości grozi za nieposłuszeństwo prawu. Konstytucja nie definiuje oczywiście także tego, kogo należy uznać za sprawcę przestępstwa, nie mówi o przypadkach uchylenia odpowiedzialności (na skutek np. niepoczytalności lub usprawiedliwionego błędu czy obrony koniecznej) i o wielu innych fundamentalnych dla karania sprawach, uważanych za jego podstawy, jak wina i społeczna szkodliwość czynu. Wszystkie te kwestie reguluje kodeks karny (w odpowiednim dla siebie zakresie inne ustawy karne) i trudno zapewne, aby było inaczej, pojawia się tu jednak problem – bo i kodeks karny „unika", jeśli można tak powiedzieć, wyraźnej odpowiedzi na podstawowe wydawałoby się pytanie, tzn. jaki jest właściwie sens karania karą sądową w występującym obecnie kształcie, a więc poprzez pozbawianie, czy też tylko ograniczanie człowieka w jego podstawowych, a wskazanych powyżej dobrach i wolnościach, należących przecież do absolutnie podstawowych. Można łatwo wyobrazić sobie inny system sankcji karnych, opartych na innej koncepcji kary, nie zasadzającej się na tak daleko idącą ingerencję w prawo do wolności, bo o to prawo, z racji powszechności stosowania kary pozbawienia wolności w Polsce, zasadniczo chodzi. Tego typu idee głosi np. A. Bałandynowicz[4], postulując zasadniczo substytucję tradycyjnie rozumianej kary systemem rozwiązań o charakterze probacyjnym, a tzw. kryzys kary pozbawienia wolności ogłoszony został już przed dziesięcioleciami[5]. Musimy więc zadowolić się stwierdzeniem, że ustawa karna (kodeks karny) daje jedynie wskazówki, czym się ma kierować sąd przy orzekaniu kary, o czym mówią art. 53 i 54 k.k. i taką drogą szukać normatywnego wyjaśnienia, czym jest współczesne karanie. O owym zderzeniu porządku konstytucyjnego i zasadniczej ustawy karnej, jaką jest kodeks karny[6], właśnie będzie to opracowanie.

---

[4] A. Bałandynowicz, *Probacja. System sprawiedliwego karania*, Warszawa 2002; idem, *Probacja. Resocjalizacja z udziałem społeczeństwa*, Warszawa 2006. W kwestii idei kary zob. też np.: J. Utrat-Milecki, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralno-kulturowa*, Warszawa 2010; idem, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006. Poszukiwanie innych od tradycyjnych idei karania bardzo intensywnie organizuje współczesna myśl nauk penalnych, np. *Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, red. J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, Warszawa 2009; T. Szymanowski, *op. cit*.

[5] J. Śliwowski, *Kara pozbawienia wolności we współczesnym świecie. Rozważania penitencjarne i penologiczne*, Warszawa 1981.

[6] Ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 89, poz. 553, późn. zm. Opracowanie od strony litery prawa zamknięto na dzień 15 listopada 2013 r.

W tytule opracowania użyłem określenia „kara słuszna". Jest to termin, wbrew pozorom, bardziej techniczny niż opisowy, którym próbuję się posługiwać dla oddania „istoty" współczesnej kary kryminalnej (sądowej), istoty wywiedzionej z znaczenia nadawanego karze w obowiązującym ustawodawstwie, przy czym – brać należy pod uwagę nie tylko kodeks karny (czy też inne ustawy karne, w tym w szczególności o randze kodeksowej, jak kodeks karny skarbowy czy wykroczeń) ale i Konstytucję RP, co wydaje się rzeczą oczywistą, ale często jako oczywistość nie jest postrzegane.

Określenie „kara słuszna" użyłem w opracowaniu zatytułowanym *Od kary celowej do kary słusznej – w 80. rocznicę pierwszej kodyfikacji karnej Polski odrodzonej*[7]. Tym terminem próbuje określić podążanie, krętą zresztą bardzo drogą, ewolucję polskiego prawa karnego w okresie Polski odrodzonej. Dla jasności finalnego wywodu niezbędne jest zacytowanie kilku wprowadzających wypowiedzi znamienitych autorów oraz krótkich komentarzy mojego autorstwa[8]. J. Makarewicz określił w 1906 r. istotę kary w sposób następujący:

> [...] istotą kary pozostaje zawsze odwet, zemsta społeczna. Chodzi tylko o to, by nadać jej formę celowości. W tym sensie wydaje się, iż mówienie o „nieprzezwyciężonej sprzeczności" pomiędzy karą odwetową i celową jest dowodem braku zrozumienia rozwoju prawa karnego. Ludzkość i ludzka kultura przebyły drogę od spontanicznej zemsty do praktycznej, przemyślanej pod kątem polityki kryminalnej kary celowej. [...] Czyż ta droga nie ma przedłużenia ku metodom społecznopolitycznym i społeczno-higienicznym, które nie mają nic wspólnego z zemstą (odwetem)[9].

Kodeks karny z 1932 r. w art. 54, stanowił, że sąd wymierza karę według swego uznania, zwracając uwagę przede wszystkim na pobudki oraz sposób działania sprawcy, a także na jego stosunek do pokrzywdzonego, jego charakter i stopień rozwoju umysłowego, a nadto na jego dotychczasowe życie tudzież zachowanie się po popełnieniu przestępstwa. Odczytywane to było, przed wojną, jako ukierunkowanie sędziowskich rozstrzygnięć o karze, w ramach granic wyznaczonych ustawowym jej wymiarem, przewidzianym za realizację konkretnej odmiany typu czynu

---

[7] *Idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M.J. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014, s. 17–40.

[8] *Ibidem*.

[9] J. Makarewicz, *Einführung in die Philosphie des Strafrechts auf entwicklugsgeschichtlicher Grundlage*, Stuttgart 1906, polskie tłumaczenie: *Wstęp do filozofii prawa karnego. W oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, red. A. Grześkowiak, Lublin 2009.

zabronionego, przede wszystkim na okoliczności natury podmiotowej, co J. Makarewicz wyraził w komentarzu do k.k. słowami następującymi:

> [...] kodeks nie pomija czynnika wyrządzonej szkody, jak i innych okoliczności należących do przedmiotowej istoty czynu, uważa jednak część przedmiotową danego przestępstwa za drugorzędną, gdyż sprawa ta uwzględniona jest w samym ustawowym wymiarze kary. Tam, gdzie chodzi o indywidualizację kary, o zastosowanie sankcji karnej odpowiednio do konkretnego wypadku, tam sędzia powinien zwracać uwagę na inne okoliczności, na te mianowicie, które podkreślają psychiczną indywidualność przestępcy z jednej strony, a ustosunkowanie się psychiczne do danego czynu z drugiej strony[10].

Uwzględniając miejsce publikacji opracowania, czyli Kraków, odnotować warto zasadniczo inny ton wypowiedzi znakomitego krakowskiego karnisty, wieloletniego profesora UJ W. Woltera, który komentując rozwiązania ustawy – kodeksu karnego z 1932 r., w zakresie jej rozstrzygnięć o wymiarze kary, nie waha się użyć takich określeń: „teren ten należy ze względów politycznych i kryminalno-politycznych do bardzo spornych terenów prawa karnego; zderzają się tutaj dwa postulaty, których syntetyczna realizacja jest równie niemożliwa jak niemożliwym jest połączenie wody z ogniem". W innym zaś miejscu pisze: „k.k. nie nakazuje, aby zwracając uwagę jedynie na te okoliczności, które decydują o szczególno prewencyjnym celu kary, czyli nie zabrania rozważania momentu materialnej odpłaty (charakter czynu, stopień szkody czy niebezpieczeństwa, stopień winy) oraz prewencji ogólnej". Jednak i on uznaje:

> [...] wobec indywidualizacyjnego nastawienia wymiaru kary nie ulega wątpliwości, że sędziemu nie wolno dociągać wymiaru kary do potrzeb materialnej odpłaty, jeśli indywidualna celowość kary wymaga niższego wymiaru lub jej darowania. [...]. Wymiar kary jest kwestią indywidualnej „celowości" kary, ale jest zawsze wymiarem „kary" czyli „dolegliwości"[11].

---

[10] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 118 i 119. Podobnie odczytywali kodeks S. Glaser i A. Mogilnicki (trudno zresztą byłoby go inaczej odczytać) pisząc: „w granicach zakreślonych w ustawie sądowi służy swoboda przy wymiarze kary. Przez uwzględnienie powołanych okoliczności powinien sobie zdać sprawę sędzia z tego, czy i w jakim stopniu sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa, a co za tym idzie, jakie należy zastosować środki, ażeby ochronić społeczeństwo przed tym niebezpieczeństwem oraz aby przystosować sprawcę do warunków normalnego życia społecznego. Do tego celu służą środki karne i zabezpieczające". S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 238.

[11] W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 2, Kraków 1934, s. 62 i 81.

II wojna światowa, lata okupacji, a następnie transponowanie na teren nowo ukształtowanej terytorialnie i ustrojowo Polski rewolucyjnej społecznie ideologii o totalitarnym obliczu, przyniosły zasadnicze przewartościowanie poglądów na kwestie istoty kary. Kodeks karny z 1932 r. wprawdzie obowiązywał aż do roku 1969, otoczony został jednak olbrzymią ilością ustaw karnych szczegółowych, o niezwykle represyjnym charakterze, w których sankcje karne za poszczególne odmiany typów czynów, wówczas zabronionych jako przestępstwa, konstruowane były na całkowicie odmiennych zasadach niż te, które przyświecały kodyfikatorom II Rzeczpospolitej.

Trudno się dziwić, że rok 1969, a więc rok uchwalenia nowego kodeksu karnego, który zastąpił k.k. z 1932 r., przyniósł znaczące zmiany redakcji odpowiednika art. 54 k.k. z 1932 r., którym stał się art. 50 § 1 kodeksu karnego z 19 kwietnia 1969 r.[12] Przepis ten stanowił, że sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, oceniając stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego. Z kary celowej kara w kodeksie stała się sprawiedliwą odpłatą, relacjonowaną do społecznego niebezpieczeństwa czynu, przy uwzględnieniu celów generalnie i indywidualnie prewencyjnych.

Znamienne, że o tym jaka jest istota kary (jeśli słowo „istota" bez obszernych komentarzy można w ogóle używać) nie mówi ani słowa W. Wolter w swoim fundamentalnym dziele, w sposób istotny do dzisiaj kształtują dogmatykę prawa, jakim jest *Nauka o przestępstwie*, tym samym więc wyraźnie rozgraniczając dwa obszary karnistycznej refleksji – przestępstwo i karę, zmiana w stosunku do przedwojnia jest uderzająca i trudno ja uznać za przypadkową[13]. Można tu zasadnie postawić pytanie – czy istnieje przestępstwo bez kary, więc czy można definiować przestępstwo, dyskutować jego strukturę, nie odpowiadając, wstępnie przynajmniej, na pytanie o sens i istotę kary? Wolterowskie podejście zaprezentowane w okresie powojennym zdaje się dowodzić, że można. To jednak już kwestia raczej historycznej natury, kontynuatorzy W. Woltera nie uchylają się od debaty nad tym, czym kara w swej istocie jest lub być powinna, a właściwie – szerzej, jakie winny być ukształtowane środki prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, bo nie do *stricte* rozumianej kary problem się

[12] Ustawa z 19 kwietnia 1969 r., Dz.U. Nr 13, poz. 94.

[13] W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.

sprowadza[14]. Następca W. Woltera w Katedrze Prawa Karnego na UJ – K. Buchała, w roku 1980, stwierdza, że

> [...] kodeks karny z 1932 r. preferował funkcje prewencji indywidualnej, przyznawał jednak prewencji generalnej pewną rolę, która w miarę rozwoju prawa po wyzwoleniu zyskała coraz większe uznanie, tak iż stała się co najmniej równorzędną, obok prewencji indywidualnej, funkcją kary[15].

Problem wyboru tzw. dyrektywy wiodącej, na gruncie przepisów k.k. z 1969 r., K. Buchała zdawał się rozwiązywać poprzez odwołanie się do kryterium „rażącej niewspółmierności kary albo niesłusznego zastosowania lub niezastosowania środka zabezpieczającego lub innego środka", a więc podstawy rewizyjnej określonej w art. 387 ust. 4 k.p.k. z 1969 r. (obecnie, w nie zmienionym brzmieniu, art. 438 pkt. 4 k.p.k. z 1997 r.[16]).

> Owa granica rażącej niewspółmierności kary na korzyść sprawcy i na niekorzyść w stosunku do kary wskazanej *in concreto* przez ładunek społecznego niebezpieczeństwa tworzą ramy kary, w obrębie których wolno karę kształtować według wskazań dyrektywy prewencji indywidualnej lub generalnej, przyznając jednej z nich priorytet[17].

Trzeba się z K. Buchałą zgodzić – kara rozumiana jako sprawiedliwa odpłata, stała się w polskim ustawodawstwie osią mechanizmu kształtowania „ideologii represji karnej", jeśli to tak można określić. Nie wolno rozpatrywać przepisów k.k. w oderwaniu od rozstrzygnięć procesowych zasad realizacji odpowiedzialności karnej. Kontrola instancyjna to z jednej strony konstytucyjna zasada procesowa, z drugiej – reguła

---

[14] Przywołam tu przykładowo tylko jedną z ostatnich publikacji A. Zolla, *Rozważania o potrzebie zmian w zakresie środków represji karnoprawnej*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, red. A. Rzepliński i in., Warszawa 2013, s. 208–226. Sprawą szczególnie palącą stała się ostatnio kwestia dopuszczalności i zasadności stosowania wobec sprawców najpoważniejszych zbrodni, popełnionych na tle zaburzeń osobowości, postpenalnych środków zabezpieczających, co samo w sobie jest jednym z fundamentalnych kwestii współczesnego prawa karnego, bezpośrednio rzutujących na istotę kary – postpenalny środek izolacyjny, a o takim właśnie mówię, jest jednak też jakąś „karą" i to karą bezterminową, izolacyjna funkcja kary *sensu stricto* może więc być, w razie zastosowania takiego środka, znacznie ograniczana i traci na znaczeniu.

[15] K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 582.

[16] Ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.

[17] *Ibidem*, s. 588.

wyznaczająca swobodę orzeczniczą sądu w „wymierzaniu kary według swego uznania". Sąd, postanowieniami k.k. z 1969 r., został bardzo ograniczony w swej swobodzie kształtowania wymiaru odpowiedzialności karnej. Wiążą go nie tylko ramy zagrożenia przewidzianego ustawą za realizację znamion konkretnego typu czynu zabronionego opisanego w części szczególnej kodeksu karnego czy innej ustawy, lecz też „adekwatność" orzeczenia o karze i innych środkach reakcji prawnokarnej do „wagi" popełnionego przestępstwa, wyznaczonej stopniem jego społecznego niebezpieczeństwa (obecnie, wobec zmiany terminologii, i nieuchronnie – filozofii, ustawy – stopnia społecznej szkodliwości), gdzie przyjęte przez sąd w wyroku rozstrzygnięcie, nie może „rażąco" być niewspółmierne do czynu i jego okoliczności. Zróżnicowane poziomy „minimów" zagrożeń w poszczególnych odmianach typologii czynów zabronionych, wyznaczone, przynajmniej częściowo powojenną historia polskiego prawa karnego, to kolejny czynnik ograniczania swobody kształtowania wymiaru kary (pomijam już, uchylone w połowie lat 90., nadzwyczajne obostrzenia dolnych progów kary przewidziane w k.k. z 1969 r. w stosunku do tzw. recydywistów specjalnych). Z racjonalizacją wypowiedzianą w k.k. z 1932 r., a podzielaną, choć niejednolicie przyznajmy, przez doktrynę prawa karnego okresu międzywojennego, dogłębnie właściwie zerwano.

Obowiązujący kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. stanowi, w art. 53 § 1, że sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Niektórzy autorzy przypisują redakcji kluczowego dla wymiaru kary przepisu kodeksu karnego, jakim jest obecnie art. 53 § 1 k.k., znaczenie istotnie odbiegające od tego, jakie nadawano art. 50 § 1 k.k. z 1969 r. W. Wróbel mówi, że powiązanie dolegliwości kary z stopniem winy przypisanej sprawcy czynu ma charakter bezwzględny i swoje uzasadnienie znajduje w konstytucyjnym nakazie poszanowania godności człowieka, w charakterze jednak tylko limitu maksymalnego jej wymiaru („bez względu więc na jakiekolwiek inne cele kary [...] w żadnym przypadku rozmiar sankcji karnej nie może wykraczać poza granice wyznaczone stopniem winy"), sam jednak przyznaje, że Sąd Najwyższy traktuje zarzut orzeczenia kary przekraczającej stopień winy jako zarzut co do współmierności kary, a nie zarzut naruszenia prawa materialnego,

jak tego chciałby komentator[18]. Wina widziana jest jednak współcześnie w dość ścisłym powiązaniu ze stopniem społecznej szkodliwości czynu, jako że do społecznej szkodliwości zaliczana jest także strona podmiotowa czynu, w tym nie tylko zamiar, ale i motywacja oraz naruszenie reguł ostrożności, wyznaczające zakres zarzutu niedania posłuchu normie sankcjonowanej (art. 115 § 2 k.k.), tak że „wina stanowi kwantum naganności czynu, jakie można sprawcy przypisać", oraz, że „winę sprawcy wyznaczają dwie zmienne: obiektywna ocena społecznej szkodliwości popełnionego czynu i rzutowany na tę ocenę stopień zawinienia odpowiadający subiektywnej możliwości podjęcia przez sprawcę zachowania zgodnego z wymogami prawa"[19].

Trzeba wyraźnie skazać, że prewencja indywidualna, nieuchronnie domagająca się rozpoznania cech i właściwości sprawcy, jego osobowości, stopnia tzw. demoralizacji, jest więc na dalszym planie w mechanizmie wymiaru kary, nieuchronnie zdominowanym względami powiązanymi z ideologią odpłaty. Prewencja indywidualna dominuje jedynie przy orzekaniu o karze względem nieletnich i młodocianych sprawców (art. 54 k.k.), czemu można tylko przyklasnąć. Prewencja generalna, zanegowana jako odstraszanie, w wizji wypracowanej między innymi przez K. Buchałę, a podzielanej przez wielu i zapewne dominującej w literaturze i orzecznictwie, wiedzie do uwzględniania społecznego przekonania co do sprawiedliwego charakteru orzeczonej kary. „Kara odpowiadająca swoją dolegliwością stopniowi społecznej szkodliwości z reguły będzie więc zaspokajać cele z zakresu prewencji generalnej"[20].

Propozycje nowelizacji k.k. nie wydają się dotykać dyrektyw wymiaru kary, utrzymując stan istniejący, czyli nie ingerując w treść art. 53 i 54 k.k., choć planowane zamiany ustawy mają jednak w daleko idący sposób zmodyfikować szereg instytucji kształtujących stosowanie kar i środków karnych, w tym tak ważnych dla praktyki, jak zespół przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary, czy orzeczenia kary łącznej[21]. Trzeba też odnotować, że uchwalone dopiero co zmiany ko-

---

[18] W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 742.

[19] *Ibidem*, s. 743.

[20] *Ibidem*, s. 761. Co do meritum podobnie np.: P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2010, s. 214.

[21] A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo" 2012, nr 11, s. 3–13; Z. Sienkiewicz, *Niektóre propozycje zmian w regulacji kar, środków karnych i środków probacyjnych*, „Państwo i Prawo" 2012, nr 4, s. 27–41.

deksu postępowania karnego, mające postać bardzo poważnej nowelizacji wprowadzającej inny obraz procesu karnego w Polsce na poziomie wręcz fundamentalnych założeń jego modelu[22], zawiera także istotne dla prowadzonych tu rozważań zmiany w k.k., a to dopuszczenie możliwości umorzenia postępowania karnego, na wniosek pokrzywdzonego, w sprawie o występek zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli przed rozpoczęciem przewodu sądowego w pierwszej instancji sprawca pojednał się, w szczególności w wyniku mediacji, z pokrzywdzonym i naprawił szkodę wyrządzona przestępstwem lub zadośćuczynił doznanej krzywdzie (art. 59 a k.k.). Poszerzono nadto obszar stosowalności warunkowego umorzenia postępowania poprzez zmianę treści art. 66 k.k., gdzie dotychczasowy poziom maksymalnego zagrożenia karą w ustawie czynów objętych tą instytucją podniesiony został, co do zasady, a nie, jak było poprzednio – tylko w razie pojednania się z pokrzywdzonym, do lat 5 pozbawienia wolności, co oczywiście ma znaczenie niebagatelne dla ideologii kary, której poświęcam to opracowanie. Pomijając pewną kontrowersyjność proponowanego rozwiązania, którego założeń koncepcyjnych w pełni nie podzielam, w wersji jaka została przyjęta[23], podnieść trzeba, że sam fakt tak daleko idącej ingerencji w funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości karnej, gdzie o zastosowaniu kary (czy tylko nawet środka karnego), a więc mówić krótko – o ukaraniu, decydować ma swobodnie pokrzywdzony, świadczy, moim zdaniem, o daleko idącej „erozji" głoszonej na poziomie fundamentalnym ideologii karania, a zapisanej, jak by się mogło wydawać kompleksowo w art. 53 i 54 obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r.

Wywodzę w innym opracowaniu[24], że obowiązujący kodeks karny zawiera znacznie bardziej rozbudowany, niż by się to mogło wydawać po zapoznaniu z art. 53 i 54 k.k. system tzw. dyrektyw wymiaru kary, nadto, myśląc modelowo, trzeba rozróżniać fundamentalne zasady karania, generalnie wyrażone w Konstytucji RP, dyrektywy ogólne, oraz dyrekty-

[22] Ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 25 października 2013 r., poz. 1247.

[23] Por. ważną krytykę A. Pilch, *Umorzenie postępowania w trybie projektowanego art. 59 a k.k.*, „Państwo i Prawo" 2013, nr 4, s. 94–106. Osobiście uważam, że przesłanką zastosowania tej instytucji, co do generalnego kształtu potrzebnej i zgodnej z głoszoną tu wizją kary słusznej instytucji, winien być po prostu i wyłącznie brak wniosku o ściganie (osoby, lub podmiotu) pokrzywdzonych przestępstwem albo cofnięcie takiego wniosku przed wszczęciem przewodu sądowego.

[24] M.J. Lubelski, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Wróbel i in., Kraków 2013 [w druku].

wy szczegółowe, których jest wiele. Ponadto inne ustawy karne w sposób znaczący tworzą swój własny katalog dyrektyw (chodzi w szczególności o kodeks karny skarbowy – ustawa z 10 września 1999 r., kodeks wykroczeń – ustawa z 20 maja 1971 r.)[25].

Do konstytucyjnych zasad wymiaru kary, a więc takich, które wypowiedziane zostały w sposób wyraźny w Konstytucji RP, wedle mojej oceny zaliczyć trzeba: 1) zasadę karania sądowego, określoną w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; 2) zasadę *nulla poena sine lege*, określoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP; 3) zasadę legalizmu określoną w art. 7 Konstytucji RP; 4) zakazu stosowania tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz stosowania kar cielesnych, określony w art. 40 Konstytucji RP.

Do kodeksowych zasad wymiaru kary, a więc takich, które wypowiedziane zostały w k.k., zastrzegając, że i zasady konstytucyjne są odzwierciedlone w przepisach k.k. (poza fundamentalnie rozumianą zasadą legalizmu, co wydaje się oczywiste), zaliczyć w moim przekonaniu trzeba: 5) zasadę swobodnego uznania – w granicach prawa – sądu orzekającego, określoną w art. 53 § 1 k.k. (ale też, jak można wnosić, w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP); 6) zasadę indywidualizacji kary, określoną w art. 55 k.k. (ale także np. w art. 57 k.k., jak również dającą się wywieść, jak wnoszę, z postanowień art. 32 Konstytucji RP)[26]. Zasad

[25] Kodeks karny skarbowy, z 10 września 1999 r., Dz.U. Nr 83, poz. 930; kodeks wykroczeń, z 20 maja 1971 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 482. Przykładowo rzecz ujmując, k.k.s. nie odsyła w ogóle do art. 53 i 54 k.k. (art. 20 § 2 k.k.s.), tworząc własny system dyrektyw karania za przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Z kolei k.k.w. inaczej niż obowiązujący k.k. formułuje dyrektywy wymiaru kary, w szczególności nie eksponuje kryterium stopnia zawinienia, zna też niewystępujący w k.k. katalog okoliczności obciążających i łagodzących (art. 33 k.w.).

[26] Przedstawiona lista zasad ma w dużym zakresie wymiar procesowy, zob. np.: P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, Warszawa 2011. Nie miejsce tu na dyskusję merytorycznej trafności składników przedstawionej listy i jej odesłań do przepisów Konstytucji. Odmienną całkowicie listę, z tym że konstytucyjnych zasad odpowiedzialności karnej, a nie zasad wymiaru kary, przedstawia J. Warylewski, *Konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej – próba ujęcia porównawczego*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 177–191. Do zasad tych zalicza (stosuję terminologię autora, w nawiasach numery odesłań do przepisów Konstytucji RP): prawną ochronę życia (art. 38), zakaz stosowania tortur oraz okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 40), humanitarnego traktowania (art. 41 ust. 4), nieretroakcji rozumianej jako *lex severior retro non agit* (art. 42 ust. 1), legalizmu rozumianego jako *nullum crimen* i *nulla*

naliczyłem więc sześć i w ostatecznym rozrachunku wszystkie uznać trzeba za konstytucyjne.

Wyliczenie dyrektyw wymiary kary poprzedzić musi ich kategoryzacja. Odróżnić trzeba dyrektywy ogólne (art. 53 § 1 k.k.), dyrektywę szczególną (art. 54 k.k.), dyrektywy szczegółowe zawarte w licznych przepisach ustawy karnej, a nadto okoliczności rzutujące na wymiar kary, wyliczone w art. 53 § 2 i 3 k.k. Do dyrektyw ogólnych zaliczyć należy:

1 uwzględnianie stopnia winy jako górnego limitu kary,
2) adekwatność kary do stopnia społecznej szkodliwości czynu,
3) uwzględnianie celów zapobiegawczych i wychowawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego,
4) potrzeby kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa,
5) do dyrektyw ogólnych, moim zdaniem, zaliczyć też trzeba dyrektywę humanitaryzmu karania, wyrażoną w art. 3 k.k.

Dyrektywę szczególną wypowiada art. 54 k.k. Odnosi się ona do odpowiadających karnie nieletnich i młodocianych, nakazując uwzględniać na pierwszym miejscu, przy orzekaniu kary czy stosowaniu środka karnego, dyrektywę indywidualno-prewencyjną, ograniczoną nadto do jej wymiaru wychowawczego.

Katalog dyrektyw szczegółowych jest bardzo obszerny. Zaliczę tu można:

1) uwzględnianie na korzyść sprawcy pozytywnych wyników mediacji albo ugody między nim a pokrzywdzonym (art. 53 § 3 k.k.),
2) priorytet kar wolnościowych, gdy ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary (art. 58 § 1 k.k.),
3) nieorzekanie grzywny niewykonalnej, co też oznacza uwzględnianie stosunków majątkowych sprawcy przy jej orzekaniu (art. 58 § 2 k.k.),
4) nieorzekanie, ze względu na stan zdrowia sprawcy, niewykonalnej formy kary ograniczenia wolności (art. 58 § 2a k.k.),

---

poena sine lege (art. 42 ust. 1), prawa do obrony (art. 42 ust. 2), domniemania niewinności (art. 42 ust. 3), prawa łaski (art. 139). O sprawach tzw. zasad konstytucyjnych karania miałem okazję ostatnio pisać: M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stosowaniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. 2, Warszawa 2012, s. 165–184. Co do generaliów – relacji prawa karnego i konstytucji zob.: A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego*, [w:] *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 219–266.

5) wymierzanie kary zaostrzonej sprawcom przestępstw o charakterze chuligańskim (art. 57a, art. 58 § 4, art. 69 § 4 k.k.),
6) uwzględnianie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawcy młodocianego, gdy przemawiają za tym względy indywidualno-prewencyjne (art. 60 § 1 k.k.),
7) uwzględnianie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy: a) pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, a szkoda została naprawiona lub pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody, b) sprawca czynił starania o naprawienie szkody lub jej zapobieżenie lub w inny sposób wykazał podobną postawę, c) sprawca przestępstwa nieumyślnego lub jego najbliższy poniósł w związku z popełnionym przestępstwem poważny uszczerbek (art. 60 § 2 pkt 1 k.k.),
8) uwzględnianie możliwości odstąpienia od wymierzenia kary wobec sprawcy, który współdziałając w popełnieniu przestępstwa z innymi osobami, ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje opisane w art. 60 § 3 k.k. (art. 61 k.k.),
9) wymierzanie kary zaostrzonej, nawet nadzwyczajnie, jeżeli to nie dotyczy zbrodni, sprawcom: a) przestępstw umyślnych popełnionych w warunkach powrotu do przestępstwa opisanych w art. 64 § 1 i 2 k.k., przy czym zaostrzenie w poważniejszym wymiarze dotyczy sprawców określonych w art. 64 § 2 k.k. (art. 64, art. 69 § 3 k.k.), b) którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie źródło dochodu (art. 65 § 1 k.k.), c) którzy popełnili przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa (art. 65 § 1 k.k.), d) przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 65 § 1 k.k.)[27].

Przypomnieć trzeba, że oprócz dyrektyw wymiaru kary, w ustawie karnej sformułowany został katalog okoliczności rzutujących na wymiar kary (art. 53 § 2 k.k.), który do dyrektyw zaliczony być raczej nie może, a to z tego względu, iż wymienione w nim okoliczności, co do zasady, mogą mieć charakter zarówno „dodatni", jak i „ujemny", a więc być brane zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść sprawcy przy wymierzaniu mu kary (stosowaniu środków karnych). Nie dotyczy to jednak popełnienia przestępstwa wspólnie z nieletnim, co ma oczywisty ujemny wymiar oraz starań o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, co ma oczywi-

[27] Kolejność wyliczenia dyrektyw szczegółowych uzależniłem od następstwa wyrażających je przepisów. Brzmienie dyrektyw formułowałem posługując się językiem ustawy.

ście wymiar dodatni i tym samym uwzględnianie obu tych typów okoliczności do katalogu dyrektyw szczegółowych, można byłoby ewentualnie zaliczyć. Tym samym lista dyrektyw szczegółowych byłaby jeszcze bogatsza.

Zasadniczo dyrektywy szczegółowe pogrupować można w dwie kategorie – dyrektyw zaostrzenia kary albo jej złagodzenia, w wielu przypadkach połączonych z opcją nadzwyczajnego wymiaru kary, co prowadzić może do substytucji kary środkiem karnym (art. 60 § 7 k.k.)[28]. Różnią się więc od dyrektyw ogólnych (oraz szczególnej adresowanej do nieletnich i młodocianych) ukierunkowanym charakterem, wskazują na konkretny kierunek kształtowania orzeczenia o karze (kara winna być surowsza, kara winna być łagodniejsza, względnie danego rodzaju kary wobec danego sprawcy nie należy orzekać, a nawet z kary należy zrezygnować i poprzestać na orzeczeniu środka karnego), czego o dyrektywach ogólnych powiedzieć nie można.

Z dokonanego przeglądu wyłania się więc obraz, w którym istotę kary nie wyznacza w sposób dostatecznie uzasadniony, aby można mówić o całkowitym prymacie danego punktu odniesienia, ani społeczna szkodliwość czynu, ani wina, lecz względy na cechy osoby sprawcy, co nazywa się prewencją indywidualną. Pozwoliłem sobie karę tak wyznaczoną określić mianem kary słusznej. Kara słuszna, w moim przekonaniu to kara w pierwszym rzędzie proporcjonalna, w konstytucyjnym znaczeniu tego terminu. Nadto sprawiedliwa, ale nie w rozumieniu odpłaty, lecz w rozumieniu spełnienia przy jej orzekaniu konstytucyjnych gwarancji procesowych. Dopiero niejako na dalszym planie kara taka winna być konfrontowana ze stopniem winy, społecznej szkodliwości czynu, wreszcie względami zapobiegawczymi i korekcyjnymi (prewencja generalna utraciła właściwie jakiekolwiek specyficzne znaczenia). Nadto – kara słuszna to w niezbędnym i możliwym stopniu kara humanitarna. Wywód prowadzi do zaskakującej być może konkluzji – wyliczone wymogi spełniają nie tylko znane kodeksowi kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności czy grzywny. Przeciwnie – często ich orzeczenie może prowadzić do sprzeczności z jedną czy wieloma wyliczonymi cechami. Dlatego postulaty możliwie najszerszej substytucji

[28] Nie zaliczyłem do grupy dyrektyw łagodzących karę „wypadków przewidzianych w ustawie" (np. ograniczenia poczytalności sprawcy w chwili czynu czy usiłowania nieudolnego), uznając, że instytucje części ogólnej kodeksu karnego tworzą odrębną od dyrektyw szczególnych wymiaru kary płaszczyznę oceny adekwatności kary do czynu i okoliczności jego popełnienia i łączenie ich w jedną grupę prowadzić może do zaburzenia kodeksowego porządku katalogu instytucji kreujących odpowiedzialność karną.

kar znanych kodeksowi środkami karnymi, środkami probacyjnymi, środkami zabezpieczającymi, a wobec nieletnich i młodocianych – środkami wychowawczymi, opiekuńczymi, leczniczymi, a w ostateczności – poprawczymi. Warunkowe umorzenie postępowania karnego odpowiada więc współczesnej ideologii kary, co brzmi jakże paradoksalnie, ale paradoksem jest tylko pozornym!

Użyte przeze mnie określenie „kara słuszna", które można też zasadniczo zastąpić terminem „kara proporcjonalna", nie należą do katalogu pojęć „obowiązującej" karnistyki (chodzi mi zarówno o wymiar doktrynalny, jak i język ustawy karnej). Używam ich, by wyeksponować inny – termin zasadniczo znaczący „zastosowanie prawnokarnych środków reakcji na czyn zabroniony". Trzeba podkreślić, że na wymiar niezbędnej dolegliwości, które sprawcę czynu zabronionego w razie zastosowania takich środków spotyka składają się, w przypadku środków karnych i środków probacyjnych, nakładane na sprawcę obowiązki. W odniesieniu do osób młodych wiekiem (nieletnich i młodocianych) środkiem prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony jest zastosowanie środków wychowawczych lub środka poprawczego, przewidzianych przepisami ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich[29].

Komentarza wymaga rozgraniczenie zasady niestosowania tortur i innego okrutnego lub poniżającego traktowania (art. 40 Konstytucji RP) oraz dyrektywy humanitaryzmu jako ogólnej dyrektywy wymiaru kary (art. 3 k.k.). Próbuję głosić, że humanitaryzm karania, jako zasadę wymiaru kary, i w ogóle – postępowania z sprawcami czynów zabronionych, wypowiada konstytucja, a nie kodeks karny w art. 3[30]. Nie bez wątpliwości zaliczyłem zasadę określoności kar i środków karnych do zasad wymiaru kary. Normatywne źródła tej zasady, odpowiednio uszczegóławianej w przepisach k.k. w odniesieniu od poszczególnych

[29] O roli środków karnych i innych środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, we współczesnym prawie karnym, zob. np., tylko spośród najnowszych opracowań: W. Klaus, *Dziecko przed sądem. Wymiar sprawiedliwości wobec przestępczości młodszych nieletnich*, Warszawa 2009, s. 19–88 oraz 355–382; K. Krajewski, *Kilka uwag w kwestii tzw. dwutorowości prawa karnego*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty…*, s. 108–125; M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013; P. Stępniak, *Środki penalne we Francji i Polsce. Doktryna, legislacja, praktyka*, Warszawa 2012; T. Szymanowski, *op. cit.* (por. też recenzję tej publikacji autorstwa A. Zolla opublikowaną w „Państwie i Prawie" 2013, nr 5, s. 110–112); A. Zoll, *Rozważania…*).

[30] M.J. Lubelski, *Czy karanie może być humanistyczne?*, [w:] *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, red. W. Cieślak, S. Steinborn i in., Warszawa 2013, s. 315–330.

kar i środków karnych, zawierają przepisy rozdziałów IV i V k.k. (które to przepisy dopuszczają, a nawet nakazują, orzekanie poszczególnych środków „na zawsze" np. zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych – art. 42 § 4 k.k., tym samym „wymiar kary lub środka karnego" nabiera tu znaczenia – zastosowanie kary lub środka karnego i staje się bardziej dyrektywa niż zasadą).

Zasady i dyrektywy wymiaru kary i środków karnych zasadniczo sformułowane zostały w rozdziale VI kodeksu karnego. Ramy opracowania nie pozwalają na poszerzenie pola opisu na zasady i dyrektywy orzekania środków probacyjnych i środków zabezpieczających, ze swej istoty odrębnych od kar i środków karnych. Występują tu duże odrębności i daleko posunięta specyfika. Wskażę tylko, że dyrektywa limitującej górny wymiar kary funkcji stopnia winy nie może znaleźć zastosowania, gdy sprawcy w ogóle winy przypisać nie można na skutek niepoczytalności w chwili czynu[31]. Najprościej będzie jednak powiedzieć, że orzekanie o środkach probacyjnych i środkach zabezpieczających sterowane jest odrębnymi dyrektywami, czyli wyróżniony przeze mnie katalog dyrektyw szczególnych winien być poszerzony o dyrektywy rozstrzygania o środkach probacyjnych i dyrektywy rozstrzygania o środkach zabezpieczających.

Nie umieściłem wśród zasad (ani dyrektyw) obowiązku zaliczania aresztu tymczasowego i innego faktycznego pozbawienia wolności, gdyż uważam, że – podobnie, jak w kwestii zasady określoności kary – mówi się tu o rozstrzygnięciu dotyczącym pojmowania istoty kary pozbawienia wolności – każde wcześniejsze pozbawienie wolności w tej samej sprawie musi skutkować zaliczeniem na poczet orzeczonej kary, to kwestia pryncypiów samej kary, a nie zasad jej wymierzania – w pewnym sensie zaliczenie uwzględnia już wcześniejsze faktyczne jej „wykonanie".

Nie zaliczyłem do dyrektyw wymiaru kary i środków karnych instytucji uregulowanych w art. 58 § 3 i art. 59 § 1 k.k. (które to instytucje

[31] Ważną zmianę normatywną nakazującą widzieć łącznie tzw. bezwzględną karę pozbawienia wolności i karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wprowadzono do kodeksu karnego w 2010 r. przez dodanie § 1a w art. 89, mówiącym o wymiarze kary łącznej. Ustawodawca zmienił dotychczasowy stan prawny, określając, że w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, co oczywiście nakazuje przyjąć odmienną niż dotychczas optykę tzw. bezwzględnych kar pozbawienia wolności i kar pozbawienia wolności, których wykonanie zostało warunkowo zawieszone.

określone być mogą mianem szczególnych instytucji zwykłego wymiaru kary), traktując je jako odrębne i samodzielne podstawy modyfikacji granic zagrożenia ustawowego, podobne w swej istocie do instytucji nadzwyczajnego wymiaru kary, z tą jednak uwagą, że nie noszą nadanego im przez ustawodawcę określenia „nadzwyczajne", co nie jest oczywiście bez znaczenia przy wykładni ustawy. Nadto trzeba zaznaczyć, że instytucja opisana w art. 59 § 1 k.k. związana jest z cechą społecznej szkodliwości czynu, która ma „nie być znaczna", stanowi więc generalną klauzulę odnoszącą się do „czynów mniejszej wagi". Brak w ustawie samodzielnych dyrektyw orzekania kar i środków karnych przy stosowaniu wymienionych szczególnych instytucji zwyczajnego wymiaru kary, pozwalających wyjść poza ramy ustawowego zagrożenia naruszonego zakazu *versus* nakazu karnego (typu przestępstwa), nakazuje przyjąć, iż sąd stosuje więc i w takich przypadkach dyrektywy ogólne (czy ich modyfikację w postaci dyrektywy szczególnej), a dalej – odpowiednie dla przypadku – dyrektywy szczegółowe. Gdybyśmy chcieli wypełnić stosowanie wymienionych szczególnych instytucji zwyczajnego wymiaru kary konkretną treścią, to trzeba, moim zdaniem, sięgnąć po te dyrektywy szczegółowe, które mówią o łagodzeniu kary, zastąpieniu kary pozbawienia wolności grzywną albo karą ograniczenia wolności, a tym bardziej odstąpieniu od wymierzenia kary. Mamy przecież wtedy do czynienia z orzeczeniem kary łagodniejszego rodzaju lub nawet rezygnacją z kary, której funkcje substytuuje środek karny[32]. Dyrektywy ogólne nie ulegają jednak uchyleniu, na co wskazuje chociażby sformu-

[32] W tekście, aby nadmiernie nie mnożyć wątków i wyjątkowych odmienności, pominąłem szczególne podstawy nadzwyczajnego wymiaru kary, zawarte czy to w części szczególnej (np. art. 309 k.k., dopuszczający, w przypadkach skazań za przestępstwa opisane w tym przepisie, orzeczenie kary grzywny, obok kary pozbawienia wolności, w wymiarze do 3000 stawek dziennych), a w szczególności w kodeksie postępowania karnego (tzw. ugoda prokuratorska – art. 335 i 343 k.p.k., gdy ustawa dopuszcza, poza przesłankami przewidzianymi k.k., zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary, warunkowego zawieszenia jej wykonania nawet w wymiarze do lat 5 pozbawienia wolności i na okres próby wynoszący do lat 10, ograniczenie skazania do orzeczenia wyłącznie środka karnego). Nie poruszam też specyfiki odpowiedzialności, a tym samym specyfiki dyrektyw wymiaru kary i środków karnych, w przypadku przestępstw lub wykroczeń skarbowych (k.k.s.) oraz czynów zaliczanych do kategorii wykroczeń (k.w.). W perspektywie systemowej modelu zasad i dyrektyw wymiaru kary trzeba też pomieścić dyrektywy wymiaru kary łącznej, które wbrew pewnym łatwym wnioskowaniom istnieją i mają samodzielny charakter, które jednak także nie mogły stać się przedmiotem analizy w tym opracowaniu, przede wszystkim ze względu na niezbędną zwartość i przejrzystość wywodu.

łowanie końcowe normy wyrażonej w art. 59 § 1 k.k. („a cele kary zostaną przez ten środek spełnione").

Nie uważam, by istniała dostateczna podstawa dla formułowania zasady nieorzekania niewykonalnej kary grzywny – kwestia wykonalności wobec konkretnego sprawcy orzeczonej kary majątkowej należy do ustaleń procesowych stanu faktycznego sprawy, często nie wiadomo w sposób absolutnie jednoznaczny, czy grzywna w ogóle i w jakiej ewentualnie wysokości może być wykonana, bo ustalenie stanu stosunków majątkowych sprawcy nie stanowi przecież głównego przedmiotu procesu karnego. Mówienie tu o zasadzie, w dodatku formułowanej jako „zakaz" (tak np. W. Wróbel i A. Zoll[33]), prowadzić może do znacznego ograniczenia stosowania kar majątkowych, znacznie przecież przy drobniejszej wagi czynach trafniejszych niż kara pozbawienia wolności, nawet warunkowo zawieszona (kara ograniczenia wolności, z różnych zresztą powodów, jest adekwatna tylko wobec niektórych kategorii sprawców). Wolę widzieć to jako dyrektywę nieorzekania grzywny niewykonalnej, czyli uwzględniania stosunków majątkowych sprawcy przy orzekaniu kar o charakterze pieniężnym[34].

Nie wyodrębniłem, tak nazwanej, dyrektywy (ani zasady) kompensacji szkody albo innej formy zadośćuczynienia, choć wydawałoby się to oczywiste i jak najbardziej uzasadnione, bo funkcja kompensacyjna jest niewątpliwie współcześnie jedną z głównych. Odpowiedź jest taka, że leży ona (funkcja i dająca się prawidłowo wywieść generalna zasada współczesnego prawa karnego, co trzeba jednak odróżniać od zasad i dyrektyw rozstrzygania o karze i środkach karnych, które mają, z natury, bardziej uszczegółowiony charakter) u podstaw szeregu wyróżnionych przeze mnie dyrektyw szczególnych, jak choćby uwzględniania na korzyść sprawcy pozytywnych wyników mediacji albo ugody (pkt 1 na liście dyrektyw szczegółowych), czy uwzględniania możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, gdy pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, a szkoda została naprawiona lub pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody, względnie sprawca czynił starania o napra-

[33] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo*..., s. 500.

[34] Znacznie bardziej skomplikowana jest sprawa przeniesienia tej dyrektywy na środki karne. Obowiązek naprawienia szkody relacjonowany jest do szkody, a nie sytuacji majątkowej sprawcy. Nie jest to jednak środek specyficzny dla prawa karnego, przeciwnie – posiada ściśle cywilistyczny charakter. Jednak już nawiązka i świadczenie pieniężne mogą, i moim zdaniem powinny, być objęte wymienioną dyrektywą, tym samym zyskuje ona znacznie szerszy zakres odniesień niż „zakaz orzekania niewykonalnej grzywny". Ma też nieco odmienny wyraz znaczeniowy.

wienie szkody lub jej zapobieżenie, lub w inny sposób wykazał podobną postawę (pkt 7 na sformułowanej powyżej liście).

Dyrektywy ogólne, poza wyróżnioną przeze mnie dyrektywą humanitaryzmu karania (stosowania środków karnych, ale też rzecz jasna środków zabezpieczających), mają w literaturze bogate piśmiennictwo i nie miejsce tutaj je charakteryzować. Kolizja dyrektyw jest zagadnieniem odrębnym i najprościej jest powiedzieć, że ustawa karna nie rozstrzyga prymatu dyrektyw, dając jedynie wytyczną generalną w postaci limitującej górny wymiar kary funkcji stopnia winy. Dyrektywy szczegółowe tworzą odrębny i dość zawiły świat specyficznych bardzo regulacji, w dodatku stale się rozwijających i uszczegóławiających, na wszystkich zresztą polach odniesień (żeby tylko wspomnieć o dyrektywie stosowania środków zabezpieczających w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym albo skierowania na leczenie ambulatoryjne wobec sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej, określone w art. 95a k.k.). Wobec nieletnich i młodocianych prymat dyrektywy indywidualno-prewencyjnej, ograniczonej do celów wychowawczych, czyli z wyłączeniem celów zapobiegawczych, nie jest przez nikogo w poważny sposób kwestionowany.

Zasady wymiaru kary mają znaczenie ustrojowe. Wyznaczają generalnie ramy funkcjonowania represji karnej. Stąd pomieściłem wśród nich zasadę legalizmu, która ma zasadniczo znaczenie procesowe, niewolne jednak od konotacji materialnoprawnych. Kara słuszna to tylko kara orzeczona przez właściwy dla rozpoznania sprawy sąd, wydana po przeprowadzeniu przewidzianego prawem postępowania, noszącego miano procesu karnego, ze wszystkimi właściwymi temu postępowaniu cechami (jak np. prawo do obrony, dwuinstancyjność, domniemanie niewinności aż do prawomocności orzeczenia). Swobodna ocena sądu orzekającego to, inaczej mówiąc, niezawisłość sędziowska. Indywidualizacja stosowania kar i środków karnych warunkuje przestrzeganie zasady przypisania winy w czasie czynu, która to zasada należy do fundamentów formuły odpowiedzialności karnej przyjętej za dopuszczalną w demokratycznych państwach prawa.

Lista wyróżnionych dyrektyw jest niewątpliwie otwarta. Wskazałem powyżej na możliwość (i – chyba – zasadność) zaliczenia do niej kolejnych wypowiedzianych w ustawie wskazówek decyzyjnych, adresowanych do sądu orzekającego w zakresie rozstrzygnięć o karze, środkach karnych, środkach probacyjnych, środkach zabezpieczających czy innych typach środków reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony (takim odrębnym środkiem reakcji prawnokarnej, o charakterze ściśle resocjalizacyjnym, jest zakład poprawczy przewidziany ustawą z 26 października 1982 r.

o postępowaniu w sprawach nieletnich[35]). Nowością mojego opracowania jest, zapewne, w zaprezentowanej liście dyrektyw szczegółowych, dodanie do niej dyrektyw karania recydywistów, sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym, sprawców działających w grupach przestępczych, czyniących z przestępstwa stałe źródło dochodu, sprawców występków o charakterze chuligańskim, a nadto dyrektyw łagodzenia kary wobec różnych kategorii sprawców i z różnych bardzo powodów, zasadniczo grupujących się wokół instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Tezy powyższe już sformułowałem w nauką przewidziany sposób i mam nadzieję, że niedługo ujrzą światło dzienne. W tym opracowaniu pragnę pogłębić konstytucyjny wymiar przedmiotu dyskursu. Wróćmy więc do Konstytucji RP, koncentrując się na pytaniu dość banalnym, ale jakże frapującym – czy konstytucja pozwala sformułować jakieś tezy, jaką jest kara, jaka może być kara, jakie są granice karania (bo oczywiście są), a więc czy można zasadnie mówić o określonej „idei" kary na przepisów obowiązującej konstytucji.

Konstytucja nie mówi oczywiście nic o tym czym, jest kara sądowa, trudno aby było inaczej, skoro nawet doktryna prawa karnego różnie tę istotę wyjaśnia (konkurencja wątków retrybutywnego i celowościowego jest tu fundamentalna – prezentacja tego świata myśli w nawet najbardziej skróconej byłaby dla autora bardzo trudna, ale – co najważniejsze – dla prowadzonego wywodu jest po prostu zbędna). Art. 42.1 konstytucji mówi tylko, podobnie jak k.k. w art. 1, o odpowiedzialności karnej, samej kary rzecz jasna nie definiując. Niemniej da się wywieść, moim zdaniem, z konstytucji, szereg wyznaczników istoty kary, rozwijanych dalej w ustawodawstwie karnym, które próbuję określić wspólnym, łączącym je, określeniem „kara słuszna".

Do tak rozumianych konstytucyjnych wyznaczników istoty współczesnej kary kryminalnej, czyli kary orzekanej przez sądy za czyny określane mianem przestępstw (pomijam tu, jak wspomniałem, wykroczenia, choć i o nich na koniec mowa), a więc czyny karalne – będące przedmiotem odpowiedzialności karnej zaliczyć trzeba w pierwszym rzędzie zasadę ustawowej określoności przestępstwa i kary (art. 42.1 Konstytucji RP), co ma w istocie bardzo daleko idące i wielorakie konsekwencje[36]. Oczywiście należy uznać, że karą jest to, co ustawodawca

[35] Tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178 z późn. zm.

[36] Przykładowo – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, postanowieniem z 26 października 2010 uznał, że odpowiedzialność osoby lustrowanej określoną ustawą lustracyjną z 18 października 2006 r. o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów,

za karę w obowiązującym prawie uznał. Niemniej konstytucja wprowadza szereg daleko idących ograniczeń w swobodzie kreowania przez ustawodawcę kar (i innych prawnokarnych konsekwencji popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary kryminalnej, czyli prawnokarnych środków reakcji na czyn zabroniony). Była już o tym mowa na wstępie, ale powtórzmy – i tak konstytucja zakazuje tortur i innego okrutnego, nieludzkiego poniżającego lub poniżającego karania (mowa też o wszelkim „traktowaniu" – art. 40 Konstytucji RP). Trzeba pamiętać, że konstytucja mówi o „przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka" (art. 30 Konstytucji RP). Przestępca to też człowiek, kara nie może go tej godności pozbawiać. „Zakazuje się stosowania kar cielesnych", stanowi jednoznacznie konstytucja w tym samym artykule[37]. Konstytucja nakazuje, aby kary kryminalne stosowane były jedynie przez właściwy sąd i tylko w wyniku sprawiedliwego i uczciwego procesu (art. 45. 1 Konstytucji RP). Ważniejszy może, dla prowadzonych tu rozważań, jest konstytucyjny zakaz stosowania kary śmierci (art. 38 Konstytucji RP zapewnia każdemu bezwzględną, prawną ochronę życia). Trzeba w kolejności, jako ściśle wiążącą się z zasadą orzekania kar (i innych prawnokarnych środków reakcji na czyn zabroniony) przez sądy, przywołać zasadę legalizmu (art. 7 Konstytucji RP) mówiącą o tym, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa.

Najważniejszą z punktu widzenia tego opracowania jest jednak niewątpliwie zasada proporcjonalności określona w art. 31.3 Konstytucji RP. Jej szersza prezentacja przekracza ramy opracowania. Pytaniem fundamentalnym jest, czy zasad ta adresowana jest do także do sądów orzekających w konkretnej sprawie karnej, czy tylko do ustawodawcy, który określa katalog kar, środków karnych, i innych środków prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, „wypełnia" instytucje prawa karnego konkretną treścią normatywną. W moim przekonaniu zasada proporcjonalności adresowana jest właśnie do ustawodawcy, a nie do sądu. Miałem już okazję wypowiadać się w tej sprawie[38]. Dysponujemy w kwestii

jest odpowiedzialnością karną w rozumieniu art. 42 Konstytucji RP. Lex Omega 2013, też OSAW 2011, nr 3, poz. 229.

37 Ileż historii kryje się za tą krótką wypowiedzią! Współczesny świat islamu, przynajmniej ten odwołujący się do prawa koranicznego, wcale nie odrzuca kar cielesnych, mamy więc współcześnie co najmniej dwa całkowicie różne standardy kary!

38 M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2012, s. 165–184.

wykładni znaczenia zasady proporcjonalności dla prawa karnego, poważnym już dorobkiem orzeczniczym Trybunału Konstytucyjnego oraz szeregiem wypowiedzi doktryny[39]. Nie od rzeczy będzie, w kontekście zasady proporcjonalności wskazać, że mienie, wolność, cześć, to dobra konstytucyjnie chronione, a kara sądowa oznacza przecież poważnie ogranicza w korzystaniu, lub wręcz temporalnie zasadniczo, choć i czasami trwale, czyli dożywotnio, pozbawia sprawcę przestępstwa właśnie takich dóbr. Nie można jednak stracić z pola widzenia zadań państwa, które ma chronić obywateli i wspólnotę narodową, interesy grupy różnego typu, w tym etnicznych i wyznaniowych, przed atakami na ich dobra prawem chronione, a więc przed przestępstwami.

W konkluzji – uzasadnione wydaje się głoszenie tezy że za czyn zabroniony pod groźbą kary, grozi kara słuszna, to jest taka, która, w świetle Konstytucji RP, jest karą wymierzoną przez właściwy sąd, po przeprowadzeniu zgodnego z prawem i standardami uczciwości i sprawiedliwości procesu, za czyn, którego popełnienie jest zabronione przez obowiązujące pod rygorem odpowiedzialności karnej, spełniająca wymogi kary humanitarnej, nienaruszającej godności sprawcy, a nadto proporcjonalnej do wagi czynu w zakresie, w jakim dobra i wolności ogranicza, czyli w zakresie swego ustawowego kształtu. Dodać można, że z konstytucyjnego punktu widzenia fundamentalną wręcz winna być sprawa wolności o osobistej sprawcy czynu zabronionego, czyli dobra o którym mówi art. 31.1 Konstytucji RP. Wolności, której nigdy nie powinniśmy nikogo pozbawiać na zawsze, czyli nieodwołanie i dożywotnio. Wreszcie – pozbawienie wolności, szczególnie gdy oznacza długotrwałą, a długotrwałość mierzy się raczej w miesiącach a nie latach, winno być sankcją o charakterze wyjątkowym, ograniczonym co do zakresu swego stosowania, limitowaną słusznością, która jest wyznaczoną wagą czynu i stopniem, w jakim niebezpieczeństwo dla bezpieczeństwa innych może stwarzać sprawca przebywając na wolności.

[39] Przywołam tu, z racji obszerności źródeł, jedynie pracę zbiorową *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010. Obszernie powołuję orzecznictwo TK i piśmiennictwo polskie w opracowaniu mojego autorstwa (przyp. wyżej). Że proporcjonalność staje się rzeczywistą zasadą kształtowania przez ustawodawcę represji karnej niech posłuży przykład niedawnej zmiany ustawy o rybactwie śródlądowym (Dz.U. z 1 października 2013, poz. 1158), mocą której zniesiono obligatoryjność orzekania przepadku narzędzi w przypadku popełnienia wykroczenia połowu ryb bez właściwego zezwolenia lub uprawnienia. Ł. Kuligowski, *Sąd nie musi zabierać wędek*, „Rzeczpospolita", 31 października–1 listopada 2013, s. C3.

Renata Pawlik

KONSTYTUCYJNE PODSTAWY I ZAKRES PRAWA KARANIA – ZAGADNIENIA WYBRANE Z PERSPEKTYWY ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA PRZESTĘPSTWO I WYKROCZENIE[1]

W demokratycznym państwie prawnym pierwszoplanowe znaczenie przypisuje się godności i wolności człowieka oraz systemowi ochrony tychże wartości przed ich naruszeniem ze strony władzy państwowej. Te wolności i prawa mogą być co do zasady ograniczane tylko ze względu na wolności i prawa innych[2]. Świadomość, że prawa i wolności konstytucyjne nie mogą mieć absolutnego charakteru, towarzyszyła od zawsze społeczeństwom demokratycznym, aczkolwiek różne były formy jej wyrażania w tekstach konstytucji[3]. Możliwość poddawania praw i wolności jednostki koniecznym ograniczeniom *expressis verbis* dopuszczana jest także w aktach o zasięgu międzynarodowym[4]. Konstytucja RP z 1997 r.

---

[1] Niniejsza publikacja jest fragmentem projektu badawczego finansowanego ze środków NCN 2011/03/D/HS5/01456.

[2] A. Zoll, [w:] *System prawa karnego. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 228.

[3] L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo" 2001, nr 10, s. 5–24.

[4] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPC), zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; Konwencja uzupełniona: 10 października 1994 r. Protokołem nr 1 sporządzonym w Paryżu 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175), 10 paździer-

w art. 31 ust. 3 określa przesłanki, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzenia takich ograniczeń[5]. Nastąpić one mogą tylko i wyłącznie w ustawie, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, nie mogąc przy tym naruszać istoty tych wolności i praw[6]. Powołana regulacja wskazuje dwie istotne z punku widzenia zakreślonej problematyki zasady, a mianowicie zasadę proporcjonalności i zasadę konieczności. Zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nakładanym na jednostkę, wyznaczając jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej. Z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra[7].

---

nika 1994 r. Protokołem nr 4 sporządzonym w Paryżu 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175), 1 listopada 2000 r. Protokołem nr 6 sporządzonym w Strasburgu 28 kwietnia 1983 r. (Dz.U. z 2001 r. Nr 23, poz. 266), 1 marca 2003 r. Protokołem nr 7 sporządzonym w Strasburgu 22 listopada 1984 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 42, poz. 364); zob. także: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1996 r.

5 L. Garlicki, *op. cit.*, s. 6 i nast.

6 Idem, *Komentarz do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 7; wyrok TK z 15 grudnia 2004 r., K 2/04, OTK-A 2004, nr 11, poz. 117; wyrok TK z 29 czerwca 2001 r., K 23/00, OTK 2001, nr 5, poz. 124, wyrok TK z 12 stycznia 2000, P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3, wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 128.

7 K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, nr 2, s. 33 i nast.; M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 48; orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12, Lex nr 25538 – w którym Trybunał Konstytucyjny uznał, że dla ogólnych konstytucyjnych warunków ograniczania praw i wolności jednostki szczególne znaczenie ma zasada, iż ograniczenia tych praw i wolności mogą być wprowadzone tylko „w zakresie niezbędnym". Wyraża ona ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w które państwo (ustawodawca) może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w koniecznym wymiarze. Istotą tak rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji jest uznanie, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zaburzających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. W tym ogólnym ujęciu zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich

Dobra prawnie chronione tworzą system pełen wzajemnych interakcji którego prawidłowe funkcjonowanie wymaga wypracowania i przyjęcia wzorców postępowania oraz systemów kontrolnych zapewniających ich przestrzeganie[8]. To właśnie te wielorakie powiązania stają się źródłem różnych sytuacji kolizyjnych implikujących konieczność podjęcia działań ochronnych w stosunku do dóbr prawnie chronionych. Wyprowadzone przez H. Welzela niezwykle trafne, niemal sztandarowe już dziś stwierdzenie, że dobra, których naruszenie lub zagrożenie jest ujemnie wartościowane nie są muzealnymi eksponatami[9], biorą bowiem aktywny udział w życiu społecznym i w obrocie prawnym, co jest naturalnie wymuszone codziennością i ciągłym rozwojem cywilizacji, powoduje naturalne zużywania tych dóbr, ich zagrożenie, a nawet zniszczenie, determinuje zarazem konieczność zakreślenia granicy tej aktywności oraz poziomu akceptowalnych zagrożeń i naruszeń. Ujemnie oceniane będzie co do zasady jedynie zbytnie narażenie przekraczające ów wyznaczony potrzebami codzienności zakres[10]. Nadmierna intensywność działań ochronnych w stosunku do jednego z dóbr nieuchronnie pociąga za sobą atak na inne dobra, zapewnienie zaś równego poziomu bezpieczeństwa wszystkim dobrom uznać należy za postulat, jak słusznie stwierdza D. Gruszecka, tyleż nierealny, co w istocie bezsensowny[11].

Przyjęcie zasady demokratycznego państwa prawa, która centralne znaczenie przypisuje godności i wolności człowieka oraz systemowi ochrony tych wartości przed ich naruszeniem ze strony władzy państwowej warunkuje cele wprowadzania normy sankcjonującej, która ma przede wszystkim wzmocnić ochronę dóbr prawnych, chronionych uprzednio normą sankcjonowaną. Istota karnoprawnego bezprawia w demokratycznym państwie prawa polega bowiem na zagrożeniu lub zniszczeniu tak chronionych dóbr, norma sankcjonująca ma zaś powstrzymać potencjalnego sprawcę przed sprowadzeniem zagrożenia dla

praw i wolności jednostki (choć, oczywiście, kryteria „nadmierności" muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności). Jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą.

8 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 21 i nast.

9 H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1939, t. 58, s. 515 i nast.

10 A. Zoll, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, t. 23, s. 79–80; idem, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 99 i nast. oraz podana tam literatura.

11 D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 123.

dobra prawnego lub jego zniszczeniem[12]. Tym samym, jak słusznie podnosi M. Filar, system prawa karnego w jego kryminalizacyjnym aspekcie oceniany być musi pod kątem przydatności do ochrony dóbr i wartości według wypracowanych zasad racjonalnej polityki kryminalnej, a mówiąc ściśle – kryminalizacyjnej[13], decydując w tym zakresie nie mogą być względy ekonomiczne czy organizacyjne. W demokratycznym państwie prawnym niezastosowanie się do polecenia władzy samo w sobie nie stanowi wystarczającej przesłanki wprowadzenia regulacji prawnokarnej. Naruszenie normy jest co prawda warunkiem koniecznym karalności, ale dodatkowo czyn podlegający sankcji prawa karnego musi atakować – naruszając albo narażając na niebezpieczeństwo określone

[12] A. Zoll, *System*..., s. 233.

[13] M. Filar, *Polityka kryminalizacyjna III RP*, „Państwo i Prawo" 1996, z. 11, s. 47. Spoglądając jedynie ogólnie na kwestie kryminalizacji w literaturze zachodnioniemieckiej, spotkać można dwie zbliżone do siebie propozycje modelu procedowania przy rozważaniu kwestii kryminalizacji przedstawione przez H. Günthera i H. Jägera. Według H. Güntera, rozważając kwestię kryminalizacji rozpocząć należy od wyjaśnienia celów, jakim ma służyć prawo karne. Skoro zaś celem tym ma być ochrona dóbr prawnych przed grożącą im szkodą, należy w konkretnej sprawie ustalić najpierw dokładnie, o jakie dobro chodzi, następnie zaś rozważyć należy, czy kryminalizowane zachowanie się zagraża lub szkodzi temu dobru oraz kwestię faktycznej skuteczności zakazu karnego. Trzeba więc także ustalić, czy możliwe jest zastosowanie innych niż karanie środków oddziaływania. Wreszcie ostatnim etapem powinno być zbadanie karygodności kryminalizowanego zachowania się. (H. Günter, *Die Genese eines Straftatbestandes*, „Juristische Schulung" 1978, nr 1, s. 9 i nast., cyt. za L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 199). Podobny w założeniach model procedowania przy rozważeniu kwestii ewentualnej kryminalizacji lub nie, określonych zachowań prezentuje H. Jäger, który jako punkt wyjścia proponuje również ochronną rolę prawa karnego, a poszczególne etapy procedury kryminalizacyjnej rozpoczyna od ustalenia, że mamy do czynienia z zachowaniem się społecznie niebezpiecznym, w sensie niebezpieczeństwa lub szkody dla określonego możliwie dokładnie dobra prawnego. Trzeci etap polegać powinien na sprawdzeniu hipotezy, na przeprowadzeniu empirycznego dowodu społecznego niebezpieczeństwa danego zachowania się. Dopiero po tej swoistej procedurze kontrolnej, zdaniem H. Jägera, idea kryminalizacji określonego typu zachowania się powinna być poddana weryfikacji z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Następnie zasada subsydiarności prawa karnego wymaga rozważenia, czy istnieją inne możliwości ochrony dobra naruszonego kryminalizowanym zachowaniem się. Koniecznym elementem procedury kryminalizacyjnej jest także rachunek zysków i strat spowodowanych kryminalizacją (H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (Beiträge zur Sexualforschung, Heft 12)*, Stuttgart 1957, s. 86 i nast., cyt. za L. Gardocki, *op. cit.*, s. 200).

dobro[14]. Jak słusznie zwraca uwagę A. Zoll – ograniczenie sfery praw i wolności następuje już przez normę sankcjonowaną, norma sankcjonująca jest tylko wzmocnieniem tej ingerencji[15]. Naruszenie normy prawnej nie musi być karalne, może być w ogóle pozbawione sankcji (*lex imperfecta*) lub też za naruszenie normy mogą grozić jedynie konsekwencje przewidziane np. w prawie cywilnym lub administracyjnym[16]. Stosowanie przez władzę przymusu wobec jednostki poddanej tej władzy może przybrać różną postać, ochrona bowiem obowiązującego porządku prawnego wymaga reakcji mających wyrazić negatywne wartościowanie zachowania, a jednocześnie powstrzymać adresatów norm prawnych przed podejmowaniem zachowań naruszających nakazy lub zakazy zawarte w normach. Najbardziej drastyczne represje, jakimi dysponuje zorganizowane w państwo społeczeństwo są zawarte, co do zasady, w prawie karnym, nieco mniej drastyczne pojawiają się natomiast np. w prawie wykroczeń[17].

Jak słusznie podnosi M. Filar, kryminalizacji nie może być za mało, gdyż wtedy określone dobra i wartości pozostaną bez ochrony, ani też za dużo, gdyż wtedy następuje inflacja normy prawnej, a to prowadzi w prostej linii do spadku efektywności i prestiżu całego systemu[18]. Spoglądając na obecne regulacje o przypisywanym im prawnokarnym charakterze przyznać należy, że kryminalizacja „rozlała się" na znaczne obszary życia społecznego[19]. W zasadzie w sposób uprawniony powiedzieć można, że nie ma obecnie dziedziny prawa i regulacji, która

---

[14] A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. i wstęp J. Majewski, Toruń 2007, s. 9–21.

[15] A. Zoll, *System*..., s. 238.

[16] A. Zoll, *O normie*..., s. 72.

[17] W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 22; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2006; A. Gubiński, *O właściwy zakres przedmiotowy prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Wykroczeń" 1981, nr 3; A. Marek, *Proponowany model prawa wykroczeń i orzecznictwa w sprawach o wykroczenia*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, Lublin 1996; idem, *Prawo*..., s. 76 i nast.; I. Andrejew, *Przyczynek do zagadnienia trójpodziału przestępstw*, „Państwo i Prawo" 1955, nr 12.

[18] M. Filar, *op. cit.*, s. 47.

[19] Tego niezwykle trafnego określenia użył w swoim wystąpieniu J. Piskorski, *Ekwifinalność kryminalizacji*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 17 i nast.; zob. także: L. Wilk, *Uwagi o tzw. pozakodeksowym prawie karnym (w świetle idei zupełnej kodyfikacji karnej)*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 7–8, s. 55 i nast.

nie zostałaby opatrzona sankcjami karnymi. Wagę zjawiska i jego konsekwencji potęguje jednocześnie niesłychana wręcz dynamika zmian legislacyjnych i to nie tylko w obrębie prawa karnego materialnego. Dość może wspomnieć, że obecnie obowiązująca kodyfikacja karna doczekała się, jak dotąd, 63 zmian, trzy kolejne oczekują już na wejście w życie[20]. Podstawową zaś wartością każdego systemu prawa, jak niewątpliwie słusznie zauważa W. Wróbel, jest jego stabilność. Jeżeli normy prawne mają efektywnie spełniać funkcję regulacyjną, to muszą w dostatecznie długim czasie zakorzenić się w kulturze prawnej danego społeczeństwa, przeniknąć do krwiobiegu kultury i języka[21]. Oceniając polski system stanowienia prawa trafnie konstatuje I. Lipowicz wskazując, że co prawda, nasza procedura tworzenia prawa od strony formalnej bliska jest standardom europejskim, jednak gorzej jest z realizacją, co prowadzi do konkluzji o rozchwianiu systemowych rozwiązań w zakresie tworzenia

[20] Dz.U. z 2013 r. Nr 849; Dz.U. z 2013 r. Nr 905; Dz.U. z 2013 r. Nr 1247.

[21] W. Wróbel, *Drogi i bezdroża reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 9, s. 3–13; E. Zielińska, *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz kulturze prawnej*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 4, s. 6 i nast. W utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że „w demokratycznym państwie prawnym jedną z podstawowych zasad określających stosunki między obywatelem a państwem jest zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jest to niekwestionowana cecha charakterystyczna demokratycznego państwa prawnego [...]. Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych. W ten sposób urzeczywistniana jest wolność jednostki, która według swoich preferencji układa swoje sprawy i przyjmuje odpowiedzialność za swoje decyzje, a także jej godność, poprzez szacunek porządku prawnego dla jednostki, jako autonomicznej, racjonalnej istoty [...]. Wartości te, przy zmianie prawa, prawodawca narusza wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła była go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach". Zob. m.in.: wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138; wyrok z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK-A 2007/3/27, Dz.U. 2007/57/390.

prawa[22]. Przyglądając się obszarowi obecnej kryminalizacji, a w szczególności pozakodeksowemu prawu karnemu, zauważyć można niepozbawione racji głosy krytyki twórców tych regulacji, z jednoczesnymi postulatami podjęcia prac nad zupełną (całkowitą) kodyfikacją karną[23]. Obecnie zabiegu takiego nie sposób sobie jednak wyobrazić, zwłaszcza w obszarze np. tzw. prawa karnego gospodarczego lub choćby tak wyspecjalizowanych dziedzin, jak prawo farmaceutyczne, gdzie znamiona czy też klauzule normatywne odsyłają do regulacji stanowiących źródło ustaleń faktycznych. We wskazanych obszarach z zasady subsydiarne regulacje prawnokarne są bowiem w swoisty sposób połączone z zasadniczą merytoryczną materią, którą mają chronić[24].

Niewątpliwie jedną z przyczyn tak wszechobecnej jurydyzacji, a zarazem również kryminalizacji, jak się egzemplifikuje w piśmiennictwie, może być postępująca dyferencjacja zachodnich społeczeństw, w obliczu której prawo jawi się jako jedyny wydolny system normatywny dostarczający podstawowych ram dla układania relacji międzyludzkich[25]. Ta wszechobecna ekspansja, obejmująca także coraz częściej obszary zarezerwowane wcześniej przez inne systemy normatywne, zwłaszcza zaś moralność i zwyczaj, determinuje niewątpliwie pytanie o jej granice, a także o potrzebę i sens utrzymywania tak szerokiego zakresu kryminalizacji krępującej bez wątpienia, w niektórych przypadkach, jak się wydaje, ponad miarę, swobody obywatelskie[26].

Kształtując sposób wzmocnienia ochrony dóbr poprzez reakcję na przestępstwo i wykroczenie, w Polsce w 1932 r. wprowadzono kodeks

---

[22] I. Lipowicz, *Uwagi o polskim systemie stanowienia prawa*, „Państwo i Prawo" 2012, nr 7, s. 5–19.

[23] M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. 1: *Przestępstwa przeciwko pamięci narodowej, obronności, bezpieczeństwu osób i mienia, zdrowiu. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 38; M. Bojarski, W. Radecki, *O pełną kodyfikację prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo" 1995, nr 5, s. 54–67.

[24] L. Gardocki, *Zasada „nullum crimen sine lege" a akty normatywne centralnych organów administracji*, „Państwo i Prawo" 1969, nr 9, s. 518; Z. Ćwiąkalski, *Znamiona normatywne w kodeksie karnym*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 19 i n.; L. Wilk, *op. cit.*, s. 64.

[25] M. Safjan, *Rola prawnika we współczesnym świecie*, Lublin 2004, s. 23 i nast.; P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *O trzech granicach władzy prawniczej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2013, nr 1 s. 93; J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*, Lublin 2009, s. 101 i nast.

[26] J. Piskorski, *op. cit.*, s. 17 i nast.

krany[27] i kodeks wykroczeń[28], z dominującymi wśród tych ostatnich naruszeniami o charakterze administracyjnym[29]. Regulacje te oparte były na odmiennych od obecnych ustrojowych i systemowych założeniach, niemniej jednak na trwałe wyznaczyły w systemie polskim zasadnicze sposoby ingerencji w sferę praw i wolności jednostki, dzieląc odpowiedzialność na odpowiedzialność karną i odpowiedzialność za wykroczenia, z właściwymi im sposobami reakcji[30]. Ponieważ stosowanie sankcji godzących najdrastyczniej w podstawowe wartości i dobra jednostki wymaga szczególnej rozwagi, w tym konstytucyjnych podstaw i precyzyjnego określenia zakresu ingerencji[31], uzasadnione jest podjęcie tego tematu, a zarazem próba analizy podstaw i zakresu prawa karania w perspektywie odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie. Zagadnienie to z pewnością zyskuje dodatkowo na znaczeniu przy jednoczesnym zwróceniu uwagi na trwający w porządku polskim, zdecydowanie krytykowany w doktrynie i praktyce[32] proces kontrawencjonalizacji[33], polegający na swoistym rozwarstwieniu odpowiedzialności. Między innymi z uwagi na ten właśnie proces, obszar stosowania kar i środków karnych

[27] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.).

[28] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Prawo o wykroczeniach (Dz.U. Nr 60, poz. 572 z późn. zm.).

[29] T. Bojarski, *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*..., s. 14–15; T. Grzegorczyk, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996, s. 15–19.

[30] Por. obecnie art. 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm. oraz art. 1 ustawy z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.

[31] A. Zoll, *Zasady*..., s. 72; P. Tuleja, W. Wróbel, *Konstytucyjne standardy prawa karnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej*..., s. 257 i nast.

[32] K. Buchała, A. Zoll, *Niektóre problemy pogranicza kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń*, „Zeszyty Naukowe IBPS" 1977, nr 7; J. Szumski, *Przekwalifikowanie przestępstw w wykroczenia*, „Państwo i Prawo" 1980, nr 5; T. Florek, A. Zoll, *Z problematyki pogranicza przestępstw i wykroczeń*, „Nowe Prawo" 1974, nr 3; artykuł polemiczny: J. Bafia, *Jeszcze o czynach przepołowionych*, „Zagadnienia Wykroczeń" 1988 z. 6; M. Bielski, *Wokół „przepołowionego charakteru przestępstwa rozboju*, „Państwo i Prawo" 2009, nr 2, s. 89 i nast.; M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny prawne obszarów stycznych wykroczeń i przestępstw*, Wrocław 1989, s. 27 i nast.; M. Bojarski, *Z problematyki pogranicza wykroczeń i przestępstw, uwagi „de lege ferenda*", „Zagadnienia Wykroczeń" 1988, z. 3, s. 30.

[33] Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego (Dz.U. Nr 23, poz. 149).

za czyny przez prawo zabronione jako przestępstwa, tym samym również istota wykroczeń, należą obecnie do zagadnień spornych[34]. W obszarze ingerencji w podstawowe prawa i wolności pojawiają się nadto tzw. administracyjne kary pieniężne[35], przewinienia dyscyplinarne, a także budząca nadal wątpliwości kwestia odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[36], które jednak z uwagi na ramy niniejszego opracowania, poza koniecznymi odniesieniami nie zostaną poddane analizie.

Tradycyjnie ujmowane prawo karne jest zespołem norm definiujących czyny społecznie szkodliwe, zwane przestępstwami, określających zasady odpowiedzialności za te czyny oraz kary, środki karne i zabezpieczające stosowane wobec ich sprawców[37]. Cechą szczególną tej dziedziny prawa jest to, że nie reguluje ona jednej ściśle określonej sfery stosunków

---

[34] M. Lubelski, *Porządek publiczny jako zasadniczy przedmiot ochrony prawa wykroczeń i czynnik rozgraniczający z powszechnym prawem karnym*, „Archiwum Kryminologii" 2010, t. 32, s. 205. Autor wyraża pogląd, że czyny te łączy fakt godzenia w szeroko rozumiany porządek publiczny, podobnie A. Marek za J. Makarewiczem (A. Marek, *Prawo*..., s. 31). Równie powszechny stał się pogląd, że różnica pomiędzy przestępstwem a wykroczeniem sprowadza się do stopnia społecznej szkodliwości czynu – tak m.in. T. Bojarski (*Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 53), B. Kurzępa (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 13), M. Bojarski i W. Radecki (*Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 81).

[35] D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne, czy nowa dziedzina prawa*, „Państwo i Prawo" 2004, nr 9, s. 3 i nast. Zastanawiając się nad miejscem administracyjnych kar pieniężnych we współczesnym systemie prawa, zwraca uwagę, że są one w pewnym sensie narzędziem z punktu widzenia prawa administracyjnego uniwersalnym, znajdującym zastosowanie w różnorodnych dziedzinach życia. Po drugie, wszystkie one wrażają się w uprawnieniu organu administracyjnego do zastosowania przymusu państwowego polegającego na obciążeniu podmiotu odpowiedzialnego dolegliwością finansową w związku z naruszeniem przez niego normy prawnej. Zob. także: W. Fill, *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych (na tle prawa ochrony środowiska)*, „Państwo i Prawo" 2009, nr 6, s. 63 i nast.

[36] Wyrok TK z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, OTK-A 2004/10/103, Dz.U. z 2004 r. Nr 243, poz. 2442; B. Namysłowska-Gabrysiak, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Komentarz*, Kraków 2004, s. 71; B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Państwo i Prawo" 2003, nr 6, s. 18; S. Waltoś, *Odpowiedzialność karna podmiotów zbiorowych – stary problem legislacyjny na nowo*, [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 396–406.

[37] W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 21 i nast.

społecznych tak, jak to czynią inne dziedziny prawa, np. prawo cywilne, prawo pracy, prawo handlowe czy podatkowe, pełniąc w stosunku do tych dziedzin funkcję służebną[38], lecz wkracza we wszystkie te dziedziny wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia z istotnymi z punktu widzenia oceny społecznej zamachami na stosunki społeczne i prawa podmiotów tych stosunków, będąc jednocześnie tą dziedziną porządku prawnego, której sankcje przewidziane w razie spełnienia się podstaw ich stosowania, godzą najdrastyczniej w podstawowe wartości i dobra jednostki[39].

Wykroczenia natomiast to obecnie, najogólniej rzecz ujmując, drobne naruszenia prawa. Mogą to być naruszenia nakazów lub zakazów administracyjnoprawnych, ale mogą to być także czyny przybierające postać deliktów kryminalnych. Wykroczenia, co zaznaczono powyżej, pozostają obecnie odrębną od przestępstw kategorią czynów zabronionych, cechując się jednak generalnie mniejszą szkodliwością społeczną niż przestępstwa, co nie oznacza, że niektórych z nich nie może cechować szkodliwość wyższa niż szkodliwość niektórych przestępstw. Odpowiedzialność za wykroczenia opiera się na podobnych, nie jednak na tych samych zasadach, jakie rządzą odpowiedzialnością karną za przestępstwa. Z tych względów nie uznaje się tej odpowiedzialności za odpowiedzialność karną *sensu stricto*, określając ją raczej jako odpowiedzialność karną *sensu largo*[40].

Określenie konstytucyjnych podstaw i zakresu prawa karania wymaga z pewnością w pierwszej kolejności wyznaczenia perspektywy oceny. Opracowanie niniejsze nie pretenduje w tym zakresie do miana opracowania całościowego, ograniczone zostanie bowiem jedynie do dwóch płaszczyzn, a mianowicie tych zawartych w art. 31 ust. 3 oraz w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP[41].

---

38 A. Zoll, *O normie*..., s. 72.

39 Idem, *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo" 1997, nr 3, s. 72.

40 W. Jankowski, M. Zdrojewska, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorczyk, Lex 2013; por. uzasadnienie projektu kodeksu wykroczeń s. 3; J. Skupiński, J. Szumski, *Problemy kodyfikacji prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 9–10, s. 189; J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 grudnia 2003 r.*, V KK 222/03, *Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu jako sposób realizacji zasady subsydiarności prawa karnego GSP*, Prz.Orz. 2005, nr 3, s. 115 i nast.; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008, s. 2; I. Andrejew, *Przyczynek*...; *Prawo o wykroczeniach, projekt*, Warszawa 1970, s. 65–66; szerzej: D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004, s. 110 i nast.

41 W zakresie tych dwóch podstaw zob. m.in.: P. Wiliński, *Konstytucyjne granice prawa do obrony w polskim procesie karnym*, „Palestra" 2007, nr 5–6, s. 40.

Wyrażona w art. 31 ust. 3 zasada proporcjonalności, a zarazem subsydiarności tworzy regułę, zgodnie z którą nie jest dopuszczalne uznawanie pewnych zachowań za zabronione pod groźbą kary kryminalnej, o ile można ich uniknąć przez podjęcie innego typu działania, odwołanie się do innego typu regulacji. Zasadnie podnosi M.J. Lubelski, że zasada proporcjonalności nie jest zasadą prawa karnego w takim samym porządku, jak zasada *nullum crimen sine lege* czy zasada winy, stanowiąc jeden z elementów zapisanej w Konstytucji RP wizji demokratycznego państwa prawa. Winna być uwzględniona zarówno przez ustawodawcę na etapie tworzenia norm prawnokarnych, jak i przez Trybunał Konstytucyjny w trakcie badania zgodności ustaw z ustawą zasadniczą w tym ustaw karnych[42]. Odmienność ta wiąże się z rozróżnieniem sfery tworzenia i stosowania prawa[43]. Słusznie M.J. Lubelski nie widzi dostatecznego uzasadnienia dla powoływania się na nią bezpośrednio na etapie wykładni i stosowania prawa obowiązującego, wskazując możliwość poszukiwania jej konkretyzacji i, co ważniejsze odnalezienia jej wyrażenia w poszczególnych instytucjach ustawy karnej, traktując tym samym te instytucje jako przejaw uwzględnienia przez ustawodawcę zasady proporcjonalności[44].

Proporcjonalność, a zarazem subsydiarność wymagać będą zwalczania patologii społecznych, przede wszystkim środkami pozapenalnymi[45]. Jak zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny, na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP dla ustalenia, czy w danym wypadku nie zachodzi nadmierność ingerencji konieczne jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: 1. czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2. czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego z którym jest powiązana, 3. czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela[46]. Zasada przydatności nakazuje odrzucenie represji karnej w tych wszystkich przypadkach, w których w świetle ustaleń nauki nie jest ona w stanie doprowadzić do realizacji

---

[42] M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm praw karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 181.

[43] R. Dębski, *Uwagi o konstytucyjnym ujęciu zasady „nullum crimen sine lege"*, „Państwo i Prawo" 1992, nr 5, s. 91; W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 129.

[44] M.J. Lubelski, *Kwestia*..., s. 181.

[45] J. Piskorski, *op. cit.*, s. 17 i nast.

[46] K 11/94, OTK 1995, cz. 1, s. 133–134.

założonych celów społecznych[47]. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w swoisty sposób blokuje jednocześnie zaostrzanie sankcji karnej w sposób dowolny. Zmiana sankcji w kierunku ich zaostrzenia musi z jednej strony legitymować się realną potrzebą ochrony wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości konstytucyjnych, z drugiej zaś – musi być „konieczna". Musi być także oparta na bilansowaniu ekonomicznych i społecznych kosztów wprowadzanych zmian[48].

Przyjmując, że w demokratycznym państwie prawa jedną z podstawowych funkcji prawa karnego jest ochrona dóbr prawnych przed atakami prowadzącymi do ich naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo, tym samym przedmiotem zainteresowania prawa karnego czynimy zachowania, z którymi związana jest co najmniej możliwość stworzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Racjonalny ustawodawca w oparciu o takie założenie tworzy typy czynów przyjmując ochrona z reguły kilku stopniową, obok przepisu penalizującego naruszenie dobra prawnego, wprowadzają także przepisy penalizujące narażenie na niebezpieczeństwo dobra prawnego[49]. Typizacja polegająca na narażeniu na niebezpieczeństwo dobra prawnego obejmuje swoim zakresem zachowania umiejscowione na tzw. przedpolu naruszenia tego dobra, co powoduje *de facto* rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej[50]. Za M. Szererem[51] warto w tym miejscu przytoczyć wypowiedź C. Beccarii oraz J. Benthama. C. Becaria prawo suwerena do karania za przestępstwa opierał na konieczności bronienia depozytu dobra ogól-

47 K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 33.

48 W. Wróbel, *Drogi i bezdroża*..., s. 5 i nast. oraz powołana tam literatura.

49 M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 25; A. Spotowski, *Pomijalny zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 118. Analizując poszczególne przepisy prawnokarne zauważyć można, że ta ochrona może mieć ona w zasadzie postać trójetapową: normy zakazujące zachowań naruszających chronione dobra, normy zakazujące zachowań sprowadzających zagrożenie tych dóbr i na normy, które zakazują zachowań mogących do takich zagrożeń prowadzić (A. Zoll, *O normie*..., s. 82). G. Łabuda przyjmuje natomiast, że pierwszy etap polega na typizowaniu zachowań prowadzących do narażenia konkretnego, drugi – na typizowaniu zachowań prowadzących do narażenia abstrakcyjnego, trzeci natomiast polega na narażeniu potencjalnym (G. Łabuda, *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo*, Wrocław 2004, s. 77).

50 J. Giezek, *Narażenie na niebezpieczeństwo* i *jego znaczenie* w *konstrukcji czynu zabronionego*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2002, z. L, s. 114.

51 M. Szerer, *Z rozważań nad karaniem usiłowania nieudolnego*, „Państwo i Prawo" 1975, nr 7, s. 67.

nego przed zamachami ze strony poszczególnych osób[52]. Podobnie pisał J. Bentham wskazując, że dobro społeczeństwa nie może wymagać, aby uznać za przestępstwo taki czyn, który w żaden sposób nie wyrządza szkody społeczeństwu[53]. Zachętą dla penalizacji zachowań stwarzających zagrożenie w danej dziedzinie jest coraz częściej przede wszystkim m.in. reakcja na trudności i zagrożenia związane z identyfikacja i udowodnieniem naruszenia konkretnego dobra[54]. Samo zachowanie niezgodne z nakazem lub zakazem zawartym w normie zawierać będzie wystarczający dla karalności stopień bezprawia, co jest charakterystyczne dla traktowania istoty karno-prawnego bezprawia jako naruszenia obowiązku posłuszeństwa wobec poleceń zawartych w normach prawnych[55]. Wprowadzanie na szeroką skalę typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo znacznie ogranicza wymagania dowodowe, osłabiając w znacznym stopniu gwarancyjną funkcję prawa karnego[56].

Przy ustaleniu granic, których odpowiedzialność karna może i powinna sięgać, ważna jest m.in. świadomość subsydiarności prawa karnego. Jak podkreśla J. Giezek[57], ustalając owe granice odpowiedzialności, zastanowić należy się przede wszystkim nad tym, jak dalece potrzeba ochrony dóbr prawnych uzasadniać może ich przesuwanie na obszar obejmujący nie tylko naruszenie dobra prawnego, ale także jego narażenie na faktycznie zaistniałe lub niekiedy nawet jedynie potencjalne niebezpieczeństwo. Funkcja ochronna, opierająca się na pozytywnym wartościowaniu jakiegoś dobra, posiadać winna bowiem również określone granice tak, aby z jednej strony skutecznie chronić dobro prawne, z drugiej zaś osiągać określone pożądane stany świata[58]. Przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo mają komplementarny charakter w stosunku do przestępstw naruszenia dobra prawnego, są bowiem zawsze zrelacjonowane do przestępstw naruszenia, niebezpieczeństwo nie ma bowiem bytu niezależnego od określonego następstwa oraz stopnia

[52] C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, tłum. E.S. Rappaport, Warszawa 1959, s. 56.

[53] J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, tłum. B. Nawroczyńskiego, Warszawa 1958, s. 282.

[54] A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 145 i nast.; L. Lernell, *Rozważania o przestępstwie i karze na tle zagadnień współczesności*, Warszawa 1975, s. 146 i nast.; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *op. cit.*, s. 85.

[55] A. Zoll, *System*..., s. 232.

[56] *Ibidem*.

[57] J. Giezek, *op. cit.*, s. 113.

[58] G. Łabuda, *O kształcie norm*..., s. 81.

prawdopodobieństwa jego nastąpienia[59]. Jest ono zawsze, jak zauważa m.in. K. Buchała, niebezpieczeństwem czegoś, a to „coś" musi być ujemnie oceniane, aby mogło nadać wcześniejszej sytuacji społecznie ujemny sens[60]. Aby jakiś moment poprzedzający naruszenie mógł być określony mianem niebezpieczeństwa, musi zachodzić taki stopień prawdopodobieństwa powstania ujemnego skutku, który zgodnie z doświadczeniem społecznym, może być określony jako istotne, znaczne prawdopodobieństwo[61], ocena zaś stanu zagrożenia następuje *ex ante*, z punktu widzenia wzmożonej możliwości wywołania niepożądanych skutków[62]. Jakakolwiek ocena zachowania stanowi pochodną oceny skutku, który wartościowany negatywnie na płaszczyźnie prawa karnego stanowi uzasadnienie karalności powodującego go zachowania, które z tego właśnie względu stają się zabronione. Sensu zakazu nie można dopatrywać się więc w samym zachowaniu jako takim, lecz dopiero w negatywnej ocenie naruszenia dobra prawnego[63]. Zdaniem M. Cieślaka, już samo niebezpieczeństwo kryje w sobie ocenę ujemną, ujemny ładunek tkwi bowiem w tym co grozi, a więc w tym czego się spodziewamy, choć bynajmniej sobie tego nie życzymy. Wszelkie zjawisko niebezpieczne jest jednakże tylko w odniesieniu do jakiegoś przedmiotu zagrożonego i on musi być wartościowany pozytywnie, dodatnio[64]. Typy określające przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie zawierają znamienia „niebezpieczeństwo" lub równoznacznego, jako określenia

[59] K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 173.

[60] M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe UJ", Kraków 1955, nr 1, s. 152. Zauważyć należy, że niebezpieczeństwo definiowane jest różnie, np. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 349, pisze, że niebezpieczeństwo to sytuacja, w której zachodzi znaczne prawdopodobieństwo ujemnych następstw, K. Buchała, *Prawo*..., s. 173; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 31; T. Hanausek, *Uwagi o naturze niebezpieczeństwa jako zjawiska obiektywnego i dynamicznego*, [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci W. Woltera*, Warszawa 1959; s. 80; A. Spotowski, *Funkcja*..., s. 10; L. Lernell, *op. cit.*, s. 138 i nast.

[61] K. Buchała, *Prawo*..., s. 173 i nast.

[62] Tak: J. Śliwowski, *Prawo* karne, Warszawa 1979, s. 111. Można spotkać się także z twierdzeniem, że możliwość „abstrakcyjna" nacechowana jest niskim stopniem, zaś „konkretna" wysokim stopnie prawdopodobieństwa, przy czym abstrakcję pojmuje się nie jako coś oddalonego od rzeczywistości, lecz uogólnienie doświadczenia, rzeczywistość odbieraną jako uogólnioną. L. Lernell, przywołując poglądy B. Morocznika, tak charakteryzuje abstrakcyjność niebezpieczeństwa. L. Lernell, *op. cit.*, s. 144.

[63] J. Giezek, *op. cit.*, s. 115.

[64] M. Cieślak, *Pojęcie*..., s. 157–158.

skutku. Niebezpieczna jest sama czynność podejmowana przez sprawcę i ona sama realizuje znamiona typu czynu zabronionego[65]. O popełnieniu przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo decyduje jedynie czyn określony w ustawie, natomiast jakiś dalszy układ zjawisk i rzeczy odrywający się od tego czynu, nie jest wymagany dla jego przestępności[66].

Interesujący z punktu widzenia omawianej problematyki przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo jest problem karalności zachowań w sytuacji faktycznego braku niebezpieczeństwa. Słusznie zauważa A. Spotowski wskazując, że przestępstwa narażenia abstrakcyjnego mają zastosowanie wówczas, gdy określone zachowanie przy typowym przebiegu zdarzeń powoduje niebezpieczeństwo dopuszczamy jednocześnie możliwość, że zachowanie to może nie doprowadzić do niebezpieczeństwa w razie atypowego przebiegu zdarzeń, sama zaś konstrukcja przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo sprawia, że siłą rzeczy obejmuje ona także przypadki faktycznego braku niebezpieczeństwa[67]. Odnośnie problemu karalności takich zachowań A. Spotowski wskazuje na podobieństwo tej sytuacji do usiłowania nieudolnego, z tym, że słusznie zaznacza, że w przypadku usiłowania nieudolnego sprawca zamierza naruszyć dobro prawne, zaś przy przestępstwach narażenia abstrakcyjnego takiego zamiaru nie ma, a niekiedy wręcz zapobiega powstaniu niebezpieczeństwa i tylko dlatego podejmuje określone w zestawie znamion ustawowych zachowanie, że jest przekonany, iż nie sprowadzi nim niebezpieczeństwa dla dobra prawnego[68]. Wskazując na sens karalności usiłowania nieudolnego S. Śliwiński, posiłkuje się natomiast tzw. kierunkiem subiektywnym[69], opierającym się na założeniu, że nie chodzi tutaj o to, że czyn był niebezpieczny dla dobra prawnego, lecz o to, że sprawca był niebezpieczny dla porządku prawnego[70], posuwając się do czynu, który w jego

[65] Podobnie L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 147.

[66] K. Buchała, *Przestępstwa w komunikacji drogowej*, Warszawa 1961, s. 9.

[67] A. Spotowski, *Funkcja*..., s. 163–166.

[68] *Ibidem*, s. 167.

[69] I. Andrejew, *op. cit.*, s. 223.

[70] Obecnie ostrożnie podejść należy do prób uzasadniania w ten sposób sensu karania przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, nieprowadzących do zagrożenia dla dobra prawnego, ze względu na konstrukcję społecznej szkodliwości czynu, który ma być stopniem społecznej szkodliwości czynu nie zaś sprawcy. A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna – komentarz*, Kraków 2004, s. 38.

mniemaniu stanowił rozpoczęcie akcji przestępnej[71]. Przy takim ujęciu sprawca nie powinien liczyć na bezkarność dlatego, że omylił się np. co do zdatności podmiotu lub środka. Podobnie karalność usiłowania nieudolnego uzasadnia L. Gardocki podnosząc, że niebezpieczeństwo usiłowania nieudolnego polega tylko na tym, że następnym razem sprawca może podjąć usiłowanie w sposób skuteczny i jest to niebezpieczeństwo przyszłe i hipotetyczne, a nie niebezpieczeństwo związane z konkretnym zachowaniem się, które jest przedmiotem zarzutu[72]. Przyjmując, że podstawą zakazu przy przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie jest indywidualna możliwość wywołania negatywnego skutku w konkretnym przypadku, lecz generalna możliwość, jaka tkwi w zachowaniach należących do określonej klasy, a owa generalna możliwość stanowić ma wystarczającą podstawę do objęcia prawnokarnym zakazem, problem materialnej sprzeczności z normą zachowania w konkretnym przypadku niewywołującego żadnego zagrożenia, wydaje się rozwiązany[73]. Skoro bowiem celem normy jest zapobieżenie określonej klasie szkód przez zakazanie klasy zachowań z dostatecznie dużą częstotliwością warunkujących ich powstanie, to konkretne zachowanie staje się sprzeczne z taką normą już poprzez samo naruszenie zawartego w niej zakazu, niezależnie od wynikających stąd następstw, będąc zakazane nie ze względu na jego szkodliwość, lecz ze względu na szkodliwość klasy do której należy[74].

Przyjmując, że ograniczenie sfery praw i wolności następuje już przez normę sankcjonowaną, norma sankcjonująca jest zaś tylko wzmocnieniem tej ingerencji[75], zasada proporcjonalności *sensu stricto* nakazuje zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji a ciężarem nakładanym na jednostkę wyznaczając jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej, z kolei zasada konieczności nakazuje ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra[76],

[71] S. Śliwiński, *Prawo karne materialne – część szczególna*, Warszawa 1948, s. 314–315.

[72] L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 105 i nast.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 206.

[73] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *op. cit.*, s. 86.

[74] *Ibidem*.

[75] A. Zoll, *System*..., s. 238.

[76] K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 33 i nast.; M. Królikowski, *op. cit.*, s. 48. Trybunał Konstytucyjny uznał też, że dla ogólnych konstytucyjnych warunków ograniczania praw i wolności jednostki szczególne znaczenie ma zasada, iż ograniczenia tych praw i wolności mogą być wprowadzone tylko „w zakresie niezbędnym". Wyra-

te same uwagi odnieść należy do decyzji, czy należy potraktować czyn jako przestępstwo czy jako wykroczenie. Decyzja ta również związana będzie z rozważeniem, czy wprowadzona regulacja ustawodawcza będzie w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków w postaci zapewnienia dostatecznej ochrony dobru prawnemu, czy jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego z którym jest powiązana oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Uwzględniając wysłowioną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasadę proporcjonalności przyjąć należy, że jeżeli można osiągnąć zamierzony efekt polegający na skutecznym przeciwdziałaniu określonym czynom za pomocą środków mniej dotkliwych, nie jest uzasadnione zaostrzenie represji ponad uzasadnioną potrzebę[77]. Słusznie zauważa T. Kaczmarek, co prawda jeszcze na gruncie kodyfikacji karnej z 1969 r., niemniej ciągle aktualnie, że nie każdy czyn społecznie niebezpieczny da się zwalczać w sposób celowy za pomocą kary[78]. Szczególnego znaczenia nabiera tu dyrektywa rozważnego operowania sankcją karną. Obecnie, zresztą słusznie, przyjmuje się raczej istnienie związku pomiędzy realnym zwiększeniem poziomu nieuchronności kary wobec sprawcy, a spadkiem poziomu przestępczości[79], nie wiążąc tego ostatniego ze wzrostem poziomu represyjności.

Próbując choćby w ograniczonym zakresie z uwagi na ramy niniejszego opracowania odnieść się do istoty wykroczeń w perspektywie konstytucyjnych podstaw i zakresu prawa karania, zwrócić uwagę należy na drugą z zakreślonych perspektyw oceny, a mianowicie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP dekretujący m.in. zasadę *nullum crimen sine lege*.

ża ona ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w które państwo (ustawodawca) może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w koniecznym wymiarze. Istotą tak rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji jest uznanie, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zaburzających proporcję pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie. W tym ogólnym ujęciu zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć, oczywiście, kryteria „nadmierności" muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności). Jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą. Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12, Lex nr 25538.

77 T. Grzegorczyk, A. Gubiński, *op. cit.*, s. 26.

78 T. Kaczmarek, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu i jego bezprawność jako dwie cech przestępstwa*, Wrocław 1966, s. 52.

79 M. Królikowski, *op. cit.*, s. 66 i powołana tam literatura.

Zasada ta sformułowana została we wszystkich aktach konstytucyjnych odnoszących się do statusu jednostki we współczesnych państwach demokratycznych. Zgodnie z art. 42 ust. 1, odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada *nullum crimen sine lege* formułowana w Konstytucji PR niewątpliwie, podobnie jak w przypadku reguły zawartej w art. 31 ust. 3, będzie mieć inne znaczenie i adresata, niż taka sama zasada zawarta w regulacjach kodeksowych[80]. O ile bowiem norma kodeksowa formułuje przede wszystkim skierowany do sędziego zakaz rozciągania sfery karalności poza zakres wyznaczony wyraźnie z obowiązującej (w chwili czynu) ustawie, o tyle „konstytucyjna" zasada *nullum crimen sine lege* adresowana jest zwłaszcza do ustawodawcy[81]. Gwarancje konstytucyjne przewidziane w art. 42 Konstytucji RP odnoszą się zasadniczo, co należy zauważyć, do odpowiedzialności karnej, w takiej też postaci zasada niniejsza znajduje odwzorowanie w art. 1 k.k., analogicznego odwzorowania, mimo zbliżonych zasad odpowiedzialności charakterystycznych dla przestępstw, nie uda się już odnaleźć w art. 1 k.w., który w sposób jasny wskazuje na odpowiedzialności za wykroczenie[82]. W związku z powyższym rodzi się pytanie o istotę wykroczenia, legitymizację oraz zakres ingerencji w sferę praw i wolności jednostki w ramach tego rodzaju odpowiedzialności.

Już J. Makarewicz przyglądając się zasadzie *nullum crimen sine lege* zwracał uwagę, że w każdym współczesnym państwie, obok właściwych czynów karalnych, istnieje grupa przestępstw zwana „wykroczeniami policyjnymi", dostrzegając różnicę między przestępstwami i wykroczeniami o charakterze teoretycznym. W przypadku wykroczenia policyjnego, zdaniem J. Makarewicza, mamy do czynienia, podobnie jak w wypadku przestępstwa, z nieposłuszeństwem sprawcy wobec normy ustanowionej przez państwo lub w jego imieniu dla ochrony dóbr prawnych oraz z karzącą reakcją. Powołując poglądy von Liszta, J. Makarewicz twierdzi, że o ile teoretycznie jest wątpliwe, czy istnieje różnica

[80] *Vide* rozważania dotyczące art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i wysłowionej tam zasady proporcjonalności.

[81] R. Dębski, *Uwagi*..., s. 91; W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 129; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 9, s. 24 (m.in. K 35/08).

[82] Analogicznie art. 1 k.k.s. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia.

pomiędzy bezprawiem karnym i policyjnym, o tyle praktycznie takiej różnicy nie ma wcale, granice są bardzo rozmyte i oba pojęcia podlegają szerokiemu pojęciu czynu karygodnego[83].

Zdaniem M. Bojarskiego, w teorii różnicy między prawem karnym powszechnym a karno-administracyjnym należy upatrywać w jakościowo odmiennej definicji, będącej pochodną funkcji którą w przeszłości spełniały te dwa działy prawa, gdzie prawo karne powszechne ma służyć realizacji państwowego *ius puniendi*, natomiast prawo karno-administracyjne ma służyć wykonywaniu państwowej funkcji administrowania. Tak więc przestępstwa mają kryminalny charakter, a wykroczenia administracyjny. Obecnie jednak, jak podkreśla M. Bojarski, przeprowadzenie precyzyjnego podziału między tymi dwoma grupami czynów w oparciu o wskazane kryterium nie jest możliwe, a wskazane kryterium może być tylko jedną z wielu perspektyw oceny[84].

Nie budzi wątpliwości, że różnica pomiędzy wykroczeniem a przestępstwem leży z pewnością przede wszystkim w stopniu społecznej szkodliwości i to nie jest w doktrynie sporne, sporne jest zaś to, czy owa różnica ma charakter jakościowy czy ilościowy. Za jakościowym charakterem tej różnicy opowiadają się m.in. A. Marek[85], J. Bafia[86], L. Lernel[87], W. Wolter[88], natomiast za ilościowym charakterem tejże różnicy opowiadają się m.in. M. Cieślak[89], A. Gubiński[90], E. Iserzon[91], L. Peiper[92],

[83] J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 101 i nast.

[84] M. Bojarski, *W sprawie ostatecznego uregulowania kwestii tzw. czynów przepołowionych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne…*, s. 37.

[85] A. Marek, *Materialna definicja wykroczenia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu. Prawo X" 1971, s. 103.

[86] J. Bafia, *Kodyfikacja prawa o wykroczeniach*, „Państwo i Prawo" 1971, nr 10, s. 529.

[87] L. Lernell, *Wykład prawa karnego*, Warszawa 1961, s. 67; idem, *Określenie wykroczenia w projekcie prawa o wykroczeniach*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne" 1961, nr 2, s. 23 i nast.

[88] W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Kraków 1933, s. 264 i nast., w późniejszych jednakże pracach obserwujemy położenie akcentu na ilościową różnicę miedzy przestępstwem a wykroczeniem. Idem, *O stopniowaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karalnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1970, R. 3, s. 116–117.

[89] M. Cieślak, *Uwagi na marginesie projektu prawa o orzecznictwie karno-administracyjnym*, „Palestra" 1961, nr 6, s. 34.

[90] A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1989, s. 34–35.

[91] E. Iserzon, *Reforma orzecznictwa karno administracyjnego*, „Państwo i Prawo" 1959, nr 8–9, s. 225.

[92] L. Peiper, *Komentarz do k.k. i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936.

E.S. Rappaport[93], M. Bojarski, W. Radecki[94]. Różnicy pomiędzy wykroczeniem a przestępstwem upatrywano także w kryterium, stosownie do którego wykroczenie stanowi jedynie zagrożenie dóbr prawnie chronionych, podczas gdy przestępstwo dobra te narusza. Obecnie jednakże powyższy sposób rozróżnienia nie przyniesie oczekiwanych rezultatów, albowiem zarówno kodeks wykroczeń zawiera typy odnoszące się do naruszenia określonych dóbr, jak choćby art. 119 czy 120 k.w., jak i kodeks karny zawiera typy polegające jedynie na zagrożeniu dóbr prawnych – jak choćby w art. 180 k.k. czy art. 178 k.k.[95].

Problem identyfikacji istoty wykroczenia spotęgowała nadto ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego[96], która zapoczątkowała w Polsce tzw. proces kontrawencjonalizacji, polegający na swoistym rozwarstwieniu odpowiedzialności. W wyniku tej regulacji przesunięto do sfery wykroczeń m.in. drobne czyny przeciwko mieniu oraz drobne oszustwa w handlu. Zmian tego typu dokonywano również później, a tzw. przepołowienie następowało bądź przez wprowadzanie znamion ocennych, wyodrębniających w ten sposób określone zachowania ze sfery prawa karnego (np. art. 133 k.k. i art. 49 § 1 k.w., art. 255 k.k. i art. 52a), bądź też przez wartość przedmiotu czynności wykonawczej lub wysokość wyrządzonej szkody (art. 119, 120, 122, 124 i 133 k.w.).

W tym miejscu przypomnieć należy również, że Komisja ds. reformy prawa karnego – Zespół do spraw ujednolicania prawa karnego i prawa o wykroczeniach, przygotowując projekt nowego kodeksu wykroczeń w 1991 r., zaczęła wycofywać się z procesu kontrawencjonalizacji w uzasadnieniu wyraźnie wskazując, że podstawową cechą projektowanej reformy jest powrót do tradycyjnego zakresu przedmiotowego prawa wykroczeń, tj. do obszaru naruszeń, które można określić jako porządkowe, z których wiele polega na niepodporządkowaniu się nakazom i zakazom o charakterze administracyjnym[97].

---

93 E.S. Rappaport, *Zagadnienia kodyfikacji wykroczeń w ustawodawstwie polskim*, „Gazeta Sądowa Warszawska" 1920.

94 M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny prawne obszarów*…, s. 8.

95 W tym temacie zob. szerzej: H. Popławski, *Problemy granic przestępstwa i wykroczenia*, „Nowe Prawo" 1973, nr 9, s. 1291–1292. H. Popławski wyróżnia jeszcze jedno kryterium, a mianowicie kryterium szkodliwych następstw czynu; podobnie także: T. Grzegorczyk, A. Gubiński, *op. cit.*, s. 23.

96 Dz.U. Nr 23, poz. 149.

97 Por. *Uzasadnienie projektu kodeksu wykroczeń. Komisja do spraw reformy prawa karnego. Zespół do spraw ujednolicania prawa karnego i prawa o wykroczeniach*, Warszawa 1991, s. 1 i 2.

Proces ten trwa jednak nadal. Ustawą z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[98], uchylono art. 178a § 2 k.k. wprowadzając równocześnie w art. 87 k.w. po § 1 – § 1a przewidujący odpowiedzialność za prowadzenie w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem podobnie działającego środka, na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu innego pojazd niż określony w § 1. Jednocześnie w zakresie wykroczeń przeciwko mieniu, w art. 119 § 1 k.w. podniesiono wartość skradzionej lub przywłaszczonej rzeczy do jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia. Tę samą granicę w miejsce funkcjonującej dotychczas granicy 250,00 zł wprowadzono także w art. 120 § 1, 122 § 1 i 2 oraz 124§ 1 k.w. To wszystko powoduje, że na obecnie trudno jest udzielić odpowiedzi na pytanie o istotę wykroczenia, a tym samym jednoznacznie przesądzić charakter tego rodzaju odpowiedzialności.

Konstytucyjny wymóg zawarty w art. 42 Konstytucji RP, aby czyn przestępny był przez ustawę zabroniony, a jednocześnie oznaczony, znaczy, że pole penalizacji musi być określone przez ustawę w sposób ścisły w drodze na tyle dokładnego opisu ustawowych znamion, który w praktyce stosowania prawa i jego wykładni wyłączałby możliwość rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej na czyny niezabronione[99]. Z powyższego wynika w sposób jasny, że w sprawach niedotyczących wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie, istnieje możliwość delegowania władzy wykonawczej i samorządowi terytorialnemu wydawania aktów normatywnych zawierających normy sankcjonowane, natomiast norma sankcjonująca, przekazująca władzy sądowniczej prawo wymierzenia kary za naruszenie normy sankcjonowanej, musi mieć wyłącznie rangę normy ustawowej[100].

Jakkolwiek Konstytucja RP operuje w zasadzie tylko pojęciem „kary", to w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że termin ten interpretować należy w szerokim jego znaczeniu, obejmującym wszelkie formy sankcji grożącej za popełnione przestępstwo, a więc nie tylko kary *sensu stricto* w rozumieniu kodeksu karnego (art. 32 k.k.), lecz również chociażby

[98] Dz.U. z 2013 r. poz. 1247.

[99] L. Kubicki, *op. cit*. Poza zakresem niniejszego opracowania z uwagi na jego ramy pozostanie problem tzw. znamion pozaustawowych. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.

[100] A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2006, nr 2, s. 323.

przewidziane w tym kodeksie środki karne (art. 39 k.k.)[101]. Jak zwraca uwagę M. Grzybowski – do kręgu wspomnianych sankcji (stosowanych w ramach odpowiedzialności karnej) nie należą tzw. kary administracyjne, których zasadnicza funkcja nie sprowadza się do nałożenia na osobę ukaraną następczej dolegliwości, polegającej na ograniczeniu jej swobód czy prawnie chronionych dóbr osobistych, ale na stymulowaniu (skłanianiu) adresata nakazów administracyjnych (czy innych ukierunkowujących oddziaływań instytucji władzy publicznej) do realizacji tych nakazów. Z tego też powodu, zdaniem M. Grzybowskiego, gwarancje odpowiedzialności karnej, wyrażone w art. 42 ust. 1 Konstytucji nie odnoszą się do stosowania kar administracyjnych i związanej z nimi odpowiedzialności adresatów tych kar[102] w obszarze zwanym przez niektórych autorów mianem „prawa administracyjno-karnego", rozumianego jako ogół różnych regulacji prawnych obejmujących ustanowienie i dochodzenie odpowiedzialności z tytułu naruszenia norm prawa administracyjnego, obwarowanych sankcją w postaci kary pieniężnej, opłaty sankcyjnej, opłaty podwyższonej lub podobnej sankcji finansowej realizowanej w postępowaniu administracyjnym i przed organem administracyjnym[103]. Problem charakteru prawnego tego rodzaju odpowiedzialności nie został dotychczas jednoznacznie wyjaśniony w literaturze, co więcej, pojawiają się poglądy wskazujące, że chodzi tu w istocie o środki mające typowo karny charakter, które zostały „formalnie zakamuflowane" w prawie administracyjnym[104].

Powracając do próby uchwycenia istoty wykroczenia w perspektywie

[101] L. Kubicki, *op. cit*.

[102] M. Grzybowski, *Konstytucyjne ujęcie odpowiedzialności karnej (Uwagi na marginesie wykładni art. 42 ust. 1 Konstytucji RP)*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne*..., s. 139.

[103] D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*..., s. 29.

[104] J. Skupiński, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych na tle polskiej ustawy z dnia 28 października 2002 (Próba zarysu problematyki)*, [w:] *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, red. M. Płachta, Gdańsk 2003, s. 368 i cyt. tam literatura. Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 9 grudnia 2008 r., sygn. P 52/07 (OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 184), orzekł, że konsekwencją przyjęcia tezy, iż kary administracyjne nie mieszczą się w systemie prawa karnego, jest to, że nie mogą być one objęte konstytucyjnymi regułami odpowiedzialności karnej, wyrażonymi w art. 42 Konstytucji. Tylko stwierdzenie, że konkretna sankcja ma wyłącznie charakter sankcji karnej, obligowałoby do zastosowania zasad wyrażonych w tym przepisie, to zaś znaczy, że nie jest on adekwatnym wzorcem kontroli badanej materii. Dlatego Trybunał Konstytucyjny uznaje, że kwestionowany przepis nie jest niezgodny z art. 42 Konstytucji.

konstytucyjnych podstaw i zakresu prawa karania przypomnieć należy, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że granica pomiędzy deliktem administracyjnym i będącą jego konsekwencją karą administracyjną, a wykroczeniem jest płynna, a określenie jej zależy w wielu sytuacjach od uznania władzy ustawodawczej albowiem brak jest jasnego, czytelnego i uniwersalnego kryterium materialnego, decydującego o rozróżnieniu sytuacji, w których dane zjawisko lub czyn będą (powinny być) kwalifikowane jako podlegające już to penalizacji, już to karze administracyjnej (pieniężnej)[105]. Powszechnie przyjmuje się bowiem, jak wspominano wyżej, że istotą sankcji karnych co do zasady jest represja i prewencja, niemniej pamiętać należy również, że karanie spełnia jednocześnie w każdym społeczeństwie bardzo zróżnicowane funkcje, których nie można redukować wyłącznie do funkcji penologicznych[106]. Istotą natomiast kar administracyjnych – oprócz celu restytucyjnego – jest także prewencja. Nie znaczy to oczywiście, że dane typy sankcji powinny spełniać tylko i wyłącznie te funkcje, to właśnie spełnianie wspomnianych funkcji przesądza jednak o tym, czy dana sankcja jest ze swej istoty karna czy administracyjna[107]. Na gruncie EKPC, a konkretnie art. 6, pojawia się również pojęcie kary[108], co zdaniem Europejskie-

[105] Trybunał Konstytucyjny, w licznych orzeczeniach dokonywał materialnoprawnej oceny różnych regulacji w celu stwierdzenia, czy mają one charakter represyjny (*quasi*-karny) oraz czy i w jakim zakresie należy do nich odnosić konstytucyjne gwarancje przewidziane dla odpowiedzialności karnej, por. w tym zakresie rozstrzygnięcia: z 8 grudnia 1998 r., sygn. K 41/97 (OTK ZU nr 7/1998, poz. 117), z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05 (OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27), z 17 lutego 2009 r., sygn. SK 10/07 (OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 8), z 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07 (OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 65), z 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 (OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62), z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06 (OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4), z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103), z 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09 (OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 104); wyrok z 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 91).

[106] D. Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford 1990, s. 287 i nast., na tę ciekawą pozycję zwraca uwagę w piśmiennictwie polskim K. Krajewski, *Kara i współczesne społeczeństwa*, „Państwo i Prawo" 1992, nr 5, s. 82.

[107] Por. w tej materii w szczególności wyroki TK z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103), z 18 listopada 2010 r., sygn. P 29/09 (OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 104).

[108] Zob. m.in.: wyrok ETPC z 24 września 1997 w sprawie Garyfallou AEBE v. Grecja, nr skargi 18996/91, Lex nr 79585; decyzja ETPC z 15 czerwca 1999 r., w sprawie W.S. v. Polska, nr skargi 37607/97, Lex nr 41102, wyrok ETPC z 25 sierpnia 1987 r., w sprawie Lutz v. Niemcy, nr skargi 9912/82, Lex nr 81036; wyrok ETPC z 09 grudnia 1994 r., w sprawie Schouten i Meldrum v. Holandia, nr skargi

go Trybunału Praw Człowieka, oznacza karę wymierzoną dla odpłaty i odstraszenia samego sprawcy oraz innych potencjalnych sprawców. Kara musi mieć w rozumieniu art. 6 EKPC charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny. Środek nieuznawany w danym ustawodawstwie za „karę" w rozumieniu prawa karnego, spełniający jednak te kryteria, będzie wiec „karą" w rozumieniu Konwencji[109].

Trybunał Konstytucyjny wyraźnie zwraca uwagę, że odpowiedzialność karna jest tylko jedną z form odpowiedzialności, w związku z którą stosowane są środki o charakterze represyjnym, a ustawodawcy polskiemu znane są także inne formy postępowań o charakterze represyjnym, które nie są postępowaniami karnymi, i – co istotne – prowadzić je mogą (w początkowej przynajmniej fazie) organy niebędące sądami[110]. Odpowiedzialność karna w ujęciu konstytucyjnym, zdaniem TK ma znaczenie szersze od tego, jakie przyjmuje Kodeks karny, zwracając uwagę, że konstytucyjne znaczenie tego pojęcia nie może być ustalone przez odwołanie się do obowiązującego ustawodawstwa, w przeciwnym bowiem wypadku analizowany przepis utraciłby swoje znaczenie gwarancyjne. Z tego względu przyjmuje się, że art. 42 Konstytucji RP obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwo, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związanej z wymierzaniem kar wobec jednostki[111] do których Trybunał Konstytucyjny zaliczył odpowiedzialność dyscyplinarną, odpowiedzialność za wykroczenia i odpowiedzialność podmiotów zbiorowych, wskazując jednocześnie w przypadku tych rodzajów odpowiedzialności na konieczność stosowania gwarancji konstytucyjnych sformułowanych w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP odpowiednio, a nie wprost[112]. Nadto Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że nawet do rodzajów odpowiedzialności, do których nie stosuje się art. 42 Konstytucji RP, zastosowanie znajdują inne regulacje ustawy zasadniczej,

19005/91, Lex nr 80505; wyrok ETPC z 2 lipca 2002 r. w sprawie Oktan v. Francja, nr skargi 33402/96, Lex nr 82253; decyzja ETPC z 09 października 2003 r., w sprawie Szott-Medyńska, nr skargi 47414/99, Lex nr 81427.

109 C.P. Kłak, *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia a ochrona praw człowieka*, „Prokuratura i Prawo" 2008, nr 10, s. 88 i nast. oraz powołana tam literatura.

110 Wyrok TK z 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 50, s. 731.

111 Wyrok z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103), Wyrok TK z 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

112 Wyrok TK z 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 50, s. 731.

zwłaszcza zaś art. 2. Ustawodawca, kształtując regulacje sankcyjne nieobjęte reżimem art. 42 Konstytucji RP, musi brać pod uwagę całokształt wymogów konstytucyjnych, a jego swoboda w tym zakresie w żadnym wypadku nie jest równoznaczna z samowolą[113]. Z punktu widzenia konstytucji zasadnicze znaczenie ma nie tyle „nazwa" danego postępowania, ile stwierdzenie, czy ze względu na charakter norm prawnych, regulujących to postępowanie, istnieje konieczność zastosowania do nich konstytucyjnych gwarancji dotyczących odpowiedzialności karnej[114].

W przypadku wykroczenia, jak podnosi C.P. Kłak, powiedzieć można, że występuje „czyn zagrożony karą" – ustawa przewiduje bowiem sankcje w postaci kary za naruszenie danego nakazu lub zakazu, która spełniać ma zarówno cele prewencyjne, jak i represyjne, a jej wymierzanie możliwe jest jedynie w sytuacji udowodnienia danej osobie winy[115]. Podobnego zdania jest A. Marek, wskazując, że w sytuacji gdy w prawie polskim orzeka się za wykroczenia kary aresztu i ograniczenia wolności, a prawo to, oprócz naruszeń przepisów porządkowych, przewiduje także wykroczenia o charakterze kryminalnym, mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną, zwłaszcza, że zdaniem A. Marka jest ona oparta na zasadach analogicznych do odpowiedzialności za przestępstwa, będąc jednakże w stosunku do odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością o zredukowanych konsekwencjach, z którą z reguły nie wiąże się takie potępienie, jak towarzyszy skazanemu za przestępstwo[116]. W tym miejscu zauważyć warto, że zgodnie z art. 1. ust. 2. pkt 7 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym w Krajowym Rejestrze Karnym gromadzi się dane jedynie o osobach prawomocnie skazanych za wykroczenia na karę aresztu[117].

Cechą charakterystyczną obecnego postępowania w sprawach o wykroczenia, jest przekazanie orzecznictwa w sprawach o wykroczenia sądom i tym samym likwidacja istniejących od 1951 r. kolegiów ds. wykroczeń. Konstytucja RP z 1997 r. zdecydowała o ich likwidacji w ciągu 4 lat od jej wejścia w życie (art. 237 ust. 1 Konstytucji RP), a obecny

[113] Wyrok TK z 22 września 2009 r., SK 3/08; OTK-A 2009/8/125, Dz.U. z 2009 r., Nr 159, poz. 1262.

[114] Wyrok z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03 (OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103).

[115] C.P. Kłak, *op. cit.*, s. 90 i nast. oraz powołana tam literatura.

[116] A. Marek, *Niedokończona reforma wykroczeń*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 667; *System prawa karnego*, t. 1: *Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 42.

[117] Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym z 24 maja 2000r., tekst jednolity: Dz.U. z 2008 r. Nr 50, poz. 292 z późn. zm.

k.p.w. i przepisy go wprowadzające zrealizowały ten wymóg[118]. Stanowiło to niewątpliwie realizację wysuwanego w doktrynie postulatu wynikającego z konieczności realizacji zasady wyłączności sądów w zakresie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, którą stanowi zarówno Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 6 ust. 1), jak i Konstytucja RP (art. 175 ust. 1). Taki stan świadczy o zmienności koncepcji tego rodzaju odpowiedzialności za czyny z reguły drobniejsze od przestępstwa, a zarazem nie przesądza jednak o tym, że o środkach karnych (represyjnych), a tym bardziej innych sankcjach przewidujących różnego rodzaju dolegliwości orzekać mogą tylko sądy karne i w związku z tym niedopuszczalne jest ich orzeczenie przez inny sąd, np. sąd cywilny (gospodarczy). Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego to, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyborów o charakterze ustrojowo-organizacyjnym a nie materialnoprawnym. Ustawodawcy polskiemu znane są także inne formy postępowań o charakterze represyjnym, które nie są postępowaniami karnymi, i – co istotne – prowadzić je mogą (w początkowej przynajmniej fazie) organy niebędące sądami (np. komisje dyscyplinarne)[119].

Nieco inaczej problem istoty wykroczenia rysuje się na gruncie kodeksu karnego skarbowego, który przyjmuje, podobnie jak kodeks karny, że jedynie w przypadku przestępstw skarbowych mamy do czynienia z odpowiedzialnością karną. W wypadku wykroczeń skarbowych, analogicznie jak w przypadku wykroczeń pospolitych, mowa jest wyłącznie o odpowiedzialności za wykroczenie[120]. Jakkolwiek ustawodawca wprost różnicuje w art. 1 k.k.s. charakter obu rodzajów odpowiedzialności, pozostając przy tym w zasadzie wierny konwencji różnicującej prawo karne od prawa wykroczeń, to jednocześnie wskazuje wyraźnie w § 2, że zarówno przestępstwo, jak i wykroczenie skarbowe cechować musi *in concreto* wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu[121]. W zakresie wykroczeń tzw. pospolitych, warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie jest dopuszczenie się takiego czynu, który

[118] A. Marek, *Niedokończona*..., s. 668–669; T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 45; idem, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2012.

[119] Wyrok TK z 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002/4/50, Dz.U. z 2002 r. Nr 113, poz. 990.

[120] Zob. w tym zakresie art. 1 k.w.

[121] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.

jest szkodliwy społecznie bez zakreślenia jego minimalnego poziomu, odpowiedzialność za przestępstwo ponosi natomiast ten, kto popełnia czyn zabroniony przez ustawę pod groźbą kary, nie stanowi natomiast przestępstwa czyn, którego szkodliwość społeczna jest znikoma[122]. Zasada *nullum crimen sine periculo sociali* jest wyrazem przyjętego przez ustawodawcę założenia, że w pewnych sytuacjach istnieje możliwość, ze względu na szczególne okoliczności, aby podlegający ocenie czyn zabroniony cechował się subminimalnym (znikomym) stopniem społecznej szkodliwości. Na gruncie kodeksu karnego skarbowego charakterystyczne jest, że kwantyfikacja materialnej treści dopuszczalna jest w stosunku do obu kategorii deliktów karnoskarbowych. Społeczna szkodliwość czynu dekretowana jest na płaszczyźnie abstrakcyjnej przez typizację zachowania, sam fakt typizacji stwarza domniemanie, że wszystkie czyny przynależne do klasy stypizowanych cechuje odpowiednio wysokie natężenie społecznej szkodliwości. Uznanie zachowania realizującego znamiona ustawowe przestępstwa skarbowego za nieposiadające wymaganego kwantum materialnej cechy nie prowadzi do uznania tego zachowania za – przepołowiony jego odpowiednik – wykroczenie skarbowe[123].

Podsumowując przedstawioną wyżej próbę ukazania zarysu konstytucyjnych podstaw i zakresu prawa karania z perspektywy przestępstw i wykroczeń podkreślić należy, że w oparciu o doktrynę państwa prawa, państwo ma spełniać funkcje zabezpieczenia porządku społecznego i bezpieczeństwa zewnętrznego w ramach przyznanych mu przez obywateli uprawnień[124]. System w jego kryminalizacyjnym aspekcie oceniany być musi pod kątem przydatności do ochrony dóbr i wartości według wypracowanych zasad racjonalnej polityki kryminalnej. Zarówno poszerzanie katalogu czynów karalnych, jak i zwiększanie stopnia represyjności obowiązującego prawa ma charakter bezpośredniej ingerencji w zakres korzystania z konstytucyjnych wolności i praw.

Kształtując sposób wzmocnienia ochrony dóbr poprzez reakcję na przestępstwo i wykroczenie w systemie polskim w 1932 r., na trwałe wyznaczono zasadnicze kierunki ingerencji w sferę praw i wolności jednostki, dywersyfikując odpowiedzialność na odpowiedzialność karną i odpowiedzialność za wykroczenia z właściwymi im sposobami reakcji. Zaproponowane w niniejszym opracowaniu dwie płaszczyzny,

[122] Zob. w tym zakresie art. 1 k.k.; P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *op. cit*.

[123] *Ibidem*.

[124] A. Zoll, *System*..., s. 228.

a mianowicie zawarte w art. 31 ust. 3 oraz w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP zasady: proporcjonalności oraz *nullum crimen sine lege,* prowadzą do konkluzji, że zagrożenie dóbr, które z uwagi na swoje istotne społeczne znaczenie wymagają ochrony jest niezbędną, minimalną przesłanką kryminalizacji, natomiast odpowiedzialność karna jest tylko jedną z form odpowiedzialności, w związku z którą stosowane są środki o charakterze represyjnym, ustawodawcy polskiemu znane są bowiem także inne formy postępowań o charakterze represyjnym, niebędące postępowaniami karnymi.

Ochrona stosunków społecznych przed naruszeniami porządku prawnego, które wprawdzie nie zawierają takiego nasilenia społecznej szkodliwości jak przestępstwa, ale które przez swoją częstotliwość stanowią istotne zagrożenie dla ładu i porządku prawnego tradycyjnie przekazywana jest prawu wykroczeń[125], które, jak wspomniano wyżej, bytuje obecnie ściśle powiązane z prawem karnym stanowiąc w istocie jego przedłużenie i dopełnienie[126]. W zakresie wykroczeń odpowiedzialność ta jest oparta na zasadach analogicznych do odpowiedzialności za przestępstwa, będąc jednakże w stosunku do odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością o zredukowanych konsekwencjach.

Odpowiedzialność ta nie ma jednakże jednolitego charakteru także w obrębie samej odpowiedzialności za wykroczenia. Osobnej uwagi wymaga tu bowiem, jak widać powyżej, regulacja na gruncie kodeksu karnego skarbowego, gdzie ustawodawca różnicuje co prawda prawo karne od prawa wykroczeń, zakładając jednocześnie, że zarówno przestępstwo, jak i wykroczenie skarbowe cechować musi *in concreto* wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu, czego brak w wypadku wykroczeń pospolitych[127].

System polskiego prawa od wielu już lat dokonując kontrawencjonalizacji, a jednocześnie zbliżając zasady odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia, w sposób widoczny zmierza, jak się wydaje, do trójpodziału przestępstw charakterystycznego chociażby dla systemu francuskiego. Pełne i rzeczywiste wprowadzenie takiego rozwiązania implikowało by gruntowną przebudowę obecnie obowiązującej kodyfikacji karnej. *De lege ferenda* można postulować uporządkowanie procesu kontrawencjonalizacji, który był i jest nadal w doktrynie zdecydowanie

[125] A. Marek, *Prawo*..., s. 2.

[126] M. Bojarski, W. Radecki, *Spory na tle zróżnicowania wykroczeń i przestępstw*, [w:] *Problemy spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, red. A. Marek, T. Oczkowski, Warszawa 2011, s. 181.

[127] P. Kardas, G. Łabuda, P. Razowski, *op. cit*.

krytykowany[128], przede wszystkim z uwagi na pojawiające się w tzw. obszarach „stycznych"[129] przestępstw i wykroczeń, trudności zarówno teoretyczne, jak i praktyczne przez likwidację tzw. typów przepołowionych, a zarazem powrót do tradycyjnego zakresu przedmiotowego prawa wykroczeń, tj. do obszaru naruszeń. Można je określić jako porządkowe, z których wiele polega na niepodporządkowaniu się nakazom i zakazom o charakterze administracyjnym[130].

[128] K. Buchała, A. Zoll, *Niektóre problemy*…; J. Szumski, *Przekwalifikowanie*…; T. Florek, A. Zoll, *op. cit*.; artykuł polemiczny: J. Bafia, *Jeszcze*…

[129] Takim określeniem posługuje się trafnie np. M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny prawne obszarów*…, s. 27 i nast.

[130] *Uzasadnienie projektu kodeksu wykroczeń. Komisja do spraw reformy prawa karnego. Zespół do spraw ujednolicania prawa karnego i prawa o wykroczeniach*, Warszawa 1991, s. 1 i 2.

Ewa Plebanek, Marek Bielski

GRANICE ZAKAZU *REFORMATIONIS IN PEIUS* W ŚWIETLE ZASAD KONSTYTUCYJNYCH[1]

1. Uregulowany w art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k. zakaz *reformationis in peius* statuuje zespół norm procesowych, których istota sprowadza się do zakazu orzekania w procesie karnym na niekorzyść oskarżonego (tzw. bezwzględny zakaz reformationis in peius) w postępowaniu odwoławczym (tzw. bezpośredni zakaz *reformationis in peius*) lub w postępowaniu po uchyleniu orzeczenia do ponownego rozpoznania (tzw. pośredni *reformationis in peius*), w sytuacji, w której w ogóle nie został wniesiony środek odwoławczy na niekorzyść oskarżonego lub wprawdzie został wniesiony środek odwoławczy przez oskarżyciela publicznego albo pełnomocnika na niekorzyść oskarżonego, ale nie podniesiono w nim zarzutów kwestionujących uchybienia w zakresie podstawy faktycznej lub podstawy prawnej rozstrzygnięcia, które miałyby stać się przesłanką do wyciągnięcia w dalszym postępowaniu negatywnych konsekwencji wobec oskarżonego (tzw. względny zakaz reformationis in peius)[2]. Zakaz

[1] Wykładnia szeroko pojętych przepisów prawnokarnych, zarówno materialnych, jak i procesowych, z uwzględnieniem ich zgodności z normami konstytucyjnymi, jest bardzo bliska tzw. krakowskiej szkole prawa karnego, w której kręgu ukształtowane zostały zainteresowania naukowe autorów niniejszego opracowania. Mając zaszczyt uczcić dorobek naukowy Pana Profesora Zbigniewa Maciąga, dzięki którego wykładom mieliśmy okazję zdobywać podstawy wiedzy z zakresu prawa konstytucyjnego, tekst poświęcony właśnie tej problematyce Jubilatowi dedykujemy.

[2] T. Grzegorczyk, [w:] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 821; K. Marszał, [w:] K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2005, s. 571.

reformationis in peius ma charakter gwarancyjny, zapewniając oskarżonemu niepogarszanie jego sytuacji procesowej w sytuacjach, w których nie doszło do zakwestionowania na niekorzyść oskarżonego konkretnych uchybień procesowych związanych z ustalaniem podstawy faktycznej lub uchybień związanych z dokonaniem wadliwych ocen prawnych, a ich uniknięcie w procesie wyrokowania mogłoby doprowadzić do wydania orzeczenia mniej korzystnego niż to rozstrzygnięcie jakie rzeczywiście w wyroku zapadło.

Powszechnie przyjmowana wykładnia art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k. wskazują, że zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius* ma charakter pełny[3], tak w odniesieniu do zakazu bezpośredniego, jak i pośredniego. W judykaturze przyjmuje się, że orzeczeniem surowszym jest każde orzeczenie ustalające dolegliwość realnie większą niż dolegliwość wynikająca z treści orzeczenia uchylonego. Ocena, czy konkretna zmiana nie narusza zakazu *reformationis in peuis*, powinna być dokonywana na podstawie wieloaspektowej, rzetelnej analizy wszystkich realnych korzyści i dolegliwości łączących się z daną zmianą w sytuacji oskarżonego[4]. Konsekwencją obowiązywania zakazu *reformationis in peius* jest brak możliwości dokonania niekorzystnych ustaleń faktycznych, w tym niedopuszczalność zmodyfikowania na niekorzyść opisu czynu przypisanego oskarżonemu, jak również niemożliwość dokonania niekorzystnych ocen prawnych, zarówno w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej, jak i wymiaru kary[5]. Podkreśla się, że nie ma znaczenia, czy zmiana na niekorzyść zostanie wyartykułowana w sentencji

[3] Zakaz *reformationis in peius* może przybrać formę zakazu pełnego, tj. zakazu dokonywania w orzeczeniu jakichkolwiek zmian na niekorzyść oskarżonego, bądź może zostać ujęty w formę zakazu ograniczonego, obejmując swym zakresem jedynie zakaz wymierzania oskarżonemu surowszej kary. Możliwe są także ujęcia pośrednie. K. Marszał, *Zakaz „reformationis in peius" w nowym ustawodawstwie karnym procesowym*, Warszawa 1970, s. 16.

[4] P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 297–467*, Warszawa 2011, s. 769.

[5] P. Łuczyński, *Zakaz reformationis in peius w postępowaniu ponownym – wybrane zagadnienia na tle funkcji procesowej w postaci funkcji obrony karnej*, [w:] *Z problematyki funkcji procesu karnego*, red. T. Grzegorczyk, J. Izydorczyk, Warszawa 2013, s. 419 i n.; W. Kociubiński, *Ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd pierwszej instancji*, „Prokuratura i Prawo" 2009, nr 2, s. 26 i n. Zob. postanowienie SN z 26 maja 2004 r., V KK 4/04, OSNKW 2004, z. 6, poz. 66; wyrok SN z 15 lutego 2005 r., III KK 310/04, OSNwSK 2005, poz. 361; wyrok SN z 15 listopada 2005 r., IV KK 238/05, OSNwSK 2005, poz. 2055; wyrok SA w Łodzi z 19 września 2006 r. II AKa 130/2006 KZS 2007, z. 7–8, poz. 119; wyrok SN z 26 stycznia 2012 r., IV KK 326/11, Biul. PK 2012, nr 2.

wyroku, czy w jego uzasadnieniu[6]. Wskazuje się, że zakaz *reformationis in peius* skutkuje powstaniem nieprzekraczalnej bariery dla czynienia ustaleń prawidłowych w świetle materiału dowodowego sprawy, które w jakimkolwiek zakresie są mniej korzystne dla oskarżonego, podobnie jak zaktualizowanie się zakazu skutkuje powstaniem nieprzekraczalnej bariery dla czynienia niekorzystnych dla oskarżonego ocen prawnych, choćby nawet nie miało to wpływu na rozstrzygnięcie w zakresie kary[7]. Przykładowo, jeżeli wyrok obarczony był błędem braku w zakresie ustaleń faktycznych odnoszących się do jednego ze znamion typu przestępstwa przypisanego oskarżonemu, to w razie niezaskarżenia tego wyroku na niekorzyść w części dotyczącej winy (sprawstwa) i w przypadku niepodniesienia przez podmioty profesjonalne zarzutów wskazujących konkretne uchybienia, sąd odwoławczy nie może sam dokonać nowych ustaleń faktycznych w przedmiocie owego brakującego znamienia, ani też nie powinien uchylać wyroku w tej części i przekazać sprawy do ponownego rozpoznania w celu podjęcia próby dokonania takiego ustalenia. W takich sytuacjach zmuszony jest uniewinnić oskarżonego od zarzucanego mu czynu, nawet jeżeli nie jest to rozstrzygnięcie oparte na prawdziwych ustaleniach faktycznych[8], a wyeliminowanie wadliwości tego rozstrzygnięcia byłoby możliwe, gdyby nie gwarancje wynikające z zakazu. W powołanych judykatach przyjmuje się, że jedyną metodą uzewnętrznienia wewnętrznego przekonania sądu o oparciu wydanego

---

[6] Zob. postanowienie SN z 22 czerwca 2006 r., IV KK 108/06, OSNwSK 2006 r., poz. 1266. Zob. również wyrok SN z 1 maja 2007 r., IV KK 85/07, KZS 2007, z. 10, poz. 37; postanowienie SN z 5 sierpnia 2009 r., II KK 36/09, OSNKW 2009 r., z. 9, poz. 80; wyrok SA w Lublinie z 9 marca 2011 r. II AKa 19/11; postanowienie SN z 5 października 2010 r. III KK 79/10, BPK 2010, nr 8.

[7] Zob. np. K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 428–429; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2002, s. 525; wyrok SN z 8 listopada 2001 r., IV KKN 359/97, Lex nr 51589; wyrok SN z 21 listopada 2002 r., III KKN 264/00, Lex nr 56861;wyrok SN z 3 stycznia 2002 r., IV KKN 608/97, Lex nr 53001; uchwała SN z 29 maja 2003 r., I KZP 14/03, OSNKW 2003, z. 7–8, poz. 61; wyrok SN z 20 stycznia 2004 r., III KK 224/03, Lex nr 84455; postanowienie SN z 20 lipca 2005 r., I KZP 20/05, OSNKW 2005, z. 9, poz. 76; postanowienie SN z 15 listopada 2005 r., IV KK 238/05, OSNwSK 2005, poz. 2005; postanowienie SN z 4 kwietnia 2006 r., III KK 274/05, Lex nr 183016; wyrok SN z 31 maja 2007 r., IV KK 85/07, Lex nr 282827.

[8] Zob. postanowienie SN z 15 listopada 2005 r., IV KK 238/05, OSNwSK 2005, poz. 2055; postanowienie SN z 16 kwietnia 2002 r., IV KKN 41/01 Lex nr 55177; wyrok SA w Lublinie z 17 maja 2006 r., II AKa 89/06, Lex nr 183579; wyrok SA w Krakowie z 20 stycznia 2010 r., II AKa 249/09 KZS 2010, z. 4, poz. 32; wyrok SA w Łodzi z 4 grudnia 2012 r., II AKa 243/12, Lex nr 1282744.

przezeń rozstrzygnięcia o nieprawdziwe ustalenia odnośnie do stanu faktycznego lub o zastosowaniu nieadekwatnej sankcji, jest wskazanie tych okoliczności w uzasadnieniu wyroku. Podkreśla się, że obowiązkiem sądu jest wyjaśnienie dlaczego nie dokonał w takim wypadku korekty wyroku w kierunku zgodnym z zasadami i dyrektywami prawa karnego materialnego[9]. Dopuszcza się także możliwość poszerzenia argumentacji orzeczenia skazującego w porównaniu z wywodami zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia uchylonego na skutek środka odwoławczego wniesionego wyłącznie przez oskarżonego, co oczywiście nie może się łączyć z poszerzeniem na niekorzyść oskarżonego ustaleń faktycznych oraz zmianą na niekorzyść kwalifikacji prawnej[10]. Rezultatem opisanej powyżej wykładni przepisów jest faktyczne zrównanie przedmiotowego zakresu bezpośredniego i pośredniego zakazu *reformationis in peius* oraz poszerzenie przedmiotowego zakresu zakazu *reformationis in peius* w oparciu o rezultaty wykładni systemowej w porównaniu do rezultatów uzyskanych za pomocą wykładni językowej[11]. Zrównanie przedmiotowego zakresu zakazu orzekania na niekorzyść oskarżonego w postępowaniu odwoławczym i w postępowaniu ponownym oznacza, że granice merytoryczne rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym oraz możliwość merytorycznego orzekania, w takim samym

[9] P. Łuczyński, *Obowiązywanie zakazu „reformationis in peius" w postępowaniu ponownym*, „Prokuratura i Prawo" 2013, nr 3, s. 43–44.

[10] *Ibidem*, s. 44.

[11] Instytucja tzw. pośredniego zakazu *reformationis in peius* uległa w kodeksie postępowania karnego z 1997 r. zasadniczej modyfikacji w porównaniu do unormowania art. 408 k.p.k. z 1969 r. Na gruncie kodeksu z 1969 r. zakaz ograniczał się do tego, że w razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, wolno było w dalszym postępowaniu orzec „karę surowszą" od orzeczonej w uchylonym wyroku tylko wtedy, gdy wyrok ten był zaskarżony na niekorzyść oskarżonego. Pośredni zakaz *reformationis in peius* ograniczał się do kary i środków karnych. Nadto sąd nie był związany treścią zarzutów poniesionych w środku odwoławczym wniesionym na niekorzyść przez profesjonalny podmiot. Na straży zakazu pogarszania sytuacji procesowej oskarżonego w postępowaniu przed sądem odwoławczym nie stały także tak rozbudowane, jak ma to obecnie miejsce reguły *ne peius* (por. art. 383 d.k.p.k.). K. Marszał, *Glosa do uchwały z dnia 29 maja 2003 r., I KZP 14/03*, PS 2004, nr 7–8, s. 262 i nast. W. Kociubiński, *Glosa do wyroku SN z dnia 31 marca 2005 r., V KK 443/04*, „Przegląd Sądowy" 2006, nr 9, s. 196; idem, *Ponowne rozpoznanie sprawy…*, s. 26 i n.; D. Świecki, *Granice orzekania na niekorzyść oskarżonego na podstawie art. 434 § 1 i art. 443 k.p.k.*, „Przegląd Sądowy" 2009, nr 5, s. 68 i n.; P. Łuczyński, *Zakaz reformationis in peius w postępowaniu…*, s. 419 i n. oraz wyrok SA we Wrocławiu z 16 września 2009 r., II AKa 235/09, Lex nr 519606; postanowienie SN z 13 kwietnia 2010 r., II KK 255/09, OSNwSK 2010, poz. 1979.

stopniu wiążą sąd odwoławczy, jak i sąd badający sprawę ponownie po uchyleniu orzeczenia. Przyjęty przez ustawodawcę *de lege lata* zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius* zakłada, że obarczone błędem w ustaleniach faktycznych lub błędem w ocenie prawnej, korzystne dla oskarżonego rozstrzygnięcie nie może w wielu wypadkach zostać skorygowane na niekorzyść oskarżonego, pomimo wniesienia skargi na niekorzyść i przekonania sądu odwoławczego lub sądu I instancji orzekającego ponownie w sprawie, iż wydawane przez te sądy orzeczenie nie będzie się opierać na prawdziwych ustaleniach faktycznych lub prawidłowym zastosowaniu prawa.

Zakaz *reformationis in peius* jest powszechnie uznawany w doktrynie procesu karnego za jedną z podstawowych emanacji, znajdującego swoje normatywne źródło w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, prawa do obrony, jako instytucja mająca za zadanie gwarantować swobodną możliwość korzystania przez oskarżonego ze środków odwoławczych[12]. Na gruncie obecnie obowiązujących regulacji karnoprocesowych, normatywne ujęcie zakazu *reformationis in peius* daje podstawę do bardzo szerokiego odczytywania zakresu przedmiotowego tej instytucji. Konsekwentne przestrzeganie tak szeroko rozumianego zakazu orzekania na niekorzyść, jako zakazu wyciągania jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla oskarżonego w sferze ustaleń faktycznych lub ocen prawnych, w sytuacjach mieszczących się w zakresie zastosowania art. 434 k.p.k. i 443 k.p.k., prowadzić musi niejednokrotnie do przyjmowania nieadekwatnych rozstrzygnięć w zakresie odpowiedzialności karnej oskarżonego w stosunku do tych, jakie powinny zapaść przy prawidłowym zastosowaniu norm procesowych lub materialnoprawnych na wcześniejszym etapie postępowania karnego, ale które to uchybienia co do zasady nie mogą zostać sanowane w postępowaniu odwoławczym lub w postępowaniu ponownym po uchyleniu orzeczenia ze względu na ograniczenia wynikające z zakazu *reformationis in peius*[13]. Przyjmowana, ekstensywna wykładnia, zwłaszcza art. 443 k.p.k., może budzić wątpliwości, gdyż – jak trafnie zauważył M. Cieślak – zakaz *reformationis in peius* ma charakter wyjątkowy, a zatem przepisy odnoszące się do niego nie powinny być interpretowane rozszerzająco[14]. Przyjęte w polskim

[12] P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 766.

[13] Wyjątki od zakazu *reformationis in peius* są nieliczne i wynikają z enumeratywnego wyliczenia ustawowego (art.434 § 3–5 k.p.k., art. 439 § 1 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k.). Zob. uchwała SN z 29 maja 2003 r., I KZP 14/03; wyrok SA w Warszawie z 28 grudnia 2000 r., II AKa 500/00, OSA 2002, z. 8, poz. 65.

[14] M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 392.

ustawodawstwie procesowym szerokie ujęcie omawianej instytucji prowadzi w konsekwencji do istnienia naturalnych napięć związanych z tym, że wynikające z zakazu *reformationis in peius* względy gwarancyjne przeciwstawiają się podstawowemu celowi procesu karnego, jakim jest w świetle art. 2 § 1 k.p.k. realizacja zasady trafnej reakcji karnej, to jest właściwego zastosowania w ramach procesu karnego norm prawa karnego materialnego, oraz że stosowanie zakazu *reformationis in peius* w zakresie niepozwalającym na korektę ustaleń faktycznych prowadzić będzie do zanegowania wprost wypowiedzianej w art. 2 § 2 k.p.k. zasady prawdy materialnej, jako dyrektywy nakazującej opierać wszelkie rozstrzygnięcia w sprawie na prawdziwych ustaleniach faktycznych.

Na tym tle postawić należy kilka pytań. Czy tak szeroki zakres przedmiotowy obecnej regulacji zakazu *reformationis in peius* w polskim ustawodawstwie karnoprocesowym jest niezbędny ze względu na wynikający z Konstytucji RP minimalny standard gwarancji związanych z zapewnieniem prawa do obrony? Czy tak szerokie przedmiotowe zakreślenie granic zakazu *reformationis in peius* jest niezbędne w perspektywie podstawowych celów prawa karnego procesowego i materialnego oraz zasad konstytucyjnych odnoszących się do tych gałęzi prawa? Czy tak szerokie ujęcie zakazu *reformationis in peius* nie koliduje z innymi konstytucyjnie chronionymi wartościami, których pełniejsze uwzględnienie uzasadniałoby rozważenie ograniczenia zakresu przedmiotowego omawianej instytucji?

2. Podejmując próbę odpowiedzenia na wyższej zarysowane wątpliwości, w pierwszej kolejności wypada poddać analizie zagadnienie, jak w świetle unormowań Konstytucji RP kształtuje się minimalny zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego prezentowana jest niebudząca wątpliwości teza, że zakaz *reformationis in peius* to tzw. dodatkowy element konstytucyjnego prawa do obrony wyrażonego w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, gdyż pełni funkcje gwarancyjne w zakresie swobody korzystania przez oskarżonego z prawa do zaskarżania orzeczeń zapadłych w jego sprawie[15]. Przyjmuje się, że prawo do obrony to jedna z fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawnego. Wyznacza ono zakres uprawnień przysługujących oskarżonemu dla procesowej obrony przed stawianymi mu zarzutami. Przyznaje oskarżonemu pewne szczególne przywileje, mające stanowić przeciwwagę dla proce-

[15] Zob. postanowienie TK z 1 lipca 2009 r., P 3/08, OTK-A 2009/7/115; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 421 i nast.

sowej działalności podmiotów występujących po stronie oskarżenia – tak, aby zapewnić oskarżonemu szansę obrony, rzetelność procedury i równość broni. Wskazuje się, że powiązanie zakazu *reformationis in peius* z prawem do obrony, oznacza związek nie tyle z główną, rzeczywistą i nienaruszalną treścią tego prawa (rdzeniem), ile przybiera postać tzw. elementu dodatkowego, swoistej otoczki pełniącej funkcje ochronne i pomocnicze w stosunku do zasadniczej treści tego prawa[16]. Prawo do obrony nie było nigdy na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego traktowane jako prawo absolutne i z tej racji niepodlegające żadnym ograniczeniom[17]. W orzecznictwie Trybunału przyjmuje się, że istnieje możliwość ograniczenia prawa do obrony, w szczególności w odniesieniu do praw oskarżonego, które nie zaliczają się do „rdzenia" tego prawa podmiotowego[18]. Wskazuje się, że zakaz *refomationis in peius* nie stanowi istoty prawa do obrony i nie jest wysławiony wprost w Konstytucji RP, a jest jedynie tradycyjnie wiązany z opisanymi w niej zasadami. To oznacza, że możliwe jest jego ograniczanie w drodze zwykłej ustawy, jednak ewentualne ograniczenie, poza wymogami formalnymi, powinno spełniać test proporcjonalności[19]. Jak wskazano w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego: „Zakaz naruszania istoty prawa lub wolności konstytucyjnej, o którym mowa w art. 31 ust. 3 *in fine* Konstytucji, nie dotyczy elementów powiązanych z prawem lub wolnością, które mogą być przez ustawodawcę zwykłego zmieniane bez unicestwienia rdzenia danego prawa lub wolności. Jednak zawsze dopuszczalność takich ograniczeń podlega ocenie z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)"[20]. Podkreślić należy, że również w świetle wiążących Polskę regulacji międzynarodowych nie jest uznawane za niezbędne wprowadzanie zakazu *reformationis in peius* do porządku prawnego danego kraju[21].

---

16 Zob. wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., P 22/07, *OTK-A 2009/4/55*. Por. też wyrok TK z 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 50; wyrok TK z 3 listopada 2004, K 18/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 103; wyrok TK z 7 września 2006 r., SK 60/05, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 101; wyrok TK z 19 marca 2007, K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27; wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 77.

17 Zob. wyrok TK z 29 stycznia 2002 r., K 19/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 1.

18 *Ibidem*.

19 Zob. wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., P 22/07, OTK-A 2009/4/55.

20 *Ibidem*.

21 P. Łuczyński, *Zakaz „reformationis in peius" w kontekście niektórych zasad procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2013, nr 10, s. 42–43.

Ograniczenia prawa do obrony poprzez wyłączenie w określonych sytuacjach, zakazu *reformationis in peius* albo zawężenie jego zakresu przedmiotowego, muszą czynić zadość stawianym przez Konstytucję RP wymaganiom uprawniającym do ograniczenia zakresu korzystania z powyższego prawa – tak aby zachować proporcję pomiędzy rangą promowanego w ten sposób interesu publicznego a intensywnością ingerencji w sytuację prawną jednostki. Po pierwsze, należy wskazać merytoryczną przesłankę ograniczenia, która musi zawierać się w katalogu opisanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ze wskazanych tam wartości mogących przemawiać za ograniczeniem zakresu zakazu *reformationis in peius* należy wymienić bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny oraz prawa i wolności innych osób, jako te, do których odwołuje się także bezpośrednio art. 2 k.p.k., wyznaczający ogólne i najważniejsze cele procesu. Obecnie przyjmowany na gruncie wykładni art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k. zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*, może kolidować z takimi wyznaczonymi w art. 2 k.p.k. celami procesu, jak pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, trafnie zastosowanie względem niego środków przewidzianych w prawie karnym, uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, zasadę opierania wszystkich rozstrzygnięć o ustalenia faktyczne. Po drugie, w razie przesądzenia, że istnieje merytoryczna podstawa ograniczenia danego prawa należy zbadać, czy to ograniczenie wypełnia kryterium proporcjonalności, które zakłada konieczność dostosowania środka i sposobu jego użycia do celu, jaki ma być osiągnięty, oznacza to konieczność wykazania niezbędności zastosowania danego środka. W interesującym w tym opracowaniu aspekcie, test proporcjonalności sprowadza się do konieczności odpowiedzi na następujące pytania: 1) czy wprowadzona regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego lub interesu innego uczestnika postępowania, z którym jest powiązana; 2) czy regulacja kodeksowa służy i jest konieczna dla właściwego ukształtowania pozycji i praw stron procesu oraz 3) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na oskarżonego?[22]

[22] Zob. wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12, s. 132. Szerzej: P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji,* Warszawa 2011, s. 270 i nast. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że samo uzasadnienie ograniczenia wartościami wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie jest wystarczające do uznania jego dopuszczalności: „Konstytucyjność ograniczenia zależy bowiem od odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzone ograniczenie służy realizacji założonego celu, 2) czy jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu, oraz 3) czy nie stanowi zbyt wysokiego kosztu realizacji założonego celu, a zatem, czy pozostaje w odpowiedniej proporcji w stosunku do ciężarów

3. W związku z tak ukształtowanymi konstytucyjnym regułami określenia zakresu przedmiotowego instytucji zakazu *reformationis in peius* w ustawie karnoprocesowej, należy bliżej przedstawić, mające również swoje odzwierciedlenie w Konstytucji RP, z jednej strony wartości, które uzasadniają istnienie i zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*, a z drugiej wartości, które z uwagi na tak szerokie kodeksowe ujęcie tej instytucji ulegają istotnemu ograniczeniu. W tym kontekście niezbędne wydaje się określenie funkcji i racjonalizacji istnienia w systemie prawa procesowego omawianej instytucji.

W aspekcie pozytywnym zakaz *reformationis in peius* stwarza narzędzie gwarantujące oskarżonemu możliwość realizacji prawa do obrony w sensie materialnym poprzez możliwość realnego wykorzystania uprawnień procesowych, jakie przysługują mu w zakresie zaskarżenia niekorzystnych dla niego rozstrzygnięć. Funkcją zakazu *reformationis in peius* jest zapewnienie praktycznej realizacji konstytucyjnego i kodeksowego prawa do obrony oraz prawa oskarżonego do kontroli odwoławczej. Zakaz *reformationis in peius*, eliminując możliwość wyciągnięcia negatywnych konsekwencji procesowych wobec oskarżonego w związku z wniesieniem przez niego środka odwoławczego, nie tyle gwarantuje możliwość wywiedzenia środka odwoławczego, ile urealnia korzystanie z prawa do obrony przez prawo do zaskarżenia orzeczenia zapadłego w pierwszej instancji i tym samym zapewnia możliwość skorzystania z prawa do dwuinstancyjnego postępowania sądowego[23]. Zakaz *reformationis in peius* stanowi więc emanację gwarancji wyrażonych w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz zapewnia możliwość pełnej realizacji norm wynikających z art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji. Przy czym konstytucyjny wzorzec prawa do obrony, istotny jest tu w aspekcie materialnym, jako prawo do podejmowania przez oskarżonego niczym nieskrępowanych decyzji co do sposobu odpierania stawianego mu zarzutu wraz z gwarancją niedoznania negatywnych konsekwencji z powodu podjęcia określonych działań lub zaniechań, mieszczących się w granicach przyznanych mu uprawnień, tj. bez naruszenia innych praw, w tym także praw pozostałych uczestników postępowania[24]. Z uwagi na szczególną pozycję oskarżonego oraz zagwarantowane mu konstytucyjnie prawo do obrony, ustawodawca zwykły w przepisach regulujących tryb postę-

nakładanych przez nie na jednostkę – proporcjonalność *sensu stricto*" (zob. wyrok TK z 29 stycznia 2002 r., K 19/01, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 1).

[23] Zob. wyrok TK z 28 kwietnia 2009 r., P 22/07, OTK-A 2009/4/55; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 410 i nast.

[24] P. Łuczyński, *Zakaz*..., s. 37; postanowienie SN z 3 grudnia 2007 r., III KK 338/07, OSNwSK 2007, poz. 274.

powania odwoławczego ma zatem obowiązek wprowadzenia gwarancji nie tylko uruchomienia procedury odwoławczej, ale także obiektywnej i realnej kontroli realizującej prawo do sprawiedliwej procedury, czego przejawem jest m.in. zakaz *reformationis in peius*[25]. Przyjmuje się, że nielojalnością byłoby zaskakiwanie oskarżonego orzeczeniem surowszym od tego, które zaskarżył w razie niekorzystania przez oskarżyciela publicznego z prawa do zaskarżenia decyzji na niekorzyść oskarżonego[26]. Racjonalizacją dla obowiązywania zakazu *reformationis in peius* jest właśnie zabezpieczenie oskarżonemu swobody zaskarżenia wyroku przez uwolnienie go od ryzyka wydania orzeczenia na jego niekorzyść. Według zgodnego poglądu doktryny i judykatury zakaz ma bowiem zagwarantować oskarżonemu możliwość podejmowania decyzji, co do sposobu obrony przed oskarżeniem, bez obawy o negatywne konsekwencje zaskarżenia wydanego przeciw niemu orzeczenia sądu[27]. Wskazuje się w tym aspekcie, że „istnienie ryzyka, że zaskarżenie orzeczenia sądu pierwszej instancji nawet tylko na korzyść doprowadzić może do wydania w drugiej instancji orzeczenia na jego niekorzyść, może skutecznie paraliżować działania oskarżonego i w rzeczywistości ograniczyć korzystanie z uprawnienia do odwołania i do dwuinstancyjnego postępowania, będących przecież zasadniczym elementem prawa do obrony”[28].

Na tle tak określonej funkcji zakazu *reformationis in peius*, która sprowadza się nie tyle do stworzenia formalnych podstaw do wniesienia środków odwoławczych, ile urealnienia korzystanie z prawa do zaskarżenia orzeczeń, oraz uwzględniając powszechnie przyjmowaną „psychologiczną” racjonalizację istnienia zakazu jako instytucji eliminującej obawę oskarżonego, że wywiedzenie środka oskarżonego na jego korzyść może doprowadzić do negatywnych konsekwencji w dalszym toku procesu – warto zwrócić uwagę, iż argumenty, jakie tradycyjnie wskazuje się uzasadniając istnienie zakazu *reformiationis in peius*, nie wydają się do końca przystawać do obecnego zakresu przedmiotowego art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k. W szczególności warto sobie uświadomić, że „psychologiczna” racjonalizacja omawianej instytucji ma sens przede wszyst-

[25] Zob. postanowienie SN z 3 grudnia 2007 r., III KK 338/07, OSNwSK 2007, poz. 274.

[26] A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1984, s. 200.

[27] K. Marszał, *Zakaz „reformationis”*..., s. 55 i nast.; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 766.

[28] Zob. postanowienie SN z 3 grudnia 2007 r., III KK 338/07, OSNwSK 2007, poz. 2741. Por. postanowienie SN z 21 lutego 2002 r. III KKN 285/99, Lex nr 53050.

kim w takim zakresie, w jakim uzasadnia urealnienie realizacji prawa do obrony przez zaskarżenie przez oskarżonego orzeczenia w związku z wyeliminowaniem obawy związanej z negatywnymi konsekwencjami wywiedzenia przez niego samego (względnie przez jego obrońcę) na jego korzyść środka odwoławczego. Przyjąć można, że oskarżony mógłby zaniechać wywiedzeniem środka zaskarżenia na swoją korzyść w sytuacjach, w których istniałyby potencjalna możliwość pogorszenia jego sytuacji procesowej ze względu na zainicjowanie tą skargą postępowania odwoławczego, pomimo tego, że nie został wywiedziony przez oskarżyciela środek zaskarżenia na niekorzyść oskarżonego. Taka „psychologiczna" racjonalizacja nie daje jednak uzasadnienia dla istnienia zakazu *reformationis in peius* w sytuacjach, w których dochodzi do wniesienia przez oskarżyciela środka zaskarżenia na niekorzyść oskarżonego, czego w zasadzie oskarżony nie jest nigdy w stanie wykluczyć, rozważając złożenie środka odwoławczego na korzyść. Tymczasem właściwe położenie oskarżonego w zakresie możliwości zmiany orzeczenia na niekorzyść, kształtuje się nie poprzez wniesienie środka odwoławczego na korzyść oskarżonego, ale jest determinowane przez wniesienie i treść środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego – zwłaszcza, gdy jest to środek odwoławczy wniesiony na niekorzyść oskarżonego przez podmioty profesjonalne, to jest oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika zawodowego, gdyż co do zasady (poza ustawowymi wyjątkami umożliwiającymi wyjście przez sąd poza granice zaskarżenia i podniesione zarzuty) w tym zakresie możliwe jest uwzględnienie środka odwoławczego wniesionego na niekorzyść tylko w granicach podniesionych zarzutów. Dlatego też wydaje się, że tak szeroki zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*, wynikający obecnie z przyjmowanej wykładni art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k., należałoby raczej uzasadniać przez odwołanie się do koncepcji rzetelnego procesu karnego, wskazując że tak daleko idące gwarancje procesowe w zakresie zakazu dokonywania ustaleń faktycznych czy ocen prawnych na niekorzyść oskarżonego, jeśli podstawy do takich niekorzystnych rozstrzygnięć nie dają zarzuty podniesione w środku odwoławczym sformułowanym przez podmioty profesjonalne, to jest oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika zawodowego, są usprawiedliwione tym, iż nielojalnością procesową byłoby wydanie wobec oskarżonego orzeczenia na niekorzyść w stosunku do tego, które zaskarżył w razie nieskorzystania przez oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika profesjonalnego z prawa wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego lub – co znacznie bardziej istotne – w razie skorzystania przez wymienione podmioty z prawa zaskarżenia orzeczenia na niekorzyść oskarżonego, ale łączącego się

z nieadekwatnym do sytuacji procesowej skonstruowaniem zarzutów odwoławczych, czego konsekwencją byłby brak możliwości sanowania wadliwego rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy lub sąd w ponownym postępowaniu po uchyleniu rozstrzygnięcia. Trzeba sobie jednak uświadamiać, że taka racjonalizacja odwołująca się do koncepcji rzetelnego procesu karnego jest oparta na niestety dość idealistycznym w realiach polskiego wymiaru sprawiedliwości założeniu, iż profesjonalnie przygotowani do tego oskarżyciele publiczni rzadko dopuszczają się błędów na etapie przygotowania, a następnie popierania aktów oskarżenia, a ewentualne błędy w tym zakresie są weryfikowane przez sądy profesjonalnie przygotowane do badania podstaw odpowiedzialności karnej, a w końcu na założeniu, że jeśli nawet na etapie pierwszoinstancyjnego postępowania sądowego dojdzie do wydania rozstrzygnięcia nieopartego na prawidłowych ustaleniach faktycznych lub opartego na wadliwym zastosowaniu prawa materialnego, to podmioty profesjonalne, do jakich należy zaliczyć oskarżyciela publicznego i pełnomocnika zawodowego, będą w stanie zakwestionować istotne uchybienia rozstrzygnięć sądów przez podniesienie właściwie skonstruowanych zarzutów w wywiedzionych środkach odwoławczych na niekorzyść oskarżonego.

W aspekcie negatywnym szeroki przedmiotowy zakres zakazu *reformationis in peius* prowadzić może w wielu wypadkach do konsekwencji procesowych, pozwalających postawić wniosek, że ta instytucja może niweczyć albo ograniczać możliwość realizacji podstawowych celów procesu karnego, sankcjonując w istocie rzeczy daleko idące ograniczenia w zakresie realizacji zasady trafnej reakcji karnej i zasady prawdy materialnej, ze względu na fakt wprowadzenia wynikających z tzw. bezpośredniego zakazu *reformationis in peius* istotnych ograniczeń w możliwości dokonywania przez sąd odwoławczy modyfikacji na niekorzyść oskarżonego podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia zapadłego przed sądem I instancji w sytuacji, w której rozstrzygnięcie zostało oparte na błędnych ustaleniach faktycznych lub na błędnym zastosowaniu przepisów prawa, oraz wynikających z tzw. pośredniego zakazu *reformationis in peius* analogicznych ograniczeń w zakresie rozstrzygnięcia dokonywanego przez sąd w ponownym postępowaniu po uchyleniu orzeczenia.

Wyrażająca się w zasadzie trafnej reakcji (represji) karnej, realizacja norm prawa karnego materialnego, jako cel procesu karnego podkreślona została w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.[29] W świetle tej zasady wymaga się, aby sprawca przestępstwa został pociągnięty do odpowiedzialności

[29] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 396.

karnej, a osoba niewinna została od odpowiedzialności karnej uwolniona. Konstytutywną cechą procedury karnej jako regulacji instrumentalnej jest podporządkowanie prawu materialnemu w tym sensie, że podstawową funkcją procesu karnego jest realizowanie norm prawa karnego materialnego[30]. Z tego wyciąga się wniosek, że ostateczne cele szeroko pojętego prawa karnego, wynikają nie tyle z regulacji karnoprocesowych, ile z prawidłowego zastosowania norm prawa karnego materialnego[31]. Priorytetową funkcją prawa karnego materialnego jest funkcja ochronna[32]. Realizacja funkcji ochronnej zazwyczaj łączy się ze spełnieniem funkcji sprawiedliwościowej, a także funkcji kompensacyjnej, które mogą być ograniczane z uwagi na potrzebę realizacji funkcji gwarancyjnej. Zaś jako zasadę przyjąć należy, że w razie akcentowania istotności innych niż funkcja ochronna funkcji prawa karnego, nie jest możliwe takie wyważenie znaczenia i relacji pomiędzy nimi, które niwelowałoby realizację funkcji ochronnej[33]. Nie ulega wątpliwości istnienie bezpośredniego związku między zasadą prawdy materialnej a funkcjami sprawiedliwościową i ochronną. Zasada prawdy materialnej „wyraża etyczny wydźwięk postępowania karnego, jako narzędzia realizacji sprawiedliwości"[34]. Obowiązywanie zasady prawdy materialnej na gruncie postępowania karnego wynika z regulacji zawartych w art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1 i 3 i art. 175 Konstytucji RP[35]. Zasadę prawdy materialnej wprost wysławia art. 2 § 2 k.p.k., wedle którego podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Dla uściślenia wypada dodać, że zasada prawdy materialnej powinna być rozumiana jako dyrektywa nakładającą na sąd obowiązek dążenia do dokonania ustaleń faktycznych odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy, w tej mierze w jakiej jest to faktycznie i prawnie możliwe, a nie „obowiązek wydawania rozstrzygnięcia procesowego

[30] Zob. np.: A. Wąsek, *Związki prawa karnego materialnego z procedurą karną*, „Studia Iuridica" 1997, z. 33, s. 244; T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 42; J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 76.

[31] M. Cieślak, *Model polskiego procesu karnego na tle niektórych innych systemów na kontynencie europejskim,* [w:] M. Cieślak. *Dzieła wybrane*, t. 4, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 318–319.

[32] P. Kardas [w:] *System prawa karnego procesowego*, red. P. Hofmański, t. 1: *Zagadnienia ogólne*, cz. 1, rozdz. 12.3, s. 626–627.

[33] *Ibidem*.

[34] J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 57.

[35] P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, Warszawa 2011, s. 94 i nast. oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

w oparciu o ustalenia faktyczne zgodne z rzeczywistością – jak miało to miejsce w przypadku uznania omawianej zasady za regułę prawną”[36]. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że zasada prawdy materialnej stanowi fundamentalną zasadę procesu karnego, nadrzędną nad pozostałymi. W konsekwencji nie powinno się mnożyć barier, które utrudniają dochodzenie do tej prawdy, a ich stworzenie musi być dostatecznie uzasadnione ochroną innych istotnych dla postępowania karnego wartości. Z drugiej strony silnie akcentowane jest w prawie procesowym znaczenie funkcji gwarancyjnej, powiązanej z szeregiem szczegółowych rozwiązań (zakazy dowodowe, niezwykle szeroko interpretowane prawo do obrony, zakaz *reformationis in peius*), co „wpływa na sposób realizacji zasady prawdy materialnej a co za tym idzie, ściśle związanej z nią funkcji sprawiedliwościowej”[37]. Zatem chociaż dyrektywa dokonania przez sąd ustaleń zgodnych z prawdą materialną stanowi najważniejszy postulat procesu karnego[38], to wskazuje się, że z uwagi na konieczność wyważenia w procedurze ustalania podstaw odpowiedzialności karnej różnorakich wartości i racji wkomponowano w procedurę karną mechanizmy modyfikujące lub korygujące realizację norm prawa karnego materialnego[39]. W konsekwencji przyjmuje się, że fakt obowiązywania zasady prawdy materialnej bazuje na względach aksjologicznych, lecz szczegółowy zakres jej obowiązywania uzależniony zostaje od czynników pragmatycznych i funkcjonalnych, na co wskazuje art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[40], zatem cele stawiane przed szeroko rozumianym prawem karnym mogą stanowić źródło ograniczeń realizacji zasady prawdy materialnej i tym samym powiązanych z nią funkcji prawa karnego[41].

4. Obecnie w piśmiennictwie i judykaturze wskazuje się, że proces to już nie tylko złożony system czynności konwencjonalnych, mających na celu „urzeczywistnienie prawa karnego materialnego”, a więc osiągnięcie sprawiedliwości materialnej. Celem procesu jest także urzeczy-

[36] T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Prokuratura i Prawo” 1988, z. 3, s. 10; J. Jodłowski, „Zasada prawdy materialnej i jej ograniczenia w postępowaniu karnym w perspektywie funkcji prawa karnego”, Kraków 2013, [niepubl. rozprawa doktorska], s. 41 i literatura tam cytowana.

[37] P. Kardas [w:] *System prawa karnego procesowego*, red. P. Hofmański, t. 1, s. 627––628 i literatura tam cytowana.

[38] K. Marszał, *Zakaz „reformationis”…*, s. 75 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

[39] A. Wąsek, *op. cit.*, s. 242.

[40] J. Jodłowski, *op. cit.*, s. 174 i nast. oraz literatura tam cytowana.

[41] *Ibidem*.

wistnienie samoistnych wartości proceduralnych, określanych mianem sprawiedliwości proceduralnej[42]. Tym samym realizacja funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego wymaga jednoczesnego spełnienia dwóch warunków: osiągnięcia stanu sprawiedliwości materialnej przy zachowaniu na niezbędnym poziomie elementów składających się na standard sprawiedliwości proceduralnej[43]. Realizacja sprawiedliwości materialnej nie może uświęcać niegodziwych środków w postaci nierzetelnego czy nieuczciwego procedowania. Równorzędnym celem procesu karnego, obok sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy karnej w aspekcie materialnym, jest zatem takie zorganizowanie procesu oraz jego przebiegu w konkretnej sprawie, aby toczyło się ono rzetelnie, co utożsamia się ze stanem sprawiedliwości proceduralnej[44]. Jak podkreśla M. Cieślak, fundamentalne znaczenie należy przyznać zasadzie trafnej represji karnej, wyrażonej słowami: „każdy ten i tylko ten, kto jest winien popełnienia przestępstwa, powinien za to ponieść odpowiedzialność taką tylko, na jaką wedle prawa zasłużył"[45], jednak o prawidłowości procesu karnego nie rozstrzyga jedynie osiągnięcie tak postawionego celu, ale także metoda za pomocą, której cel ów został osiągnięty, czyli sprawiedliwość proceduralna[46]. Sprawiedliwość materialna i sprawiedliwość proceduralna powinny być rozumiane komplementarne[47]. Sprawiedliwy proces powinien w miarę możności zapewnić ustalenie prawdy materialnej i wyciągnięcie wobec rzeczywistego sprawcy przestępstwa sprawiedliwych konsekwencji prawnych, a więc, aby był on uczciwy także wobec

---

[42] Zob. m.in. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 78 i nast.; P. Kardas, *Garść refleksji o standardzie rzetelnego procesu w kontekście zasady prawdy materialnej oraz konstrukcji czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym*, [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały z konferencji naukowej Trzebieszowice 17–19.09.2009 r.*, Warszawa 2010, s. 147 i nast.; P. Wiliński, *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny*, [w:] *Rzetelny proces karny*..., s. 82 i nast. oraz cytowana w tych opracowaniach literatura.

[43] J. Jodłowski, *op. cit.*, s. 256–257.

[44] J. Skorupka, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 76 i literatura tam cytowana.

[45] M. Cieślak, *Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, [w:] M. Cieślak, *Dzieła wybrane*..., t. 2, s. 213–214.

[46] M. Cieślak, *Nieważność orzeczeń w procesie karnym PRL*, Warszawa 1965, s. 5; P. Wiliński, *Sprawiedliwość proceduralna*..., s. 82; Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Prokuratura i Prawo" 1997, z. 11–12, s. 89–90; wyrok TK z 12 kwietnia 2012 r., SK 30/2010, OTK 2012/4A, poz. 39; wyrok TK z 12 lipca 2011 r., SK 49/2008, OTK 2011/6A, poz. 55; wyrok SA w Lublinie z 5 marca 1999 r., II AKa 123/98, KZS 1999/6–7, poz. 75.

[47] J. Skorupka [w:] *System prawa karnego procesowego*..., rozdz. 4.4., s. 178.

społeczeństwa[48]. Przyjmuje się, że w niektórych wypadkach regulacje proceduralne ograniczają, a czasami wręcz wyłączają możliwość aplikacji norm prawa materialnego, wpływając tym samym negatywnie na możliwość realizacji przypisywanych prawu materialnemu funkcji[49]. Niemniej uznać należy, że realizacja dyrektywy nakazującej dążyć do osiągnięcia w ramach procesu karnego stanu sprawiedliwości materialnej może zostać ograniczona przez regulacje zapewniające stan sprawiedliwości proceduralnej w przypadkach, gdy znajduje to dostateczne uzasadnienie i usprawiedliwienie koniecznością uwzględnienia innych istotnych w procesie wartości. W sytuacji braku możliwości jednoczesnej realizacji wszystkich funkcji prawa karnego, ustawodawca powinien doprowadzić do ważenia dóbr kolidujących i próby opracowania racjonalnego kompromisu, który nie wyłącza możliwość realizacji lub nie ogranicza w nadmierny sposób wypełnienia funkcji ochronnej oraz sprawiedliwościowej w imię realizacji przesadnie pojętej funkcji gwarancyjnej. W związku z tym zasadne jest wprowadzenie adekwatnej procedury wyważenia[50], na co zresztą wskazuje kontekst konstytucyjny, tj. wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasada proporcjonalności.

Zakaz *reformationis in peuis* należy oczywiście do regulacji, które sensownie można powiązać z gwarancyjną funkcją prawa karnego. Zakaz *reformationis in peius* musi być postrzegany jako instytucja stanowiąca narzędzie realizacji zasady sprawiedliwości proceduralnej przez zagwarantowanie oskarżonemu możliwości realizowania prawa do obrony w sensie materialnym w związku z zapewnieniem mu swobody zaskarżenia orzeczeń na jego korzyść. Jednocześnie należy uwzględnić fakt, że skutkiem obowiązywania tej regulacji może być niejednokrotnie ograniczenie realizacji zasady sprawiedliwości materialnej, opartej na założeniu dokonania trafnej reakcji karnej przez adekwatne zastosowanie norm prawa karnego materialnego do prawidłowo ustalonych okoliczności faktycznych. W konsekwencji dopuszczalna jest możliwość ograniczenia realizacji zasady trafnej reakcji karnej i zasady prawdy materialnej z określonymi tego konsekwencjami w zakresie możliwości realizacji funkcji ochronnej i sprawiedliwościowej prawa karnego, jednakże pod warunkiem, że zakres tego ograniczenia znajduje dostatecznie mocne uzasadnienie w celach, jakie zapewniać ma obowiązywanie zakazu *reformationis in peius*, a nadto, że zakres przedmiotowy tej insty-

[48] M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1973, s. 9; A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 27.

[49] P. Kardas [w:] *System prawa karnego procesowego*..., rozdz. 12.2.3, s. 620.

[50] *Ibidem*, rozdz. 12.3., s. 636.

tucji pozostaje w racjonalnych proporcjach do mogących z niej wynikać ograniczeń w dążeniu do zapewnienia stanu sprawiedliwości materialnej. W tym kontekście nie można pominąć faktu, że tak szeroki zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*, jak wynikający z wykładni art. 434 k.p.k. i art. 443 k.p.k., powoduje, że pomiędzy ideą realizacji sprawiedliwości materialnej a ideą realizacji sprawiedliwości proceduralnej zachodzi niebezpieczna konkurencja. Zaktualizowanie się zakazu *reformationis in peius* w obecnym kształcie normatywnym w pewnych układach procesowych praktycznie wyklucza możliwość zrealizowania sprawiedliwości materialnej na rzecz sprawiedliwości proceduralnej, co budzić może wątpliwości, jeśli sobie uświadomić, że normy konstytucyjne oraz nakaz sprawiedliwego rozpoznania sprawy (rzetelnego postępowania przez organy procesowe) nie nakłada na ustawodawcę aż tak wygórowanych standardów, jeżeli chodzi o zapewnienie oskarżonemu prawa do obrony w zakresie urealnienia możliwości wywiedzenia środków zaskarżenia, w szczególnie jeżeli jednocześnie prowadzi to do wykluczenia możliwości realizacji takich celów postępowania, jak dokonanie trafnej reakcji karnej w oparciu o prawidłowo dokonane ustalenia. W szczególności zadać należy sobie pytanie, czy ze względu na funkcję i racjonalizację zakazu *reformationis in peius*, jako instytucji gwarancyjnej, mającej nie tyle zapewniać, ile urealniać możliwość korzystania z prawa do obrony w zakresie swobodnego wnoszenia środków odwoławczych, a przez to zapewniać możliwość skorzystania z prawa do dwuinstancyjnego postępowania sądowego – dostatecznie usprawiedliwione są tak daleko idące konsekwencje stosowania tej instytucji. *In conreto* prowadzić mogą one do udaremnienia realizacji podstawowych celów procesu karnego, jakimi są dokonanie prawdziwych ustaleń faktycznych w sprawie i w odniesieniu do nich prawidłowe zastosowanie norm prawa materialnego, zapewniające trafną reakcję karną.

Nie sposób kwestionować istotnej funkcji, jaką pełni w procesie karnym zakaz *reformationis in peius*, jako szczególna instytucja stanowiąca emanację prawa do obrony, urealniająca możliwość wywiedzenia przez oskarżonego środka odwoławczego bez obawy o negatywne konsekwencje zainicjowania postępowania odwoławczego, a w ten sposób zapewniająca możliwość skorzystania dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Niewątpliwie istnienie tej instytucji w polskim porządku procesowym uzasadnia nie tylko tradycja ustawodawcza w tym względzie, ale przede wszystkim funkcja, jaką pełni zakaz *reformationis in peius*. Niemniej analizując *de lege lata* bardzo szeroki zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius*, może rodzić się wątpliwość, czy obecny kształt normatywny tej instytucji jest wyrazem rozsądnego kompromi-

su pomiędzy wszystkimi wartościami, jakie powinny zostać wyważone przez ustawodawcę oraz interpretujące tę instytucję, a przez to kształtujące jej praktyczne stosowanie organy sądowe. Nie da się bowiem uniknąć wniosku, że przyjęcie konstrukcji pełnego zakazu *reformationis in peius* – prowadzi w licznych układach procesowych do sytuacji, w której nie można wyciągnąć w dalszych stadiach postępowania karnego negatywnych następstw z ustaleń faktycznych możliwych do poczynienia na niekorzyść sprawcy, bądź nie można wyciągnąć negatywnych konsekwencji w sferze ocen prawnych. Skutkować to będzie wypatrzeniem możliwości realizacji celów procesu karnego w sferze zapewnienia sprawiedliwości materialnej, związanej z uskutecznianiem zasady prawdy materialnej i trafnej reakcji karnej. Wydaje się, że odpowiedź na pytanie o akceptowalny w świetle kolidujących ze sobą wartości, zmierzających do zapewnienia z jednej strony stanu sprawiedliwości materialnej, a z drugiej stanu sprawiedliwości procesowej, zakres przedmiotowy zakazu *reformationis in peius* wiąże się w istotnym stopniu z odpowiedzią na pytanie o zakres niezbędnych gwarancji procesowych wynikających z prawa do obrony. Nawet, jeśli rozumieć prawo do obrony najszerzej jako prawo do wykorzystania przez oskarżonego wszystkich dostępnych mu w świetle regulacji prawnych sposobów uniknięcia odpowiedzialności karnej, to warto sobie uzmysłowić, że normy konstytucyjne oraz obowiązujące polskiego ustawodawcę regulacje międzynarodowe nie obligują do takiego kształtowania instytucji, stanowiących tylko tzw. dodatkowy element prawa do obrony, równocześnie nienależących do istoty tego prawa w sposób, który z przyczyn niedostatecznie uzasadnionych ochroną innych wartości dawałby możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej przez oskarżonego, w stosunku do którego istnieją wszelkie przesłanki materialnoprawne do przypisania mu odpowiedzialności karnej[51].

[51] Nie sposób nie zauważyć, że ta myśl do pewnego stopnia znajduje odzwierciedlenie również w obecnej regulacji zakazu *reformationis in peius*, od którego ustawodawca przewiduje wyjątki, skutkujące ograniczeniem stosowania tego zakazu. Takie ograniczenia przewidują art. 434 § 3 i § 4 k.p.k. w zakresie tzw. trybów konsensualnych (art. 343 k.p.k., art. 387 k.p.k. i art. 156 k.k.s.) oraz nielojalności procesowej oskarżonego, który nie wywiązał się z przyjętych na siebie zobowiązań uzasadniających zastosowanie wobec niego instytucji nadzwyczajnego wymiaru kary (art. 60 § 3 k.k., art. 60 § 4 k.k. i art. 36 § 3 k.k.s.). Podobnie narzędziem zapobiegania skutkom orzeczeń, co do zasady niemożliwych do sanowania z uwagi na aktualizację zakazu *reformationis in peius*, jest wykorzystanie przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k. – przez uznanie, że w sytuacji wniesienia środka zaskarżenia na niekorzyść oskarżonego, w którym nie podniesiono

Przedstawione rozważania wskazują najogólniej rzecz biorąc na – jak się wydaje – zbyt szerokie *de lege lata* ujęcie przedmiotowego zakresu zakazu *reformationis in peius*, jeśli uwzględnić z jednej strony funkcję i racjonalizację tej instytucji, jako narzędzia zmierzającego do zapewnienia stanu sprawiedliwości proceduralnej, a z drugiej strony konsekwencje stosowania tej instytucji związane z możliwością udaremnienia lub ograniczenia realizacji stanu sprawiedliwości materialnej. Zdając sobie sprawę z kontrowersji, jakie może rodzić taka propozycja, zasadne wydaje się rozważenie postulatu *de lege ferenda* ograniczenia skutków prawnych zakazu *reformationis in peius* przez przyjęcie modelu zakazu ograniczonego, to jest wprowadzenie regulacji obejmującej swym zakresem jedynie zakaz wymierzania oskarżonemu surowszych konsekwencji na płaszczyźnie szeroko pojętego wymiaru kary. To, czy model ograniczony do zakazu wyciągania negatywnych konsekwencji na płaszczyźnie wymiaru kary miałby się odnosić także do zakazu bezpośredniego, czy tylko do zakazu pośredniego, jest problemem wyważenia pewnych racji. Jak się wydaje, w przypadku tzw. bezpośredniego zakazu *reformationis in peius*, istnieją istotne argumenty przemawiające za twierdzeniem, że powinien być to zakaz pełny, ograniczający możliwość dokonania przez sąd na etapie postępowania odwoławczego, jakichkolwiek niekorzystnych modyfikacji ustaleń faktycznych lub ocen prawnych, które nie zostały ujęte w zarzutach podniesionych w środku odwoławczym na niekorzyść oskarżonego. Uzasadnione jest to tym, że możliwość takich negatywnych dla oskarżonego modyfikacji, prowadzących do wydania niekorzystnego orzeczenia reformatoryjnego w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej (bo nie w zakresie wymiaru kary), wykluczałaby możliwość skorzystania przez oskarżonego z prawa do obrony w zakresie podstawy uzasadniającej wydanie rozstrzygnięcia

zarzutów dotykających istoty uchybień zaskarżonego orzeczenia, utrzymanie w mocy takiego orzeczenia uznane powinno zostać za rażąco niesprawiedliwe, gdy w sposób niewątpliwy i bezsporny doszłoby w ten sposób do zaakceptowania rozstrzygnięcia sprzeciwiającego się zasadzie prawdy materialnej i zasadzie trafnej represji karnej. Przy czym należy podkreślić, że wyłączenie zakazu *reformationis in peius* na podstawie art. 440 k.p.k. jest możliwe tylko i wyłącznie w razie wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść oskarżonego (innymi słowy, nie może być zastosowane w przypadku niewywiedzenia takiego środka na niekorzyść), a nadto jego zastosowanie, z uwagi na wyjątkowość tej regulacji, wymaga szczególnego uzasadnienia. Zob. szczególnie: wyrok SN z 28 stycznia 2005 r. V KK 364/04, OSNKW 2005, z. 3, poz. 30; postanowienie SN z 20 maja 2009 r. II KK 294/09,OSNwSK 2010, poz. 1054, wyrok SN z 3 marca 2003 r., III KKN 586/00, „Prokuratura i Prawo" 2004, nr 2, poz. 6, postanowienie SN z 16 maja 2007 r., III KK 328/06, OSNwSK 2007, poz. 1048.

dla niego niekorzystnego. Podstawą bowiem do jego wydania byłyby zarzuty mu nieznane, bo niepodniesione w środku odwoławczym wniesionym na niekorzyść, do których nie miałby się możliwości ustosunkować. Możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego na niekorzyść w zakresie podstaw odpowiedzialności karnej prowadziłaby także do ograniczenia prawa do obrony oskarżonego w ramach postępowania dwuinstancyjnego. Opowiedzenie się za regulacją obejmującą pełny zakres przedmiotowy bezpośredniego zakazu *reformationis in peius* nie stoi jednak na przeszkodzie postulowaniu ograniczenia pośredniego zakazu pogarszania sytuacji procesowej oskarżonego tylko do zakazu pogarszania tej sytuacji na płaszczyźnie szeroko pojętych konsekwencji związanych z wymiarem kary. W proponowanym ujęciu, niezależnie od przyczyn uchylenia sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd pierwszej instancji w ponownym postępowaniu sąd ten nie byłby skrępowany w zakresie możliwości czynienia niekorzystnych ustaleń faktycznych lub niekorzystnych ocen prawnych, dających podstawę do zweryfikowania przesłanek niezbędnych do przypisania odpowiedzialności karnej. Pośredni zakaz *reformationis in peius* ograniczony zostałby bowiem tylko do zakazu wyciągania negatywnych konsekwencji z nowych ustaleń faktycznych lub nowych ocen prawnych na płaszczyźnie wymiaru kary. Jak się wydaje, w wypadku pośredniego zakazu *reformationis in peius* tak szeroko ujęty zakres przedmiotowy, jaki przyjmuje się na tle wykładni art. 443 k.p.k., nie jest niezbędny z perspektywy konieczności zapewnienia stronom dwuinstancyjnego postępowania, realizacji zasady bezpośredniości oraz prawa do obrony, gdyż po uchyleniu sprawy do ponownego rozpoznania oskarżony ma jeszcze raz zagwarantowaną możliwość pełnego skorzystania z wszystkich uprawnień zapewniających mu skuteczną obronę. Przedmiotowe zawężenie zakresu zakazu *reformationis in peius*, w szczególności pośredniego, zdecydowanie przyczyniłoby się do realizacji nakazu efektywności i skuteczności procedury służącej do rozstrzygania kwestii odpowiedzialności karnej ujmowanych w kontekście zasady prawdy materialnej oraz zasady trafnej reakcji karnej, nie podważając jednocześnie gwarancji procesowych oskarżonego. Oczywiście powyższe postulaty mogą zostać rozważone, o ile zaakceptowana zostanie wyjściowa teza, że realizacja sprawiedliwości materialnej doznaje w wypadku obecnego zakresu przedmiotowego uregulowań statuujących zakaz *reformationis in peius* nadmiernych ograniczeń w perspektywie racji uzasadniających pierwszeństwo zapewnienia sprawiedliwości proceduralnej.

Katarzyna Banasik

PAŃSTWO PRAWNE A PRZEDŁUŻANIE TERMINÓW PRZEDAWNIENIA KARALNOŚCI

Zainteresowanie polskiego ustawodawcy na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat nie ominęło instytucji przedawnienia w prawie karnym, a w szczególności terminów przedawnienia karalności. Podstawowe terminy przedawnienia karalności, przyjęte w ramach nowego kodeksu karnego 6 czerwca 1997 r., określone są w art. 101 § 1 k.k.[1] Przepis ten został zmieniony ustawą z 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny[2], uchwaloną w kilka lat od nabrania mocy obowiązującej przez Konstytucję RP[3], a zatem w warunkach państwa prawnego[4]. W zakresie problematyki przedawnienia wyodrębniono wówczas występki zagrożone karą pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat i przewidziano dla nich w nowo dodanym punkcie 2a termin przedawnienia 15 lat. Ponadto zlikwidowano odrębność podgrupy występków zagrożonych karą grzywny lub ograniczenia wolności i zaliczono je do występków zagrożonych karą pozbawie-

---

1 Art. 101 § 1 k.k. w aktualnym brzmieniu: „Karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat: 1) 30 – gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa, 2) 20 – gdy czyn stanowi inną zbrodnię, 2a) 15 – gdy czyn stanowi występek zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat, 3) 10 – gdy czyn stanowi występek zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata, 4) 5 – gdy chodzi o pozostałe występki. 5) (uchylono)".

2 Dz.U. Nr 132, poz. 1109. Ustawa weszła w życie 3 sierpnia 2005 r.

3 Konstytucja RP, uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483), weszła w życie 2 października 1997 r.

4 Art. 2 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej".

nia wolności nieprzekraczającą 3 lat. Wydłużeniem okresu przedawnienia karalności poskutkowała też nowelizacja tą samą ustawą art. 102 k.k.[5], wyznaczającego dodatkowe terminy przedawnienia karalności.

Nadmienić należy, że do przedłużenia okresu karalności danego przestępstwa może dojść również w inny sposób niż zmiana terminów przedawnienia karalności (podstawowych i dodatkowych). Mianowicie zmiana wysokości zagrożenia karą przewidzianego w danym typie czynu zabronionego może spowodować, że będzie on „podpadał" pod inny punkt w art. 101 § 1 k.k., a tym samym będzie miał inny termin podstawowy przedawnienia karalności.

Relewantne znaczenie może mieć także wprowadzenie nowej podstawy spoczywania biegu terminu przedawnienia karalności. Taki efekt miało dodanie § 4 do art. 101 k.k.[6], do czego doszło mocą ustawy z 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[7]. Przedmiotowy przepis stanowi, że przedawnienie karalności wymienionych w nim przestępstw o charakterze seksualnym, w przypadku gdy pokrzywdzonym jest małoletni – nie może nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat.

Prima facie przedmiotowe zmiany nie powinny budzić najmniejszych wątpliwości, nie mówiąc nawet o zastrzeżeniach. Wszak do zmian przepisów prawnych dochodzi często, a dotyczą one również uregulowań prawa karnego materialnego. Wydłużenie terminów przedawnienia karalności spotyka się z aprobatą większości społeczeństwa. Wykreowanie dłuższych okresów karalności przestępców seksualnych było motywowane i jest usprawiedliwione potrzebą ochrony dzieci. Również prawnicze „spojrzenie z daleka" na przedmiotowe zmiany nie prowadzi do formułowania krytycznych uwag.

Powszechnie akceptowany jest wszakże pogląd, że przedawnienie nie jest prawem człowieka[8]. Sprawca nie ma prawa oczekiwać, że z ra-

[5] Art. 102 k.k. w aktualnym brzmieniu: „Jeżeli w okresie przewidzianym w art. 101 wszczęto postępowanie przeciwko osobie, karalność popełnionego przez nią przestępstwa określonego w § 1 pkt 1–3 ustaje z upływem 10 lat, a w pozostałych wypadkach – z upływem 5 lat od zakończenia tego okresu".

[6] Art. 101 § 4 k.k.: „Przedawnienie karalności przestępstw określonych w art. 199 § 2 i 3, art. 200, art. 202 § 2 i 4 oraz art. 204 § 3, jak również przestępstw określonych w art. 197, art. 201, art. 202 § 3, art. 203 i art. 204 § 4, w przypadku gdy pokrzywdzonym jest małoletni – nie może nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat".

[7] Dz.U. Nr 214, poz. 1344. Ustawa weszła w życie 18 grudnia 2008 r.

[8] Szerzej na ten temat zob.: K. Banasik, *Zrzeczenie się przedawnienia przez oskarżonego*, „Prokuratura i Prawo" 2012, nr 3, s. 79 i nast.; eadem, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim*, Warszawa 2013, s. 87–90.

cji samego upływu czasu nastąpi zniwelowanie prawnych skutków jego bezprawnego zachowania. Takowego prawa nie można wyprowadzać z przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, będącej źródłem wolności i praw (art. 30 Konstytucji RP[9]). W doktrynie sygnalizuje się przedmiotowe zagadnienie[10], mając na uwadze dwa konstytucyjne przepisy o przedawnieniu umiejscowione w rozdziale II, w podrozdziale zatytułowanym „Wolności i prawa osobiste" (art. 43[11] i art. 44[12]). Wskazuje się przy tym, że umiejscowienie tych przepisów mogłoby sugerować, iż przedawnienie jest prawem podmiotowym, a tym samym – człowiek ma ekspektatywę przedawnienia[13]. Trafnie odrzuca się jednak takie założenie, argumentując przeważnie, że w tym wypadku wykładnia systemowa nie jest rozstrzygająca. Panuje słuszny pogląd, że nie ma osobistego prawa do przedawnienia ani ekspektatywy przedawnienia przysługującej sprawcy przestępstwa, a oba wymienione wyżej artykuły Konstytucji RP zawierają normy wprowadzające rozwiązania minimalne[14].

---

9 Art. 30 Konstytucji RP: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych".

10 Zob. np.: A. Zoll, *Nowa kodyfikacja karna w świetle Konstytucji*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1997, z. 2, s. 105–106; A. Wąsek, *W gąszczu problematyki przedawnienia w prawie karnym*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 474–475; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne aspekty instytucji przedawnienia – zagadnienia wybrane*, [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Ćwiąkalski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 224; A. Sakowicz, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 791–792; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 531 i nast.

11 Art. 43 Konstytucji RP: „Zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości nie podlegają przedawnieniu".

12 Art. 44 Konstytucji RP: „Bieg przedawnienia w stosunku do przestępstw, nie ściganych z przyczyn politycznych, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych lub na ich zlecenie, ulega zawieszeniu do czasu ustania tych przyczyn".

13 Zob. np.: A. Zoll, *Nowa kodyfikacja*..., s. 105; idem, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1107; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 224.

14 Pogląd wyrażony przez A. Zolla (*Nowa kodyfikacja*..., s. 106) i poparty m.in. przez W. Wróbla (*op. cit.*, s. 532) oraz A. Sakowicza (A. Sakowicz, [w:] *Kodeks*..., red. M. Królikowski, R. Zawłocki, s. 792). Polemicznie zob.: A. Wąsek, *op. cit.*, s. 469–470. Tak też judykatura – zob. np.: uchwała SN z 7 czerwca 2002 r., I KZP 15/02, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 49; postanowienie SN z 2 lipca 2002 r., II KK 143/02, Lex, nr 55526; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 marca 2008 r., II Aka 356/07, Lex, nr 447045.

Zgoda panuje również co do tego, że terminy przedawnienia karalności mogą ulec zmianie[15]. Zmiana rozpiętości terminów przedawnienia może polegać, co oczywiste, albo na ich skróceniu, albo na ich wydłużeniu. Do skrócenia jednak, jak wyżej wskazano, na przestrzeni ostatnich lat nie doszło. Zagadnienie dopuszczalności zmiany terminów przedawnienia było przedmiotem szerokiej debaty, która osiągnęła apogeum w związku z wejściem w życie nowego kodeksu karnego 1 września 1998 r., a której „odżycie" zostało wywołane przez wspomnianą wyżej nowelizację czerwcową z 2005 r. Dyskusja koncentrowała się wokół kwestii wydłużania terminów przedawnienia karalności. Dużą rolę w wyjaśnieniu przedmiotowego zagadnienia odegrał Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z 25 maja 2004 r. Trybunał stwierdził, że nastąpienie w przyszłości przedawnienia karalności nie jest dla sprawcy ekspektatywą oraz wywiódł, że ustawodawca może przedłużyć termin przedawnienia, dopóki przedawnienie nie nastąpiło, a warunkiem bezpośredniego stosowania nowych przepisów jest umieszczenie w ustawie wyraźnej reguły kolizyjnej[16]. W literaturze także podkreślono, że ustawy nowelizujące kodeks karny powinny samodzielnie rozstrzygać o kolizji norm w czasie[17]. Taką regułę kolizyjną zawarto w ustawie z 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny[18] w art. 15[19]. Również w ustawie z 3 czerwca 2005 r. ustawodawca umieścił w art. 2 normę odpowiadającą treścią art. 15 ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks karny[20]. W ten sposób wydłużenie biegnących terminów odniosło skutek także wobec tych sprawców, którzy już popełnili przestępstwa, ale jeszcze nie uległy one przedawnieniu. Relewantnej normy kolizyjnej nie zawarto w ustawie nowelizującej z 24 października 2008 r., a tym samym wyłączono jej zastosowanie do czynów zabronionych popełnionych przed jej wejściem w życie.

---

15 Szerzej na ten temat zob. K. Banasik, *Przedawnienie*..., s. 212 i nast.

16 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK 2004, nr 5A, poz. 46.

17 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Cześć ogólna*, Kraków 2010, s. 582.

18 Dz.U. Nr 88, poz. 554. Ustawa weszła w życie 1 września 1998 r.

19 Art. 15 p.w.k.k.: „Do czynów popełnionych przed wejściem w życie Kodeksu karnego stosuje się przepisy tego kodeksu o przedawnieniu i zatarciu skazania, chyba że termin przedawnienia już upłynął".

20 Art. 2 ustawy z 3 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks karny: „Do czynów popełnionych przed wejściem w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy Kodeksu karnego o przedawnieniu w brzmieniu nadanym tą ustawą, chyba że termin przedawnienia już upłynął".

W wyroku z 25 maja 2004 r. Trybunał Konstytucyjny wywiódł[21], że przedawnienie karalności czynów osłabia poczucie nieuchronności odpowiedzialności związanej z naruszaniem prawa, co może oznaczać osłabienie poczucia prawa i zasad demokratycznego państwa prawnego. Polityka karna, w zależności od istoty zagrożeń związanych z konkretnymi przestępstwami, może podlegać modyfikacjom. Obywatel nie może zakładać, że te elementy normy prawnej związanej z karalnością czynów, które nie stanowią prawa konstytucyjnie chronionego, nie ulegną zmianie. „Inne podejście do instytucji przedawnienia prowadziłoby do swoistego premiowania tych przestępców, którzy wytrwale podejmują działania w kierunku uniknięcia odpowiedzialności. Stąd też w odniesieniu do przedawnienia, którego termin nie upłynął przed wydaniem prawomocnego orzeczenia, nie może być podnoszony argument, że jego przedłużenie pogarsza sytuację przestępcy, ponieważ popełniając przestępstwo, nie mógł on przewidzieć, iż termin przedawnienia ulegnie zmianie. Akceptacja takiego rozumowania oznaczałaby tworzenie aksjologicznie nieuzasadnionych i niezrozumiałych z punktu widzenia państwa prawnego normatywnych konstatacji"[22]. Zapatrywanie wyrażone w tym wyroku Trybunał podtrzymał i powtórzył w wyroku z 15 października 2008 r.[23]

Bezsporne jest, że wydłużenie terminów przedawnienia karalności nie dotyczy czynów zabronionych, które na mocy poprzednio obowiązujących przepisów przedawniły się, a które na gruncie nowych przepisów podlegałyby jeszcze karalności[24]. W literaturze trafnie wywiedziono, że sprawca uzyskał na podstawie obowiązującego porządku prawnego gwarancje niekaralności i zastosowanie wobec niego nowej ustawy z wydłużonymi terminami przedawnienia byłoby naruszeniem zasady ochrony zaufania i wynikającego z niej zakazu retroaktywności[25]. Przedmiotem kontrowersji była natomiast kwestia stosowania wydłużonych terminów do przestępstw, które w dniu wejścia w życie nowych przepisów jeszcze się nie przedawniły. Według jednego ze stanowisk,

---

[21] Szerzej na temat stanowiska Trybunału Konstytucyjnego zob. np.: K. Banasik, *Przedawnienie*..., s. 217 i nast.

[22] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK 2004, nr 5A, poz. 46.

[23] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 października 2008 r., P 32/06, OTK 2008, nr 8A, poz. 138.

[24] Szerzej na ten temat zob. K. Banasik, *Przedawnienie*..., s. 224–225.

[25] W. Wróbel, *op. cit.*, s. 538.

zmiana biegnących terminów przedawnienia nie jest dopuszczalna[26]. Zaakcentowano m.in., że przepisy konstytucyjne gwarantują obywatelowi informacje o tym, jak długo jego czyn jest karalny i gdyby można było okresy przedawnienia dowolnie wydłużać, to okres przedawnienia stałby się nieprzewidywalny[27].

Większość przedstawicieli nauki prawa karnego zajęła stanowisko przeciwne. Podniesiono m.in., że retroaktywnie działające wydłużenie okresów przedawnienia podlega ocenie w perspektywie zasady państwa prawnego, jednak nie jest związane z naruszeniem praw nabytych ani ochroną zaufania w zakresie uregulowań określających karalność czynu zabronionego, dlatego nie są one objęte zakresem zastosowania gwarancyjnej zasady *lex severior retro non agit*[28]. Ustawodawca przedłużając terminy przedawnienia nie dokonuje przewartościowania naganności czynów, lecz weryfikuje swą ocenę co do dalszej potrzeby ich karania. Decyzja ustawodawcy określająca okresy przedawnienia ma w zakresie tej oceny charakter prognostyczny i można ją zmienić ze względu na zachodzące zmiany społeczne[29]. Ustawodawca jest zobowiązany reagować na zmieniające się okoliczności faktyczne i jeśli w związku z tym karanie sprawców okazuje się w dalszym ciągu konieczne, to nie można z niego zrezygnować[30].

Czy jednak państwu wolno dowolnie wydłużać terminy przedawnienia karalności (jeszcze nie przedawnionych) przestępstw? Czy w państwie prawnym nie ma w tym względzie żadnego limitu?

Wydaje się, że zaprezentowane wyżej stanowisko Trybunału Konstytucyjnego i większości przedstawicieli doktryny prawa karnego, dopuszczające przedłużanie terminów przedawnienia karalności przestępstw w trakcie ich biegu, było uzasadnione i usprawiedliwione w okresie transformacji politycznej. Konieczne było wówczas wprowadzenie ładu politycznego i społecznego. Uporządkowanie stosunków i zaszłości społecznych wymagało ingerencji również prawa karnego. Uzasadnia-

[26] A. Rybak, *Komu tyka zegar. O (nie)sprawiedliwości przedawnienia karalności przestępstw*, „Rzeczpospolita" (dodatek „Prawo co dnia"), 15 października 2001 r., nr 241; idem, *Niektóre problemy międzyczasowego prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2001, nr 12, s. 27.

[27] R. Grupiński, *Zmiana przepisów o przedawnieniu karalności w świetle zasady „lex retro non agit"*, [w:] *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, red. A.J. Szwarc, Poznań 1999, s. 127.

[28] W. Wróbel, *op. cit.*, s. 538.

[29] *Ibidem,* s. 536. Podobnie R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne…*, s. 218–219.

[30] W. Wróbel, *op. cit.*, s. 536.

ło to stosowanie nowych terminów przedawnienia karalności także do przestępstw pospolitych. Przede wszystkim zaś sprawiedliwość dziejowa wymagała przeprowadzenia rozrachunku, również o charakterze prawnokarnym, z totalitarną przeszłością[31]. W rozważanym kontekście okres przechodzenia do nowego ustroju politycznego można by rozciągnąć na lata opracowywania nowego kodeksu karnego (uchwalonego 6 czerwca 1997 r.), uznając, że przygotowanie całej kodyfikacji karnej było ogromnym przedsięwzięciem, którego nie można było zrealizować od razu w pierwszych latach nowej Rzeczypospolitej. Usprawiedliwiałoby to wprowadzenie unormowania zawartego w art. 15 ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks karny. Wydaje się, że inaczej należy ocenić posunięcie ustawodawcy w czerwcu 2005 r. Dokonany wówczas zabieg legislacyjny nie może być usprawiedliwiony przemianami polityczno-społecznymi czy kreowaniem prawa karnego odpowiadającego założeniom demokratycznego państwa prawnego. Obecnie obowiązujący kodeks karny uchwalono już w warunkach nowego ustroju politycznego i – co należy podkreślić – w znanych legislatorowi realiach społeczno-gospodarczych. Można wyrazić przekonanie, że przyjęte wówczas terminy przedawnienia karalności były odpowiedniej długości. Tym samym krytycznie należy ocenić ich wydłużenie w 2005 r. Trzeba przy tym zaznaczyć, że całokształt rozwiązań kodeksowych (terminy podstawowe i terminy dodatkowe przedawnienia karalności oraz instytucja spoczywania biegu terminu przedawnienia) skutkował odpowiednio długim okresem karalności danego przestępstwa (uzależnionym oczywiście od jego wagi), wystarczającym na doprowadzenie do prawomocnego wyroku skazującego. Tym bardziej krytycznie należy ocenić przedmiotową ustawę nowelizującą, że motywowana ona była chęcią zapobieżenia przedawnieniu karalności w jednej, konkretnej sprawie[32]. Szerszego

[31] Na temat rozrachunku z totalitarną przeszłością zob.: E. Weigend, A. Zoll, [w:] *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, hrsg. A. Eser, J. Arnold, Band S 82.5 (Polen, Ungarn), Freiburg im Breisgau 2002, s. 37 i nast.; A. Zoll, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Polen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1995 (Band 107), s. 134 i nast.; B. Nizieński, *Prawne aspekty ścigania zbrodni stalinowskich a instytucja przedawnienia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 1994, nr 3–4, s. 5–13; L. Gardocki, *Glosa I do postanowienia TK z 25 IX 1991, S. 6/91*, „Państwo i Prawo" 1992, z. 2, s. 104–108; W. Wróbel, P. Tuleja, *Glosa II do postanowienia TK z 25 IX 1991, S. 6/91*, „Państwo i Prawo" 1992, z. 2, s. 108–112; K. Banasik, *Przedawnienie*..., s. 464–472.

[32] Chodziło o tzw. proces FOZZ – Fundusz Obsługi Zadłużenia Zagranicznego. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny*..., red. A. Zoll, s. 1095; A. Sakowicz, [w:] *Kodeks*..., red. M. Królikowski, R. Zawłocki, s. 798.

wyjaśnienia nie wymaga stwierdzenie, że norma prawna zawarta w kodeksie karnym nie może służyć takiemu celowi. Kodeks karny jest aktem prawnym generalnym, a nie decyzją administracyjną.

Powyższe wnioski nie stanowią generalnej negacji tezy, że przedawnienie karalności nie jest prawem oskarżonego ani, że ustawodawca ma prawo zmienić terminy przedawnienia karalności poszczególnych przestępstw, dostrzegając *in abstracto* taką konieczność. Instytucja przedawnienia jest elementem polityki karnej państwa i jako taki komponent kształtowania stosunków społecznych, może ulec zmianie z uwagi na przemiany polityczno-społeczno-gospodarcze. Prawo ma być stabilne i przewidywalne, a nie oznacza to niezmienności prawa. Sprawca czynu zabronionego nie może zasadnie stawiać państwu zarzutu, że popełniony przez niego czyn zabroniony został przez ustawodawcę wyłączony spod działania instytucji przedawnienia, ani że kodeksowe terminy przedawnienia karalności są zbyt długie.

Prawodawca nie jest jednakże uprawniony do całkowicie swobodnego kształtowania instytucji przedawnienia karalności (oraz przedawnienia wykonalności orzeczonych środków reakcji karnej). Jako prawodawca narodowy ograniczony jest w tej mierze przez rozstrzygnięcia prawodawcy ponadnarodowego. Chodzi tu o przestrzeganie zobowiązań międzynarodowych, spośród których w przedmiocie karnoprawnego przedawnienia największe znaczenie mają postanowienia statutu rzymskiego (statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego). Ponadto z „wewnętrznego" punktu widzenia prawodawca, będąc generalnie uprawnionym do zmiany przepisów o przedawnieniu, również nie ma całkowitej swobody w tym zakresie. W szczególności ustawodawcy nie wolno zupełnie dowolnie wydłużać terminów przedawnienia karalności. Nie powinien on tego czynić w stosunku do biegnących terminów, to jest ze skutkiem wstecznym, poprzez umieszczenie normy kolizyjnej w ustawie przedłużającej terminy przedawnienia. Państwo wymaga od jednostki przestrzegania nałożonych nakazów i zakazów, wobec czego również samo powinno przestrzegać ustanowionych przez siebie uregulowań prawnych, dotyczących zdarzeń mających miejsce w okresie ich obowiązywania. Z zasady państwa prawnego wprawdzie nie wynika wprost zakaz modyfikowania terminów przedawnienia karalności na niekorzyść sprawcy, ale można z niej wyprowadzić ideę, do której prawodawca działający w państwie prawnym powinien dążyć. Wszelkim działaniom prawodawcy ingerującego w karnoprawną instytucję przedawnienia powinna myśl o przestrzeganiu i urzeczywistnianiu zasady państwa prawnego. Ustawodawca ma prawo zmieniać terminy

przedawnienia karalności, ale musi robić to w sposób racjonalny. Za taką racjonalną zmianę można uznać dokonane w 2008 r. wydłużenie okresów przedawnienia karalności przestępstw seksualnych popełnionych na szkodę małoletnich. Nastąpiło to wprawdzie nie poprzez wydłużenie podstawowego terminu przedawnienia karalności, ale utworzenie nowej podstawy spoczywania biegu terminu, jednakże poskutkowało dłuższym okresem karalności. Przedmiotowa zmiana normatywna nie odniosła skutku wobec przestępstw popełnionych przed jej wejściem w życie.

Konstatując, we współczesnej sytuacji społeczno-politycznej nie ma uzasadnienia dla wydłużania terminów przedawnienia karalności z mocą wsteczną. Gdyby działający w państwie prawnym ustawodawca zdecydował się w przyszłości dokonać przedłużenia okresów karalności przestępstw, to nowe, wydłużone terminy przedawnienia karalności powinny mieć charakter prospektywny.

Adam Strzelec

ZGODNOŚĆ Z KONSTYTUCJĄ ŚRODKA ZABEZPIECZAJĄCEGO W POSTACI POSTĘPOWANIA ZE SPRAWCAMI PRZESTĘPSTW SEKSUALNYCH POPEŁNIONYCH W ZWIĄZKU Z ZABURZONYMI PREFERENCJAMI SEKSUALNYMI (ART. 95A K.K.)

Postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych pozostaje ciągle aktualnym problemem społecznym i prawnym. W dyskusji publicznej pojawia się wiele pomysłów jego rozwiązania, ale w praktyce bardzo trudno jest wypracować kompromis pomiędzy silnym naciskiem opinii publicznej, postulującej surowe traktowanie takich sprawców, a problemem przestrzegania standardów demokratycznego państwa prawa. Należy bowiem pamiętać, że każda próba uregulowania tego zagadnienia jest zarazem daleko posuniętą ingerencją w sferę praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP oraz regulacje o charakterze ponadpaństwowym. Ustawa z 5 listopada 2009 r.[1] znowelizowała art. 95a k.k. wprowadzając do Kodeksu karnego nieznany dotychczas polskiemu prawu środek zabezpieczający skierowany przeciwko sprawcom przestępstw o charakterze seksualnym popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych (art. 95a k.k.), określany populistycznie

[1] Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589).

mianem „chemicznej kastracji”[2]. Regulacja ta, zgodnie z zapowiedziami jej twórców, miała uderzać przede wszystkim w pedofilów[3] i to właśnie wobec nich, jako głównych sprawców przestępstw o charakterze seksualnym, skoncentrowana była dyskusja opinii publicznej. Od 1990 r. do 2006 r. liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia (art. 197 § 1–4 k.k.) utrzymuje się na poziomie średnio 1900 rocznie (najwięcej przestępstw stwierdzono w latach 2000–2003: ponad 2300 rocznie – w 2000 r. było 2399 przestępstw)[4]. Od 2007 r. notuje się spadek liczby przestępstw stwierdzonych z art. 197 k.k. (w 2007 r. – 1827, 2008 r. – 1611, 2009 r. – 1530, 2010 r. – 1567, 2011 r. – 1498, 2012 r. – 1432)[5]. Nie znajduje więc odzwierciedlenia ani w statystyce[6] ani w doktrynie[7]

---

[2] Termin „chemiczna kastracja” używany jest potocznie w debacie publicznej i mediach(zob.np.:www.wiadomosci.onet.pl/kraj/tusk-chce-kastracji-dla-pedofilow-musimy-karac-zwyrodnialcow/t6tev [dostęp 25.10.2013]; www.polska.newsweek.pl/wielka-fikcja--czyli-chemiczna-kastracja-pedofilow,105137,1,1.html [dostęp 25.10.2013]). Należy zaznaczyć, że zwrot ten jest używany jedynie umownie, gdyż przyjęte w języku polskim znaczenie słowa „kastracja” oznacza usunięcie gruczołów płciowych, czego nie da się osiągnąć przez terapię farmakologiczną (szerzej na ten temat: K. Dudka, *Propozycje kastracji chemicznej sprawców niektórych przestępstw seksualnych a prawo do życia prywatnego i rodzinnego*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2008, s. 215 i nast.).

[3] Zob.: www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/premier-chce-przymusowej-kastracji-pedofilow,70152.html [dostęp 18.10.2013]; www.wiadomosci.onet.pl/kraj/tusk-chce-kastracji-dla-pedofilow-musimy-karac-zwyrodnialcow/t6tev [dostęp: 25.10.2013].

[4] A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 4*, Warszawa 2009, s. 27.

[5] Zob.: *Rocznik Statystyczny RP 2012*, dostępny na stronie: www.isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/roczniki-statystyczne [dostęp 29.10.2013]; Dane z Policyjnego Systemu Statystyki Przestępczości „Temida”, według wybranych art. kodeksu karnego za lata 2003–2009, dostępne na stronie: www.bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010/download,731,19.html [dostęp 29.10.2013]; Postępowania wszczęte, przestępstwa stwierdzone i wykrywalność w latach 1999–2012, dostępne na stronie: www.statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2012.html [dostęp 08.11.2013].

[6] Uzasadnienie do projektu Ustawy z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, s. 2, www.orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/594CC70AEF186754C12574F8003C8677/$file/1276.pdf [dostęp 29.10.2013].

[7] J. Warylewski, *Nowelizacje Kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym*, [w:] *Problem spójności prawa karnego z per-*

wskazane w uzasadnieniu do projektu ustawy stwierdzenie, że zjawisko przestępczości seksualnej w ostatnich latach jest na tyle duże, iż wymaga podjęcia zdecydowanych działań. Wręcz przeciwnie, skala tego zjawiska maleje. Dla porównania: pomimo wzrostu liczby wykrytych przestępstw z art. 178a § 2 k.k. (prowadzenie pojazdów niemechanicznych w stanie nietrzeźwości), ustawodawca zdecydował się na kontrawencjonalizację tego zachowania i od 9 listopada 2013 r. jest to już tylko czyn zabroniony jako wykroczenie (art. 87 §1a Kodeksu wykroczeń). Z danych statystycznych wynika jednoznacznie, że od 2001 r. do 2007 r. liczba sprawców skazanych z art. 178a § 2 k.k. wzrosła dwukrotnie (w 2001 r. 35236 skazań, w 2007 r. 69077)[8]. Skoro więc, jak twierdzili pomysłodawcy nowelizacji art. 95a k.k. z 2009 r., problem skali przestępczości seksualnej jest na tyle ważny, że wymaga zdecydowanych działań, to tym bardziej brak jest zrozumienia dla przyjętego sposobu jego rozwiązania. Wprowadzona w 2009 r. do kodeksu karnego regulacja zawarta w art. 95a k.k. ma w praktyce zastosowanie jedynie do sprawców przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych[9].

Zgodnie z danymi Centralnego Zarządu Służby Więziennej za rok 2011, spośród 3358 osadzonych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jedynie 173 osadzonych miało zdiagnozowane zaburzenia preferencji seksualnych[10]. Wynika z tego, że tylko wobec nieco ponad 5% osadzonych sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej można zastosować środek zabezpieczający określony w art. 95a k.k. Taki stan można uzasadniać twierdzeniem, że ten środek zabezpieczający ma być adresowany jedynie do najbardziej niebezpiecznych sprawców przestępstw seksualnych. Decyzję o tym, że czyn zabroniony popełniony został w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych podejmuje, zgodnie z art. 93 k.k., sąd po wysłuchaniu leka-

spektywy jego nowelizacji, red. A. Marek, T. Oczkowski, Warszawa 2011, s. 139 i nast.

[8] Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości zawarte w uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk sejmowy nr 378), www.orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/E737B26FC8784129C12579F9003263A4/%24File/378.pdf [dostęp 29.10.2013].

[9] Zaburzenia preferencji seksualnych to pojęcie medyczne, sklasyfikowane między innymi w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10, pod kodem F65 (zob. szerzej: s. Pużyński, J. Wciórka, *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Kraków–Warszawa 2000, s. 133 i nast.).

[10] Roczna informacja statystyczna Centralnego Zarządu Służby Więziennej za rok 2011, www.sw.gov.pl/Data/Files/001142rdeb/rok-2011.pdf [dostęp 18.10.2013].

rzy psychiatrów, psychologa oraz lekarza seksuologa, a więc orzeczenie tego środka zabezpieczającego bez uprzedniego wysłuchania biegłych jest, zgodnie z tym przepisem niedopuszczalne. Największe kontrowersje budzi obligatoryjne leczenie sprawców określonych przestępstw o charakterze seksualnym popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Takie rozwiązanie budzi wątpliwości co do jego zgodności z porządkiem prawnym[11]. Problem obligatoryjnego stosowania środka zabezpieczającego, który jest przedmiotem rozważań w niniejszej pracy, będzie rozważany z punktu widzenia jego zgodności z Konstytucją Rzeczpospolitej Polskiej[12]. Dla zobrazowania wskazanego w tytule opracowania problemu zasadne wydaje się ogólne zarysowanie konstrukcji postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych w polskiej ustawie karnej.

Ustawodawca w obowiązującym kodeksie karnym przewidział, że orzekanie omawianego środka ma charakter fakultatywny (art. 95a §1 k.k.) lub obligatoryjny (art. 95a §1a k.k.). Stosowanie środka określonego w art. 95a § 1 k.k., uzależnione jest od wystąpienia określonych w tym przepisie następujących przesłanek:

- sprawca został skazany za przestępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zwieszenia jej wykonania,
- sprawca dopuścił się przestępstwa przeciwko wolności seksualnej popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych,
- umieszczenie sprawcy w zamkniętym zakładzie albo skierowanie na leczenie ambulatoryjne odbywa się po odbyciu kary pozbawienia wolności,

---

[11] Na ten temat zob. m.in.: A. Strzelec, *Przymusowe leczenie sprawców czynów zabronionych popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych*, [w:] *Konteksty prawa i praw człowieka*, red. Z. Dymińska, Kraków 2012, s. 66 i nast.; J. Długosz, *Komentarz do art. 95a k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011, s. 856.

[12] W niniejszej pracy pominięto aspekt zgodności art. 95a k.k. z regulacjami prawa międzynarodowego. Na ten temat zob.: E. Weigend, J. Długosz, *Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a k.k. w świetle standardów europejskich. Rozważania na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.12.2009 r. w sprawie M. v. Niemcy*, „e-Czasopismo Prawo Karnego i Nauk Penalnych" 2010, nr 4, s. 53 i nast., www.czpk.pl/2010/11/26/387 [dostęp 06.07.2011]; P. Góralski, *Izolacyjne środki zabezpieczające stosowane wobec sprawców przestępstw seksualnych a prawa człowieka*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 331 i nast.; K. Dudka, *op. cit.*, s. 217 i nast.

– celem stosowania środka jest przeprowadzenie terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa, w tym w szczególności przez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego sprawcy,
– przeprowadzenie terapii farmakologicznej jest niedopuszczalne, jeżeli spowodować ona może niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego.

Dopuszczalność stosowania wszelkich przewidzianych w kodeksie karnym środków zabezpieczających określona została we wspomnianym już art. 93 k.k.. Zgodnie z tym przepisem, sąd może orzec środki zabezpieczające tylko wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, zaburzeniami preferencji seksualnych, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego. Przed orzeczeniem środka sąd ma obowiązek wysłuchać lekarzy psychiatrów oraz psychologa, a w sprawach osób z zaburzonymi preferencjami seksualnymi także lekarza seksuologa. Przepis ten traktowany jest jako wyrażający ogólne przesłanki stosowania środków zabezpieczających, a określone tu przesłanki – mające charakter zasad (zasada niezbędności, proporcjonalności, wysłuchania biegłych[13]) muszą być uwzględniane przy stosowaniu konkretnych środków zabezpieczających przewidzianych w rozdz. X k.k., a więc także środka określonego w art. 95a k.k.[14].

Poza fakultatywnym charakterem omawianego środka ustawodawca przewidział w art. 95a § 1a k.k. także obligatoryjność jego stosowania. Sąd orzeka ten środek w stosunku do sprawcy, o którym mowa w art. 95a § 1 k.k. (sprawcy wobec którego orzekanie tego środka pozostawione jest do decyzji sądu) jeżeli spełniona zostanie dodatkowa przesłanka o charakterze przedmiotowym – a mianowicie sprawca ten skazany zostanie za przestępstwo:
– określone w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. – zgwałcenie małoletniego poniżej 15 roku życia (zwane dalej zgwałceniem małoletniego),

---

[13] J. Gierowski, L. Paprzycki, *Środki zabezpieczające: umieszczenia w zamkniętym odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, w zakładzie karnym, zakładzie zamkniętym przeznaczonym dla sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych albo skierowania takich sprawców na leczenie ambulatoryjne*, [w:] *System prawa karnego. Środki zabezpieczające*, t. 7, red. L. Paprzycki, Warszawa 2012, s. 140 i nast.

[14] Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do rozdz. X. Środki zabezpieczające*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa, 2012, s. 1192.

– określone w art. 197 § 3 pkt 3 k.k. – zgwałcenie wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (zwane dalej zgwałceniem kazirodczym).

W art. 95a § 1 k.k. wprowadzono zasadę, zgodnie z którą popełnienie czynu zabronionego musi pozostawać w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy i dopiero wtedy, gdy spełniony jest ten warunek, sąd może rozważać stosowanie psychoterapii lub terapii farmakologicznej. W art. 95a § 1a k.k. zasada ta została przez ustawodawcę pominięta – stosowanie terapii farmakologicznej lub psychoterapii uwarunkowane jest wyłącznie popełnieniem przestępstwa z art. 197 § 2 lub § 3 k.k., niezależnie od tego, czy przestępstwa te zostały popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Skoro więc ustawodawca przesądził, że wszyscy sprawcy przestępstw zgwałcenia małoletniego lub zgwałcenia kazirodczego dopuszczają się ich w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, należy wywieść wniosek, że środek ten stosowany jest z faktycznym pominięciem ogólnej normy gwarancyjnej wyrażonej w art. 93 k.k. – sąd bowiem nie decyduje tu o niezbędności stosowania tego środka, gdyż konieczność jego stosowania wynika wprost z art. 95a § 1a k.k.

Jak zauważył Z. Ćwiąkalski, art. 93 k.k. określa minimalne warunki dopuszczalności umieszczania w zakładzie zamkniętym, co związane jest z „koniecznym dla obywateli i państwa naruszeniem konstytucyjnego prawa do wolności jednostki. Poświęcenie prawa do wolności jednostki ma tu uzasadnienie w potrzebie ochrony innych dóbr o większej wartości. Następuje tym samym nawiązanie do art. 1 k.k., gdzie słowo «tylko» wskazuje na bezwzględne ograniczenie dopuszczalności odpowiedzialności karnej. [...] Podobnie w art. 93 k.k. określenie «tylko» wskazuje na przesłanki o charakterze gwarancyjnym, których spełnienie jest z kolei bezwzględnym warunkiem zezwalającym na umieszczenie osoby fizycznej, która dopuściła się czynu zabronionego w zakładzie zamkniętym, co jest równoznaczne z faktycznym pozbawieniem jej wolności”[15]. W takim stanie rzeczy, faktyczne wyłącznie zastosowania przesłanek o charakterze gwarancyjnym z art. 93 k.k., z powodu sytuacji określonej w art. 95a § 1a k.k. (umieszczenie sprawcy w zakładzie zamkniętym) może prowadzić do naruszenia prawa do wolności zagwarantowanego w art. 41 ust. 1 oraz 31 ust. 1 Konstytucji RP (problem omówiony szerzej poniżej).

[15] *Ibidem,* s. 1193; A. Kwieciński, *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonywania*, Wrocław 2009, s. 67.

Zgodnie ze współczesnymi standardami czynności lecznicze, a stosowanie środków farmakologicznych (jako forma terapii polegająca na podawaniu leków) należy za takie uznać[16], muszą być poprzedzone zgodą podmiotu, wobec którego środki te mają mieć zastosowanie[17].

Dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta jest czynem zabronionym w art. 192 k.k. Trzeba zauważyć w tym miejscu, że polskie prawo zna przypadki tzw. leczenia przymusowego (leczenia przy braku zgody lub wbrew woli pacjenta – np. ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, Kodeks karny wykonawczy, ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi)[18], ale wprowadzenie do polskiej ustawy obligatoryjnego i przymusowego charakteru stosowania tzw. chemicznej kastracji jest zapewne precedensem także w skali europejskiej. Podobne rozwiązanie prawne możemy znaleźć jedynie w niektórych częściach Stanów Zjednoczonych (np. w stanie Teksas, Georgia, Luizjana, Kalifornia)[19]. W krajach europejskich istnieją przepisy regulujące postępowanie ze sprawcami przestępstw seksualnych, ale w każdym przypadku stosowanie środków farmakologicznych uwarunkowane jest wyrażeniem zgody przez sprawcę (np. Wielka Brytania, Szwecja, Czechy, Belgia)[20].

Konstytucja RP w art. 31 wyraża prawną ochronę wolności człowieka oraz wskazuje na możliwość ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, które mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy gdy są konieczne w demokratycznym państwie prawa dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, z tym zastrzeżeniem, że ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności lub praw. W art. 41 Konstytucji RP zagwarantowana zo-

---

16 Zob. m.in.: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 87 i nast.; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 30 i nast.; Art. 15 Kodeksu Etyki Lekarskiej (tekst jednolity z 2 stycznia 2004 r. zawierający zmiany uchwalone przez nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy 20 września 2003 r.).

17 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 151.

18 T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 100 i nast.; M. Filar, *op. cit.*, s. 284 i nast.

19 A. Sakowicz, *Opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 9 stycznia 2009 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji* (druk nr 1276), s. 9, www.orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/FA5C90F86EA3D8 7CC12 57501003C437E/$file/i3235-08.rtf [dostęp 17.10.2013].

20 *Ibidem*.

stała wolność osobista i nietykalność osobista. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że art. 31 ust. 1 Konstytucji RP jest dopełnieniem przepisów określających poszczególne wolności konstytucyjne[21]. Powszechnie przyjmuje się, że zasada wolności wyrażona w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP ma charakter subsydiarny w stosunku do art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, który to przepis reguluje szczególny rodzaj wolności, jakim jest wolność osobista[22]. Przez wolność osobistą, o której mowa w art. 41 Konstytucji RP rozumie się „możliwość swobodnego określenia przez jednostkę swego zachowania i postępowania, tak w życiu publicznym, jak i prywatnym, nieograniczoną przez jakiekolwiek inne czynniki ludzkie"[23]. Pozbawienie lub ograniczenie wolności możliwe jest tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawach – wolność osobista nie ma więc charakteru absolutnego.

W doktrynie oraz orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że w zakresie wyłączenia lub ograniczenia wolności osobistej znajduje zastosowanie norma ogólna zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zawarta w tym przepisie przesłanka „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie", stanowi odpowiednik wypowiadanych w orzecznictwie TK postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności, która formułowana jest w postaci odpowiedzi na trzy pytania. Po pierwsze: czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, po drugie: czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po trzecie: czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela[24]. Zasada proporcjonalności zobowiązuje ustawodawcę do „stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania ingerencji, w danym stanie faktycznym, w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś strony winna ona być rozumiana, jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne,

[21] Zob. m.in.: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 grudnia 1999r. sygn. Akt K 4/99 (OTK ZU 1999, Nr 7, poz. 175).

[22] L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 7; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2007 r., sygn. akt SK 50/06 (Dz.U. 2007 Nr 128 poz. 903).

[23] P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2.

[24] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94 (OTK 1995, Nr 1, poz. 12).

w tym sensie, że chronić one będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie"[25]. Ponadto Trybunał Konstytucyjny wyraźnie stwierdza także, że ograniczenie wolności osobistej wymaga nie tylko spełnienia wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, ale wymaga także respektowania nietykalności osobistej, tak więc przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji RP „dodaje" do ustawowych przesłanek dopuszczających ograniczenie wolności osobistej, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jeszcze jeden wymóg: pełne poszanowanie nietykalności osobistej[26]. Nietykalność osobistą rozumie się z kolei jako „zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swojej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiejkolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność"[27]. P. Winczorek przez pojęcie nietykalności osobistej rozumie „nienaruszalność integralności cielesnej i duchowej człowieka, która doznać może uszczerbku przez bicie, ranienie, torturowanie fizyczne lub dręczenie psychiczne"[28]. Zasadnicza różnica pomiędzy wolnością osobistą a nietykalnością osobistą przejawia się w tym, że nietykalność osobista ma charakter absolutny i nie może zostać ograniczona nawet poprzez ustawę[29].

Jak zauważał wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, szczególna wartość, jaką jest nietykalność osobista człowieka (jako istoty ludzkiej), wiąże się dlatego w sposób szczególnie silny z godnością człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji RP, że jest „przyrodzona", „niezbywalna" oraz że stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela[30]. Wprowadzone przez I. Berlina w 1958 r. dwie koncepcje wolności – wol-

[25] A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 13.

[26] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07; zob. także: L. Garlicki, *op. cit.*, s. 16.

[27] P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 2.

[28] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 101 i nast.

[29] *Ibidem*, s. 102; P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 2; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07 (OTK ZU Nr 3/A/2010, poz. 20).

[30] Zob. m.in.: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07 (OTK ZU Nr 3/A/2010, poz. 20); Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2007 r. sygn. akt SK 50/06 (Dz.U. 2007 Nr 128 poz. 903).

ność w znaczeniu pozytywnym i wolność w znaczeniu negatywnym[31], znajdują potwierdzenie także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego[32]. Zgodnie z tą koncepcją, nietykalność osobista stanowi jej aspekt negatywny, gwarantujący „wolność od" wkraczania w sferę integralności wewnętrznej i zewnętrznej każdego człowieka, natomiast pojęcie wolności osobistej pokrywa się z jej aspektem pozytywnym, chroniącym najszerzej ujmowaną możliwość realizacji woli i zachowań człowieka[33]. Trudno nie zauważyć, że ustawodawca w szczególności w § 1a art. 95a k.k., obok ograniczenia wolności osobistej wprowadził także wyraźne ograniczenie nietykalności osobistej, przejawiające się w ingerowaniu w tożsamość i integralność psychiczną sprawcy. Podawanie leków mających obniżyć zaburzony popęd seksualny wbrew woli sprawcy jest ingerencją w nietykalność osobistą. Jak wskazuje się w doktrynie[34], terapia farmakologiczna polega na podawaniu leków przede wszystkim w postaci antyandrogenów (najczęściej octan cyproteronu – CPA, octan medroxyprogesteronu – MPA, agoniści LHRH). Przyjmowanie tych leków prowadzi wprawdzie do szybkiego obniżenia popędu seksualnego, ale poza tym skutkuje wieloma efektami ubocznymi, takimi jak np. ginekomastia, redukcja owłosienia, zmiana tembru głosu, obniżenie nastroju, napady gorąca, zwiotczenie skóry[35]. Z punktu widzenia gwarantowanej konstytucyjnie nietykalności osobistej, stosowanie przymusowej farmakoterapii jest ingerencją władzy w przysługującą każdemu obywatelowi ochronę jego integralności i tożsamości. Zarówno obniżanie popędu seksualnego, jak i wskazane powyżej skutki uboczne przyjmowania leków, skutkują bezpośrednią ingerencją w integralność wewnętrzną jednostki. Przyjęta w art. 95a k.k. metoda zaliczana jest do tzw. metod deprywacji androgenowej (ADT), którą określa się jako czasowe, znaczne ograniczenie produkcji androgenów w organizmie poddanego zabiegowi sprawcy[36]. Metoda ta ma jednak wiele negatywnych aspektów.

---

31 A. Swift, *Wprowadzenie do filozofii politycznej*, tłum. A. Krzynówek, Kraków 2010, s. 58.

32 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02 (Dz.U. 2004 Nr 34 poz. 304).

33 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07 (OTK ZU Nr 3/A/2010, poz. 20).

34 J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 30; J. Warylewski, *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego" 2007, nr 54, s. 40.

35 J. Gierowski, L. Paprzycki, *Niepoczytalność*..., s. 30.

36 *Ibidem*.

Skuteczność terapii uzależniona jest od czasu, przez który jest stosowana oraz od rodzaju podawanego leku i jego dawki. Gdy spojrzymy więc na tę metodę z perspektywy długoterminowej, to możemy za J. Gierowskim i L. Paprzyckim[37], wyciągnąć następujące wnioski: brak jest wiarygodnych danych potwierdzających skuteczność tej metody po odstawieniu przyjmowanych leków; metoda ma charakter czasowy (zależy od rodzaju i dawki leku oraz okresu jego przyjmowania); problemem jest kontrola przyjmowania dawek leków przez sprawcę po zakończeniu leczenia w ośrodku zamkniętym; leczenie powoduje liczne efekty uboczne, metoda może nie być jednakowo skuteczna dla wszystkich sprawców (organizm sprawcy może przystosować się do przyjmowanego leku). Podsumowując: wprowadzona przez ustawodawcę metoda przymusowego i obligatoryjnego stosowania środków farmakologicznych może w praktyce okazać się długoterminowym, a w skrajnych przypadkach nawet dożywotnim odizolowaniem sprawcy w zakładzie zamkniętym po odbyciu zasądzonej wyrokiem sądu kary pozbawienia wolności. Skoro podawanie leków mających obniżyć libido będzie w praktyce skutkować jedynie „stłumieniem" zaburzonego popędu seksualnego w okresie ich przyjmowania, to można wywnioskować, że sprawca taki zgodnie z art. 95a § 3 k.k. w zw. z art. 94 § 2 k.k., zostanie zwolniony z zakładu zamkniętego (środek zostanie uznany za wykonany) lub sąd na podstawie art. 95a § 2a k.k. zarządzi zmianę sposobu wykonywania środka na leczenie ambulatoryjne. W obu przypadkach istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że po zaprzestaniu przyjmowania leków popęd seksualny sprawcy powróci do poziomu „zaburzonego". W tych sytuacjach, odpowiednio na podstawie art. 95a § 3 w zw. z art. 94 § 3 k.k., lub art. 95a § 2b k.k. (jeśli sprawca uchyla się od leczenia ambulatoryjnego), sąd może zarządzić ponowne jego umieszczenie w zakładzie zamkniętym. W praktyce ustawodawca wprowadził środek nakazujący stosowanie przymusowego leczenia, które może odbywać się w zakładzie zamkniętym przez nieokreślony z góry czas (nawet dożywotnio). Sprawcy, którzy po zakończeniu terapii i opuszczeniu zakładu zamkniętego przestaną przyjmować leki, „skazują się" na ponowne umieszczenie ich w zakładzie zamkniętym, które jest w praktyce formą pozbawienia wolności.

Skuteczność przyjętego w art. 95a § 1a k.k. systemu, którego celem miało być zapobieżenie ponownemu popełnianiu przestępstw przeciwko wolności seksualnej poprzez poddanie sprawcy terapii farmakologicznej lub psychologicznej, może okazać się w praktyce znikoma. Zgodnie

[37] *Ibidem*.

z art. 95a k.k. o wyborze metody postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych decyduje sąd, który rozstrzygnie, czy sprawca będzie poddany farmakoterapii czy psychoterapii. Taki stan jest sprzeczny z zasadami etyki lekarskiej, a w szczególności z art. 6 Kodeksu Etyki Lekarskiej[38], który stanowi, że lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za skuteczne. Wybór metody leczenia (psychoterapia lub farmakoterapia) powinien pozostawać więc w gestii lekarza.

Wątpliwości budzi relacja art. 95a § 1a k.k. do art. 95a § 1 k.k. W przypadku, gdy stosowanie środka ma charakter fakultatywny, zastrzeżono w ustawie w sposób wyraźny, że terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia skazanego (art. 95a § 1 k.k. *in fine*). *A contrario* sąd może więc orzec w takiej sytuacji jedynie przeprowadzenie psychoterapii. Ta negatywna przesłanka nie została powtórzona wprost w art. 95a § 1a k.k. Powstaje więc pytanie, czy art. 95a § 1 k.k. ma charakter przepisu ogólnego, który będzie miał zastosowanie do sytuacji opisanej w art. 95a § 1a k.k.? Art. 95a § 1a k.k. stanowi, że „sąd orzeka umieszczenie sprawcy, o którym mowa w art. 95a § 1 k.k., skazanego za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne". Wyraźnie wynika stąd, że przepis ten odnosi się do art. 95a § 1 k.k. tylko w zakresie podmiotowym, tzn. tylko do sprawcy, o którym mowa w tym przepisie. Sprawca, o którym mowa w art. 95a § 1 k.k., to „osoba, która została skazana na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej stosowania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych". Art. 95 § 1a k.k. nie odnosi się więc wprost do określonej w art. 95a § 1 k.k. negatywnej przesłanki zakazującej stosowania farmakoterapii w sytuacji możliwości spowodowania niebezpieczeństwa dla życia bądź zdrowia skazanego. Wydaje się oczywiste, że nie taki jest zamysł ustawodawcy. Przyjąć należy, że art. 95a § 1a k.k. może pozostawać w sprzeczności z art. 38 i 68 Konstytucji RP, a więc przepisami gwarantującymi ochronę życia i zdrowia każdego człowieka. Aby usunąć wątpliwości interpretacyjne ustawodawca powinien zamieścić poza art. 95a § 1 k.k. przesłankę zakazującą stosowania farmakoterapii, jeżeli mogłaby ona spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego (np. dodając do art. 95a § 1b k.k.). Przyjmując z kolei, że przesłanka negatywna zawarta w art. 95a § 1 k.k. znajduje także zastosowanie do art. 95a § 1a k.k. pojawia się kolejny problem. Ustawodawca

[38] Kodeks Etyki Lekarskiej (tekst jednolity z 2 stycznia 2004 r. zawierający zmiany uchwalone przez nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy 20 września 2003 r.).

w art. 95a § 1a k.k. przesądził, że o zastosowaniu tego środka nie decyduje stan zdrowia sprawcy, ale rodzaj popełnionego przestępstwa. „Orzekanie tego środka ma więc charakter represyjny i ogólnoprewencyjny, a nie leczniczy", nie każdy bowiem sprawca przestępstwa z art. 197 § 3 pkt. 2 lub 3 wymaga leczenia jako warunek zapobieżenia ponownemu popełnieniu przestępstwa[39]. Ustawodawca wprowadzając priorytet przymusowego leczenia i izolacji sprawcy w stosunku do zdrowia, a nawet życia skazanego, narusza podstawową zasadę etyki lekarskiej zawartą w art. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej – *salus aegroti suprema lex esto* (dobro chorego naczelnym prawem)[40].

Konstytucja RP w art. 47 wprowadza zasadę poszanowania prawa jednostki do wolności od ingerencji w sprawy prywatne[41], ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o własnym życiu osobistym. Zasada ta jest przejawem ogólnej wolności człowieka, zagwarantowanej między innymi we wspomnianym powyżej art. 31 oraz 41 Konstytucji RP. Warto zauważyć, że art. 47 Konstytucji RP nie dotyczy gwarantowanej w art. 41 nietykalności cielesnej, a odnosi się wyłącznie do wolności osobistej. Rzeczą bezsporną jest, że realizacja środka zabezpieczającego z art. 95a k.k. jest ingerencją w prywatność jednostki, ale jak wielokrotnie już podkreślał Trybunał Konstytucyjny, prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego, a więc może ono podlegać ograniczeniom, jeżeli ograniczenia te są podyktowane normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi[42]. Nie ma więc wątpliwości, że ograniczenie wolności lub jej pozbawienie może być podyktowane niebezpieczeństwem grożącym ze strony jednostki dla ogółu. Prawo do prywatności zobowiązuje władze publiczne do nieingerencji w określony przez nie zakres życia (aktywności) jednostki i zapewnia stosowną ochronę przed wszelkimi działaniami w niego godzącymi[43]. Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że „ograniczenia te winny jednak czynić zadość wymaganiom konstytucyjnym. Przemawiać za nimi muszą inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne. Stopień ograniczenia powinien pozostawać w odpowiedniej

[39] K. Postulski, *Wykonywanie środków zabezpieczających leczniczych*, [w:] *System prawa karnego. Środki zabezpieczające*, t. 7, red. L. Paprzycki, Warszawa 2012, s. 505.

[40] A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 7.

[41] P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 1.

[42] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 października 1998 r., K 24/98 (OTK 1998, Nr 6, poz. 97).

[43] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz* [online], wyd. 2, Warszawa 2012 [dostęp 08.11.2013], www.sip.legalis.pl [brak numeracji stron].

proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to służy. Ze względu na zasadę proporcjonalności niezbędne jest porównanie dobra chronionego i poświęcanego oraz zharmonizowanie kolidujących interesów"[44]. Jak zauważa B. Banaszak, podobne stanowisko prezentuje także Europejski Trybunał Praw Człowieka[45]. Jak słusznie wskazuje A. Sakowicz, orzecznictwo ETPCz prezentuje pogląd, że przeprowadzenie zabiegów leczniczych powinno być poprzedzone uzyskaniem zgody, oraz że obowiązkowa interwencja lekarska jest ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego[46].

Przyjęta w art. 95a § 1a k.k. regulacja budzi także wątpliwości co do gwarantowanego konstytucyjnie prawa do poszanowania prywatności jednostki, jak również naruszenia prawa do życia rodzinnego. Przyjmowanie leków powodujących obniżenie popędu seksualnego może doprowadzić do istotnego zaburzenia życia seksualnego, a co za tym idzie relacji seksualnych z partnerem. Jak wynika z badań przeprowadzonych w Norwegii w 2012 r., dla 29% badanych poniżej 50 roku życia to właśnie mało satysfakcjonujące życie seksualne było przyczyną rozpadu związków[47]. Ingerowanie w życie seksualne człowieka jest daleko idącą próbą zmiany ludzkiej osobowości.

---

[44] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 października 1998 r., K 24/98, (OTK 1998, Nr 6, poz. 97).

[45] B. Banaszak (*op. cit*., brak numeracji stron): „Ograniczenia prawa do prywatności gwarantowanego w art. 8 EKPC muszą być – zgodnie z wymogami Konwencji – konieczne w demokratycznym państwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Jego zdaniem „pojęcie konieczności oznacza, że ingerencja państwa odpowiada pilnej potrzebie społecznej oraz [...] jest proporcjonalna do uzasadnionego prawnie celu, który ma być zrealizowany" (zob. wyr. ETPCz z 8 kwietnia 2004 r. w sprawie Haase przeciwko Niemcom).

[46] A. Sakowicz, *op. cit*., s. 8. Jak wskazano powyżej, znane są polskiemu ustawodawstwu przypadki przeprowadzenia czynności leczniczej bez lub wbrew woli pacjenta.

[47] B. Træen, F. Thuena, *Relationship problems and extradyadic romantic and sexual activity in a web-sample of Norwegian men and women*, „Scandinavian Journal of Psychology" 2013, Vol. 54, No. 2, s. 137–145; www.republikakobiet.pl/psychologia/partnerstwo/nieudany-seks-przyczyna-rozwodow [dostęp 15.10. 2013]. Według danych GUS za 2010 r., niedobór seksualny jest przyczyną 0,4% rozwodów w Polsce. Zaznaczyć tu trzeba, że badania norweskie dotyczyły przyczyn rozstań także w związkach niesformalizowanych (a więc nie tylko rozwodów), badania polskie dotyczyły wyłącznie przyczyn rozwodów. Ponadto w społeczeństwie polskim niedopasowanie seksualne uchodzi za powód wstydliwy, w związku z czym jest on często zatajany.

Ustawa zasadnicza, określając standardy demokratycznego państwa prawa, w tym prawo do wolności, przewidziała możliwość ograniczenia w zakresie korzystania z gwarantowanych konstytucyjnie wolności i praw człowieka i obywatela. Ograniczenia te muszą być zgodne ze standardami określonymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w art. 41 Konstytucji RP. Jak słusznie zauważa J. Długosz[48], „funkcja gwarancyjna, przejawiająca się także w respektowaniu zasady *ultima ratio* w odniesieniu do orzekania środków izolacyjnych, powiązana jest więc z koniecznością zagwarantowania obywatelom przestrzegania konstytucyjnego prawa do wolności jednostki", a jak wspomniano wcześniej, pozbawienie prawa do wolności może być uzasadnione tylko wówczas, gdy w grę będzie wchodziła ochrona innych dóbr o większej wartości[49]. Obowiązujące aktualnie przepisy dotyczące postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych rodzą, jak wykazano powyżej, wiele wątpliwości natury konstytucyjnej, w szczególności odnośnie do obligatoryjnego charakteru stosowania tego środka. Przymus leczenia uwarunkowany został jedynie typem czynu zabronionego, którego dopuścił się sprawca. Nie znajduje to żadnego uzasadnienia w aktualnej wiedzy medycznej, traktowanej tu jedynie przedmiotowo, ani w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W związku z przeprowadzonym wywodem, art. 95a § 1a k.k. jest, w ocenie autora, niezgodny z ustawą zasadniczą i jako taki, powinien być usunięty z polskiego porządku prawnego.

[48] J. Długosz, *op. cit.*, s. 856.

[49] Z. Ćwiąkalski, *op. cit.*, s. 1193.

Jan Widacki

STRAŻ MIEJSKA – JEJ MIEJSCE W SYSTEMIE OCHRONY PORZĄDKU I BEZPIECZEŃSTWA WEDLE ZAŁOŻEŃ REFORMY PAŃSTWA Z 1990 R.

Jednym z elementów reformy państwa po 1989 roku była reforma organów ochrony porządku i bezpieczeństwa. W PRL całość aparatu bezpieczeństwa była skoncentrowana w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i częściowo w strukturze Ministerstwa Obrony Narodowej (Zarząd II Sztabu Generalnego oraz Wojskowa Służba Wewnętrzna). Marginalną rolę w tym systemie odgrywały wyspecjalizowane straże podległe różnym ministrom i usytuowane w różnych resortach.

W strukturze MSW była Służba Bezpieczeństwa, Milicja Obywatelska, Wojska Ochrony Pogranicza, Nadwiślańskie Jednostki Wojskowe, Biuro Ochrony Rządu, będące *de facto* częścią Służby Bezpieczeństwa. Resort był ściśle scentralizowany. SB oraz MO były organicznie scalone do tego stopnia, że gdy w 1990 roku ustawa zobowiązała do likwidacji Służby Bezpieczeństwa, trzeba było doraźnie ustalać, która komórka należała do MO, która do SB. Wszyscy funkcjonariusze resortu, z funkcjonariuszami wywiadu i kontrwywiadu łącznie mieli stopnie podoficerskie bądź oficerskie Milicji Obywatelskiej.

Resort był na modłę wojskową zhierarchizowany i zmilitaryzowany. Minister, wiceministrowie, dyrektorzy departamentów mieli stopnie generalskie, urzędnicy ministerstwa i jednostek terenowych byli funkcjonariuszami i mieli stopnie oficerskie bądź podoficerskie. Do organów policyjnych należało wiele zadań, które w demokratycznych państwach pozostają w gestii administracji cywilnej. To SB wydawała paszporty i trzymała je w depozycie, obsługiwała cudzoziemców, a do połowy lat

70. XX wieku wydawała dowody osobiste. Minister spraw wewnętrznych sprawował też nadzór nad kolegiami do spraw wykroczeń, które sprawowały wymiar sprawiedliwości w drobniejszych sprawach.

Podstawowym założeniem reformy tego sektora państwowego była po pierwsze zmiana filozofii tego resortu. Z nadzorcy społeczeństwa w państwie totalitarnym, został on przekształcony w resort dla społeczeństwa służebny. Miał strzec porządku i bezpieczeństwa ludzi, a nie bezpieczeństwa państwa przed jego obywatelami.

Kolejnym założeniem, było przekształcenie tego zmilitaryzowanego i zhierarchizowanego resortu w cywilne ministerstwo, nadzorujące fachowe, apolityczne samodzielne służby, na czele których stali szefowie, o pozycji centralnych organów administracji – komendanci główni: Policji, Straży Granicznej, szef Urzędu Ochrony Państwa, który to urząd zastąpić miał rozwiązaną Służbę Bezpieczeństwa.

Ponieważ ważną częścią reformy państwa była reforma samorządu terytorialnego, konsekwencją wzmocnienia roli samorządu było z jednej strony zapewnienie uprawnień tego samorządu w stosunku do policji, a z drugiej rozważano możliwość utworzenia służby policyjnej, która by w pełni podlegała samorządowi gminnemu. Z tych rozważań zrodziła się idea utworzenia policji samorządowej, a więc podległej lokalnemu samorządowi, a nie rządowi, pod nazwą Straży Miejskiej. W tym czasie, w ramach prac nad zasadniczą reformą państwa, pracowano między innymi nad koncepcją samorządu terytorialnego podjęto próbę uzgodnienia koncepcji organów ochrony porządku i bezpieczeństwa z koncepcją roli samorządu. Prace koncepcyjne niemal natychmiast przekształcały się w prace legislacyjne.

Skoro samorząd terytorialny, gminny, miał mieć w swych ustawowych zadaniach (tzw. zadaniach własnych) sprawy „porządku publicznego" (art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz.U. Nr 16 poz. 95), to wydawało się naturalne, że musi mieć on jakieś instrumenty do ochrony tego porządku.

Z drugiej strony, pracując nad koncepcją modelu służb ochrony porządku i bezpieczeństwa, chciano, zgodnie z ideą, przekazywania części kompetencji państwa samorządom, przekazać im przynajmniej część służb ochrony porządku. Tak zrodziła się idea utworzenia straży miejskich. W ustawie z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. Nr 30 poz. 179) znalazł się rozdział 4: „Straże Miejskie". Rozdział składał się z dwóch artykułów: 23 i 24. Art. 23 stanowił: „1. Burmistrzowie i prezydenci miast mogą, w porozumieniu z ministrem spraw wewnętrznych, tworzyć umundurowane straże miejskie.

2. Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia, określa szczegółowe zasady współpracy Policji ze strażami miejskimi oraz zakres w jakim Komendant Główny Policji sprawuje fachowy nadzór nad tymi strażami i udziela im pomocy".

Założono zatem, że tworzenie straży miejskich nie jest obowiązkiem prezydentów lub burmistrzów, ale sprawą ich wyboru. Gdyby nie chcieli lub nie mogli, np. z uwagi na stan finansowy miasta tworzyć podległej sobie straży, mogli bądź inicjować utworzenie na swoim terenie policji lokalnej, w kosztach utrzymania której mogliby ewentualnie partycypować na zasadach wynegocjowanych z policją, bądź poprzestać na działającej na ich terenie policji ogólnej, w stosunku do której realizowali by swoje wynikające z ustawy uprawnienia (por. niżej).

Zakładano, że straże powstaną jedynie w miastach, sądzono, że wzięcie na siebie całkowitych kosztów utrzymania formacji, jaką jest straż, może przekraczać możliwości znacznej części gmin wiejskich, sądzono więc, że na terenach wiejskich raczej powstawać będą posterunki policji lokalnej. Wszystko było po trochę eksperymentem. Na przełomie lat 1989/1990 nie było jeszcze pewności, jak będzie funkcjonował samorząd terytorialny, jak będzie sobie radził ze swoimi zadaniami, ale także z finansami itp. Nie bardzo też potrafiono prognozować zagrożenie porządku i bezpieczeństwa publicznego. Nie tylko w Polsce – trzeba przypomnieć, że transformacja ustrojowa w tej części Europy była jednym gigantycznym eksperymentem ekonomicznym, społecznym i politycznym.

Art. 23 ust 3 ustawy o Policji stanowił, że „Z zastrzeżeniem art. 24 ust. 1–4, przepisy rozdziałów 1–3 niniejszej ustawy dotyczące Policji stosuje się odpowiednio do straży miejskich". Art. 24 stanowił natomiast: „1. Szczegółowy zakres zadań, obowiązków i uprawnień straży miejskich, a także ich strukturę, umundurowanie, dystynkcje i uzbrojenie określa statut straży nadawany przez burmistrza lub prezydenta miasta w porozumieniu z ministrem spraw wewnętrznych.

2. Funkcjonariusze straży miejskich wykonują wyłącznie czynności administracyjno-porządkowe.

3. Funkcjonariusze straży miejskich nie mogą używać broni palnej ani środków przymusu bezpośredniego, oprócz określonych w art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2.

4. Koszty związane z funkcjonowaniem straży miejskich pokrywane są ze środków samorządu terytorialnego".

Co to oznaczało? Przede wszystkim to, że straże miejskie w przeciwieństwie do policji nie mogą prowadzić czynności operacyjno-rozpo-

znawczych ani dochodzeniowo-śledczych. Mają też ograniczony w stosunku do policji katalog możliwych do stosowania środków przymusu bezpośredniego i nie wolno im używać broni palnej. Wolno im było jedynie używać „fizycznych, technicznych i chemicznych środków służących do obezwładniania bądź konwojowania osób oraz zatrzymywania pojazdów" (art. 16 ust. 1 pkt. 1) oraz używać pałek służbowych (art. 16 ust. 1 pkt 2). Nadzór „fachowy" nad strażami miejskimi ustawa powierzyła Komendantowi Głównemu Policji, nie dając temu komendantowi żadnych uprawnień kadrowych ani dyscyplinarnych w stosunku do strażników miejskich. Zasady współpracy straży z policją wymagały uzgodnień między właściwymi komendantami a prezydentami lub burmistrzami miast.

Statut straży miejskiej wymagał uzgodnienia prezydenta (burmistrza) z ministrem spraw wewnętrznych. Dla ułatwienia, minister spraw wewnętrznych wspólnie z ministrem-pełnomocnikiem ds. reformy samorządu terytorialnego wydali 8 listopada 1990 roku pismo okólne nr 1/90, w sprawie tworzenia straży miejskich i porozumiewania się w tym zakresie z ministrem spraw wewnętrznych. Do pisma dołączony był „statut przykładowy straży miejskiej", którego celem było dostarczenie wzoru dla poszczególnych statutów i tym samym skrócenie czasu konsultacji prezydenta czy burmistrza z ministrem spraw wewnętrznych w sprawie uzgodnienia statutu.

Dodać należy, że straże miejskie, jak wspomniano, pomyślane były nie jako jedyne narzędzie samorządu przeznaczone do realizacji zadania „sprawy porządku publicznego". Samorząd gminny otrzymał też w ustawie o Policji szereg uprawnień dotyczących Policji. Art. 3 wspomnianej ustawy stanowił, że „Organy terenowej administracji państwowej oraz samorządu terytorialnego uczestniczą w ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego w zakresie i na zasadach określonych w niniejszej ustawie oraz innych przepisach".

Z kolei art. 6 tejże ustawy w ust. 4 stanowił, że „Komendantów komisariatów policji mianuje i odwołuje komendant wojewódzki Policji na wniosek komendanta rejonowego Policji, zaopiniowany przez właściwy organ samorządu terytorialnego".

Art. 9 ust. 3 stanowił zaś, że „Komendant rejonowy Policji na wniosek właściwego organu samorządu terytorialnego tworzy i likwiduje posterunki policji lokalnej a także mianuje i odwołuje kierowników posterunków policji lokalnej".

Art. 10 zobowiązywał komendantów policji do składania sprawozdań ze swej działalności, a także informacji o stanie porządku i bezpie-

czeństwa publicznego, odpowiednim organom administracji ogólnej i samorządu terytorialnego.

Z kolei art. 11 stanowił, że w sprawach związanych z organizacją wewnętrzną i wykonywaniem zadań Policji, organy administracji ogólnej i samorządów terytorialnych mogą żądać od organów policji wyjaśnień oraz przywrócenia stanu zgodnego z porządkiem prawnym.

Art. 13 ust. 1 stanowił, że „organy samorządu terytorialnego mogą uczestniczyć w pokrywaniu części kosztów funkcjonowania policji lokalnej".

Umożliwiając prezydentom i burmistrzom miast tworzenie, na zasadzie pełnej dobrowolności straży miejskich, dano im równocześnie jako rozwiązanie alternatywne, wnioskowanie o utworzenie posterunku lub posterunków policji lokalnej i uczestniczenie w kosztach ich utrzymania.

Policja lokalna miała uprawnienia podobne do uprawnień straży miejskiej, jej funkcjonariusze podobnie jak funkcjonariusze straży miejskiej wykonywać mogli jedynie „czynności nie administracyjno-porządkowe oraz inne niecierpiące zwłoki czynności związane z zawiadomieniem o przestępstwie i zabezpieczeniem miejsc zdarzeń" (art. 14 ust. 1). Policjanci policji lokalnej mogli stosować tylko niektóre środki przymusu bezpośredniego, a mianowicie „fizyczne, techniczne i chemiczne środki służące do obezwładniania bądź konwojowania osób oraz do zatrzymywania pojazdów, oraz pałki służbowe", mogli też wykorzystywać psy służbowe (art. 16 ust. 3).

Tak więc, z chwilą wejścia w życie ustawy o policji, ukształtował się następujący model organów ochrony porządku i bezpieczeństwa:

WARTOŚCI CHRONIONE	ORGANY OCHRONY
Bezpieczeństwo państwa	Urząd Ochrony Państwa
Bezpieczeństwo publiczne (powszechne)	policja
Porządek publiczny	policja, policja lokalna i specjalistyczne straże (w tym miejskie)

Tak więc, w modelu służb ochrony porządku i bezpieczeństwa, straży miejskiej, razem z policją, policją lokalną i innymi strażami, powierzono ochronę porządku publicznego.

Tu konieczne wydaje się objaśnienie. W języku prawnym funkcjonuje słowo „bezpieczeństwo" z rozmaitymi przymiotnikami: „bezpieczeństwo państwa", „bezpieczeństwo narodowe", „bezpieczeństwo

wewnętrzne", „bezpieczeństwo powszechne", „bezpieczeństwo publiczne", „bezpieczeństwo obywateli". Słowo „porządek" też zwykle występuje z przymiotnikiem: „porządek publiczny", „porządek powszechny", „prządek prawny". Brak normatywnej definicji bezpieczeństwa i normatywnej definicji porządku. Próby zdefiniowania tych pojęć w doktrynie podejmowane były wielokrotnie, w efekcie mamy wiele rozbieżnych definicji doktrynalnych.

Dla celów naszych rozważań, pamiętając o etymologii słowa „bezpieczeństwo" (stan niewymagający specjalnej pieczy, troski, a zatem to przeciwieństwo „zagrożenia") przyjmuję, że bezpieczeństwo państwa to stan niezagrażający państwu, „bezpieczeństwo narodowe", to stan niezagrażający narodowi jako całości. Natomiast „bezpieczeństwo wewnętrzne", „publiczne", „powszechne", „obywateli", „ludzi" – to stany niezagrażające poszczególnemu obywatelowi, większej czy mniejszej ich grupie, poszczególnym instytucjom państwa (ale nie państwu jako całości). Nie zagrażający, że padną ofiarą przestępstwa.

Natomiast przez „porządek" („powszechny", „publiczny") rozumiem stan, gdy obywatele, ich grupy, instytucje nie są zagrożone nawet wykroczeniami. Jedynie „porządek prawny" rozumiany być musi bardzo szeroko i w nieco innej płaszczyźnie. Rozumiem prze niego stan, gdy wszystkie nakazy i zakazy prawa są przestrzegane.

Zatem organy, których celem jest ochrona bezpieczeństwa, mają zapobiegać przestępstwom i je ścigać. Organy, których celem jest ochrona porządku, mają zapobiegać wykroczeniom i je ścigać.

Straże miejskie znalazły się w gronie organów których celem jest ochrona porządku, a zatem walka z wykroczeniami. Wśród tych organów jest policja (której główne zadania polegają jednak na zapewnianiu bezpieczeństwa, ochroną porządku policja zajmuje się tylko w takim zakresie, w jakim nie zajmują się tym inne powołane do tego instytucje, a więc straże. Tych straży, mamy w Polsce kilka. Ich kompetencje koncentrują się na ściganiu głównie wykroczeń (wyjątkowo i w ograniczonym zakresie także występków) popełnianych na szczególnych obszarach i mających z reguły szczególny charakter, związany na ogół ze szczególnością obszaru działania straży. Obok samorządowej straży miejskiej, pozostały jeszcze „straże rządowe". Należą do nich: Straż Leśna, Straż Łowiecka, Straż Parkowa, Straż Rybacka, Straż Ochrony Kolei.

Straż Miejska pomyślana była jako organ samorządowy przeznaczony do utrzymywania porządku w miastach, a więc zapobiegania najczęstszym w mieście wykroczeniom i ścigania sprawców wykroczeń już popełnionych.

Podobne formacje istnieją w wielu krajach Europy, zwykle pod nazwą „policji municypalnych". Na przykład we Francji, takie policje istnieją w niektórych gminach miejskich (*municipalities*), dysponują one 18 tys. funkcjonariuszy, co stanowi niewielki procent wszystkich sił policyjnych (przy 145 tys. funkcjonariuszy policji narodowej i 101 tys. funkcjonariuszy żandarmerii narodowej). Bardzo podobna do naszej straży gminnej jest istniejąca od 1991 roku policja municypalna na Słowacji, odpowiedzialna za porządek publiczny, prawidłowe parkowanie samochodów w miastach i za porządek w „małym ruchu drogowym".

W ciągu pierwszego roku obowiązywania ustawy straże miejskie utworzono w większości dużych miast. Dziś miasta nieposiadające straży miejskiej należą do zupełnych wyjątków.

Stosunkowo wcześnie, bo już w 1994 roku zlikwidowano instytucje policji lokalnej. Decyzja o likwidacji policji lokalnej motywowana była dwojako. Po pierwsze niechęcią komendantów rejonowych policji, którzy sądzili, że szkoda etatów na niepełnowartościową, jak sądzili, policję, którą ich zdaniem była policja lokalna. Niepełnowartościową, bo z mocy ustawy jej funkcjonariusze nie mieli uprawnień do prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych ani dochodzeniowo-śledczych i mieli ograniczone możliwości stosowania przymusu bezpośredniego. Wychowani w kulcie policji represyjnej, nie doceniali na ogół roli funkcjonariuszy „pierwszego kontaktu", jakimi mieli być policjanci lokalni, ani prewencji kryminalnej i związanej z nią filozofii *community policing* które się miały na nich opierać. Nawiasem mówiąc, do idei policji lokalnej po kilku latach wrócono, wprowadzając instytucję dzielnicowych i rewirów dzielnicowych.

Drugim czynnikiem decydującym jak można sądzić o likwidacji instytucji policji lokalnej, było masowe tworzenie straży miejskich, która w miastach przejęła na siebie znaczną część tych obowiązków, które dla społeczności (ale nie dla policji) spełniać mogła policja lokalna. Samorządy miast, tworząc straże miejskie nie były już zainteresowane udziałem w współfinansowaniu policji lokalnej.

Dobre na ogół doświadczenia ze strażami miejskimi, a przede wszystkim z funkcjonowaniem samorządów gminnych zrodziły ideę tworzenia takich straży także na terenach wiejskich. Równocześnie doświadczenia nabyte przez same straże miejskie i tworzące je samorządy skłaniały do konieczności poszerzenia kompetencji, w tym uprawnień straży. W tym samym czasie poszerzeniu uległy też zadania samorządu gminnego. O ile w ustawie z 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym, w jej pierwotnym brzmieniu, gmina miała 15 zadań własnych (art. 7

ustawy), w tym zadanie wymienione w punkcie 14: obejmujące sprawy „porządku publicznego i ochrony przeciwpożarowej", o tyle po kolejnych nowelizacjach tych zadań własnych było już 19, zaś sam punkt 14 otrzymał brzmienie: „porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu przeciwpowodziowego". Tak więc w interesującym nas zakresie, zadania gminy poszerzono o ochronę bezpieczeństwa obywateli.

W efekcie uznano, że sprawy policji samorządowej, jaka dotąd była straż miejska wymagają uregulowania odrębnym aktem prawnym. Takim aktem prawnym była ustawa z 29 sierpnia 1997 roku o strażach gminnych (Dz.U. Nr 123 poz. 779). Zasadniczą zmianą, jaką wprowadziła ustawa była możliwość tworzenia straży gminnych także na terenach gmin wiejskich. Poza tym, ustawa ujednoliciła organizację i zasady funkcjonowania straży na terenie całego państwa. Dotąd każda straż działała na podstawie odrębnego, uzgodnionego z ministrem spraw wewnętrznych statutu, mieszczącego się w bardzo ogólnie zakreślonych przez przepisy ustawy o policji ramach. Znacznie poszerzono tez katalog możliwych do stosowania przez straż środków przymusu bezpośredniego. Wprowadzono też, choć w ograniczonym zakresie, prawo do użycia przez strażnika broni palnej. Dano strażnikom uprawnienia do kontroli ruchu drogowego.

Wszystkie te zmiany zapewne wynikały z dostrzeżonych w praktyce potrzeb. Nie zmienia to faktu, że w 1990 roku podstawowe zadania straży miejskiej były tak skonstruowane, aby mogła ona być podstawowym narzędziem samorządu gminnego przy realizacji zadania, jakim były sprawy porządku publicznego.

Dziś samorząd gminny ma w swych zadaniach nie tylko „porządek publiczny", ale także „bezpieczeństwo obywateli". Tymczasem ustawa o strażach gminnych w art. 1 stanowi: „Do ochrony porządku publicznego na terenie gminy może być utworzona samorządowa umundurowana formacja straż gminna, zwana dalej strażą".

Przy pomocy jakiej formacji gmina ma chronić „bezpieczeństwo obywateli"? W każdym razie straż gminna nie może być do takich celów użyta. Może warto się zastanowić: albo z zadań samorządu gminnego trzeba wykreślić sprawy „bezpieczeństwa obywateli", albo straży do zadań dopisać „ochronę bezpieczeństwa".

Nawiasem mówiąc, czas skończyć, przynajmniej w aktach prawnych z terminem „bezpieczeństwo obywateli" i zastąpić go terminem „bezpieczeństwo ludzi". Obowiązkiem państwa jest bowiem ochrona życia,

zdrowia, mienia, czci nie tylko własnych obywateli, ale także znajdujących się na jego terenie obywateli innych państw, a także bezpaństwowców. Chronioną wartością jest bowiem ludzkie życie, zdrowie, mienie i cześć, bez względu na to, czy i czyim obywatelem ten człowiek jest.

Można więc rozważać, czy celowe jest stopniowe przekształcanie straży gminnych w policje samorządowe, wpisując im do zadań ochronę bezpieczeństwa, co musi łączyć się z udzieleniem uprawnień do zwalczania przestępstw, a zatem konsekwentnie z wyposażeniem ich w uprawnienia do realizacji czynności dochodzeniowo-śledczych i operacyjno-rozpoznawczych, czy raczej pozostawienie strażom obowiązku ochrony jedynie porządku i wyposażanie ich w coraz lepsze instrumenty, tak prawne, jak i techniczne do wykonywania tych zadań.

To pierwsze łączyć by się musiało z zasadniczą reorganizacją policji ogólnej, która musiałaby przekazać swe zadania straży. Musiałby tez zasadniczo zmienić się system finansowania straży, utrzymanie bowiem straży o tak rozbudowanych zadaniach przekraczałoby możliwości budżetów gmin.

Osobiście opowiadam się za tym drugim rozwiązaniem. W strukturze organów ochrony porządku i bezpieczeństwa potrzebna jest nowoczesna formacja nastawiona na zwalczanie wykroczeń, czyli na ochronę porządku. Podsumowanie nie jest optymistyczne. O ile na początku lat 90. zadania straży dopasowane były do zadań samorządu, o tyle dziś nie są. Koncepcje zmian straży gminnych, a co za tym idzie, kolejnych nowelizacji ustawy o strażach gminnych (a był ich już 7), nie są skoordynowane z koncepcją samorządu gminnego i jego ewolucją i nie widać, aby ktoś się tym specjalnie przejmował.

Tak więc konieczne wydaje się podjęcie decyzji: czy uprawnienia straży gminnych rozszerzyć, dodając do nich zwalczanie przestępstw, czy z zadań samorządów wykreślić ochronę bezpieczeństwa, czy też pozostawiając w zadaniach samorządu ochronę bezpieczeństwa, rozszerzyć uprawnienia samorządu względem policji, tak, by swe zadania samorząd w odniesieniu do ochrony porządku realizował poprzez straż gminną (miejską), a w odniesieniu do ochrony bezpieczeństwa poprzez swe uprawnienia władcze w stosunku do policji, która jest organem administracji rządowej.

Literatura

Habenton B., Thomas T., *Policing Europe, Co-Operation, Conflict and Control*, New York 1995.

Krupiarz W., *Straż Miejska – samorządowa służba porządku publicznego*, [w:] *Bezpieczny obywatel – bezpieczne państwo*, red. J. Widacki, J. Czapska, Lublin 1998.

Sarnecki P., *Właściwość organów terenowych w sprawach porządku i bezpieczeństwa publicznego w nowej strukturze lokalnych władz publicznych*, Kraków–Warszawa 1999.

Sarnecki P., Czarny P., *Kompetencje organów władzy publicznej w zakresie ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego w Polsce*, [w:] *Bezpieczny obywatel*..., s. 77–90.

Straże Miejskie w systemie organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny, red. J. Liszewski, Szczytno 1996.

Widacki J., *System bezpieczeństwa wewnętrznego – ewolucja struktur i funkcji*, [w:] *Druga fala polskich reform*, red. L. Kolarska-Bobińska, Warszawa 1999, s. 215–248.

World Police Encyclopedia, ed. D.K. Das, New York–London 2006.

Anna Ibek

PRAWO A „KRYMINALISTYKA"

W niniejszych rozważaniach przyjęto, że prawo to wszystkie akty normatywne, które zostały uchwalone przez ustawodawcę i weszły w życie, przy czym chodzi tylko o regulacje obowiązujące aktualnie, „w tej chwili", czyli poza zakresem rozważań pozostają akty już nieobowiązujące oraz projekty regulacji[1]. Założono także istnienie pewnej wiedzy dotyczącej wykrywania przestępstw i ściganiu ich sprawców – ze względów technicznych wiedzę tę tymczasowo określać się tu będzie jako *wiedzę W*. Celem artykułu jest próba odpowiedzi na pytania: czy i jakie relacje zachodzą między prawem a *wiedzą W*, czy i do czego służy prawu ta wiedza oraz czy możliwe byłoby istnienie i wykonywanie prawa bez jej istnienia?

Nie wchodząc w szczegóły dotyczące koncepcji obowiązywania prawa, na potrzeby artykułu służyć będzie klasyczna koncepcja obowiązywania, wyrosła na gruncie analitycznej teorii prawa, według której, przepis prawny obowiązuje wtedy i tylko wtedy, gdy zdanie deontyczne jest prawdziwe w świecie realnym[2]. Zdanie deontyczne zaś to takie, które zawiera operator deontyczny, najczęściej w postaci modalności nakazu, zakazu czy obowiązku. Z kolei prawdziwość zdania deontycznego jest przesądzana przez ważność działania prawotwórczego, ponieważ ustalenie, że przepis obowiązuje (zgodnie z tą koncepcją to, że przepis obowiązuje, jest co najmniej równoważne z tym, że ten przepis jest prawdziwy z perspektywy klasycznej koncepcji prawdy) polega na wskazaniu odpowiedniego, ważnego działania normatywnego, a więc istniejącej

[1] L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2002, s. 21–24.

[2] J. Woleński, *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Warszawa 1980, s. 106.

normy jako ważnej decyzji[3]. Co więcej, łatwo zauważyć, że obowiązywanie normy pozostaje zawsze w decyzji prawodawcy[4]. Według koncepcji decyzjonalnej, „norma jest decyzją normodawcy […]. Nakaz jest traktowany jako element decyzji wybierającej określoną klasę światów postulowanych"[5]. Zapewne pożądaną dla normodawcy klasą światów postulowanych byłaby klasa światów deontycznie doskonałych, czyli takich, w którym rzeczy mają się tak, jak prawodawca sobie życzy.

„Pragnienia" ustawodawcy wyrażane są poprzez tworzone przezeń normy. Stwierdzenie to na pierwszy rzut oka bez szczegółowej analizy jest dość oczywiste, by nie rzec trywialne. Jednak refleksja teoretyczna nad charakterem norm prawnych i nad podstawą normatywności sprawia poważne kłopoty. Trudno bowiem znaleźć takie pojęcie normy prawnej i wyjaśnienie powstania i istnienia jej „normatywnej siły", które nie rodziłaby istotnych problemów natury filozoficznej[6]. Człowiek nie tylko opisuje świat, w którym żyje, ale także pyta i udziela odpowiedzi – jak powinien działać w tym świecie. Jest przekonany, że (przynajmniej co do zasady) nie powinien zabijać innych ludzi, ma prawo oddać głos w wyborach prezydenckich, nie wolno niszczyć cudzego mienia. Ale gdyby miał przedstawić wyczerpującą i merytoryczną eksplikację tego typu zachowań, musiałby się zmierzyć z wieloma pytaniami oraz dylematami. Dla większości ludzi byłoby to po prostu niemożliwe. Zostaliby uwikłani w rozwiązanie tzw. zagadki normatywności[7].

Na potrzeby niniejszych rozważań interesujące wydają się koncepcje semantyczne, polegające na wyróżnianiu pentady odniesień przedmiotowych terminu norma; koncepcję tę szczegółowo omówił A.G. Conte[8]. Z perspektywy tego ujęcia, już samo pytanie, czym jest norma jest niewłaściwie postawione, ponieważ przynajmniej jedno z jego założeń jest fałszywe i błędne[9]. Pytanie to bowiem zakłada, że norma oznacza tylko jeden byt, a w rzeczywistości zaś występuje co najmniej pięć bytów deontycznych oznaczanych, w zależności od kontekstu, terminem norma. Chodzi o następujące pięć rodzajów bytów: zdania deontyczne, sądy deontyczne, wypowiedzi deontyczne, stany rzeczy deontyczne, noematy

[3] *Ibidem*.

[4] Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2006, s. 246.

[5] J. Woleński, *op. cit*., s. 89.

[6] B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 17–18.

[7] *Ibidem*, s. 17.

[8] A.G. Conte, *Pentasemia terminu „norma"*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2010, z. 1, s. 5–11.

[9] *Ibidem*, s. 5.

deontyczne. Przywołana teoria jest szczególnie interesująca w kontekście idei świata deontycznie doskonałego oraz procesu załamywania się tego rodzaju świata i jego dezintegracji, o czym za chwilę.

Po pierwsze, w niektórych kontekstach termin norma oznacza zdanie deontyczne, ale tego rodzaju egzemplifikacje nie oznaczają możliwości traktowania norm tylko jako zdań, mimo że taki pogląd jest dość często spotykany. Jednak jest to tylko pozór elastyczności tego rodzaju koncepcji[10]. Przykładami kontekstów, w którym termin norma oznacza zdanie deontyczne, jest norma wyrażona w następujących artykułach: art. 177 § 1 k.k. „Każda osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania"; art. 10 § 1 k.p.k. „Organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia – o czyn ścigany z urzędu"; art. 55 ust. 1 Konstytucji: „Ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana, z wyjątkiem przypadków określonych w ust. 2 i 3". Każda z przywołanych norm zawiera w sobie modalność deontyczną. Odpowiednio: modalności przedmiotu obowiązku oraz modalność zakazu.

Po drugie, w niektórych kontekstach norma oznacza już nie zdanie deontyczne, ale inny rodzaj bytu deontycznego: sąd deontyczny[11]. Inny słowy, norma jest sensem zdania, jest tym, co przez zdanie zostało wyrażone. Przykładem tego rodzaju bytu są wszelkie uzasadnienia przepisów prawa, komentarze prawnicze oraz definicje legalne podające znaczenie i precyzujące pojęcia pojawiające się w ustawach. Dla przykładu, w komentarzu do ustawy o usługach detektywistycznych można przeczytać, że: „ Artykuł 2 ust. 1 stanowi katalog czynności, które ustawodawca definiuje jako usługi detektywistyczne. Użycie sformułowania «w szczególności» jednoznacznie wskazuje, że katalog ten nie nosi charakteru zamkniętego"[12]. Z kolei w Ustawie o gospodarce nieruchomościami z 21 sierpnia 1997 roku w art. 4 pkt 1, ustawodawca podaje definicję legalną terminu „nieruchomość gruntowa", według której jest to „grunt wraz z częściami składowymi, z wyłączeniem budynków i lokali, jeżeli stanowią odrębny przedmiot własności". Normy tego rodzaju są bytami deontycznymi, wyrażającymi sposób rozumienia norm o charakterze zdań deontycznych. Zazwyczaj mają charakter metajęzykowy, gdzie wypowiedzią przedmiotową jest byt deontyczny pierwszego typu.

---

10 *Ibidem*, s. 6.

11 *Ibidem*, s. 7.

12 T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o usługach detektywistycznych*, Warszawa 2002, s. 75.

Po trzecie, w niektórych kontekstach termin norma oznacza już nie zdanie deontyczne, nie sąd deontyczny, ale trzeci rodzaj bytu deontycznego: wypowiedź deontyczną[13]. W tym przypadku norma jest aktem mowy, czynnością np. zabraniania, nakazywania itp. w zależności od zastosowanej modalności deontycznej. Zakładamy wprowadzenie jakiejś normy w sensie zdania deontycznego, po czym ustosunkowujemy się do tej propozycji. Rozważyć można następujący, fikcyjny przykład. Ustawodawca chce „wprowadzić w życie" przepis mówiący, że „przebywanie osób narodowości x na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest zakazane". Po czym podczas debaty parlamentarnej skupionej wokół owego rozwiązania, założyć można, że jeden posłów wypowiedział następujące słowa: „zakazanie osobom o narodowości germańskiej przebywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej byłoby normą niefortunną, nieuzasadnioną z żadnych powodów". W tej egzemplifikacji norma zakwalifikowana jako „niefortunna, nieuzasadniona z żadnych powodów", jest właśnie wypowiedzią deontyczną, będącą aktem mowy zabraniania. Tego rodzaju byty deontyczne czasami „funkcjonują" jako czynności legislacyjne, których celem i konsekwencją jest tworzenie prawa (zarówno uchwalanie „nowych" ustaw, jak i uchylanie „starych") oraz stanów rzeczy.

Po czwarte, nie w każdym kontekście termin norma oznacza jakiś byt językowy (bytami tymi były: zdanie deontyczne, wypowiedź deontyczna) czy korelat bytu językowego (tak jak sąd deontyczny). W rzeczywistości, w niektórych okolicznościach termin 'norma' oznacza czwarty rodzaj bytu deontycznego: stan rzeczy deontyczny lub krócej: status deontyczny[14]. Gdy jest mowa, że jakaś norma została pogwałcona lub przekroczona, złamana czy ominięta, w takim przypadku termin norma nie jest ani zdaniem deontycznym, ani sądem deontycznym, ani wypowiedzią deontyczną, ale właśnie stanem rzeczy deontycznym. O trzech pierwszych bytach deontycznych nie można orzekać w wymienionych kategoriach, tj. pogwałcenia, przekroczenia, złamania czy ominięcia, tak jak o liczbie 7 nie można orzekać koloru czerwonego. Gdyby jednak doszło do takiej sytuacji, byłby to rażący przypadek błędu przesunięcia kategorialnego[15]. Podobnie rzecz się ma z problemem zdefiniowa-

[13] A.G. Conte, *op. cit*., s. 7.

[14] *Ibidem*, s. 8.

[15] *Ibidem*. W oryginale autor używa zwrotu „błąd kategorialny". W tradycji polskiej stosowany jest termin „błąd przesunięcia kategorialnego", o który tu najprawdopodobniej chodzi. Ponieważ jednak nie ma co do tego pełnej jasności, dlatego zwrócono uwagę na tę drobną różnicę interpretacyjną.

nia obowiązków prawnych z perspektywy sfery faktów, tj. regularności w zachowaniach społecznych oraz stanów psychicznych[16]. Ponadto oprócz normy jako stanu rzeczy deontycznego, dotyczącego „wyrażenia" stosunku do zachowania się zgodnego/niezgodnego z normą będącą zdaniem deontycznym, za normę w czwartym rodzaju bytu może być uznawana kodyfikacja. Dla przykładu, zbiór praw uchwalonych w ustawie kodeks karny z 6 czerwca 1997 roku, to kodyfikacja większości norm prawa karnego obowiązujących w państwie polskim. Istnienie kodyfikacji podważa tezę, według której wszystkie normy są albo zdaniami deontycznymi, albo sądami deontycznymi, albo wypowiedziami deontycznymi[17]. Co prawda istnieją stany rzeczy deontyczne wytworzone w wyniku jakiejś wypowiedzi deontycznej(w wyniku jakiejś czynności legislacyjnej): jest tak w przypadku stanów rzeczy deontycznych normatywnie skodyfikowanych przez polski kodeks cywilny. Jednakże nieprawdą jest, że każdy stan rzeczy deontyczny jest wytworem jakiejś wypowiedzi deontycznej lub czynności legislacyjnej[18]. Przyjęcie takiego założenia doprowadziłoby do absurdalnych wniosków, unicestwiając sens i istnienie norm „nie zapisanych/uchwalonych", a wykształconych kulturowo oraz zwyczajowo. Generalnie przez stan rzeczy deontyczny należy rozumieć wszystko to, co zostało „stworzone" przez normę będącą bytem deontycznym pierwszego rodzaju oraz to, co może być skutkiem, konsekwencją jej obowiązywania.

Po piąte, ostatnim z rodzajów bytów deontycznych, będących odniesieniem przedmiotowym terminu norma jest noemat deontyczny, rozumiany podobnie jak w fenomenologii E. Husserla, czyli jako intencjonalny korelat aktów czystej świadomości. Jest to obiektywny aspekt noezy deontycznej będący treścią myśli[19]. Termin norma używany w tym kontekście ma dwa znaczenia. Może oznaczać przedstawienie stanu rzeczy deontycznego, który wszedłby w życie w wypadku, gdyby dany projekt normy został przyjęty[20]. Dla przykładu założyć można, że ustawodawca zaprojektował normę mówiącą, że „każdy obywatel Rzeczypospolitej Polskiej obowiązany jest posiadać przy sobie zegarek" lub że „każdy sprawca przestępstwa po dokonaniu czynu, ma niezwłocznie zgłosić się na policję w celu przyznania się do popełnienia przestępstwa" i chce ją zaproponować do legislacji. Noematy deontyczne tego

[16] B. Brożek, *op. cit*., s. 17.

[17] A.G. Conte, *op. cit*., 9.

[18] *Ibidem*, s. 9.

[19] J. Didier, *Słownik filozofii*, Katowice 2006, s. 273.

[20] A.G. Conte, *op. cit*., 9.

rodzaju będące w owej egzemplifikacji dość kuriozalnymi pomysłami, to normy proponujące nowe prawne rozwiązania. W odróżnieniu od „przyszłościowego" stanu rzeczy, który można określić nomatem deontycznym *in intellectu*, syntagma „uchylić normę" już obowiązującą jest nomatem deontycznym *in actu*[21]. Ten pierwszy kształtuje stan rzeczy na podstawie już istniejącego statusu deontycznego, natomiast ten drugi jest zamiarem formuły stanu rzeczy w przyszłości. Drugie znaczenie normy w kontekście jej piątego bytu deontycznego odnosi się do „dowolności" podmiotu stosującego prawo w zakresie kształtowania na podstawie obowiązujących norm jako zdań deontycznych stanu rzeczy deontycznego[22]. Przykładem takiego neomatu jest art. 53 §1 k.k., zgodnie z którym „Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę"[23]. Sytuacja taka będzie miała miejsce wtedy gdy, nie ma szczegółowych wytycznych odnoście tworzenia statusów deontycznych, na przykład gdy stosowane są klauzule generalne, czy w przypadkach nieprzewidzianych przez prawo (chodzi min. o tzw. luki prawne). Należy odróżnić na podstawie tego, co zostało wcześniej powiedziane, noemat deontyczny od sądu deontycznego oraz od stanu rzeczy deontycznego[24]. Sąd deontyczny jest bytem intensjonalnym, którego występowanie zależne jest od sensu normy, natomiast noemat ma charakter intencjonalny, ponieważ norma tego rodzaju nastawiona jest na konstruowanie świadomości sensu kreowania przyszłych stanów rzeczy deontycznych. Tymczasem różnicę między noematem deontycznym a stanem rzeczy deontycznym można sformułować, odwołując się do rozróżnienia na *intellectus* i *actus*. Ten pierwszy to stan rzeczy deontyczny *in intellectu*, zaś gdy rzeczywiście wystąpi jest noematem deontycznym *in actu*.

Wracając do koncepcji świata deontycznie doskonałego, można zauważyć, że pragnienia czy też życzenia ustawodawcy dotyczące pożądanego stanu rzeczy, wyrażane są nie tylko przez same zdania deontyczne, ale również, a może przede wszystkim, przez stany rzeczy deontyczne *in intellectu* oraz noematy deontyczne. Postulowany świat deontycznie doskonały jest bytem intencjonalnym, a wobec tego, można przyjąć, że ma charakter idealistyczny, jako że prawodawca poprzez swoją normatywność „konstytuuje" rzeczywistość nadając jej oczekiwany przez siebie sens deontyczny. Nasuwa się pytanie o faktyczność istnienia świata

[21] *Ibidem*.

[22] *Ibidem*.

[23] *Ibidem*.

[24] *Ibidem*, s. 10–11.

deontycznie doskonałego. Idąc dalej, czy jest tak, że rzeczy mają się tak, jak ustawodawca sobie życzy? Rozważając to zagadnienie, wygenerować można następującą hipotezę:

H_1: Świat deontycznie doskonały rzeczywiście istnieje.

Gdyby przyjąć prawdziwość H_1, można dojść do następującego wniosku wyrażonego hipotezą H_2:

H_2: *Wiedza W* w zapewnianiu szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, nie jest niezbędna.

Ponadto konsekwencją hipotez H_1 i H_2, mogłaby być hipoteza H_3:

H_3: Nie istnieją normy rozumiane jako stany rzeczy deontyczne w kontekście „niespełnienia" norm będących zdaniami deontycznymi.

Próbując udzielić odpowiedzi na postawione pytanie: czy rzeczy mają się tak, jak ustawodawca sobie życzy, należy porównać noemat deontyczny *in intellectu* z noematem deontycznym *in actu.* Ten drugi jest realnym stanem rzeczy deontycznym, takim, jaki faktycznie występuje. Wobec tego, czy oczekiwane w obiektywnej świadomości ustawodawcy stany rzeczy deontyczne rzeczywiście funkcjonują? Czy może jednak jest tak, że intencjonalność prawodawcza nie zawsze jest doskonała? Gdyby odpowiedzieć twierdząco na pierwsze pytanie, hipotezy: H_1, H_2, H_3 okazałyby się prawdziwymi i trzeba byłoby je przyjąć. Natomiast w przypadku odpowiedzi negatywnej na pytanie drugie, hipotezy: H_1, H_2, H_3 musiałby zostać odrzucone.

W sposób oczywisty należy uznać hipotezę H_1 za fałszywą, co skutkuje tym, że również hipotezy H_2 i H_3, są nieprawdziwe. Argumentacja dla takiego stwierdzenia ma uzasadnienie kryminologiczne. Gdyby bowiem przyjąć, że rzeczy mają się tak, jak prawodawca sobie życzy, czyli że noemat deontyczny jest tożsamy ze stanem rzeczy *in actu,* w rzeczywistości normatywnej nie występowałyby przestępstwa, za popełnienie których sprawcy nie ponieśli odpowiedzialności karnej lub w ogóle nie zostali ujęci. Co więcej, nie istniałaby kategoria statystyczna „przestępstwo niewykryte", „przestępstwo niestwierdzone" oraz cały obszar badań przestępczości nieujawnionej, zwanej badaniem czarnej liczby przestępstw, czyli takiego zbioru zdarzeń, o których informacje nie dotarły do organów ścigania lub dotarły, lecz nie zostały przez nie (przez te organy) zarejestrowane. Jak wiadomo, i nie jest to ekskluzywna wiedza dostępna tylko dla specjalistów, analizując choćby statystyki policyjne, wspomniane kategorie występują i mają liczne, rzeczywiste odniesienia semantyczne.

Odrzucenie hipotezy H_3 wydaje się zasadne, z racji istnienia przypadków niezastosowania się, pogwałcenia, złamania czy ominięcia normy rozumianej jako zdanie deontyczne. W wielu tego typu sytuacjach

przejawia się działanie *wiedzy W*, co uzasadnia uznanie hipotezy H_2 jako nieprawdziwej z punktu widzenia logiki dwuwartościowej. Przypomnieć należy, że *wiedza W* to nauka o wykrywaniu przestępstw i ściganiu sprawców czynów zabronionych. Jak łatwo zauważyć, asumptem do realizacji praktycznych celów tej dziedziny wiedzy jest nic innego, jak norma w kontekście zdania deontycznego oraz stan rzeczy deontyczny w sensie noematu deontycznego *in actu*. Przeanalizować można taką oto prostą egzemplifikację, obrazującą relację prawa (rozumianego jako wytwór czynności legislacyjnych, będący zbiorem zdań deontycznych) do *wiedzy W*. Na gruncie polskiego ustawodawstwa, obowiązuje art. 148 k.k., który mówi w paragrafie pierwszym, że „Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności". Założeniem takiego rozwiązania prawnego jest norma będąca stanem rzeczy deontycznym *in intellectu*, brzmiąca „nie wolno zabijać" lub „zabronione jest zabijanie ludzi". Tego typu normy są noematami deontycznymi o charakterze intencjonalnym. Gdyby wyobrazić sobie świat, w którym stan rzeczy deontyczny *in intellectu* znaczy to samo, co stan rzeczy deontyczny *in actu*, co przekładałoby się w tym przypadku na sytuację, w której przestrzegana jest norma „nie wolno zabijać ludzi", zaś gdy dojdzie do jej pogwałcenia, przestrzegana jest norma będąca zdaniem deontycznym wyrażonym w paragrafie pierwszym art. 148 k.k., można przyjąć, że świat deontycznie doskonały w tym konkretnym kontekście istnieje. Niestety, zdarza się tak, że pogwałcona zostaje norma „nie wolno zabijać ludzi", a ponadto czasami nie zostaje zrealizowana norma z art. 148 k.k. § 1. Na gruncie prawa karnego podstawą do działania kryminalistyki jest naruszenie stanu rzeczy deontycznego *in intellectu* (np. „Nie wolno zabijać ludzi") oraz spełnienie się noematu deontycznego *in actu* (art. 148 k.k. § 1: „Kto zabija człowieka…"). *Wiedza W* pomaga w ustaleniu, czy doszło do popełnienia przestępstwa, a jeśli tak, oferuje narzędzia mające na celu ujęcie sprawcy oraz udowodnienie mu winy. Mówiąc mocniej, wiedza ta wpływa na wielkość stopnia przestrzegania prawa, pełniąc służebną rolę w czynieniu rzeczy, takimi jakimi prawodawca chce, aby były, czyli jest wiedzą praktyczną/stosowaną.

Na podstawie dotychczasowych przemyśleń można przyjąć następujące wnioski, będące odpowiedziami na sformułowane na początku pytania. Po pierwsze, funkcjonowanie prawa nie byłoby możliwe bez istnienia *wiedzy W*, ponieważ jak wskazano, świat deontycznie doskonały w rzeczywistości normatywnej nie istnieje. Po drugie, prawo jest podstawą do stosowania *wiedzy W*, która warunkuje w różnym zakresie stopień jego przestrzegania. Po trzecie, wiedza ta pełni pochodną i słu-

żebną rolę wobec prawa, polegającą na wykrywaniu określanych normatywnie – przy korzystaniu z różnych bytów deontycznych, nie tylko zdań deontycznych – przestępstw oraz ściganiu sprawców tych czynów zabronionych. Parafrazując, nie ma prawa bez *wiedzy W* i odwrotnie, z tym że najpierw pojawia się prawo, a później ewentualnie „do gry" wchodzi ta wiedza.

Powrócić należy na chwilę do koncepcji świata deontycznie doskonałego, aby w bardziej szczegółowy sposób móc opisać rolę rozważanej wiedzy w przywracaniu „perfekcyjności rzeczywistości". Świat ten jest przykładem jednego z możliwych światów, w którym, dla przypomnienia, rzeczy mają się tak, jak prawodawca sobie tego życzy. W „przestrzeni" tej istnieją obowiązki nadawane przez ustawodawcę w postaci różnych bytów deontycznych, przede wszystkim w postaci zdań deontycznych. Powinności te określane są mianem relewantnych i jako takie muszą być zrealizowane, aby wymaganie deontycznej perfekcyjności mogło zostało spełnione[25]. Takie stanowisko rodzi następujące pytania: czym są relewantne obowiązki; czy w realnym świecie w porównaniu ze światem deontycznie doskonałym istnieją takie same obowiązki; w którym ze światów istnieje więcej obowiązków; czy świat, w którym nie ma ludzi, może być światem deontycznie doskonałym?

Odpowiadając na pytanie pierwsze, należy stwierdzić, że relewantne obowiązki to takie, których przestrzeganie zapewnia deontyczną doskonałość. Wywodzą się zarówno z nakazów moralnych, jak i prawnych. Przykładem takiej normy jest zdanie deontyczne „Nie zabijaj", które w realnym świecie (tym, w którym człowiek funkcjonuje), będącym przeciwieństwem świata deontycznie doskonałego, funkcjonują zarówno w kodyfikacjach prawnych, jak i etycznych.

Przechodząc do drugiego problemu, rozważyć należy wpływ przestrzegania normy „Nie zabijaj" na stosunek ilości obowiązków występujących w świecie deontycznie doskonałym, do ilości obowiązków istniejących w realnym świecie. Z definicji świata deontycznie doskonałego wynika, że adresaci norm przestrzegają tychże na poziomie stuprocentowym. Innymi słowy, nie znajdzie się w tej idealnej rzeczywistości przykładów niesubordynacji wobec nakazów/zakazów. Zgodnie z tym w świecie deontycznie doskonałym nie ma przestępstw jako wypadkowych naruszania norm, nie ma wojen. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest brak całego zespołu norm dotyczących szeroko rozumianych obowiązków odszkodowawczo-naprawczych. Gdyby istniały, nie miałyby adresatów, byłyby bezprzedmiotowe i można byłoby je określić

[25] R.L. Purtill, *Deontically Perfect Word and Prima Facie Obligations*, "Philosophia" 1973, Vol. 3, No. 4, s. 430.

mianem „martwego prawa". Natomiast w realnym świecie, w którym za pomocą norm dąży się do doskonałości, przestępstwa jednak są popełniane. Można tę rzeczywistość nazwać „światem deontycznie niedoskonałym" z perspektywy przypadków naruszania postulatów powinnego zachowania. Rezultatem takiej sytuacji jest występowanie całego szeregu „naprawczych norm", które mają wpływać na stopień perfekcyjnej deontyczności rzeczywistości. Wobec tego należy uznać, odpowiadając na drugie pytanie, że w realnym świecie istnieje więcej relewantnych obowiązków niż w świecie deontycznie doskonałym[26].

Pytanie trzecie wydaje się nieco trywialne, jednak rozwiązanie tego problemu jest istotne z punktu widzenia warunków budowania idealnej rzeczywistości deontycznej. Założyć można, że istnieje świat, w którym nie ma ludzi, a z racji tej, nie ma w nim obowiązków, ponieważ ich występowanie zależne jest od istnienia adresatów norm. Paradoksalnie można przyjąć, że w takiej rzeczywistości wszystkie obowiązki zostałby spełnione, czy też, że zostałyby potraktowane jako spełnione. Jednak nazwanie takiej przestrzeni światem deontycznie doskonałym doprowadziłoby do mizantropijnego stwierdzenia, że „świat bez ludzi jest idealny"[27]. Wobec tego mówienie o świecie deontycznie perfekcyjnym, w którym nie ma ludzi oraz nie ma obowiązków, jest pozbawione sensu. Aby móc dążyć do osiągnięcia statusu rzeczywistości deontycznie doskonałej, jako przykładu jednego z możliwych światów postulowanych, najpierw w tej przestrzeni muszą istnieć ludzie, którym przypisane zostaną obowiązki będące wyrazem woli prawodawcy, a później musi nastąpić ich idealne realizowanie.

Ustawodawca przez tworzenie zdań deontycznych w obszarze systemu normatywnego dąży do kształtowania świata deontycznie doskonałego. Próby te w różnych porządkach prawnych są mniej lub bardziej udane. Celem racjonalnego prawodawcy jest zapewne to, aby adresaci powinności akceptowali obowiązujące normy, czego wyraz dawaliby w swoich powtarzalnych zachowaniach. Niestety, tego typu postulowana doskonałość bywa realnie naruszana w różny sposób. Jedną z kategorii tych naruszeń jest zjawisko określane jako przestępczość. Mówiąc inaczej, efektem nieprzestrzegania obowiązków normatywnych może być i faktycznie jest, zbiór zdarzeń określanych przez prawodawcę jako przestępstwa, zrelatywizowanych do danej zbiorowości w konkretnej jednostce czasowej i obszarowej. Zgodnie z wizją normodawcy jako tego, który zmierza do stworzenia świata deontycznie doskonałego, należy

[26] *Ibidem*, s. 431.

[27] S.O. Hansson, *Ideal Worlds – Wishful Thinking in Deontic Logic*, "Studia Logica" 2006, Vol. 82, No. 3, s. 330.

ujawniać sprawców tych naruszeń oraz odpowiednio do ich zachowania, karać. Celowo pominięto tu kwestie związane z problematyką definicji przestępstwa i winy, gdyż są one przedmiotem nauki i doktryny prawa karnego materialnego. Natomiast ze względu na ewentualną niespójność tematyczną nie przybliżono prawnej procedury, wedle której organ procesowy „wymierza sprawiedliwość". Skupiono się na aspektach dotyczących pragmatyczności egzekwowania owych naruszeń.

Okazuje się bowiem, że do tego celu, tj. ujawniania przestępstw i dowodzenia winy ich sprawcom, jest potrzebna, jak już wiadomo, pewna wiedza specjalistyczna. W jej zakres wchodzi zapewne wiedza kryminologiczna, teorie dowodzenia, logiczne schematy wnioskowań, reguły opiniowania eksperckiego, metodologia nauk empirycznych i wiele innych obszarów służących poznaniu. Być może pełen zakres tej wiedzy jest niemożliwy do określenia, bo przestępczość jest dynamiczna, zmienia się. Jako zjawisko ewoluuje i jest nieprzewidywalna. Co więcej, niektóre z jej form nie są do tej pory kryminologicznie zdiagnozowane (przykładem niezdiagnozowanego w tym sensie zjawiska jest przestępczość pseudokibiców). Istnieją jednak powtarzalne elementy przestępczości z punktu widzenia rodzaju popełnianych czynów oraz sposobu działania sprawcy tzw. *modus operandi*. Właśnie dla tych przejawów naruszania doskonałości świata deontycznego, istnieją typowe obszary specjalistycznej wiedzy, wypracowywane w celu przywracania pożądanego przez prawodawcę stanu rzeczy. Niektóre z nich są tak zaawansowane, np. medycyna sądowa wraz z *virtopsią*, identyfikacja DNA, logika rozmyta i zbiorów przybliżonych, że zasługują na miano specjalistycznej wiedzy zawodowej. Te segmenty wiedzy, obok takich tradycyjnych dziedzin, jak daktyloskopia, teoria przesłuchania, teoria oględzin itd., bezwarunkowo zaliczyć można do *wiedzy W*. Pozostaje rozstrzygnąć, czy *wiedza W* jest prostą sumą wspomnianych i wielu innych, niewymienionych tu segmentów wiedzy. Zanim jednak podejmie się próbę odpowiedzi na to pytanie, rozważyć jeszcze należy inną kwestię. Warto bowiem zastanowić się nad warunkami, jakie muszą zostać spełnione, aby jakaś wiedza wyodrębniła się w postać osobnego zawodu. Przybliżenie tych wymagań może być pomocne w odpowiedzi na pytanie, czy *wiedza W* stanowi swoistego rodzaju wiedzę zawodową? Po pierwsze, tego rodzaju wiedza musi wyznaczać specyficzne standardy prowadzonych działań, uwzględniając ich aspekt etyczny. Po drugie, musi istnieć korpus tej wiedzy oraz perspektywa historyczna i fachowe czasopisma. Po trzecie, mają funkcjonować stowarzyszenia zawodowe, jako forum do dyskusji i rozwoju profesjonalnego. Po czwarte, powinny obowiązywać programy certyfikacyjne, wspierające należyty poziom praktyk zawodo-

wych. Po piąte, muszą istnieć dziedziny nauczania przygotowujące do zawodu i rozważające jego „filozofię”[28].

Po przeanalizowaniu wymienionych warunków, należy przyznać, że liczne obszary wiedzy użytecznej w przywracaniu doskonałości deontycznej świata postulowanego niewątpliwie stanowią odrębną wiedzę zawodową. Przykładem takiej wiedzy może być obszar badań poligraficznych, w którym obowiązują określone standardy postępowania, utworzone zresztą przez stowarzyszenia poligraferskie. Ponadto wydawane są co najmniej dwa fachowe czasopisma z tego zakresu: „Polygraph” oraz „European Polygraph”. Eksperci w tej dziedzinie – przynajmniej niektórzy – posiadają certyfikaty potwierdzające ich kwalifikacje, uzyskane podczas szkoleń organizowanych min. przez *American Polygraph Association*. Co więcej, wiedza zawodowa – jak w przypadku badań poligraficznych – może być wiedzą naukową, o ile spełnia stosowne wymagania metodologiczne. Minimum tych warunków sprowadza się do dwóch zagadnień: intersubiektywna komunikowalność oraz kontrolowalność twierdzeń ogólnych na poziomie empirycznym[29]. Ten pierwszy, najogólniej rzecz ujmując, polega na stosowaniu procedur badawczych oraz opisywania swego postępowania w takim języku, którego znaczenie jest przyjęte w nauce. Drugi natomiast polega na wykorzystaniu takiej procedury w badaniach, która umożliwia przeprowadzenie identycznych badań przez kogoś innego tak, aby inny ekspert osiągnął te same lub podobne wyniki. Oba te wymogi może spełniać wiedza z zakresu badań poligraficznych.

Wiele obszarów omawianej wiedzy niewątpliwie spełnia warunki do bycia uznaną za wiedzę naukową. Oprócz badań poligraficznych, przykładem wiedzy naukowej będącą zarazem wiedzą zawodową jest np. dziedzina badań DNA. Co więcej, często te nauki stanowią tzw. twardą naukę, uprawianą według najostrzejszych wymagań nauk przyrodniczych, w przeciwieństwie do innych obszarów, które są „słabsze”, ale też należące do nauki.

Istotnym problemem wiążącym się z rozróżnieniem wiedzy na zawodową oraz naukową jest to, że te „wyspy” wiedzy profesjonalnej i – często – również naukowej nie doczekały się integracji.

---

[28] C.E. Simonsen, *The Case for: Security Management is a Profession*, „International Journal of Risk, Security and Crime Prevention” 1996, Vol. 1, No. 3, s. 229––232.

[29] Np. J. Konieczny, *Metodologiczna charakterystyka kryminalistyki*, Katowice 1984, s. 16–17.

Próba nadania tym „wyspom" wspólnej nazwy („kryminalistyka'') okazała się chybiona[30]. W tradycji innej niż polska(i w ogóle wschodnioeuropejska), *wiedza W* jest podzielona między nauki sądowe (*forensic sciences*) i nauki policyjne (*police sciences*), spotyka się też inne rozwiązania. Sytuacja braku integracji *wiedzy W* zdumiewa, ale, niestety, pozostaje faktem. Jeśli uznać ją za niekorzystną i próbować wyjaśnić, wtedy należałoby jako odpowiedzialnych za ten stan wskazać prawników, bo – widać – doskonałość świata deontycznego nie leży im na sercu aż tak bardzo, by wpływać na otoczenie w kierunku integrowania instrumentów przywracania doskonałości, w celu zwiększenia skuteczności ujawniania naruszeń norm (dodać też należy, że i utrzymania tej doskonałości). A może wiedzą o tym i mają swoje powody do powściągliwości? W każdym razie poszukiwanie różnicy pomiędzy tradycyjnie rozumianą kryminalistką a *wiedzą W* wydaje się zadaniem godnym naukowca. Jej znalezienie oznaczać będzie możliwość przekształcenia wspomnianych wysp w jeden, potężny kontynent, którego odkrycie wpisze się znacząco w dążenie do doskonałości deontycznej świata.

[30] J. Widacki, *Współczesny zakres nazwy „kryminalistyka"*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały" 2013, nr 1 (12); idem, *Początek i koniec kryminalistyki*, [w:] *Abitt non obitt. Księga poświęcona pamięci księdza profesora Antoniego Kościa SVD*, Lublin 2013.

PAŃSTWO PRAWA
A WOLNOŚĆ SUMIENIA I RELIGII

Józef Krzywda

POTRZEBA CZY KONIECZNOŚĆ ISTNIENIA I STOSOWANIA ZASADY AUTONOMII I NIEZALEŻNOŚCI WE WZAJEMNYCH RELACJACH PAŃSTWA I KOŚCIOŁA

Wprowadzenie

Przedmiotem rozważań i refleksji określonej tematem problematyki, jest próba analizy racjonalności potrzeby stosowania zasady autonomii i niezależności przez Kościół i państwo we wzajemnych relacjach, z jednoczesnym zachowaniem współdziałania na rzecz dobra człowieka i dobra wspólnego[1].

Użyte w formule tematu terminy: potrzeba czy konieczność zachowania autonomii i niezależności, mają naturalnie tylko wówczas sens, gdy przyjmie się zasadę współdziałania obu podmiotów władzy dla dobra jednostkowego i dobra wspólnego danej społeczności. Tego rodzaju potrzeba czy konieczność ma swoje uzasadnienie w fakcie, że znaczne części danej społeczności podlegają dwóm podmiotom władzy na podstawie zgoła odmiennych tytułów. Wypada przy tym zauważyć, że postulat potrzeby czy konieczności zachowania autonomii i niezależności może się kształtować odmiennie: w pewnych przypadkach wystąpi raczej jako konieczność, w innych jako potrzeba i *vice versa*; w zależności od przedmiotu i dziedziny regulacji prawnej.

Nadto, jak doświadczenie uczy, w tego rodzaju relacjach, które poprzedza, a następnie weryfikuje działalność polityków oraz innych czynników w państwie i Kościele, nie da się uniknąć implikacji elementów

[1] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, art. 25, 3.

sensu stricto ze sfery życia politycznego. I dlatego, chociaż – jak zauważa J. Krukowski – „«życie publiczne» nie utożsamia się z życiem politycznym, to jednak pozostaje z nim w pewnym związku. Tym bardziej – jak stwierdza autor – wyraz «polityka» nie jest jednoznacznie pojmowany". Na dowód tego przywołuje on klasyczną formułę pojęcia polityki, jaką posługuje się Kościół w brzmieniu: „polityka to roztropna troska o dobro wspólne osoby ludzkiej, czyli o budowę takiego ładu społecznego, w którym prawa i wolności każdego człowieka są zagwarantowane i realizowane"[2]. Dlatego nie może dziwić fakt, że w świetle tak rozumianego pojęcia „polityka", zrodziła się na Soborze idea zasady niezależności i autonomii. „Wspólnota polityczna i Kościół – jak czytamy w soborowej Konstytucji – są w swoich dziedzinach od siebie niezależne i autonomiczne. Obydwie bowiem wspólnoty, choć z różnego tytułu, służą powołaniu jednostkowemu i społecznemu tych samych ludzi"[3]. W związku z tak sformułowaną zasadą Sobór wyraził nadzieję i życzenie: „Tym skuteczniej będą wykonywać tę służbę (w domyśle Kościół i państwo) dla dobra wszystkich, im lepiej będą rozwijać między sobą zdrową współpracę, uwzględniając przy niej okoliczności miejsca i czasu"[4].

W doktrynie prawa – jak powszechnie wiadomo – przyjęła się zasada, wedle której umowy międzynarodowe poprzedza wstęp – preambuła, która określa sens i cel jej zawarcia, a w razie trudności w rozumieniu i interpretacji treści umowy, służy ustaleniu intencji (*mentis legislatoris*)[5]; dlatego też preambułę należy uważać za integralną część zawartej umowy.

Tekst Konstytucji Rzeczypospolitej z jej Preambułą spotkał się z ogólną aprobatą społeczeństwa. „Po raz pierwszy wyrażona została w Polsce – jak podkreśla W. Skrzydło, autor wprowadzenia do Konstytucji RP – zasada, że konstytucja jest stosowana bezpośrednio (wyjątki określa ustawa), a postanowienie to odnosi się przede wszystkim do praw i wolności jednostki"[6]. Poprzednia konstytucja – jak stwierdza –

---

2 *Encyklopedia katolicka*, t. 3: *C–D*, red. nauk. E. Gigilewicz, Lublin 1979, kol. 1117; J. Krukowski, *Kościół w życiu publicznym*, Częstochowa 1996, s. 7; J. Olbrycht, *Wartości chrześcijańskie polityków*, [w:] *Etyczny wymiar polityki – Rola Kościoła katolickiego w procesie integracji europejskiej* [publikacja zawiera zapis wystąpień i dyskusji z konferencji w Krakowie 9–10 września 2011], Gliwice 2012, s. 100.

3 Konstytucja duszpasterska o Kościele *Gaudium et spes*, n. 76, [w:] *Sobór Watykański II. Konstytucje. Dekrety. Deklaracje* (tekst łacińsko-polski), Paris 1967, s. 635.

4 *Ibidem*.

5 J. Wisłocki, *Konkordat Polski 1993 – Tak czy nie?*, Poznań 1993, s. 101.

6 W. Skrzydło, *Wprowadzenie*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 1997, s. 9.

traktowała tylko o prawach obywatelskich, natomiast nowa jej formuła akcentuje zasadę respektu dla wolności, których państwo nie stwarza, ale zabezpiecza i gwarantuje ich przestrzeganie[7].

Postulat jurydycznego charakteru ustawy

We wprowadzeniu do nowej konstytucji, Wiesław Skrzydło[8], kreśląc jej charakterystykę, dokonał istotnej konstatacji: stwierdził mianowicie, że twórcy konstytucji: „położyli duży nacisk na nadanie jej tekstowi jurydycznego, a nie ideologicznego charakteru"[9]. To – jak się pozornie wydaje – proste stwierdzenie, posiada poważne i nie do przecenienia konsekwencje i znaczenie. Najpierw mówi ono, że dokonał się w dziedzinie stanowienia prawa radykalny i doniosły postęp. W związku z tym autor konkluduje: „Wiąże się z tym widoczna troska o wprowadzenie stosownych gwarancji prawnych, zabezpieczających realizację postanowień konstytucyjnych, jak też przestrzegania praw i wolności jednostki"[10]. Idąc tym tropem, należy podkreślić, że sama racja stanu, stanowiąc podstawowe kryterium i wyznacznik charakteru państwa prawa, winna sankcjonować zasady ustrojowe państwa wraz z wolnościami jednostek – poszczególnych ludzi oraz instytucji, jakie rodzi legalna inicjatywa jednostek, w ramach ich praw i wolności, zmierzających do realizacji dobra wspólnego[11].

---

7 *Ibidem*, s. 11.

8 *Ibidem,* s. 5–36.

9 *Ibidem*, s. 10.

10 *Ibidem*, s. 10–11.

11 Warto tu przypomnieć – jako ewenement przeciwny logice rozważanych idei – swoisty proces obstrukcji, jaki cechował czas między podpisaniem konkordatu a jego ratyfikacją. Mianowicie po trzech latach dyskusji nad konkordatem i jego podpisaniu, mimo różnych inicjatyw zmierzających do wyjaśnienia podnoszonych trudności, nie doszło do jego ratyfikacji. W związku z tym prezydium Konferencji Episkopatu Polski, opublikowało specjalny dokument „Konkordat przedmiotem politycznych rozgrywek. Oświadczenie", w którym między innymi napisano: „Konkordat daje stabilną podstawę należytego ułożenia stosunków między państwem a Kościołem katolickim w Polsce na zasadzie autonomii i niezależności obydwu partnerów. Autonomia i niezależność oznaczają – wyjaśnia się – że w swoich dziedzinach wspólnota państwowa i wspólnota kościelna rządzą się własnym prawem i ani władza państwowa nie miesza się do wewnętrznych spraw Kościoła, ani Kościół nie ingeruje w wewnętrzne sprawy państwa. [...] Tylko władze dyktatorskie, m.in. komunistyczne uważały, że z Kościołem, nie tylko zresztą z katolickim, mogą robić co chcą. Takie postępowanie jest jaw-

Jeśli zatem istotnie odstępuje się od ideologizacji prawa, to warto w tym miejscu przypomnieć – na co wskazywali już klasycy rzymskiego prawa – że u podstaw stanowionego prawa winny leżeć przede wszystkim elementy właściwe naturze ludzkiej, mianowicie aspekty etyczne normy prawnej: dobro i słuszność *bonum et aequm*[12]. Tak więc racja stanu, która ma za sobą długą drogę rozwoju i niemałe doświadczenie, winna respektować wymienione zasady dla racjonalnej realizacji prawa i porządku prawnego w określonej społeczności[13]. Niewątpliwie, uwzględnienie fundamentalnych imperatywów ludzkiej natury – jak dowodzi „samo życie" – służy wymogowi bezstronności i obiektywizmowi stanowiących prawo, co w praktyce oznacza, że w procesie stanowienia prawa można skuteczniej eliminować elementy ideologiczne. Ogólnie rzecz biorąc, taka tendencja stanowi charakterystyczną cechę współczesnych cywilizowanych ustawodawstw. A jednak, jak zauważa i odnotowuje W. Łączkowski, „należy żałować, że te dość oczywiste prawdy nie zawsze znajdują swój wyraz w ustawodawstwie zwykłym – co gorsza – znaczenie prawa naturalnego pominięto w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997. A chodzi przecież – dodaje – o osadzenie konstytucji na obiektywnie istniejących wartościach"[14].

Ważna w kontekście omawianej problematyki jest także obserwacja, wedle której współczesny prawodawca, mając na uwadze pluralizm światopoglądowy: różnorodność poglądów politycznych i przekonań religijnych, winien respektować zasadę równości osób[15]. Tu powstaje pytanie: czy autor komentarza miał na myśli tylko osoby fizyczne czy także osoby prawne?

KONKORDAT POLSKI A KONSTYTUCJA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Już sam fakt, że konkordat pomiędzy Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską został zawarty 28 lipca 1993 r., a Zgromadzenie Naro-

nym naruszeniem ludzkiego prawa do wolności religijnej i do zrzeszania się we wspólnotach religijnych". „Życie i Myśl Kościoła" 1996, nr 3, s. 100.

[12] Ulpianus, D. 1, 1, 1, [w:] *Corpus iuris civilis Iustiniani Institutiones*, recognovit P. Krueger, Berolini 1857.

[13] B. Rüthers, *Podstawy demokratycznego państwa prawa: pojęcie, geneza, rozwój*, [w:] *Kultura i prawo*, Lublin 1999, s. 73 i 75.

[14] W. Łączkowski, *Podstawy aksjologiczne prawa w orzecznictwie polskiego trybunału konstytucyjnego*, [w:] *Kultura i prawo. Podstawy jedności europejskiej*, Lublin 1999, s. 319.

[15] J. Wisłocki, *op. cit.*, s. 11.

dowe uchwaliło konstytucję kilka lat później – 2 kwietnia 1997 r., nie był bez znaczenia w perspektywie legislacyjnej ustawodawcy państwowego, w procesie normalizacji stosunków Kościół–państwo. Sprawom tym wiele miejsca poświęca, między innymi, Wojciech Góralski[16], który ukazał długi, bo trwający cztery i pół roku proces legislacyjnych debat nad definitywną i ostateczną wersją konkordatu[17].

Ważnym momentem w procesie ratyfikacji konkordatu było podjęcie przez Sejm Rzeczypospolitej, w rok po jego podpisaniu, 1 lipca 1994 r. uchwały o ratyfikacji. W tym celu Sejm powołał Komisję Nadzwyczajną do rozpatrzenia projektu ustawy o ratyfikacji, której zadaniem było także sprawdzenie zgodności konkordatu z Konstytucją RP[18]. Jak się okazało, Komisja stanęła wobec poważnego dylematu: podpisany konkordat, który był znaczącym wydarzeniem dla rodzącego się nowego porządku nie tylko prawnego – jak konstatowano – w wielu unormowaniach nie przystawał, mówiąc oględnie, do obowiązującej konstytucji: był niekoherentny wobec zasad Konstytucji RP z 22 lipca 1952 r.[19]. Ten stan rzeczy stał się pretekstem do kwestionowania ratyfikacji konkordatu. Zespół wnioskodawców: w skład którego wszedł Prezydent RP, posłowie PSL i UD, chciała uzależnić ratyfikację konkordatu od uchwalenia projektu przyszłej Konstytucji RP[20]. W tej sytuacji prokurator zgłosił wniosek o umorzenie postępowania, motywując, że zaskarżona uchwała sejmowa nie jest aktem normatywnym, lecz aktem konkretnym[21]. Innym argumentem, niemniej ważącym na rzecz odrzucenia zgłoszonych wniosków, było stwierdzenie, że Sejm jest autonomiczny w podejmowaniu każdej międzynarodowej umowy, a więc także konkordatu. Wniosek prokuratora został przyjęty przez Trybunał Konstytucyjny, który umorzył postępowanie w sprawie zarzutu naruszenia przez Sejm konstytucji. Motywacja była krótka i jasna: Sejm nie widział się kompetentnym w rozpatrywaniu tego rodzaju sporu[22].

---

16 W. Góralski, *Konkordat polski 1993*, Warszawa 1998; W. Adamczewski, *Wechselseitige Erwartungen und bestehende Vorassetzungen am Beispiel des Verhältnisses von Staat und Kirche in Polen*, „Forum Iuridicum" 2002, nr 1, s. 207–223.

17 *Ibidem*, s. 113–150.

18 J. Krukowski, *op. cit.*, s. 216–217.

19 W. Skrzydło, R. Mojak, *Konkordat w świetle prawa konstytucyjnego*, [w:] *Nowy konkordat a prawo polskie*, red. J. Krukowski, Warszawa 1994, s. 63.

20 J. Krukowski, *Kościelne prawo publiczne. Prawo konkordatowe*, Lublin 2013, s. 262; idem, *Kościół w życiu publicznym*..., s. 217.

21 *Ibidem*, s. 218.

22 *Ibidem*, s. 219; *Konkordat: 5-letnia debata*, „Życie i Myśl Kościoła" 1998, nr 2, s. 107–111.

Wkrótce miało się okazać – dzięki przeważającym demokratycznym tendencjom – że wyrażona w konkordacie zasada poszanowania autonomii i niezależności obu podmiotów, znajdzie swoje odzwierciedlenie w nowej konstytucji (art. 25, 3), zgodnie z którą Kościół (Kościoły) i państwo, każde w swoim zakresie; respektując zasadę współdziałania, będzie postępować na rzecz dobra człowieka i dobra wspólnego[23].

Zasada autonomii, niezależności i współdziałania Kościoła i państwa w nowej Konstytucji RP i konkordacie

Wprawdzie niepisane, niemniej powszechne przekonanie mówi, że każde dzieło, by rzeczywiście mogło być właściwie interpretowane i poznane, należy badać w świetle jej początków.

W Preambule[24] ustawodawca uwydatnił zasadnicze motywy i racje aktu nowelizacji ustawy zasadniczej, opierając je na źródłach prawa[25]. Wyodrębnienie źródeł ustawy zasadniczej (Rozdz. III) obiektywnie wzmocniło wiarygodność Konstytucji RP, wskazując tym samym na adekwatność zasad Preambuły z treścią zawartych w niej ustaw. „W ten sposób – jak trafnie zauważył W. Skrzydło – otrzymujemy pełny, klarowny, zwarty obraz systemu źródeł prawa w państwie. I jest to – jak podkreśla – pierwsza nowość w tym zakresie"[26]. Druga – dodaje nieco dalej – dotyczy rangi i pozycji prawnej umów międzynarodowych, ich miejsca w tym systemie"[27].

Konkordat z kolei, jak wskazuje doświadczenie wieków, stanowi z punktu widzenia interesu obu podmiotów władzy: politycznej – wła-

---

[23] Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, art. 25, 3: „Stosunki między państwem a kościołami i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach poszanowania ich autonomii oraz wzajemnej niezależności każdego w swoim zakresie, jak również współdziałania dla dobra człowieka i dobra wspólnego".

[24] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, *Preambuła*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 1997, s. 39–40: „ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałania władz, dialogu społecznym oraz na zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot. Wszystkich, którzy dla dobra III Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali, wzywamy, aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi".

[25] *Ibidem*, s. 13–14.

[26] *Ibidem*.

[27] *Ibidem*, s. 14.

dzy państwa oraz władzy duchowej – władzy Kościoła, najdoskonalszą formę regulacji i współdziałania między nimi, dla dobra tych samych ludzi. Nie bez znaczenia, istotą rolę w kwestii aktualnej regulacji relacji Kościół–państwo, odegrała nauka Soboru Watykańskiego II, wyłożona w szczególności w konstytucji *Gaudium et spes*[28] na temat potrzeby, a w niektórych przypadkach konieczności aktywnego współdziałania obu podmiotów władzy: państwa i Kościoła, w celu realizacji postulatów dobra wspólnego – *bonum commune* wszystkich obywateli, z których – jak stwierdza się we Wprowadzeniu do konkordatu – większość obywateli wyznaje religię katolicką.

Uzasadnienie racjonalności autonomii i niezależności przy jednoczesnym uwzględnieniu postulatu współdziałania (*cooperatio*)[29] Kościoła i państwa, określa Wprowadzenie do konkordatu[30]. Postulaty te raz jeszcze podkreśla się i sankcjonuje w art. 1 konkordatu[31], by następnie

---

[28] Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes*, n. 76, [w:] *Sobór Watykański II*..., s. 635: „Wspólnota polityczna i Kościół są w swoich dziedzinach od siebie niezależne i autonomiczne. Obydwie jednak wspólnoty, choć z różnego tytułu, służą powołaniu jednostkowemu i społecznemu tych samych ludzi. Tym skuteczniej będą wykonywać tę służbę dla dobra wszystkich, im lepiej będą rozwijać między sobą zdrową współpracę, uwzględniając przy niej okoliczności miejsca i czasu".

[29] J. Krukowski, *Kościelne prawo publiczne*..., s. 159: Autor pisze, że w oryginalnym tekście łacińskim konstytucji soborowej (n. 76) użyto słowa *cooperatio*, które w przekładzie na język polski winno brzmieć „współdziałanie", a nie „współpraca". Albowiem – jak wyjaśnia – współpraca ma miejsce wtedy, gdy obie strony wykonują to samo zadanie przy zastosowaniu tych samych środków; natomiast współdziałanie ma miejsce wtedy, gdy każda ze stron wykonuje swoje własne zadania, lecz obie zmierzają do wspólnego celu.

[30] Dz.U. z 1998 r. Nr 51. poz. 318: Między innymi stwierdza się w nim: „Stolica Apostolska i Rzeczypospolita Polska [...] zważywszy przełomowe znaczenie odzyskania niepodległości i suwerenności przez Państwo Polskie oraz w trosce o jego pomyślny rozwój; stwierdzając doniosły wkład Kościoła w rozwój osoby ludzkiej i umacnianie moralności [...]; uznają, że fundamentem rozwoju wolnego i demokratycznego społeczeństwa jest poszanowanie godności osoby ludzkiej i jej praw [...]; przy czym Rzeczypospolita Polska uwzględniła swe zasady konstytucyjne i ustawy, a Stolica Apostolska – dokumenty Soboru Watykańskiego II dotyczące wolności religijnej i stosunków pomiędzy Kościołem a wspólnotą polityczną oraz przepisy prawa kanonicznego".

[31] Art. 1: „Rzeczpospolita Polska i Stolica Apostolska potwierdzają, że Państwo i Kościół katolicki są – każde w swej dziedzinie – niezależne i autonomiczne oraz zobowiązują się do pełnego poszanowania tej zasady we wzajemnych stosunkach i we współdziałaniu dla rozwoju człowieka i dobra wspólnego".

konsekwentnie wyrazić je w regulacjach interesujących państwo i Kościół dziedzinach, w poszczególnych artykułach[32].

„Pochodząca z nauki Soboru Watykańskiego II zasada: o autonomiczności i niezależności – jak zauważa W. Uruszczak – jest na gruncie polskiego ustawodawstwa nowa[33]. Ten akt uznania przez państwo autonomiczności i niezależności Kościoła przesądza, zdaniem autora, sprawę jego osobowości prawnej w zakresie polskiego prawa publicznego"[34]. Konsekwencją tego doniosłego aktu jest to, że „Kościół katolicki w Polsce jest więc tym samym niezależną i wyzwoloną od supremacji państwowej wspólnotą we wszystkim, co dotyczy jego wewnętrznej organizacji oraz działań wchodzących w zakres jego religijnego posłannictwa"[35]. Autor idzie jeszcze dalej w swych pozytywnych wnioskach na temat obopólnego współdziałania obu podmiotów, dla dobra obywateli państwa i wiernych Kościoła. Uważa mianowicie, że „konkordat czyni z Kościoła partnera, a nawet więcej – sojusznika państwa w wykonywaniu przezeń jego zadań"[36].

Współdziałania Kościoła i państwa wymaga, szczególnie w zasadniczych dziedzinach życia: dobro jednostkowe każdego człowieka; dobro rodziny oraz dobro innych wspólnot, w tym przede wszystkim dobro narodu, co może być w sposób optymalny realizowane przy uwzględnieniu zasady pomocniczości, o której *expressis verbis* mówi Preambuła nowej Konstytucji RP, co istotnie znajduje swoje odzwierciedlenie w normach, a następnie praktycznym stosowaniu zasad zawartych w konkordacie[37].

---

[32] Jak wielką wagę przywiązywano do postulatu niezależności i autonomii, dowodzi *Oświadczenie* prezydium Konferencji Episkopatu z 1996 r.: „we właściwych im sprawach, jest potrzebna po to, by każda jednostka, która jest jednocześnie obywatelem państwa i wiernym Kościoła, mogła zadośćuczynić obowiązkom obywatelskim i religijnym w zgodzie z własnym sumieniem. Właściwe i trwałe uregulowanie stosunków między Państwem i Kościołem katolickim w Polsce pozwoli na owocne współdziałanie nie tylko poszczególnych jednostek, ale także obydwu wspólnot: Państwa i Kościoła, na rzecz dobra wspólnego. «Tym skuteczniej będą wykonywać tę służbę dla dobra wszystkich, im lepiej będą rozwijać między sobą zdrową współpracę, uwzględniając także okoliczności miejsca i czasu» (GS, n. 76)". „Życie i myśl Kościoła"..., s. 100.

[33] W. Uruszczak, *Konkordat nadziei. Refleksje o znaczeniu konkordatu z 1993 r. dla państwa polskiego*, [w:] *Rola i znaczenie Konkordatu 1993*, red. J. Dyduch, Kraków 1994, s. 59.

[34] *Ibidem*.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*, s. 63.

[37] J. Krukowski, *Kościelne prawo publiczne*..., s. 160–170.

Zakończenie

Uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, podpisany a następnie ratyfikowany konkordat między Stolicą Apostolską a Rzeczypospolitą Polską, stanowią w ramach radykalnych przemian ustrojowych w Polsce, po Soborze Watykańskim II, mając na uwadze także pontyfikat Jana Pawła II, doniosłe i nieprzecenione w skutkach konkretne korzyści dla narodu, państwa i Kościoła.

Obserwacje nieuprzedzonego obywatela Polski i członka Kościoła katolickiego; obiektywna, w miarę gruntowna refleksja nad tym, co się dokonało w stosunkowo krótkim czasie: na polu legislacyjnym, w sferze stosunków państwo–Kościół – dają podstawę do nadziei, że zapoczątkowany proces normalizacji istotnie przyczyni się do pogłębienia świadomości potrzeby współdziałania obu podmiotów: Kościoła i państwa na rzecz dobra poszczególnych obywateli, Kościoła i narodu.

Fundamentalna dla konkordatu zasada niezależności i autonomii, wyrażona w art. 1, wyznacza – jak słusznie podkreśla A. Mączyński – kierunek interpretacji, odnoszącej się do dziedzin i spraw będących przedmiotem regulacji[38]. Co więcej: tego rodzaju rozwiązania – w opinii A. Mączyńskiego – powinny wyznaczać kierunek w przyszłych umowach, które miałyby normować sprawy pozostające poza regulacją w konkordacie[39].

Nie wolno przeoczyć faktu, że oba dokumenty: konkordat i Konstytucja RP, powstawały i zostały uchwalone w tej samej sytuacji i atmosferze radykalnych przemian ustrojowych w Rzeczypospolitej i w Kościele w okresie realizacji soborowych reform. Idee i zasady, jakie legły u podstaw obu dokumentów, jeśli mają szanse nie tylko przetrwania, lecz dalszego rozwoju, winny być nie tylko uznawane, lecz stanowić inspirację do dalszych reform, których potrzebę zgłasza zarówno Kościół, jak i państwo.

[38] A. Mączyński, *Znaczenie konkordatu dla polskiego systemu prawnego*, [w:] *Rola i znaczenie Konkordatu 1993*..., s. 90.

[39] *Ibidem*.

Paweł A. Leszczyński

SĄDOWNICTWO ANGIELSKIE WOBEC NOWYCH RUCHÓW RELIGIJNYCH – WYBÓR ORZECZNICTWA

Wprowadzenie

W niniejszym artykule zostanie omówionych parę orzeczeń sądów prawa angielskiego odnoszących się do różnych aspektów funkcjonowania jednego z nowych, kontrowersyjnych ruchów religijnych powstałych w latach 50. XX w. – Kościoła Scjentologicznego, na terytorium części Zjednoczonego Królestwa – Anglii[1].

Dyskusyjność niektórych metod działania tej organizacji została wcześnie zauważona przez czynniki oficjalne Wielkiej Brytanii. W 1967 r. minister zdrowia Kenneth Robinson zauważył na posiedzeniu w Izbie Gmin, że jej działalność prowadzi do wyobcowania członków rodzin oraz obwinianie o złe zamiary jej oponentów, będąc potencjalnie niebezpieczną dla rozwoju osobowości oraz zdrowia psychicznego tych, których jej przedstawiciele namawiają do przystąpienia. Dodać należy, że scjentolodzy z innych państw, którzy zamierzali podjąć studia lub pracę na Wyspach, mieli przez 13 lat (1967–1980) zakaz wjeżdżania na terytorium Zjednoczonego Królestwa[2].

---

[1] Na temat scjentologii w opracowaniach książkowych zob. m.in.: M.C. Burrell, J. Allan, *Nie wszyscy są jednego ducha*, tłum. W. Czausow, Warszawa 1988, s. 143–166; R.L. Hubbard, *Dianetyka. Współczesna nauka o zdrowiu umysłowym*, tłum. zespół; red. tekstu pol. J. Skałecki, Wrocław 2002; A. Zwoliński, *Scjentologia*, Kraków 2007; *The Cambridge Companion to New Religious Movements*, eds. O. Hammer, M. Rothstein, Cambridge 2012.

[2] A. Zwoliński, *op. cit.*, s. 169–170.

W 1971 r. został opracowany przez deputowanego do Izby Gmin sir Johna D. Fostera – raport, w którym zasadniczej krytyce został poddany system doktrynalny scjentologii i metody psychoterapeutyczne – „dianetyka", uznający je za szkodliwą dla społeczeństwa i groźną dla zdrowia. Z kolei w kontekście Kościoła Zjednoczenia, kolejny raport dla Izby Gmin autorstwa deputowanego Paula B. Rose'a, ostrzegał przed wykorzystywaniem prawa dla otrzymywania przez kontrowersyjne nowe ruchy religijne statusu organizacji charytatywnych – dla uzyskania ulg podatkowych. Komisja ds. Organizacji Społecznie Użytecznych (Charity Commission), odmówiła w 1999 r. Kościołowi Scjentologicznemu statusu stowarzyszenia charytatywnego (*charities*), albowiem uznano, że nie działa on dla pożytku publicznego, a prowadzone przez jego członków doradztwo nie ma charakteru religijnego[3].

W powyższym kontekście należy dodać, że w systemie brytyjskim brak jest definicji legalnej organizacji społecznej non-profit pożytku publicznego, co odnosi się też do prawa podatkowego. W modelu brytyjskim status taki stanowi pochodną funkcji wykonywania celów użytecznych społecznie, nie zaś formy prawno-organizacyjnej. Przy czym nie ma tu rozwiązań wyłącznie dla odpowiedników polskich organizacji pożytku publicznego. Zarówno instytucje wykonujące zadania użyteczności publicznej, jak i te realizujące inne cele społeczne i gospodarcze, mogą obierać identyczne formy prawne. Te najbardziej charakterystyczne to trust, stowarzyszenie nierejestrowane (oba nieposiadające osobowości prawnej) oraz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wybór formy warunkowany jest charakterem realizowanej działalności. Względem organizacji pozarządowych funkcje regulacyjne spełnia wspomniana wyżej Charity Commission, istniejąca od 1853 r., o uprawnieniach nadzorczych, administracyjnych, prawnych oraz doradczych. Jej główne zadania ogniskują się wokół prowadzenia rejestru tych podmiotów i prewencji antydefraudacyjnej.

W październiku 2010 r. przeciwko ulgom podatkowym dla scjentologów opowiedział się brytyjski minister do spraw samorządów lokalnych Eric Pickles uznając, że Kościół Scjentologiczny to biznes, a nie religia, co powinny brać pod rozwagę władze samorządowe decydujące

[3] N. Luca, *Sekty*, tłum. A. Kuryś, Warszawa 2005, s. 108, 109–110. Interesujące, że 15 lat po zniesieniu zakazu wjazdu do Zjednoczonego Królestwa dla cudzoziemców – członków Kościoła Scjentologicznego, sekretarz Home Office Michael Howard, wydał w 1995 r. decyzję o zakazie wjazdu Koreańczyka Sun Myung Moona – lidera Kościoła Zjednoczenia, z powołaniem się na względy bezpieczeństwa publicznego (*ibidem*, s. 109).

o ewentualności przyznawania jemu preferencji podatkowych. Jego wypowiedź była reakcją na informację, że cztery gminy (w tym dwie londyńskie) przyznały ulgi podatkowe dla budynków tej organizacji wznoszonych na ich obszarach[4].

Omówione poniżej orzeczenia sądowe[5] ukazują m.in. napięcie między indywidualnym i wspólnotowym aspektem wolności religijnej, a względami bezpieczeństwa i porządku publicznego, które to wartości są częścią pojęcia klauzul limitacyjnych, a zatem prawnie zapewnionych organom państwa możliwości ograniczania praw i wolności osób fizycznych i ich zrzeszeń w sytuacjach nadzwyczajnych – kiedy ich treści i zakres materializują się w okolicznościach konkretnych przypadków. Na

[4] *Minister atakuje scjentologów*, www.tvn24.pl [dostęp: 20.10.2010]. Różne jest podejście państw do tego Kościoła. Poza Stanami Zjednoczonymi Ameryki działa on legalnie np. jeszcze w Szwecji. W Szwajcarii parlament Kantonu Bazylea Miasto skierował do rządu kantonalnego wniosek w sprawie wydania rozporządzenia o ochronie społeczeństwa przed „agresywną propagandą" scjentologów. R. Uitz, *Freedom of Religion*, Strasbourg 2007, s. 58; *Regulating Religion: Case Studies from Around the Globe*, ed. J.T. Richardson, The Hague 2004. W RFN w niektórych krajach związkowych scjentologowie są inwigilowani przez federalny Urząd Ochrony Konstytucji i jego delegatury krajowe, jakkolwiek w Kraju Saary uzyskali korzystne dla siebie orzeczenie sądu, zakazujące kontynuowania tej praktyki. W Bawarii są objęci zakazem dostępu do służby publicznej, co było w 1997 r. przedmiotem silnych protestów opiniotwórczych środowisk amerykańskich. Rok wcześniej młodzieżówka CDU – Junge Union, wzywała do bojkotu filmu „Mission Impossible", w których główną rolę grał Tom Cruise, aktor związany z tym ruchem. Z kolei we Francji w 1999 r. wybuchł skandal, gdy okazało się, że sędzia z Paryża, która sympatyzowała ze scjentologami doprowadziła do zagubienia kilkuset kilogramów akt (*sic*!) śledztwa skierowanego przeciwko ich grupie. Następnie okazało się, że akta postępowań dotyczących reprezentantów tego ruchu zaginęły też w gmachach prokuratur w Verdun i Nancy. W 2002 r. paryski oddział organizacji został ukarany sądownie grzywną w wysokości 8 tys. euro i 2 tys. euro dla przewodniczącego – za złamanie prawa tajemnicy danych informatycznych, polegające na przechowywaniu na dyskach komputerowych informacji o byłych adeptach, o charakterze niejednokrotnie sensytywnym. Tym samym po raz pierwszy we Francji skazano organizację, a nie wyłącznie jej członków, co dotąd odnosiło się do przestępstw definiowanych przez tamtejsze prawo karne jako „zorganizowane oszustwo grupowe" tudzież „nielegalne praktykowanie farmacji". Dodać należy, że od 2001 r. obowiązuje we Francji tzw. ustawa Picard, o charakterze „antysektowym", krytykowana przez europejskie i światowe instytucje ochrony praw człowieka m.in. za jej nieprecyzyjny zakres przedmiotowy.

[5] Orzeczenia te autor otrzymał w wersji angielskiej dzięki uprzejmości Pana Profesora Michała Pietrzaka (Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

przykład art. 18 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych przewiduje możliwość ograniczenia wolności uzewnętrzniania religii i przekonań jedynie w ten sposób, który jest przewidziany przez ustawę i jest konieczny dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia, moralności publicznej albo ochrony podstawowych praw i wolności innych osób.

Scharakteryzowane orzeczenia odnoszą się też do granic krytyki przekonań religijnych oraz filozoficznych, ochrony dobrego imienia byłych członków organizacji, a także możliwych implikacji przynależności do niej na sprawowanie władzy rodzicielskiej i związane z tym potencjalne zagrożenie indoktrynacją osób niepełnoletnich poddanych tej władzy. Omówiona niżej sprawa Yvonne Van Duyn v. Home Office była również przedmiotem orzeczenia w trybie prejudycjalnym Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości 4 grudnia 1974 r., co czym niżej.

CHARAKTERYSTYKA ORZECZEŃ SĄDOWYCH

A. R v. REGISTRAR GENERAL, EX PARTE SEGERDAL AND ANOTHER

[LIPIEC 1970] To orzeczenie Izby Cywilnej Sądu Apelacyjnego (Court of Appeal, Civil Divison) z zakresu prawa wyznaniowego. W Anglii od czasów reformacji zniesiony jest rozdział między państwem i Kościołem[6]. W zakresie prawa kościelnego orzekają w imieniu monarchy sądy świeckie według ogólnie przyjętych reguł wyrokowania. W tym przypadku przedmiotem sporu była rejestracja miejsca kultu religijnego. Rejestracja kaplicy jako miejsca kultu umożliwia zwolnienie nieruchomości z podatków, otwiera drogę do celebrowania skutecznych w porządku państwowym małżeństw itp. Stan faktyczny sprawy dotyczył odmowy rejestracji kaplicy Kościoła Scjentologicznego przez właściwy urząd. Scjentologowie dowodzili, że rejestracja kaplicy nie leżała w sferze uznaniowości urzędnika (Registrar General). Zdaniem organizacji istniał automatyczny obowiązek wpisania kaplicy jako miejsca kultu religijnego od momentu zgłoszenia. Wynikał on, zdaniem scjentologów, z Ustawy Rejestracyjnej (REGISTRATION ACT z 1855 r.). Sama ustawa miała charakter konsolidacyjny i była następstwem długotrwałej

[6] Anglikanizm jest obecnie wyłącznie religią państwową w Anglii. Anglikański Church of Ireland od 1871 r. przestał być kościołem państwowym w Irlandii, a od 1920 r. nie ma kościoła państwowego również Walia. W Szkocji w następstwie długiej opozycji względem biskupiej władzy króla, kościołem państwowym jest prezbiteriański Church of Scotland.

liberalizacji przymusu wyznawania anglikanizmu. Najpierw w 1688 r. przyznano prawo do wspólnej publicznej celebracji dysydentom protestanckim, a następnie ustawami z 1791 i 1829 r. (RELIEF ACTS) rozciągnięto prawo publicznej celebracji na katolików. Wreszcie w ostatniej kolejności przywilejem tym objęto w 1846 r. żydów (RELIGIOUS DISABILITIES ACT). Przywileje tych trzech ustaw zostały w 1855 r. skonsolidowane w obowiązującą do dziś ustawę (RELIGIOUS WORSHIP REGISTRATION ACT).

Na podstawie tej ustawy urzędnik odrzucił wniosek Michaela Segerdala o zarejestrowanie kaplicy scjentologów. Sąd potwierdził, że rola urzędnika jest czysto służebna i że ogranicza się do zarejestrowania miejsca kultu religijnego [R v. DERBY JUSTICES]. Wymóg rejestracji musi jednak poprzedzać wystąpienie przesłanki religijnego charakteru kultu[7]. W związku z tym lord Denning podtrzymał orzeczenie lorda Parkera i innych z sądu Ławy Królewskiej, od którego odwoływali się scjentolodzy. Zdaniem sędziów nie można mówić o kaplicy jako miejscu kultu religijnego, jeśli sam kult nie ma charakteru religijnego. Scjentologia nie jest bowiem, zdaniem sędziów, religią. Zarówno urzędnik odmawiający wpisu, jak i kolejne sądy oparły się w tym zakresie na przedłożonym przez scjentologów podręczniku ceremonii (*Ceremonies of the Founding Church of Scientology*). Obok chrztów, pogrzebów i celebracji małżeństw podstawowym przeznaczeniem kaplicy były wykłady na temat poszczególnych doktryn ruchu oraz organizowanie kursów. Żadna z tych praktyk nie miała jednak charakteru teistycznego. We wszystkich tych celebracjach, jak również w wyznaniach wiary, zasadniczo nie pojawia się słowo Bóg. Stąd nawet akt gdzie indziej religijny, jak odmówienie *credo*, nie ma tu charakteru religijnego ze względu na zawartość tej formuły. Siłą rzeczy kaplica nie jest tu miejscem wielbienia Boga czy bóstw albo aktów rewerencji dla istoty najwyższej. Od tak rozumianej kaplicy jako miejsca kultu religijnego sędziowie skłonni byli dopuścić tylko jeden wyjątek. Tym wyjątkiem był buddyzm przez wzgląd na czcigodną starożytność tej religii. Scjentologia jest, zdaniem lorda Denninga, raczej filozofią egzystencji ludzkiej niż religią. Ześrodkowuje się na duchu człowieka, jego nieśmiertelności i wędrówce przez kolejne cielesne powłoki. Scjentologowie nie przedstawili dostatecznych dowodów, że jest to miejsce kultu o charakterze religijnym. Sędzia Winn dostrzegł natomiast podobieństwo z pogańską mitologią grecką. Jego zdaniem, mianem religii określa się również kult antropomorficznych bóstw i demonów starożytnych Greków. Stąd kwestionował raczej brak kultycz-

[7] R. Uitz, *op. cit.*, s. 104, przyp. 250.

ności niż religijny charakter. Sędzia Buckley podkreślał natomiast brak w scjentologii obiektu kultu, uwielbienia, dziękczynienia, modlitwy czy wstawiennictwa. Podkreślił przy tym, że nie spodziewa się, by wszystkie praktyki zawierały odniesienia religijne, ale wydaje się niemożliwe, aby religia nie zawierała takich odniesień w ogóle. Stąd niedzielne spotkania scjentologów są, jego zdaniem, raczej wykładem doktryny niż liturgią.

Apelacja scjentologów została jednomyślnie odrzucona. Scjentologia nie jest w Anglii religią. Jest natomiast religią np. w Australii. Sąd Najwyższy tego kraju zdecydował, że dla celów zwolnień podatkowych scjentologia jest religią. Uzasadniono to m.in. „ślepym nabożeństwem" (*blind reverence*), jakie mają członkowie tej organizacji dla pism jej założyciela. Podczas dyskusji w parlamencie brytyjskim w grudniu 1996 r. pojawiły się sugestie, że raczej parlament aniżeli sąd i urzędy powinien określić definicją ustawową, co jest, a co nie jest religią.

B. YVONNE VAN DUYN v HOME OFFICE [Europejski Trybunał Sprawiedliwości, Case 41/1974]. Kościół Scjentologii jest organizacją założoną w Stanach Zjednoczonych. Największym ośrodkiem w Europie jest centrum w East Grinstead, Sussex (Anglia). Jest to Kościół o charakterze międzynarodowym, co ma konsekwencje gdy chodzi o obsadę funkcji w poszczególnych organizacjach. W lipcu 1968 r. rząd Wielkiej Brytanii zapowiedział posunięcia obliczone na utrudnienie działalności Kościoła jako instytucji społecznie szkodliwej. Nie ograniczono jednakże swobody praktykowania scjentologii w Zjednoczonym Królestwie, ani możliwości przystąpienia i pracy w Kościele dla Brytyjczyków.

W maju 1973 r. na lotnisko Gatwick przybyła obywatelka holenderska pani Van Duyn, która otrzymała ofertę pracy w brytyjskiej centrali scjentologów. Urzędnicy imigracyjni odmówili jej prawa wjazdu w celu podjęcia pracy. Traktat rzymski z 1957 r. ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, w artykule 48 przyznawał obywatelom państw członkowskim swobodę wjazdu i podjęcia pracy w państwach EWG. Pani Van Duyn skierowała sprawę przeciwko Home Office do brytyjskiego sądu. Chancery Division of the High Court of Justice zwrócił się poprzez artykuł 177 z pytaniem prawnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o możliwość bezpośredniego powoływania się przez osobę fizyczną na artykuły traktatu przed sądem krajowym. Trybunał Europejski przyznał takie prawo zwłaszcza, że artykuł ten nie wymagał żadnej dodatkowej implementacji. Drugie pytanie dotyczyło możliwości bezpośredniego stosowania Dyrektywy Rady nr 64/221. Był

to akt EWG poświęcony środkom specjalnym ograniczającym swobodę przepływu i osiedlania się obcokrajowców. Dyrektywa dopuszczała poddany sądowej kontroli wyjątek od zasady swobodnego przepływu osób ze względu na interes państwa (*public policy*), bezpieczeństwo publiczne (*public security*) i zagrożenie zdrowia (*public health*). Artykuł 3 dyrektywy stanowił, że środki specjalne mogą być stosowane tylko ze względu na osobiste postępowanie danej osoby. Pani Van Duyn utrzymywała, że nie dała swoim postępowaniem podstaw do odmówienia jej prawa pobytu i zezwolenia na pracę. Wręcz przeciwnie, odmowa prawa do wjazdu nastąpiła nie ze względu na jej działania, lecz działania organizacji scjentologów. Trybunał Europejski przyznał rację pani Van Duyn, stwierdzając, że artykuł 3 wspomnianej dyrektywy powinien znaleźć bezpośrednie zastosowanie. Stało się tak pomimo, że dyrektywy nie wywołują automatycznego skutku, a w tym przypadku dyrektywa nie była nawet inkorporowana do wewnętrznego porządku prawnego państwa. Sąd uznał, że artykuł 3 dyrektywy jest jasny i jednoznaczny, a wzgląd na bezpieczeństwo prawne osób podejmujących decyzję przeprowadzki wymaga nadania mu bezpośredniego skutku. Pani Van Duyn otrzymawszy satysfakcjonujący wyrok ponowiła próbę wjazdu do Anglii. Tu po raz kolejny została zawrócona, a sprawa znowu trafiła do sądu. Tym razem uzasadnienie sądu brytyjskiego w sposób definitywny zamknęło pani Van Duyn możliwość działalności w Anglii. Sąd stwierdził, że jakkolwiek pozornie pani Van Duyn nie dopuściła się żadnych działań sprzecznych z interesem państwa, to jednak już sama decyzja o przynależności do organizacji takiej, jak Kościół Scjentologów, jest sprzeczna z interesem państwa. Skutkiem czego znajduje zastosowanie wspomniana dyrektywa o środkach specjalnych, określająca wyjątki od swobodnego przepływu osób. Z biegiem czasu rząd Wielkiej Brytanii zniósł restrykcje wjazdowe dla scjentologów, o czym wspomniano wyżej.

C. HUBBARD v. VOSPER [LISTOPAD 1971]. HUBBARD I INNI PRZECIWKO VOSPEROWI I INNYM jest ważnym precedensem z zakresu prawa autorskiego. W 1971 r. Cyril Vosper, były członek Kościoła Scjentologicznego z 14-letnim stażem służby w brytyjskiej siedzibie tej organizacji, zdecydował się opublikować książkę. Praca nosiła tytuł *Mind Benders* („Naginacze myśli"). Jeszcze tego samego dnia, Ron Hubbard, założyciel Kościoła i sam Kościół wnieśli powództwo przeciwko Vosperowi i jego wydawcy – firmie Neville Spearman Ltd. Pierwszy zarzut scjentologów dotyczył naruszania praw autorskich (*copyright infringement*) przez cytowanie na szeroką skalę książek i publikacji Rona Hub-

barda. Drugi zarzut dotyczył wykorzystania poufnej informacji (*breach of confidentiality*). Po wstępnym wysłuchaniu stron sędzia udzielił tymczasowego (prewencyjnego) zakazu (*interlocutory injunction*), który dotyczył dystrybucji, upowszechniania, sprzedaży lub dzielenia się wspomnianą książką i poufnymi informacjami tak przez samego autora oraz wydawcę, jak i pracowników lub agentów. Od decyzji wniesiono apelację do izby cywilnej Sądu Apelacyjnego (Court of Appeal, Civil Division), gdzie orzekało trzech sędziów, a wśród nich lord Denning.

Vosper za słoną opłatą uczestniczył w kursie szóstego stopnia wtajemniczenia, który Kościół uważał za poufny. W tym celu podpisał zobowiązanie do wykorzystania tak uzyskanej wiedzy wyłącznie dla potrzeb scjentologii oraz nieujawniania informacji poza wąskim kręgiem osób do niej uprawnionych. W trakcie kursu uległ czemuś, co można określić jako definitywne rozczarowanie do scjentologii. Organizacja zgodnie ze swoją wewnętrzną dyscypliną zakwalifikowała go jako „osobę prześladującą" i przyznała mu status „wroga". Zgodnie z wcześniejszymi wersjami „kodeksu" etycznego organizacji (*Introduction to Scientology Ethics*, 1969), tracił on wszelkie prawa do własnej osoby, mienia i pozycji (*self, possesions and position*). Każdy inny scjentolog mógł uczynić przeciwko niemu dosłownie wszystko, pozostając bezkarnym z punktu widzenia wewnętrznych reguł organizacji. Jeśli więc nikt nie zdecydował się np. Vospera zabić, to raczej ze względu na sankcje i środki przymusu pozostające w dyspozycji państwa. Sędzia, lord Denning, podkreślił, że organizacja „chroniła swoje sekrety pożałowania godnymi środkami". Sędzia Megaw zauważył jednak, że z edycji „kodeksu" etycznego obowiązującego w momencie wydania wyroku (*Introduction to Scientology Ethics,* 1970) te najbardziej radykalne sankcje zostały usunięte. Regulamin wewnętrzny organizacji jednak nadal przewidywał sankcje za zabójstwa, podpalenia itp., wyłączając z tej ochrony osoby klasyfikowane jako prześladowców. Przy czym za prześladowców uważano nie tylko osoby udzielające nieprzychylnych Kościołowi informacji prasie czy sądom, ale nawet tych, którzy dochodziliby swoich długów przeciwko innemu scjentologowi lub organizacji bez zgody przewodniczącego.

Poufna informacja nie jest zasadniczo chroniona przez *common law*, lecz przez subsydiarny system maksym prawniczych określanych mianem *equity*. I tak istnieje maksyma mówiąca, że ten, kto poufnie posiadł informację, nie może czerpać z niej korzyści. W tym przypadku nie znalazła ona zastosowania, gdyż pierwszeństwo miała inna maksyma „Ten, kto przychodzi po *equity* (ten, kto odwołuje się do maksym słusznościowych), musi przychodzić z czystymi rękoma". Hubbard i Kościół Scjen-

tologii przez wzgląd na drastyczne regulaminowe środki zastraszania nie mieli, zdaniem sądu, „czystych rąk".

Nadto lord Denning powołał się na *ratio decidendi* swojego własnego orzeczenia FRASER v. EVANS. Wskazano tam na interes publiczny, jako w drodze wyjątku wyłączający tajemnicę objętych nią informacji. W orzeczeniu skrytykowano sędziego niższej instancji, który wydał zakaz prewencyjny bez uwzględnienia już na tym etapie interesu publicznego. Zdaniem sądu, interes publiczny jest do wyczytania z informacji, które udostępniali sami scjentologowie. Dopuszczali oni, że organizowane przez nich kursy psychoterapeutyczne (tzw. *auditing*) mogą być niebezpieczne dla zdrowia. Zdaniem sądu jest to okoliczność, która przemawia, by demaskujące publikacje, takie, jak praca Vospera, nie były opóźniane przez prewencyjne zakazy i przewlekłe postępowanie.

W kwestii praw autorskich sędziowie stwierdzili co następuje. Po pierwsze, Hubbardowi przysługują prawa autorskie do książek, biuletynów i listów jego autorstwa. Po wtóre, powód utrzymywał, że niektóre cytaty zamieszczone w książce Vospera są tak istotne i tak obszerne, iż mogły stanowić naruszenie praw autorskich Hubbarda. Sąd przyjął jednak obronę podniesioną przez Vospera, odwołującą się wprost do zapisu ustawy Prawo autorskie z 1956 r. Przepis tej ustawy wyłączał możliwość naruszenia praw autorskich przy opracowaniach dla celów krytycznych lub recenzenckich (*fair dealing for purposes of criticism or review*). Odrzucono argument Hubbarda, że krytyka może dotyczyć wyłącznie formy czy stylu. Dopuszczono w całej rozciągłości możliwość krytyki założeń filozoficzno-doktrynalnych publikowanych prac. Podkreślano także, że różnice co do charakteru książek Vospera i Hubbarda wykluczają motyw wykorzystania cytatów dla stworzenia publikacji konkurencyjnej.

D. WOODS v. SCIENTOLOGY [lipiec 1998]. Kolejnym po VOSPER v. HUBBARD sporem pokazującym, jak wiele kosztuje wybronienie wolności słowa, jest sprawa Richarda i Bonnie Woods. Państwo Woods byli pracownikami jednej z głównych organizacji scjentologów w Los Angeles. Po odejściu z Kościoła prowadzili poradnictwo dla osób upuszczających organizację w Anglii (*exit counselling*). W bezpośrednim sąsiedztwie ich domu członkowie organizacji urządzili pikietę i rozrzucali zniesławiające ich broszury. Podobne zamieścił o nich magazyn scjentologów „Freedom". Dwóch rzeczników prasowych Kościoła uznało za stosowne bezpodstawnie pomawiać Richarda i Bonnie Woods w liczących się programach telewizyjnych. Kościół Scjentologii za naczelny cel stawia sobie efektywność w przetrwaniu. Statystyki dotyczące wzra-

stającej liczby członków przedstawiane są jako gwarancja przetrwania. Szkalowanie zaś przeciwników jest uważane za dopuszczalny środek w walce o przetrwanie. Również atakowanie długimi i kosztownymi procesami sądowymi na bardzo dużą skalę, uważane jest za godziwy środek tłumienia krytyki. Wytoczenie powództwa oznacza dla przeciwnika organizacji groźbę ruiny finansowej lub rzadziej więzienia. Z efektu zastraszenia, organizacja doskonale zdaje sobie sprawę i manipuluje powództwami bez względu na szanse wygrania. Dla pozwanego oznacza to ogromny stres, koszta i stratę czasu. Organizacja wygrywała faktyczną dysproporcją stron – dysponując najlepszymi prawnikami i nieograniczoną ilością środków. Z drugiej strony jest sąd, który bardzo często waha się przez dłuższy czas między ochroną dobrego imienia wyznania a prawem do krytyki dla byłych członków. Gdy państwo Woods zdecydowali się pozwać organizację o zniesławienie, Kościół Scjentologiczny wytoczył przeciwko nim trzy powództwa o zniesławienie. Głównie chodziło o użycie na określenie scjentologów słów „niebezpieczny kult", m.in. w rozprowadzanej przez nich ulotce. Przez dłuższy czas Bonnie była pozbawiona fachowej obrony i miała trudności w opłaceniu biletów na wielokrotne dojazdy do sądu. Z czasem udało się zainteresować organizację o nazwie Liberty Panel, która udzieliła *pro bono* profesjonalnej opieki prawnej. Proces doszedł do punktu, w którym sędzia zażądał oględzin zaawansowanych materiałów formacyjnych scjentologii (dotyczących tzw. Operacji Tetan). Prawdopodobnie ze względu na ich kompromitującą zawartość, scjentolodzy szybko wnieśli ugodę. Ponieśli przy tym milionowe koszta postępowania i zrzekli się wszelkich przyszłych powództw przeciwko państwu Woods z tytułu rozprowadzanych przez nich publikacji. Podobne procesy kierowane są przeciw gazetom czy urzędom państwowym (Church of Scientology of California v. Department of Health and Social Security [styczeń 1979].

E. RE B AND G (MINORS) (CUSTODY) [lipiec 1984]. Ostatnią sprawą jest orzeczenie z zakresu prawa rodzinnego. Imiona i nazwiska oraz docelowy kraj wyjazdu zostały przez sąd utajnione ze względu na bezpieczeństwo dzieci. Sprawa dotyczyła opieki nad dwójką rodzeństwa: chłopca lat 10 i dziewczynki lat 8. Oboje rodzice byli scjentologami. Z czasem postanowili się rozejść. Matka wyraziła zgodę na pozostawienie opieki nad dzieckiem ojcu. Oboje założyli nowe ogniska domowe. Ojciec z macochą, którzy odtąd sprawowali opiekę, byli oboje oddanymi scjentologami. Matka z ojczymem opuścili organizację i zamieszkali w innym kraju *common law* (przypuszczalnie w Kanadzie). W 1982 r. korzystając z prawa widywania matka zabrała dzieci do swojego kra-

ju i wniosła o odebranie opieki. Gdy ojciec przyjechał odebrać dzieci, matka usiłowała dokonać nieudanego porwania poza jurysdykcję, na teren Stanów Zjednoczonych. Sąd wniósł o wydanie dziecka, do czego przychyliły się władze amerykańskie. Angielski sędzia Latey zganił to bezprawne zachowanie, choć wyraził zrozumienie dla lęku matki przed utratą dzieci. Matka nabrała z czasem przekonania o szkodliwym charakterze scjentologii. Jednocześnie wiedziała, że jeśli dzieci pozostaną pod opieką ojca, będą poddane scjentologicznej indoktrynacji o nieprzewidywalnych dla zdrowia psychicznego skutkach. Wniosła o odebranie opieki ojcu i wychowanie dzieci poza organizacją do czasu, kiedy będą mogły samodzielnie wybrać. Sędzia Latey z High Court Family Division stanął przed ogromnie trudnym wyborem między równie ciepłymi i oddanymi dzieciom rodzicami. Szalę miał przechylić tzw. *scientology factor*, to jest odpowiedź na pytanie, czym jest i jaką jest natura scjentologii. Sędzia podkreślił, że badanie to ma znaczenie nie ze względu na samo wyznanie, lecz wyłącznie ze względu na ustalenie interesu dziecka. Zebrane dowody, dotyczące scjentologii, jak i sam wyrok, są unikatowym dokumentem w sprawie domniemania niebezpiecznej natury tej organizacji. Po ujawnieniu, sędzia ważąc wady i zalety organizacji stwierdził, że „Scjentologia jest zarazem niemoralna i społecznie odrażająca. [...] W moim przekonaniu jest oszukańcza, zepsuta, niebezpieczna. Jest oszukańcza ponieważ jest oparta na kłamstwach, zwodzeniu i ma za cel pozyskiwanie pieniędzy i władzy dla Hubbarda, jego żony oraz całego kierownictwa. Jest zepsuta, ponieważ pozwala sobie na nielicujące praktyki względem kogokolwiek, kto nie trzyma się ściśle linii, bądź opiera się lub krytykuje. Jest niebezpieczna, gdyż usidla ludzi, a szczególnie dzieci i wrażliwych młodych ludzi indoktrynuje ich i pierze im mózgi czyniąc z nich bezwolnych niewolników i narzędzia w rękach kultu, wycofanych ze zwykłego myślenia, życia i relacji z innymi". W najlepszym razie scjentologia pozbawia ofiary masy dochodów oraz pochłania ogromne ilości czasu, który mógłby być konstruktywnie wykorzystany. Prawo do opieki i wywiezienia dzieci poza jurysdykcję brytyjską zostało przyznane matce. We wrześniu 1984 r. sędziowie Sądu Apelacyjnego podtrzymali wyrok sędziego Latey i odrzucili apelację ojca.

Podsumowanie

Problematyka związana z nowymi ruchami religijnymi jest niezwykle szeroka. Trudno odwracalne zmiany w psychice adeptów wymagają nierzadko fachowego deprogramowania. Wielu grupom zarzuca się

wyrywanie młodzieży z podjętej edukacji i porzucanie przez dorosłych miejsc pracy. Społeczeństwo ponosi koszta ponownego włączenia tych osób w życie społeczne i zawodowe. Podnoszony jest problem dezintegracji rodziny. Kontrowersje wzbudza wyzyskiwanie darmowej pracy adeptów, a czasami przymusowe przetrzymywanie. Zwraca się uwagę na opartą na niedostatecznej informacji presję grupowej metody pozyskiwania członków. Innym problemem jest wykorzystywanie zaufania dla pozyskiwania majątku adepta. Ograniczana bywa możliwość opuszczenia grupy przez szantaż udzielonymi poufnie tajemnicami. Notowane są przypadki doprowadzenia do śmierci w następstwie motywowanego doktrynalnie odrzucenia opieki medycznej. Ruchy tego typu często wykorzystują status organizacji dobroczynnych lub ukrywają się pod zmienionymi nazwami. Na styku z państwem zwracają uwagę przestępstwa podatkowe i kryminalne. Wolność religijna nie jest więc absolutna i doznaje ograniczeń ze względu na bezpieczeństwo oraz inne prawa człowieka. Następuje kolizja konkurencyjnych wartości, takich jak ochrona rodziny, a wolności sumienia i wyznania. Powstaje pytanie o interwencję państwa co do zakreślenia granic wolności religijnej lub ustalenia pierwszeństwa praw.

Sądy stają przed rozstrzygnięciami między prawem do swobodnej krytyki, a ochroną dobrego imienia grup i ich członków. W tym kontekście podkreśla się, że największym zagrożeniem dla tych ruchów jest swobodny obieg informacji. Największym sprzymierzeńcem natomiast tłumiące wolność słowa przewlekłe i kosztowne szykany sądowe.

Współczesne demokracje zachodnie nie roszczą sobie prawa do oceny treści wierzeń religijnych. Wolność zrzeszenia się osób dorosłych z założenia niesie ze sobą pewne ryzyko złego ukierunkowania przez grupę. Wszelkie przestępstwa i nadużycia zwalczane są przy pomocy nieuwarunkowanych wyznaniowo zwyczajnych środków prawnych. Postuluje się skierowanie środków w kierunku bezstronnej informacji dla młodzieży i organów egzekwujących prawo. Wnioski te oparte są na oficjalnym raporcie z debaty Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy poświęconego scjentologii i innym kultom (5 luty 1992 r.) oraz na dokumencie Parlamentu Europejskiego (1-47/84 z 2 kwietnia 1984) znanym jako Raport Cottrella.

W raporcie sir Johna Hunta, brytyjskiego konserwatysty, dotyczącego sekt i nowych ruchów religijnych dla Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy (dokument 6535 SADOC 6535 z 29 listopada 1991 r.), wspomina się, że w Zjednoczonym Królestwie instytucje wyznaniowe mogą być zwolnione z płacenia podatków, ale w sytuacjach określonych

prawem. Istnieje tam organizacja Inform, weryfikująca tego rodzaju informacje o tychże podmiotach[8].

Należy podzielić opinię Mariusza Agnosiewicza o konieczności oddzielenia wierzeń i teorii scjentologicznych od organizacji, w ramach której są one publicznie i zbiorowo praktykowane. Należy przeprowadzić dystynkcję między „scjentologią" a „Kościołem Scjentologicznym" tak, jak odróżnia się np. chrześcijaństwo od Kościoła Rzymskokatolickiego. Dużą wagę należy też przyznać edukacji religioznawczej i przekazywania zobiektywizowanych informacji o nowych ruchach religijnych[9].

Istotne jest również unikanie odpowiedzialności zbiorowej, zgodnie z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Zatem karanie całego związku wyznaniowego za przestępstwa popełnione przez niektórych jego członków musi być każdorazowo uwzględniane, m.in. przez pryzmat zasady proporcjonalności, co ukazują omówione wyżej orzeczenia.

[8] M. Szostak, *Sekrety destrukcyjne. Studium metodologiczno-kryminalistyczne*, Kraków 2001, s. 99.

[9] M. Agnosiewicz, *Scjentologia nie jest niedorzeczna*, www.racjonalista.pl/kk.php/s,1400 [dostęp: 18.03.2013].

Jacek Falski

THE EVOLUTION OF THE SYSTEMIC PRINCIPLE OF SECULARISM IN FRANCE AND TURKEY, AND LEGAL RESPONSES OF THESE STATES TO THREATS POSED BY RELIGIOUS SYMBOLS IN THE ECHR*'S ASSESSMENT

Introduction

In recent years, the Western world and its mature, laicized democracies have been experiencing a confrontation with extremist Islam organizations. Religion has been the basis and justification for the conflict. On the one hand, we deal with Muslim organizations, originating mainly from confessional states where Islam is the state religion, on the other — with states with a more or less secular nature of public order (regardless of legal regulations existing in this scope). Two countries are demonstrative of these aspects. One is France, the cradle of model atheism and separation of church and state, though primarily catholic inhabited by approx. 6 million Muslims (or closer to 8 million, according to unofficial statistics), and second — Turkey, whose aspirations to join the European Union have been clear for well over a decade, 95% Muslim, but no doubt secular in light of its binding Constitution.

The Republic of Turkey, in view of its history and the vibrance of the religion practised by a vast majority of citizens, has incomparably

* European Court of Human Rights.

greater difficulties in implementing and defending its programme of public and legal secularity than France. Both countries (among many others) are forced to face undoubtedly problematic relations between the secular state vs. attempts made by its citizens to introduce symbols, religious in nature, to the "public sphere". In both cases, one such symbol is the Muslim headscarf, despite the fact that for obvious reasons the extent of the occurrences in France and Turkey are incomparable.

Wearing a symbol of the dominant religion in public schools in a situation when the country is shaken by fundamental movements and the ruling party is undertaking anti-secular actions can be considered an act of proselytism, threatening the public order and the rights and freedoms of other people. Similar statement as regards France would not be justified, as students manifesting their (Muslim) religious identity in public schools are in the minority, and Catholicism, the majority religion, not only does not threaten secularity, but is also rarely practised. However, this does not change the fact that in both cases, certain behaviours may violate the constitutional principle of secularism which gathers — on equal terms — all citizens under common rules, preventing anyone from taking advantage of their religious beliefs in order to free themselves from specific, general principles governing relations between the public sphere — related to the Republic — and to private, personal one.

Confrontation between the Christian and Islam civilizations is — no doubt — at present one of the most important global issues requiring the most reliable research and analyses of various dimensions, scopes and qualifications. Proceeding to a discussion of the results and determinations of the studies, which form the basis for this publication, I would like to begin with those addressing the historical, legal-constitutional and political realities of France and Turkey as regards sources, formula, position, role, importance, consequences and, finally, evolution of the — key in both cases — constitutional principle of secularity.

The following considerations should be preceded by an observation that the model of relation to religions and churches adopted by the state conditions and implies social, family, educational, cultural, and even medical and financial behaviours, determining choices and activities, and, often, simply life.

The origin and role of the principle of secularism in the French constitutional order[1]

For several centuries, France rather consistently implemented a secular state, however, only the later years of the 19th century and the very beginning of the 20th century saw a fundamental breakthrough.

During the initial period of the French Revolution, the clergy was granted pay from the state treasury, whereas church property was taken over as national assets. Moreover, public institutions were also secularized, as well as public registry records. The act of marriage was considered a civil law contract, divorces were allowed, and the process of secularizing education was initiated.

Such separation of church and state, implemented by way of the legal acts of 1795, was formally binding until the concordat was signed in 1801, which involved, *inter alia*, a prohibition of the state providing material support to religious unions, or making property available to them for religious or residential purposes.

State legislation did not recognize the hierarchy of any church, worship activities of religious unions were subject to a special control by the state, and the clergy were deprived of privileges associated with their performing of a religious function.

Another stage in the secularization process of the state was marked by the period of the Paris Commune, whose activists perceived the Catholic Church and clergy as supporters of the Bourgeoisie and the overthrown monarchy. On 2 April 1871, a decree was made on the separation of church and state, cancellation of denominational budgets, recognition of church property as belonging to the nation, and insurance of the freedom of conscience and religion. Consequently, religion was eliminated from schools and the oath that had been religious in nature was abolished.

The beginning of the 20th century saw a number of actions, including a prohibition of teaching by clergymen (1904), questioning of the principle of initial consultations on bishop nominations with the Roman Curia and, finally, severance of diplomatic relations between France and the Vatican (July 1904). In December 1905, the Parliament adopted

[1] See: e.g., J. Falski, "Republikańska zasada laickości we współczesnej Francji", in: *Studia nad ustrojoznawstwem i administracją. Księga jubileuszowa Profesora Michała Teofila Staszewskiego,* ed. Jacek Zieliński (Siedlce, 2007), pp. 87–103; idem: "Ewolucja republikańskiej laickości we Francji", Państwo i Prawo (2008), issue 4, pp. 54–64.

separation of church and state, which in fact meant annulment of the concordat while maintaining the principle of freedom of conscience and religion. The Republic was to be fully secular and not to interfere in the sphere of religion; whereas the church was not allowed to perform any public functions.

The following is a brief description of the contemporary constitutional and legal order with reference to the issue in question.

Legal acts, forming the "constitutional block"[2] binding in France, with reference to the question of religion stipulate, i.e., that: "France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs."[3] "No one shall be disquieted on account of his opinions, including his religious views, provided their manifestation does not disturb the public order established by law",[4] "...each human being, without distinction of race, religion or creed, possesses sacred and inalienable rights. (...) No person may suffer prejudice in his work or employment by virtue of his origins, opinions or beliefs. (...) The provision of free, public and secular education at all levels is the duty of the State. (...) France shall form with its overseas peoples a Union founded upon equal rights and duties, without distinction of race or religion (...)".[5]

The separation of church and state, implemented in France by way of the Act of 9 December 1905,[6] is considered today as a classic European model. The introduction of the solution was preceded by a long-lasting conflict between the pro-monarchic Catholic hierarchy supported by the aristocracy and large landowners with anticlerical and pro-republican Bourgeoisie.[7]

---

2 The so-called „constitutional block" comprises: the Constitution of the French Republic of 4 October 1958, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1788, the Preamble to the Constitution of 1946 and the fundamental principles of the Republic; see also: G. Koubi, "La laicité dans le texte de la Constitution", *Revue du Droit Public* 5/1997, p. 1309.

3 Article 1 of the Constitution of the French Republic of 4 October 1958.

4 Article 10 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789.

5 Selection of excerpts from the Preamble to the Constitution of the French Republic of 27 October 1946.

6 "Act on the separation of church and state (Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État) of 9 December 1905, J.Off. of 11 December 1905", in: L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, ed. VII (Paris, 1952), p. 331.

7 See: M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe* (Warsaw, 1999), p. 29 et seq., 83, 85, 87.

According to the Vocabulaire Juridique, "secularity is a principle characteristic of a state in which all political and administrative competencies belong to secular authorities without participation or mediation of church authorities and without the state interfering in religious issues; the secular nature of a state is associated with its religious neutrality".[8]

The French approach to secularity consists, in light of the respective provisions of the constitutional block cited above, in a manner of enjoying religious freedom, which takes into account requirements of the public interest, the principle of equality of religions and protection of other civil freedoms. In particular, the postulate of equality of religions, being one of the fundaments of the secularity understood in such a way, is still the subject of animated debate in France. For example, Jacques Robert in his publication *Liberté Publique* states that the content of Articles 1 and 2 of the Act of 1905[9] proves that the French state does not favour any religion, as it does not support any of them, but recognizes them all and ensures their unimpeded practise[10]. This statement is in harmony with an opinion of the French Constitutional Council that "the principle of equality requires applying similar solutions to similar situations."[11]

As Michał Pietrzak noted, "Cult ceased to be (in France — author's comment) a public service",[12] and public affair, one would like to add. It should be reminded that it is an obligation of the authorities of a democratic state to guarantee the citizens opportunities to live in a constitu-

---

8 *Vocabulaire Juridique* (ed. G. Cornu), Presses Universitaires de France (1987), p. 464. See also P.-H. Prélot, "Laicité et liberté de religion", in: *Doctrines et doctrine en droit public*, Presses univesitaires de Toulouse (1997), p. 132.

9 Act of 9 December 1905 (see footnote 5), Article 1: "The Republic shall ensure the freedom of conscience. It shall guarantee free participation in religious worship, subject only to the restrictions laid down hereinafter in the interest of public order". Article 2.1: "The Republic does not recognize, remunerate or subsidize any religion. In consequence, (...) all expenses concerning the practice of religion shall be abolished from the budgets of the State, Departments and municipal councils. However, expenses related to the services of the chaplaincy and intended to ensure the free exercise of religion in public establishments such as secondary schools (*lycées* and *colleges*), and primary schools, hospitals, asylums and prisons, may be included in these budgets". Article 2.2: "The public establishments of religion are abolished (...)".

10 J. Robert: *Libertés publiques* (Montchrestien, 1977), p. 361.

11 L. Garlicki, J. Trzciński (ed.): *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych* (Wrocław, 1990), p. 4.

12 Op. cit. in footnote 6, p. 87.

tionally defined public order. Such responsibility applies to all forms of social activity and is associated with the necessity to perform limiting, controlling, sanctioning or prohibiting actions. Religious activity is also subject to such assessments and actions, even more so, as the dependent relationship between a member of a church and the religious group to which he or she belongs is often very strong and may be contradictory to the rights and freedoms guaranteed to the citizen.

In recent years, French courts, doctrine as well as administration have been struggling with a difficult problem provoked by cultural and social transformations relating to the conflict created by colliding correlated legal principles — of secularism, freedom of religion and equality of religions. This situation leads to the necessity of implementing and considering solutions (e.g. prohibition of wearing religious symbols in public schools, etc.)[13] which incite social, cultural and religious separation, inconsistent with the principle of national integrity. In such situation, it is extremely difficult to reach a stable balance between the guarantee of freedom and equality of religions, and the incontestable secular imperative of the Republic. The indicated factors result in the fact that, at present, secularism is undergoing axiological recomposition.[14] Desired solutions are not being brought closer by the diversity of signals sent from various decision sources (administration, courts).[15]

---

[13] "Loi n°228 du 15 mars 2004 encadrant du principe de laicité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, colleges et lycées publics", *Revue du Droit Public*, 2/2004, pp. 306–307; see also J. Falski, "Wokół zakazu symboli religijnych we francuskiej szkole publicznej", *Państwo i Prawo* (2011), issue 12, pp. 43–55; J. Soyah: "La laicité reafirmée. La loi du 15 mars 2004", *Revue du Droit Public*, 4/2006.

[14] See e.g., J.P. Camby, "Le principe de laicité: l'apaisement par le droit?", *Revue du Droit Public*, 1/2005; G. Koubi, "Vers une déconstruction du principe de laicité?", *Revue du Droit Public*, issue 2/2004; L. Delsenne, "De la difficile adaptation du principe républicain de laicité or l'évolution socio-culturelle française", *Revue du Droit Public*, issue 2 (2005); M. Barbier, "Pour une définition de la laicité française", *Débat*, 134/2005 (http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0205-Barbier-FR-5.pdf).

[15] E.g., decision of the Council of State No 265560 of 16 March 2005 in the case of the Ministry of Overseas France vs. the Government of French Polynesia stating, i.a., that granting some subsidies for activity or equipment of religions in line with the public interest and in compliance with the law, is not prohibited. The Council of State emphasized the necessity to make a distinction between two levels of the Act of 1905 (and Article 2, in particular) — the symbolic and juristic ones. The body also pointed out that the prohibition of subsidizing religions follows not from the Constitution but from the Act, and in the lack of consistency of legal regulations regarding religious issues in the territory of a coun-

One of the key questions of the French secularity model is the specific shape of financing religions. Pursuant to the applicable Act of 1905, "The Republic does not acknowledge, finance or subsidize any religion..." (Article 2). The axiom "not acknowledging — not subsidizing", characterizing the adopted system, is not and was never closely pursued, and at present it is simply treated instrumentally and, depending on the situation (i.e. immediate benefits or political needs), it is defended, amended, adapted or even avoided, although its status is formally and legally inviolable.[16]

Therefore in practice, churches or, more specifically, their activities may be indirectly financed from public funds — and such is the administrative practice.[17]

In this situation, no wonder that the French doctrine ever more courageously undertakes the question of the need for amending the model of secularity adopted in 1905 as regards its scope and judicial contents. Forcing partial financing of churches upon local governments leads to "some form of their acknowledgement", creating a kind of delicate balance between these functions. Taking into consideration the multiplic-

try, a necessity to base on the Constitution arises. Weakening of the prohibition contained in Article 2.1 by the wording of the last sentence, allowing for including in budgets (central and local ones) of expenses related to the services of the chaplaincy and intended to ensure the free exercise of religion in public establishments such as secondary schools (*lycées* and *colleges*), and primary schools, hospitals, asylums and prisons, is of no lesser importance. As far as the lack of consolidated legal basis for regulation of the issues in question is concerned, it is worth reminding that in Alsace and Lorraine, the Concordat of 19 July 1801 is still binding along with organic articles of 8 April 1802 added to it, as well as organic articles addressing religions other that the Catholic Church (e.g., for the Evangelical Church of 1802). In French Guyana, a regulation of 27 August 1828 and the so-called Mandel Decrees of 16 January and 6 December 1939 are still binding; the decision of the Council of State No 265560 of 16 March 2005 in the case of the Ministry of Overseas France vs. the Government of French Polynesia is available in *the Revue française de Droit constitutionnel* 63/2005, p. 637.

16 See: Hugo Flavier, "Le financement des cultes en France et le principe de laicité", *Revue du Droit Public*, 6/2010, p. 1597.

17 Financial privileges, including tax ones, granted to religious associations and activities conducted by them, are introduced by the following laws, e.g.: Act 2009 – 1312 of 28 October 2009, J.Off. issue 0251 of 29 October 2009, p. 18292; Act of 18 July 2005 No 2005 – 32, J.Off. issue 22 of 27 July 2005 p. 1411 on the amendment to the General Tax Code, e.g., Article 200, Article 238 bis, Article 795, Article 811, Article 1382–4; Article 1407 of the General Tax Code, further on the subject see: J. Falski, "Wieloaspektowość zasady laickości we francuskim porządku konstytucyjnym", in: *Zagadnienia ustroju politycznego współczesnej Francji*, ed. J. Szymanek (Warsaw, 2013).

ity of possible and applied forms of financing, it must be admitted that such a state affects the core of the principle of secularity.

The obligation or possibility of financing, as well as deliberate diversifications regarding its forms, lead to the conclusion that the principle of secularism is undergoing a transformation whose formula is determined by a new axiom: higher financing leads to — proportionally — greater acknowledgement.

To the discrepancy between the provisions of the Act of 1905 regarding the financing of religions adds up another one, concerning unequal treatment of religions, prioritizing religions recognised in the concordat order against the "younger" ones, introduced in France to the larger extent in the 20th century.

Changes (in case law and positive law) regarding the approach to the republican secularity draw the conclusion that religion has been deemed a social phenomenon which should be — partially — financed from state funds when society finds a public interest in it. Therefore, it seems that it would be important and appropriate to remove the feeling of legal ambiguity and uncertainty and to amend legal acts regarding the subject issue in line with the requirements and directions of the transformations that have occurred in this scope.

Current legislation and case law line of the French judiciary warrant the protection of the Republic against the opposition and radicalization of its opponents. The constitutional concept of the Republic and the Nation, excluding the possibility of its division into separate communities (e.g. religious ones), is each time confirmed.[18] However, a certain limitation of the traditional French liberty (e.g. a limitation regarding the possibility of wearing religious symbols or an outfit that manifests religious identity in public schools, introduced by the Act of 15 March 2004, as well as other limitations affecting primarily Muslims) is the price paid for maintaining the *status quo*.[19]

---

[18] Depriving religions, whose development in France took place after 1905, of the opportunity to take advantage of beneficial regulations concerning public property (e.g., mosques are regarded as private buildings with all included consequences), hindering administrative registration of statutes by minority religious groups, unifying calendar holidays (including Sundays) with Christian holidays, etc.

[19] The Constitutional Council in decision No 2004–505 DC of 19 October 2004, stabilized applicable — to questions regarding sustenance of the state secularity — law, including Act No 228 of 15 March 2004, i.e. recognizing that the ban on wearing religious symbols respects the principle of secularity of the state which is, in the Council's opinion, associated with the equality of all with respect to "common rules". According to the Constitution, France is a "secular Republic",

The tendencies leading to juristic reflection of evolutionary processes with regard to the principle of secularism by way of a postulated amendment to the Act on separation between churches and state are being heralded by abandoning strict adherence to some of the provisions of the Act and replacing the republican radicalism with a pragmatic realism, both by the administration (various tax reliefs, subsidies, etc.) and the judiciary, but also by the legislator itself (e.g. through the amendment to the General Code of Local Authorities — Code général des collectivités territoriales, CGCT).[20]

The "great battle for secularity", announced in March 2011 by the UMP party, ruling in France, may serve as a proof of continuous validity and vitality of secular issues in this country. Representatives of six major religions addressed the initiative in an open letter, undermining the empowerment of the party to initiate such a debate, threatening a violation of one of three elements of the Republic's motto, i.e. fraternity. The authorities, *inter alia*, would like to introduce the French language into Muslim prayers, prohibit praying in the streets, even impose secularism on users of some public services, e.g. hospital patients, as well as strictly regulate ritual outfits. On 11 April 2011, a statutory ban on wearing a burqa (voile intégrale) entered into force. The Minister of Interior announced that the debate would result in development of the code of secularism.[21]

Sources, form and meaning of the principle of secularity in the system of Turkey[22]

Preceding the issue of evolution of the principle of secularism in the Republic of Turkey, the original constitutional foundation of its shape

and therefore no one is allowed to use their religious beliefs in order to liberate themselves from general rules governing relationships between the public and private spheres.

[20] Article 2252-4 of CGCT authorizes municipalities to warrant borrowings taken by local communities or religious associations to fund erection of buildings for community needs of religious nature in developing agglomerations.

[21] The results of the presidential elections of 6 May 2011 (the second round was won by François Hollande, candidate of the Socialist Party) indicate that the religion policy regarding the Muslim minority may be modified.

[22] See: A. Szymański, *System konstytucyjny Francji* (Warsaw, 2006), p. 23; J. Falski, "Zderzenie państwa świeckiego z państwem wyznaniowym. Turecki spór o laickość", w: *Państwo wyznaniowe. Doktryna, prawo i praktyka*, ed. J. Szymanek (Warszawa, 2011), p. 122 et seq.

should first be discussed. Pursuant to Article 2 of the Constitution of 1982, "The Republic of Turkey is a democratic, secular and social State governed by the rule of law; bearing in mind the concepts of public peace, national solidarity and justice; respecting human rights; loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the Preamble".[23]

The Preamble, according to the Constitutional Tribunal's interpretation as an integral part of the basic law, explicitly mentions (in paragraph 5) the principle of secularity whose aim is to clearly separate the state, politics and religion. In addition, further Articles of the Constitution, i.e. Articles 10, 13, 14, 51 clause 8, Articles 68 and 174 address, directly or indirectly, the duty to follow the principle of secularity in various contexts.

In 1928, the provision on Islam as the state religion and competencies of the parliament as regards introducing the sharia rules was removed from the Constitution, along with the reference to God in the sermon given by deputies and the President. The new image of Turkey, associated with the economic and social modernization of the country, is identified with Mustafa Kemal Pasha (Atatürk) and kemalism, an ideology he introduced, according to which secularism is one of three, next to republicanism and nationalism, principles of the constitutional system.

Originally, this secularism was close in its general concept to the French model (so-called "hostile separation of church and state"), consisting in the exclusion of religion from the public sphere, transferring it to the individual believer's private sphere only. In this perspective, the state is religiously neutral, whereas churches and religious unions act in the capacity of associations.

Over the years, Turkish secularism has undergone transformations and modifications; religion lessons (of Islam) returned to schools, possibilities for forming a growing number of imams required to fill an increasing number of cult places arose, and reinforcement and development of religious institutions and their social and power base took place. In summary, Islam, in terms of religion, but also lifestyle, flourished, which was reflected in the Constitutions of 1961 and 1982. Article 136 of the binding basic law mentions the Presidium for Religious Affairs as a constitutional organ responsible to the Prime Minister. Competencies of this body constitute a proof of a comprehensive involvement of the state in religious matters and supporting Islam. The composition of the

[23] English version of the Constitution of the Republic of Turkey of 17 November 1982 is available at the Turkish parliament's website: www.tbmm.gov.tr.

Presidium also encompasses clergy members who are treated and remunerated in the same way as all civil servants. In addition, a whole range of institutions closely related to the body exists, such as the Turkish Religious Foundation, the Executive Committee for Religion and the First Religious Council.

Religious structure integrated with the state administration disappeared in Turkey with the abolition of the sultanate on 1 November 1922. The Republic was proclaimed on 29 October 1923, and the Khilafat was abolished on 3 March 1924.

Subsequent Acts in the 1920s prohibited using religion in politics,[24] abolished religious courts[25] and legislation derived from Quranic sources, replacing them with numerous codifications based on Western European models, secularized education,[26] and outlawed Muslim fraternities.[27]

In 1928, the Constitution, adopted 4 years earlier, was amended by removing Article 2 which classified Islam as the state religion. Further spheres of life were also secularized — the Gregorian calendar, Latin alphabet, prohibition of polygamy or wearing the fez were introduced, the same as the order to use Turkish while calling for prayers.

On 5 December 1934, voting rights in parliamentary elections were awarded to women.

The principle of secularity was included in the Constitution by way of the amendment of 5 February 1937. The binding basic law of 1982 specifies that secularism is an irrefutable principle but, at the same time, it does not encompass the principle of separation of state and religion.

The law entrusts the Prime Minister with managing religious affairs, in particular issues including securing management of mosques, appointing, remunerating, and recalling imams and muezzins. Pursuant to Article 24 of the Constitution, compulsory religious education in schools was introduced (Sunni Islam prevails to the detriment of other branches, not to mention other religions), while the freedom of religion of children and parents should be maintained.[28]

---

[24] Act of 25 February 1925.

[25] Act No 469 of 8 April 1924.

[26] Act No 430 of 3March 1924.

[27] Act No 677 of 30 September 1925.

[28] In fact, conflicts over the issue have arisen. The ECHR, while considering application No 1448/04 Hasas and Eylem Zengin v. Turkey of 9 January 2008, recognized that Turkey violated Article 2 of Protocol 1 by teaching one religion in a prevailing manner, to the detriment of others. Moreover, the mechanism established in view of making it possible for non-Muslim children to be excused

The principle of secularity also provides for the prohibition of wearing headscarves — as explicit religious symbols — at universities and in administration.

All the above demonstrate a specific model of secularism whereby the state exercises control, but also comprehensive care over the predominant religion.

The secularity is based on the subtle balance between the state interventionism in the sphere of religion and restricting its symbol to the private sphere.

Democratic mechanisms and the will of the majority of voters led to increasing presence in the politics of powers aiming at, primarily, reinstating the political and social identity of Turkey, *inter alia*, by way of undermining the *status quo* and assuring, in general terms, out of the political will of the currently ruling party,[29] access to public universities to young women wearing headscarves. The Constitution does not explicitly prohibit wearing headscarves in the administration or at universities, however, courts (including the Supreme Administration Court and the Constitutional Court) so far have acknowledged that this is incompatible with the principle of secularism. The constitutional principle of secularity — which has constituted, until now, an element of the raison d'état — has been directly threatened since the moment when representatives of parties which introduced Islam to the public debate, including formations dissolved in the 1990s under the Constitutional Court ruling, entered into active politics.

Until now, strict separation of state and religion has been guaranteed by the army and the judiciary system[30], which, with huge determination

from religion lessons at school was assessed as insufficient, faulty and exposing the one-sided nature of education by the Court (the mechanism assumed that parents would submit a declaration of their religion). On the basis of the ECHR's decision, the Turkish Council of State (the highest administrative jurisdiction authority), considered a complaint filed by parents of children practicing minority religions, protesting against contents of compulsory religion lessons and binding system of releases, as legitimate (decision of the Council of State issued by 8th Department 2008/1461 of 29 February 2008, complaint 2007/679.

29 AKP (the Justice and Development Party)

30 On numerous occasions, judicial decisions of the Turkish Constitutional Court on dissolving political parties — due to anti-secular demonstrations — (e.g. the National Party, the Party for Peace, the Party for Welfare, the Party for Virtue), annulment of presidential elections in 2007; declining claims on the prohibition of wearing headscarves in public universities and state administration, recognition of the constitutional amendment opening universities to women wearing headscarves being contrary to the Constitution, etc.

and often in an especially creative way, have defended the secularism of the Republic. However, as a result of the parliamentary elections of 22 July 2007, the situation has changed. Canvassers and members of the ruling party (AKP), mostly orthodox Muslims, do not care for defending a system they feel ostracises them in the name of the state secularity. On 12 September 2010, Turkey, by way of a referendum, adopted constitutional amendments constituting the next step towards a liberal democracy, after the 2001–2003 reforms, but of clearly denominational image. The most significant amendments led to limiting the roles of army officers in the civil judiciary, Constitutional Court and the Security Council. In practice, this indicates the dawn of kemalism and a serious risk of the Islamisation of the country. The new way of electing some judges on the Constitutional Court in the present political reality will result in electing judges who support the AKP. Therefore, it seems that the secularity model introduced by Atatürk will undergo a deep transformation. It is worth mentioning that similar trends and schemes were demonstrated in 2011 during the "Arab spring" in some major countries in North Africa.

The European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) — each time — has decided that limitations introduced by public universities in Turkey, in the scope of manifesting religious symbols and ceremonials in their premises, are deliberate, justified as a rule and consistent with the European Convention for Human Rights.

A different, critical position as regards Turkish provisions of constitutional and regular status on the question of dissolving political parties was demonstrated by European bodies.[31] The ECHR's judicial decisions also prove the acknowledgement of a unique character of such measure in the democratic system in which parties constitute an indispensable element of the political life.[32]

For dozens of years, Turkey has aspired to European Union membership. Accession negotiations started on 3 October 2005 and will most

[31] E.g. Resolution No 1308 of 2002 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe or Opinion No 489/2008 of 13 March 2009 of the Venice Commission acting in the capacity of the Council of Europe's advisory body on constitutional matters.

[32] However, the ECHR has also decided on the legitimacy of actions of the Turkish government, e.g. as regards dissolving an Islam party Refah whose aims have been deemed, *inter alia*, as contrary to the fundamental principles of democracy. Judgment in this case was issued in the first instance on 31 July 2001, and in the second instance, by the Great Chamber — on 13 February 2003.

likely last for a considerable amount of time. Islam, followed by a vast majority of the society, constitutes one of the major controversies.

So far, European structures with full comprehension and support have treated the Turkish judicial decisions regarding the defence of the principle of secularism as indispensable for the protection of the democratic system threatened by extremist powers, aiming at imposing concepts and symbols of a religious rules-based society on the whole nation. However, at present, these extremist powers have been elected by a majority of citizens in democratic elections. It is not easy to tell which of the costs will prove more difficult for Europe to accept and which of the achievements of democracy more valuable. Yet, perhaps Turkey will succeed — despite the changing model of secularity — in maintaining a balance between Islam, treated as a traditional ornament, and democratic and republican imponderables, and not to direct towards a confessional state, colliding with democratic standards of pluralism and freedom of religion.

SECULARITY — THE IDEAL OF STRASBOURG CASE LAW?

Restrictions introduced by the state as regards private persons displaying religious symbols constitute an interference into the area of freedoms protected under Article 9 of the European *Convention* for the Protection of *Human Rights and Fundamental Freedoms*, guaranteeing the right to freedom of thought, conscience and religion. It is the key right ensuring the public authorities' respect for plurality of the opinions and moral, philosophical, religious or political convictions which enable an individual to maintain spiritual autonomy.

By using passages of judicial decisions, representative in this scope,[33] it can be evidenced that, according to the Court, the freedom of thought, conscience and religion is one of the "foundations of a democratic society"; it is in its religious dimension "one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life", but it is also a "precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned"; the existence of "the pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries" depends on guaranteeing and implementing it. *Lex specialis* to Article 9 of the Convention is Article 2 of Protocol No 1, which, while guarantee-

[33] E.g. Kokkinakis v. Greece of 25 May 1993, § 31; Refah Partisi and Others v. Turkey of 13 February 2003 § 104.

ing the right to education, provides, *inter alia*, parents with the right to ensure such education and teaching "in conformity with their own religious and philosophical convictions". A possibility of comprehensive settlement of a case on this legal basis excludes the need of deciding on violation of Article 9.

The Court, for a number of years, applied Article 9 most often in a negative manner, however, in recent years, the number of judicial decisions based on it have increased significantly, and thus its systemic interpretation is developing.[34]

In view of Article 9 clause 1 of the Convention, freedom of religion is only one of the elements of the higher freedom encompassing freedom of thought, conscience and, in third place — freedom of religion itself. In the same way as the inviolability of physical integrity protects a human being in the physical dimension, the freedom of thought and conscience protects them in the intellectual and moral dimensions. All other rights and freedoms are derived from them. The permissibility of limitations as regards the freedoms under Article 9 may only result from the interests of public security, public order, health and morality protection, or protection of the rights and freedoms of other persons.

The most significant decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) related to the displaying of religious symbols by private persons concerned wearing Muslim headscarves in public educational institutions. Each time, judicial decisions approved the prohibitions imposed by authorities.[35] As regards primary schools, the model judi-

[34] See: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*. Vol. I, ed. Professor Leszek Garlicki (Warsaw, 2010); K. Warchałowski: *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności* (Lublin, 2004); M.A. Nowicki: *Wokół Konwencji europejskiej, Komentarz do Europejskiej Konwencji praw człowieka* (Warsaw, 2010); M. Hucał, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* (Warsaw, 2012); J. Krukowski, *Kościół i państwo — podstawy relacji prawnych* (Lublin, 2000); G. Gonzales (ed.), *Laicité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme* (Bruxelles, 2006); J.-P. Costa, "La Convention européenne des droits de l'homme et les sects", in: *Protection Human Rights. The European Perspective* (Köln–Berlin–Bonn–München, 2000); R. Flauss (ed.), *La protection internationale de la liberté religieuse* (Bruxelles, 2002).

[35] See also decisions of the ECHR: X v. Great Britain of 12 July 1978; Kokkinakis v. Greece of 25 May 1993; Manoussakis v. Greece of 24 September 1996; Karaduman v. Turkey of 3 May 1993; See: B. Bisztyga, "Wątki islamskie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka" in: *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Obszary analizy skuteczności europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, ed. J. Jaskiernia (Toruń, 2012), pp. 133–140.

cial decision for further decisions on similar actual statuses was the resolution of 15 January 2011 in the case of Dahlab v. Switzerland, where the Court decided that a state can introduce a ban on wearing "obvious means of religious identification" by public schools teachers while performing official duties. It results both from founding state educational systems of the principle of denominational neutrality and from the special sensitivity of children who "are particularly receptive on account of their tender age". The Court also indicated that, "it appears difficult to reconcile wearing a headscarf with a message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils".

The Court also accepted a ban, adopted by the Turkish authorities, on the wearing of headscarves by lecturers at public universities.[36]

A similar prohibition was introduced as regards female public university students (during classes), which, among others, resulted in a complaint which led to a precedent decision (Leyla Sahin v. Turkey of 29 June 2004)[37], where the Court, *inter alia*, considered that the requirement of religious peace at universities was associated with the protection of public order and convictions of other persons. The Court decided that whenever the headscarf issue in the Turkish context is addressed, it would be inappropriate to avoid the question of potential shock triggered by the wearing of this symbol or that it might be perceived as a compulsory religious requirement for those who do not do it. The Court also pointed out that the principle of secularism, being one of the fundamental principles of the Republic of Turkey, may be perceived as indispensable for the protection of its democratic system threatened by extremist powers, whose aim is to impose concepts and, thus, symbols of a religious rules-based society on the nation as a whole. In the Court's opinion, achieving two legal goals — protecting the rights and freedoms of other persons and maintaining public order — in contemporary Turkey constitute a "socially irresistible need", justifying actions of the state, introducing limitations to the democratic society as regards dissemination of a religious symbol into the university public space, which in recent years has also gained a political character. Such

[36] For example, the judgment of 21 January 2006 in the case of Kurtulumus v. Turkey.

[37] Collection of European Court of Human Rights case law No 44774/98; see also J. Falski, "Państwo laickie wobec problemu prezentowania symboli religijnych", *Państwo i Prawo* 6/2006, p. 73 et seq.; "Republika Turcji i Trybunał w Strasburgu wobec problemu symboli religijnych", *Sprawy Narodowościowe* 28/2006, p. 159 et seq.

limitations were considered justified by the Court as a rule commensurate with expected goals and deserving being regarded as indispensable in a democratic society.

As it turns out, the case law line initiated by the above judgment was also applied in relation to the public education system in a country in which Muslims are a religious minority.[38] In the judgments in the cases of Dogru v. France and Kervanci v. France of 4 December 2008, the Court, *inter alia*, pointed out that the presence of the principle of secularity in the French Constitution justifies limiting the rights of an individual in service to its implementation. Moreover in its opinion, "the wearing of religious signs was not inherently incompatible with the principle of laicism in schools, but became so according to the conditions in which they were worn and the consequences that the wearing of a sign might have". It should be mentioned that the mechanism of the Convention is originally subsidiary, while the States — Parties enjoy a wide "assessment margin". Therefore, a state is entitled to use legal instruments in such manner as to enable enforcing compliance with the principle of secularity, which guarantees, among others, religious freedom and freedom of religion. However, the justification behind opponents to the solutions adopted by these rulings, both in internal law and within judgments of the ECHR, should also be acknowledged. They are best visible in a dissenting opinion to the judgment in the case of Leyla Sahin v. Turkey delivered in the 2nd instance on 10 November 2005, by Belgian judge, F. Tulkens (at the time, the President of Section 2 of the Court). It reflects the condition of a vast part of Muslim public opinion (including the Western European diaspora), demonstrating axiological relativism of adopted case law line. Judge Tulkens pointed out, *inter alia*, that wearing a headscarf cannot be equated with fundamentalism. It is important to separate — from among individuals wearing headscarves — extremists who wish to treat them as religious symbols. The Judge in her discourse emphasized the issue of personal convictions, as the wearing of a headscarf is a decision whose source lies in the sphere of personal autonomy. In the discussed case, the applicant was wearing the headscarf voluntarily, under no obligation or pressure. The Judge accused the Court of paternalism, harmful to the freedom of religion and the right to education. She pointed out that excluding the applicant from the university in the name of secularism and equality at the same time means excluding her from a liberated en-

[38] See: J. Falski, "Wokół zakazu symboli religijnych we francuskiej szkole publicznej", *Państwo i Prawo* 12/2011, p. 48 et seq.

vironment, which affords access to knowledge that is free and independent of all authority. Experience of this kind is a more effective means of raising awareness of the principles of secularism and equality than any imposed obligation. Education should be a tolerance-based dialogue between cultures and religions. Therefore, depriving young girls of education on account of wearing headscarves is a peculiar paradox. Advocating freedom and equality for women cannot mean depriving them of the chance to decide on their future. Bans and exclusion as measures of combating fundamentalism may — in Judge Tulkens' opinion — lead to radicalisation of beliefs, silent exclusion, and a return — to a wider extent — to religious schools which, as the only options, would be able to provide them with education. In her dissenting opinion, Judge Tulkens expressed her trust and pointed out that the best means of preventing and combating fanaticism and extremism is to uphold human rights. Thus, she addressed a controversial subject of the possibility of using human rights instruments to an aim possibly contrary to the one intended by its authors. While the current case law of ECHR in the studied issue is unambiguous and stable, which no doubt is associated with the secular standard of European public law, it is worth mentioning that the question is not so obvious on a more global scale, which proves the importance of broadly understood perspective in the phenomena assessment and interpretation.[39] The case of Raihon Hudoyberganov v. Uzbekistan (claim No 931/2000), heard on 5 November 2004 by the United Nations Human Rights Committee, may serve as an example. The case concerned a female student removed from the university on account of wearing a Muslim headscarf. She filed a claim against the violation of her rights guaranteed under Articles 18 and 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966.[40] In opposition to the abovementioned standpoint of ECHR, the Human Rights Committee decided that disciplinary sanctions undertaken against students in such cases are contrary to Article 18(2) of the Covenant. In the decision, the Committee took note of the opinion of the applicant that her rights to freedom of thought,

[39] See: R. Wieruszewski, *Międzynarodowe sądownictwo w dziedzinie praw człowieka — potrzeba reform in: Prawo XXI wieku — księga pamiątkowa 50-lecia INP PAN*, ed. Wł. Czapliński (Warsaw, 2006), p. 1028 et seq.

[40] Article 18 guarantees the right to freedom of thought, conscience and religion, whereas Article 19 — the right to hold opinions without interference and freedom of expression. (International Covenant on Civil and Political Rights, Journal of Laws of 1977 No 38, item 167).

conscience and religion were violated by being removed from the university due to her refusal of taking off the headscarf she had been wearing in compliance with the requirements of her religion. The body took into account the fact that the freedom to manifest one's religion comprises the right to wear in public an outfit compliant with one's beliefs. In addition, the Committee decided that prohibiting persons from wearing outfits of religious nature in public and in private might constitute a violation of Article 18(2) and policy or practice leading to a limitation of the access to education are incompatible with Article 18(2) of the Covenant. The Committee mentioned that, though the freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others (Article 18(3) of the Covenant), in its judgment, the sued state had not referred to particular circumstances indicating the necessity to limit the freedom of religion.

Also, it should be mentioned that provisions of the French Act prohibiting wearing religious symbols in public schools have been criticised by independent experts from the United Nations and the UN Committee on the Rights of the Child. The arguments covered there reflect the standpoint of a majority of Muslim public opinion and also prove the abovementioned ambiguity of assessments in the subject question.[41]

Conflicts and controversies also arise in connection with actions of public authorities which order, encourage or tolerate displaying symbols of a specific, dominant religion in public institutions (schools, hospitals, courts, offices, prisons, army units, support centres) where the authorities may expect or even demand the presence of specific groups of society representatives, while not each member of these groups must be a follower of any religion or follow such majority religion. The practice of displaying the crucifix has its place in many European countries and is rather of historical and cultural nature than of a strictly religious one, though it is hard not to agree with those who perceive it as one of the strongest symbols of Catholicism, either.

The first decision of ECHR in this issue was the judgment (of 1st instance) of 3 November 2009 in the case of Lautsi v. Italy. The Court decided that the rule of displaying the crucifix in classrooms in educational institutions, binding in Italy, infringes upon provisions of the

[41] Expert opinions description in: J. Falski, "Francuski zakaz noszenia symboli religijnych w szkołach publicznych przed ETPC. Kontrowersje, uwagi, oceny", *Studia z Prawa Wyznaniowego,* 14/2011, pp. 83 et seq.

Convention, whereas the body based the course of its analysis mainly on Article 2 of Protocol No 1.[42]

The judgment indicates that Italy, in the context of the provisions of the Convention, was not right in continuing to demonstrate its biased world-view in the public sphere through exhibiting a symbol of a particular religion — the behaviour typical of a confessional state. The Court took account of the duty, resting with a state, to refrain from imposing — even indirectly — of elements of a specific religion, in a place of stay of people who are dependent on the state or who are particularly sensitive and thus more susceptible to external influence.

It should be emphasised that in the Court's opinion, displaying symbols generally or specifically expressing a given belief or religion, and symbols identifying atheism, are equivalent.

The ECHR's case law makes it clear that a state of totally neutral world-view is its ideal, but it is not definite, performing a positive duty of states in this respect and referring to the adherent assessment margin, which, on the other hand, gives a pretext to the accusation of "washing hands" from assuming responsibility.[43]

In the Lautsi judgment, the Court concluded (in § 57), *inter alia*, that: "the compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority in relation to specific situations subject to governmental supervision" due to "the State's duty to respect neutrality in the exercise of public authority", in the question of "the compulsory display of religious symbols", the Court decided on the lack of the State's neutrality, multiplied by coercive measures resulting from provisions of the decrees of 1924 and 1928.[44]

---

[42] Article 2 of Protocol No 1 says: "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions."

[43] G. Gonzales, "L'école publique comme sanctuaire laique selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homm*e 82/2010, p. 483; J. Falski, "Krzyż w szkole publicznej w orzecznictwie europejskim", *Sprawy Narodowościowe*, 37/2010, p. 177 et seq.

[44] Article 118 of the royal decree of 30 April 1924 (internal regulations of middle schools in the Kingdom of Italy) stipulates that "Each school must have the national flag and each classroom must have a crucifix and a portrait of the King". Article 119 of the royal decree of 26 April 1928 (general regulations governing the provision of primary education) provides that the crucifix must form a part of the necessary equipment and supplies in school classrooms.

Therefore, it can be assumed that if the compulsory nature of displaying the crucifix did not exist, placing it in school classrooms would not have been deemed by the Court as incompatible with the Convention. A parallel between this issue and compulsory religion lessons favouring specific denominations can be drawn. The ECHR acknowledges that they can be compulsory if students (or their parents) who wish to be released from them can be released almost automatically, without excessive formalities or explanations affecting the sphere of personal convictions of the interested individuals. Specific countries and their judiciaries address these sensitive issues differently. Culture, history and national heritage are often instrumentalised in order to make the display of religious symbols in public spaces acceptable. Such instances occur in France and Belgium in explanation of the ban on wearing headscarves in public schools. However, courts do not accept the arguments that such headgears are as banal as hats and have sustained the bans issued by administration authorities.[45] Judgments by the ECHR are similar. Thus, it is hard to expect that different measures should be taken in respect of a symbol as distinct as the crucifix.[46]

The Strasbourg Court, referring to the neutrality of state in "the exercise of public authority", indicated the entire public service (a public school is merely one of its elements) as an indirect addressee of its judgment and indications contained therein.

Certainly, there are some places and circumstances, where such neutrality does not apply. For example, historic buildings along with their décor, used by public services, where "religious references" are not "predominant", public denominational services, such as dean's offices, various institutions managed by the church, and funded (subsidised) by the state, cemeteries, etc.

[45] The ban on wearing headscarves (completely obscuring the face) in public places is applicable in France and Belgium.

[46] An interesting judgment in connection with this issue was issued in France. The Administrative Court of Appeal in Nantes on 4 February 1999 ordered the removal of a crucifix from the wall of a city council room in one of the seats of local governments. In execution of the judgment, the mayor displayed the crucifix in a showcase located in a room open for the public. The applicant, unsatisfied with this form of judgment execution, refiled the claim. On 12 April 2001, the abovementioned court decided that: "a crucifix, displayed for reasons connected with historical heritage in a showcase containing various, non-religiously related objects, in a place open for the public, cannot be regarded as a religious element situated in a public place".

The ECHR's case law implies that the Court considers the model of a secular state as an ideal situation enabling the citizens to enjoy the freedom of religion on equal terms.[47] Secularity is understood here as a system of relations between the state and the church most favouring the development of freedom of (any) religion by maintaining a distance between the religion and the secular state. The Court, while acknowledging a broad margin of assessment by particular States — Members to the Convention, at the same time attempts however — in line with values contained therein — to achieve the legal purpose of protecting the state neutrality. Giving a universal character to the concept of secularity through interpretation of Article 9 of the Convention, Article 2 of Protocol No 1 in the Court's case law, leads to the concept dissemination and its impact on various existing systems of relations between the state and churches. The ECHR's case law regarding the question of Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No 1, addressed separately or in conjunction with Article 14 prohibiting any discrimination, including this on ground of religion, contributes to enriching the freedom of religion. The Court clearly implied the absolute incompatibility — in the light of provisions of the Convention — between theocratic and democratic systems, however, it left the issue of regulating the nature of relations between the state and the church to constitutions and lower laws of Member States in accordance with the — as a rule —subsidiary character of the Convention mechanism.

The freedom of religion at least assumes tolerance, respect for religious pluralism and state neutrality, which is particularly important if the state is quasi-denominational. For each country, the cost of neutrality is tangible, as it results in reviewing or even questioning relations with a dominant church, however, the unavoidable way to its implementations leads through discarding consecutive compromise solutions, especially in matters with which particular vulnerability[48] of societies is associated — education, health service, judiciary, etc. "Relative" neutrality demands less "sacrifices" from states, and guarantees the freedom of religion (Article 9(1) of the Convention) with classic limitations (Article 9(2) of the Convention) only. Article 9 of the Convention and the second sentence of Article 2 of Protocol No 1 refers to the common ideal, prohibiting states from indoctrinating or disclosing their — evidently preferential as regards a particular belief — choices.

[47] See: P.H. Prelot: "Definir juridiquement la laicité", in: *Laicité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme* (ed.) G. Gonzales (Bruxelles, 2006).

[48] The ECHR uses the French term "vulnérabilité".

Significant representatives of the French doctrine (e.g. F. Dieu and E. Decaux) believe (in my opinion, to a certain point exaggerating) that the ECHR's judgments in the cases discussed here lead to the conclusion that certain case law "conventionalisation" has occurred — resulting from the body's decisions, and not from the Convention itself — regarding the principle of secularity, imposing increasing commitments as regards religious reticence on Member States. However, as it turned out, the case law, so far stable, experienced a controversial shock as a result of the judgment of the Grand Chamber of ECHR of 18 March 2011, claim No 30814/06, in the case of Lautsi v. Italy. In the abovementioned judgment, issued as a consequence of appeal by Italy against the judgment of the first instance of 3 November 2009, the Grand Chamber by a significant majority of votes (15:2) decided that the indicated rights had not been infringed. Four separate opinions were attached with the judgment.[49]

However, the total deviation from previous case law was not backed by a definitely different or new argumentation in the rationale. On the contrary, it contains many conclusions drawn from the first instance judgment. First of all, the Court's opinion that the crucifix is, above all, a religious symbol, and not — as in the Italian government's statement — a symbol deeply rooted in tradition and history and referring to the values constituting the state's foundation, was unchanged. The Grand Chamber, *inter alia*, decided that "it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the State school formerly attended by her children a lack of respect on the State's part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions" (clause 66), however, the applicant's subjective perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No 1. Moreover, the Court adjourned that no evidence had been presented before the Court that the display of a crucifix in classrooms might result in pupils' indoctrination (clause 66). The Grand Chamber considered a crucifix on a wall as an "essentially passive symbol" which cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities (clause 72). Such approach to the subject and adopted argumentation is a surprise, as imposing the evidence requirement on the applicant as regards violation of a freedom whose effects are often materialized in the subjective sphere of feelings seems unreal. The Court evidently used in its judgment a controversy as regards the

[49] See: Commentary to the decision by W. Brzozowski, *Państwo i Prawo* 11/2011.

issue of results of the unfulfilment of the state's duty to remain neutral, classified, according to some opinions, as a direct violation of rights or freedoms, while according to others — as, more ambiguous, anxiety or loss of well-being by those affected by the state's activities. By inclining to the second approach, the Court walked away from adjudicating on the essence of the dispute and determining an expected level of so-called negative freedom of religion.

Such situations lead to a specific disregard of assessments, which certainly does not serve in either maintaining the status of legal confidence, or in strengthening the rights protection standards of an individual for whom ECHR most often is "the last instance link". The future will show whether the Court thus initiated a new case law line, or just succumbed to external, extralegal pressures and issued a questionable judgement, incidentally remote from past ones. The pressures mentioned, exercised by certain states of the Council of Europe (including Poland), questioning the competences of the ECHR to settle fundamentally world-view disputes, perhaps entailed concern over whether the supranational body was exposing a possible weakening of its effect on state authorities and legislatures, and, consequently, the risk of abandoning the elaborated case law acquis, in particular in less complicated and controversial cases. However, such violent and diametrical alterations concerning particularly sensitive issues, with elaborated and stable case law, does not seem to act in favour of the ECHR's authority. Even if one does not approach the *status quo* in a dogmatic manner and is open to a justified evolution of opinions, they cannot be satisfied or convinced by the arguments in the rationale of the discussed judgment.

ECHR – AN IMPARTIAL OR CHRISTIANO-CENTRIC BODY?

While concluding the discussion, it is worth noting some controversies associated with the Strasbourg case law focused on the above-presented issues. First of all, we face a certain problem with defining the religion as such and assigning — in disputable situations — this status to a given set of beliefs. In such cases, the ECHR appeals to national authorities' assessments, while respecting them in full. However, this approach does not always seem to be proper, especially nowadays when dealing with a so-called process of religion privatization and broad religious syncretism. In a situation where Article 9 of the Convention primarily protects the individual, the ECHR formulating a condition to

treat the protected behaviours as generally accepted religious practice within a specified religious community seems archaic. The Court's reference to assessments and a margin of free discretion by state authorities may result in destabilization of Convention protection standard.

Another problem is associated with argument discrepancies between justifications in cases related to Christian and Muslim countries, which might lead to an accusation of Christiano-centrism. Quoting the assessment margin and the internal situation existing in a specific case is not fully convincing.

A comparison of judgments in the case of Folgerø v. Norway of 29 August 2007[50] and in the case of Hasan and Eylem Zengin v. Turkey of 9 January 2008[51] may serve as the example.

The Kingdom of Norway is a confessional state. According to the Constitution of 1814, the *Evangelical Church* of the *Augsburg* Confession remains the official national religion, and the citizens practicing it are obliged to raise their children in respect to the religion, while all people inhabiting the Kingdom enjoy the freedom of religious practices. The Republic of Turkey is a secular state (which has already been discussed before in detail), where a vast majority of the citizens are Muslim.

In the case of Norway, the ECHR decided that due to the special role of Christianity in the state's history and tradition — as compared with other religions — the state authorities are entitled to shape the teaching programme in a manner taking into consideration such difference, and regulations pertaining to this issue use a margin of assessment in this respect. Thus, the Convention, in the respective scope, remains intact.

Although in both cases the Court decided that the respective states violated Article 2 of Protocol 1, the way of argumentation in the two judgements is symptomatically different.

It seems that more serious nuance and differentiation could be expected from the Court in judgment justification arguments as regards the wearing by pupils of symbols of Islam in countries of such various situations in this scope, like France and Turkey.

Also, a similar discrepancy can be found surprising which appeared in the assessment of effects of the Christian symbol — the crucifix in the judgment of the Grand Chamber of 18 March 2011 in the case of Lautsi v. Italy[52] and the assessments of Muslim symbols, in particular

[50] Application No 15472/02 par. 89.

[51] Application No 1448/04.

[52] Application No 30814/06.

in the domestic religion environment (e.g., judgment of 10 November 2005 in the case of Leyla Sahin v. Turkey[53]).

Both the headscarf and the crucifix are a designatum of religious symbols, and appeal to the margin of assessment and subsidiarity of the Convention mechanism, which does not always encourage acceptance of such a different evaluation.[54]

In the Lautsi v. Italy judgment, the Court avoided referring to the case law applying to wearing headscarves despite the fact that in both cases, the key question was the necessity to protect minority members against the pressure exercised by a majority practising a certain religion. Instead, the Court referred in 8(50) to a decision issued by the former European Commission of Human Rights in the case of Karaduman of 3 May 1993,[55] where the Commission decided that, "Article 9 of the Convention primarily protects the sphere of private, personal beliefs, and not every act in the public sphere which is dictated by such convictions". In particular, "The term "practice" in this provision [9(1)] does not cover an act which does not directly express a belief, even though it is motivated or influenced by it".

These remarks only signal the need for a comprehensive analysis of discrepancies between the justifications in cases referring to the display of crucifix and decisions in cases addressing the ban on wearing Muslim religious symbols, as well as in similar cases.

Conclusions

Muslims and Christians constitute 55% of the world's population, thus the condition of relations between these two communities is a key factor determining the level of global security. The secularity of state, being, *inter alia*, the guarantee of religious freedom and equality of religions, has so far constituted an efficient barrier against antagonisms between both groups. In a situation where Muslim states, including Turkey, turn into a power on a regional level and resign from the secularity of state, becoming more and more radical and undergoing a democratic "religious conversion" with all consequences that come with it, while

[53] Application No 44774/98.

[54] See G. Gonzales, "L'école publique comme sanctuaire laique selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 82/2010 p. 483.

[55] Application No 16278/90 DR 74, p. 93.

France, encompassing a huge Muslim diaspora in its society, intensifies the fight against its symbols in the public space, and, at the same time, mitigates its secular direction (as regards the majority religion), instrumentalising it, a serious role is to be played by the ECHR whose function consists in a continuous, invincible and determined activity aiming at strengthening the protection of human rights, out of which the rights and freedoms falling under the scope of Article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are fundamental.

In the context of the studied issues, a progressing transformation of civilisation can be observed, which on numerous occasions has led to a specific disorientation and inconsistency regarding activities and decisions undertaken in response. Balancing between contradictory, or in any case opposing sensitivities, prejudices and interpretations requires knowledge, objectivity, humility and respect, united under binding legal instruments which — obviously — are not always capable of providing an unambiguous assessment of questions and imponderables whose source lies in an axiology different than the secular one, or originally bound with a different civilisation area. Such instruments, not fully encompassing the core of the issue, understood as "the rules of the game", whether on an internal level — of a secular state or a one with neutral world-view, or on a supranational level — of the conventional order, are, however, the only measure of guaranteeing and legally enforcing the expected order available in democratic states.

Tomasz Milej

WOLNOŚĆ SUMIENIA A PRAWO WŁASNOŚCI – UWAGI NA TLE WYROKU ETPCZ HERRMANN PRZECIWKO NIEMCOM Z 26 CZERWCA 2012 R.

Wprowadzenie

Tytułowa sprawa dotycząca regulacji niemieckiej federalnej ustawy prawo łowieckie, ukazała różnicę poglądów między Federalnym Sądem Konstytucyjnym RFN (dalej: FSK), a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPCz), dotyczącą ochrony własności. Przedmiotem sporu była regulacja łącząca właścicieli nieruchomości należących do wspólnego obwodu łowieckiego w koła łowieckie, którym to kołom przysługiwało prawo do prowadzenia łowiectwa. Członkostwo w kole łowieckim właściciel nieruchomości nabywał na mocy ustawy i miało ono charakter obligatoryjny. Oznaczało to, że właściciel nie miał możliwości jego zrzeczenia się i był w ten sposób zobowiązany do tolerowania na swojej nieruchomości polowań prowadzonych przez koło łowieckie, do którego należał z mocy prawa. Podobne, choć w pewnych istotnych szczegółach różniące się od siebie regulacje, były wcześniej przedmiotem analizy ETPCz w sprawach Chassagnou przeciwko Francji oraz Schneider przeciwko Luksemburgowi.

Regulacja zawarta w ustawie niemieckiej została zaskarżona przez właściciela nieruchomości należącej do obwodu łowieckiego do FSK. Skarżący podniósł, że regulacja ta narusza jego wolność sumienia i prawo własności, gdyż zasadniczo sprzeciwia się on polowaniom ze względów etycznych. FSK nie dopatrzył się jednak naruszenia wolności sumienia stwierdzając, że ustawodawca nie stawia skarżącego w sytuacji

konfliktu sumienia. Nie musi on bowiem podejmować decyzji odnośnie do udostępnienia swojej działki kołu łowieckiemu, gdyż decyzję taką podjął za niego ustawodawca[1]. Sąd stwierdził także, że ingerencja ustawodawcy w zakres ochrony gwarancji prawa własności odpowiada wymogom zasady proporcjonalności, zważywszy, że obciąża ona właścicieli działek w stosunkowo niewielki sposób[2]. Jej celem jest zapewnienie prawidłowego prowadzenia gospodarki łowieckiej. Ustawodawca zaś w ramach przysługującej mu swobody oceny mógł uznać, że gospodarka ta musi być prowadzona w obwodach łowieckich o ciągłej powierzchni[3] i tym samym wykluczyć wyłączanie z obwodu działek poszczególnych właścicieli. Na marginesie FSK zaznaczył, że gwarancja wolności sumienia nie prowadzi do intensyfikacji ochrony prawa własności. W tym stwierdzeniu leży sedno sprawy, które sprowadza się do pytania, czy rozterki duchowe właściciela powinny być brane pod uwagę w ocenie proporcjonalności ingerencji w prawo własności. Wielka Izba ETPCz przyjęła odmiennie niż FSK i rozpatrująca sprawę wcześniej V sekcja strasburskiego trybunału, że tak właśnie być powinno i stwierdziła naruszenie gwarancji prawa własności przez niemieckiego ustawodawcę. Cytowane orzecznictwo daje możliwość spojrzenia z nowej perspektywy na pojmowanie wolności sumienia, prawa własności i wzajemnego stosunku obydwu tych praw przez niemiecką naukę prawa konstytucyjnego i orzecznictwo strasburskie.

WOLNOŚĆ SUMIENIA

1. Zakres ochrony

Wolność sumienia jest gwarantowana przez art. 4 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN (dalej: UZ). W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że ochronie podlegają „decyzje sumienia" definiowane jako „decyzje oparte na kategoriach dobra i zła, które jednostka wewnętrznie doświadcza jako bezwarunkowo zobowiązujące i przeciwko którym nie mogłaby działać nie wywołując potrzeby sumienia"[4]. Należy podkreślić, że za ob-

[1] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 25.

[2] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 22.

[3] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 19.

[4] FSK BVerfGE 12, 45 (55); FSK BVerfGE 48, 127 (173); Federalny Sąd Administracyjny, NJW 2006, 77 (87); Federalny Sąd Pracy NJW 2011, 3319, (3322); M. Herdegen, *Gewissensfreiheit*, [w:] *Handbuch der Grundrechte*, hrsg. D. Merten, H.-J. Papier, Heidelberg 2011, nb. 29; M. Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006, s. 552 i wskazana tam literatura.

jęte zakresem ochrony uważa się nie tylko podejmowanie decyzji sumienia (tzw. *forum internum*), ale także działanie zgodne z takimi decyzjami (*forum externum*)[5]. Pod pojęciem „działania" rozumie się zarówno podjęcie określonych czynności, jak i powstrzymanie się od nich[6]. Jeśli chodzi o gwarancję wolności sumienia przewidzianą w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPCz), to kwestia, czy obejmuje ona również *forum externum*, jest przedmiotem sporu[7], choć orzecznictwo zdaje się sugerować, że tak właśnie jest[8]. Gwarancja EKPCz obejmuje zaś w przeciwieństwie do art. 4 ust. 1 UZ także „wolność myśli". W niemieckiej doktrynie uznaje się jednak, że „wolność myśli" stanowi podstawę „decyzji sumienia" i jako taka, jest włączona w zakres ochrony wspomnianego przepisu UZ[9].

W omawianej sprawie skarżący został zobowiązany do tolerowania („znoszenia") polowań na należącej do niego nieruchomości. Nasuwa się zatem pytanie, czy respektowanie takiego obowiązku tolerowania można uznać za działanie na podstawie decyzji sumienia. Wydaje się, że na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

a) Konflikt sumienia

Warunkiem podjęcia decyzji sumienia jest sytuacja konfliktu, który jednostka może rozwiązać właśnie przez podjęcie określonej decyzji. To właśnie owa decyzja musi wywoływać potrzebę sumienia. Innymi słowy, aby potrzeba sumienia w ogóle mogła zaistnieć, jednostka musi zostać postawiona w sytuacji, w której zmuszona jest podjąć jakąś decyzję. Jeżeli zatem przepisy prawa nie wymagają od jednostki podejmowania jakichkolwiek decyzji, nie sposób mówić o potrzebie sumienia. Z brakiem takiego wymogu mamy zaś do czynienia w sytuacji, w której prawo nakłada na jednostkę jedynie „obowiązek tolerowania" działań

[5] FSK BVerfGE 78, 391 (395); M. Borowski, *op. cit.*, s. 565; C. Walter, *Religions- und Gewissensfreiheit*, [w:] *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, hrsg. R. Grote, T. Marauhn, Tübingen 2006, nb. 20.

[6] M. Borowski, *op. cit.*, s. 566; M. Herdegen, *op. cit.*, nb. 29.

[7] Za taką wykładnią opowiada się np. C. Walter, *op. cit.*, nb. 21, zaś przeciwko niej B. Vermeulen, *Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9)*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Antwerpen–Oxford 2006, s. 753–754.

[8] Orzeczenie ETPCz z 07.07.2011, w sprawie Bayatyan v. Armenia, w którym Trybunał uznał, że art. 9 EKPCz zawiera prawo do odmowy odbycia służby wojskowej (nb. 108–111).

[9] C. Walter, *op. cit.*, nb. 15.

podejmowanych przez inne podmioty. Dylemat „tolerować czy nie tolerować" nie może być więc uznany za konflikt sumienia, który wymagałby ochrony jako prawo podstawowe, czy też jako prawo człowieka.

Poprzez nałożenie „obowiązku tolerowania" skarżący nie jest stawiany w sytuacji konfliktu sumienia. Ponieważ nie jest on zobowiązany do uczestnictwa w polowaniach, przedmiotowa regulacja nie wymaga od niego działania lub powstrzymania się od działania, które byłoby nie do pogodzenia z nakazem sumienia. Należy też zauważyć, że właściciel nie tylko nie jest zobowiązany do partycypacji w kosztach wykonywania łowiectwa, ale nawet ma zapewniony udział w zyskach z tytułu dzierżawy swojej nieruchomości przez koło łowieckie. Obowiązek tolerowania polowań nie przedstawia się zatem jako przyczyna konfliktu sumienia, lecz jako jego rozwiązanie. Niemiecki ustawodawca nakłada co prawda na właściciela nieruchomości należącej do obwodu łowieckiego obowiązek wykonywania łowiectwa, to jednak z drugiej strony nie wymaga on, aby obowiązek ten był wykonywany przez właściciela osobiście. Wystarczy jedynie, że będzie on tolerował wykonywanie tego obowiązku przez inne podmioty.

Również z praktycznego punktu widzenia trudno dopatrzyć się w przypadku właściciela nieruchomości, należącej do obwodu łowieckiego, sytuacji konfliktu sumienia. Podjęcie decyzji zakłada istnienie wyboru między co najmniej dwoma wariantami działania. Dlatego też należy rozważyć, czy za jeden z takich wariantów można uznać odmowę tolerowania polowań. Trudno sobie jednak wyobrazić, jak taka odmowa miałaby praktycznie wyglądać. Trzeba bowiem zauważyć, że niemieckie prawo łowieckie przewiduje sytuację, w której właściciel ogradza swoją nieruchomość. Uczyniwszy to, właściciel nieruchomości ma możliwość wystąpienia o zwolnienie z obowiązku polowania. Ustawodawca przewidział możliwość uzyskania takiego zwolnienia z uwagi na fakt, że zwierzyna łowna nie jest w stanie się przedostawać na ogrodzoną działkę[10]. Skoro więc nawet decyzja właściciela o nietolerowaniu polowań na swojej nieruchomości może byś urzeczywistniona w sposób zgodny z prawem, o konflikcie sumienia nie może byś mowy.

[10] Chodzi tu o regulację § 6 federalnej ustawy łowieckiej w związku z regulacjami poszczególnych landów. Por. np. § 4 ustawy łowieckiej landu Północna Nadrenia-Westfalia, z którego wynika, że tereny trwale zabezpieczone przed przenikaniem zwierzyny łownej (z wyjątkiem drobnych zwierząt, np. zajęcy) mogą zostać uznane za obszary, na których się nie poluje.

b) Potrzeba sumienia

Nawet jeśli przyjąć, że omawiana regulacja stawia właściciela przed wyborem między tolerowaniem a nietolerowaniem polowań, to i tak niemożliwością jest uznanie takiego dylematu za wywołujący potrzebę sumienia, a właśnie taka potrzeba sumienia jest kolejną niezbędną przesłanką zastosowania art. 4 ust. 1 UZ.

Trudno ustalić, w jakim stopniu potrzeba sumienia musi być dolegliwa dla osoby powołującej się na art. 4 ust. 1 UZ. Wcześniejsze orzecznictwo FSK operowało w tym zakresie mało uchwytnymi, acz dosyć surowo brzmiącymi kryteriami jak „rozbicie osobowości" czy „ciężkie krzywdy duchowe". W nowszym orzecznictwie kryteriów takich się już nie używa, niemniej w literaturze podkreśla się, że musi zachodzić pewien „stopień pilności moralnego imperatywu"[11]. Ponieważ w omawianym przypadku moralny imperatyw domaga się jedynie tolerowania tego, co inne podmioty czynią zgodnie z prawem, czyli uprawiania łowiectwa, trudno przyjąć, aby został osiągnięty wystarczający stopień pilności. Należy w tym miejscu dodać, że w literaturze w ogóle reprezentowany jest pogląd, że wspomniany stopień pilności może być osiągnięty jedynie w przypadku, gdy nakazy lub zakazy sumienia dotyczą działań podejmowanych osobiście[12].

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że omawiana regulacja prawa łowieckiego nie ingeruje w wolność sumienia.

2. Ochrona własności

a) Uwagi ogólne

Gwarancje prawa własności, zarówno te zawarte w UZ, jak i te zawarte w art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz spełniają dwie funkcje. Pierwszą z nich można określić jako funkcję ochrony przyporządkowania przedmiotu prawa własności do jego podmiotu (dalej: funkcja przyporządkowania), drugą zaś jako funkcję ochrony wartości przedmiotu prawa własności. Konsekwencją funkcji przyporządkowania jest uprawnienie właściciela do wykluczenia osób trzecich z korzystania z przedmiotu prawa własności[13]. Chodzi tu o to, aby właściciel mógł nim swobodnie dysponować a więc o prawo wolnościowe[14] zagwa-

[11] M. Borowski, *op. cit.*, s. 555.

[12] S. Muckel, *Die Grenzen der Gewissensfreiheit*, NJW 2000, s. 690.

[13] W. Leisner, *Eigentum*, [w:] *Handbuch des Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 7: *Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit*, hrsg. J. Isensee, P. Kirchhof, Heidelberg 2010, nb. 41; W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 4: *Europäische Grundrechte*, Berlin–Heidelberg 2009, nb. 2866.

[14] M. Jabłoński, *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, Warszawa 2010, s. 96.

rantowane przez art. 14 UZ oraz art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz. Funkcja ochrony wartości ma charakter wtórny w stosunku do funkcji przyporządkowania, gdyż wartość przedmiotu prawa własności byłaby dla właściciela bez znaczenia w sytuacji, w której nie mógłby z niego korzystać. Ponieważ z perspektywy funkcji przyporządkowania wartość przedmiotu prawa własności jest bez znaczenia, trzeba stwierdzić, że funkcja ta może stać się przedmiotem naruszenia także w sytuacji, gdy wartość rzeczy nie ulega uszczupleniu. Ingerencja w prawo własności nie musi być zatem związana ze spadkiem wartości jego przedmiotu.

Funkcja ochrony wartości odnosi się do wartości majątkowej przedmiotu prawa własności[15]. Patrząc przez jej pryzmat naruszenie gwarancji prawa własności ma miejsce wtedy, gdy dochodzi do pomniejszenia właśnie owej wartości majątkowej. W niemieckim prawie konstytucyjnym przyjmuje się, że ustawodawca określając treść i granice prawa własności, w przypadku gdy zabieg ten prowadzi do nadmiernych obciążeń dla właściciela, ma obowiązek ustanowić klauzule odszkodowawcze, na podstawie których właściciel mógłby domagać się wyrównania takich nadmiernych obciążeń[16]. Odnośnie do gwarancji art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego nr 1 taki obowiązek wypłaty odszkodowań jest wywodzony z zasady proporcjonalności[17]. Jeżeli zatem nieproporcjonalnej ingerencji w prawo własności i tym samym jego naruszeniu da się zapobiec poprzez przyznanie właścicielowi roszczenia odszkodowawczego oznacza to, że celem gwarancji prawa własności jest ochrona wartości majątkowej jej przedmiotu. Funkcja ochrony wartości łączy zatem gwarancję prawa własności z historyczną rolą własności jako podstawą ładu gospodarczego i gwarancją wolności jednostki właśnie w sferze gospodarczej[18]. Tenże związek gwarancji prawa własności ze sferą ładu gospodarczego ma kapitalne znaczenie dla oceny dopuszczalności ograniczeń

---

15 W. Frenz, *op. cit.*, nb. 2865, W. Leisner, *op. cit.*, nb. 76; A. van Rijn, *Right to the Peaceful Enjoyment of One's Possessions (Article 1 of Protocol No. 1)*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*..., s. 866.

16 O. Depenheuer, *Entwicklung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes in Deutschland 1949–2001*, [w:] *Bericht zur Lage des Eigentums*, hrsg. T. von Danwitz, O. Depenheuer, C. Engel, Berlin 2002, s. 203.

17 ETPCz z 18.09.2010, w sprawie Schembri and Others v. Malta, nb. 15 i wskazane tam orzecznictwo; T. v. Danwitz, *Eigentumsschutz in Europa und im Wirtschaftsvölkerrecht*, [w:] *Bericht zur Lage des Eigentums*..., s. 256.

18 S.M. Heselhaus, *Eigentumsgrundrecht*, [w:] *Handbuch der Europäischen grundrechte*, hrsg. S.M. Heselhaus, C. Nowak, Münich 2006, nb. 2; H.-J. Cremer, *Eigentumsschutz*, [w:] *EMRK/GG. Konkordanzkommentar*..., nb. 23.

korzystania z nieruchomości wynikających z prawa łowieckiego. Zagadnienie to będzie jeszcze omawiane w dalszej części.

b) Obowiązek tolerowania polowań w orzecznictwie ETPCz dotyczącym prawa łowieckiego

Analizując orzecznictwo ETPCz trudno jednoznacznie stwierdzić, czy Trybunał kwalifikuje nałożenie na właścicieli nieruchomości obowiązku tolerowania polowań jak ingerencję w funkcję przyporządkowania czy też w funkcję ochrony wartości.

W sprawie Chassagnou przeciwko Francji ETPCz używa argumentów odnoszących się do obydwu tych funkcji, przy czym większa rolę zdaje się odgrywać funkcja ochrony wartości. W sprawie tej punktem wyjścia do rozważań było „prawo do polowania". Francuskie prawo łowieckie miało właściciela nieruchomości tego prawa pozbawiać, wskutek czego wartość działki obniżała się o jego wartość. Takim argumentem posługiwali się także skarżący. Trybunał badając zachowanie wymogów zasady proporcjonalności w wyczerpujący sposób przeanalizował kwestię czy francuskie prawo w wystarczający sposób rekompensowało właścicielowi utratę prawa do polowania. W konkluzji stwierdził on, że przewidziane prawnie formy odszkodowania nie są wystarczające. Odszkodowanie to bowiem miało polegać na tym, że właściciel zyskiwał prawo do polowania na całym obszarze obwodu łowieckiego, do którego została włączona jego działka. Jeżeli jednak właściciel nie był zainteresowany braniem udziału w polowaniach, to takie prawo nie przedstawiało dla niego żadnej korzyści. Odszkodowanie takie należało więc uznać nieefektywne. Można je było porównać do odszkodowania wypłaconego w walucie niewymienialnej, np. w wonach północnokoreańskich. Niezależnie jednak od tej konkluzji widać, że punktem odniesienia argumentacji ETPCz jest funkcja ochrony wartości, w tym wypadku wartości działki. Trybunał daje do zrozumienia, że wartość ta spada wskutek przeniesienia prawa do polowania na koło łowieckie, a powstały w ten sposób uszczerbek majątkowy nie podlega adekwatnemu wyrównaniu, wobec czego zachodzi naruszenie gwarancji prawa własności. Do funkcji przyporządkowania Trybunał odniósł się w wyroku krótko, dwa razy, pierwszy raz stwierdzając przy badaniu ingerencji w zakres ochrony gwarancji własności, że właściciel musi tolerować na swoim gruncie „uzbrojonych mężczyzn z psami myśliwskimi"[19] oraz drugi raz pod koniec wywodów, gdzie konstatował, iż konsekwencją przeniesienia prawa do polowania na inne podmioty, jest korzystanie z działki w sposób niezgodny z prze-

[19] Wyrok ETPCz z 29.04.1999, Chassagnou and Others v. Francja, nb. 74.

konaniami właściciela[20]. Trudno jest jednoznacznie ocenić, na ile jednak te spostrzeżenia są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Kolejną sprawą dotyczącą prawa łowieckiego, w której Trybunał nie rozróżnia w sposób jasny między funkcją przyporządkowania a funkcją ochrony wartości, jest sprawa Schneider przeciwko Luksemburgowi. Z jednej strony Trybunał głównie opiera argumentację na okoliczności, że osoby uprawiające łowiectwo uzyskują dostęp do nieruchomości wbrew woli właściciela[21], co wskazywałoby na funkcję przyporządkowania. Z drugiej jednak, ETPCz stawia tezę, że przewidziane w prawie luksemburskim – skromne – odszkodowanie nie jest w stanie zrekompensować utraty części praw do użytkowania rzeczy w postaci prawa do polowania, ponieważ świadczenie pieniężne z zasady nie może stanowić ekwiwalentu subiektywnych motywów właściciela, które leżą u podstawy jego decyzji o braku zgody na polowania na swoich gruntach. W tym miejscu tok wywodu Trybunału staje się mało klarowny. Jeżeli bowiem chodzi tutaj o spadek wartości nieruchomości, to jak najbardziej da się on oszacować i zrekompensować w formie pieniężnej. Wzmiankowane zaś przez Trybunał „subiektywne motywy" są związane z funkcją przyporządkowania: Chodzi o to, że osoby trzecie uzyskują dostęp na teren nieruchomości, a jej właściciel dąży do tego, aby im uzyskanie tego dostępu udaremnić. Ponieważ funkcja przyporządkowania nie jest zależna od funkcji zachowania wartości, mające miejsce ograniczenie wolności właściciela i tak nie da się przeliczyć na świadczenie pieniężne. Istotne jest jedynie samo naruszenie uprawnienia właściciela do wyłączenia osób trzecich z korzystania z jego rzeczy. Wynika stąd, że motywy, jakimi kieruje się właściciel, nie są w tym względzie prawnie doniosłe. ETPCz opisuje je w celu uwypuklenia rażącego charakteru naruszenia funkcji przyporządkowania. Argument ten Trybunał powtórzył też w sprawie Herrmann przeciwko Niemcom. Jednak dla stwierdzenia, że naruszenia funkcji przyporządkowania nie da się wyliczyć w pieniądzu, nie było konieczne powoływanie się na motywy właściciela. Na ile motywy w ogóle powinny być brane pod uwagę przy badania proporcjonalności ingerencji w prawo własności, jest jednak odrębną kwestią.

W sprawie Herrmann przeciwko Niemcom zagmatwanie pojęć pogłębione zostało jeszcze bardziej. Podczas gdy jeszcze w sprawie Schneider Trybunał badał kwestię odszkodowania zarówno w związku z utratą prawa do polowania, jak i z ingerencją w funkcję przyporządkowania, to w sprawie Herrmann temat odszkodowania pojawia się tylko

[20] *Ibidem*, nb. 85.

[21] Wyrok ETPCz z 10.07.2007, Schneider v. Luksemburg, nb. 44 oraz nb. 51.

w odniesieniu do tej ostatniej funkcji. Trybunał staje na stanowisku, że taka ingerencja nie może być zrekompensowana właścicielowi poprzez świadczenie pieniężne[22]. Ten tok rozumowania znacznie odbiega od koncepcji wyrażonej w orzeczeniu Chassagnou, w którym ETPCz koncentrował się na spadku wartości działki. W tym miejscu widoczna staje się różnica między stanami faktycznymi obydwu spraw, której Trybunał zdaje się nie dostrzegać. Różnica ta pojawia się na tle funkcji ochrony wartości.

Zarówno w Niemczech, jak i we Francji wartość nieruchomości – rozpatrywana jako wartość bezwzględna – ulega obniżeniu wskutek obowiązku tolerowania polowań, nawet jeżeli ta utrata wartości jest znikoma. Wynika to z faktu, że w praktyce jeśli nawet takie polowania muszą być tolerowane, to dzieje się to zaledwie kilka razy w roku[23]. Spadek wartości względnej jest jednak wyższy we Francji. Należy bowiem wziąć pod uwagę fakt, że w Niemczech obowiązkiem tolerowania polowań objęte są wszystkie działki, więc nie powstają różnice w wartości działek objętych obowiązkiem tolerowania polowań i taki, których taki obowiązek nie dotyczy. We Francji natomiast takie różnice powstają jak najbardziej, gdyż obowiązek tolerowania polowań nie dotyczy tam wszystkich nieruchomości na terenie kraju, lecz tylko ich części[24].

Również w obszarze funkcji przyporządkowania da się dostrzec różnice między regulacjami francuskimi a niemieckimi. Funkcja przyporządkowania ma tutaj doniosłe znaczenie, ponieważ skarżący chcą uniemożliwić dostęp do nieruchomości osobom uzbrojonym z psami, na co Trybunał zwracał uwagę już w orzeczeniu w sprawie Chassagnou. W literaturze niemieckiej został wyrażony pogląd, że regulacje niemieckiego prawa łowieckiego czynią z właściciela na jego własnej działce widzem cudzej rozrywki, jaką jest polowanie i to nawet wbrew jego woli[25]. Należy jednak zauważyć, że owe uzbrojone osoby wypełniają także zadania z zakresu troski o dobro wspólne, jakim jest prowadzenie prawidłowej gospodarki łowieckiej. Wypełniają one zatem zadania, które należy zaliczyć do zakresu działań administracji publicznej. Ten wspólnotowy aspekt łowiectwa jest w regulacji niemieckiej bardziej uwypuklony, niż w ustawie francuskiej (*Loi Verdelle*). Regulacja niemiecka opiera się na założeniu, że państwo powierza wykonywanie zadań jemu należnych,

[22] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 91.

[23] Zdanie odrębne sędziego J.-P. Costy do wyroku ETPCz z 29.04.1999, Chassagnou and Others v. Francja.

[24] Wyrok ETPCz z 29.04.1999, Chassagnou and Others v. Francja, nb. 84.

[25] C. Sailer, *Der Jagdzwang und die Menschenrechte*, ZRP 2005, s. 89.

zainteresowanym osobom prywatnym, co stanowi najbardziej efektywną i korzystną z punktu widzenia kosztów formę ich wykonywania[26]. Różnica między ustawą francuską a niemiecką polega na tym, że ta pierwsza próbuje wyważyć interesy właścicieli gruntów z jednej strony i osób uprawiających łowiectwo z drugiej, podczas gdy ta druga nakłada na właścicieli nieruchomości ograniczenia w celu umożliwienia realizacji zadań z zakresu administracji publicznej. Wielka Izba ETPCz orzekając w sprawie Herrmann tę różnicę w paradygmacie ustawy dostrzegła, lecz decydującej wagi do niej nie przywiązała, a to dlatego, że ustawa niemiecka również normowała pewne prawa osób uprawiających łowiectwo[27]. V sekcja ETPCz, która wcześniej stwierdziła brak naruszenia Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz, zajęła w tym względzie odmienne stanowisko, wskazując właśnie na wspomnianą fundamentalną różnicę między stanem prawnym w Niemczech i we Francji. Fakt, że system kół łowieckich obejmuje w Niemczech cały obszar kraju oraz że wyjątki są dopuszczalne jedynie ze względu na interes publiczny, stanowi dla V sekcji ETPCz dowód, że łowiectwo jest uważane przez ustawodawcę jako zadanie za zakresu troski o dobro wspólne[28]. Orzeczenie wydane przez V sekcję zdaje się również prawidłowo rozróżniać między funkcją przyporządkowania i funkcją ochrony wartości. O odszkodowaniach wspomina się jedynie w związku ze szkodami łowieckimi i nie łączy się ich w niejasny sposób z prawem do wyłączenia osób trzecich z korzystania z prawa własności.

Na koniec tej części rozważań należy podkreślić, że funkcja przyporządkowania gwarancji prawa własności winna być szanowana także przez ustawodawcę. W doktrynie niemieckiej przyjmuje się, że konstytucja zawiera autonomiczne pojęcie własności (*Verfassungseigentum*), które skutkuje prawem jednostki do żądania od państwa powstrzymana się od ingerencji we własność[29]. Ustawodawca regulując kompetencje osób uprawiających łowiectwo do poruszania się po prywatnych działkach musi zatem również jako składnik gwarancji prawa własności wziąć pod uwagę wynikające z konstytucji uprawnienie właściciela do decydowania o tym, kto może uzyskać dostęp do jego nieruchomości.

---

[26] R. Müller-Schallenberg, P.H. Förster, *Die Pflichtmitgliedschaft in Jagdgenossenschaften*, ZRP, s. 230.

[27] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 84.

[28] Wyrok ETPCz z 20.01.2011, w sprawie Herrmann v. Niemcy (V sekcja), nb. 53––54.

[29] W. Leisner, *op. cit.*, nb. 47–50.

c) Test proporcjonalności

W omawianej sprawie dla rezultatu testu proporcjonalności ingerencji w prawo własności poprzez regulacje prawa łowieckiego, kluczowe znaczenie mają dwie kwestie. Po pierwsze nasuwa się pytanie, jakie znaczenie ma okoliczność, że myśliwi, czyli osoby, którym na podstawie ustawy powierzone zostało zadania prowadzenia gospodarki łowieckiej, traktują wykonywanie tego zadania, jak ujął jeden z cytowanych wyżej autorów, także w kategoriach rozrywki czy hobby. Po drugie należy rozważyć, jaką rolę powinny odgrywać motywy, którymi kieruje się właściciel odmawiający dostępu do swojej nieruchomości osobom prowadzącym polowanie.

Na pierwsze z postawionych pytań należy odpowiedzieć przecząco. Życie wewnętrzne myśliwych nie powinno mieć tutaj znaczenia, gdyż chodzi jedynie o sposób wykonywania zadań przez państwo, które równie dobrze mogłoby zatrudnić myśliwych na etat lub zawrzeć z nimi umowy zlecenia. Co prawda § 1 ust. 1 niemieckiej federalnej ustawy o łowiectwie kształtuje prawo do uprawiania łowiectwa jako prawo podmiotowe, łącząc je jednak w jasny i nierozerwalny sposób z obowiązkiem do realizowania gospodarki łowieckiej, co z kolei stanowi zadanie państwa. W świetle tej konstrukcji prawo do polowania, a także do nabycia prawa własności na upolowanej zwierzynie łownej należy uznać za świadczenie wzajemne, czyli za swego rodzaju zapłatę za wykonywanie zadań publicznych. Należy tutaj również zauważyć, że odnośnie do sposobu i środków wykonywania tych zadań, ustawodawca dysponuje szerokim marginesem swobody decyzji.

Kwestia motywacji właściciela, leżącej u podstaw jego odmowy udostępnienia nieruchomości dla celów gospodarki łowieckiej, jest potraktowana przez ETPCz z najwyższą uwagą. Motywacja ta może mieć charakter ideologiczny lub gospodarczy, majątkowy. Trybunał wspomina o „zastrzeżeniach etycznych", jak również o „głęboko zakorzenionych przekonaniach osobistych"[30]. W ostatecznym rozrachunku to właśnie charakter motywacji właściciela jest tym aspektem, który w konflikcie między potrzebą prowadzenia prawidłowej gospodarki łowieckiej a interesem właściciela przechyla szalę na korzyść tego ostatniego[31].

Gospodarcze przeznaczenie prawa własności przemawia jednakże przeciwko uwzględnianiu pozamajątkowych motywów właściciela, jako elementu oceny proporcjonalności ingerencji w prawo własności, w sytuacji, w której ustawodawca w sposób abstrakcyjno-generalny

[30] Wyrok ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy, nb. 91.

[31] *Ibidem*, nb. 80.

określa obowiązki właścicieli nieruchomości. Należy oczywiście pamiętać, ze własność jest ściśle związana z wolnością osobistą i stanowi środek jej realizacji[32]. Niemniej z drugiej strony przedmiotem badania FSK i ETPCz nie było abstrakcyjne pojęcie własności, lecz jej gwarancja ukształtowana normatywnie przez właściwe normy UZ oraz Protokołu dodatkowego nr 1 do EKPCz, a te chronią własność jedynie w obszarze majątkowym, na co wskazuje podkreślany w doktrynie związek gwarancji prawa własności z ładem gospodarczym. Nie chodzi tu w żadnym razie o rozczepienie własności i wolności. Chodzi tu jedynie o poprawne rozgraniczenie zakresów ochrony poszczególnych gwarancji praw człowieka, w tym wypadku gwarancji wolności sumienia i gwarancji prawa własności.

Jeżeli przyjąć, że pozamajątkowe motywy właściciela powinny być uwzględniane przy badaniu proporcjonalności ingerencji w prawo własności przez ustawodawcę, to prawo to stałoby się prawem zbiorczym, bądź metaprawem chroniącym wolność jednostki w sposób całościowy. Takie rozszerzenie gwarancji prawa własności nie znajduje uzasadnienia w UZ i w przyjętej w niemieckiej doktrynie prawa konstytucyjnego metodologii definicji zakresu ochrony poszczególnych praw podstawowych. Tytułem przykładu można wskazać, że FSK nie uznaje zakazów palenia tytoniu za ingerencję w prawo własności, którego przedmiotem są papierosy[33]. Podkreśla się natomiast, że gwarancja art. 14 UZ – gwarancja prawa własności – znajduje zastosowanie wtedy, gdy na gruncie danego stanu faktycznego chodzi głównie właśnie o kwestie majątkowe[34].

Oczywiście w omawianej sprawie trudno zaprzeczyć, że nastąpiła ingerencja w zakres ochrony art. 14 UZ oraz art.1 Protokołu dodatkowego nr 1 do ETPCz. Jeżeli jednak warunkiem uznania, że taka ingerencja nastąpiła są względy majątkowe, to właśnie one powinny stanowić główny przedmiot analizy, także przy badaniu proporcjonalności ustanowionych ograniczeń. W orzeczeniu Wielkiej Izby ETPCz w sprawie Herrmann gwarancję prawa własności traktuje się zaś przede wszystkim jako gwarancję swobody myśli, w tym wypadku pobudek, którymi kieruje się właściciel przy okazji korzystania z należącej do niego nieruchomości. Ze względu na gospodarcze przeznaczenie gwarancji prawa własności, stanowiska tego nie można uznać za właściwe. Rację należy przyznać FSK, który nie chcąc dopuścić do zamazania różnic i nałożenia

[32] O. Depenheuer, *op. cit.*, s. 140.

[33] FSK BVerfGE 121, 317, 344.

[34] H.D. Jarass, [w:] H.D. Jarass, W. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, Münich 2012, art. 14, nb. 5 i wskazana tam literatura.

się na siebie zakresów ochrony różnych gwarancji podkreślił, o czym już wspomniano, iż w sytuacji, w której nie doszło do naruszenia wolności sumienia, jej gwarancja nie prowadzi do intensyfikacji ochrony prawa własności[35].

Wnioski

W omawianej sprawie Trybunał powinien był skoncentrować się na ingerencji w funkcję przyporządkowania. Musiałby wtedy dojść do wniosku, że ingerencja ta ma jedynie bardzo niewielki wymiar gdyż polowania muszą być tolerowanie jedynie kilka razy w roku. Kwestię tę należałoby jednak przeanalizować dokładnie, badając np., jaka część działki faktycznie narażona jest na to, że będą się na niej odbywać polowania, w jakim stopniu przeszkadzają one właścicielowi w swobodnym korzystaniu z nieruchomości itp. Czy Trybunał w wyniku takiej analizy uznałby, iż interes publiczny, jakim jest prowadzenie gospodarki łowieckiej, nie czyni ingerencji w prawo własności zasadną? Niewiele na to wskazuje.

Orzeczenie ETPCz rozpatruje ingerencję w prawo własności na trzech płaszczyznach: funkcji ochrony wartości, funkcji przyporządkowania oraz wewnętrznych pobudek właściciela. Rozpatrywanie intensywności ingerencji w prawo własności na trzeciej z wymienionych płaszczyzn trzeba uznać za błąd, także dlatego, że zmusza ono Trybunał do dokonania dosyć problematycznej oceny szlachetności motywacji właściciela, która *notabene*, na co wskazuje także zdanie odrębne do wyroku[36], w omawianej sprawie wcale oczywista nie była.

[35] FSK NVwZ 2007, 808, 810.

[36] Zdanie odrębne sędziów Thór Björgvinsson, Vučinić i Nussberger do wyroku ETPCz z 26.06.2012, w sprawie Herrmann v. Niemcy. Cytowani sędziowie wskazują na fakt, że część tej samej działki, co do której skarżący nie chciał, aby były na niej przeprowadzane polowania, była wydzierżawiona hodowcy bydła, który bydło to hodował w celu uboju. Skarżący twierdził, że nic o tym nie wiedział, gdyż działkę objął w spadku po matce. Poruszając tę kwestię sędziowie zwracają również uwagę, iż skarżący wniósł skargę dopiero w 2003 r., mimo, że spadek objął 10 lat wcześniej. Okoliczności te budzą wątpliwości co do rzeczywistych motywów skarżącego jako że to, co się faktycznie dzieje z działką, pozostało przez długi czas poza sferą jego zainteresowań.

INDEKS NAZWISK

Adamczewski Witold *525*
Adamiak Barbara 181, *203*, *204*, *206*, *292*
Agnosiewicz Mariusz 543
Akwinata zob. św. Tomasz z Akwinu
Aleksandrowicz Tomasz R. *507*
Allan John *531*
Alpa Guido *156*
Andenas Mads *156*
Andrejew Igor *423*, *428*, *432*, *433*
Andrzejewski Marek *203*, *219*, 224, *225*
Aquinas Thomas 13
Arnaudo Luca *286*
Arnold Jörg *475*
Artymiak Grażyna *471*
Arystoteles (Stagiryta) 18, 19, 21, 26–28, 31, 32, 36, 40
Atatürk Mustafa Kemal Pasha 554, 557
Auer Johann *14*
Augustyn święty 19, 26, 29
Augustyniak-Górna Teresa *316*, 319

Bachman Klaus 54, 56, 57
Bafia Jerzy *426*, 437, 447
Baka Władysław *328*, *332*
Balasiński Cezary *114*
Balcarczyk Justyna *190*
Balzer Oswald *98*
Bałaban Andrzej *338*
Bałandynowicz Andrzej *399*
Banasik Katarzyna *470–473*, *475*
Banaszak Bogusław *147*, *371*, 383, *384*, *491*, *492*
Bantam Jeremy 431
Barany Eduard *380*
Barbier Marice *550*
Barkhuysen Tom *156*
Bartłomiej z Lukki 18
Baszkiewicz Jan *44*
Beccaria Cesare 430, *431*
Beckert Jens *156*
Bednarek Małgorzata *243*
Bentham Jeremy 430
Berg Albert van den *196*
Berger Klaus Peter *198*
Berlin Isaiah *487*
Bidziński Mariusz *379–381*
Bielski Marek *426*
Bieniek Gerard 171
Bień-Kacała Agnieszka *133*, *135*, *137*, *201*
Biernat Jakub *160*, *163–166*
Biernat Stanisław *208*, *210*
Bigo Tadeusz 171
Bishop Simon *277*
Bisztyga Andrzej *559*
Björgvinsson Thór *585*
Blessing Marc *200*
Błaszczak Łukasz *186*, *196*
Błaś Adam *117*, 118, 120, 122, 215
Böckstiegel Karl Heine *192*, *199*
Boć Jan *117*, 118, 120–122, *136*, 179, *215*
Bodinus (Jean Bodin) 41
Bogdan Grzegorz *433*
Bojarski Marek *425–427*, *430*, *431*, *434*, 437, 438, *446*, *447*

Bojarski Tadeusz *408*, *419*, *426*, *427*, *443*
Bolecki Antoni *286*
Bonnard Roger *548*
Borkowski Janusz *181*, *203*, *204*, *206*, *292*
Borowski Martin *547–575*, *577*
Borysiak Witold *148*, *160*
Brekoulakis Stavros *195*, *197*, *198*
Brożek Bartosz *506*, *509*
Brzeziński Bogumił *360*, *368*
Brzeziński Wacław *177*
Brzozowski Wojciech *567*
Buchała Kazimierz 403, 405, *425*, *426*, *432*, *433*, *447*
Burrell Marice C. *531*

Caban Jan 176
Camby Jean-Pierre *550*
Carbonneau Thomas *186*
Cashin Ritaine Eleanor *156*
Chapter Ewoud Hondius *145*
Chenu Marie-Dominique *19*
Chesterton Gilbert Keith *18*
Chmaj Marek *379*
Chmurski Antoni *109*
Chojecki Artur *18*
Chojna-Duch Elżbieta *333*, *367*
Christ Jesus zob. Chrystus Jezus
Chrystus Jezus 9, 12, 16
Cicero Marcus Tullius 22, 25, 98
Cieślak Marian *411, 432*, 437, 453, *461*, 463, *464*
Citkowska-Kimla Anna *50*
Conte Amedeo Giovanni *506*, *508*, *509*
Cornu Gérard *549*
Costa Jean-Paul *559*, *581*
Cremer Hans-Joachim *578*
Cruise Tom *533*
Czapliński Władysław *562*
Czapska Janina 504
Czarny Piotr *114*, 504
Czarny Ryszard M. *148*
Czausow Włodzimierz *531*
Czeszejko-Sochacki Zdzisław *114*, *239*, *463*

Ćwiąkalski Zbigniew *425*, *433*, *471*, *483*, *484*, *493*
Ćwięk Henryk *125*
D'alambert Jean 41
Danwitz Thomas von *578*
Das Dilip K. 504

Dauner-Lieb Barbara *154*
Dąbrowski Włodzimierz *344*, *345*
Delsenne Ludivine *550*
Denning Alfred, Lord Denning 539
Depenheuer Otto *578*, *584*
Dębowska-Romanowska Teresa 322, *366*, *368*
Dębski Ryszard *429*, *436*, *439*
Diderot Denis 41
Didier Julia *509*
Dijk Peter van *575*
Dilcher Gerhard *15*
Długosz Joanna *482*–493
Domagała Michał *117*
Domańska Aldona *380*
Doroszewicz Stefan *73*
Dowgier Rafał *364*
Drozd Edward *160*, *161*, 163
Dubel Lech *40*
Dudka Katarzyna *480*, *482*
Duguit Leon *548*
Dukiet-Nagórska Teresa 418, *420*, *485*
Dumont Louis *10*, 11
Duyn Yvonne van 536, 537
Dyduch Jan *528*
Dymińska Zyta *482*
Dziadzio Andrzej *47*
Działocha Kazimierz *47*

Dzwonkowski Henryk *364*, *372*

Einfeld Oswald *339*
Emmerik Michiel van *156*
Engel Christoph *578*
Ereciński Tadeusz *190*, *191*
Erp Sjef van *150*, *154*
Eser Albin *475*
Espiau Santiago *157*
Etel Leonard *364*

Falski Jacek *547*, *550*, *551*, *553*, *560*, *561*, *563*, *564*
Ferrari Franco *197*
Filar Marian 422, 423, *485*
Filipek Józef *118*, 122, 177, *178*, 210, *211*
Fill Wojciech *427*
Fischer-Czermak Constanze *155*
Flauss Jean-François *559*
Flavier Hugo *551*
Florek Teresa *426*, *447*
Floßmann Ursula *157*
Flume Werner 170
Fojcik-Mastalska Eugenia *335*, 337, *366*, *371*
Förster Philipp Hubertus 582
Forsthoff Ernst 117
Foster John D. 532
Frąckowiak Józef 173–*175*
Frenz Walter *577*, 578
Fuller Benjamin Apthorp Gould *18*

Gajl Natalia *133*, 318, *319*, *366*
Galster Jan *119*, *139*, *201*, *202*
Gardocka Teresa *480*
Gardocki Lech *422*, *425*, *433*, 434, *475*
Garland David *441*
Garlicki Leszek *123*, *134*, *242*, *244*, *254*, *419*, *420*, *486*, *487*, *549*, *559*
Giemza Mariusz *63*
Gierowski Józef K. *483*, *488*, 489
Giezek Jacek *430*–432, *434*
Gigilewicz Edward *522*
Gilbert-Studnicki Tomasz *462*
Gierke Otto von 170, 172
Glapiński Adam *389*
Glaser Stefan *401*
Gliniecka Jolanta *364*
Glinka Zygmunt *18*
Gniewek Edward 172, 173
Gomułowicz Andrzej *367*, *370–372*
Gonzales Gerard *559*, *564*, *566*, *570*
Gonzalez de Cossio Francisco *193*
Gorgol Andrzej *379*
Góralski Piotr *482*
Góralski Wojciech 525
Górzyńska Teresa *287*
Grabowska Sabina *386*
Grabowski Radosław *386*
Grajewski Jan *440*
Gronowska Bożena *201*
Grote Rainer *575*
Grupiński Ryszard *474*
Gruszczyńska Beata *480*
Gruszecka Dagmara 421
Grzegorczyk Tomasz *426*, *428*, *435*, *438*, *444*, *449*, *450*, *461*
Grześkowiak Alicja *400*
Grzybowski Konstanty *50*
Grzybowski Marian 439
Grzybowski Stefan *310*
Gubiński Arnold *423*, *426*, *435*, 437, *438*
Günther Hans-Ludwig *422*
Gutowski Maciej *161*
Gwiazdomorski Jan *161–163*, 166

Haładyj Anna *117*
Hamilton Alexander *15*
Hammer Olav *531*
Hannson Sven Ove *514*
Hanotiau Barnard *191*, *197*

Hanusek Tadeusz *432*
Hartkamp Arthur S. *145*
Hauser Roman 182*, 242*
Hebenton Bill 503
Hegel Georg Wilhelm Friedrich 10, *11*
Hełczyński Bronisław *105*
Herdegen Matthias *574*, *575*
Herrmann Gerold *192*
Heselhaus Sebastian M. *578*
Hofmański Piotr *405*, *450*, *453*, *458*, *461*, *462*, *471*
Hohenstaufen Friedrich II von 14
Hollande Francois *553*
Hołda Joanna *47*
Hołda Zbigniew *47*
Hoof Fred van *575*
Hopf Gerhard *155*
Howard Michael *532*
Hubbard Ron L. *531*, 537–539, 541
Hucał Michał *559*
Hugon II z Luisignan 17
Hugon III 17
Hünermann Peter *11*
Hunt John 542
Hupiszewski Henryk *202*
Husserl Edmund 509

Isensee Jozef *577*
Iserzon Emanuel 178, 437
Izdebski Hubert *45*, *49*, 118–120, 122, *209*
Izydorczyk Jacek *450*

Jabłoński Mariusz *577*
Jabłoński Paweł *425*
Jacques Robert 549
Jäger Herbert *422*
Jagland Thorbjorn *93*
Jagoda Joanna 180
Jakubowska-Hara Jolanta *399*
Jan Paweł II *13*, 529
Jan z Salisbury 40, 41
Janda-Jendrośka Krystyna 204
Jankowski Wojciech 428
Janson Francis *186*
Jarass Hans Dieter *584*
Jaroszyński Maurycy 177
Jarosz-Żukowska Sylwia *243*
Jasińska Bronisława *339*
Jaskiernia Jerzy *148*, *482*, *559*
Jaworski Władysław L. 98, *99*, 101, 102, 107, 177
Jellinek George *98*
Jellinek Walter *118*
Jendrośka Jan 204
Jenkins Helen *280*
Jerominek Magdalena 180
Jeżewski Jan *117*, 118, 120
Jędrzejewski Zbigniew *434*
Jodłowski Jan *462*, *463*
Joffe Olimpiad *310*
John Paul II zob. Jan Paweł II
Johnson Paul 112
Jonca Karol *47*
Jud Brigitta *154*

Kaczmarek Przemysław *425*, 435
Kalinowski Marek *311*, 319, 320
Kallas Marian *118*
Kamiński Marcin *205*, *213*
Kant Immanuel *14*
Kantorowicz Ernst *14*
Kardas Piotr *408*, *417*, *429*, *433*, *444–446,461–464*
Kathrein Georg *155*
Kaufmann Franz Xaver *11*
Kavanagh James *280*
Kąkolecki Andrzej *189*
Kelsen Hans 98, 102, 170
Kenny Anthony *18*
Kerridge Roger *154*
Kędziora Renata *485*
Kidyba Andrzej *244*

Kielin-Maziarz Joanna *146*
Kiełkowski Tadeusz *205*, 213
Kinder Ernst *14*
Kirchhof Paul *577*
Kiwior-Filo Małgorzata *50*
Klaus Witold *411*
Klein Alfred 175
Klein Eckart *9*
Klimek Paweł *342*
Klink Marek *366*
Kłak Czesław P. *442*, 443
Kłos Michał *160–162*, *164*, *166*
Kmieciak Zbigniew *300*
Knysiak-Molczyk Hanna *205*, *213*, *288*, *290–293*, *295*, *297–299*
Kobylińska Anna *73*
Kociubiński Wojciech *450*, *452*
Köck Heribert Franz *11*
Kohutek Konrad *277*, *278*, *280*, *286*
Kolarska-Bobińska Lena 504
Komarnicki Wacław *110*
Konarska-Wrzosek Violetta *407*
Konieczny Jerzy *516*
Koper Radosław *471*, *474*
Korczak Jerzy *242*
Kordasiewicz Bogurad *160*
Korzan Kazimierz *260*
Kosikowski Cezary *133–136*, *309*, 314–316, 318–322, *325*, *334*, *335*, *339*, *340*, *342*, *364*, *365*, 368
Koslowski Peter *10*
Kostecki Apoloniusz *319*, *368*
Kościelniak Grzegorz *125*
Kość Antoni *517*
Kotlinowski Marek *235*, *245*, 256
Koubi Geneviève *548*, *550*
Kozub-Ciembrowicz Wiesław *50*
Krajewski Krzysztof *411*, *441*
Krawiec Anna *205*, *213*
Kremis Józef 172
Kretzmer David *9*
Kroll Stefan *186*, *192*, 197
Królikowski Michał *420*, 434, *435*, *471*, *475*, *482*
Krueger Paulus *524*
Kruk Magdalena *40*
Krukowski Józef 522, *525*, *527*, *528*, *559*
Krupiarz Witold 504
Krzynówek Anna *488*
Krzywoń Adam *245*
Krzyżanowski Adam *345*
Księżak Paweł *148*
Kubicki Leszek *427*, *439*, *440*
Kudeja Marcin *148*
Kulesza Michał 118–120, 122
Kuligowski Łukasz *418*
Kurowski Leon *311*, 315–317
Kuryś Agnieszka *532*
Kurzępa Bolesław *427*
Kutrzeba Stanisław *98*
Kwieciński Adam *484*
Lachowski Jerzy *407*

Langrod Jerzy S. *99*, *109*
Lasson Georg *11*
Latey John 541
Legowicz Jan *18*
Leible Stefan *146*
Leisner Walter *577*, *578*, *582*
Leleu Yves-Henri *145*, 157
Leon XIII *13*
Leoński Zbigniew *122*
Lernell Leszek *431*, *432*, 437
Lew Julian D.M. *192*
Lindenbergh Siewert *156*
Lipowicz Irena *119*, 175, *176*, 424, *425*
Lis Andrzej *137*
Lis-Staranowicz Dorota *139*
Liszewski Jan 504
Liszt Franz von 436
Litwin Józef *291*
Lombardi Valauri Luigi *15*

Longchamps Franciszek 175, 176, *309*
Longchamps Roman 171
Loos Marco B.M. *273*
Lübbe Hermann *11*
Lubelski Marek J. *400*, *406*, *408*, *411*, *41,*, *427*, *429*
Luca Nathalie *532*
Ludwik Małgorzata *186*, *196*

Łabno Anna *148*
Łabuda Grzegorz *430,* 431*,* 444–*446*
Łaszczuk Maciej *187*
Łaszczyca Grzegorz 293
Ławniczak Artur *379*, *380*
Łączkowski Wojciech 524
Łętowska Ewa *175*, *243*, *266*
Łuczyński Paweł *450*, *452*, *455*
Łukasiewicz Jan *117*, 118

Machiavelli Niccolò 41
Maciąg Zbigniew 113, 185, *373*, 449
MacQueen Hector L. *157*
Madison James 15
Majewski Jarosław *423*, *433*
Mak Chantal *145*, *273*
Makarewicz Juliusz *400*, *401*, *425*, *427*, 436, 437
Małecki Jerzy *367*, *370*, *371*
Manne Geoffrey A. *286*
Marauhn Thilo *575*
Marczewski Marek *480*
Marek Andrzej *407*, *423*, *427*, *428*, 437, 443, *444*, *446*, *481*
Marszał Kazimierz *449–452*, *458*, *462*, *471*
Martysz Czesław *293*
Mastalski Ryszard *323*, *341*, *366*, *371*
Masternak Marian *363*
Matan Andrzej *293*
Matyszkowicz Mateusz *18*, *20*
Mauerer Hartmut 181, *182*
Mayer Otto 101, *118*
Mazurkiewicz Marek *136*
Mączyński Andrzej *148*, *161*, 529
Megaw John 538
Melezini Mirosław *411*
Merten Detlef *547*
Miaskowska-Daszkiewicz Katarzyna *118*
Mirek Ireneusz *366*
Mirski Andrzej *220*
Mistelis Lukas A. *192*, *195*, *197*
Modzelewski Witold *349*
Mogilnicki Aleksander *401*
Mojak Ryszard *525*
Monnier Henry *548*
Monteskiusz 41
Moon Sun Myung *532*
Morawski Lech *505*
Morawski Wojciech *369*, *378*
Morocznik B. 432
Muckel Stefan *577*
Müller-Schallenberg Ralph *582*
Murzynowski Andrzej *458*, *464*

Naleziński Bogumił *114*
Namysłowska-Gabrysiak Barbara *427*
Nawroczyński Bogdan *431*
Nestorowicz Mirosław *485*
Niels Gunnar *280*
Niewiadomski Zygmunt *119*, 120*, 242*
Nita Barbara *427*
Nizieński Bogusław *475*
Nowaczyk Piotr *188*, *189*
Nowak Carsten *578*
Nowak Tomasz *366*
Nowicki Marek Antoni *559*
Nussberger Angelika *585*
Nykiel Włodzimierz *366*, *369I, 372*

Ochendowski Eugeniusz 117, 119, 180
Oczkowski Tomasz *446*, *481*
Ofiarski Zbigniew *333*, *360*
Ohryzki Jozefat *340*
Okolski Józef *188*
Olbrycht Jan *522*
Oleszko Aleksander *161*
Olszowy Witold *316*, 319
Oniszczuk Jerzy *114*, *132*, *135*, *143*, *370*
Oostrehoff Albert H.*153*
Orski Władysław *105*
Osajda Konrad *148*, *163*
Ostrowska Dorota *47*
Ostrowski Karol *311*, *314*, *341*, *369*

Pamboukis Harris *197*
Papier Hans-Jürgen *547*
Paprzycki Lech Kazimierz *405*, *483*, *488*, 489, *491*
Pardolesi Roberto *286*
Pawlik Renata *400*
Pazdan Maksymilian *148*, *160*, 171, *190*
Peiper Leon 437
Pérez Luño Antonio-Enrique *11*
Perron C. Edgar du *145*
Piątek Stanisław 119, 120
Piątowski Józef S. *160–162*, *165*
Pickles Eric532
Piekarski Mieczysław *300*
Pieper Josef *33*
Pieroth Bodo *584*
Pietrasz Piotr *364*
Pietrzak Michał *533*, *548*, 549
Pietrzkowski Henryk *171*, *172*
Pietrzykowski Krzysztof *161–163*
Piętak Jan Kanty *105*
Pikulski Stanisław *423*
Pilch Agnieszka *406*
Piłsudski Józef 107, *344*
Pintens Walter *145*
Piotrowski Robert *18*
Piskorski Justyn *423*, *425*, *429*
Platon 19
Płachta Michał *440*
Poczobut Jerzy *190*, *191*
Poleszak Henryk 293
Policzkiewicz Jan *261*
Popiołek Wojciech *148*
Popławski Henryk *438*
Popławski Mariusz *364*
Postulski Kazimierz *491*
Potrzeszcz Jadwiga *49*
Potulski Jacek *428*
Prejbisz Antoni *339*
Prélot Henri *549*, *556*
Presnarowicz Sławomir *364*
Przybysz Piotr 176
Purtill Richard L. *513*
Pużyński Stanisław *481*

Radbruch Gustav *47*
Radecki Wojciech *425–427*, 438, *446*, *447*
Radomyski Mateusz *281*
Raglewski Janusz *433*
Rappaport Emil Stanisław *431*, 438
Ratajczak Aleksander *474*
Ratliff James D. *286*
Razowski Tomasz *444–446*
Reczkowski Robert *137*
Richardson James T. *533*
Rijn Arjen van *575*, *578*
Roagna Ivana *385*
Robinson Kenneth 531
Romańczuk-Grącka Marta *423*
Rose Paul B. 532
Rosmarin Seweryn 349
Rothstein Mikael *531*
Rousseau Jean-Jacques 41
Różycki Rudolf *105*
Rubinfeld Daniel L. *286*

Ruśkowski Eugeniusz 320, *365*
Rüthers Bernd *524*
Rybak Agnieszka *474*
Rybarski Roman *340*
Rybczyńska Julita A. *47*
Rybicki Zygmunt 119
Rymarz Ferdynand *382*
Ryszka Franciszek *47*
Rząsa Grzegorz *301–303*
Rzepliński Andrzej *237*, *241*, *243*, *245*, *246*, *250*, *403*

Sadowski Zdzisław *339*
Sadzik Elżbieta *450*, *453*, *458*
Safjan Marek *175, 425*
Sailer Christian *581*
Sakowicz Andrzej *471*, *475*, *485*, *487*, *491*, *492*
Salomon *32*
Sanders Pieter *192*
Sarkowicz Ryszard *47*
Sarnecki Paweł *486*, *487*, *491*, 504
Savigny Friedrich Carl von 170
Sawicki Jan *105*
Schauer Martin *155*
Schmitt Carl *14*
Schulte-Nölke Hans *266*
Schumpeter Joseph Aloes 389, 390
Segerdal Michael 535
Seidler Grzegorz Leopold *35*
Shand John *10*
Siedlecki Władysław *260*, *261*, *301*
Siemaszko Andrzej *480*
Sienkiewicz Zofia *405*, *430*, 431
Sieradzka Małgorzata *278*, 280
Sikora Tadeusz *63*
Simonsen Clifford E. *516*
Skałecki Janusz *531*
Skoczny Tadeusz *278*, *281*
Skoczylas Andrzej *181*
Skorupka Jerzy *461*, *463*
Skorupska Justyna *266*
Skotnicki Krzysztof *380*
Skórzewska-Łosiak Jadwiga *133*
Skrzydło Wiesław *147*, *386*, 522, *523*, 525, 526
Skrzypek Elżbieta *52*, *61*, *63*
Skupiński Jan *399*, *428*, *440*
Smith Adam *339*, *343*
Sobczak Jacek *480*
Sokolewicz Wojciech *134*, *146*, *244*
Sołtysiński Stanisław 174
Soyah Jamil *550*
Spotowski Andrzej *430*–433
Spryszak Kamil *148*
Sroka Tomasz *408*, *417*, *429*
Stabryła Adam *68*
Stachowiak Stanisław *449*
Stagiryta zob. Arystoteles
Stahl Małgorzata *122*
Starck Christian *9*, *10*, *15*
Starościak Jerzy 120, 178, *179*
Staszewski Michał Teofil *547*
Stebart Mieczysław *18*
Stein Peter *10*
Steinborn Sławomir *411*
Stelmach Jerzy *47*
Stelmachowski Andrzej 310
Stempniak Andrzej *161*, *163*
Stępniak Piotr *411*
Strzelec Adam *400*, *482*
Strzeszewski Czesław *35*
Swift Adam *488*
Sychta Katarzyna *471*, *474*
Sylwestrzak Andrzej *45*, *46*, *119*
Szafrański Adam *236*
Szarogrodski Michail *310*
Szerer Mieczysław 430
Szewczyk Maria *406*, *425*, *433*
Szkandera Józef *343*
Szlachta Bogdan *40*, *50*
Szmulik Bogumił *114*, *118*
Szmyt Andrzej *134*
Szostak Maciej *543*

Szpunar Maciej *148*
Szumański Andrzej *188*
Szumiło-Kulczycka Dobrosława *427*, 428, *440*
Szumski Jerzy *426*, *428*, *447*
Szwaja Jacek Z. *206*, *212*
Szwarc Andrzej J. *474*
Szymanek Jarosław *551*, *553*
Szymanowski Teodor *397*, *399*, *403*, *411*
Szymański Adam *553*
Szyszkowska Maria *35*
Szyszkowski Wacław *201*

Śliwiński Stanisław 433, 434
Śliwowski Jerzy *399*, 432
Świda Zofia *461*
Świecki Dariusz *452*
Świeżawski Stefan *35*

Taras Wojciech *288*
Targański Bartosz *283*, *284*, *286*
Targosz Tomasz *170*
Tarno Jan Paweł *296*, *300*
Tatarkiewicz Władysław *18*
Taylor Edward *345*
Thomas Terry 503
Thuena Frode *492*
Tomasz z Akwinu święty (Akwinata) 17–41
Træen Bente *492*
Troeltsch Ernst *10*, 12
Trzciński Janusz *114*, *239*, *254*, *549*
Tuleja Piotr *114*, *238*, *248*, 255, *426*, *475*
Tulkens Francoise 561, 562
Turnipseed Terry L. *154*
Tylman Janusz *449*, *461*
Tynel Andrzej *187*

Uitz Renata *533*, 535
Urban IV papież 18
Urbański Marek *112*
Uruszczak Wacław 528
Utrat-Milecki Jarosław *399*
Uziębło Piotr *383*, *384*

Vaquer Antoni *157*
Verbeke Alain-Laurent *145*, *157*
Vermeulen Ben *575*
Völkl Richard *12*
Vosper Cyril 537, 539
Vučinić Nebojša *585*

Walecki Marcin *379*
Walker Mike *277*
Walter Christian *575*
Waltoś Stanisław *425*, *427*, *451*, *461*
Wardyński Tomasz *187*
Warylewski Jarosław *407480*, *488*
Wasiutyński Wojciech *109*
Wawak Tadeusz *52*, 60, *61*, *63*, *66*, *68*, *73*
Wawrzyniak Jan *146*
Wąsek Andrzej *461*, *462*, *471*
Wciórka Jacek *481*
Weatherill Stephen *146*
Weigend Ewa *475*, *482*
Weisheipl James A. *18*
Weiss Szymon 383, *384*
Weitz Karol *190*, *191*
Welzel Hans *10*, 421
Wengerek Edmund *261*
Weralski Marian 315, 317–*319*
Wesołowski Czesław *18*
Wiatr Maciej S. *392*
Widacki Jan 504, *517*
Wieacker Franz *16*
Wieruszewski Roman *562*
Wierzbowski Marek *179*
Wiktorowska A. 179
Wiliński Paweł *407*, *428*, *454*, *457*, *461*, *463*
Wilk Leszek *423*, *425*

Winczorek Piotr *487*
Wisłocki Jerzy *522*, 524
Wiśniewski Andrzej W. *186*, *198*, *199*
Witkowski Wojciech *40*
Witkowski Zbigniew *119*, *133*, *201*
Wohl Louis de *18*
Wojtowicz Wanda *322*
Wojtyczek Krzysztof *132*, *420*, *430*, *434*
Woleński Jan *505*, *506*
Wolf Ernst 11
Wolff Stefan *339*
Wolter Aleksander 172
Wolter Władysław 401–403, *429*, *432*, *436*, 437
Woods Bonnie 539, 540
Woods Richard 539, 540
Woś Tadeusz *205*, 213
Woźniak Krzysztof *68*
Wójcik Sylwester *160*
Wójcikiewicz Józef *407*
Wright Joshua D. *286*
Wronkowski Sławomir *248*
Wróbel Włodzimierz *114*, *405*, *406*, *408*, 414, *417*, *421*, *423*, 424, 426, *427*, *429*, *430*, *433*, *471–475*
Wróblewska Iwona *132*, 135
Wrzesiński Wojciech *47*
Wrzosek Stanisław *117*, *120*–122
Wyrzykowski Mirosław *242*, 245, *386*

Zagrodnik Jarosław *471*, *474*
Zaleska Małgorzata *392*, *394*
Załucki Mariusz *148–150*
Zawłocki Robert *471*, *475*, *482*
Zdrojewska Monika *428*
Zdziennicki Bohdan *235*
Zgryzek Kazimierz *449*, *450*, *453*, *458*, *471*
Zielińska Eleonora *424*
Zieliński Jacek *547*
Ziembiński Zygmunt *506*
Ziemnicki Arkadiusz *19*
Zimmermann Jan *118*–120, 122, *205*, *213*, *218*, 294
Zimmermann Marian *177*
Zimmermann Reinhard *145*, 157
Ziółkowski Michał *242*, *245*
Zoll Andrzej *403*, *405*, *408*, *411*, 414, 417, *419*, *421*–423, 426–*429*, *430*, *431*, *433*, *434*, *439*, *445*, *447*, *471*, *472*, *475*, *483*
Zoll Fryderyk 170
Zubik Marek *131–133*
Zwaak Leo *575*
Zwierzchowski Eugeniusz *148*
Zwoliński Andrzej *531*

SPIS TREŚCI

Marian Grzybowski
Wprowadzenie 5

Konstytucja a prawo ustrojowe

Christian Starck
Faith and Rational Law. Legal reflections
on the Encyclical Fides et Ratio of Pope John Paul II 9

Andrzej Sylwestrzak
Arystotelesowski monarcha i Akwinaty
„monarcha chrześcijański" 17

Wiesław Kozub-Ciembroniewicz
Doktryny państwa i prawa jako przedmiot
dydaktyki akademickiej a model edukacji prawniczej..... 43

Tadeusz Wawak
Profil praktyczny kształcenia w projektach zmiany
ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym (z 2013 r.) 51

Bogusława Bednarczyk
Human Rights Protection in Europe after the Lisbon Treaty 81

Jan Wiktor Tkaczyński
Eine staatsrechtliche Erfolgsgeschichte: der polnische
Oberste Verwaltungsgerichtshof 97

Grzegorz Kościelniak, Bogumił Naleziński
Pojęcie organu administracji publicznej w świetle art. 79
ust. 1 Konstytucji RP – uwagi na tle orzecznictwa
Trybunału Konstytucyjnego 113

Konstytucja a prawo prywatne

Zbigniew Witkowski, Agnieszka Bień-Kacała
Równowaga budżetowa jako wartość konstytucyjna *versus*
ochrona praw jednostki? 131

Mariusz Załucki
Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na prawo spadkowe ... 145
Jakub Biernat
Rozporządzenie przez spadkobiercę udziałem w przedmiocie należącym do spadku *de lege ferenda* ... 159
Piotr Feczko
Organ w doktrynach prawa cywilnego i administracyjnego ... 169
Iga Bałos
Prawo właściwe do oceny zdatności arbitrażowej sporu w międzynarodowym arbitrażu handlowym ... 185
Jacek Zygmunt Szwaja
Organizowanie rodzinnej pieczy zastępczej jako proces administrowania (uwagi w związku z art. 72 ust. 2 Konstytucji RP) ... 201
Stanisław Witkowski
Zdolność spółek prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego do wniesienia skargi konstytucyjnej ... 233
Małgorzata Malczyk
Powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) postanowień co do istoty sprawy – zagadnienia wybrane ... 257
Agnieszka Cyrul-Kubiak
Prawa konsumenta w umowach o dostarczanie treści cyfrowych w świetle dyrektywy 2011/83/EU ... 265
Konrad Kohutek
Rynek właściwy a transakcje handlu elektronicznego: ocena z perspektywy prawa antymonopolowego ... 275
Hanna Knysiak-Molczyk
Skutki naruszenia zasady udzielania informacji w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym ... 287

Konstytucja a prawo finansowe

Apoloniusz Kostecki
Z zagadnień podmiotowości prawnofinansowej ... 309
Irena Czaja-Hliniak
Konstytucyjne podstawy banku centralnego w Polsce ... 325

Paweł Klimek
Opodatkowanie dochodów a standardy konstytucyjne w międzywojniu 339
Jerzy Serwacki
Tajemnica skarbowa 357
Marek Klink
Konstytucyjne przesłanki modyfikacji kwalitatywnych i kwantytatywnych elementów konstrukcji podatku 365
Krzysztof Skotnicki, Aldona Domańska
Przeznaczanie przez podatnika części należnego podatku dochodowego od osób fizycznych na rzecz partii politycznej 379
Jerzy Nowakowski
Kredyt bankowy – instrument finansowy niezbędny dla gospodarki 389

Konstytucja a prawo karne

Marek J. Lubelski
Idea kary słusznej w świetle konstytucji i kodeksu karnego z 1997 r. 397
Renata Pawlik
Konstytucyjne podstawy i zakres prawa karania – zagadnienia wybrane z perspektywy odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie 419
Ewa Plebanek, Marek Bielski
Granice zakazu *reformationis in peius* w świetle zasad konstytucyjnych 449
Katarzyna Banasik
Państwo prawne a przedłużanie terminów przedawnienia karalności 469
Adam Strzelec
Zgodność z konstytucją środka zabezpieczającego w postaci postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych popełnionych w związku z zaburzonymi preferencjami seksualnymi (art. 95a k.k.) 479
Jan Widacki
Straż miejska – jej miejsce w systemie ochrony porządku i bezpieczeństwa wedle założeń reformy państwa z 1990 r. 495

Anna Ibek
Prawo a „kryminalistyka” 505

Państwo prawa a wolność sumienia i religii

Józef Krzywda
Potrzeba czy konieczność istnienia i stosowania zasady autonomii i niezależności we wzajemnych relacjach państwa i Kościoła..... 521

Paweł A. Leszczyński
Sądownictwo angielskie wobec nowych ruchów religijnych – wybór orzecznictwa 531

Jacek Falski
The evolution of the systemic principle of secularism in France and Turkey, and legal responses of these states to threats posed by religious symbols in the ECHR*'s assessment 545

Tomasz Milej
Wolność sumienia a prawo własności – uwagi na tle wyroku ETPCz Herrmann przeciwko Niemcom z 26 czerwca 2012 r. 573

Indeks nazwisk 587

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

Recenzenci („Studia prawne”):
dr Monika Augustyniak, prof. dr hab. Bogumił Brzeziński, prof. dr hab. Paweł Chmielnicki,
prof. dr hab. Andrzej Dziadzio, dr Dariusz Kasprzycki, prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz,
prof. nadzw. dr hab. Katarzyna Pokorna-Ignatowicz, prof. dr hab. Krzysztof Prokop,
dr hab. prof. UP Katarzyna Sobolewska-Myślik, prof. dr hab. Andrzej Szplit,
prof. dr hab. Leszek Wilk

Redaktor prowadzący: Halina Baszak-Jaroń przy współpracy Alicji Wargackiej
Projekt okładki: Igor Stanisławski
Wstępne prace redakcyjne: Oleg Aleksejczuk
Adiustacja: Margerita Krasnowolska
Korekta: zespół
Korekta tekstów w języku niemieckim i angielskim: SJO KAAFM
Indeks nazwisk: Alicja Wargacka, Małgorzata Duda

ISBN 978-83-7571-300-8 (tom 1: „Studia konstytucyjne”)
ISBN 978-83-7571-332-9 (tom 2: „Studia historyczno-prawne i ustrojowo-porównawcze”)
ISBN 978-83-7571-304-6 (tom 3: „Studia prawne”)
ISBN 978-83-7571-308-4 (tom 4: „Studia społeczne, polityczne i ekonomiczne”)

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2014

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

Na zlecenie:

Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM,
Kraków 2014

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: Wydawnictwo Platan

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia U Frycza
Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Prof. nadzw. dr hab. Zbigniew A. Maciąg